

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

*Silvia Niccolai\*\**

---

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

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

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

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

Silvia Niccolai

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

Silvia Niccolai

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

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

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

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

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

## 1. Le regole

### 1.1. Le regulae iuris

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

### 1.3. Relazioni

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### 1.4. *Definizioni dialettiche*

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

### 1.5. Centri di argomentazione

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### 1.8. Norme e regole

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

## 2.2. La prevalenza delle componenti strumentali

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

#### 2.4. La lite strategica

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

3.1. *Sul senso complessivo della regola*

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

---

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

---

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

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

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

\*\*\*

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

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

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

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

Silvia Niccolai

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

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

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

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