

**Rivista
internazionale
di sociologia
giuridica
e diritti umani**

N. 7 - ANNO 2024

Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani

Direzione

Bruno M. Bilotta (direttore), Felice M. Barlassina, Gennaro Cicchese (vicedirettori), Enrico M.G. Damiani di Vergada Franzetti (vicedirettore aggiunto).

Comitato di direzione

Bruno M. Bilotta, Felice M. Barlassina, Carlo Bonifati, Caterina Delfino, Gaetano Tatò.

Comitato di redazione

Bruno M. Bilotta, Felice M. Barlassina, Carlo Bonifati, Caterina Delfino, Santo Delfino, Vincenzo Marano, Alessandro Marca (informatico), Francesco D'Amico (editorial office staff), Antonio M. Dimartino (caporedattore).

Comitato scientifico

Lucio d'Alessandro, Jean-Claude Angoula, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Felice M. Barlassina, Maria Elisabetta Bilotta, Carlo Bonifati, Franco A. Cappelletti, Maria Stefania Cataleta, Gennaro Cicchese, Anna Civita, Matteo Crippa, Caterina Delfino, Santo Delfino, Claudia Roxana Dorado, Laurence Dumoulin, Emilia Ferone, Cinzia Gamba, Claudio Generoso, Renato Grillo, Xavier-Jean Keita, Nicola Malizia, Vincenzo Marano, Sergio Marotta, Marcello Monteleone, Francesco Petrillo, Andrea Pitasi, Paolo Aldo Rossi, Armando Saponaro, Alberto Scerbo, Richard Sédillot, Maria Ausilia Simonelli, Ferdinando Spina, Gaetano Tatò.

Profilo

La rivista ospita studi e contributi, di carattere nazionale e internazionale, relativi al vastissimo panorama dei rapporti reciproci tra diritto e società, sia di carattere teorico che di carattere empirico. Se, secondo un'ottica scientifica di tipo tradizionale, si può tutt'ora affermare che lo studio sociologico del diritto tende a elaborare un quadro concettuale che definisca il diritto all'interno della teoria sociologica generale e che, dal punto di vista dell'analisi empirica, la ricerca si propone di descrivere gli effetti sociali delle norme, attraverso lo studio dei comportamenti individuali e collettivi, l'enorme evoluzione che i due termini – diritto e società – hanno subito negli anni, specialmente dall'inizio del nuovo millennio, ha mutato in maniera sostanziale il quadro concettuale e, conseguentemente, il quadro teorico della sociologia giuridica. I termini "società" e "diritto" assumono significati e valenze sempre nuovi, legati all'attualità e alle emergenze in evoluzione, e corroborano tematiche e problematiche sempre più vaste e sempre più complesse. La rivista indaga tale universo nel contesto dei diritti umani, dei conflitti, della trasformazione dei conflitti stessi all'interno della trasformazione sociale, della dinamica della conflittualità come modalità di azione sociale e di scambio intersoggettivo.

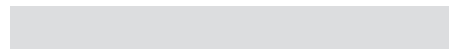
Referaggio

La rivista adotta il sistema di referaggio *double blind peer review*. Il comitato di direzione sceglie i *referees*, per la valutazione di ogni singolo articolo, tra studiosi ed esperti prevalentemente esterni ai comitati stessi, sulla base della provata esperienza professionale nelle materie oggetto dei contributi sottoposti a valutazione. In via del tutto eccezionale, in considerazione dell'altissima personalità scientifica dell'autore, la direzione si assume la responsabilità di non sottoporre il contributo ad alcun *referee*. È responsabilità dell'Autore il rispetto delle regole sintattiche, tipografiche, di formattazione (e affini) afferenti la stesura e presentazione del proprio contributo nella lingua prescelta diversa da quella italiana.

Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani

N. 7 - anno 2024

a cura di BRUNO MARIA BILOTTA



Prima edizione dicembre 2024

ISSN edizione cartacea 2704-5439

ISSN edizione digitale 2974-5594

La rivista è registrata presso il Tribunale ordinario di Milano con numero di registrazione stampa 216.

È vietata la riproduzione, anche parziale, con qualsiasi mezzo effettuata, compresa la fotocopia, senza l'autorizzazione dell'editore. Tutti i diritti sono riservati.

Indice

p. 7 Editoriale di Bruno Maria Bilotta

15 *Sui pilastri dell'ermeneutica generale di Emilio Betti. Centralità del giuridico nella visione socio-antropologica*
di Vinicio Busacchi

35 *La salute tra libertà terapeutica e obblighi di legge. Documentazione giuridica, considerazioni scientifiche, principi bioetici*
di Giovanni Chimirri

68 *Hate-speech: an irrelevant issue or a perilous evil for European societies? Italy and the Netherlands: a comparative overview of hate speech criminalization*
di Alessandro Corti

120 *Gender-based violence and law in action*
di Enrico Damiani di Vergada Franzetti

140 *On present-day wildfires: when law, society, nature, and anthropic activities combine. A multi- to inter-disciplinary analysis*
di Francesco D'Amico, Antonio Dimartino

159 *O fundamento da Hermenêutica jurídica de Emilio Betti*
di Francesco Petrillo

195 *Profili funzionali della mediazione civile e commerciale: la funzione tradita*
di Santo Viotti

212 Recensione del volume *In morte degli italiani* di Gianandrea De Antonellis
di Rosa Carnevale

216 Recensione del volume *The Kosovo Specialist Chambers. The last resort for justice in Kosovo?* di Maria Stefania Cataleta, Chiara Loiero
di Fabián Raimondo, Renée de Geus

Editoriale

di Bruno Maria Bilotta*

Finché c'è guerra c'è speranza¹

Uno dei film più belli diretti e interpretati da Alberto Sordi, quello che dà il titolo al nostro editoriale, narra le vicende di un piccolo rappresentante di pompe idrauliche che per fare un salto di qualità sociale si trasforma in un trafficante d'armi ed opera, con successo, nel continente africano garantendo alla sua famiglia un tenore di vita assai elevato rispetto a quello precedente. Fino a che la sua famiglia non scopre il lavoro effettivo che egli svolge, attraverso un articolo di giornale, e gli si rivolta contro invocando il disonore caduto sulla famiglia da parte dei loro amici nel momento in cui hanno conosciuto la vera attività del padre. A quel punto il padre non tenta nemmeno di giustificarsi ma mette ciascun componente della famiglia di fronte alle proprie responsabilità ricordando a ciascuno di loro il proprio tenore di vita: *“perché vedete le guerre non le fanno solo i fabbricanti d'armi e i commessi viaggiatori che le vendono ma anche le persone come voi, le famiglie come la vostra che vogliono vogliono vogliono, non si accontentano mai. Le ville, le macchine, le moto, le feste, il cavallo, gli anellini, i braccialetti, le pellicce e tutti i cazzi che ve se fregano costano molto e per procurarli qualcuno bisogna depredare. Ecco perché si fanno le guerre”².*

* Professore ordinario f.r. di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale dell'Università “Magna Græcia” di Catanzaro.

¹ È questo il titolo di un noto film diretto e interpretato da Alberto Sordi uscito nel circuito cinematografico nell'anno 1974, esattamente cinquant'anni fa, il cui titolo e diverse altre suggestioni prendiamo a prestito per il nostro editoriale.

² È il discorso finale del film.

Il finale non è affatto sorprendente: il protagonista va a riposare perché stanchissimo da un lungo viaggio e in procinto di intraprenderne un altro a poche ore di distanza e mette la sua famiglia di fronte alla scelta: se lasciarlo dormire fino all'indomani (e quindi smetterla con il suo attuale lavoro) o svegliarlo dopo appena un'ora per consentirgli di ripartire per il suo traffico d'armi; la famiglia decide di farlo svegliare dalla domestica ben prima dell'ora stabilita.

Confesso senza remora alcuna che rileggere le parole di Elias Diaz e specialmente ricordare le sue parole per averle ascoltate più di una volta dal vivo suscita in me una grande emozione e un certo grado di suggestione soprattutto quando parla e scrive di diritti umani e massimamente della guerra:

Vi confesso che ascoltando parlare della guerra suscita in me una certa stanchezza, una certa fatica delle parole. Uno continua a costruire le sue teorie. Le sue concezioni del mondo... E così deve essere, ma credo che oggi si possa constatare una certa fatica, una certa stanchezza delle parole.

Io non sono un pacifista assoluto, credo che quasi tutte le guerre presentano un loro punto di giustizia. Io non sono un pessimista. Uno non è pessimista perché riconosce le cose come sono, cattive, ingiuste.... Bobbio non era un pessimista: era un pessimista estetico, se si vuole, aveva la civetteria del pessimismo ma era uno che lottava sempre contro il "non si può fare niente". Malgrado tutto bisogna continuare a lavorare per la pace.

È vero che la guerra e la pace sono cose che hanno una grande complessità. E qui faccio una seconda osservazione a proposito di quello che spesso si dice: che non sempre la pace è unicamente il silenzio delle armi. Questo è importantissimo.

Voglio riferirmi alla storia del mio paese, alla guerra civile spagnola del 1936-39. Tutti ricorderete che Miguel de Unamuno nel '36 si alzò in piedi all'Università di Salamanca, e, rivolgendosi a quelli che avevano scatenato la guerra civile, cioè una parte dell'esercito, con Franco, Mola e gli altri generali, disse "Vencer no es Convencer", vincere non è convincere e per convincere ci vuole comprensione e compassione. Cioè Unamuno disse che per vincere

bisogna sempre convincere. E Unamuno disse altre cose importanti: da questa guerra non uscirà la pace, anche con il silenzio delle armi, non uscirà la pace; questa guerra finirà con la vittoria degli uni contro gli altri e i vinti saranno considerati nemici della Spagna”.³

È questa una grande verità o, se si vuole, una dolorosa constatazione: i conflittualisti, come chi scrive, sanno benissimo che dalla pace non nasce mai, o quasi mai, la cessazione della considerazione del “nemico”. Molto raramente, o forse mai, quando si chiude una vicenda conflittuale, sia a livello personale che familiare e via via a livello di stati non “scoppia” la pace veramente anzi cova ed esplose il risentimento dei vinti, pronto a tradursi, prima o poi in un nuovo conflitto o quantomeno in una nuova ostilità.

È noto, per i conflittualisti, che da una situazione definita, di “pace” o di “tregua” che sia, se ne forma un’altra, perché la prima si “trasforma” in qualcosa di molto simile alla precedente almeno a livello di sentimenti verso/contro l’altro, dove “l’altro” è, inevitabilmente, il “nemico”.

Lo abbiamo detto in più d’una circostanza che per noi il punto di snodo è la ricerca della relazione fra la differenziazione e la voglia di differenziazione che sfocia nell’alterità (ossia il contenuto dell’ “altro”); esiste, in sostanza, per noi una sorta di paradigma che parte dalla complessità sociale ed arriva all’alterità passando per la differenziazione: in quest’ottica l’alterità è la risultante sociale della complessità e della situazione di differenziazione che questa determina.

Il risultato finale di questo paradigma non può che essere il conflitto: la condizione di alterità sconfinata in quella del conflitto sociale, della voglia di contrapposizione e quindi della ricerca di un vero nemico per la supremazia.

A nostro modo di vedere tanto nel caso di conflitti individuali tanto nel caso di conflitti di gruppo assai di frequente è indistinguibile la dose di

³ E. Diaz, “Contro la guerra la ragione critica” in *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, Milano 2008, pp. 511-514.

conflitto realistico e di conflitto irrealistico presente in ciascuno di essi⁴, i due tipi di conflitto sociale si compongono assai spesso di un amalgama così integrato di entrambe queste componenti da non poterlo scindere; a nostro avviso entrambi questi conflitti nient'altro sono che il frutto di un'unica matrice: la voglia di nemico.

Georg Simmel, l'interprete più autorevole del conflitto sociale⁵, lo studioso che ha dato la stura alle interpretazioni più rimarchevoli in Europa e in America, non appare affatto disposto a sottoscrivere l'affermazione di Carpenter secondo cui il conflitto è una proprietà strutturale delle società umane⁶, per lui il conflitto si ritrova in primo luogo nell'individuo, già nel suo essere al tempo stesso dentro e fuori le forme sociali, nella tensione fra bisogni che possono essere soddisfatti all'interno di una forma sociale e bisogni non istituzionalizzabili⁷.

E quindi estensivamente si potrebbe dire che il "nemico" è dentro di noi, ma, precisa Simmel, prima ancora del conflitto nell'individuo, che è al tempo stesso sociale e presociale, vi è il conflitto nel quale precipita la vita stessa "*per sua necessità essenziale*".

Al riguardo, precisa Simmel, che questo porsi del conflitto molto al di sopra della società fino ad essere necessità essenziale della vita stessa fa sì

⁴ Nel conflitto realistico, secondo la formulazione di Simmel, gli individui o i gruppi utilizzano il conflitto come lo strumento più efficace per ottenere ciò che vogliono, se riuscissero ad ottenerlo senza lotta, abbandonerebbero immediatamente il conflitto. Questo tipo di conflitti sono sostanzialmente quelli che altri conflittualisti definiscono in termini di interessi personali. Il conflitto non realistico serve, invece, come strumento per allentare le tensioni, o per affermare la propria identità, e include spinte ostili, che in realtà derivano da altre fonti. Spesso un conflitto contiene elementi realistici e non realistici insieme.

⁵ Si veda per tutti, G. Simmel, *Il conflitto della cultura moderna*, a cura di Carlo Mongardini, Bulzoni Editore, Roma 1976.

⁶ R.C. Carpenter, in AA.VV. *War: The Antropology of Armed Conflict and Aggression*, New York, 1968.

⁷ Così C. Mongardini, Introduzione al volume di G. Simmel, *Il conflitto della cultura moderna*, cit, pag. CLXXI.

che esso coinvolga fin nel suo più profondo essere l'individuo; accanto a questo l'altro conflitto che coinvolge l'individuo in quanto partecipe di processo di interazione, quello cioè che “sorge da ciò che l'individuo sta, come unità, nel punto di incrocio di più sfere sociale”, secondo le parole stesse di Simmel.

E questo tipo di conflitto, in quanto conflitto di doveri nei confronti delle aspettative della società è il conflitto più evidente nella società contemporanea, e quello che sembra destinato ad estendersi sempre più, per la ragione, sempre secondo Simmel, che *nella misura in cui i cerchi sociali cresceranno, si allargheranno e si approfondiranno, più facilmente si avranno dei conflitti*.

Da qui al concetto di “politico” e, meglio, di conflitto politico di cui parla Carl Schmitt il passo è decisamente breve: i concetti di amico e nemico – scrive Schmitt⁸ – devono essere presi nel loro significato concreto, esistenziale, non come metafore o simboli.

Nemico – prosegue Schmitt – non è il concorrente o l'avversario in generale. Nemico non è neppure l'avversario provato che ci odia in base a sentimenti di antipatia⁹. Nemico è solo un insieme di uomini che combatte almeno virtualmente, cioè in base ad una possibilità reale, e che si contrappone ad un altro raggruppamento umano dello stesso genere.

⁸ Carl Schmitt, traduzione italiana di una serie di testi tratti dalle opere dell'autore e pubblicate tra gli anni 1932-1963 in edizione tedesca presso le edizioni Duncker & Humblot. Edizione italiana a cura di G. Miglio e P. Schiera, *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972, pp.110 e segg.

⁹ Al riguardo ci pare opportuno segnalare alcuni testi fondamentali, tra i tanti, per chi volesse approfondire l'argomento: René Girard, *Pour un nouveau procès de l'étranger*, Edition Grasset 1976, trad.it. *Il risentimento*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1996; Max Scheler, *Il Risentimento* (trad. it.), a cura di L. Boella, Chiare Lettere, Milano 2019; Philip Zimbardo, *L'effetto Lucifero* (trad. it.) Raffaello Cortina Editore, Milano 2008; Franco Cassano, *L'umiltà del male*, Laterza, Roma-Bari 2012; Susan Neiman, *In cielo come in terra. Storia filosofica del male* (trad.it.), Laterza, Roma-Bari 2011; Niels Peter Nielsen, *I colori dell'odio* (trad. it.), Raffaello Cortina Editore, Milano 2011; Umberto Eco, *Costruire il nemico*, Bompiani, Milano 2011. E tre romanzi imperdibili sull'argomento: Khaled Khalifa, *Elogio dell'odio* (trad. it.), Bompiani, Milano 2011; Amélie Nothomb, *Cosmetica del Nemico* (trad. it.). Voland, Roma ult. ed. 2021; José Samarago, *Caino* (trad. it.), Feltrinelli, Milano 2015.

Nemico è solo *il nemico pubblico*, perché tutto ciò che si riferisce ad un simile raggruppamento, e in particolare ad un intero popolo, diventa per ciò stesso pubblico. Il nemico è *l'hostis*, non *l'inimicus* in senso ampio¹⁰.

È evidente la differenza, anche sostanziale, tra la posizione di Simmel e quella di Schmitt: per Simmel il conflitto alligna, prima ancora che a livello sociale, a livello individuale, anzi, per usare le parole stesse di Simmel, a livello *presociale* mentre per Schmitt il conflitto è di tipo *pubblico* e quindi, per dirla in breve, si sostanzia in una contrapposizione di tipo *politico*.

Non riteniamo di approfondire in questa sede le differenze tra le due posizioni che pure hanno attraversato e influenzato gran parte della cultura sociologica e giuridica del '900 sullo specifico punto e segnato molte posizioni successive a quelle di questi due grandi autori: non è questo lo scopo del presente editoriale, e il discorso ci porterebbe molto lontano dall'intento di questo, ma ci ripromettiamo di dedicare all'argomento un saggio di prossima pubblicazione su questa stessa Rivista.

Ma non vogliamo omettere di trattare in questo contesto la posizione, originale e suggestiva, di un noto studioso italiano Franco Cassano che al tema del male ha dedicato un saggio decisamente affascinante¹¹:

l'ipotesi da cui muove il nostro ragionamento è che questo vantaggio del male dipenda in primo luogo dalla sua «umiltà», da una antica confidenza con la fragilità dell'uomo, che gli permette di usarla ai propri fini. Del resto chi lavora sulle tentazioni non può non conoscere le nostre debolezze. Il bene è invece così preso dall'ansia di raggiungere le sue vette che spesso finisce per voltare le spalle all'imperfezione dell'uomo, lasciandola tutta nelle mani delle strategie del male.

Chi ha gli occhi fissi solo sul bene spesso ha deciso di non guardare altrove: l'urgenza di giudicare, di misurare l'essere sul metro del dover essere, lo porta a guardare con impazienza chi rimane indietro, e tale mancanza di

¹⁰ Così C. Schmitt, cit., pag.110-111.

¹¹ F. Cassano, cit.

curiosità lo porta alla sconfitta Il male approfitta della distrazione o della boria del bene per mettere le tende e costruire alleanze.

Ciò che fa la differenza tra l'umiltà del bene e quella del male non è solo la diversità dell'obiettivo proposto, ma la qualità del percorso. La finitezza e la fragilità non sono aspetti secondari della nostra condizione di uomini, ma il suo centro, il tratto che ci accomuna: nessuno di noi è perfetto. E da questo «basso stato e frale» si deve partire se non ci si vuole salvare in pochi.

La salvezza che preferiamo è quella che ha l'ambizione di portare con sé anche la fanteria. Non per incolonnarla e portarla poi a votare per il bene, ma per ridurne la dipendenza ed innalzarne la dignità, anche quando questo comporta una perdita di potere.¹²

È precisamente la posizione dei protagonisti del film di Alberto Sordi di cui abbiamo detto all'inizio di questo nostro scritto: di fronte alla scelta tra il bene e il male vince l'antica confidenza del male con la fragilità dell'uomo che gli permette di usarla ai propri fini:

perché vedete le guerre non le fanno solo i fabbricanti d'armi e i commessi viaggiatori che le vendono ma anche le persone come voi, le famiglie come la vostra che vogliono vogliono vogliono, non si accontentano mai. Le ville, le macchine, le moto, le feste, il cavallo, gli anellini, i braccialetti, le pellicce e tutti i cazzi che ve se fregano costano molto e per procurarli qualcuno bisogna depredate. Ecco perché si fanno le guerre.

E allora una, delle tante possibili, conclusione si potrebbe trarre se solo si trasformasse l'affermazione del titolo del film, che noi abbiamo preso a prestito per queste nostre note, *Finché c'è guerra c'è speranza* in una interrogativa *Finché c'è guerra c'è speranza?*

La nostra risposta, pur nella semplicità della risposta¹³, è decisamente positiva se solo ci si riferisce a quell'ambito pre-sociale di cui parla Simmel

¹² F. Cassano, cit., pp. VIII-XI.

¹³ Che tuttavia nasconde pensieri ed elaborazioni assai complessi.

e ci si inoltra nella natura più intima dell'uomo di cui Hobbes è stato l'interprete più realistico e convincente.

Riferimenti bibliografici

Carpenter R.C., in AA.VV. *War: The Antropology of Armed Conflict and Aggression*, New York, 1968.

Cassano F., *L'umiltà del male*, Laterza, Roma-Bari 2012.

Díaz E., "Contro la guerra la ragione critica" in *Filosofia giuridica della guerra e della pace*, Franco Angeli, Milano 2008.

Eco U., *Costruire il nemico*, Bompiani, Milano 2011.

Girard R., *Pour un nouveau procès de l'étranger*, Edition Grasset 1976, trad.it. *Il risentimento*, Raffaello Cortina Editore, Milano 1996.

Khalifa K., *Elogio dell'odio* (trad. it.), Bompiani, Milano 2011.

Mongardini C., Introduzione al volume di G. Simmel, *Il conflitto della cultura moderna*, Bulzoni Editore, Roma 1976.

Neiman S., *In cielo come in terra. Storia filosofica del male* (trad.it.), Laterza, Roma-Bari 2011.

Nielsen N.P., *I colori dell'odio* (trad. it.), Raffaello Cortina Editore, Milano 2011.

Nothomb A., *Cosmetica del Nemico* (trad. it.). Voland, Roma ult. ed. 2021.

Saramago J., *Caino* (trad. it.), Feltrinelli, Milano 2015.

Scheler M., *Il Risentimento* (trad. it.), a cura di L. Boella, Chiare Lettere, Milano 2019.

Schmitt C., *Le categorie del politico*, Il Mulino, Bologna 1972; traduzione italiana di una serie di testi tratti dalle opere dell'autore e pubblicate tra gli anni 1932-1963 in edizione tedesca presso le edizioni Duncker & Humblot. Edizione italiana a cura di G. Miglio e P. Schiera.

Simmel G., *Il conflitto della cultura moderna*, a cura di Carlo Mongardini, Bulzoni Editore, Roma 1976.

Zimbardo P., *L'effetto Lucifero* (trad. it.) Raffaello Cortina Editore, Milano 2008.

Sui pilastri dell'ermeneutica generale di Emilio Betti

Centralità del giuridico nella visione socio-antropologica

di Vinicio Busacchi*

Sommario: 1. Introduzione – 2. La concezione generale dell'interpretazione. Fondamento e prospettiva filosofica – 3. La matrice storica e giuridica – 4. Conclusione.

Abstract: The methodological question constitutes a primary interest for Emilio Betti, but it is on the knot of interpretation that the characterising element of his general hermeneutics is to be sought, since it is through it that the discourse of hermeneutics as a method takes on significance. The original source of Betti's research is found in the historical and legal field. Legal hermeneutics invites us to look beyond the plane of a philosophical anthropology which conceives the human being as an 'individual' in order to conceive of him as a 'social being', that is, a being-of-relationship that lives in the community, and a historically determined being immersed in the world-of-life. This is a perspective that has considerable reverberations on the theory and practice of a general hermeneutics.

Keywords: methodological hermeneutics, juridical hermeneutics, *homo interpretans*, social reality.

* Professore ordinario di Filosofia teoretica presso l'Università degli Studi di Cagliari.

1. Introduzione

Che¹ la *Teoria generale della interpretazione* di Emilio Betti sia riconosciuta *toto cælo* opera ‘filosofica’ è punto ben assodato sin dalla sua uscita nel 1955. Questo non solo per l’incardinamento dell’ermeneutica, di ogni ermeneutica, nel filosofico (al di là del grado), ma per l’ampio e costante riferimento di Betti, nella sua ricerca, a filosofi, tradizioni filosofiche e questioni, nella loro essenza, ‘filosofiche’. Betti ripensa la tradizione e si confronta con i contemporanei. In particolare, balza immediatamente agli occhi la volontà di Betti di profilare una concezione dell’ermeneutica alternativa alle prospettive da egli giudicate soggettivistiche di Rudolf Bultmann e Hans-Georg Gadamer. Ma se, da una parte, il lavoro di Betti non passa inosservato agli studiosi di ermeneutica già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, primi fra tutti Gadamer e Karl-Otto Apel, (e questo grazie anche all’impegno di divulgazione dello stesso Betti, attraverso un intenso impegno internazionale e un lavoro di traduzione in lingua tedesca), da un’altra parte, il suo forte accostamento alla tradizione romantica e storicistica del XX secolo concorrono in qualche modo a spingerlo ai margini del dibattito filosofico, almeno in area europea. Qui, con Heidegger e Gadamer si afferma in modo predominante una linea antistoricistica e antimetodologica in ermeneutica, laddove la sensibilità per la trattazione speculativa di questioni metodologico-procedurali permarrà di interesse nel mondo anglo-sassone, in certi settori della ricerca storico-filosofica, e in misura ristretta in campi disciplinari come la storia, la sociologia, la filosofia del diritto. L’evoluzione ulteriore dell’ermeneutica filosofica contemporanea ha riportato in auge il tema del metodo – specialmente grazie all’opera del filosofo francese Paul Ricoeur, e grazie agli

¹ Testo presentato alla conferenza internazionale “O pensamento de Emilio Betti em perspectiva comparada”, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – Salvador di Bahia (Brasile), 29 novembre 2024. L’autore coglie l’occasione per rivolgere un ringraziamento al Prof. Ricardo Maurício Freire Soares, organizzatore e curatore dell’evento.

sviluppi della ricerca metodologica nel campo di saperi extrafilosofici, in special modo in ambito storico-storiografico e di *philosophy of history* (si pensi, ad esempio, ai contributi di autori come Hayden White, Frank Ankersmit, ma anche Georg Henrik von Wright e altri).

Nelle diverse proposte di schematizzazione delle tendenze e figure chiave dell'ermeneutica novecentesca, il lavoro di Betti sull'interpretazione ha sempre trovato una collocazione particolare.

Josef Bleicher² intende Betti come riferimento paradigmatico dell'indirizzo *metodologico* dell'ermeneutica contemporanea, in contrapposizione all'indirizzo *ontologico* di Heidegger, Gadamer, Bultmann, Fuchs, Ebeling, all'indirizzo *critico* di Apel, Habermas, Lorenzer e Sandkühler e all'indirizzo ermeneutico-fenomenologico di Ricoeur. Qualcosa di analogo fa Maurizio Ferraris che, per l'ermeneutica del Novecento, presenta una griglia con tre linee paradigmatiche – ontologica, epistemologica e di critica dell'ideologia.

Nel contesto dell'epistemologia troverebbero spazio Ricoeur e Apel, e quei filosofi di tradizione neopositivista, analitica, pragmatista e decostruzionista che in un modo o nell'altro si sono confrontati con il problema dell'interpretazione (Popper e Albert, Hempel e Dray, Wittgenstein e Austin, D. Hirsch e P. Szondi, *et alii*). Betti si collocherebbe a fianco ad essi³.

Senz'altro la questione metodologica ha rappresentato un interesse di primordine per Betti, ma egli non ha assolutizzato tale questione come unica questione dell'ermeneutica, piuttosto ha fatto del problema dell'interpretazione, del suo fondamento e dei generi di interpretazione, il vero fulcro della sua ricerca. Seppur presente in modo consistente, dei dieci capitoli della *Teoria generale della interpretazione*, solo uno, il III, è dedicato in senso stretto alla questione della «metodologia ermeneutica» – dopo, rispettivamente, (I) «il problema epistemologico dell'intendere quale aspetto del problema generale del conoscere», (II) «il processo

² J. Bleicher, *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique*, Routledge and P. Kegan, London-Boston-Henley 1980.

³ Cfr. M. Ferraris, *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano 2008², p. 363 sgg.

interpretativo in generale» (capitolo dedicato alla «gnoseologia epistemologica»), e prima della trattazione dei (IV) «tipi di interpretazione» (a partire dalle interpretazioni «filologica» e «storica» [IV], per seguire con le interpretazioni «tecnica in funzione storica» [V], «traducente» [VI], «drammatica» e «musicale» [VII], «giuridica» [VIII] e infine «teologica» [IX] e «psicologica», e per concludere con un capitolo sulla «fenomenologia ermeneutica», ovvero «vicende storiche e funzione educativa dell'interpretazione».

Di fatto, l'ermeneutica metodologica di Betti, qualificabile come *oggettivista*, può intendersi anche come una forma di ermeneutica critica a vocazione *realista*, in contrapposizione dialettica con l'ermeneutica ontologica richiamata sopra. Betti respinge con forza l'universalizzazione del problema ermeneutico e l'idea dell'interpretazione come nuova e produttiva *koinè* contemporanea, ovvero l'idea che la realtà non sia direttamente “raggiungibile” e conoscibile in quanto tale (e che, perciò, come di fronte a un testo, la domanda di conoscenza e comprensione sia perpetua e trovi soddisfazione sempre e solo nell'operazione interminabile dell'interpretazione). A questa visione Betti contrappone la sua *Teoria* ponendo a tema la questione della garanzia oggettiva dell'interpretazione come questione riguardante la sfera dei valori, della cultura e le questioni conoscitive nel campo delle scienze umane e sociali.

Betti crede che l'effettività, realtà e autonomia propria delle produzioni culturali e valoriali oggetto di interpretazione possano essere preservate e garantite, al di là della particolarità del soggetto e della peculiarità dei suoi interessi. La sfida consiste, da un lato, nel salvaguardare l'autonomia propria delle produzioni dello spirito, ovvero le oggettivazioni storico-culturali, dall'altro, garantire il valore veritativo dell'interpretazione tenendo conto del valore intrinseco, nell'attualità concreta (psicologica e storico-culturale) del soggetto interpretante. In base a questi assunti la metodologia ermeneutica bettiana va a strutturarsi intorno a quattro fasi teoretico-procedurali: la *fase filologica* (per la comprensione del senso di

un discorso tramandato in forma scritta); la *fase critica* (per chiarire problemi di carattere espressivo e logico-argomentativo); la *fase psicologica* (per penetrare il mondo spirituale e culturale dell'autore e coglierne i valori, le intenzioni, le motivazioni); la *fase tecnico-morfologica* (per intendere, cioè scoprire e ricostruire, il senso del mondo oggettivo-spirituale racchiuso nell'opera di un autore alla stregua della sua particolare legge di formazione). Da questo quadro derivano tanto i generi fondamentali di ermeneutica ai quali si riconduce ogni operazione interpretativa (*i. in funzione ricognitiva*, finalizzata a comprendere il contenuto dell'opera in quanto tale [entro cui rientrano l'interpretazione filologica, l'interpretazione storica e l'interpretazione tecnica con funzione storica]; *i. in funzione riproduttiva*, finalizzata ad eseguire e trasmettere l'opera ed esperienza altrui [entro cui rientrano l'interpretazione traducevole, l'interpretazione drammatica e l'interpretazione musicale]; e *i. in funzione normativa*, finalizzata a definire e prospettare indirizzi di azione e di comportamento [entro cui rientrano l'interpretazione giuridica, l'interpretazione teologica e l'interpretazione psicologica]) quanto i *quattro canoni ermeneutici fondamentali* che presiedono ogni fase ermeneutica e ogni genere di operazione interpretativa: 1) canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto, ovvero dell'immanenza dell'oggetto; 2) canone della totalità e della coerenza; 3) canone dell'attualità dell'intendere; e 4) canone dell'adeguazione dell'intendere (ovvero della corrispondenza o consonanza ermeneutica). Il circolo ermeneutico che così si produce non è solo tra l'interprete e l'autore dell'opera in quanto soggetti spirituali, ma tra l'interprete, l'autore e l'opera stessa in quanto oggettivazione spirituale.

Giova senz'altro soffermarsi un po' più in dettaglio sulla concezione generale dell'ermeneutica bettiana. È sul nodo dell'interpretazione che, come accennato, si dà l'elemento caratterizzante la sua ermeneutica generale, ed è attraverso esso che trova piena espressione la significatività dell'ermeneutica in quanto metodo. È ciò che faremo immediatamente. Al tempo stesso, ci è necessario sviluppare uno scavo ulteriore, ossia portarci

a un livello più profondo, procedendo dallo studio dei principali riferimenti storico-speculativi alla base della proposta bettiana, in quanto la *Teoria generale della interpretazione* possiede una chiara configurazione filosofico-speculativa che solo in tal modo viene alla luce. Questo è ciò che faremo successivamente.

2. La concezione generale dell'interpretazione. Fondamento e prospettiva filosofica

2.1. La concezione generale dell'interpretazione

La filosofia dell'interpretazione di Emilio Betti affonda in una antropologia filosofica che, potremmo dire, veicola un'idea di uomo come *homo interpretans*. Il capitolo di "Prolegomeni" (che apre la *Teoria generale*) prospetta ciò mostrando un inquadramento della questione dell'interpretazione *al di qua* del piano epistemologico e metodologico e *al di là* della sola sfera conoscitiva e di giudizio dell'intelletto. Prova immediata del primo aspetto ci è data dal fatto che Betti riconduce subito la questione dell'oggettività alla posizione del soggetto⁴; prova immediata del secondo aspetto ci è data dal suo riferimento non alla specifica funzione dell'intelletto ma a «uno spirito, vivente e pensante, soggetto di coscienza e autocoscienza»⁵. Su questo si incardina la sua importante distinzione (desunta da Nicolai Hartmann) tra «oggettività reale» (ossia, «il dato fenomenico dell'esperienza», rispetto a cui il soggetto si pone con atteggiamento teoretico, in un processo di assimilazione tradotto in intuizione e concetti e di giudizio [= il conoscere], oppure con atteggiamento pratico, di impegno e azione secondo la "logica" di «un processo teleologico dell'azione»⁶) e «oggettività ideale» (ossia, quel «presupposto dell'esperienza» che già Kant aveva descritto per l'esperienza conoscitiva e che Betti vede necessario estendere sia all'esperienza estetica, attraverso

⁴ E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, a cura di G. Crifò, 2 voll. Giuffrè, Milano [1955] 1990, p. 1 sgg.

⁵ *Ibidem*.

⁶ E. Betti, *op. cit.*, p. 3.

uno scavo sui valori estetici, che pratica, attraverso uno scavo sui valori etici⁷). È a questo secondo asse che giova prestare attenzione in quanto è esso a dare la cifra dell'ampia problematizzazione dell'interpretazione (e dell'interpretare) in Betti, oltre il nodo problematico tecnico-procedurale della correttezza e validità dell'interpretazione e dell'operazione interpretativa (ed, eventualmente, applicativa). Infatti, come osserva,

la postulata oggettività ideale non va concepita fuori di ogni relazione con la soggettività della coscienza, ma in relazione con essa, e che questa da parte sua ha una capacità di scoprirla e di comprenderla, che non opera per via di riflessione con categorie logiche dell'intelletto.⁸

Insomma, come esiste una universalità valoriale accanto a una universalità logica, così esiste una interpretazione *comprendente* accanto a una interpretazione *conoscitiva*. Dunque, l'interpretazione si rivela fenomeno complesso. E a tale complessità si aggiunge quell'elemento di relatività introdotto dalla *storicità*. «Il cosmo dei valori nella sua ideale oggettività non dev'essere concepito come un sistema immoto e trascendente»⁹ perché carattere della soggettività umana è la storicità, la quale trova manifestazione attraverso «la varietà e la caducità delle morali positive dei singoli popoli, come anche il loro evolversi e tramutarsi nel corso della storia»¹⁰. Questo, però, non significa che Betti abbracci il relativismo ermeneutico, l'idea dell'inevitabile carattere di parziale giustezza interpretativa dietro il rigore procedurale e applicativo. Sia nel processo del conoscere sia nel processo dell'intuire o comprendere «l'*orizzonte* spirituale del soggetto pensante è comandato [...] da una prospettiva circoscritta, sulla quale influiscono nozioni e valutazioni storicamente condizionate»¹¹. Siamo individui del nostro tempo, siamo soggetti storici, ma possiamo conseguire

⁷ Cfr. E. Betti, *op. cit.*, p. 5.

⁸ E. Betti, *op. cit.*, p. 13.

⁹ E. Betti, *op. cit.*, p. 23.

¹⁰ E. Betti, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ E. Betti, *op. cit.*, p. 21.

un sapere oggettivo in accordo con la realtà esterna, i fatti e i valori, secondo quel cosmo di conoscenza e comprensione che ci appartiene e al quale apparteniamo. Precisa Betti:

Non [...] nell'io empirico ma in una struttura mentale comune, in una sensibilità essenzialmente partecipante, che lo trascende come condizione di possibilità dell'esperienza (qualificabile con Kant, «trascendentale»), e che storicamente si dispiega come genio dell'umanità, va ricercato il termine di mediazione fra la soggettività della coscienza valutatrice e l'oggettività dei valori. Grazie a questa struttura mentale, i due termini antinomici, coscienza e valori, possono pensarsi ricondotti ad unità e destinati a costituire un solo tutto attraverso un processo dialettico, che consiste nel vivente compenetrarsi e identificarsi dell'individuale, che è la coscienza, e dell'universale, che sono i valori.¹²

Dunque, i valori dello spirito – ovvero il mondo dell'estetico, dell'etico, del normativo – sono dotati di una propria oggettività ideale. Epperò, si misura di volta in volta con il singolo interprete – con la sua volontà, impegno e responsabilità (ma potremmo dire anche professionalità, senso etico, integrità...) – il farsi fautore, secondo regole e ragione (ovvero competenza e sensibilità), del giusto intendimento, della giusta interpretazione (e pure applicazione) di fatti e questioni di volta in volta portati ad oggetto. Come sostiene Betti:

L'atto di iniziativa con cui esseri personali impegnano le proprie energie di pensiero e di azione per metterle a servizio di valori spirituali da realizzare per loro mezzo, è essenzialmente atto di dedizione alla loro sublime oggettività, atto di fede [...] e d'impegno per una causa e, insieme, atto di rischio per il caso non evitabile di fallire lo scopo.¹³

Questo non è un coinvolgimento specifico riguardante il rapporto tra la singolarità e la dimensione assiale dei valori, ovvero tra la singolarità e

¹² E. Betti, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹³ E. Betti, *op. cit.*, p. 40.

l'oggettività *ideale*. Vale in ogni caso in cui si dia un problema o dilemma di interpretazione, – ancora più che, nella prospettiva bettiana, risulta pervasivo l'intreccio tra oggettività reale e oggettività ideale attraverso quelle che Betti chiama «forme rappresentative» o «oggettivazioni dello spirito»¹⁴: monumenti, quadri, documenti, testi, partiture ecc. Tanto 'persistente' che l'interpretare (*Auslegen*) – «il cui obiettivo e il cui adeguato risultato è un intendere (*Verstehen*)»¹⁵ – si dà sempre entro il «processo triadico» che costituisce il fenomeno, ovvero, «l'interprete», «lo spirito che si è oggettivato in forme rappresentative» e le forme rappresentative stesse¹⁶.

Si attua così una *inversione* [...] del processo creativo [...] per cui l'interprete nel suo iter ermeneutico deve ripercorrere in senso retrospettivo l'iter genetico, ripensandolo nella sua interiorità. [...] Da un lato si pone all'interprete l'esigenza di *oggettività*, in quanto la riproduzione del senso delle forme rappresentative deve corrispondere il più fedelmente possibile appunto al loro contenuto significativo; un'esigenza pertanto di genuina subordinazione. Ma, d'altro lato, tale esigenza di oggettività non è attuabile se non attraverso la *soggettività* dell'interprete [...] [L]'interprete è chiamato a riprodurre l'altrui patrimonio di pensiero e a ri-crearlo dall'interno come qualcosa che diviene suo proprio, e ciò nonostante, sebbene divenuto suo proprio, egli deve tuttavia porsi di contro come un che di oggettivo e di altro. [...] [Da] codesta *antinomia* scaturisc[e] tutta la dialettica del processo interpretativo, e [...] su di essa si [...] [può] costruire una teoria generale dell'interpretazione, così come del resto la dialettica di ogni processo conoscitivo si sviluppa dall'antinomia fra l'attualità del soggetto e l'alterità dell'oggetto.¹⁷

¹⁴ Cfr. E. Betti, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵ E. Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, tr. it. a cura di V. Busacchi, Tabedizioni, Roma 2022, pp. 70-71.

¹⁶ E. Betti, *op. cit.*, p. 72.

¹⁷ E. Betti, *op. cit.*, pp. 73-74.

Fin qui, per tratti essenzialissimi, abbiamo la visione generale dell'interpretazione di Betti – una visione entro cui si incardina il discorso del metodo, che ne dà pieno riscontro sia a livello di fasi procedurali sia livello di criteri generali o canoni. Delle prime, risultano al riguardo particolarmente 'eloquenti' la fase psicologica (per la quale «si pone a noi interpreti l'esigenza di [...] di trasferirci, noi, nello spirito delle persone che [...] posero in essere [gli atti spirituali], per conoscerli»¹⁸) e la fase tecnico-morfologica (che rende l'operazione ermeneutica capace di riconoscere «le opere della vita dello spirito e dei sistemi socio-culturali di cui si nutre la civiltà umana [...] nella loro genesi e composizione, nel loro stile e nell'intima coerenza e validità della loro costruzione»¹⁹). Dei secondi, risultano al riguardo particolarmente eloquenti il *canone dell'autonomia ermeneutica dell'oggetto* (che riflette la logica del «sensus non est inferendus sed efferendus: e cioè il significato di cui si tratta non si deve indebitamente e surrettiziamente introdurre nella forma rappresentativa, ma si deve, al contrario, ricavare da essa»²⁰) e il *canone dell'attualità dell'intendere* (per cui «l'interprete è chiamato a ripercorrere in se stesso in senso inverso il processo genetico e così a ricostruire dal di dentro e a risolvere nella sua propria attualità, un pensiero altrui, un pezzo del passato»²¹).

2.2. Il fondamento e la prospettiva filosofica

La caratterizzazione della filosofia bettiana come 'ermeneutica metodologica' trova spiegazione anche per il fatto che lo stesso Betti, sette anni dopo la pubblicazione della sua *Teoria generale della interpretazione*, pubblica il saggio *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, presentandolo come sintesi essenziale dell'*opus*

¹⁸ E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, op. cit., p. 294.

¹⁹ E. Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, op. cit., p. 131.

²⁰ E. Betti, op. cit., p. 75.

²¹ E. Betti, op. cit., p. 81.

majus, e che, appunto, «sintetizza il significato dell'ermeneutica come "metodica generale delle scienze dello spirito"»²². È chiaro ed evidente il collegamento con la visione di Wilhelm Dilthey, la cui significatività nell'elaborazione di Betti è paragonabile a quella di Friedrich Schleiermacher, ancora più che egli fa sua in senso pieno questa distinzione, riconoscendo la profonda differenza delle scienze umane e storico-sociali dalle scienze empiriche, e dunque la necessità di una diversa soluzione metodologica, e di una diversa concezione della verità, dell'oggettività e dello stesso nodo dell'interpretazione. Ancora, vi è la sensibilità per la dimensione storica dell'uomo e delle produzioni dello spirito. Diversi aspetti lo accostano a Dilthey e allo storicismo tedesco; ma in essi non si può assorbire e riassumere l'essenziale dello storicismo bettiano, perché esso veicola un relativismo ben più moderato, ancorando l'esercizio ermeneutico e conoscitivo dell'*homo interpretans* tanto ad una universalità (trascendentale) su cui si fonda la stessa oggettività dei valori quanto ad una esigenza del conoscere e dell'agire, del comprendere e del deliberare che lavora sulla datità evidente, sull'esigenza attuale, sull'intendimento effettivo, in una parola, sul *concreto*. Analogo discorso vale per lo storicismo di matrice idealista, ovvero il cosiddetto storicismo assoluto di Benedetto Croce, il quale è pure molto richiamato da Betti (i due ebbero un'ampia corrispondenza). Vero è che in Betti si ritrovano diversi elementi dell'idealismo romantico, a cominciare dal suo costante riferimento ad un'idea di soggettività come *spirito* e a una certa idea di progresso culturale e sociale, persino spirituale, dell'uomo. Ma né lo 'spirito' è concepito in senso assolutistico (piuttosto nel senso globale richiamato più sopra, di coscienza umana vivente, dotata di intuizione e ragione, non solo intelletto e razionalità) né tale progresso è inteso come una evoluzione in senso processuale o dialettico dello spirito attraverso la storia²³. Giuliano Crifò

²² G. Mura, La «teoria ermeneutica» di Emilio Betti, in E. Betti, *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, op. cit., p. 275.

²³ Sul rapporto tra Croce e Betti, cfr. G. Mura, op. cit., pp. 300-306.

sottolinea opportunamente la lontananza di Betti dall'idealismo romantico e, piuttosto, la vicinanza all'ontologia hartmanniana; ma altrettanto opportunamente Gaspare Mura evidenzia la distanza «dell'ermeneutica bettiana [...] dal problematicismo metafisico di Hartmann» – in quanto, spiega, da questo problematicismo è «fondamentalmente lontano» «il “processo triadico” dell'ermeneutica [...] come il senso bettiano della realtà storica e del libero svolgimento della spiritualità dell'uomo, è lontano dal determinismo storico ed esistenziale hartmanniano»²⁴. Lo storicismo di Betti è, piuttosto, da accostare – e con questo concordiamo con Mura – al *realismo storico* di Giambattista Vico, ovvero ad un realismo non fondato su una concezione dialettica di matrice idealistico-trascendentale bensì sul principio vichiano *verum ipsum factum*²⁵.

Se in effetti si arriva ad ammettere che ogni atto dell'intendere procede dall'inversione di un atto del parlare-pensare, in quanto si tratta di ripercorrere retrospettivamente il corso dei pensieri che sono alla base del discorso e di pervenire a comprenderli, è chiaro che da tale inversione si può trarre un principio generale di corrispondenza di senso fra il processo creativo di un'opera dello spirito e processo interpretativo. E allora si scopre quale profonda verità intuisse Giambattista Vico, quando affermava «che questo mondo civile egli certamente è stato fatto dagli uomini, onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i principi dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana». In verità, le molteplici e tipiche configurazioni che la civiltà umana assume nel corso del suo sviluppo storico entro i vari sistemi culturali e nelle varie sfere della vita spirituale – arte, linguaggio, letteratura, scienza, diritto, strutture economiche e sociali – posseggono ciascuna un *logos* loro proprio, che è insieme legge di formazione e di sviluppo, e che è nel contempo legge di struttura e di coerenza significativa. Alla luce di tale legge diventa allora possibile un'interpretazione rivolta all'intendere il senso di codesti prodotti culturali tenendo presenti i

²⁴ G. Mura, *op. cit.*, p. 308.

²⁵ G. Mura, *op. cit.*, p. 312.

singoli problemi della loro formazione, secondo fattori tipici in essi ricorrenti e secondo fattori individuali, entrambi storicamente condizionati.²⁶

È a partire da questa matrice vichiana che occorre ripensare il fondamento filosofico dell'opera di Betti. Esso mostra in modo netto che il cuore della sua concezione ermeneutica non è dato dall'idealismo, e meno da uno spiritualismo, ma si esprime nella forma di un umanesimo di matrice storico-realista che vede l'uomo come *homo interpretans* in quanto «spirito, vivente e pensante, soggetto di coscienza e autocoscienza», ovvero soggetto di pensiero e interiorità, azione e responsabilità, fautore della propria realtà e della propria identità.

3. La matrice storica e giuridica

Ora, questo discorso non può condurci verso una “virata” tutta filosofica nella lettura e intendimento della *Teoria generale della interpretazione*. Non solo l'ermeneutica in quanto tale non è da intendersi come disciplina filosofica in linea esclusiva – è piuttosto un caso particolare di inter- e intra-disciplina –, ma le scaturigini prime dell'opera bettiana si ritrovano nel campo storico e giuridico, ed il progetto di una *Teoria generale della interpretazione* è *in primis* “progetto giuridico”. Non ci si deve trarre in inganno constatando il fatto che l'interpretazione giuridica occupa un posto definito, e dunque limitato (come si è ricordato più sopra), accanto ad altre forme di interpretazione nella trattazione bettiana. La centralità del discorso giuridico è documentata con eloquenza nel testo intitolato “Chiarimenti circa il proposito di un ‘Istituto di Teoria dell'Interpretazione’”, datato 10 gennaio 1954, ove a chiare lettere Betti dichiara:

²⁶ E. Betti, *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre. Ein hermeneutisches Manifest*, Mohr, Siebeck, Tübingen, 1957, nota 110a.

La teoria dell'interpretazione (o teoria ermeneutica) è una teoria che interessa tutte le «scienze dello spirito», nella più larga accezione di questa parola, e costituisce una parte cospicua della rispettiva metodologia.// [...] Tale teoria – che dovrebbe avere carattere di scienza, e non già di filosofia, quindi non dovrebbe essere ascritta a nessun particolare sistema filosofico – dovrebbe studiare il problema epistemologico dell'intendere (che è un circoscritto aspetto del problema del conoscere), il processo interpretativo (come processo gnoseologico), e soprattutto la metodologia ermeneutica, approfondendo i tratti comuni e quelli differenziali, che il metodo ermeneutico assume nei vari campi del sapere.// A promuovere tale teoria e a coltivarne lo studio servirebbe un Istituto di Teoria della Interpretazione, che interesserebbe anche altre Facoltà, come quella di Lettere e filosofia, e che nell'orbita della Facoltà di Giurisprudenza dovrebbe essere appoggiato agli Istituti di storia del diritto.²⁷

Dunque, è il diritto ad assumere valore di riferimento paradigmatico in una teoria generale dell'interpretazione di taglio *scientifico* e pensata per le scienze umane e sociali tutte. Cosa c'è di peculiare nell'ermeneutica giuridica tale da conferirle un valore paradigmatico persino superiore alla storia? L'analisi ordinata e sistematica sviluppata nella Teoria generale ci dà indicazioni chiare che guidano verso la risposta. Intanto, l'«interpretazione giuridica» [cap. VIII] rientra nei tipi di «interpretazione in funzione normativa» [capp. VIII e IX] accanto alla «interpretazione teologica» e all'«interpretazione psicologica in funzione pratica» [cap. IX]. Di fatto, l'ermeneutica nasce e si sviluppa in seno alla teologia e al diritto, prima anche della storia (per quanto il problema ermeneutico sorga anzitutto 'storicamente', all'offuscarsi del senso per effetto della distanza temporale [= problema dell'interpretazione del testo omerico in epoca ellenistica...]). Dunque, la marca più originaria del problema ermeneutico ha a che vedere con la dimensione normativa, ovvero non con il «retto esito dell'intendere [...] fine a se stesso, ma mezzo ad un fine ulteriore»²⁸. Ebbene, la 'disciplina

²⁷ E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, op. cit., p. XVIII.

²⁸ E. Betti, op. cit., p. 347.

ermeneutica' (= ermeneutica come *disciplina*) nasce come esercizio su un intendere «che sia preordinato al fine di regolare l'*agire*» (anche, «fine di ricavare dalla conseguita intelligenza una massima di decisione o di condotta, un orientamento per una presa di posizione nella vita pratica»²⁹), laddove tanto l'esercizio su un intendere fine a se stesso (funzione ricognitiva) quanto l'esercizio su un intendere finalizzato al 'far intendere' (funzione riproduttiva/rappresentativa) trovano sviluppo subordinato o, comunque, conseguente.

Betti procede con la disamina dell'interpretazione giuridica da due aspetti comuni con l'interpretazione teologica: 1. «[...] la giurisprudenza come la teologia si trovano dinanzi a testi vincolanti da interpretare»³⁰, cioè non solo testi da 'intendere' ma da 'essere osservati' (= *explicatio* più *applicatio*, ma con *applicatio* in quanto 'vincolo'); 2. «la destinazione o funzione normativa dell'interpretazione giuridica o di quella teologica postula anche nell'interprete un atteggiamento metateorico più intensamente valutativo verso l'oggetto da interpretare: l'interesse del giurista, come quello del teologo non può prescindere da un'esperienza personale e da una presa di posizione valutativa, dato che qui, in una con la conoscenza, è in gioco la direttiva dell'azione»³¹. Questo secondo aspetto implica un maggiore rischio di relativismo o anche errore interpretativo, con conseguenze potenzialmente importanti, specialmente in campo giuridico. Ciò ci pare contribuisca a giustificare la forte attenzione di Betti per la metodologia dell'interpretazione e la costante problematizzazione di come coniugare il rigore procedurale con il coinvolgimento interpretativo e deliberativo in situazione. Il continuo richiamo alla questione del rigore e alla dimensione etico-pratica sono indice della leva bettiana sul nodo della *responsabilità* quale fattore decisivo, accanto al fattore procedurale, nel conseguimento della corretta interpretazione e applicazione normativa (sia

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ E. Betti, *op. cit.*, p. 791.

³¹ E. Betti, *op. cit.*, p. 792.

che si segua la concezione della messa in pratica dell'interpretazione secondo «la volontà del legislatore» oppure secondo «la volontà della legge»).

Che, in riferimenti al discorso dell'interpretazione normativa, in Betti vi sia forte sensibilità per una dimensione di responsabilità di coloritura etico-civica emerge da più aspetti, a cominciare dalla critica alla «teoria normativistica del positivismo giuridico» – sviluppata toccando il nodo dell'esigenza di neutralità ermeneutica del giurista (rispetto a «istanze metagiuridiche, etiche, religiose, sociali o economiche»³²). Betti osserva:

[...] l'esigenza di neutralità non significa che qui sia richiesta all'interprete una supina rassegnazione o una sorta di cecità morale, ma essa in tanto è affermata in quanto si presuppone che proprio negli organi dell'interpretazione, siccome esponenti della coscienza sociale, sia viva e vivace la consapevolezza della tradizione e, con essa, la sensibilità delle sue basi morali.³³

E contro la teoria normativistica del positivismo giuridico, scrive:

[...] il vizio radicale di codesta teoria normativistica che riduce l'interpretazione giuridica ad un'analisi del linguaggio legislativo, sta nel dimenticare che le norme non sono pure enunciazioni di giudizi tendenti a comunicare un sapere circa la sintesi di un soggetto e di un predicato, ma sono strumenti ad un fine di convivenza sociale. Incombe, pertanto, al giurista interprete di identificare i tipi di interessi che hanno formato oggetto di disciplina legislativa; e poiché siffatti interessi si collocano nella vita di una società e costituiscono in gran parte 'materia segnata', soggetta a certe leggi sue proprie, che operano prima ancora della disciplina giuridica, chiaro appare che egli non può limitarsi a un'interpretazione filologica del discorso legislativo.³⁴

³² E. Betti, *op. cit.*, p. 795.

³³ E. Betti, *op. cit.*, p. 796.

³⁴ E. Betti, *op. cit.*, pp. 797-798.

Di fatto, il suo interpretare ha un carattere radicale di *impegno responsabile* che forza il processo ermeneutico verso un movimento di circolare ritorno critico-riflessivo, interpretativo e pratico-deliberativo. Da un lato, l'interprete giurista, «assolve il compito di mantenere sempre in vita, mediante l'intendere, le esigenze di un ordine dell'operare, e precipuamente assolve il compito di conservare in perenne efficienza nella vita di una società norme, precetti e valutazioni normative, che sono destinate a regolarla o a servirle di orientamento»³⁵; da un altro lato, l'interprete giurista «deve raffigurarsi nelle reazioni e ripercussioni pratiche, e in questo senso drammatizzarsi (*realize* si direbbe in inglese), l'esito della interpretazione che sta per proporre e sostenere»³⁶. È chiaro che la prospettiva che qui Betti apre va oltre il piano della 'semplice' *applicatio*: attraverso l'interpretazione e applicazione delle norme il giurista conferma, rafforza o modifica consapevolmente e responsabilmente un dato indirizzo normativo in accordo con i caratteri propri della vita di una società, la quale è sempre soggetta alla determinazione storica ma secondo una dialettica tra tradizione e cambiamento.

La dialettica tra tradizione e cambiamento è dialettica entro cui si innesta la questione della portata evolutiva dell'interpretazione giuridica, nel senso che l'interpretazione giuridica stessa concorre in quanto parte attiva di tale dialettica attraverso i diversi strumenti ermeneutici, anche di interpretazione storico-ricognitiva (ad es. per il caso della *duplex interpretatio* di testi di legge immutati nella lettera ma derivati da precedente legislazione³⁷), per non dire dei canoni (ad es. il canone della totalità rispetto all'esigenza «imposta dalla intrinseca coerenza e armonia del diritto, di provvedere all'adattamento della disciplina giuridica alle condizioni sociali e politiche diverse nello spazio o mutate ne tempo»³⁸).

³⁵ E. Betti, *op. cit.*, p. 803.

³⁶ E. Betti, *op. cit.*, pp. 803-804.

³⁷ Cfr. E. Betti, *op. cit.*, p. 826.

³⁸ E. Betti, *op. cit.*, p. 828.

4. Conclusione

Senza spingerci oltre in tale discorso e nel riprodurre l'intera articolazione della trattazione bettiana (qui non riproducibile), ci pare che già gli elementi richiamati diano indizio della particolarità dell'apporto dell'interpretazione giuridica ad una ermeneutica che guarda alle scienze e alla scientificità. Di fatto, il movimento dal teoretico al pratico complessifica un quadro già complesso per il fatto che il 'fattore individuale', (a) in quanto potenziale problema, non può trovare disciplina o contrappeso con il solo metodo e, (b) in quanto necessaria risorsa, non può astrarsi dal lavoro del giurista e del legislatore. Si produce, nella forma più difficile, quel problema di scientificità caratterizzante le scienze umane e sociali il cui oggetto, per ripensarlo con Dilthey, è il soggetto di esistenza, ovvero il *vissuto*, per cui solo attraverso il *processo* del comprendere-interpretare (piuttosto che del descrivere-esplicare) si sviluppa un *sapere* certo. Perché "nella forma più difficile"? Perché un tale sapere certo deve realizzarsi in un altrettanto certo *fare e agire*, che ancora non può essere frutto 'tecnico-procedurale', come nel caso delle scienze applicate o delle tecnoscienze, e neppure frutto di esercizio libero, autonomamente interpretativo di un sapere. In questo, nella prospettiva di un discorso di scientificità e di rigore pratico, la giurisprudenza si rivela superiore alla teologia. Sul piano dell'interpretazione normativa, infatti, Betti è chiaro nel sottolineare che giurista e legislatore devono evitare un errore o «equivoco» fondamentale:

Né il giudice interprete né lo stesso giudice decidente debbono mai, neppure lontanamente, pensare a «identificarsi» con un mitico legislatore [...]. Un identificarsi nel senso di rivivere dal di dentro la funzione normativa si ha, forse, sono nella celebrazione di un sacramento ad opera del ministro del culto e del fedele [...].// [...] l'esecuzione della legge avviene su un piano di legalità, il quale non richiede punto l'atteggiamento spirituale dell'identificarsi con l'autore della norma da eseguire. Non si tratta affatto di «riprodurre in sé l'atto normativo come criterio o principio per spiegare la

stessa attività normativa spiegata dal legislatore», né di «assumerlo a contenuto di un proprio atto normativo»: alla stregua di un criterio siffatto non vi sarebbe interpr, giur. all'infuori di quella autoritativa ufficiale e vincolante dell'organo statale competente ad applicare la legge: il parere, il consulto, l'esegesi scientifico esulerebbero dal campo dell'interpretaz. giur.³⁹

Una tale lezione ha un profondo riverbero anche a livello filosofico. Nel caso particolare della rilettura che stiamo proponendo, il discorso dell'ermeneutica giuridica invita a guardare oltre il piano di un'antropologia filosofica che pensa l'uomo in quanto individuo – sia pure esso inteso dotato di coscienza e interiorità (oltre l'intelletto). Invita a pensare l'uomo come essere sociale, cioè essere-di-relazione che vive nella comunità, ed essere storicamente determinato, già sempre immerso nel mondo-della-vita. L'ermeneutica filosofica, può dunque trarre considerevole spinta a superare una certa astrattezza nella trattazione dell'essere umano da questa ermeneutica per le scienze umane e sociali guidata dal paradigma dell'interpretazione giuridica.

Riferimenti bibliografici

Betti E., *Zur Grundlegung einer allgemeiner Auslegungslehre*, in AA.VV., *Festschrift für Ernst Rabel*, Bd. II, Tübingen 1954, pp. 79-168.

Betti E., *Teoria generale dell'interpretazione*, a cura di Crifò G., 2 voll. Giuffrè, Milano [1955] 1990.

Betti E., *Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre. Ein hermeneutisches Manifest*, Mohr, Siebeck, Tübingen, 1957.

Betti E., *Die Hermeneutik als allgemeine Methodik der Geisteswissenschaften*, Mohr J.C.B. (Paul Siebeck), Tübingen 1962; tr. it. *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, a cura di Busacchi V., Tab edizioni, Roma 2022.

³⁹ E. Betti, *op. cit.*, pp. 808-809.

Bleicher J., *Contemporary Hermeneutics: Hermeneutics as Method, Philosophy and Critique*, Routledge and P. Kegan, London-Boston-Henley 1980.

Ferraris M., *Storia dell'ermeneutica*, Bompiani, Milano 2008².

Mura G., La «teoria ermeneutica» di Emilio Betti, in E. B., *L'ermeneutica come metodica generale delle scienze dello spirito*, cit., pp. 275-331.

La salute fra libertà terapeutica e obblighi di legge

Documentazione giuridica, considerazioni scientifiche, principi bioetici

di Giovanni Chimirri*

Sommario: 1. Introduzione: la salute tra cure e prevenzione – 2. Normative nazionali e internazionali su salute, profilassi e sperimentazioni mediche – 3. Osservazioni alla documentazione riportata in relazione al caso covid – 4. Critiche delle norme vaccinali – 5. Il diritto tra giustizia, morale e filosofia – 6. La salute svenduta e mistificata dalla scienza. Conclusioni epistemologiche e bioetiche.

Abstract: Compared to the past, the subject of health and the care has become central to philosophical and political debate. States legislate extensively on many health issues, and never before have Big Pharma and private entities financed doctors and government agencies by influencing their decisions. The recent pandemic full of crazy regulations with no health value and the associated vaccination obligations, have sharpened the scientific and media debate. Yet jurists and bioethicists have shown that a health treatment can only be imposed with respect for the person and in the interest of protecting public health (ex art. 32 of the Constitution), as they do not offer vaccines without immunizing capacity. The reasons given are not against drugs and vaccines but against their abuse in favour of freedom of treatment and prophylaxis.

Keywords: Health, drugs, vaccines, freedom of treatment, legislative obligations.

* Cultore di filosofia, Università dell'Insubria (Como-Varese), ricercatore indipendente, saggista, collaboratore di riviste scientifiche ed enciclopedie.

1. Introduzione: la salute tra cure e prevenzione¹

Un tempo la salute *collettiva* non era particolarmente oggetto d'interesse. Solo nel medioevo alcune istituzioni religiose attrezzarono luoghi di ricovero per viandanti, poveri, soldati, malati cronici, persone rifiutati dalle famiglie per il loro carattere, ecc. Con la formazione degli stati moderni negli ultimi secoli si cominciò poi a prendersi cura della popolazione in modo sistematico con ospedali pubblici e con legislazioni sanitarie, per arrivare ai nostri giorni dove gli stati non solo curano ma cercano di prevenire le malattie imponendo una *medicalizzazione esistenziale* che segue ogni cittadino fin dal grembo materno (screening uterini, vaccinazioni consigliate alle gestanti, parti medicati, ecc.) accompagnandolo per il resto della vita (vaccinazioni pediatriche, visite scolastiche e militari, medicina del lavoro, assistenza agli anziani, fasi terminali, ecc.).

Uno dei pionieri che indagò questa materia fu I. Illich con *Nemesi medica*, che imputò paradossalmente alla medicina moderna la responsabilità di varie malattie fisiche e mentali, differenziando una “iatrogenesi sociale”, una “iatrogenesi clinica” e una “iatrogenesi culturale”².

Basta del resto guardare la TV per vedere la quantità di farmaci reclamizzati a ogni stagione e per ogni momento del giorno, dove si offrono (e non senza vane promesse) pillole per migliorare la digestione, la respirazione, la copulazione, l'invecchiamento, la menopausa, l'andropausa, la prestazione sportiva, la minzione, l'evacuazione, la concentrazione intellettuale, il mestruo, il sonno, l'umore, il lutto, il livello di grassi, di alcoli e di zuccheri nel sangue, ecc.; quasi che il nostro corpo equiparabile a

¹ Questo articolo anticipa e sintetizza alcune idee di una nostra ricerca su quanto successo in pandemia negli anni 2020-2024. Un volume di oltre 1500 pagine a carattere multidisciplinare con migliaia di riferimenti, dove si giustificano e documentano varie cose che in questa sede abbiamo dovuto tralasciare. Da quel volume abbiamo inoltre ricavato un volumetto divulgativo sui vaccini in generale. Entrambe queste opere saranno pubblicate entro l'anno.

² Cfr. F. La Cecla, *Ivan Illich e la sua eredità*, Medusa, Milano 2013.

un'automobile che ha bisogno per funzionare bene di sostanze esterne costanti, precise e calibrate (livello dell'olio, della benzina, della carica delle batterie, della pressione dei pneumatici, ecc.). Senonché, pensare che a BIG PHARMA³ importi qualcosa della nostra salute, è come credere che alle industrie belliche importi qualcosa della pace!

Ma la goccia che fece traboccare il vaso si è vista sia nel 2020, dove per la paura di un virus *smettemmo semplicemente di vivere* (chiudendoci in casa, bloccando i commerci, impedendo ai bimbi di giocare e andare a scuola, indossando mascherine asfissianti persino all'aperto, ecc.), sia nel 2021-2022 con gli obblighi vaccinali, tra l'altro sperimentati solo qualche settimana quando in genere lo sviluppo di qualsiasi farmaco richiede un decennio. E forse la gente non sa che un vaccino è un farmaco a tutti gli effetti e come tutti gli altri, dove insieme a un principio attivo che dovrebbero curare e/o proteggere, è composto non di meno da una serie di altri ingredienti spesso tossici (adiuvanti, conservanti, stabilizzanti, metalli, antibiotici, acidi, grassi, ecc.).

Ma qualsiasi *norma emergenziale* che comprime certi diritti individuali, dovrebbe durare un breve periodo e non certo anni (per tutto il 2023, infatti, vigevano ancora alcune pratiche antipandemiche a discrezione delle singole regioni o istituti di cura, come per esempio le mascherine e i tamponi per gli ospedalizzati); per tralasciare che l'Italia adottò le misure più restrittive al mondo senza registrare però in proporzione meno contagiati e meno morti.

Il magistrato A. Giorgianni affermò in interviste televisive che «non c'è stata un'emergenza sanitaria ma una *criminale emergenza della democrazia*»; mentre il prof. M. Bizzarri (un medico vaccinato), affermò che «imporre una qualsiasi terapia è *criminale*» (dove nella "terapia" va inclusa anche qualsiasi tipo di profilassi); laddove restrizioni e obblighi sanitari dovrebbero essere riservati a contesti ben limitati e selezionati e non

³ L'insieme delle industrie farmaceutiche, diverse delle quali condannate per truffa, illeciti, corruzione, lesione e omicidio colposo, con multe e risarcimenti miliardari.

applicati indiscriminatamente alla totalità della popolazione per anni!

Scriva un medico plurilaureato:

La libertà non è una concessione ma un *diritto*. Le restrizioni non erano contro il virus (che non si voleva neppure curare) ma per costringere al siero sperimentale e ottenere il green-pass; consegnarsi nelle mani del Sistema in modo che soltanto i buoni e gli asserviti potessero vivere normalmente e i cattivi no, esclusi da tutto. Chi si sarebbe vaccinato senza le restrizioni? Bisognava dare la caccia ai novax, minacciarli e ricattarli *contro ogni norma etica e legale*. Un governo che vuole bene ai cittadini non censura chi parla di terapie poiché *ognuno ha diritto di curarsi come vuole*.⁴

Principi, diritti e valori sono tutti correlati e nessuno dovrebbe prevalere (salvo situazioni estreme), come successo invece durante la normativa pandemica dove il totem del “diritto alla salute” è stato utilizzato per mortificare altri diritti fondamentali in nome di un’efficienza “gestionale” anziché “costituzionale”. Per tralasciare che il legislatore ha operato in forza di una nozione limitata di salute come “assenza di malattia”, inficiando paradossalmente il *benessere dei sani* su ogni livello. Si deve sapere che fra le scienze empiriche, la medicina è quella *meno esatta di tutte*, e questo non tanto per suo intrinseco difetto ma per la complessità del nostro organismo, ognuno col suo patrimonio genetico ed epigenetico, con le sue diverse reazioni, resistenze, risposte ai farmaci, adattamenti, ecc.

Se la medicina fosse una scienza certa e universale, non si capisce perché ogni paese al mondo adottò misure sanitarie antipandemiche e vaccinali molto diverse (e/o quasi nessuna). Per l’avvocato e presidente del Comitato Nazionale di Bioetica,

in un paese non democratico, l’imposizione di un vaccino risulterebbe molto efficace, ma nelle democrazie occidentali una misura di sanità pubblica va considerata anche in base al grado della sua *accettabilità sociale*. In questo senso, gli argomenti contrari all’obbligo vaccinale ci sembrano più

⁴ M. Citro della Riva, *Apocalisse*, Byoblu Edizioni, Milano 2022, p. 353.

ragionevoli e socialmente condivisibili; anche perché l'imposizione di un trattamento medico presuppone che esso sia assolutamente privo di rischi e questo non è scientificamente accertato.⁵

La “questione vaccinale” non è nuova ma dura da oltre due secoli con le note “categorie antropologiche” del tipo *novax*, *provax*, *freevax* e *nìvax*. L'Italia è fra le prime nazioni al mondo per quanto riguarda gli obblighi vaccinali ai sanitari, ai militari, agli impiegati pubblici, a talune categorie più a rischio e infine a tutti gli over-50 e in tutti i luoghi di lavoro (caso-covid). Comunque sia, se in alcuni casi la politica può anche travalicare la scienza per salvaguardare altri interessi di ordine sociale o economico, non può tuttavia legittimare obblighi sanitari aggrappandosi al notoriamente falso o anche al solo ipotetico come quando affermava che «la profilassi vaccinale è efficace nell'evitare la malattia *grave* e il *contagio*»; cioè, due requisiti (gravità e diffusione) mai dichiarati nel rilascio delle autorizzazioni al commercio dei vaccini-covid e dunque mai registrati dai produttori nei “Fogli Illustrativi”.

Per questo e per altri motivi (in sostanza: i vaccini-covid non hanno valore ai fini della *protezione della salute collettiva*), sono già uscite decine di sentenze che hanno dato ragione a cittadini non vaccinati e non green-passati reintegrandoli al lavoro (con pagamento degli arretrati) e togliendogli multe (cfr. tribunali e giudici di pace di mezza Italia: Sassari, Padova, Velletri, Roma, Firenze, Grosseto, Ivrea, Frosinone, Milano, Napoli, Novara, Siena, Torino, Taranto, Pesaro, Imola, Fano, Trieste, Palermo, Trento, Lucca, ecc.).

Il potere politico pare oggi così ossessionato per la salute, che si arroga il diritto di proclamare persino pandemie solo future mettendoti però all'istante “fuori legge” se non ti adegui. Un potere che ti punisce e t'insulta come complottista, oscurantista, incivile e nemico della scienza e dell'umanità se non assumi un farmaco, laddove in Italia e nel mondo sono

⁵ L. D'Avack, in AA. Vv., *Etica dei vaccini*, Donzelli, Roma 2021, pp. 78-79.

invece poi accettate come normali e/o legali e/o tollerate, cose come: aborto, tradimento del coniuge, droga, eutanasia, furto a fin di bene, affitto di uteri, prostituzione, masturbazione e sesso fra bambini (secondo raccomandazioni dell’OMS/Europa), traffico di organi, combattimenti di animali o fra uomo/animale, cambiamenti di sesso e abolizione dei sessi biologici (una persona è solo quello che percepisce di essere), gioco d’azzardo, guerra (quella “santa” inclusa), vendetta, razzismo, ecc.!

Non solo, ma il potere politico illude il cittadino che senza una certa pratica medica si mette a rischio di sopravvivenza la popolazione intera; per cui, appunto, *tutti* sono obbligati a “donare il deltoide alla patria”, quando paradossalmente e nello stesso momento, lo stesso potere depotenzia la sanità pubblica (favorendo quella privata), chiude reparti, ospedali e ambulatori, non assume personale, ti fa aspettare mesi e anni per visite, analisi e interventi chirurgici; però ti assicura che gli sta a cuore la tua salute tanto da regalarti farmaci-vaccini (... ma solo quelli che vuole e quando vuole).

2. Normative nazionali e internazionali su salute, profilassi e sperimentazioni mediche

A) Norme Internazionali

a) DICHIARAZIONE UNIVERSALE DEI DIRITTI DELL’UOMO (art. 3): «Ogni individuo ha diritto alla vita, alla libertà e alla sicurezza della propria persona».

b) PATTO INTERNAZIONALE DEI DIRITTI CIVILI E POLITICI, dove si afferma che solo alcuni diritti umani possono essere sospesi in casi eccezionali, mentre non può mai essere sospeso il principio del consenso informato in ambito medico, dove s’intende ovviamente quello libero e non certo ricattatorio.

c) CONVENZIONE DI OVIEDO sui diritti umani in ambito medico:

art. 1: Le parti della presente convenzione proteggono l'essere umano nella sua dignità e identità, e garantiscono a ogni persona il rispetto della sua integrità e di altri diritti e libertà fondamentali riguardo le applicazioni della biologia e della medicina. – art. 2: L'interesse e il bene dell'uomo devono prevalere sull'interesse della società e della scienza. – art. 5: Un intervento nel campo della salute non può essere effettuato se non dopo che la persona interessata abbia dato consenso libero e informato. Questa persona riceve anzitutto un'informazione adeguata sullo scopo e sulla natura dell'intervento, sulle sue conseguenze e i suoi rischi.

d) DICHIARAZIONE UNIVERSALE SULLA BIOETICA E I DIRITTI UMANI (art. 3): «Per rispettare la dignità e libertà umana, gli interessi e il benessere dell'individuo devono avere la precedenza rispetto l'interesse della scienza e della medicina».

e) CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA: «Ognuno ha diritto alla propria integrità fisica e psichica. Nell'ambito della medicina deve essere rispettato il libero consenso informato» (e notasi che questa Carta non ha solo un valore sociale, scientifico o morale, ma un «valore *giuridico*», art. 6).

f) RISOLUZIONE DEL CONSIGLIO D'EUROPA (n. 2361 del 27-1-2021): «I cittadini siano informati che la vaccinazione [anticovid] non è obbligatoria e che nessuno può essere politicamente sottoposto a pressioni per farsi vaccinare. [...] Bisogna garantire che nessuno sia discriminato per non essersi vaccinato a causa di possibili rischi per la salute o per non aver prestato il proprio consenso. [...] Devono essere fornite informazioni trasparenti sulla sicurezza e sui possibili effetti collaterali. [...] Bisogna utilizzare i certificati di vaccinazione solo per monitorare l'efficacia del vaccino e i governi devono comunicare i contratti coi produttori».

g) DOCUMENTI DELL'UNIONE EUROPEA:

g.1) REGOLAMENTO UE n. 953/2021: «È necessario evitare la discriminazione diretta o indiretta di persone che non sono vaccinate. [...] Un certificato di vaccinazione non dovrebbe costituire una condizione preliminare per l'esercizio del diritto di circolazione e/o per l'utilizzo dei servizi di trasporto. Il presente regolamento non può essere interpretato per istituire un diritto o un obbligo a essere vaccinati»;

g.2) COMMISSIONE UE (comunicazione del 2-2-2000): va rispettato quel "principio di precauzione" secondo cui quando i dati scientifici non consentono una completa valutazione del rischio, bisogna impedire la distribuzione di prodotti che possano essere pericolosi e, se già distribuiti, vanno ritirati;

g.3) REGOLAMENTI UE nn. 726/2004 e 507/2006, che richiedono per autorizzare velocemente un farmaco, che il prodotto sia efficace e sicuro [*ma come si poteva sapere se i vaccini-covid erano nuovi sperimentati solo per poche settimane?*] e che non esistano cure [*che invece c'erano e ben documentate su PubMed, e già ampiamente utilizzate contro la precedente epidemia di Sars-CoV-1*].

h) COMITATO INTERNAZIONALE DI BIOETICA, *Dichiarazione universale sulla bioetica e i diritti umani*, art. 3: «Per rispettare la dignità e libertà umana, gli interessi e il benessere dell'individuo devono avere la *precedenza* rispetto l'interesse della scienza e della medicina».

i) CARTA EUROPEA DEI DIRITTI DEL MALATO (riportiamo solo alcuni articoli):

2. Ogni cittadino ha diritto a ricevere tutte le informazioni e la documentazione sanitaria di cui necessita ed entrare in possesso degli atti necessari a certificare in modo completo la sua condizione di salute.

3. Chiunque si trovi in una situazione di rischio per la sua salute ha diritto a ottenere tutte le prestazioni necessarie alla sua condizione e ha altresì diritto a non subire ulteriori danni causati dal cattivo funzionamento delle strutture e dei servizi.

4. Il servizio sanitario ha il dovere di proteggere in maniera particolare ogni essere umano che, a causa del suo stato di salute, si trova in una condizione momentanea o permanente di debolezza, non facendogli mancare per nessun motivo e in alcun momento l'assistenza di cui ha bisogno.

5. Ogni cittadino ha diritto ad avere dal Servizio Sanitario la certezza del trattamento nel tempo e nello spazio e a non essere vittima degli effetti di conflitti professionali e organizzativi, di cambiamenti repentini delle norme, della discrezionalità nell'interpretazione delle leggi.

6. Ogni cittadino ha diritto a vedersi trattato come un soggetto degno di fiducia e non come un possibile evasore o un presunto bugiardo.

7. Ogni cittadino ha diritto di trovare nei Servizi Sanitari, operatori e strutture orientati verso un unico obiettivo: farlo guarire e migliorare comunque il suo stato di salute.

8. Ogni cittadino ha diritto a vedere riconosciuta la sua specificità derivante dall'età, dal sesso, dalla nazionalità, dalla condizione di salute, dalla cultura e dalla religione, e a ricevere di conseguenza trattamenti differenziati a seconda delle diverse esigenze.

9. Ogni cittadino ha diritto a curarsi senza alterare, oltre il necessario, le sue abitudini di vita.

11. Diritto alla decisione. Il cittadino ha diritto, sulla base delle informazioni in suo possesso e fatte salve le prerogative dei medici, a mantenere una propria sfera di decisionalità e responsabilità in merito alla propria salute e alla propria vita.

1) CODICE DI NORIMBERGA: art. 1: «Il consenso volontario è *assolutamente essenziale*. Ciò significa che la persona interessata deve avere la capacità legale di esprimere il consenso; che essa sia nella condizione di esercitare un libero potere decisionale senza che s'intervenga con la forza, la frode, l'inganno e le, minacce, esagerando con qualsiasi

forma di vincolo o coercizione». – Art. 2: «L’interesse e il bene dell’essere umano devono prevalere sul mero interesse della società e della scienza».

B) Norme Italiane

m) COSTITUZIONE ITALIANA:

m.1) - art. 1: «L’Italia è una Repubblica fondata sul lavoro» (*diritto cancellato e/o subordinato in era covid all’assunzione di farmaci e analisi cliniche?*);

m.2) - art. 3, riguardante i diritti inviolabili della persona in campo politico, economico e sociale (*diritti cancellati e/o subordinati all’assunzione di farmaci e analisi cliniche?*);

m.3) - art. 27: «Le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità» (*sarebbe dunque umano privare del cibo e della socialità chi decide di non farsi un’iniezione sperimentale?*);

m.4) - art. 32: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana» (*vedremo meglio dopo*);

m.5) - art. 39: «Ogni cittadino sprovvisto dei mezzi necessari per vivere ha diritto al mantenimento e all’assistenza sociale» (*anche questi diritti violati a danno dei “non-green-passati”?*).

n) VARIE LEGGI:

n.1) Legge n. 648/1996: prevede la possibilità di somministrare farmaci sperimentali su persone *malate* e non sui *sani*; e solo qualora *non esistano alternative terapeutiche* (che invece esistevano). Questa legge ammette pure un uso del farmaco-vaccino fuori indicazione (ex art. 3 legge n. 79/2014) ma solo dietro ricerche della comunità scientifica nazionale e internazionale (che non c’erano e che non potevano esserci). Nel nostro caso, l’indicazione ufficiale delle

schede tecniche dei vaccini-covid era solo in riferimento alla malattia denominata Sars-Cov-2 ma non all'*evitamento dell'infezione virale come tale* (con relativa trasmissione e contagio) poiché il vaccino non è mai stato davvero immunizzante, potendo configurarsi dunque *falsità ideologiche e nullità del consenso informato*. Rientra pure in questa fattispecie, la vaccinazione covid *eterologa* – quella somministrata con vaccini di diversa marca e tipologia (come indicato da una *Determina* AIFA del 10-9-2021, in GU n. 141/2021) – non essendoci mai stata neppure in questo caso alcuna sperimentazione precedente e validata. Neppure i *Fogli Illustrativi* dei vaccini hanno mai dichiarato che essi, in caso d'infezione, ti saresti ammalato in modo “*meno grave*” (come tutti invece hanno sostenuto!).

n.2) Legge n. 219/2006: prevede il ritiro di un farmaco (e relativi lotti) qualora sia accertata la sua *inefficacia* (cosa evidente a tutti, poiché i vaccinati-covid s'infettavano, ammalavano e morivano lo stesso) e siano accertati *gravi effetti nocivi* (anche questo documentato dalle stesse agenzie sanitarie governative⁶, sebbene censurato e/o minimizzato sistematicamente).

n.3) Legge n. 24/2017 (art. 1): «La *sicurezza* delle cure mediante la prevenzione e gestione del rischio, è parte costitutiva del diritto alla salute». Ma un “rischio” del tutto tralasciato nel caso dei vaccini-covid nonostante si trattasse di nuovi farmaci.

n.4) Legge n. 119/2017: «Chi ha contratto un'infezione comprovata da test sierologici, è *esonero* dalla vaccinazione». E invece i decreti ministeriali non esonerarono alcuno costringendo a rivaccinarsi più volte dopo alcuni mesi e contro tutta la scienza medica precedente e con tutti i rischi di reazione iper-immune regolarmente successi (morte inclusa). Del resto, questa pratica (cioè vaccinarsi dopo infezione) non era indicata nelle schede tecniche dei produttori, poi aggiunta solo a fine 2023 col proposito di rivaccinare sempre tutti ogni anno; ma campagne vaccinali miseramente fallite dopo la terza dose, per cui è lecito domandare: perché

⁶ Cfr. AIFA, *Rapporti sulla sorveglianza dei vaccini*, che nel n. 14 registra (marzo/2023) registra ben 140.000 effetti nocivi (di cui il 19% gravi) e un migliaio di morti, sebbene, grazie ad algoritmi preconfezionati di comodo, solo piccola una parte qualificati come correlabili; per tralasciare che grazie ad altri criteri di classificazione, le reazioni avverse erano invero conteggiate in difetto; e infine che tutti questi dati si riferiscono alla farmacovigilanza *passiva* e non a quella *attiva* che, laddove condotta, ha registrato un numero di effetti nocivi centinaia di volte maggiori.

tutti quelli che credevano ciecamente nei vaccini (cioè decine di milioni di persone, e primi fra tutti i sanitari) *smisero di rivaccinarsi?*

n.5) Legge n. 219/2018 (art. 1, comma 5): «Ogni persona capace di agire ha diritto di rifiutare in tutto o in parte qualsiasi accertamento diagnostico o trattamento sanitario».

n.6) Legge 97/2021 e D. Lgs. 165/2021, sulla sospensione dello stipendio per procedimenti disciplinari ma col mantenimento di un “assegno alimentare”;

o) CODICE PENALE:

o.1) - art. 443: «Chiunque detiene o pone in commercio o somministra medicinali guasti o imperfetti è punito con la reclusione e la multa». Domanda: qualcuno può dimostrare che i vaccini-covid non rientravano in questa fattispecie? Dunque il noto “principio di precauzione” non esiste più in medicina per cui tutti sono obbligati a sottomettersi a nuove inoculazioni?

o.2) - art. 445: «Chiunque commercializza sostanze medicinali in quantità e qualità non corrispondente alle ordinazioni mediche, è punito con la reclusione e la multa». Di fatto, i vaccini-covid sono stati somministrati in modalità *off-label*, cioè fuori dalle indicazioni dei produttori e per mera decisione politica;

o.3) - art. 610: «Chiunque con violenza o minaccia costringe altri a fare od omettere qualcosa, è punito con la reclusione» (*come l’istituzione del green-pass?*).

C) Sentenze della Corte Costituzionale Italiana

p.1) n. 307/1990: «La legge può imporre un trattamento sanitario e giustificare la compressione dell’autodeterminazione dell’uomo, sia per migliorare la salute di chi vi è assoggettato sia quella degli altri; ma solo nella previsione che non incida negativamente sullo stato di salute del *singolo*, salvo quelle conseguenze temporanee e di scarsa entità normalmente tollerabili»;

p.2) n. 258/1994: una vaccinazione può essere obbligatoria se non ha gravi effetti nocivi e permanenti e solo se il trattamento, oltretutto preservare la salute del singolo, serve anche a proteggere la *salute altrui*;

p.3) n. 218/1994: «L'interesse per la salute collettiva può esigere accertamenti sanitari e trattamenti obbligatori (ma non indiscriminati e di massa), quando esiste un serio rischio di contagio e in funzione dell'attività svolta; salvaguardando però come limite invalicabile, la dignità della persona, il diritto alla riservatezza, il mantenimento della vita lavorativa e di relazione, il rischio dell'emarginazione»;

p.4) n. 118/1996: «nessuno può essere chiamato a sacrificare la propria salute a favore di quella degli altri, fossero anche tutti gli altri»;

p.5) n. 19/2002: «Ogni scelta e ogni norma in materia igienico-sanitaria non può nascere solo dalla pura discrezionalità del legislatore ma deve fondarsi su evidenze sperimentali e acquisizioni scientifiche»;

p.6) n. 5/2018: «L'obiettivo da perseguire nelle vaccinazioni è l'immunità di gregge, l'eliminazione della malattia e la protezione di chi non può vaccinarsi». Sentenza tirata in ballo da giudici durante la pandemia, però erratamente, non garantendo i vaccini-covid nessuno dei tre obiettivi.⁷

⁷ Ci riserviamo poi di discutere delle nuove tendenze dell'Organizzazione Mondiale della Sanità (un'agenzia dell'ONU condizionata dai suoi finanziatori, cioè, in buona parte, le multinazionali del farmaco e la fondazione di B. Gates con interessi nelle stesse industrie). L'OMS vuole arrogarsi per esempio il diritto monocratico di dichiarare tutte le pandemie che vuole (anche *meramente probabili*); di facilitare e velocizzare l'approvazione di qualsiasi nuovo vaccino; di ripristinare nuovi green-pass; di obbligare a nuovi vaccini; di limitare i diritti umani e le libertà individuali; di censurare il dissenso, ecc. Nel 2024 ha lanciato pure la rete globale CoViNet per coordinare una quarantina di laboratori in 21 stati al fine di sorvegliare i coronavirus e diagnosticare infezioni, i cui dati sono destinati soprattutto alla produzione di nuovi vaccini. L'OMS nacque nel 1948 con buoni propositi per coordinare la sanità nel mondo, stilare prontuari diagnostici, proporre indirizzi di cura/assistenza, attivare campagne di educazione sessuale, contribuire alla ricerca medica, incentivare piani di prevenzione ed emergenza, ecc. Ma da parecchi anni ha preso un'altra strada, che non è più l'attenzione al vero benessere globale dell'umanità ma allo *sviluppo di sistemi di controllo e imposizioni sanitarie senza sufficienti giustificazioni scientifiche*. Del resto, col "caso-covid", ha mostrato tutta la sua inefficienza nella gestione delle epidemie.

2. Osservazioni alla documentazione riportata in relazione al caso covid

Ora, alla luce delle normative esposte, chiediamo quanto segue:

1) I decreti pandemico-vaccinali rispettarono le normative internazionali e nazionali citate? Erano fondate su indiscutibili *evidenze sperimentali*?

2) La sospensione di taluni diritti fondamentali (come lavorare, circolare, giocare, visitare i propri cari, ecc.) fu sufficientemente motivata e soprattutto *proporzionata* alla fattispecie?

3) Premesso in generale l'assurdità della norma che vieta a una persona sana e tamponata di lavorare perché non ha assunto un farmaco (laddove un cittadino poteva avere altre 30 malattie infettive delle quali a nessuno importò qualcosa), i lavoratori sospesi ricevettero l'assistenza dovuta ai fini della loro sopravvivenza materiale quando i decreti affermavano che non avevano diritto a *nessun emolumento* contro precedenti normative che assicurano invece ai dipendenti pubblici e persino a ladri, mafiosi e assassini di poter mangiare e sopravvivere?

4) I decreti violarono il principio della *non-discriminazione* delle persone in base alle loro scelte sanitarie?

5) I decreti rispettarono il principio della *minima invasività* e della *proporzionalità delle pene* verso il cittadino renitente ai trattamenti sanitari?

6) Qualcuno può sostenere che l'obbligo del green-pass non abbia ingannato il cittadino vantando "immunità" e "sicurezza collettiva", quando anche i green-passati risultavano non solo infetti e contagiosi ma si ammalavano e morivano come i non-vaccinati e persino di più in parecchi casi?

7) Nella misura in cui i vaccini-covid non sono mai stati immunizzanti né bloccato la trasmissione virale né dunque preservato la salute di alcuno come sarebbe richiesto per i trattamenti obbligatori, non salta tutta la retorica della “solidarietà sociale”, della “salute collettiva” e dell’“immunità di gregge”, per cui i vaccini covid rivestivano solo un *valore individuale*? Dei tre requisiti della sentenza Cost. 307/1990, cioè: a) “beneficio del singolo” (indimostrabile per assenza di controprove); b) “beneficio della collettività” (inesistente perché i vaccini non hanno mai interrotto i contagi); c) “effetti scarsi e tollerabili” (quando gli stessi organi sanitari di tutto il mondo ne registrarono invece molti, gravi e letali), *nessuno rientrava nel caso dei vaccini covid*.

8) Nella misura in cui la tecnologia a mRNA dei nuovi vaccini non era mai stata utilizzata prima su vasta scala (e neppure erano mai state autorizzate e sperimentate le *particelle nanolipidiche* usate come vettori e come adiuvanti⁸), non esisteva un motivo sufficiente e prudenziale per evitare sia campagne vaccinali di massa sia soprattutto *obblighi*? A nulla serve dunque giustificarsi dicendo che ogni farmaco può avere effetti nocivi ... certo, ma di quelli davvero sperimentati e somministrati da anni e non quelli nuovi che come tali non si potevano imporre, lasciando al singolo d’intesa col suo sanitario di fiducia, di valutarne il *rapporto rischi/benefici*. E sì che la sopra citata legge (n. 24/2017, art. 1) scriveva che «la sicurezza delle profilassi è parte costitutiva del diritto alla salute»; laddove nel nostro caso fu imposto un trattamento che anziché prevenire e curare (lasciamo indeterminato se, quanto e come lo facesse davvero), era *manifesta la sua pericolosità* (come già osservato) con tutte le migliaia di effetti nocivi registrati dagli stessi organismi sanitari ufficiali (EMA, VAERS, AIFA, ISS, ecc.). La sicurezza

⁸ Per chi volesse approfondire questo punto, cfr. G. Segalla, *BioNTech/psfizer; il vaccino di Pandora* (febbraio/2023, in rete). Il dr. Segalla (biochimico e consulente tecnico in varie cause sugli effetti nocivi dei vaccini), proseguì i suoi studi sullo stesso tema pubblicati in una prestigiosa rivista internazionale in peer review: *Chemical-physical criticality and toxicological potential of lipid nanomaterials contained in a covid-19 mRNA vaccine*, in «IJVTPR», 1/2023, pp. 787-817; *Adjuvant activity and toxicological risks of lipid nanoparticles contained in the covid-19 mRNA vaccines*, del 2-3-2024, in «IJVTPR», 3/2023, pp. 1085-1102 (fascicolo interamente dedicato alle problematiche dei vaccini-covid).

del cittadino/paziente dovrebbe essere il *fondamento della qualità delle cure e di qualsiasi intervento di natura sanitaria*, laddove della nostra salute, invero, allo “Stato Terapeutico” poco nulla importa essendo sbilanciato verso altre logiche politiche, di mercato e di controllo.

9) Poiché i vaccini erano autorizzati solo in via *emergenziale e/o condizionale* e sottoposti ad altre verifiche e studi addizionali (come leggiamo nelle schede tecniche e nei fogli illustrativi) e dunque in sostanza erano ancora in *fase sperimentale*, non si violò il Codice di Norimberga? E invece la nostra giurisprudenza sentenziò che i vaccini erano *già sperimentati* (identificando semplicisticamente tre differenti nozioni: “sperimentazione”, “autorizzazione” e “somministrazione”) e dunque che l’obbligo era lecito, poco nulla sapendo di come funzionano le cose; per tralasciare che le Agenzie Regolatorie che controllano procedure e farmaci erano e sono in *cronico conflitto d’interesse* perché ampiamente finanziate da BIG PHARMA⁹.

10) Non potendo esserci una reale contrapposizione tra salute *individuale e collettiva*, perché i DL e varie sentenze fecero prevalere la seconda (del resto con presupposti e argomentazioni discutibili) laddove il diritto della persona di curarsi rimane sempre primario anche in altre situazioni sanitarie? Un fondato pericolo per la collettività non c’è mai stato e dunque – ribadiamolo – il ricorso allo sbandierato “principio di solidarietà” (altruismo? morale pubblica? condivisione? sentimento di appartenenza civica? empatia?) *rimane insussistente*. La persona ha il diritto di non desiderare alcuna (e solo presunta) protezione vaccinale perché vuole per esempio acquisire l’immunità per via naturale. E quale “salute collettiva” avrebbero salvaguardato i vaccini, visto i loro numerosi effetti nocivi anche gravi e anche letali? Proprio l’incontrario di quanto l’obbligo si proponeva. E chi può dire degli effetti nocivi a medio e lungo termine che potranno rovinare la “salute collettiva”? Invero, già negli anni 2021-2022 (quelli delle campagne vaccinali di massa) aumentarono inspiegabilmente i casi di tumore e di altre malattie cardiovascolari, per tralasciare che ci fu un inspiegabile *aumento della mortalità*

⁹ Cfr. *Conflitti di interesse e salute. Come industrie e istituzioni condizionano le scelte del medico*, Il Mulino, Bologna 2018.

generale. Lecito dunque chiedersi: ma quante persone avrebbero effettivamente salvato i vaccini? Non ci saremmo dovuti aspettare un calo complessivo dei decessi, aumentati invece solo in Italia di decine di migliaia di volte?

11) Se, infine, una delle motivazioni dell'obbligo vaccinale era la "prevenzione", ma se questa durava solo qualche mese fino a diventare *negativa* (s'infettavano e ammalavano di più i vaccinati che gli altri, oramai danneggiati nel loro sistema immunitario), non cadeva ancora una volta la *ratio* dell'obbligo?

Il costituzionalista prof. V. Baldini, rispose come segue ad alcune domande:

D: Cosa pensa che sulla falsa base dei vaccini che bloccano i contagi, si è costruito un *sistema di divieti e imposizioni*? **R:** Il sistema si è mosso in una direzione univoca: la *campagna vaccinale*. Ma i vertici non potevano non sapere e questo li rende *responsabili dal punto di vista penale*! **D:** Come spiega il sonno della magistratura? **R:** Non me lo spiego. La misura dell'obbligo vaccinale è *sproporzionata e sanzionabile in assenza di evidenze scientifiche*, e mi chiedo a quali parametri si rifanno i miei colleghi per giungere a soluzioni diverse. **D:** Nel nome della salute è stato *sospeso il diritto costituzionale al lavoro*: non è un grave precedente? **R:** Si tratta di una *violenza costituzionale contro la dignità della persona*. Sottoporsi a una misura formalmente "non obbligatoria" rimane una violenza nei confronti della libertà personale. **D:** In questi anni abbiamo visto un allineamento davvero misterioso fra i diversi poteri democratici. Cos'ha portato tutti a conformarsi in maniera pedissequa? **R:** Dobbiamo trovare la causa nell'*informazione tragica e terrorizzante*: è stato il pane quotidiano con cui ci hanno nutrito tutti i media favorevoli alla strategia del governo. Le istituzioni conoscevano bene i limiti dei vaccini ma *adottarono misure coercitive per far paura*. **D:** Cosa ci lascia questa esperienza sul piano costituzionale? **R:** La Costituzione liberale che metteva al centro la *persona* ha invece subordinando l'interesse privato a quello pubblico. Lo stato ha legittimato il controllo della comunità *comprimendo i diritti dei singoli*. Il

green-pass è diventato l'unico modello di sicurezza sociale dove *la scienza è divenuta la religione perfetta*.¹⁰

Come potrebbe mai una norma strumentalizzando l'art. 32 Cost., rigettare, annullare e scavalcare i precedenti 31 articoli costituzionali? Esso premette i diritti dell'*individuo* a quelli della *collettività*, e invece i decreti vaccinali sacrificarono i primi in favore dei (presunti) secondi. Ma ecco il testo del DL n. 1/2022 (artt. 1 e 3, corsivi nostri):

L'attuale contesto di rischio impone la prosecuzione delle iniziative di carattere straordinario e urgente intraprese al fine di fronteggiare adeguatamente possibili situazioni di pregiudizio per la *collettività*. [...] Ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di rafforzare il quadro delle vigenti misure di contenimento della *diffusione del virus* [...] al fine di tutelare la *salute pubblica* e mantenere adeguate misure di sicurezza, l'obbligo vaccinale per la *prevenzione dell'infezione* da Sars-CoV-2 si applica a tutti i cittadini che abbiano compiuto il cinquantesimo anno di età entro il 15 giugno. [...] Senza green-pass non si può accedere ai luoghi di lavoro, ai servizi della persona, uffici pubblici, servizi postali e bancari, ecc.!

Ma a tutto questo bisogna contestare che il decreto:

- parlava ancora di *straordinarietà* e *urgenza* dopo due anni di pandemia e dopo uno di vaccinazioni, dove la quasi totalità della popolazione era ormai vaccinata e/o immunizzata naturalmente, e dove le terapie intensive erano vuote al 90%;
- presupponeva un'evidenza scientifica inesistente, secondo cui i vaccini controllano la diffusione del virus, quando gli stessi produttori hanno dichiarato da sempre che non erano progettati per tale scopo. Dunque, seppure esiste il principio secondo cui il comportamento dell'individuo non può mettere e

¹⁰ Intervista di M. Pastorelli, sul quotidiano "La Verità" del 14-10-2022, p. 8.

repentaglio la salute altrui, non è questo il caso dei non-vaccinati-covid (semmai costoro faranno solo nel 99,99% dei casi un danno a se stessi);

- quando c'era in giro da mesi una variante che colpiva indifferentemente tutti ma era poco pericolosa, tanto che grazie al tamponificio di massa nei due mesi precedenti si scopriva qualche milione di infettati quasi tutti asintomatici (efficienza dell'“immuno-competenza”) o con semplici sintomi influenzali o para-inflenzali (come da notizie ufficiali dell'ISS);

- davvero una minoranza di non vaccinati poteva “pregiudicare la salute della collettività”?;

- il testo parlava di “possibilità”: e allora perché non contemplare in questa categoria anche gli effetti nocivi dei vaccini che parimenti intaccano il *diritto alla salute*? Che invero non è solo un diritto ma anche un *dovere*, nel senso che il singolo deve impegnarsi a star bene con la prevenzione primaria ed evitando l'abuso di farmaci, se ritiene in scienza e coscienza che gli possano nuocere;

- “accertati pericoli per la salute”: ma perché questo doveva valere solo per i *malati* e non anche per i *sani*? Non entra qui in gioco una discriminazione tra persone vietato dalla Costituzione? Non è un'altra discriminazione differenziare tra over-50 e under-50? E poi: non aveva al limite più senso emanare l'obbligo per gli over-70-80 visto (dati scientifici alla mano) che il virus faceva più danni a costoro che non ad altri?;

- non bastavano le migliaia di morti *vaccino-correlati* (o correlabili) certificati nella sola Europa secondo i dati ufficiali di EudraVigilance? Non era in gioco un pericolo per il singolo, fosse anche di 1/10.000? Per tralasciare che alcuni lotti fecero più danni di altri e furono ritirati (quindi è lecito il sospetto che la produzione era difettosa);

- pare giusto che per un semplice illecito amministrativo (cioè, non ottemperare all'obbligo vaccinale) si neghino i diritti fondamentali della persona e la sua stessa dignità reclamata dallo stesso art. 32 Cost.?

- come fu possibile vietare indiscriminatamente il lavoro ai non vaccinati? Non è l'Italia «una Repubblica fondata sul *lavoro*» (art. 1 Cost.)? La *ratio* della norma

vaccinale era all'incirca la seguente: “se non prendi un farmaco che *forse* ti protegge ... nel caso che *forse* t'infetti ... nel caso che *forse* ti ammali ... nel caso che *forse* ti ricoverano ... nel caso che *forse* finisci in terapia intensiva ... nel caso che *forse* muori, ... allora per scongiurare tutto ciò la Repubblica *ti vieta di lavorare*”! Se non è un abuso di potere, disumanità e dittatura questo!? Come quando M. Draghi affermò il 21-7-2021 che «chi non si vaccina, si ammala e muore». Infatti, la sua profezia non si è avverata, essendo dieci milioni di italiani non vaccinati *ancora sani e in vita* (... dunque sarebbero codesti esseri umani una sorta di “clandestini” e/o di “abusivi” della società che pretendono di vivere violando decreti?);

- sullo stato di emergenza scrisse poi un filosofo professore:

Il “diritto emergenziale” in pandemia è incompatibile con i principi generale del nostro ordinamento, i valori e le norme costituzionali, la dimensione assiologica della democrazia. Esso va criticato nella sua natura e nelle sue modalità che ha stravolto la gerarchia delle fonti, il principio di legalità, il principio del *nemine ledere*. [...] È inoltre inadeguato se fondato solo su risultanze empirico-sanitarie e contro i diritti metempirici e pre-costituzionali. [...] Il diritto ha perso di vista l'ordine razionale delle cose e la tutela integrale della persona oltre la mera sfera biologica.¹¹

- Ricordiamo l'art. 32 Cost.: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'*individuo* e interesse della *collettività*, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere *obbligato* a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di *legge*. La legge non può in *nessun caso* violare i limiti imposti dal *rispetto della persona umana*».

¹¹ A.R. Vitale, *Evoluzione della giurisprudenza pandemica*, in AA. Vv., *Vaccinazioni Covid-19 e Costituzione*, Phronesis Editore, Palermo 2022, pp. 277-278.

Ora:

a) la salute come “bene pubblico” potrebbe essere soddisfatto solo con vaccini *sterilizzanti* che impediscono infezioni e contagi, come appunto *non fanno* né i vaccini anti-coronavirus né altri vaccini pediatrici obbligatori, per cui le varie norme vaccinali non hanno mai soddisfatto alcuna *ratio* costituzionale;

b) con la nozione di “legge” citata dall’articolo 32 Cost. s’intende una norma che richiede un progetto a largo spettro, una discussione nelle commissioni, un dibattito pubblico, un consenso, una durata temporale, un iter parlamentare, emendamenti, votazione della maggioranza nei due rami del Parlamento, ecc. Dunque, qualcosa di complesso e ragionato che richiede l’interlocuzione di soggetti plurimi. Invece in pandemia il Parlamento fu marginalizzato ed esautorato delle sue funzioni costituzionali (cioè *legislative*) per farsi mero notaio di decisioni prese da altri e ratificando burocraticamente alla cieca, volontà altrui a forza di “fiducie”;

c) il Parlamento riserva a se stesso (“principio della riserva di legge”) il potere di legiferare su *materie fondamentali*, come i diritti personali, le modifiche costituzionali, i rapporti internazionali, i bilanci, gli obblighi sanitari, ecc.; laddove nel caso covid esso fu svuotato delle sue prerogative delegando (di fatto) a una sola persona (il presidente del consiglio dei ministri) o a un manipolo di persone (i membri del governo) la facoltà di emanare norme che però risultarono illogiche, inumane e non scientifiche, svuotando così l’assetto democratico della nostra Repubblica.

4. Critiche delle norme vaccinali

Quand’anche il governo rispetti le procedure ed emani decreti con valore di legge, qualsiasi norma si faccia al mondo non deve in ogni caso violare quel *diritto del singolo alla salute* messa invece a rischio dai *numerosi e pericolosi effetti nocivi dei vaccini-covid*, come certificato (ricordiamolo ancora) dalle stesse agenzie sanitarie e dalle statistiche ufficiali (CDC, ECDC, AIFA, ISS, VAERS, ecc.). L’art.

32 Cost., prima di parlare di obblighi generalizzati, parla della «tutela della salute come fondamentale diritto dell'*individuo*» e solo in un secondo momento parla della tutela della salute come «interesse della *collettività*».

Notasi che “salute” e “sanità” non sono concetti completamente sovrapponibili, poiché il primo riguarda soprattutto l'individuo mentre il secondo riguarda generiche esigenze di *ordine, sicurezza e igiene pubblica*. Infatti, può accadere paradossalmente che dove la sanità pubblica sia scarsa, gli individui stiano sostanzialmente bene; e viceversa, dove la sanità pubblica è discreta, gli individui non vivano in condizioni ottimali. In estremo, l'individuo può agire anche contro la propria salute con errati stili di vita e senza infrangere la legge, per quanto la cosa sia deprecabile dal punto di vista morale, civile ed economico (poiché dopo spetta alla collettività *curarlo*).

Allora, la questione della salute non è riducibile a quella della “sanità *politicizzata*” (e finanziata da BIG PHARMA) fatta in buona parte di vaccini, farmaci e ospedali, ma è più complessa e dipendente da molti fattori non sempre conoscibili, prevedibili o prevenibili. Del resto, le “verità” in campo sanitario si riducono spesso a decisioni di private associazioni mediche che stilano *Linee Guida* prive di validazione scientifica e sotto influenza sponsorizzata delle industrie.

L'individuo rimane in ogni caso più *sacro* del “collettivo” e del “pubblico”, come appare da varie sentenze storiche della Consulta sopra citate secondo cui un trattamento sanitario può essere imposto assolutamente solo: a) quando non incida negativamente sulla salute di chi vi è assoggettato; b) quando gli effetti nocivi siano tollerabili, temporanei e trascurabili (cosa non avvenuta coi vaccini-covid); c) quando non si metta in pericolo la *propria* salute a *favore degli altri*.

Osserviamo *a latere*, che i padri costituenti vollero l'art. 32 Cost. sulla libertà delle cure proprio per impedire *esperimenti medici* e altre *vessazioni ai cittadini*, come avvenne poco prima sotto il regime nazista; e loro stessi dichiararono che con quell'articolo si voleva vietare per legge che considerazioni di carattere generale disponessero quel tipo di trattamento. Cosa invece platealmente violata dall'obbligo della somministrazione generalizzata di massa con *farmaci sperimentali* (caso-covid).

Visti allora i numerosi *effetti nocivi gravi* dei vaccini-covid, ci chiediamo: a) il singolo poteva decidere di *non rischiare* la propria salute?; b) possono

il legislatore o il giudice sentenziare *quanto* gli effetti nocivi siano “tollerabili” e dunque deciderne l’obbligatorietà?; c) chi può permettersi di stabilire *quanti* cittadini siano “sacrificabili” per attuare profilassi sanitarie in vista del “bene collettivo” (del resto solo *ipotetico* come ammesso anche dal sottosegretario al Ministero della Salute M. Gemmato, farmacologo)?

Conclusione: non vaccinarsi costituisce un *sacrosanto diritto di legittima difesa e di stato di necessità* (ex art. 4 della legge n. 689/81), cosa questa che vale anche per parecchi vaccini pediatrici obbligatori che *non sono immunizzanti*; per tralasciare che essi riguardano malattie rare, malattie non contagiose (come il tetano), malattie scomparse e infine malattie del tutto curabili.

Allora, per un obbligo vaccinale di massa occorrono *motivazioni e giustificazioni inconfutabili su ogni piano scientifico, sociale, giuridico e bioetico*; cosa questa che invece non appare né riguardo varie norme contenute nei decreti pandemici, né riguardo alla loro stessa *decretazione di necessità e urgenza* che nel 2022 non c’era più (violando dunque l’art. 77 Cost.). Altrimenti, perché non obbligare alla vaccinazione tutta la popolazione mondiale contro le decine di malattie infettive esistenti con altrettanti milioni di morti l’anno?

5. Il diritto tra giustizia, morale e filosofia

Più in generale, il diritto non è la legge suprema che deve governare l’uomo e la società, poiché ha sopra di sé la *Morale* e l’*Antropologia* che fondano l’essere umano nelle sue *inalienabili facoltà personali*. Diritti, Codici, Decreti e Costituzioni sono semplici “leggi”, ma queste devono sottostare al dominio di *altre leggi*, come per esempio quelle della fisica, della biologia, dell’etica naturale e infine quelle “non scritte” (cioè non codificate dal diritto) ma non per questo *meno importanti e meno giuste*. Col “diritto”, in ogni caso, si può *legalizzare* di tutto, visto che “diritto”, “giustizia” e “morale” sono termini differenti e spesso in conflitto. C’è il “diritto *positivo*” (le norme codificate dai sistemi politici nella storia, per lo più contingenti e

instabili); c'è il “diritto *naturale*” (ciò che siamo ugualmente tutti per natura); e c'è il “diritto *esistenziale*”, cioè l'inviolabile dignità soggettiva della persona vivente.

Ugualmente dicasi del terzo potere degli stati moderni dopo il legislativo e l'esecutivo, cioè l'organo giudiziario, poiché le sue sentenze non sempre corrispondono alla *verità storica* (infatti, si assolvono colpevoli e si condannano innocenti: gli errori sono all'ordine del giorno); per tralasciare quelle sentenze falsificate dalla *politicizzazione* di taluni magistrati che anziché giudicare con imparzialità cadono loro malgrado (se non intenzionalmente) nell'ingiustizia e nell'asservimento verso chi li ha eletti.

A. Rosmini affermava nella sua *Filosofia del diritto* che una “legge ingiusta” (= “immorale”) è una contraddizione in termini: se è effettivamente tale, la persona ha *diritto di opporsi* poiché la legge non può mai violare né i *diritti umani*, né i *diritti naturali*, né le *esigenze filosofiche e morali*. Nei tempi pandemici si è invece violato ogni senso della giustizia, falsificata con l'*utile* e l'*interesse* del più forte. Se il valore della *persona individua* è stato riconosciuto dopo millenni di lotte e di progresso civile, sono bastati pochi anni (quelli attuali) per distruggerlo: ora l'individuo non ha più alcun *valore in sé e per sé* ma è degradato a massa, gregge, categoria merceologica da manipolare e svendere al miglior offerente.

Se io faccio una legge ingiusta come obbligare a un trattamento sanitario (e qui poco importa se con un farmaco sperimentale o no o persino quanti microbi gironzolano per l'aria, equiparati in epoca pandemica a cavallette pronte a pungerti e ucciderti) espellendo il cittadino dalla società e privandolo del diritto di lavorare, mangiare, studiare, giocare, viaggiare, ecc., ci si potrà pure sentire “*a norma di legge*” (come tutti i vaccinati si sono sentiti pacificando la propria coscienza e ritenendosi salvati), ma si avrà derubricato la *Persona* a semplice individuo di un'anonima collettività pronto da sacrificare sull'altare della (presunta) “Sicurezza” e “Scienza” di Stato! Il diritto dovrebbe discriminare il giusto e l'ingiusto, il colpevole e l'incolpevole, il bene e il male, *contemperando le libertà di tutti all'insegna*

della ragione. Fuori di questa logica *pre-giuridica* ma costitutiva in ogni diritto, si cade nell'autoritarismo e nell'ideologia che il potere impone ai "senza-potere". Ma il Potere non può mettersi sopra il diritto inventando norme irrazionali e ingiuste: «la vera politica non potrà mai fare alcun passo avanti senza aver prima *reso omaggio alla morale*»¹². L'unione di politica e morale può essere difficilmente frutto di profondi compromessi, poiché la seconda taglia subito i rapporti con la prima se questa ha intenzione di prevalere e peccare!

Nell'epoca pandemica abbiamo invece vissuto un *positivismo giuridico assolutistico*: "è giusto e vero solo quello che per convenzione di pochi è stato ritenuto tale"; "è giusto e vero solo ciò che si è decretato e i giudici validato"; cioè: una manciata di persone sopra la testa di 60 milioni di teste. Il tutto spacciato come interesse per la salute pubblica, o di comode psico-emergenze, o d'inesistenti immunità di gregge, o per falsificazioni statistiche e disinformazione istituzionale. Invero, ogni *positivismo giuridico* non fa che stabilire *rapporti di forza tra potere e cittadini*, dove è fatto credere che il potere li tuteli, quando invece troppe cose sono fatte dal potere per tutelare se stesso.

Quando il potere reclamizza per esempio con somma maestria disinformante nuove norme per il "benessere del popolo", bisogna sempre sospettare che si tratti invece dell'esatto opposto. Ma poi: quante "leggi *ingiuste*" non sono state fatte nella storia? E quante migliaia sono ancora in vigore? E quante altre sono state abrogate perché ritenute ingiuste e lo Stato non voleva passare per "delinquente" esso stesso? E quanti pronunciamenti della Corte Costituzionale hanno contraddetto precedenti sentenze della stessa Corte?

Quando sono in gioco *valori parimenti fondamentali* (sicurezza, salute, libertà, ecc.), chi decide quale sia il valore che deve prevalere? E su che basi giuridiche e scientifiche il potere politico si permette di rendere *obbligatorio qualche farmaco*? Diritti e valori sono invero talmente

¹² I. Kant, *Scritti di storia, politica e diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 198.

correlati che non è possibile eleggerne uno contro gli altri come è stato fatto in pandemia, cioè, privilegiando un'ipotetica “salute collettiva” sorretta da un'inesistente “immunità di gregge” *contro la salute individuale e la libertà terapeutica*.

Due citazioni. La prima è la testimonianza (reperibile in rete) udita al Parlamento Europeo in data 12-1-2022 dell'ex-presidente dell'OMS/Europa C. Perrone, vaccinato, esperto di malattie infettive e ai vertici per molti anni delle campagne vaccinali francesi (non dunque un “complotista novax”!):

Abbiamo calpestato la vera scienza dando retta a *scienziati fraudolenti in conflitto d'interessi*. [...] Vari esperti hanno presentato dati e conclusioni *senza riferimenti scientifici*, e pure i media hanno dato false comunicazioni poiché anche loro in conflitto d'interesse (ricevono infatti miliardi di sovvenzioni dai governi). [...] Bisogna *fermare la follia di voler vaccinare tutti*, o almeno ci vuole una moratoria per vedere cosa succede. [...] I vaccini-covid non sono veri vaccini perché *non immunizzano e non fermano i contagi*. [...] Sono stati *gonfiati i dati epidemiologici*. [...] In Europa sono morte dopo vaccinazione 36.000 persone e io stesso sono testimone di cose mai viste, come il decesso di ventenni sanissimi il giorno dopo il vaccino per complicanze cardiache. [...] Non abbiamo sufficienti prove per affermare che i vaccini-covid siano sicuri per gestanti e minori e, in ogni caso, trattandosi di vaccini ancora in *sperimentazione*, non è possibile imporne l'obbligo secondo il Codice di Norimberga.

La seconda citazione è di un professore costituzionalista esperto di sanità:

Si può trarre dall'art. 32 Cost. un'implicita preferenza per *modelli non impositivi* che potrebbero disciplinare anche obblighi vaccinali ma a condizione di attenuare l'impatto sulla limitazione delle libertà individuali, senza sanzioni irragionevoli e con esenzioni anche non-mediche (per es. convinzioni filosofiche e religiose). In generale, non si può non tener conto della crescente valorizzazione dei *diritti di autodeterminazione* (come dimostra la legge sulla DAT) e della spinta verso un “diritto mite” che rifletta

e si armonizzi con gli artt. 2, 3, 13 e 32 Cost. [... per tralasciare] l'imponderabilità del *rapporto rischi/vantaggi* dei vaccini, dimostrati dal regime di deresponsabilizzazione di produttori e vaccinatori: due condizioni assolutamente *incompatibili con l'imposizione del trattamento obbligatorio*; per tacere del consenso quale condizione per l'esercizio dei propri diritti fondamentali (rispetto della persona, mantenimento del lavoro – ex Sent. Cost. 218/1994 –, relazioni sociali compatibili, ecc.). [...] La discrezionalità del legislatore deve sempre delimitarsi coi seguenti presupposti: – una situazione di reale pericolo collettivo; – le libertà da colpire ma con proporzionalità e ragionevolezza rispetto agli obiettivi; – obblighi solo residuali in assenza di soluzioni alternative a cui preferire modelli non impositivi; – principio di precauzione; – consenso chiaro ed esaustivo; – rispetto della persona umana.¹³

6. La salute svenduta e mistificata dalla scienza. Conclusioni epistemologiche e bioetiche

Finiamo il nostro intervento con altre considerazioni generali ma senza le quali resta poi difficile affrontare, risolvere e decidere su questa o quell'altra norma giuridica inerente alla nostra salute. Abbiamo sentito dalla bocca di tutti (specie politici, giornalisti, opinionisti, operatori sanitari, ecc.) che “bisogna *credere* nella scienza”, cioè, un perfetto *ossimoro epistemologico*! Infatti, una “verità scientifica” non ha bisogno di speciali sentimenti di “fede/fiducia”, riguardando questa solo “cose-che-non-si-vedono” (per esempio: i dogmi religiosi); laddove invece essa (la verità scientifica) si dimostra e certifica da se stessa con la ripetibilità degli esperimenti, con il consenso della comunità scientifica, con la validità delle argomentazioni tipiche di tutte le discipline fisico-empiriche.

Tralasciando questa precisazione di ordine epistemologico, ammesso e non concesso che bisogna “credere alla scienza” (specie quella rappresentata

¹³ C. Capolupo, *Giurisprudenza della Corte Costituzionale in materia di obbligo vaccinale*, in AA. Vv., *Vaccinazioni covid-19 e Costituzione*, cit., pp. 332-334, 336.

dalla medicina), viene subito lecito domandarsi a quale “scienza” ci si voglia riferire. Forse quella propagandata dalle multinazionali del farmaco? Forse quella dello Stato suo complice e delle sue Agenzie finanziate dalle industrie? Quella delle associazioni di medici finanziate da BIG PHARMA (convegni, riviste, corsi di aggiornamento, ecc.) e che impone *Linee Guide* ben poco validate? Quella divulgata e spettacolarizzata da politici e giornalisti corrotti e in conflitto d’interessi? Quella che persegue solo carriera e fama? Quella che presenta sperimentazioni falsificate fin dall’inizio per ottenere i risultati voluti e lanciare veleni sul mercato (e quando va meglio, farmaci inutili e inefficaci)? Quella di brevetti segreti, opachi, copiati, barattati? Risponda il lettore: quale scienza *conosce* lui e in quale scienza *crede* lui? Bisogna allora costatare che:

a) la vera scienza dovrebbe essere quella che si batte per il bene dell’umanità e a favore di tutti e non di alcuni;

b) oggi viviamo immersi nella scientocrazia, nel tecnologismo, nella fede in postulati empiristici assunti come strumenti di quel potere che vuole dominare anche i nostri corpi, ingannare e perseguitare i cittadini (come avvenuto in pandemia);

c) il progresso scientifico è cosa buona, legittima e auspicabile, ma a patto di non schiavizzare nessuno e rispettare la libertà di ognuno;

d) soprattutto, la scienza medica non deve vantare “verità” con le sue tabelle algoritmiche, esami, referti digitali, farmaci sperimentali, laboratori, device, protocolli, dati statistici, cure generaliste inadatte al singolo caso terapeutico, ecc.;

e) la medicina è una *scienza empirica* come tante altre, limitata necessariamente a quegli aspetti particolari che può misurare *astraendo* però dal tutto dell’“Umano”. La sua funzione è legittima e utile; però funziona poco e male se con essa si pretende di manipolare, curare e dominare *tutto* l’Uomo, non essendo questo mai e poi mai un oggetto davvero “calcolabile”, poiché il suo livello di complessità, inattingibilità e

relazionalità è difficilmente determinabile rimanendo sul piano delle scienze, e in particolare della *farmacologia*. La scienza, la medicina, le pratiche di cura e di profilassi falliscono in partenza i loro scopi se riducono l'uomo a mero *organismo biologico* privandolo nel contempo delle sue *dimensioni etiche, politiche, spirituali, misteriche*;

f) con riferimento ai vaccini-covid, bastava leggere le *Schede-Sommario* o i *Foglietti Illustrativi* dei nuovi farmaci per sapere cos'erano, cosa potevano fare e cosa no, nonché i relativi effetti nocivi. Ma chi sa solo la medicina, non sarà mai un bravo medico ma solo un tecnico mediocre o un impiegato al servizio del suo datore di lavoro. Dunque rimane insufficiente appellarsi a "La Scienza" per decidere delle sorti dell'essere umano, del suo corpo e della sua libertà.

La medicina prende il suo metodo dalle *scienze fisiche e biologiche*, ma essa è anche una prassi applicativa condizionata dagli *scopi* dell'uomo; è anche una disciplina che cerca di modificarne il comportamento; è anche *rapporto personale e morale con l'altro*; è anche valutazione del benessere sociale. [...] Come scienza, la medicina osserva i processi fisiologici e patologici e formula ipotesi diagnostiche [...], ma ciò non è sufficiente per quella medicina che s'interessa anche di valori, fini esistenziali, consapevolezza, condizioni ambientali che uniscano l'uomo come *oggetto* di scienza con l'uomo come *Soggetto vivente nella sua individualità storica*. [...] Quantunque possa funzionare bene come scienza clinica, la medicina deve anche correlarsi con le *scienze sociali e comportamentali*. [...] Con ciò, la medicina è anche *attività morale*; opera in rapporti personali dove paziente e medico partecipano alla soluzione dei problemi. Il paziente non è un soggetto passivo su cui applicare una tecnica! È necessaria una reciproca fiducia, libertà e responsabilità dove sia assicurata la salute.¹⁴

Ma il lettore pensa che le procedure pandemiche e soprattutto gli obblighi vaccinali (diretti o indiretti che siano) abbiano seguito tali *principi filosofici*

¹⁴ F. Pellegrino, D. Thomasma, voce "Filosofia della medicina", in *Nuovo dizionario di bioetica*, Città Nuova, Roma 2004, pp. 500-501.

e bioetici? Oppure, appunto, l'essere umano fu invece degradato a passività coatta, violentato da una scienza sperimentale solo *probabile* ma spacciata e imposta come *Verità Assoluta*? Davvero i decisori hanno avuto per scopo solo la salute e non anche altri scopi extra-sanitari, e dunque dittatoriali ed economici?

Lo sviluppo raggiunto dalla scienza negli ultimi decenni ha prodotto rilevanti trasformazioni culturali e sociali, modificando qualitativamente molti aspetti dell'esistenza umana. Il progresso scientifico ha suscitato grandi speranze di miglioramento della vita umana; ma in alcuni settori della ricerca scientifica sono sorti problemi etici e religiosi, per cui è necessaria un'*integrazione tra scienze sperimentali, scienze umane e filosofia finalizzata al vero bene della persona*, la cui vita è troppo complessa per essere esaminata da un'unica prospettiva. Il dialogo interdisciplinare è indispensabile per conoscere l'uomo nella sua *integralità* e rendere gli scienziati più consapevoli delle *implicazioni etiche* del loro agire. Senza un'etica, la scienza può sia uccidere sia salvare, sia manipolare sia costruire; quindi è necessaria una gestione responsabile che indirizzi la ricerca al *bene comune contro gli interessi privati*. Bisogna elaborare un codice deontologico per i ricercatori e per una *medicina umanizzata*, impegnandosi come segue: – rigore scientifico e qualità dell'informazione; – evitare conflitti d'interesse; – basare ogni ricerca e applicazione sul principio della bontà morale e sulla corretta visione dell'uomo nella sua duplice dimensione corporale e spirituale; – salvaguardare l'integrità dei soggetti coinvolti in sperimentazioni; – trattare ogni persona come soggetto libero e responsabile, mai come un mezzo per conseguire altri fini e mai senza il suo libero consenso.¹⁵

¹⁵ PONTIFICIA ACCADEMIA PER LA VITA, *Proposta di impegno etico per ricercatori in ambito biomedico*, in *Enchiridion della famiglia e della vita*, LEV, Città del Vaticano 2012, pp. 1197-1206.

Riferimenti bibliografici

- Acconci P., *Tutela della salute e diritto internazionale*, Cedam, Padova 2011.
- Acker P., *Vaccinazioni*, Fede & Cultura, Verona 2021.
- Alfieri R., *Le idee che nuocciono alla sanità e alla salute*, F. Angeli, Milano 2007.
- Bellavite P., *Vaccini sì, obblighi no*, Cortina, Verona 2017.
- Biasotti R., *Effetti collaterali*, One Books, Torino 2023.
- Casolari P., *L'inganno di Big Pharma. Dalla pandemia al business dei vaccini*, YouCanPrint, Lecce, 2022.
- Cavicchi I., *La scienza impareggiabile. Medicina, medici, malati*, Castelvecchi, Roma 2022.
- Celi D., *Giustizia e sanità*, Lithos, Trapani 2021.
- Chimirri G., *Bioetica della medicina e psicologia della cura*, IF Press, Roma 2020.
- Chimirri G., *Immunità. Il gregge fra medicina e ideologia*, Acro-Pòlis, Trieste 2024.
- Chimirri G., *Prevenzione. Sociologia della sicurezza e profilassi sanitaria*, Asterios, Trieste 2022.
- Clemente C., *La salute prima di tutto: art. 32 della Costituzione Italiana*, F. Angeli, Milano 2020.
- Cuttaia F., *Il recupero della centralità del diritto alla salute*, Giappichelli, Torino 2022.
- De Mattei R., *Sulla liceità morale delle vaccinazioni*, Edizioni Fiducia, Roma 2021.
- Di Blasi F., *Vaccinazioni covid-19 e Costituzione*, Phronesis Editore, Palermo 2022.
- Fiorio C., *Libertà personale e diritto alla salute*, Cedam, Padova 2002.
- Girolami P., *Medicina, etica, diritto*, CSE, Torino 2009.
- Goetzsche P., *Vaccini. Verità, bugie e controversie*, Fioriti Editore, Roma 2023.
- Greco E., *Sociologia della salute*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016.
- Iannello C., *Salute e libertà. Il fondamentale diritto all'autodeterminazione individuale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2020. Lorenzi E., *Dittatura sanitaria e moderna resistenza*, Edizioni Sì, Villalago 2023.
- Magliona B., *Le vaccinazioni tra obbligatorietà e consenso*, AQ, Milano 2006.
- Malherbe J., *Per un'etica della medicina*, Paoline, Milano 1989.

Mastrangelo D., *Il tradimento di Ippocrate. La medicina degli affari*, Salus Infirmorum, Padova 2010.

Morana D., *La salute come diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino 2021.

Negri S., *Salute pubblica, sicurezza e diritti umani nel diritto internazionale*, Giappichelli, Torino 2018.

Servetti D., *Riserva di scienza e tutela della salute*, Pacini, Pisa 2019.

Ulteriori:

Cavie per legge. Considerazioni sull'obbligatorietà del vaccino covid-19, YouCanPrint, Lecce 2021.

Conflitti di interesse e salute, Il Mulino, Bologna 2018.

Diritto e medicina, Giuffrè, Milano 2021.

Diritto e medicina. Un'ipotesi di dialogo tra le scienze, Giappichelli, Torino 2021.

Documenti di deontologia ed etica medica, San Paolo, Cinisello Balsamo (MI) 1987.

Etica dei vaccini. Tra libertà e responsabilità, Donzelli, Roma 2021.

Etica, qualità e umanizzazione in sanità, F. Angeli, Milano 2006.

Gli aspetti giuridici dei vaccini, Maggioli, Rimini 2021.

Il diritto alla tutela della salute, IIDU, Torino 1984.

Immunità di legge. I vaccini obbligatori tra scienza al governo e governo della scienza, Imprimatur, Reggio Emilia 2018. *L'industria della salute*, F. Angeli, Milano 2009.

I vaccini tra libertà individuale e solidarietà collettiva, ESI, Napoli 2023.

La responsabilità in medicina, UTET, Torino 2023.

La salute non è una merce, Bollati Boringhieri, Torino 1994.

La sociologia sanitaria, F. Angeli, Milano 1983.

Lessico di sociologia sanitaria, TAB, Roma 2021.

Medicalizzazione, sorveglianza e biopolitica, Mimesis, Milano 2011.

Medicina, bioetica e diritto, ETS, Pisa 2013.

Medicina e diritto, Giuffrè, Milano 2005.

Medicina e società, SEU, Roma 2005.

Obbligo vaccinale tra norme e giurisprudenza, Key Editore, Frosinone 2002.

- Ricerca scientifica e libertà di cura*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019.
- Salute e analisi sociologica. Oltre la sociologia tradizionale della medicina*, F. Angeli, Milano 1982.
- Salute e cultura sociale*, Stampatori, Torino 1980.
- Salute S.p.A.*, Chiarelettere, Milano 2018.
- Trattato di biodiritto. Salute e sanità*, Giuffrè, Milano 2010.
- Vaccini, campagne vaccinali e movimenti novax*, Alpes Italia, Roma 2021.
- Vaccini: dominio assoluto*, Nexus Edizioni, Pordenone 2017.
- Vaccini e paure. Salute pubblica, resistenze popolari*, Cierre Edizioni, Verona 2018.
- Vaccinazioni tra scienza e propaganda*, Il Leone Verde, Torino 2006.

Hate-speech: an irrelevant issue or a perilous evil for European societies?

Italy and the Netherlands:

a comparative overview of hate speech criminalization

di Alessandro Corti*

Sommario: 1. Introduction - 2. Legal Certainty and its Features - 3. Italian Hate Speech Criminalization - 4. Dutch Hate Speech Criminalization - 5. Conclusion.

Abstract: This article provides a comparative analysis of the criminalization of hate speech in Italy and the Netherlands, focusing on the principle of legal certainty. It explores the historical, cultural, and legal contexts that have shaped the different approaches to hate speech in these two countries. In Italy, the legacy of Fascism and the prioritization of freedom of expression have resulted in a legal framework that often struggles with the consistent application of hate speech laws. The balancing test used in Italian courts, which weighs freedom of expression against other constitutional rights, lacks concrete criteria, leading to unpredictable judicial outcomes and undermining legal certainty. Conversely, the Netherlands adopts a more militant democratic approach, emphasizing the protection of social order and human dignity. Dutch laws, particularly Articles 137c and 137d of the Criminal Code, offer clearer definitions and more consistent enforcement mechanisms. This approach ensures better compliance with the non-discrimination principle and provides greater legal certainty. The article concludes that the disparities in legal certainty between the two nations

* Alessandro Corti è dottorando in “Criminologia” presso l’Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

highlight the need for harmonized legislative efforts and a commitment to upholding fundamental human rights across Europe.

Keywords: Hate Speech, legal certainty, freedom of expression, criminalization, comparative analysis, human dignity, non-discrimination.

1. Introduction

'I may disapprove of what you say, but I'll defend, 'till death, your right to say it'¹. This liberal standpoint divides the legal community. Supporters of an absolute liberalism, advocating no restrictions to the freedom of expression, oppose supporters of more militant democracies, able to defend themselves from ideas dangerous for their stability². What to do with intolerants: Tolerance or punishment?³ After WWII, the European tendency was towards a militant approach to restrict extremisms after the atrocities witnessed⁴. The 21st Century signed a revitalisation of this debate, and Europe is once again questioning as to what extent democratic states should act in militant and repressive manners against threats to their future⁵. In 2019, the Council of Europe acknowledged alarming issues in Italy regarding an increase in the use of hate-speech by politicians, of racist, xenophobic and homophobic attitudes, and of anti-Roma positions in the

¹ Joseph Coohill, *I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it* (Professor Buzzkill, 27 March 2017) <http://professorbuzzkill.com/voltaire-defend-to-the-death/> accessed on 17 January 2019.

² Erik Bleich, *The Rise of Hate Speech and Hate Crimes in Liberal Democracies*, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 37 Issue 6 (2011).

³ Giovanni Capoccia, *Defending democracy: Reactions to political extremism in inter-war Europe*, *European Journal of Political Research* Vol. 39 Issue 4 (2001).

⁴ Robert A Kahn, *Why do Europeans Ban Hate Speech? A Debate between Karl Loewenstein and Robert Post*, *Hofstra Law Review* Vol. 41 Issue 1 (2013) and Giovanni Capoccia, *Defending democracy: Reactions to political extremism in inter-war Europe*, *European Journal of Political Research* Vol 39 Issue 4 (2001).

⁵ Robert A Kahn, *Why do Europeans Ban Hate Speech? A Debate between Karl Loewenstein and Robert Post*, *Hofstra Law Review* Vol 41 Issue 1 (2013).

public discourse⁶. For example, the Italian newspaper *Libero* recently published a front-page entitled: ‘No reasons to be happy, GDP and revenues decrease, but gays increase. The economy suffers. Apparently, only homosexuals do not feel the crisis: They grow continuously’⁷. Another title on the Italian newspaper ‘Libero’ after the terroristic attacks of November 2015 in Paris was the following: ‘Islamic Bastards’⁸. In 2017, the journalist responsible for the latter title has been absolved in Court.

In dealing with hate-speech issues, Italy and the Netherlands displayed differences since 1945. On the one hand, Italy needed to get rid of Fascism. Yet, freedom of expression was considered fundamental and primary, to distance from a strongly illiberal past⁹. This conception generated problems with the legality principle concerning limitations to freedom of expression. On the other hand, the idea that the latter is not obligatorily unlimited and that society needs protection from free-speech abuses remained issues agreed upon among the Dutch elite¹⁰. Nowadays, far-right political parties, aiming to legitimize radical public debates regarding multicultural society, pressure the political agenda to abolish hate-speech bans. In 2018, the Italian Minister of Family, member of the party *The League*, proposed to abolish the law criminalizing hate-speech, defining it as a liberticidal

⁶ Redazione Politica La Repubblica, *Il Consiglio d'Europa attacca L'Italia: "I politici incitano all'odio"* (*laRepubblica*, 24 January 2019) https://www.repubblica.it/politica/2019/01/24/news/consiglio_europa_politici_italiani_odio-217395763/ accessed on 24 January 2019.

⁷ Pietro Senaldi, *Aumentano i gay: Libero massacrato per aver detto la verità* (*Libero*, 24 January 2019) <https://www.liberoquotidiano.it/news/italia/13422545/libero-gay-massacrato-verita-pietro-senaldi-editoriale-replica-24-gennaio.html> accessed on 24 January 2019).

⁸ Manuela Messina, *Titolo in prima pagina su Libero "Bastardi islamici": Belpietro assolto a Milano* (*LaStampa*, 2017).

<https://www.lastampa.it/cronaca/2017/12/18/news/titolo-in-prima-pagina-su-libero-bastardi-islamici-belpietro-assolto-a-milano-1.34084729/> accessed on 6 June 2024

⁹ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L'istigazione all'Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 165.

¹⁰ Evert Diemer, *Vrijheid van drukpers. Eenige opmerkingen over haar staatsrechtelijke regeling, voornamelijk in Nederland* (Rotterdam, 1st edn, Libertas Drukkerijen 1937) 12-22.

norm.¹¹ In 2016, a large majority of the Dutch Parliament rejected a proposal to scrap hate-speech bans, but the idea to abolish them is still supported¹². This debate reanimated in a historical period where far-right ideologies are rising all across Europe;¹³ in the Netherlands, supported by politicians such as Geert Wilders; in Italy, with the rise of *The League*¹⁴. Anyway, a careful analysis demonstrates that the Dutch hate-speech bans are more certain and homogeneous in their application compared to the Italian ban. Logically, the more a norm is stable, uniform and certain, the less the risk it will be modified, reformed or even abrogated in the future.

The legality principle and the legal certainty are central requirements for the rule of law, both in Italy and the Netherlands¹⁵. Yet, the hate-speech issue is difficult to be generalized as social and cultural factors influence the perception of the offence. No binding definition of hate-speech exists, apart from the non-binding one established within the Council of Europe's framework as follows:¹⁶ "... all forms of expression which spread, incite, promote, or justify racial hatred, xenophobia, anti-Semitism or other forms of hatred based on intolerance, including intolerance expressed by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination and hostilities

¹¹ F Q, *Razzismo, Fontana: 'Abrogiamo la legge Mancino'. Di Maio: 'Non è nel contratto.'* Conte: 'Strumento sacrosanto contro odio' (*ilFattoQuotidiano*, 3 August 2018) <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/08/03/razzismo-fontana-abrogiamo-la-legge-mancino-di-maio-non-e-nel-contratto-conte-strumento-sacrosanto-contro-odio/4535581/> accessed on 17 January 2019.

¹² Janene Pieters, *Dutch MPs Vote to Keep Ban on Hate Speech* (*NlTimes.NL*, 16 December 2016) <https://nltimes.nl/2016/12/16/dutch-mps-vote-keep-ban-hate-speech> accessed on 17 January 2019.

¹³ Vasiliki Georgiadou, *'Mapping the European far right in the 21st century: A meso-level analysis'*, *Electoral Studies* Vol 54 Issue 1 (2018).

¹⁴ Ian Bremmer, *These 5 Countries Show how the European Far-Right is Growing in Power* (*Time*, 13 September 2018) <http://time.com/5395444/europe-far-right-italy-salvini-sweden-france-germany/> accessed on 17 January 2019.

¹⁵ Stefano Berteà, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica* (Catanzaro, 1st edn, Rubbettino Editore 2002) 72 and Johannes Bernardus Marie Vranken, *Vertrouwensbeginsel en Rechtszekerheid in Nederland* (Deventer, 1st edn, W. E. J. Tjeenk Willink 1997) 123.

¹⁶ Committee of Ministers of the Council of Europe, *Recommendation 97(20) on "hate Speech"*, 30 October 1997.

against minorities, migrants and people of immigrant origin”¹⁷. Indeed, hate-speech covers comments directed against a person or for reasons of belonging to a particular group of persons. Both Italy and the Netherlands are parties to the European Convention of Human Rights (ECHR) and thus, bound by the judgments of the European Court of Human Rights (ECtHR)¹⁸. Moreover, both states signed the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (CERD). Article 4 CERD obliges to criminalize all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred, incitement to racial discrimination, and incitement to violence against any race or group of persons of another colour or ethnic origin¹⁹. In light of the events threatening the peace in Europe and taking into account the international obligations, the achievement of legal certainty regarding hate-speech should be a main concern. Particularly, the difficulties to define and apply this offence, should be compensated by a homogeneous jurisprudential interpretation.

This essay focuses on hate-speech criminalization in Italy and the Netherlands as the maximum level of certainty in this matter is advisable in light of the ECHR and the European Union membership. The research will answer the following question: Why is the Italian framework criminalizing hate-speech, less certain in its judicial outcomes compared to the Dutch counterpart? The methodology used is based on legislative acts, case law and literature. Regarding Italy, the research is focused over the hate-speech legislation actually in place, the case law developed by the Supreme Court in hate-speech matters and the literature of legal doctrine concerning the issue. Regarding the Netherlands, the analysis follows a similar scheme,

¹⁷ Anne Weber, *Manual on Hate Speech* (Strasbourg, 1st edn, Council of Europe Publishing 2009).

¹⁸ ECHR, *Chart of signatures and ratifications to Treaty 005* (Strasbourg, Council of Europe Portal 2019) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=NYcgaIEA accessed on 17 January and Article 46 European Convention of Human Rights, Rome, 4 November 1950.

¹⁹ Article 4 International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

meaning the examination of hate-speech bans, the case law established in applying them and the doctrinal literature produced about this topic. Regarding the structure, Chapter (I) addresses the principle of legal certainty and its main features. Subsequently, Chapter (II) discusses the Italian hate-speech framework. Following, Chapter (III) analyses the Dutch counterpart.

2. Legal Certainty and its Features

Legal certainty is part of the principle of legality, the latter asserting that anything not defined and forbidden by the law is not unlawful²⁰. The former provides that the law must be able to afford those subject to it with the ability to predict legal consequences and regulate their conduct²¹. In other words, the exact content of legal provisions must be certain, the law and its application must be predictable, and the possibility to understand how decisions will be taken should be known in advance as much as possible, all in light to ensure stability and continuity of the law over time²². Courts should adopt proper methods of interpretation to adapt legal norms to the particular case²³. Indeed, the judicial interpretation and the outcome of the legal reasoning must be reasonable and directed by fixed schemes²⁴. In

²⁰ Xavier Groussot and Timo Minssen, *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality*, *European Constitutional Law Review* Vol 3 Issue 3 (2007).

²¹ Ofer Raban, *The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards may be Better for Capitalism and Liberalism*, *Public Interest Law Journal* Vol 19 Issue 1 (2010)

²² Juha Raitio, *What is meant by Legal Certainty and Uncertainty*, *Rechtstheorie* Vol 37 (2006) and Stefano Berdea, *Towards a New Paradigm of Legal Certainty*, *Legisprudence* Vol 2 (2008).

²³ Aleksander Peczenik, *On Law and Reason* (London, 1st edn, Kluwer Academic Publishers 1989) 34.

²⁴ Juha Raitio, *What is meant by Legal Certainty and Uncertainty*, *Rechtstheorie* Vol 37 (2006) and Aulis Aarnio, *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* (Aldershot, 1st edn, Ashgate 1997) 191.

practical terms, only some kinds of discretionary power are compatible with warranting certainty²⁵.

Regarding judicial activities, only discretionary uses of power aimed at ascertaining evidence, providing legal qualifications to facts and settling the exact sanction for acts in breach of law, are fully consistent with legal certainty²⁶. Contrarily, whenever judges are empowered to fill gaps, or to give content to generic expressions and open-ended terms, they exercise forms of discretion completely detached from factual considerations and, as such, beyond control²⁷. Systems of law envisaging the latter scenario may be considered not fully certain. The law is certain if it predetermines the processes used to decide cases. Specifically, argumentative steps governing the norm's application must be pre-established²⁸. The activities of legal reasoning through which the law is enacted, applied and enforced should be established in advance,²⁹ to the effect that citizens can know the coherent methods through which the norm is applied.

3. Italian Hate-Speech Criminalization

The first section of the Chapter provides a historical overview regarding the Italian approach towards limitations to the freedom of expression and introduces the law criminalizing hate-speech. The second section defines the Italian constitutional boundaries of freedom of expression and the *balancing test* performed in limiting such right. The third section explains the implicit constitutional derivation of the right to human dignity in hate-speech cases. The fourth section analyses the hate-speech ban. The fifth section evaluates the 2006 terminological amendments made to the ban as

²⁵ Stefano Berteà, *Towards a New Paradigm of Legal Certainty*, *Legisprudence* Vol 2 (2008).

²⁶ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma, 1st edn, Laterza 1989) 148.

²⁷ *ibid.* 12.

²⁸ *ibid.* 37.

²⁹ Jurgen Habermas, *Between Facts and Norms* (Cambridge, 1st edn, Polity 1992) 220.

well as its incomplete list of grounds for discrimination. The last section examines the legal certainty of the norm in light of the related case law.

Historical Background

The Italian Fascist State approved norms which strongly limited citizens' rights, implementing a Penal Code where several crimes "against the State" and "against *public order*" were added³⁰. The aim was to allow preventive and repressive interventions against dissent, and avoid the diffusion of ideas dangerous to the regime's survival. The criterion of *public order* is frequently used as a legitimate aim to limit certain fundamental rights. For example, this criterion is mentioned within the Dutch Constitution (DC) to restrict the right of association³¹. Following Fascism, the 1948 Italian Constitution (IC) specifically excluded the *public order* justification to circumvent the risk of the law being manipulated again to limit fundamental rights³². This omission may appear as a formality. Yet, it actually asserts a concrete reality: The Italian aversion towards limitations of liberty by adopting *public order* as the legitimate aim³³. Article 21 IC therefore recognizes the right to freely manifest one's own thoughts by any means³⁴. The legal system is based on the idea that a complete freedom of debate could only benefit the research of truth and, thus, never damage

³⁰ Francesca Angelini, *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali* (Padova, 2nd edn, Cedam 2007) 32.

³¹ Article 8 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1 January 1984.

³² Alberto Fabbri, *Ordine pubblico e azione giurisdizionale. Il modello di ordine pubblico proposto in sede giurisdizionale anche a proposito delle modalità di esercizio della libertà religiosa*, Stato, Chiese e pluralismo confessionale Vol 30 (2016).

³³ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull'Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

³⁴ Article 21 Costituzione della Repubblica Italiana, 1 January 1948.

democracy.³⁵ This conception distances Italy from the perspective of European militant democracies. Indeed, the hate-speech criminalisation was built upon a line of thinking which gives significant priority to freedom of expression.

With Law 654/1975 Italy ratified and executed the CERD,³⁶ criminalizing the most violent forms of discrimination. Nonetheless, it was both insufficient and limited in its inhibitory power, and was thus substituted by Law 205/1993 (so-called *Legge Mancino*). The aim was to establish an effective instrument against emerging racial intolerances³⁷. Questions arose regarding the compatibility of Law 205/1993 with Article 21 IC, and on how to assess the offence³⁸. Since the entry into force of *Legge Mancino*, judges were called upon to fill legislative gaps and give meaning to specific terms. Moreover, a *balancing test* between constitutional interests is performed on a case-by-case basis³⁹. Compared to other European hate-speech legislations, the Italian framework is undoubtedly the most moderate, as it never perceived the infiltration of racist messages as a concrete danger to the social order⁴⁰. The whole context created an inconsistent and heterogeneous application of *Legge Mancino*⁴¹. Only recently, its efficacy

³⁵ Augusto Cerri, *Ordine pubblico. II) Diritto Costituzionale* (Roma, 2nd edn, Treccani 1990) 9.

³⁶ Legge 13 Ottobre 1975, n° 654.

³⁷ Legge 25 Giugno 1993, n° 205 and Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 191.

³⁸ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull’Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

³⁹ Giorgio Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell’identità personale*, *Danno e Responsabilità* Vol 6 (2003).

⁴⁰ Michela Manetti, *L’incitamento all’odio razziale – Tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato* (Siena, Archivio Rivista Aic 2012) http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf accessed on 17 April 2019.

⁴¹ Michela Manetti, *L’incitamento all’odio razziale – Tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato* (Siena, Archivio Rivista Aic 2012)

increased as courts finally adjusted their interpretative approach.⁴² Nonetheless, this norm remained virtually untouched and no rules of interpretation to apply it were ever commonly established. Thus, hate-speech crimes still remain offences difficult to define and susceptible to arbitrary applications,⁴³ hindering the principle of legal certainty.

Constitutional Boundaries & Balancing Activity

The liberty to express oneself is regarded as the most prominent constitutional right⁴⁴. Accordingly, the only explicit limitation of this right in the IC concerns manifestations against public morality⁴⁵. This sparked debate as apart from this explicit limitation, there was no other way to restrict freedom of expression unless implicitly deriving such limitation in line with other constitutionally protected interests, such as human dignity and personal identity⁴⁶. Therefore, the solution adopted was a *balancing test*, meaning that by balancing the right of freedom of expression with other IC rights, the former is limited to protect the latter⁴⁷. However, the Italian jurisprudence resorts to the *balancing test* in a quasi-impulsive and intuitive manner⁴⁸. In other words, while other European systems laid down

http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf accessed on 17 April 2019.

⁴² *ibid.*

⁴³ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull'Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

⁴⁴ Corte Costituzionale, Sent. 168/1971, 8 July 1971.

⁴⁵ Article 21(6) Costituzione della Repubblica Italiana, 1 January 1948.

⁴⁶ Alessandro Pace, *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale* (Padova, 2nd edn, Cedam 1990) 146.

⁴⁷ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L'istigazione all'Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 197.

⁴⁸ Giorgio Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, *Danno e Responsabilità* Vol 6 (2003).

clear criteria as to how such tests are conducted, the Italian system never conceptualized or sharpened the method in which this balance is carried out⁴⁹. Thus, a comparable effort should be pursued to provide higher certainty in this problematic field. As previously stated, implicit limits to freedom of expression were accepted to safeguard other protected rights⁵⁰. Yet, while freedom of expression enjoys an explicit Constitutional reference, rights such as human dignity or personal identity are either deduced from other rights explicitly recognized within the Constitution, or derived from customs that acknowledge their paramount value⁵¹.

Thus, the test consists in deriving an implicit limitation applied to an explicit constitutional right to protect implicit rights derived from other rights explicitly mentioned⁵². Hence, these implicit derivations together with the discretion of judges in carrying out this activity without resorting to a concrete methodology, generate uncertainty regarding which results will be produced by the test. As such, judges tend to delineate abstract notions to solve future conflicts beforehand, rather than apply concrete criteria in each case on the basis of the emerging particular interests at stake⁵³. This is defined as *definitional balancing*, whereby conflicts are solved by identifying general and abstract rules, instead of using fixed criteria to direct judgements⁵⁴. This creates a huge discrepancy as general and nonconcrete notions are applied to concrete cases, thus creating uncertainty and arbitrariness. Furthermore, part of the Italian legal doctrine excludes that rights related to individual personality hold

⁴⁹ Augusto Cerri, *Ragionevolezza delle leggi* (Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani 1994) <http://archivio.rivistaaic.it/zcv/a-i/CERRI.pdf> accessed on 17 April 2019.

⁵⁰ Paolo Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali* (Torino, 2nd edn, Giappichelli 2002).

⁵¹ Giorgio Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, *Danno e Responsabilità* Vol 6 (2003).

⁵² Giovanni De Francesco, 'Commento all'art. 1 del D.L. 26/4/93 n.122, come modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205 (1994) *Legislazione Penale* 180.

⁵³ *ibid.*

⁵⁴ Alexander Aleinikoff, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, *Yale Law Journal* Vol 95 Issue 1 (1987) and Roberto Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* (Macerata, 2nd edn, Giuffrè 1992).

constitutional relevance⁵⁵. For instance, the right to personal identity came about through case law in 1974;⁵⁶ human dignity became legally protected only with *Legge Mancino* in 1993⁵⁷. So, in exercising judicial discretion, the *balancing test* risks to swing judgments mainly in favour of freedom of expression as such liberty is deeply-rooted and explicitly protected under the IC. These outcomes are therefore subjective and the result of a creative judicial activity⁵⁸. The latter does not result in finding a point of balance, but in setting aside rights in favour of other ones.

Human Dignity & Hate-speech

Regarding Law 205/1993, the *balancing test* is carried out between freedom of expression and the necessity to safeguard the human dignity of culturally-oriented groups within society⁵⁹. This right is implicitly derived from Article 3 IC: “Every citizen has the right to equal social dignity and equality of treatment before the law”⁶⁰. The predominant doctrine agrees that “equal social dignity” includes two implicit rights: The right to human dignity and

⁵⁵ Paolo Rescigno, *I diritti della personalità e la loro rilevanza costituzionale* (Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani 1994) <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2018/02/28/diritti-della-personalita> accessed on 18 April 2019.

⁵⁶ Giorgio Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, Danno e Responsabilità Vol 6 (2003).

⁵⁷ Giovanni De Francesco, *Commento all'art. 1 del D.L. 26/4/93 n.122, come modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, Legislazione Penale (1994).

⁵⁸ Giorgio Pino, *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, Danno e Responsabilità Vol 6 (2003) and Riccardo Guastini, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale* (Torino, 1st edn, Giappichelli 2002).

⁵⁹ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull'Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

⁶⁰ Article 3 Costituzione della Repubblica Italiana, 1 January 1948.

the right to non-discrimination⁶¹. This automatically considered the human being a subject safeguarded by law, therefore legitimizing the repression of ideas that do not recognize full human dignity to everyone and which contribute to social division⁶². In deriving an implicit limitation to the freedom of expression to protect human dignity, the hate-speech criminalization thus occurs when the conduct is potentially harmful towards the protected human being⁶³.

Yet, part of the doctrine opposes, arguing that sacrificing freedom of expression in its entirety to combat social prejudice and punish manifestations of thought in the name of human dignity, introduces a “short-circuit”⁶⁴. Accordingly, freedom of expression is also in itself the outward manifestation of the human dignity of the agent who propagandizes hateful discourses, even if contrary to a collective idea of human dignity⁶⁵. Overall, Italy developed an ambiguous interpretation of hate-speech law, which was never officially consolidated by legislative intervention, nor by commonly agreed rules among judges⁶⁶. Moreover, the

⁶¹ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull'Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

⁶² Corrado Caruso, *Dignità degli “altri” e spazi di libertà sugli “intolleranti.” Una rilettura dell’art. 21 Cost.* Quaderni Costituzionali (2013).

⁶³ Enrico Fiorino, *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, Cassazione Penale Vol 3 (1999) and Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 197.

⁶⁴ Carmela Salazar, *I “destini incrociati” della libertà di espressione e della libertà di religione: confini e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica (2008) and Andrea Pugiotto, *Le Parole sono Pietre? I Discorsi di Odio e la Libertà di Espressione nel Diritto Costituzionale* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2013).

⁶⁵ Andrea Pugiotto, *Le Parole sono Pietre? I Discorsi di Odio e la Libertà di Espressione nel Diritto Costituzionale* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2013) <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1378823427PUGIOTTO%202013.pdf> accessed on 21 January 2019.

⁶⁶ Carlo Citterio, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo* (Padova, 1st edn, Cedam 2007) 157.

legislator never adopted specific laws defining and forbidding discrimination, nor implementing the principle of equality or of equal treatment⁶⁷. As noted by the ECHR Committee on Racial Intolerance, hate-speech legislation generates lacunae and inconsistencies⁶⁸. In this context, there is an uncertain and unstable basis for a consistent application of Law 205/1993.

Criminalization of Hate-speech

Article 1 of Law 205/1993 stated:⁶⁹ “Unless the matter constitutes a more serious crime for the purposes of the application of Article 4 CERD, punished is: a) Whoever spreads, in any way, ideas based on racial superiority or racial or ethnic hatred, or incites to commit or commits acts of discrimination based on racial, ethnic, national or religious grounds ... b) whoever, in any way, incites to commit or commits violence, or commits acts that may provoke violence, based on racial, ethnic, national or religious grounds”⁷⁰. With Law 85/2006, two terms were substituted: “Spread, in any

⁶⁷ Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, *Observations on the Nineteenth to twentieth Periodic Reports of Italy to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination* (CERD/C/ITA/19-20) (Rome, 2016) <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2016/12/CERD-UFTDU-Alternative-report-2016-Nineteen-to-Twentieth-Italian-periodic-reports.pdf> accessed on 20 January 2019 and ECRI, *Report on Italy (5th monitoring cycle)* (Strasbourg, Council of Europe 2016) <https://www.refworld.org/docid/584e8c784.html> accessed on 19 January 2019.

⁶⁸ Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, *Observations on the Nineteenth to twentieth Periodic Reports of Italy to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination* (CERD/C/ITA/19-20) (Rome, 2016) <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2016/12/CERD-UFTDU-Alternative-report-2016-Nineteen-to-Twentieth-Italian-periodic-reports.pdf> accessed on 20 January 2019.

⁶⁹ Article 1 Legge 25 Giugno 1993, n° 205.

⁷⁰ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 194.

way” was replaced with “propagandize” whereas “incite” became “instigate”⁷¹.

Legge Mancino became part of the criminal code in 2018,⁷² an offense only applicable as an aggravating circumstance in connection with other crimes, i.e. insult⁷³. In 2015, the Supreme Court clarified its scope, using the term hate-speech for the first time, narrowly defining it as “speech that exalts hatred, mostly pronounced by politicians, typically towards minority groups or socially-weak people”⁷⁴. The Court specified that the *ratio legis* is primarily the protection of the dignity of the person, both individually, and as a part of an ethnic group, but also the protection of *public order* intended as social peace⁷⁵. Notwithstanding, two different interpretations of *Legge Mancino* were initially developed⁷⁶. Following the first interpretation, the norm applies “if the action, considering both its intrinsic characteristics and its specific context, is intentionally directed and, at least, potentially suitable to be externally perceivable and to raise in others, a sentiment of hatred, or create a ‘concrete danger’, immediately or in the short term, of discrimination towards the targeted group”⁷⁷.

Thus, *Legge Mancino* would apply only if an immediate danger of reiteration of similar conduct, together with the specific intention (direct

⁷¹ Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019, Legge 24 Febbraio 2006, n° 85 and Article 13 Legge 24 Febbraio 2006, n° 85.

⁷² Article 604-bis Codice Penale.

⁷³ Antonio Di Tullio, *Brevi considerazioni sull’art. 3, comma I, del decreto legge, 26 aprile 1993, n. 122.* (*Diritto.it*, 3 October 2017) <https://www.diritto.it/brevi-considerazioni-sull-art-3-comma-i-del-decreto-legge-26-aprile-1993-n-122/> accessed on 20 January 2019.

⁷⁴ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 36906/15, 14 September 2015.

⁷⁵ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 197.

⁷⁶ Antonio Di Tullio, ‘Brevi considerazioni sull’art. 3, comma I, del decreto legge, 26 aprile 1993, n. 122.’ (*Diritto.it*, 3 October 2017) <https://www.diritto.it/brevi-considerazioni-sull-art-3-comma-i-del-decreto-legge-26-aprile-1993-n-122/> accessed on 20 January 2019.

⁷⁷ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 44295/2005, *Paoletich*, 17 November 2005.

intent) of the agent to reach this purpose, were established⁷⁸. Yet, the scrutiny of dangerousness, the intention of the author to create a ‘concrete danger’, and the case-by-case *balancing test* rendered this offence frequently inapplicable and its boundaries of application uncertain⁷⁹. Recently, courts changed the approach, excluding the criterion of diffusive consequences of the conduct and the probability of risk of reiteration⁸⁰. Following the new orientation, *Legge Mancino* applies “when the conduct is manifested as an aware exteriorisation, immediately perceivable in the context where it is matured and having regard also for the common feeling, of a sentiment of aversion or discrimination based on race, ethnic origin or colour”⁸¹. In other words, it applies if the conduct displays a “manifested prejudice of racial inferiority”⁸². Consequently, the agent’s subjective intention loses decisiveness⁸³.

Indeed, the potential suitability of the behaviour in leading to discrimination is not established in relation to its “concrete suitability in achieving further discriminatory conducts,” but in connection with the “cultural datum defining it”⁸⁴. It is no longer necessary for the conduct “to be aimed, or at least able to potentially externalize, and therefore stimulate deplorable sentiments or the danger of reiteration of discriminatory

⁷⁸ Antonio Di Tullio, *Brevi considerazioni sull’art. 3, comma I, del decreto legge, 26 aprile 1993, n. 122*. (*Diritto.it*, 3 October 2017) <https://www.diritto.it/brevi-considerazioni-sull-art-3-comma-i-del-decreto-legge-26-aprile-1993-n-122/> accessed on 20 January 2019.

⁷⁹ Michela Manetti, *L’incitamento all’odio razziale – Tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato* (Siena, Archivio Rivista Aic 2012) http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf accessed on 17 April 2019.

⁸⁰ Antonio Di Tullio, *Brevi considerazioni sull’art. 3, comma I, del decreto legge, 26 aprile 1993, n. 122*. (*Diritto.it*, 3 October 2017) <https://www.diritto.it/brevi-considerazioni-sull-art-3-comma-i-del-decreto-legge-26-aprile-1993-n-122/> accessed on 20 January 2019.

⁸¹ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 11590/10, 28 January 2010.

⁸² Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 49694/09, 29 October 2009.

⁸³ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 38597/09, 9 July 2009.

⁸⁴ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 563/11, 19 October 2011 and Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 9381/06, *Gregorat*, 20 January 2006.

behaviours”⁸⁵. Otherwise, *Legge Mancino* would never apply if the message is spread in the absence of third persons⁸⁶. Instead, the discrimination is “the denial of equality itself,” namely “the affirmation of other people’s social or juridical inferiority”⁸⁷. The requirements of a “deliberate ostentation of the message divulgated” and the “creation of a concrete danger of reiteration” are no longer essential criteria⁸⁸. Contrarily, the sentiment of aversion disseminated must be “immediately perceivable as the exclusion of a condition of parity”⁸⁹. Nonetheless, until very recent years, courts displayed oscillating and uncertain tendencies between two substantially different orientations regarding this ban.

In light of the principle of legal certainty, neither legislative, nor judicial rules were ever adopted to establish how *Legge Mancino* should be applied. Instead, judges intuitively developed general and abstract notions to direct this interpretation⁹⁰. The recent latter’s stabilization mirrors a will to align the Italian way of thinking regarding hate-speech with a more militant democracy approach as well as to the ECHR itself. Yet, it does not assure possible future changes. Hence, commonly-established, concrete and definitive rules of interpretation would avoid two undesired outcomes. Firstly, further uncertainty in hate-speech matters. Secondly, the risk for *Legge Mancino* to lose grip in the political arena and be potentially dismissed. The 2006 amendments complicated the picture.

⁸⁵ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 25870/13, 15 May 2013.

⁸⁶ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 25870/13, 15 May 2013 and Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 38591/09, 23 September 2009.

⁸⁷ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 9381/06, *Gregorat*, 20 January 2006.

⁸⁸ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 37609/06, 11 July 2006 and Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 25870/13, 15 May 2013.

⁸⁹ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 30525/13, 4 February 2013.

⁹⁰ Antonio Di Tullio, *Brevi considerazioni sull’art. 3, comma I, del decreto legge, 26 aprile 1993, n. 122*. (*Diritto.it*, 3 October 2017) <https://www.diritto.it/brevi-considerazioni-sull-art-3-comma-i-del-decreto-legge-26-aprile-1993-n-122/> accessed on 20 January 2019.

Excluded Grounds & Terminological Substitutions

Language and colour are excluded as grounds for discrimination in *Legge Mancino*⁹¹. Regarding homophobia, a draft law including sexual orientation as a ground was approved by the Chamber, but blocked by the Senate since 2013 due to electoral support guaranteed by Catholics⁹². Following the *lex ubi dixit voluit* principle, these exclusions show the legislator's intention not to regulate these aspects⁹³. Consequently, an extensive interpretation would clash with the legality principle, resulting in negativity towards *Legge Mancino*. Nonetheless, in cases related to colour, language and homophobia, judges extend the ban's scope to include these grounds, generating uncertainty regarding punishable conduct⁹⁴. Thus, these grounds should be included to establish a legally indisputable protection for individuals. Regarding the terminological substitutions, Law 85/2006 is a heterogeneous set of rules affecting several crimes of opinion⁹⁵. It was critiqued for its systematic inconsistencies⁹⁶. Despite supra-national recommendations, the substitutions reduced the scope of *Legge Mancino*.⁹⁷

⁹¹ ECRI, *Report on Italy (5th monitoring cycle)* (Strasbourg, Council of Europe 2016) <https://www.refworld.org/docid/584e8c784.html> accessed on 19 January 2019.

⁹² Disegno di Legge, 15 March 2013, n° 245.

⁹³ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull'Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

⁹⁴ Luciana Goisis, *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2010) <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1870-omofobia-e-diritto-penale-profil-comparatistici> accessed on 17 May 2019.

⁹⁵ Silvio Riondato, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale* (Padova, 1st edn, Cedam 2007) 132.

⁹⁶ Marco Pelissero, *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinione: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, Diritto Penale e Processo Vol 3 (2006).

⁹⁷ ECRI, *Report on Italy (5th monitoring cycle)* (Strasbourg, Council of Europe 2016) <https://www.refworld.org/docid/584e8c784.html> accessed on 19 January 2019 and Palmira Tanzarella, 'Racial hate speech. The legislative and jurisprudential stages of a questionably constitutionally protected offense' (2010) 12(4) Law, Immigration and Citizenship 97.

The dominant doctrine agrees in considering the substitution of “incite” with “instigate” as superfluous, irrelevant and without concrete consequences⁹⁸. Yet, the changing *ratio* seems to require a more effective involvement of the agent. Part of the doctrine recognizes this difference: “Incite” entails verbal support and encouragement independent from the concrete possibility of it being acknowledged, whereas “instigate” requires it⁹⁹. Indeed, “instigate” displays a more restricted content than “incite,” reducing the offence’s scope¹⁰⁰. Contrarily, the substitution of “spread, in any way” with “propagandize” envisages greater problems of interpretation¹⁰¹. The scope restricted to “propagandize” is a specific action aimed at influencing the psychology and behaviour of others. Different from spreading, the action of “propagandize” must be able to gather consensus around the idea disseminated¹⁰². Moreover, the message must be specific, rather than a simple diffusion of a discriminatory statement¹⁰³.

Particularly, it must be directly aimed at influencing the behaviour or psychological reaction of a vast audience to attract followers and create a ‘concrete danger’, immediately or in the short term, of discrimination

⁹⁸ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 202.

⁹⁹ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull’Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

¹⁰⁰ Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, *Observations Submitted to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination for the Thematic Discussion on “Racist Hate Speech”* (Rome, 2012) <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2012/07/Information-paper-on-racist-hate-speech-Italian-network-on-racial-discrimination.pdf> accessed on 20 January 2019.

¹⁰¹ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 203.

¹⁰² Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 13234/08, 13 February 2008 and Corte di Cassazione, Sez. Pen. III, Sent. 37581/08, 7 May 2008.

¹⁰³ Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019.

towards the targeted group¹⁰⁴. So, the absence of a ‘concrete danger’ would exclude the circumstance. The jurisprudence solved this shortcoming by resorting to a collective idea of human dignity, determinable by a common identity and the group’s membership. Moreover, the message must reach the intended target, and its offensiveness must unequivocally reveal the sentiment of superiority/hatred of the author towards the targeted race/ethnicity¹⁰⁵. Even in cases of ‘mere’ propaganda, the right to non-discrimination of determined individuals/groups of individuals is protected, which must be recognized and respected.

Indeed, the paramount value of human dignity is offended, if not even concretely put in ‘danger,’¹⁰⁶ if the enjoyment of the right to non-discrimination of people belonging to a particular group is threatened. The crime of hateful/racist propaganda, would therefore see its boundaries broadened, becoming partly comparable to the Dutch group defamation offence¹⁰⁷. Notwithstanding, the two substitutions and the oscillating interpretation caused a sparse and ineffective application of *Legge Mancino*¹⁰⁸. This is due to the latter’s abstractness and to the discretion exercised in defining its boundaries, which is excessively incompatible with the principle of legality. Therefore, a legislative intervention or the creation

¹⁰⁴ Giuseppe Pavich and Andrea Bonomi, *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull’Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

¹⁰⁵ Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019.

¹⁰⁶ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 13234/08, 13 February 2008.

¹⁰⁷ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009) 207.

¹⁰⁸ Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, *Observations Submitted to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination for the Thematic Discussion on “Racist Hate Speech”* (Rome, 2012) <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2012/07/Information-paper-on-racist-hate-speech-Italian-network-on-racial-discrimination.pdf> accessed on 20 January 2019.

of rules allowing for a consistent interpretation of *Legge Mancino* should be considered to define concrete criteria of applicability, increase the certainty and respect supra-national guidelines.

Case Law

The objectives of protection in *Legge Mancino* were never adequately reached¹⁰⁹. From 1993, few judgments were delivered on its basis. Noteworthy is also the absence of ECtHR principles throughout hate-speech sentences¹¹⁰. Considering the Italian reality, *Legge Mancino* still remains underdeveloped, particularly where xenophobic, racist and hateful expressions are recorded ever more frequently¹¹¹. Its scarce application is related to two factors. Firstly, the offence is prosecutable *ex officio* only for serious violations. Otherwise, proceedings initiate only if expressly requested by victims, rarely so if they have insufficient means and knowledge¹¹². Moreover, neither NGOs, nor public bodies have standing to seek legal redress on behalf of victims¹¹³. Indeed, collective discriminations are almost never prosecuted. Secondly, the difficult applicability is related

¹⁰⁹ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

¹¹⁰ Michela Manetti, *L’incitamento all’odio razziale – Tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato* (Siena, Archivio Rivista Aic 2012) http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf accessed on 17 April 2019.

¹¹¹ Alessandro, *Zero tolleranza. Strategia e pratiche della società di controllo* (Roma, 1st edn, Deriveapprodi 2000) 15 ; Mauro Munafò and Francesca Sironi, ‘L’Italia è un Paese fondato sull’insulto: da noi il dibattito più violento d’Europa’ (*L’Espresso*, 29 May 2018) http://espresso.repubblica.it/inchieste/2018/05/25/news/l-italia-e-fondata-sull-insulto-1.322945?refresh_ce accessed on 17 May 2019 and Redazione Trieste, ‘L’Italia ormai assuefatta, cala l’allarme hate speech e fake news’ (ANSA, 7 June 2018) http://www.ansa.it/canale_lifestyle/notizie/societa_diritti/2018/06/07/italia-assuefatta-no-allarme-hate-speech_ef741ffe-4416-4c2c-84d1-3f3f1287f59b.html.

¹¹² Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

¹¹³ Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019.

to vague definitions of both the offence and the protected legal interest, and to the above mentioned constitutional problems related to crimes of opinion¹¹⁴.

Consequently, this resulted in a heterogeneous application of the ban¹¹⁵. In 2005, the Supreme Court expressed itself regarding the repeated use of the term ‘Moroccan’ against a non-European person in the workplace. Indeed, when the epithet is “continuously and despicably addressed, ignoring the name of birth of the person to whom it is directed, it constitutes the offence of insult. Moreover, *Legge Mancino* was also applicable as there is a clear intent of racial discrimination”¹¹⁶. Nonetheless, two successive cases emanated within a close timeframe consisting of similar features, resulted in two very different outcomes. In the first case, an Italian man insulted two South-American women, publicly calling them ‘dirty *niggas*’ and adding ‘what are these *niggas* doing here?’ The case merely triggered the crime of insult,¹¹⁷ but not *Legge Mancino*. Indeed, the Court acknowledged the agent’s internal motivation, but not the “external finalities” intended to become an “example for others” and generate further discriminatory episodes¹¹⁸. Regarding ‘hatred,’ it was defined as a manifested prejudice of inferiority:¹¹⁹ An extreme sentiment of aversion, implying the intention to inflict the greatest possible harm to the victim¹²⁰.

A few weeks later, in dealing with the public insult of ‘go away from here, dirty *nigga*’, the Court established that resorting to such expression against a member of an ethnic minority always, and in any case, constitutes insult

¹¹⁴ Michela Manetti, *L’incitamento all’odio razziale – Tra realizzazione dell’eguaglianza e difesa dello Stato* (Siena, Archivio Rivista Aic 2012) http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf accessed on 17 April 2019.

¹¹⁵ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

¹¹⁶ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 19378/05, 20 May 2005.

¹¹⁷ Article 594 Codice Penale.

¹¹⁸ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 44295/2005, *Paoletich*, 17 November 2005.

¹¹⁹ Corte di Cassazione, Sez. Pen. II, Sent. 28682/2010, 9 July 2010.

¹²⁰ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 44295/05, *Paoletich*, 17 November 2005.

aggravated by *Legge Mancino*¹²¹. Particularly, ‘discrimination’ was defined as the “repudiation of equality,” namely the “affirmation of others’ social and juridical inferiority.” Regarding ‘hatred,’ the Court established that “it must be intended without accentuation in respect of sentiments of lower intensity,” evidently contradicting the general notion previously established¹²². Indeed, the judge negated that the assessment of *Legge Mancino* requires the verification over the psychological element underlying the crime. Moreover, it excluded the possibility to make distinctions or graduations when the conduct is the “statement of others’ social and juridical inequality” (discrimination) or a reference “to national, ethnic, racial or religious identity as a cause for conflict” (hatred).

Concerning the epithet ‘dirty *nigga*,’ the Court evaluated the meaning based on the connection between the adjective and the noun. Indeed, this combination relates to a prejudice of inferiority of one race in respect to another. Thus, if this epithet is “unequivocally directed to a person of dark skin,” the analysis of the subjective intention of the agent is irrelevant¹²³. The ruling appears to guarantee an extremely wide safeguard against all generic verbal manifestations connoted by explicit racist references. However, it clearly contrasts with the notions previously established. Moreover, it risks to create discrepancies in cases in which both parties in a fight resort to racist insults against each other. In this case, the reciprocity of the offenses and the condition of anger is fundamental in defining the applicability of *Legge Mancino* and, potentially, its dismissal¹²⁴. Yet, an inconsistent jurisprudential attitude shakes the stability of the legal certainty regarding this matter¹²⁵.

¹²¹ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 9381/06, *Gregorat*, 20 January 2006.

¹²² Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

¹²³ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 9381/06, *Gregorat*, 20 January 2006.

¹²⁴ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 8475/06, 22 February 2006.

¹²⁵ Carlo Citterio, *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo* (Padova, 1st edn, Cedam 2007).

A case in 2008 demonstrates the absence of consistent interpretation. It concerned a man who, instead of helping a black person that had gotten hit by car, ran him over shouting ‘I crush the *nigga*.’ The appellant based his defence on “conflicting jurisprudential orientations,” requesting the disapplication of *Legge Mancino*¹²⁶. Particularly, he defined his behaviour as boasting, attempting to exploit the ambiguous jurisprudence. Likely so, as the offence is established by screening through degrees of the perpetrator’s subjective intention. Yet, the Court clarified that the “discriminatory evaluation” of the defendant made the victim a simple object of a dangerous game¹²⁷. Precisely, these sentiments of racial disregard, hostility and desire to harm a person of different race feed conflicts between persons and testify the presence of racial hatred. Thus, *Legge Mancino* applied, as it is irrelevant that the conduct may be based on careless intentions.

Consequently, an effective equality between men increasingly became the main objective of protection: The full recognition of the human dignity of the individual and of his/her belonging group¹²⁸. Nonetheless, cases related to politicians are more complicated and are dealt with differently. For instance, the Supreme Court ruled that “the peculiar climate in which electoral competitions take place heats the tone of the general public debate,” “rendering it coarser and more incisive” and “raising the threshold of what constitutes permissible expression, including what would otherwise be unacceptable in an inter-personal exchange”¹²⁹. Regarding ‘hatred,’ it does not automatically include “any feeling or manifestation of generic hostility, impatience, or rejection,” even if based on racial, ethnic or religious grounds, “insofar as it does not create a concrete danger of

¹²⁶ Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

¹²⁷ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 38217/08, 12 June 2008.

¹²⁸ Silvio Riondato, *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale* (Padova, 1st edn, Cedam 2007).

¹²⁹ Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 36906/15, 14 September 2015.

instigating discriminatory actions”¹³⁰. This results in a differentiated treatment of expressions made in daily life with ones made by politicians, damaging the legal certainty over the matter. Yet, the Supreme Court always marginally dealt with the political dimension of the public debate, never explaining this differentiated treatment¹³¹.

In 2001, members of *The League* organized a petition called “Sign to send gypsies away from our city”, to evict a Roma camp nearby Verona¹³². Regarding the proof of intent, the purpose of the campaign was to “propagandize ideas based on racial superiority or racial or ethnic hatred”¹³³. This was shown by the content of the slogans which called for the departure of gypsies “from our homes,” without references to alleged delinquent behaviour of Roma or the necessity to restore legality. Further evidence was the billposting of manifestos in cities other than Verona¹³⁴. Contrarily, defendants were acquitted of the charge of incitement to discrimination¹³⁵. The Court concluded that the only direct encouragement to commit concrete acts was the call to sign the petition, which is not an illegitimate demand in itself¹³⁶. Consequently, the threshold of ‘incitement’ was not met, as it would not have also met the threshold of ‘instigation’.

¹³⁰ Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019.

¹³¹ Lorenzo Picotti, *Diffusione di idee “razziste” ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, *Giurisprudenza di Merito* Vol 9 (2006).

¹³² Lucia Scaffardi, *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

¹³³ Corte di Cassazione, Sez. Pen. IV, Sent. 41819/09, 10 July 2009.

¹³⁴ Luca Volpe, *Fare manifesti e petizioni per mandare via i Rom è reato: reclusione fino a un anno e sei mesi* (Trani, Informazione Giuridica 2016) <https://www.lucavolpe.it/informazione-giuridica-trani/fare-manifesti-e-petizioni-per-mandare-via-i-rom-e-reato-reclusione-fino-a-un-anno-e-sei-mesi.html> accessed on 20 May 2019.

¹³⁵ Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019.

¹³⁶ Corte di Cassazione, Sez. Pen. IV, Sent. 41819/09, 10 July 2009.

Considering hate-speech, the Italian approach showed an ambivalent understanding of *Legge Mancino* until very recent years. The interpretative orientation is now directed towards the protection of the human being, without giving much weight to the proof of intent, or to the risk of creating a ‘concrete danger’ of further discriminatory conducts. Indeed, the new tendency moves the Italian approach closer to the Dutch one, meaning the acknowledgment that freedom of expression must be restricted to protect the human dignity of individuals damaged by the disrespect for their equality, which, in turn, represents a realistic menace for their right to non-discrimination. Yet, the legislative gaps and the oscillating jurisprudence did not allow *Legge Mancino* to gain consideration, incrementing the risk of its future abrogation. For these reasons, the creation of rules to direct the application of Law 205/1993 may guarantee a higher certainty in the outcomes.

4. Dutch Hate-Speech Criminalization

The first section of the Chapter defines the Dutch constitutional boundaries of freedom of expression and introduces hate-speech bans. The second section outlines the *ratio legis* adopted to apply hate-speech bans. The third section analyses the hate-speech norms. The last section examines the relevant case law and the related legal certainty.

Constitutional Boundaries

Article 7 DC comprises freedom of expression. Article 7(1) states that “No one shall require prior permission to publish thoughts or opinions through the press, without prejudice to the responsibility of every person under the law”¹³⁷. The “responsibility of every person under the law” implies the legislature’s power to set restrictions afterwards, including criminal law

¹³⁷ Article 7(1) Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1 January 1984.

norms. The literal wording does not set limits for criminal law to restrict free speech¹³⁸. The provisions criminalizing hate-speech are Articles 137c and 137d of Title V (public order offences) Criminal Code¹³⁹. Moreover, the DC plays a limited role, as judicial review of parliamentary legislation is prohibited¹⁴⁰. Consequently, these limits were never established by case law, but rather, mainly influenced by ECtHR judgments regarding Article 10 ECHR¹⁴¹. Nonetheless, the decision to restrict expressions must always be taken with care and legitimate justifications¹⁴². Indeed, the Dutch culture also considers freedom of expression as fundamental. Yet, governments always avoided establishing hierarchies between fundamental rights or to favour the position of freedom of expression¹⁴³.

A significant debate was the relationship between freedom of expression and non-discrimination¹⁴⁴. Moreover, the right to non-discrimination was adopted within the Constitution in 1983¹⁴⁵. Consequently, the perception of hate-speech became dependent upon this new constitutional norm. Hate-speech was considered as risking to cause some people to disregard certain targeted minority groups, the latter being unable to defend themselves against such attacks¹⁴⁶. Furthermore, the government clarified that hate-speech bans already provided for the *balancing test* between constitutional

¹³⁸ Hadewina Snijders and Ruth Wood, *The Criminalization of Hate Speech in the Netherlands* (Humanity in Action) <https://www.humanityinaction.org/knowledgebase/294-the-criminalization-of-hate-speech-in-the-netherlands> accessed on 17 January 2019.

¹³⁹ Article 137c Wetboek van Strafrecht and Article 137d Wetboek van Strafrecht.

¹⁴⁰ Article 120 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1 January 1984 and Jurgen C A de Poorter, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, Utrecht Law Review Vol 9 Issue 2 (2013).

¹⁴¹ Nick Efthymiou and Joke de Wit, *The Role of Dutch Courts in the Protection of Fundamental Rights*, Utrecht Law Review Vol 9 Issue 2 (2013) and Article 94 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1 January 1984.

¹⁴² Jan Marinus De Meij, *Uitingsvrijheid: de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief* (Amsterdam, 3rd edn, Cramwinckel 2000).

¹⁴³ Theo Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (Nijmegen, 1st edn, Ars Aequi Libri 1997).

¹⁴⁴ Kamerstukken II, 1987-88, n^o 20239/3, 2-3.

¹⁴⁵ Article 1 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1 January 1984.

¹⁴⁶ Kamersukken I, 1990-91, n^o 20239/76c, 2-3.

rights, judges having less discretion in this regard¹⁴⁷. Therefore, courts never had to carry out a balance between rights, except if a defendant clearly stated that his right to freedom of expression, based upon both Article 7 DC and Article 10 ECHR, was unfairly restricted. However, the assessment of the offence changed after 2000, and judges began to carefully balance the right to freedom of expression. This changing standpoint was related to a shift in the Dutch public discourse about multicultural society¹⁴⁸.

Before 2000, criminal convictions of politicians did not receive much consideration, since the fact that hate-speech bans could curtail the political debate was not questioned at all. Moreover, hate-speech bans did not produce constitutional questions of legitimacy. After 2000, the rejection of far-right discourses within society was enlarged to include arguments related to the threat posed by Islam to Western values¹⁴⁹. The relationship between freedom of expression and non-discrimination became politicised after years of neglect, as harsh criticism of multicultural society, particularly regarding Muslims, became the new ‘consensus’ in politics and media¹⁵⁰. Yet, the changing paradigm did not change the understanding of freedom of expression as being in need of limitations against extremisms for the well-being of the society at large. This is attested by the several judicial rulings dealt with both before and after 2000¹⁵¹. Considering the more concrete attitude towards hate-speech in the Netherlands, the bans have been applied more frequently compared to the Italian counterpart, as a result of which the judicial interpretations have led to more homogenous and certain outcomes.

¹⁴⁷ *ibid.*, 5.

¹⁴⁸ Ron Eyerman, *The Assassination of Theo van Gogh: From Social Drama to Cultural Trauma* (Durham, 1st edn, Duke University Press 2008).

¹⁴⁹ Marloes Van Noorloos, *The politicisation of Hate Speech Bans in the Twenty-first-century Netherlands: Law in a Changing Context*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* Vol 40 Issue 2 (2014).

¹⁵⁰ *ibid.*

¹⁵¹ Marloes Van Noorloos, *The politicisation of Hate Speech Bans in the Twenty-first-century Netherlands: Law in a Changing Context*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* Vol 40 Issue 2 (2014).

Negative Imaging, Public Order & Hate Speech

Hate-speech bans display a specific *ratio legis*: An effective protection against the peril that hateful and discriminatory expressions may provoke a substantial *negative imaging* of weak groups, affecting their human dignity and, then, causing intolerant actions against them¹⁵². In principle, norms criminalizing hate-speech are intended to protect people from discrimination. Also the government stressed that inciting and insulting public utterances may rapidly amplify and affect the full position of the group, incrementing the risk of discriminatory actions¹⁵³. Particularly, if groups in need of higher protection do not have active contacts with the other citizens, the consideration regarding the former is built upon what is heard and read about them. If what is read and heard produces a *negative imaging*, this minimizes the respect for the whole group¹⁵⁴. Also the criterion of *public order* maintained importance as incitements to hatred or insults between majorities and minorities put factions against each other¹⁵⁵. Hate-speech bans are included under *public order* offences. Thus, another *ratio* is the protection of *public order* against disturbances¹⁵⁶. Nonetheless, *public order* must be widely intended as the state must not only maintain a society free from uprisings, but also an atmosphere of respect for everyone's fundamental rights¹⁵⁷.

Racist and discriminatory expressions contaminate the public dialogue, destabilise tolerance and reciprocal respect, and endanger a pacifist living within a society based on egalitarianism¹⁵⁸. Therefore, the *ratio legis* of

¹⁵² Kamerstukken II, 1988-89, n° 20239/5, 11.

¹⁵³ Kamerstukken II, 1987-88, n° 20239/3, 7.

¹⁵⁴ Kamerstukken II, 1988-89, n° 20239/8, 1.

¹⁵⁵ Kamerstukken I, 1990-91, n° 20239/76a, 7.

¹⁵⁶ Bas Van Stokkom and Henny Sackers, *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen* (Den Haag, 1st edn, WODC 2006).

¹⁵⁷ Johannes Van Bemmelen, *Ons strafrecht deel III: Het materiele strafrecht – Bijzondere delicten* (Alphen aan den Rijn, 8th edn, Tjeenk Willink 1990).

¹⁵⁸ Chrisje Brants, Renée Kool and Allard Ringnalda, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007) 213.

hate-speech norms is a combination of *public order* and *negative imaging*, correlated with the non-discrimination principle. The latter was also defined within the criminal code as “any distinction, exclusion, restriction or preference, having the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment or exercise, on an equal footing, of human rights and fundamental freedoms in the political, economic, social, cultural or any other field of public life”¹⁵⁹. The equality principle was codified both within Article 1 DC and by specific anti-discrimination legislations¹⁶⁰. Regarding human dignity, the principle is not codified. Yet, it is a value playing a main role in legal debates within parliament and courts. This results from the application of international and European human rights standards, and the consideration given to ECtHR principles. Moreover, national courts took some extra steps in addressing human dignity in relation to the *negative imaging*¹⁶¹. Overall, hate-speech is considered a serious evil that cannot be overlooked. Thus, the criminal law is considered as a tool that must effectively work against arbitrary segregations of minorities¹⁶². Compared to Italy, the context is a more stable basis for a coherent application of hate-speech bans. For example, the principles of equality and non-discrimination are explicitly defined, increasing the conformity with the legality principle.

Criminalization of Hate Speech

Articles 137c-d Criminal Code regulate “group insult” and “incitement to hatred, discrimination and violence,” respectively¹⁶³. Article 137c states

¹⁵⁹ Article 90-quarter Wetboek van Strafrecht.

¹⁶⁰ Jan-Peter Loof, *Human Dignity in the Netherlands*, Handbook of Human Dignity in Europe (2017) and Janny Dierx and Peter Rodrigues, *The Dutch Equal Treatment Act in Theory and Practice* (Brussels, European Roma Rights Centre 2003) <http://www.errc.org/roma-rights-journal/the-dutch-equal-treatment-act-in-theory-and-practice> accessed on 26 June 2019.

¹⁶¹ Jan-Peter Loof, *Human Dignity in the Netherlands*, Handbook of Human Dignity in Europe (2017).

¹⁶² Handelingen II, 28 March 1990, 3100 and Kamerstukken II, 1988-89, n° 20239/5, 11.

¹⁶³ Article 137c Wetboek van Strafrecht and Article 137d Wetboek van Strafrecht.

that: “Any person who, publicly – orally, in writing or by means of portrayal – and intentionally, makes insulting expressions about a group of persons on account of their race, religion or belief, hetero or homosexual orientation or physical, psychical or mental handicap shall be liable.” The notion of insult/defamation is essential to understanding the offence, and can be defined as an attack to “one’s honour or good reputation.” It is explained as negating “people’s intrinsic value” or disrespecting them¹⁶⁴. The expression must be directed to a group of persons in relation to their race, religion or belief, sexual orientation or handicap: Certain group characteristics must be at the basis of the insult. Insofar as a specific group’s insulting element is present, the offence also applies if only one individual is affected¹⁶⁵. The classification ‘race’ is interpreted widely and in line with the characterisation given by CERD, and comprises: National and ethnic origin, skin colour and ancestry¹⁶⁶. The term ‘religion’ includes any religion that trusts in the existence of a higher mystical power, while ‘belief’ entails fundamental philosophies of human life shared by specific groups, such as agnosticism¹⁶⁷. Regarding the ‘intention,’ the risk that the utterance would offend a group must be, at least, voluntarily and knowingly accepted by the perpetrator (*dolus eventualis*), so a lower threshold compared to Italy.

The intention is objectively assessed, considering the substance and the means in which it is communicated¹⁶⁸. The evaluation of Article 137c is carried out through a “contextual interpretation” based on a three-stage test developed by the Supreme Court. Firstly, the nature of the expression is defined by looking at its content: Does the utterance contain a defamatory

¹⁶⁴ Theo Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (Nijmegen, 1st edn, Ars Aequi Libri 1997).

¹⁶⁵ Chrisje Brants, Renée Kool and Allard Ringnalda, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007).

¹⁶⁶ Marcel Maussen and Ralph Grillo, *Regulation of Speech in Multicultural Societies* (London, 1st edn, Routledge 2017).

¹⁶⁷ Bas Van Stokkom and Henny Sackers, *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen* (Den Haag, 1st edn, WODC 2006).

¹⁶⁸ Gerdine Dankers and Paul Velleman, *Handboek discriminatie 2006* (Amsterdam, 1st edn, LECD 2006).

character?¹⁶⁹ Secondly, the context where the utterance was expressed is analysed to evaluate its offensiveness in the specific circumstance: Does the specific context nullify the utterance’s defamatory character?¹⁷⁰ Indeed, some specific circumstances are recognised as being capable to invalidate the first stage, such as “artistic expressions,” “opinions related to religious convictions” or “utterances contributing and serving a public debate”¹⁷¹. Thirdly, if the defamatory character is nullified, courts assess whether the expression is nevertheless “unnecessarily offensive”¹⁷². The *ratio* behind this test is that apparent insulting utterances may escape the criminalization when assessed in relation to their context. For example, utterances which are part of the public debate enjoy a higher protection from courts. The assessment of the utterance is based on the effect it makes on a neutral recipient, together with its intrinsic purpose and its role within the speech where it is placed¹⁷³. In using this test, judges have the power to efficiently weigh the interests at stake and produce more certain outcomes in reasoning. Yet, the context could also work the other way around, as it will be explained in the COMBAT 18 case.

Article 137d provides that: “Any person who publicly – orally, in writing or by means of portrayal – incites to hatred against or discrimination of persons or violence against persons or property on account of their race,

¹⁶⁹ Tom Herrenberg, *Group defamation and incitement in the Netherlands: The conviction of Geert Wilders* (Leiden, Leiden University Press 2016) <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and-incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/> accessed on 17 January 2019.

¹⁷⁰ Chrisje Brants, Renée Kool and Allard Ringnalda, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007).

¹⁷¹ Tom Herrenberg, *Group defamation and incitement in the Netherlands: The conviction of Geert Wilders* (Leiden, Leiden University Press 2016) <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and-incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/> accessed on 17 January 2019.

¹⁷² Chrisje Brants, Renée Kool and Allard Ringnalda, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007).

¹⁷³ Titia Loenen and Jenny Goldschmidt, *Religious pluralism and human rights in Europe: Where to draw the line?* (Oxford, 1st edn, Intersentia 2007).

religion or belief, gender, hetero or homosexual orientation or physical, psychical or mental handicap” is liable. The provision is intended as encouraging persons to violence, hatred or discrimination on the basis of certain groups’ characteristics. Also the targeting of an individual on the basis of his/her membership to a group is criminalized, if the membership is the primary reason for the attack¹⁷⁴. The significance of incitement to violence is not that problematic, as incitement to violent actions is also criminalized by Article 131 Criminal Code¹⁷⁵. Instead, incitement to hatred and discrimination consist of more complicated assessments. Incitement to hatred is understood as putting groups against each other by depicting the group targeted as inferior and hostile¹⁷⁶. Incitement to discrimination is interpreted in conjunction with Article 90quater Criminal Code and concerns differentiations which are not objectively justifiable¹⁷⁷. The intentional element is measured within the term ‘incitement’, and the minimum threshold is the perpetrator’s “willing and aware” acceptance of the “considerable risk” that his expression/expressions may “incite to violence, hatred or discrimination” (*dolus eventualis*). To trigger Article 137d, the incitement does not need to result in violence, hatred or discrimination, or in other people’s concrete incitement. The proof of the potential suitability of the expressions in leading to incitement is sufficient¹⁷⁸.

Articles 137c-d were always considered together in hate-speech disputes. Excluding the ‘gender’ ground which is only included in Article 137d, the list of the two articles is alike. Compared to Italy, Articles 137c-d provide explicit protection for homosexuals and disabled persons, affording a higher

¹⁷⁴ Chrisje Brants, Renée Kool and Allard Ringnalda, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007).

¹⁷⁵ Article 131 Wetboek van Strafrecht.

¹⁷⁶ Chrisje Brants, Renée Kool and Allard Ringnalda, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007).

¹⁷⁷ Kamerstukken II, 1989-90, n^o 20239/23, 5.

¹⁷⁸ Theo Rosier, *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (Nijmegen, 1st edn, Ars Aequi Libri 1997).

certainty that discriminations against these groups will lead to effective convictions.

Literally, “group insult” and “incitement to violence, discrimination or hatred” seem completely different notions. Yet, the Dutch juridical culture considers “insult” as a “harm to one’s reputation.” The issue envisages some problems as Article 137c means ‘insulting concerning’, while Article 137d means ‘insulting aimed at’¹⁷⁹. Nevertheless, Dutch hate-speech provisions display a better precision in the formulation and a superior interpretational concreteness, than the Italian counterpart. Moreover, the established definition of discrimination and the adoption of rules of interpretation to direct the bans’ application guarantee a greater compatibility with the legality principle and more homogeneity in case verdicts. Additionally, compared to Italy where the ban’s boundaries are jurisprudentially enlarged to include an implicit crime of group defamation, the Netherlands adopted a separate norm criminalizing it, affording more certainty in comparable situations. Additionally, Article 137e establishes that “publishing the expressions criminalized in Articles 137c-d – unless with the purpose of providing of factual information – or to distribute such expressions” (including the possession aimed at distributing it) is punished¹⁸⁰.

Compared to the Italian crime of propaganda, the Dutch counterpart requires just the publication or the distribution of such utterances to trigger the offence. Thus, the intention of the perpetrator to gather consensus around the idea disseminated and influence the behaviour or psychological reaction of a vast public audience is not required, and the scope of requires the simple distribution.

¹⁷⁹ Aernout Nieuwenhuis and Esther Janssen, *De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie: een analyse van de groepsbelediging en het haatzaaien*, Mediaforum Vol 23 Issue 4 (2011).

¹⁸⁰ Article 137e Wetboek van Strafrecht.

Case Law

Since the 1980s, the Netherlands concretely opposed discriminations and an effective criminal law was at the basis¹⁸¹. Regarding hate-speech, the government instructed the Public Prosecution Service (PPS) to develop an active prosecution strategy and to dismiss cases only in exceptional circumstances¹⁸². For these reasons, the PPS's head commenced to release directives. As a general rule, prosecution must always and in any case begin for hate-speech crimes¹⁸³. In Italy, the prosecution starts just for the gravest cases. Moreover, directives to counter hate-speech with priority and effectiveness were released only in 2018, but only by the Chief Prosecutor of Torino¹⁸⁴. Yet, they were not emanated by the central government, nor by the central prosecution office, undermining the overall certainty. Conversely, Dutch courts resorted several times to Articles 137c-d, especially to limit politicians' utterances regarding immigration.

In 1978, the Supreme Court ruled that sponsoring political programmes aimed at discriminating people on account of race is incitement to discrimination¹⁸⁵. Consequently, Article 137d limits the modes through which politicians could accomplish legal changes and protects groups from *negative imaging*. In 1989, a conviction for incitement to discrimination was upheld regarding an election leaflet asserting that Africans and Turks were threatening for society, and that the annihilation of the Dutch culture and population necessitated to be defended.¹⁸⁶ These utterances were

¹⁸¹ Martin Moerings, *Hoe punitief is Nederland?* (Arnhem, 1st edn, Gouda Quint 1994) 88.

¹⁸² Kamerstukken II, 1982-83, n° 16102/20-21, 99.

¹⁸³ Tijdelijke Wetenschappelijke Commissie Minderhedenbeleid 1996, 24.

¹⁸⁴ Redazione Giurisprudenza Penale, *Le direttive della Procura di Torino sul contrasto dei reati motivati da ragioni di odio e discriminazione etnico-religiosa e sulla trattazione degli affari dell'immigrazione nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone* (Milano, Giurisprudenza Penale 2018) <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/07/11/direttive-procura-torino-reati-odio-discriminazione-etnico-religiosa-trattazione-immigrazione/> accessed on 1 July 2019.

¹⁸⁵ Hoge Raad, NJ 1978/664, 14 March 1978.

¹⁸⁶ Hoge Raad, NJ 1990/29, 14 March 1989.

considered as creating the risk that people would see their rights infringed. In 1996, far-right party's members were convicted for advocating that affirmative action regarding immigrants was discriminatory towards the Dutch and for condemning the government's pro-immigrants policy¹⁸⁷. In 1999, a member of parliament was convicted under Article 137d for having publicly said that "we will abolish multicultural society as soon as we can," while other members screamed "Priority to the Dutch" and "Enough is enough"¹⁸⁸. The Court held that the aims of these utterances were the elimination of ethnic minorities from society and that Articles 137c-d defend citizens' human dignity against the *negative imaging* affecting them.

In 2003, a perpetrator who wrote several letters on a newspaper describing all asylum seekers as rapists, killers and thieves was convicted¹⁸⁹. Even though these utterances were related to a public debate regarding a murder investigation, they were considered as gratuitously offensive and exceeding the acceptable bounds within a public debate. However, in more recent cases the Court reduced the scope of what can be regarded as insulting under Article 137c. Indeed, insult is now strictly interpreted as affecting the intrinsic value of persons. This changed the interpretation of 'insult,' compared to past judgments¹⁹⁰. The changing interpretation of this article in relation to the scope of freedom of expression is shown by a 2009 judgment where the perpetrator wrote in his blog that "We should not talk with Muslim terrorists, but kick them outside the nation ... stay in the desert and screw your camels ..." The Court of Appeal held that these utterances were insulting Muslims, jointly targeting them as a group¹⁹¹. Particularly, the Muslims' human dignity was denied. Thus, the perpetrator was sentenced under Article 137c.

¹⁸⁷ Hoge Raad, NJ 1996/527, 16 April 1996.

¹⁸⁸ Hoge Raad, NJ 1999/634, 18 May 1999.

¹⁸⁹ Hoge Raad, NJ 2003/334, 15 April 2003.

¹⁹⁰ A. Janssens and Aernout Nieuwenhuis, *Uitingsdelicten* (Deventer, 1st edn, Kluwer 2005) 32.

¹⁹¹ Gerechtshof Amsterdam, LJN BO/0041, 11 October 2010.

Compared to cases before 2000, hate-speech bans are now interpreted more stringently in cases related to religion. In 2009, a far-right member put a public sign saying “Stop the cancer called Islam.” The Court of Appeal, upheld the insulting character of this expression taking into account the relation between Islam and its believers. Yet, the Supreme Court overruled this judgment, stating that Article 137c regulates only insults made to persons and not to religion itself, as it criminalizes the insult “about a group of people regarding their religion”¹⁹². The decision remained anchored to the first stage of the test as an utterance that does not insult persons is not insulting. Nonetheless, the restrictive approach towards Article 137c does not obstruct the use of Article 137d. In 2010, the Utrecht Court of First Instance faced a similar case: A poster in a public window portraying a burning church with the words “burn the” before the picture, together with a Christian cross and a swastika¹⁹³. The defendant was acquitted under Article 137c, but convicted for incitement to violence on religious ground under Article 137d as the picture was an incitement to burn churches. The concrete risk of actual consequences was surpassed as what matters is whether utterances are suitable/adequate to incite to violence. The application of Article 137d could also work against apparent harmless expressions which can, nonetheless be regarded as inciting to hatred/discrimination, though indirectly. In 2011, the Court convicted a far-right movement called COMBAT 18¹⁹⁴. The latter numbers signified the letters A-H which referred to Adolf Hitler. Associations of expressions made in particular circumstances are elements taken into account. Thus, the link between speech and actual consequences could be easily surpassed.

The 2016 Wilders case clearly shows the more definite application of the Dutch bans, than the Italian counterpart. At a rally, the politician publicly asked a particular question to his supporters: “Do you want, in this city and

¹⁹² Hoge Raad, NJ 2010/19, 10 March 2009.

¹⁹³ Rechtbank Utrecht, LJN/BM/8138, 26 April 2010.

¹⁹⁴ Hoge Raad, NJ 2011/115, 23 November 2010.

in the Netherlands, more or fewer Moroccans?” The public answered: “Fewer, fewer ...” Wilders, then, said: “Ok, we’re going to take care of that.” Firstly, the way Wilders used the term “Moroccans” felt within the scope of the CERD’s clause about “descent, or national or ethnic origins”¹⁹⁵. Particularly, Moroccans have national ties as they are from Morocco, sharing history, traditions, culture and language. These aspects are found in the Moroccan community within the Netherlands. The court, thus, asserted that ‘Moroccans’ are a ‘race’ for the purposes of Articles 137c-d¹⁹⁶. Then, it continued the analysis through the three-stage test. Regarding the first stage, judges stated that Wilders “denigrated and defamed” Moroccans as a group in enquiring “...more or fewer Moroccans?” Particularly, an utterance is defamatory if its tone is to show someone in a bad light, questioning his honour and good name. Indeed, Wilders denigrated Moroccans, depicting them as less entitled to reside in the Netherlands in such amount. He attacked the collective human dignity of the Moroccan community in the Netherlands, portraying them as inferior compared to Dutch citizens¹⁹⁷.

Regarding the second stage, the court considered the wider context, taking into account the ‘public debate’ perspective. The conclusion was that Wilders did not contribute to the public debate regarding immigration and multiculturalism¹⁹⁸. Wilders expressed himself while he was sure of being recorded and transmitted by media, he did not participate in a classic ‘debate,’ i.e. a dispute between two or more people, and he also pre-planned the following applauses. Moreover, he did not distinguish between ‘Moroccans’ and ‘criminal Moroccans,’ making an insulting remark about them¹⁹⁹. The third stage was not analysed as Wilders failed the second one,

¹⁹⁵ Article 1(1) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination.

¹⁹⁶ Rechtbank Den Haag, NJFS/2017, 9 December 2016, para. 5.4.2.

¹⁹⁷ Rechtbank Den Haag, NJFS/2017, 9 December 2016, para. 5.4.3.1(i).

¹⁹⁸ *ibid.*, para. 5.4.3.1(ii).

¹⁹⁹ Tom Herrenberg, *Group defamation and incitement in the Netherlands: The conviction of Geert Wilders* (Leiden, Leiden University Press 2016) <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and->

being eventually guilty under Article 137c. Furthermore, the court considered also Article 137d. ‘Incitement’ was described as persuading someone to do something illegal. The tone of the utterance is crucial. The incitement does not need to result in subsequent specific behaviours. ‘Hatred’ was defined as “an extreme feeling of abhorrence and hostility.” Incitement to hatred requires an extra strengthening element, other than mere heavy rhetoric, instigating people to act²⁰⁰. The court concluded that the utterances of Wilders lacked such element and exonerated him from the incitement to hatred charge.

Subsequently, the court considered the incitement to discrimination offence which, in turn, does not require neither discrimination to actually take place, nor an extra strengthening element. Instead, the court assessed whether the utterances encouraged to exclude this specific group from society, concluding that Wilders’ utterances were discriminatory under Article 90quater Criminal Code. Indeed, the tone was evidently directed at distinguishing between Moroccans and other Dutch citizens. Wilders’ statements, thus, were considered as being suitable to incite others to discriminate people originating from Morocco²⁰¹. Thus, he was convicted for incitement to discrimination. Noteworthy is the higher probability that racist and discriminatory utterances made by Dutch politicians would lead to criminal proceedings, compared to Italian cases. Specifically, Italy shows a substantial impunity towards hateful and racist discourses made by politicians, particularly high-ranking figures among political parties²⁰². Indeed, judges are reluctant in using *Legge Mancino* to prosecute

incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/ accessed on 17 January 2019.

²⁰⁰ Rechtbank Den Haag, NJFS/2017, 9 December 2016, para. 5.4.3.2.

²⁰¹ Tom Herrenberg, *Group defamation and incitement in the Netherlands: The conviction of Geert Wilders* (Leiden, Leiden University Press 2016) <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and-incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/> accessed on 17 January 2019.

²⁰² Matteo Monti, *Libertà di espressione e hate speech razzista: un’analisi mediante le categorie di speakers*, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale (2015).

politicians²⁰³. Contrarily, Dutch courts resort to hate-speech prosecutions, especially against mainstream and minor politicians, since the implementation of the bans, and in line with the ECtHR orientation²⁰⁴. Moreover, proper methods of interpretation and argumentative steps governing the judicial reasoning are established. This increments the certainty in predetermining the processes used to decide cases. Accordingly, Dutch hate-speech legislation holds a higher continuity and stability of application over time, compared to the Italian counterpart. Considering their superior certainty, Dutch bans are less probable to be modified, reformed or abrogated in future.

5. Conclusion

Several reasons made the Italian hate-speech ban less certain in its application compared to the Dutch counterpart. Initially, the Italian post-WWII evolution guaranteed to freedom of expression a primary role in the legal landscape. This opened to the likelihood that each limitation to this right would produce serious Constitutional questions of legitimacy, irrespective of the necessity to restrict certain expressions internationally recognized as deleterious both for the peaceful stability of societies and the respect for rights of victims. Being the Italian legal system based on the idea that an almost complete freedom of debate could never damage democracy, the adoption of criminal law norms to restrict it already rests on an unstable basis. Contrarily, the Dutch system never objected that society is in need of protection from utterances which, if not immediately and indiscriminately curbed, may flow into worse and more dangerous breaches of fundamental rights. This created a more concrete and steady root for the implementation of norms criminalizing hate-speech.

²⁰³ *ibid.*

²⁰⁴ European Court of Human Rights, *Affaire Feret v Belgium*, n° 15615/07.

Regarding the legal value protected by the hate-speech criminalization, the human dignity is implicitly derived from Article 3 IC and balanced with the explicitly recognized freedom of expression, to create implicit limitations applied to the latter. Moreover, human dignity gained judicial relevance only with the adoption of *Legge Mancino* in 1993. Additionally, the principles of non-discrimination and equality were never defined by specific legislations. Conversely, these two principles are codified in the DC. Furthermore, human dignity holds a more important role within both the political and legal Dutch scene. Consequently, the Dutch hate-speech criminalization was constructed over clearer and more certain legal sources, favouring the work of judges in applying hate-speech bans, compared to the more difficult issues of legality faced by Italian courts in parallel cases. Concerning the bans, the Italian norms envisage a lesser precision in the formulation and a more restricted scope of application. Particularly regarding the list of discriminatory grounds and the 2006 terminological substitutions, the latter being also against international obligations.

Moreover, the separate Dutch group defamation offence guarantees that cases of collective discrimination within the Netherlands will have chances of being prosecuted, compared to the low chance in Italy. Also, the contextual interpretation made by Dutch courts display higher certainty as it allows for predetermined fixed steps to assess the offence in concrete cases. About the application of these norms, the Italian jurisprudence developed two substantially different interpretations of *Legge Mancino*. The first version gave greater importance to the concrete and immediate danger posed by utterances in creating further illicit conducts against the victims of these expressions, and to the specific intention of the perpetrator to reach this purpose. Only recently, the approach was definitely switched to the second interpretation, meaning the recognition that hateful and racist messages always create, in any case, a threat for the intrinsic value of persons, and thus necessitate to be punished irrespective of the actual danger they may determine.

Yet, this shift of approach is not regulated by legislations, nor by official directives, not ensuring possible future changes of course and thus incrementing the uncertainty in the matter. Comparatively, the Dutch interpretation of these bans always followed a more linear and consistent line, constantly protecting the human dignity of persons. Moreover, Italy does not have satisfactory explanations for the substantial impunity reserved to discriminatory expressions made by politicians. Instead, the Dutch bans are frequently applied to punish utterances made by politicians. Overall, the legal certainty of the Italian system criminalizing hate-speech is less certain in its outcomes for three reasons: The unstable Constitutional basis on which is construed, the formulation of the actual ban and its possibly ambivalent interpretation.

References

Italy

Primary Sources

Legislation

Codice Penale <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/>.

Costituzione della Repubblica Italiana, 1 January 1948
https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione_inglese.pdf.

Disegno di Legge, 15 March 2013, n° 245.

Gazzetta Ufficiale, 26 Giugno 1993, n° 148.

Legge 13 Ottobre 1975, n° 654.

Legge 25 Giugno 1993, n° 205, Legge Mancino.

Legge 24 Febbraio 2006, n° 85.

Case Law

Corte Costituzionale, Sent. 168/1971, 8 July 1971.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 19378/05, 20 May 2005.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 44295/05, *Paoletich*, 17 November 2005.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 9381/06, *Gregorat*, 20 January 2006.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 8475/06, 22 February 2006.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 37609/06, 11 July 2006.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 13234/08, 13 February 2008

Corte di Cassazione, Sez. Pen. III, Sent. 37581/08, 7 May 2008.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 38217/08, 12 June 2008.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 38591/09, 23 September 2009.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 38597/09, 9 July 2009.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. IV, Sent. 41819/09, 10 July 2009.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 49694/09, 29 October 2009.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 11590/10, 28 January 2010.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. II, Sent. 28682/10, 9 July 2010.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 563/11, 19 October 2011.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 30525/13, 4 February 2013.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 25870/13, 15 May 2013.

Corte di Cassazione, Sez. Pen. V, Sent. 36906/15, 14 September 2015.

Secondary Sources

Articles

Caruso C., *Dignità degli “altri” e spazi di libertà sugli “intolleranti.” Una rilettura dell’art. 21 Cost.*, Quaderni Costituzionali (2013).

De Francesco G., *Commento all’art. 1 del D.L. 26/4/93 n.122, come modif. dalla l. 25/6/1993 n. 205*, Legislazione Penale (1994).

Fabbi A., *Ordine pubblico e azione giurisdizionale. Il modello di ordine pubblico proposto in sede giurisdizionale anche a proposito delle modalità di esercizio della libertà religiosa*, Stato, Chiese e pluralismo confessionale (2016).

- Fiorino E., *Brevi considerazioni sul reato di incitamento a commettere violenza per motivi razziali*, Cassazione Penale Vol 3 (1999).
- Monti M., *Libertà di espressione e hate speech razzista: un'analisi mediante le categorie di speakers*, Università degli studi di Cassino e del Lazio Meridionale (2015).
- Pelissero M., *Osservazioni critiche sulla legge in tema di reati di opinion: occasioni mancate e incoerenze sistematiche*, Diritto Penale e Processo Vol 3 (2006).
- Picotti L., *Diffusione di idee "razziste" ed incitamento a commettere atti di discriminazione razziale*, Giurisprudenza di Merito Vol 9 (2006).
- Pino G., *Teoria e pratica del bilanciamento: tra libertà di manifestazione del pensiero e tutela dell'identità personale*, Danno e Responsabilità Vol 6 (2003).
- Salazar C., *I "destini incrociati" della libertà di espressione e della libertà di religione: confini e sinergie attraverso il prisma del principio di laicità*, Quaderni di diritto e politica ecclesiastica (2008).
- Tanzarella P., *Racial hate speech. The legislative and jurisprudential stages of a questionably constitutionally protected offense*, Law, Immigration and Citizenship Vol 12 Issue 4 (2010).
- Vigevani G.E., *Origine e attualità del dibattito sulla XII disposizione finale della Costituzione: i limiti della tutela della democrazia*, Rivista di diritto dei media (2019).

Books

- Angelini F., *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea. I principi fondamentali nelle relazioni interordinamentali* (Padova, 2nd edn, Cedam 2007).
- Berteza S., *Certezza del diritto e argomentazione giuridica* (Catanzaro, 1st edn, Rubbettino Editore 2002).
- Bin R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale* (Macerata, 2nd edn, Giuffrè 1992).
- Caretti P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali* (Torino, 2nd edn, Giappichelli 2002).
- Celano B., *Giustizia procedurale pura e teoria del diritto* (Milano, 2nd edn, Giuffrè 2002).
- Cerri A., *Ordine pubblico. II) Diritto Costituzionale* (Roma, 2nd edn, Treccani 1990).

- Citterio C., *Discriminazione razziale: figure di reato e oscillazioni del rigore punitivo nel tempo* (Padova, 1st edn, Cedam 2007).
- De Giorgi A., *Zero tolleranza. Strategia e pratiche della società di controllo* (Roma, 1st edn, Deriveapprodi 2000).
- Guastini R., *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale* (Torino, 1st edn, Giappichelli 2002).
- Pace A., *Problematica delle libertà costituzionali, Parte generale* (Padova, 2nd edn, Cedam 1990).
- Riondato S., *Discriminazione razziale, xenofobia, odio religioso. Diritti fondamentali e tutela penale* (Padova, 1st edn, Cedam 2007).
- Scaffardi L., *Oltre i Confini della Libertà di Espressione – L’istigazione all’Odio Razziale* (Padova, 1st edn, Cedam 2009).

Others

- Article 19, *Italy: Responding to ‘Hate Speech’ – Country Report* (London, Free Word Center 2018) https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/Italy-Responding-to-‘hate-speech’_3.4.pdf accessed on 20 January 2019.
- Bremmer I., *These 5 Countries Show how the European Far-Right is Growing in Power* (*Time*, 13 September 2018) <http://time.com/5395444/europe-far-right-italy-salvini-sweden-france-germany/> accessed on 17 January 2011.
- Cerri A., *Ragionevolezza delle leggi* (Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani 1994) <http://archivio.rivistaaic.it/zcv/a-i/CERRI.pdf> accessed on 17 April 2019.
- Di Tullio A., *Brevi considerazioni sull’art. 3, comma I, del decreto legge, 26 aprile 1993, n. 122* (*Diritto.it*, 3 October 2017) <https://www.diritto.it/brevi-considerazioni-sull-art-3-comma-i-del-decreto-legge-26-aprile-1993-n-122/> accessed on 20 January 2019.
- F Q, *Razzismo, Fontana: ‘Abrogiamo la legge Mancino. Di Maio: ‘Non è nel contratto’ Conte: ‘Strumento sacrosanto contro odio’* (*ilFattoQuotidiano*, 3 August 2018) <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/08/03/razzismo-fontana-abrogiamo-la-legge-mancino-di-maio-non-e-nel-contratto-conte-strumento-sacrosanto-contro-odio/4535581/> accessed on 17 January 2019.
- Goisis L., *Omofobia e diritto penale: profili comparatistici* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2010) <https://www.penalecontemporaneo.it/d/1870-omofobia-e-diritto-penale-profil-comparatistici> accessed on 17 May 2019.
- Volpe L., *Fare manifesti e petizioni per mandare via i Rom è reato: reclusione fino a un anno e sei mesi* (Trani, Informazione Giuridica 2016)

<https://www.lucavolpe.it/informazione-giuridica-trani/fare-manifesti-e-petizioni-per-mandare-via-i-rom-e-reato-reclusione-fino-a-un-anno-e-sei-mesi.html> accessed on 20 May 2019.

Manetti M., *L'incitamento all'odio razziale – Tra realizzazione dell'eguaglianza e difesa dello Stato* (Siena, Archivio Rivista Aic 2012) http://archivio.rivistaaic.it/materiali/anticipazioni/odio_razziale/odio_razziale_manetti.pdf accessed on 17 April 2019.

Messina M., *Titolo in prima pagina su Libero “Bastardi islamici”: Belpietro assolto a Milano* (LaStampa, 2017) <https://www.lastampa.it/cronaca/2017/12/18/news/titolo-in-prima-pagina-su-libero-bastardi-islamici-belpietro-assolto-a-milano-1.34084729/> accessed on 6 June 2024.

Munafò M. and Sironi F., *L'Italia è un Paese fondato sull'insulto: da noi il dibattito online più violento d'Europa* (L'Espresso, 29 May 2018) http://espresso.repubblica.it/inchieste/2018/05/25/news/l-italia-e-fondata-sull-insulto-1.322945?refresh_ce accessed on 17 May 2019.

Pavich G. and Bonomi A., *Reati in Tema di Discriminazione: il Punto sull'Evoluzione Normativa Recente, sui Principi e valori in Gioco, sulle Prospettive Legislative e sulla Possibilità di Interpretare in senso Conforme a Costituzione la Normativa Vigente* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2014) https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1412690237PAVICH-BONOMI_2014.pdf accessed on 20 January 2019.

Redazione Politica La Repubblica, *Il Consiglio d'Europa attacca L'Italia: “I politici incitano all'odio”* (laRepubblica, 24 January 2019) https://www.repubblica.it/politica/2019/01/24/news/consiglio_europa_politici_italiani_odio-217395763/ accessed on 24 January 2019.

Pugiotto A., *Le Parole sono Pietre? I Discorsi di Odio e la Libertà di Espressione nel Diritto Costituzionale* (Milan, Diritto Penale Contemporaneo 2013) <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/1378823427PUGIOTTO%202013.pdf> accessed on 21 January 2019.

Redazione Giurisprudenza Penale, *Le direttive della Procura di Torino sul contrasto dei reati motivati da ragioni di odio e discriminazione etnico-religiosa e sulla trattazione degli affari dell'immigrazione nel rispetto dei diritti fondamentali delle persone* (Milano, Giurisprudenza Penale 2018) <http://www.giurisprudenzapenale.com/2018/07/11/direttive-procura-torino-reati-odio-discriminazione-etnico-religiosa-trattazione-immigrazione/> accessed on 1 July 2019.

Redazione Trieste, *L'Italia ormai assuefatta, cala l'allarme hate speech e fake news* (ANSA, 7 June 2018) http://www.ansa.it/canale_lifestyle/notizie/societa_diritti/2018/06/07/italia

-assuefatta-no-allarme-hate-speech_ef741ffe-4416-4c2c-84d1-3f3f1287f59b.html.

Rescigno P., *I diritti della personalità e la loro rilevanza costituzionale* (Roma, Enciclopedia Giuridica Treccani 1994) <https://www.altalex.com/documents/altalexpedia/2018/02/28/diritti-della-personalita> accessed on 18 April 2019.

Senaldi P., *Aumentano i gay: Libero massacrato per aver detto la verità* (Libero, 24 January 2019) <https://www.liberoquotidiano.it/news/italia/13422545/libero-gay-massacrato-verita-pietro-senaldi-editoriale-replica-24-gennaio.html> accessed on 24 January 2019).

Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, *Observations on the Nineteenth to twentieth Periodic Reports of Italy to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination (CERD/C/ITA/19-20)* (Rome, 2016) <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2016/12/CERD-UFTDU-Alternative-report-2016-Nineteen-to-Twentieth-Italian-periodic-reports.pdf> accessed on 20 January 2019.

Unione Forense per la Tutela dei Diritti Umani, *Observations Submitted to the Committee on the Elimination of Racial Discrimination for the Thematic Discussion on “Racist Hate Speech”* (Rome, 2012) <https://www.unionedirittiumani.it/wp-content/uploads/2012/07/Information-paper-on-racist-hate-speech-Italian-network-on-racial-discrimination.pdf> accessed on 20 January 2019.

The Netherlands

Primary Sources

Legislation

Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden, 1 January 1984 https://www.denederlandsegrondwet.nl/9353000/1/j4nvih7l3kb91rw_j9vvkl1oucfq6v2/vkwrfdbpvatz/f=/web_119406_grondwet_koninkrijk_nl.pdf.

Handelingen II, 28 March 1990.

Kamerstukken II, 1982-83, n° 16102/20-21.

Kamerstukken II, 1987-88, n° 20239/3.

Kamerstukken II, 1988-89, n° 20239/5.

Kamerstukken II, 1988-89, n° 20239/8.

Kamerstukken II, 1989-90, n° 20239/23.

Kamerstukken I, 1990-91, n° 20239/76a.

Kamersukken I, 1990-91, n° 20239/76c.

Tijdelijke Wetenschappelijke Commissie Minderhedenbeleid 1996 Wetboek van Strafrecht, 3 March 1881 <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2019-04-01>.

Case Law

Gerechtshof Amsterdam, LJN BO/0041, 11 October 2010.

Hoge Raad, NJ 1978/664, 14 March 1978.

Hoge Raad, NJ 1990/29, 14 March 1989.

Hoge Raad, NJ 1996/527, 16 April 1996.

Hoge Raad, NJ 1999/634, 18 May 1999.

Hoge Raad, NJ 2003/334, 15 April 2003.

Hoge Raad, NJ 2010/19, 10 March 2009.

Hoge Raad, NJ 2011/115, 23 November 2010.

Rechtbank Den Haag, NJFS/2017, 9 December 2016.

Rechtbank Utrecht, LJN/BM/8138, 26 April 2010.

Secondary Sources

Articles

De Poorter J C A, *Constitutional Review in the Netherlands: A Joint Responsibility*, Utrecht Law Review Vol 9 Issue 2 (2013).

Efthymiou N and de Wit J, *The Role of Dutch Courts in the Protection of Fundamental Rights*, Utrecht Law Review, Vol 9 Issue 2 (2013).

Jansen B, *Dworkin's Rights Conception of the Rule of Law in Criminal Law*, Netherlands Journal of Legal Philosophy Vol 2 (2017).

Loof J, *Human Dignity in the Netherlands*, Handbook of Human Dignity in Europe (2017).

Nieuwenhuis A and Janssen E, *De onduidelijke verhouding tussen vrijheid van meningsuiting en discriminatie: een analyse van de groepsbelediging en het haatzaaien*, Mediaforum Vol 23 Issue 4 (2011).

Van Noorloos M, *The politicisation of Hate Speech Bans in the Twenty-first-century Netherlands: Law in a Changing Context*, *Journal of Ethnic and Migration Studies* Vol 40 Issue 2 (2014).

Books

Brants C., Kool R and Ringnalda A, *Strafbare discriminatie* (Den Haag, 1st edn, Boom Juridische uitgevers 2007).

Dankers G. and Velleman P., *Handboek discriminatie 2006* (Amsterdam, 1st edn, LECD 2006).

De Meij J.M., *Uitingsvrijheid: de vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief* (Amsterdam, 3rd edn, Cramwinckel 2000).

Diemer E., *Vrijheid van drukpers. Eenige opmerkingen over haar staatsrechtelijke regeling, voornamelijk in Nederland* (Rotterdam, 1st edn, Libertas Drukkerijen 1937).

Eyerman R., *The Assassination of Theo van Gogh: From Social Drama to Cultural Trauma* (Durham, 1st edn, Duke University Press 2008).

Janssens A. and Nieuwenhuis A., *Uitingsdelicten* (Deventer, 1st edn, Kluwer 2005).

Loenen M. and Goldschmidt J., *Religious pluralism and human rights in Europe: Where to draw the line?* (Oxford, 1st edn, Intersentia 2007).

Maussen M. and Grillo R., *Regulation of Speech in Multicultural Societies* (London, 1st edn, Routledge 2017).

Moerings M., *Hoe punitief is Nederland?* (Arnhem, 1st edn, Gouda Quint 1994).

Rosier T., *Vrijheid van meningsuiting en discriminatie in Nederland en Amerika* (Nijmegen, 2nd edn, Ars Aequi Libri 1997).

Van Bemmelen J., *Ons strafrecht deel III: Het materiele strafrecht – Bijzondere delicten* (Alphen aan den Rijn, 8th edn, Tjeenk Willink 1990).

Van Stokkom B. and Sackers H., *Godslastering, discriminerende uitingen wegens godsdienst en haatuitingen* (Den Haag, 1st edn, WODC 2006).

Vranken J.B.M., *Vertrouwensbeginsel en Rechtszekerheid in Nederland* (Deventer, 1st edn, W. E. J. Tjeenk Willink 1997).

Others

Dierx J. and Rodrigues P., *The Dutch Equal Treatment Act in Theory and Practice* (Brussels, European Roma Rights Centre 2003) <http://www.errc.org/roma->

rights-journal/the-dutch-equal-treatment-act-in-theory-and-practice accessed on 26 June 2019.

Herrenberg T., *Group defamation and incitement in the Netherlands: The conviction of Geert Wilders* (Leiden, Leiden University Press 2016) <http://cjel.law.columbia.edu/preliminary-reference/2017/group-defamation-and-incitement-in-the-netherlands-the-conviction-of-geert-wilders/> accessed on 17 January 2019.

Pieters J., *Dutch MPs Vote to Keep Ban on Hate Speech* (*NlTimes.NL*, 16 December 2016) <https://nltimes.nl/2016/12/16/dutch-mps-vote-keep-ban-hate-speech> accessed on 17 January 2019.

Snijders H. and Wood R., *The Criminalization of Hate Speech in the Netherlands* (*Humanity in Action*) <https://www.humanityinaction.org/knowledgebase/294-the-criminalization-of-hate-speech-in-the-netherlands> accessed on 17 January 2019.

Additional references

Primary Sources

Legislation

European Convention of Human Rights, Rome, 4 November 1950

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/cerd.aspx>.

Case Law

European Court of Human Rights, *Affaire Feret v Belgium*, n° 15615/07.

Soft Law

Committee of Ministers of the Council of Europe, Recommendation 97(20) on “*hate Speech*”, 30 October 1997.

Secondary Sources

Articles

- Aleinikoff A., *Constitutional Law in the Age of Balancing*, Yale Law Journal Vol 95 Issue 1 (1987).
- Berteau S., *Towards a New Paradigm of Legal Certainty*, Legisprudence Vol 2 (2008).
- Bleich E., *The Rise of Hate Speech and Hate Crimes in Liberal Democracies*, Journal of Ethnic and Migration Studies Vol 37 Issue 6 (2011).
- Capocchia G., *Defending democracy: Reactions to political extremism in inter-war Europe*, European Journal of Political Research Vol 39 Issue 4 (2001).
- Georgiadou V., *Mapping the European far right in the 21st century: A meso-level analysis*, Electoral Studies Vol 54 (2018).
- Groussot X. and Minssen T., *Res Judicata in the Court of Justice Case-Law: Balancing Legal Certainty with Legality*, European Constitutional Law Review Vol 3 Issue 3 (2007).
- Khan R.A., *Why do Europeans Ban Hate Speech? A Debate between Karl Loewenstein and Robert Post*, Hofstra Law Review Vol 41 (2013).
- Raban O., *The Fallacy of Legal Certainty: Why Vague Legal Standards may be Better for Capitalism and Liberalism*, Public Interest Law Journal Vol 19 (2010).
- Raitio J., *'What is meant by Legal Certainty and Uncertainty'* Rechtstheorie Vol 37 (2006).

Books

- Aarnio A., *Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics* (Aldershot, 1st edn, Ashgate 1997).
- Ferrajoli L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma, 1st edn, Laterza 1989).
- Habermas J., *Between Facts and Norms* (Cambridge, 1st edn, Polity 1992).
- Peczenik A., *On Law and Reason* (London, 1st edn, Kluwer Academic Publishers 1989).
- Weber A., *Manual on Hate Speech* (Strasbourg, 1st edn, Council of Europe Publishing 2009).

Others

Coohill J., *I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it* (Professor Buzzkill, 27 March 2017) <http://professorbuzzkill.com/voltaire-defend-to-the-death/> accessed on 17 January 2019.

ECHR, *Chart of signatures and ratifications to Treaty 005* (Strasbourg, Council of Europe Portal 2019) https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/005/signatures?p_auth=NYcgaIEA accessed on 17 January.

Gender-based violence and law in action

di Enrico Damiani di Vergada Franzetti*

Summary: 1. Gender violence, criminal law and social roles connected to legal action: the scarcity of resources. 2. The extended legal effectiveness of criminal law on gender violence: primary dispute and secondary dispute. 3. Gender-based violence and multiplication of conflicts: between uncertainty and increase in complexity.

Abstract: The legal field or the legal subsystem, understood as an aggregation between individuals and a coordinated set of relationships, actions or communications, is characterized by a certain degree of stability: the reference to the structuring of the relationships of the legal system in terms of stability does not necessarily imply a position predetermined regarding the degree of cooperation or conflict of the legal actors. The condition of sociable unsociability of man induces legal actors to relate in a conflictual and/or cooperative manner depending on the conditions and needs of the context in which they operate, the characteristics of the law, the interests and objectives pursued, all aspects capable of have a profound impact on the phenomenon of gender-based violence in terms of not only providing the necessary remedies to resolve it, but also to prevent it from worsening further.

Keywords: gender-based violence, law, legal professional roles, legal system, legal field, impact, legal effectiveness, criminology, sociology of deviance.

* Professore associato di Sociologia giuridica presso l'Università degli Studi di Enna "Kore".

1. Gender violence, criminal law and social roles connected to legal action: the scarcity of resources

The legal field or the legal subsystem, understood as an aggregation between individuals and a coordinated set of relationships, actions or communications ¹, is characterized by a certain degree of stability: the reference to the structuring of the relationships of the legal system in terms of stability does not necessarily imply a predetermined position regarding the degree of cooperation or conflict of the legal actors ². The condition of sociable unsociability of man ³ induces the legal actors to relate in a conflictual and/or cooperative manner depending on the conditions and needs of the context in which they operate, of the characteristics of the law, of the interests and objectives pursued.

There is no doubt that among the variables that most influence the collaborative and/or conflictual strategies of legal actors, there is the scarcity of resources and their unequal distribution in the legal field ⁴: although the legal system is formally driven and attracted by the interest and the ultimate goal of doing justice, the legal system does not appear foreign to the theme of the protection, appropriation, use and disposal of scarce resources by of those who operate internally and/or externally,

¹ Bourdieu, P., 1986, *La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique*, "Actes de la Recherche en Sciences Sociales", 64, pp.3-19; Ferrari, V., 1997, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 41; Crespi, F., 2002, *Introduzione alla sociologia*, Bologna: Il Mulino, pp. 37ss; Gallino, L., *Dizionario di sociologia*, Torino, Utet, 2006.

² Bilotta, B., 1999, (a cura di), *La giustizia Alternativa*, Torino: Giappichelli; Bilotta, B., 2008, (a cura di), *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano: Giuffrè; Bilotta, B., 2013, *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa in V. Tomeo, Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di B.M. Bilotta, Soveria Mannelli: Rubettino; Bilotta, B., 2014, (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Milano: Giuffrè.

³ Kant, I., *Per la pace perpetua*, a cura di N. Merker, introduzione di N. Bobbio, Roma, Editori Riuniti 1996 (ed. or., 1995, *Zum ewigen Frieden* (1975), hrsg. O. Hoffe: Berlin, Akademie).

⁴ Ferrari, V., 2010, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.

within directly or indirectly related systems ⁵.

The issue of resource scarcity is an aspect that concerns all sectors of society, including the legal one: deprivation (scarcity) is felt not only when an essential good for everyone is missing, but also when a good which, although not essential, constitutes a prerogative of some subjects only of the legal community and not of others ⁶.

The theme of limited resources concerns law in general and the specific sectors into which it is divided, including criminal law: both (law and rights) understood and to be understood as a modality of social action, such as communicative action through the rules ⁷. The law and specifically the criminal law govern and regulate actions aimed at the satisfaction of expectations and expectations aimed not only at the apprehension, use and disposal of scarce resources, but also at their protection: these are both material goods usable up to when the necessary resources exist (food, medicines, etc.), and of positional ⁸ and intangible goods whose evaluation and value depends on their relative rarity, scarcity and unequal distribution.

⁵ Dahrendorf, R., 1966, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, trad. di P. Massimi, Roma: Armando (ed. or., 1964, *Homo sociologicus. Ein Versuch zur geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, Koln n. Opladen: Westdeutscher Verlag); Dahrendorf, R., 1970, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari: Laterza (ed. or., [1957] 1959, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, London: Routledge & Kegan Paul); Dahrendorf, R., 1981, *La società che cambia*, trad. di P. Micchia, Roma-Bari: laterza (ed. or., 1979, *Lebenschancen. Anlaufe zur sozialen und politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp); Collins, R., 1975, *Conflict Sociology: Toward an Explanatory Science*, New York: Academic Press..

⁶ Galbraith, J.K., 1965, *La società opulenta*, trad. di G. Badiali, S. Cotta e G. Maranini, Milano: Comunità (ed. or., 1958, *The Affluent Society*, Boston: Houghton Mifflin); Runciman W.G., 1972, *Ineguaglianza e coscienza sociale. L'idea di giustizia nelle classi lavoratrici*, a cura di A. Pichierri, Torino: Einaudi (ed. or. 1966, *Relative deprivation and social Justice: A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth Century Britain*, London: Routledge and Kegan Paul).

⁷ Ferrari, V., 2010, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza; Ghezzi, M.L., 1996, *Diversità e pluralismo. La sociologia del diritto penale nello studio di diversità e criminalità*, Milano: R. Cortina.

⁸ Hirsh F., 1981, *I limiti sociali allo sviluppo*, a cura di A. Martinelli, trad. di L. Aleotti, Milano: Bompiani (ed. or., 1976, *Social Limits to Growth*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press).

From this perspective, law in general and criminal law specifically constitute a system of allocation (distribution) of scarce resources ⁹, as all or almost all goods, material, immaterial and positional to which legal and social actors aspire, often constitute the object of a legal regulation: the more rigorous, the rarer, scarcer and/or irreplaceable the resources governed by the rules are ¹⁰. Regarding to the phenomenon of gender-based violence, consider the good of life, psycho-physical integrity, sexual freedom, self-determination and independence, the personal freedom of women, just to mention some of the goods protected by law which are often stolen to women against their will. Goods and resources that are governed and regulated by both substantive criminal laws (criminal and civil law) and procedural laws (criminal procedural and civil procedural law): think for example of the provision of the crime of murder (Murder art. 575 of the criminal code), of stalking and related crimes (Violation of family assistance obligations art. 570 c.p., Mistreatment in the family art. 572 c.p., Personal injuries art. 582 of the criminal code, Beating art. 581 of the criminal code, Insult 594 of the criminal code, Defamation 596 of the criminal code, Private violence 610 of the criminal code, Threat 612 of the criminal code, Persecutory acts art. 612bis of the criminal code, 612ter Illegal diffusion of sexually explicit images or videos, Harassment 660 of the criminal code), of sexual violence (Sexual violence 609bis of the criminal code, Group sexual violence art. 609Octies); think of the introduction of aggravating circumstances leading to an increase in punishment, of arrest in flagrant crime, of the applicability of quicker alternative procedural rites (Direct Rite art. 449 c.p.p., Abbreviated procedure art. 438 c.p.p., Plea Bargain art. 444 c.p.p., Immediate Judgement art. 453 c.p.p., etc.), of the introduction of new

⁹ Friedman, L.M., [1975] 1978, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Il Mulino: Bologna (ed or. 1975, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation), pp.62 ss; Ferrari, V., 1991, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza; Febbraio, A., 2009, *Sociologia del diritto*, Bologna: Il Mulino.

¹⁰ Ferrari, V., 2004, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza, p.6.

precautionary measures (Prohibition of approaching places frequented by the offended person art.282 ter c.p.p.) or to the confirmation of the old ones (Obligation to report to the judicial police art.282 c.p.p., Removal from the family home art. 282bis, Prohibition and obligation to stay art.283 c.p.c.); think again of the introduction of new administrative procedures (Warning from the Police Commissioner), of the possibility of proposing an action for compensation for material and immaterial damage (Non-pecuniary damages art. 2059 of the Civil Code), of the delineation of the case of mobbing in the civil and to related crimes (Compensation for illicit acts art. 2043 c.c., Employer obligations art. 2087 c.c., Incitement to suicide art. 580 of the criminal code, Injury art. 594 of the criminal code (crime repealed but capable of determining compensatory effects), Defamation art. 595 of the criminal code, Abuse of office art. 323 of the criminal code), etc. ¹¹.

The variable relating to the scarcity of resources has a profound impact on the phenomenon of gender-based violence or on the theme of social deviance, because if criminal law regulates the conflict between social actors regarding the protection and apprehension, use and disposal of scarce goods (such as health, psycho-physical integrity, sexual freedom, personal freedom, self-determination and independence, etc.), then there is no doubt that the subjects who hold the power to regulate through the law criminal access to these resources can not only define them as scarce in absolute or relative terms, but can even stigmatize as deviant the social actors who, possibly excluded, intend to act to protect, appropriate, use and dispose of them.

¹¹ Malizia, N., 2007. *Criminologia ed elementi di criminalistica.*, Roma: Carlo Amore; Malizia, N., 2012. *Crimini ed emergenze sociali. Autori e vittime*, Palermo: Casa Editrice Krea.

2. The extended legal effectiveness of criminal law on gender violence: primary dispute and secondary dispute

These are aspects which appear rather evident when referring to the theme of gender-based violence in relation to goods governed and regulated by criminal law, to the stigmatization of social actors as deviants in the context of the "primary dispute" which pits the victim of the crime against and the accused within the civil and criminal judicial process; then they should not appear less explicit if they refer to the "secondary dispute" which involves and contrasts the social roles connected to legal action in the context of the communicative conflict concerning the facts and the rules with which the facts are described and legally treated, in the context both of the civil and criminal judicial (communicative) process regarding gender-based violence, and of communication processes relating to fields (systems) directly and/or indirectly connected to the legal one. A "secondary dispute" which pits socio-legal actors both within the jurisdictional process and outside it, in the context of communicative processes in which once again criminal law becomes a modality of social action and the legal action is a communicative action through criminal (and civil) law, for the protection, use, appropriation and disposal of resources of a different type than those that are at stake in the primary dispute.

The variable relating to the scarcity of resources has a profound impact on the social roles connected to legal action, because if criminal (civil) law regulates the conflict between social actors regarding the protection, apprehension, use and disposal of scarce resources between victim of the crime and accused, then the conflict for the conquest of these resources also and above all takes place on a "staggered plan". A plan referable to the "secondary dispute" which involves and contrasts the social roles connected to legal action in the context of a communicative conflict which sees the actors of the jurisdictional process (civil and criminal) opposed to each other, but not only when reflecting on the information and communication

media; a secondary dispute that takes place for the protection, apprehension, use and disposal of scarce goods and resources which are not the subject of direct discipline and regulation of criminal and civil laws regarding crimes of gender-based violence, but which they are directly and/or indirectly linked or connected to these. It is a conflict, a secondary dispute, one that affects and concerns the social roles connected to legal action, which uses the rules, criminal law in the context of a communicative interaction which has the characteristics of a struggle for choice and affirmation of the meanings attributable to the facts and the (criminal) rules with which the facts are described and legally treated: meanings that each legal actor believes they must attribute in light of the purposes and interests concretely pursued, therefore of the resources he intends protect, learn, use and dispose both in person in light of the role played, and in relation to the party, the accused and/or the victim of the crime, who protects within the jurisdictional process.

There is no doubt that we can speak of a real "secondary dispute" that takes place and is consumed between the social roles connected to legal action for the protection, research, apprehension, use and disposal of scarce and unequally distributed resources within the legal system. The theme of scarcity and unequal distribution of resources in the legal field, as mentioned, concerns all sectors of society, including the legal one although in completely different terms from those usually considered in criminal proceedings, because deprivation is felt not only when an essential good for all social actors is missing, but also and above all when an asset is missing which, despite not being essential, can constitute or in fact constitutes a prerogative of only some of the subjects who operate in a specific community or legal context and not of others ¹². From this perspective, it

¹² Galbraith, J.K., 1965, *La società opulenta*, trad. di G. Badiali, S. Cotta e G. Maranini, Milano: Comunità (ed. or., 1958, *The Affluent Society*, Boston: Houghton Mifflin); Runciman W.G., 1972, *Ineguaglianza e coscienza sociale. L'idea di giustizia nelle classi lavoratrici*, a cura di A. Pichierri, Torino: Einaudi (ed. or. 1966, *Relative deprivation and social Justice: A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth Century Britain*,

certainly appears useful to identify and describe the assets and scarce resources for which the conflict between the social roles connected to the legal action takes place within the "secondary dispute": these assets and resources may consist of greater professional visibility, in the acquisition of a better organizational position, in the improvement of one's economic position, in the acquisition of a greater degree of autonomy, independence, authoritativeness, authority and power, in the capacity for self-determination, legitimation and legitimacy, etc...

If law is a mode of social action and the social roles connected to legal action act communicatively through criminal law, they have the power to regulate access to these resources in a mediated way, being able to define them not only as scarce in absolute or relative terms, but even to stigmatize as deviant (losers) the social actors (roles) connected to legal action who, excluded, will in turn try to retroact communicatively through criminal law to reappropriate, use and dispose of their resources subtracted: this of course can take place both in the context of the primary dispute which pits the victim of the crime and the accused in the context of the judicial process, as well as in the secondary or mediated dispute which sees the professional roles connected to legal action in the context of trials pitted against each other communications that take place in systems directly and/or indirectly connected or linked to the legal one.

From this perspective, one cannot help but consider the fact that one cannot only refer to the legal efficacy of criminal norms and law, understood as the objective capacity of the norms to produce in fact the effects to which the norms are addressed ¹³, because reference should only be made to the intentions of whoever put that law into place and therefore the legislator; while in this case considering criminal law as a modality of social action or communicative action through criminal law implemented by a legal actor, it

London: Routledge and Kegan Paul).

¹³ Ferrari, V., 1997, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 261.

is necessary instead to consider what can be defined as “the extended legal efficacy” of criminal law, understood as the set of all the effects produced by communicative action through it and brought into being by the social roles connected to legal action within a spatially and temporally determined legal field ¹⁴: among these effects, not least in importance, those produced by the secondary or mediated dispute on the primary one must be considered and included and vice versa.

3. Gender-based violence and multiplication of conflicts: between uncertainty and increase in complexity

From a different perspective, it should be noted that in the context of the phenomenon of gender-based violence, the conflict that characterizes communicative action through criminal law, therefore the conflict for the protection, apprehension, disposal and use of scarce resources regulated by the criminal laws in a direct and mediated way, is always latent, often invisible and strictly connected to the cooperative or conflictual strategies that can be established between the procedural parties and the social roles connected to the legal action and for this reason not easily observable and detectable, if not through careful analysis and theoretical-empirical research carried out on concrete cases. The parties to a criminal proceeding, the social roles connected to the legal action, can in fact cooperate with each other to avoid the application of regulatory provisions that are disadvantageous for both and subsequently assume a position of strength in the continuation of the dispute; on the contrary, social actors and legal roles linked by a cooperative relationship can act in a conflictual manner, mutually threatening to resort to criminal justice to instead find an agreement that satisfies the relative interests and mutual purposes; and

¹⁴ Damiani di Vergada Franzetti, 2020, *Ricostruire l'efficacia giuridica. Per un modello di analisi multivariata*. Torino: L'Harmattan Italia.

again, in the context of criminal proceedings in which members of the same group as opposed to the offended party and/or the civil party are accused of the same crime, the defendants and the victims of the crime, but also the social roles connected to the action juridical can conflict with each other, adopting defensive strategies different from the interest group to which they belong, in order to obtain a reduction of the sentence or further benefits provided by law or attributable to a different interpretation of the facts and of the criminal rules with which the facts are described and legally treated on the basis of the resources that these rules regulate and regulate. From this point of view, one cannot help but notice that even the closest emotional relationships (defendant and victim of the crime) and the most close-knit professional relationships (victim of the crime and civil party) often transcend into irreconcilable conflicts, however characterized by a high degree of conflict, fought, if not through interpretations of facts and criminal laws, instrumental to the satisfaction of one's own interests and goals, to the apprehension, use and disposal of scarce resources, even with blows of mutual complaints-complaints, to the point of carrying out destructive and/or self-destructive gestures that go beyond the mark: in the case of the primary dispute, the crime of murder against the loved one is consummated, in that of the secondary dispute, the elimination metaphorical form of the opponent and/or competitor through the filing of complaints, reports and complaints, or the initiation of civil actions for compensation and/or disciplinary action.

There is no doubt that considering criminal law as a mode of social action and legal action as communicative action through law effectively means assuming full awareness of the fact that legal actors act not only and exclusively according to criminal norms, but also and above all through and/or as a function of them in relation to staggered fields of legal action: as a function of the purposes and interests that are intended to be satisfied and pursued, on the basis of a rational instrumental tactical-strategic action implemented not only by the procedural parties personally, but also and

above all by the social roles connected to legal action in both the legal and extra-legal fields.

From a different perspective, the uncertainty regarding the outcome of the dispute which sees two or more parties (accused and victim of the crime) opposed in the criminal trial and the socio-legal roles connected to them ¹⁵; the fact that the dispute may prejudice the disputants and legal operators or that the criminal trial may even damage them due to costs, excessive duration or because the decision taken may be disadvantageous for one of the disputants or for both, for the legal operators themselves ; and also the existence or otherwise of shared criminal rules as disputants and legal operators can resort to alternative legal instruments to the ordinary criminal process such as arbitration, criminal mediation, assisted negotiation, judicial or extrajudicial conciliation, where greater weight may assume the effective contractual force of each of the parties or legal operators; and also the possibility of resorting to another legal system based on international private and procedural law which allows a different regulation of the dispute based on the nationality of the parties and the condition of reciprocity; well, all these factors, listed in a summary and non-exhaustive way, represent as many aspects of criminal law on the subject of gender-based violence capable of profoundly influencing the cooperative and conflictual strategies of both the contenders and the professional roles connected to legal action, both in the primary dispute as in the secondary one.

There is no doubt that these are important aspects to take into due consideration since they are capable of influencing the phenomenon of gender-based violence in terms of the qualification as deviant (loser) of both the subject involved in the primary conflict due to the apprehension of scarce resources such as the accused and the victim of the crime of gender

¹⁵ Rawls, J., 1982, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, trad. di U. Santini, Milano: Feltrinelli (ed. or., 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.): The Belknap Press of Harvard University Press), pp.125 ss.

violence, as well as the social roles connected to the legal action involved in the secondary conflict. If criminal law guides behaviors and expectations of action, it does not necessarily mean that it directs them in a clear and convenient way for the well-being of the community, as well as of the procedural parties and the social roles connected to the legal action involved in various capacities. Criminal law in action, communicative action through and as a function of it, lends itself to tactical-strategic action oriented towards the satisfaction of goals and interests, apprehension, the use and disposal of scarce resources, which escapes both to the binary logic of lawful and illicit (Recht/Unrecht), and to that which resolves and simplifies the social complexity that should be typical of the legal system: the social actors are and constitute the legal system, and through and as a function of it they act for the pursuit of interests and goals. What can we say in this regard, but just to give an example, of the secondary victims of gender-based violence, victims who paradoxically are more often stigmatized as guilty of having facilitated the commission of the gender crime by the legal operators connected to the legal action, than not by the perpetrator himself.

From a different perspective, criminal law in action or the communicative action through it still plays a fundamental role in the conflict dynamics involving the contenders of the primary and secondary dispute, even increasing the overall degree of complexity: the conflict processes that characterize such disputes, they take place metaphorically speaking in an arena in which the mutual normative expectations (abstractly incompatible) supported by the penal rules and by the disputants meet and/or clash. An example that applies to everyone, consider the case in which the victim of a crime, claiming to have been attacked by the accused, demands punishment from the latter through the application of a criminal law and the fulfillment of an obligation compensation in one's favor; while the accused, rejecting this claim, in turn declares that he acted to defend himself from the victim of the crime by requesting punishment through the application of another criminal law (legitimate defense) and compensation for any damages

suffered.

This simple example clarifies how human relations governed by criminal law are characterized by an abstract initial condition of complexity attributable to the overabundance of normative expectations and consequently to the excess of possibilities for action compared to those concretely achievable on the basis of the law ¹⁶. If it is impossible to simultaneously satisfy the expectations of both parties and of the social roles connected to the legal action in relation to the particular legal case, it is however possible to take a selective concrete decision that sacrifices, even in part, one and/or the other expectation; but, it must be underlined, not without generating new conflicts and increasing the overall legal and social complexity. The law and specifically the criminal law in action if it is characterized by an irenic function (from greek language *eirenikós* “pacific”, characteristic of peace, from *eiréne* “peace”), resolution of conflicts, then and at the same time it carries out a conflictual one (from greek language *pólemos* “war” and from suffix *-genés* in greek language “that generates”), multiplier of clashes, on the basis of the rational-instrumental tactical-strategic action implemented by the disputants aimed at satisfying the interests and purposes pursued by them, this occurring, as we have seen, both on the basis of a different interpretation of the applied rule and of the interpretation of a different applicable rule.

But even if the simplifying logic of the selective decision which sacrifices, even in part, one and/or the other normative expectation is abstractly considered applicable, then the victim of the crime and the accused, the professional roles connected to the legal action could concretely give rise to criminal mediation or assisted criminal negotiation which could end with an out-of-court conciliation; or they could turn to a (criminal) arbitrator to get a decision; or the legal operators and the accused could also choose an alternative procedural rite (plea bargaining or abbreviated) or special one

¹⁶ Luhmann, N., 1977, *Sociologia del diritto*, a cura e trad. di A. Febbraio, Roma-Bari: Laterza (ed. or., 1972, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt), p.40.

(probation or public utility work) which allows a reduction of the sentence and the acquisition of further advantages, or the definition of the process through a *banco iudicis* offer (it means offer some money directly at the criminal hearing), in one case as in the others determining further legal effects and consequences such as the possibility for the victim of the crime or the civil party not to actively participate in the infliction of a criminal sanction deemed just and necessary or even to see the amount of the sentence imposed on the accused significantly reduced, with a consequent further request from the victim of the crime and the social roles connected to the legal action of activating a civil proceeding for compensation for the damages suffered; or the accused and the legal roles connected to the legal action could decide to appeal to the Ordinary Court to celebrate the trial according to the ordinary rite established by law; even in this case without prejudice to the right to invoke, depending on the case, non-attributability due to minor age (Under 14 years of age art. 97 of the criminal code) or due to inability of understanding and will (Capacity of understanding and will art.85 of the criminal code), or even due to mental illness (Total defect art. 88 c.p. and Partial defect art. 89 c.p., Chronic intoxication from alcohol or narcotic substances art. 95) or as we have already seen self-defense (Self-defense art. 52 c.p.), etc. (Malizia 2007; 2012); or even the victim of the crime and the social roles connected to the legal action could decide to appeal to the Ordinary Court to celebrate the ordinary trial by obtaining a favorable sentence from the criminal judge, while the accused found guilty will have to serve the sentence and pay compensation for the damage caused, in whole or in part, subsequently being able to suffer, together with the legal operators who assisted him, an action for compensation for damages in civil proceedings or a criminal action for any irregularities which occurred during or outside of the trial (Compensation for illicit act art.2043

c.c., Employer obligations art. 2087 c.c., Reckless litigation art.96 c.p.c.)¹⁷; or the accused will be acquitted and may then also suffer the victim of the crime with the legal operators who assisted him an action for compensation for damages in civil proceedings or a criminal action for irregularities committed both within the trial and outside of it (Compensation for illicit acts art. 2043 c.c., Employer obligations art. 2087 c.c., Reckless litigation art. 96 c.p.c.)¹⁸; or again the accused and the victim of the crime will reach an agreement before the Court by stipulating a judicial conciliation; or even in the case of conviction of the accused or his acquittal, we will start all over again by moving to another level of judgment or to the Court of Appeal, to the Court of Cassation, even reaching the Constitutional Court or the European Courts subsequently to the challenge of the sentence issued at each level, of judicial or extrajudicial conciliation, of the award, of mediation and negotiation; or even the accused, after having given rise to all possible appeals, judged guilty and sentenced with a sentence which has become final and irrevocable, will still not give up nor will the social roles connected to the legal action involved in the matter (Lawyer, Prosecutor General at the Court of Appeal, Court of Appeal, etc.), possibly promoting the review of the criminal trial, having new elements that exonerate or even blame the accused or the acquitted person; or finally, the application of other rules or even a different legal system will be invoked also by virtue of international private and procedural law or international criminal law or even transnational law (Italian Law number 218 of 1995).

These are aspects which concretely demonstrate the conflictual nature of law in action and of communicative action through it, multiplier of conflicts and social complexity, but do not eliminate the abstractly irenic, conflict-solving nature of law. criminal, attributable to the ability to reduce social complexity by condemning the guilty or acquitting the innocent according

¹⁷ Malizia, N., 2007. *Criminologia ed elementi di criminalistica*, Roma: Carlo Amore; Malizia, N., 2012. *Crimini ed emergenze sociali. Autori e vittime*, Palermo: Casa Editrice Krea.

¹⁸ *Ibid.*

to the binary lawful/unlawful logic. Whatever the treatment of conflicts declared by communicative action through criminal law, "the decision taken according to law" will immediately influence the qualification of the subjects involved in the dispute (defendant, victim of the crime, civil party, social roles connected to the action legal, third parties, etc.), both as deviant subjects and as subjects excluded from the power to regulate access, apprehension, use and disposal of scarce resources: effectively delegitimizing, disqualifying any contrary action, but not without producing further consequences capable of increasing social complexity. It is therefore an apparent settlement of the dispute which, by sacrificing the interests of each or both parties in conflict, will tend to stiffen and crystallize the original opposition, fomenting, generating, sharpening new and old conflicts, through the presentation of requests aimed at qualifying as the disputants conform or deviate, effectively implementing the process of exclusion of the adversary and the growth of social deviance.

From a different perspective, it is also necessary to underline how criminal law in action only partially simplifies and reduces the complexity of the dispute between contenders, because contingency and uncertainty ¹⁹ attributable to the veil of ignorance regarding the outcome of the dispute in light of the action and reaction of the disputants, the social roles connected to the legal action, the third parties involved, the media and public opinion exposes the subjects involved in the dispute to further inevitable risks ²⁰. Risks that influence both the conduct of the dispute in a way different from mutual expectations and normative expectations, as well as the uncertainty of the interaction which can grow to the point of endangering the very interests of the contenders and of all the subjects who in various capacities are involved in the procedural matter.

¹⁹ Luhmann, N., 1977, *Sociologia del diritto*, a cura e trad. di A. Febbraio, Roma-Bari: Laterza (ed. or., 1972, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt), p.40.

²⁰ Luhmann, N., 1966, *Sociologia del rischio*, trad. di G. Corsi, Milano: Bruno Mondadori (ed. or., 1991, *Sociologie des Risiko*, Berlin: de Gruyter).

From this perspective, the rational (instrumental) choice of disputants in the legal field often runs into the problem of the transition from the individual to the general level, especially when the outcome of the dispute is not certain, as it may not correspond to the predictions of the principle of the rationality of choices, nor does the action of the more rational or luckier subjects prevail: often, in fact, the result of individual actions, although rationally motivated, inexorably contradicts every expectation, expectation and normative prediction ²¹, producing overall the worst possible outcome for the litigants and legal actors involved. Consider, for example, the choice of the crime victim or the accused and the lawyer to face the ordinary trial in the presence of a weak evidentiary framework (for and/or exculpatory), with consequent conviction of the accused or the victim of the crime to a high sentence, keeping in mind what has been said in relation to the ability of the law to reduce and simplify social complexity.

If it can be assumed that individuals behave in a teleological way or with a view to achieving a goal according to a model of instrumental rationality, however, it cannot always be assumed that social actors always behave intelligently, in the sense of being able to choose achievable goals and, if so, adequate means to achieve them.

Lastly, it is necessary to underline the fact that if it is true that the qualification of a social action as deviant depends on the claim asserted, even more strongly if supported by an institutionalized penal provision, part of a legal system, which can be invoked before a judge, that is, supported by a normative expectation that one is not willing to abandon, unlike what happens with cognitive expectations which are abandoned if disappointed ²²; it is true that, and it is even more true for the victims of gender violence, that often not only is a normative expectation abandoned despite the

²¹ Ferrari, V., 1997, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza, p. 32.

²² Galtung J., 1959, *Expectations and Interaction Process*, in "Inquiry", II, pp.213-234; Luhmann, N., 1977, *Sociologia del diritto*, a cura e trad. di A. Febbraio, Roma-Bari: Laterza (ed. or., 1972, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt), pp.50 ss.

existence of a criminal law that protects them, due to the mistrust of the legal system (understood as institutions, organizations, communities, social roles connected to legal action), the risks connected to the outcome of a long and expensive criminal trial or the uncertainty relating to the reaction of the counterparty or third parties, the social roles connected to legal action involved, aspects all capable of putting at risk or even to definitively compromise the interests of the disputants and the legal roles involved; but even more true is the fact that a disappointed cognitive claim can be asserted, instrumentally invoking the application of a criminal law extraneous to the disputed case or even belonging to a different legal system, because the disputants, the social roles connected to the action juridical law does not act only and solely on the basis of and according to national criminal law, but also through and as a function of other law, not necessarily criminal and not necessarily national, which can be supranational, international and transnational (Italian Law number 218 of 1995 or European normative or even some other transnational law like for instance *Lex Mercatoria*).

Also in this case these are aspects capable of having a profound impact on the phenomenon of gender violence in terms of the delineation and adoption of the best medium and long-term action strategies that can be adopted, in terms of prevention, empowerment, action and response of the overall social system and legal sub-system to the phenomenon of gender-based violence. Because if it is true that law is a powerful argument for legitimizing and justifying action from the point of view of consensus, capable of orienting action and expectations of action; it is true that it is not always able to orient them and legitimize them in a clear and convenient way for the community, the disputants and the social roles connected to the legal action, in light of the purposes and interests pursued by each of them. If it is possible to act according to the rules, through or according to them, then it is possible to act according to other rules, different from the national legal ones and only indirectly connected to them, paradoxically being able

to act both against (criminal) law and against victims of crime and the innocent.

Riferimenti bibliografici

Bilotta B., 1999, (a cura di), *La giustizia Alternativa*, Torino: Giappichelli.

Bilotta B., 2008, (a cura di), *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano: Giuffrè.

Bilotta B., 2013, *Ripensare al diritto come struttura del conflitto. Premessa* in V. Tomeo, *Il Diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, nuova edizione a cura di B.M. Bilotta, Soveria Mannelli: Rubettino.

Bilotta B., 2014, (a cura di), *Conflitti e istanze di giustizia nelle società contemporanee*, Milano: Giuffrè.

Bourdieu P., 1986, *La force du droit. Elements pour une sociologie du champ juridique*, "Actes de la Recherche en Sciences Sociales", 64, pp.3-19.

Collins R., 1975, *Conflict Sociology: Toward an Explanatory Science*, New York: Academic Press.

Crespi F., 2002, *Introduzione alla sociologia*, Bologna: Il Mulino.

Dahrendorf R., 1966, *Homo sociologicus. Uno studio sulla storia, il significato e la critica della categoria di ruolo sociale*, trad. di P. Massimi, Roma: Armando (ed. or., 1964, *Homo sociologicus. Ein Versuch zur geschichte, Bedeutung und Kritik der Kategorie der sozialen Rolle*, Koln n. Opladen: Westdeutscher Verlag).

Dahrendorf R., 1970, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Bari: Laterza (ed. or., [1957] 1959, *Class and Class Conflict in Industrial Society*, London: Routledge & Kegan Paul).

Dahrendorf R., 1981, *La società che cambia*, trad. di P. Micchia, Roma-Bari: laterza (ed. or., 1979, *Lebenschancem. Anlaufe zur sozialen und politischen Theorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp).

Damiani di vergada Franzetti, 2020, *Ricostruire l'efficacia giuridica. Per un modello di analisi multivariata*. Torino: L'Harmattan Italia.

- Febbraio A., 2009, *Sociologia del diritto*, Bologna: Il Mulino.
- Ferrari V., 1991, *Funzioni del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Ferrari V., 1997, *Lineamenti di sociologia del diritto. Azione giuridica e sistema normativo*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Ferrari V., 2004, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Ferrari V., 2010, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari: Editori Laterza.
- Friedman L.M., [1975] 1978, *Il sistema giuridico nella prospettiva delle scienze sociali*, a cura di G. Tarello, Il Mulino: Bologna (ed. or. 1975, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York: Russel Sage Foundation);
- Galbraith J.K., 1965, *La società opulenta*, trad. di G. Badiali, S. Cotta e G. Maranini, Milano: Comunità (ed. or., 1958, *The Affluent Society*, Boston: Houghton Mifflin).
- Gallino L., *Dizionario di sociologia*, Torino, Utet, 2006.
- Galtung J., 1959, *Expectations and Interaction Process*, in "Inquiry", II.
- Ghezzi M.L., 1996, *Diversità e pluralismo. La sociologia del diritto penale nello studio di diversità e criminalità*, Milano: R. Cortina.
- Hirsh F., 1981, *I limiti sociali allo sviluppo*, a cura di A. Martinelli, trad. di L. Aleotti, Milano: Bompiani (ed. or., 1976, *Social Limits to Growth*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press).
- Luhmann N., 1966, *Sociologia del rischio*, trad. di G. Corsi, Milano: Bruno Mondatori (ed. or., 1991, *Sociologie des Risiko*, Berlin: de Gruyter).
- Luhmann N., 1977, *Sociologia del diritto*, a cura e trad. di A. Febbraio, Roma-Bari: Laterza (ed. or., 1972, *Rechtssoziologie*, Reinbek bei Hamburg: Rowohlt).
- Runciman W.G., 1972, *Ineguaglianza e coscienza sociale. L'idea di giustizia nelle classi lavoratrici*, a cura di A. Pichierri, Torino: Einaudi (ed. or. 1966, *Relative deprivation and social Justice: A Study of Attitudes to Social Inequality in Twentieth Century Britain*, London: Routledge and Kegan Paul).

On present-day wildfires: when law, society, nature, and anthropic activities combine

A multi- to inter-disciplinary analysis

di Francesco D'Amico*, Antonio Dimartino**

Summary: 1. On wildfires and natural disasters. 2. Mankind-Nature-Law: a particular triad. 3. Atmospheric composition is “Prometheic”. 4. Towards a better sociological understanding. 5. The heterogeneity of legal frameworks: the EU.

Abstract: Social sciences are constantly developing, and new challenges posed by climate change and the intricate relationship between mankind and the environment are resulting into new approaches to various socio-juridical issues. However, these approaches are challenged by phenomena showing a dual natural-anthropic origin, such as wildfires. Where to draw the line between a natural event that helped shaping landscapes and contributed to the evolution of terrestrial organisms for hundreds of millions of years, and anthropic-driven natural disasters which are all but indistinguishable from actual crimes? These questions lead to new multi- to inter-disciplinary evaluation processes meant to characterize wildfires from several

* Francesco D'Amico è dottorando di ricerca ITINERIS (Italian Integrated Environmental Research Infrastructures System) del XXXVIII Ciclo presso il Consiglio Nazionale delle Ricerche – Istituto di Scienze dell'Atmosfera e del Clima (ISAC) di Lamezia Terme, e il Dipartimento di Biologia, Ecologia e Scienze della Terra (DiBEST) dell'Università della Calabria – Rende. Le sue attività sono svolte in collaborazione con l'Agenzia nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile (ENEA). È autore dei paragrafi 3, 4, 5.

** Antonio Dimartino è cultore della materia in Filosofia del diritto presso il Dipartimento di giurisprudenza, economia e sociologia (DiGES) dell'Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro. È autore dei paragrafi 1, 2.

standpoints, each with a contribution from a specific discipline. Via one such approach, this paper demonstrates that – at least in the context of the European Union – heterogeneous laws and regulations should indeed focus more on the link between large anthropic wildfires and natural disasters. Furthermore, the effects of wildfire-related pollutants on both the climate and human health should be accounted for in rulings.

Keywords: wildfires, European law, human health, climate change.

1. On wildfires and natural disasters

The main purpose of this research paper is to evaluate the wildfire phenomenon not only in terms of its consequences on society and the environment, but also with a key focus on its socio-juridical features. This analysis involves a detailed description of the characteristics of this phenomenon in nature, plus the influence of anthropic activities on present-day wildfires and their changes over time.

Law evolves continuously around environmental issues and the scientific findings addressing these issues; therefore, the topic of public access to certain information concerning environmental threats is one that is worth discussing. The leading cause of most present-day wildfires calls for a socio-juridical analysis meant to integrate, in its framework, the new findings of environmental studies.

Federico Paolini, whose research focus is aimed at the environment from a historical perspective, remarked that:

because a coercive tool meant to modify individual behaviors which damage the environment does not exist, individuals do not feel the need to change their own negative behavior as they do not perceive the deterioration of ecological balances caused by their actions (translated from Italian).¹

¹ F. Paolini, *Firenze 1946-2005. Una storia urbana e ambientale*, FrancoAngeli, Milan 2014, p. 192.

Furthermore, as Paolini once claimed² with respect to Jared Diamond's thought on this topic, the history of mankind offers numerous examples of environmental crises caused by collective human behaviors and lifestyles in societies which have been all but unable to evaluate the impact of their actions on the environment³.

Francesco D'Amico, in the following chapters, will underline any standard individual's incapacity to measure the impact of their actions on the environment by reporting how present-day wildfires are rarely the result of natural causes, such as lightning. The phenomenon is as of today an anthropic-driven one, so laws and regulations need to account for that. In the context of social sciences, with Law being a remarkable example, the evolution of regulations and policies is often very closely tied to new scientific findings. Research papers from the field of social sciences usually address the emergency responses to natural disasters. That said, it is worth noting how in the past few years various experts from several fields have addressed the issue of environmental preservation from multiple standpoints, each accounting for their own discipline. Meetings and conferences have repeatedly taken place, though the effort behind a proper classification of these contents – normally fragmentary in nature – is considerable. The final result of these contributions is the intricate complexity of heterogeneous laws – both on a European Union level and in the context of each European country – which are often difficult to untangle and extrapolate from their original context⁴.

D'Amico will therefore underline and remark the need to address these events properly as part of the broader “natural disaster” category, and in

² Ivi, pp. 191-192.

³ Cf. J. Diamond, *Collasso. Come le società scelgono di morire o vivere*, Einaudi, Turin 2007.

⁴ G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, Prefazione al volume *Diritto Ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Giappichelli, Turin 2017, p. X.

doing so the coauthor will also offer new insights into the natural side of these phenomena.

That said, jurisprudence does offer a notable example on the socio-juridical side of the phenomenon: Ruga Riva's examination and discussion on the first legal ruling on the new definition of natural disaster, applied to a case of arson which resulted in a large wildfire. The Court of Pisa, Italy has in this case ruled that the crime of arson dually combined with that of anthropic-driven natural disaster by highlighting the effects of that fire on the ecosystem, the local landscape, the hydrogeological parameters of the area, and the local climate⁵. Rulings such as the one examined by Riva provide new insights and clues on new joint socio-juridical-environmental fields of research.

2. Mankind-Nature-Law: a particular triad

Any treatise on the relationship between mankind, nature and law as intended and evaluated in European regulations cannot refrain from reporting the impressive number of policies present in the field of environmental protection. These policies show an intrinsic complexity that deserves an analysis on its own.

Roberto Leonardi explained the evolution of these norms⁶ and, specifically, how they became a field on their own⁷, «intended as a homogeneous group of legal skills, administrative powers, centers of legal imputation and protectable legal situations»⁸. The evolution of this new field is the result of the combination of notions based on laws and

⁵ C. Ruga Riva, *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale. Un inaspettato caso di incendio disastroso per l'ambiente*, «Lexambiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente», 4, 2022, pp. 62-73.

⁶ R. Leonardi, *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Giappichelli, Turin 2020, pp. 7-8.

⁷ F. Benvenuti, *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in «Arch. Giur.», 1982, 3-6, 255.

⁸ G. Rossi (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Turin 2017, p. 20.

regulations at scales ranging from national to international, with the European category placed in between.

Giampaolo Rossi is clear on the matter in the preface of his volume *Diritto dell'ambiente* (Environmental Law): «the issue of environmental law is so broad that a treatise alone would not be sufficient to address all its characteristics». Furthermore, Rossi reports that «any effort in this direction would be quickly subject to obsolescence, as every aspect of law is undergoing major changes, but that of environmental law is undergoing even more rapid changes due to its ties with the crisis of current development models, globalization processes, and several traditional institutions»⁹. In a final remark, Rossi concludes that:

There are no disciplines in the field of Law that are not affected by this: it is not possible to venture into Environmental Law without considering the influence of international law (which is very important due to the supranational nature of this field), a comparison between national laws and, internally, on constitutional, tax, penal, procedural, commercial, labor and civil laws in general. With respect to community law, the specific field of environmental law goes in the direction that it cannot be separated from national laws: most international norms are in fact based on European laws (translated from Italian).¹⁰

From this standpoint, it is worth noting the achievement of a “minimal harmonization” in the field of environmental law that was ultimately achieved via several strategies on a European level. Barbara Pozzo, addressing this issue, reported that «since the beginning, community law in the environmental field had to deal with the profound differences in the laws and regulations of each European country, which in turn had different perceptions on environmental issues, as well as different degrees of assessing these issues, and how these issues are conveyed to students at

⁹ *Ivi*, p. XVII.

¹⁰ *Ibidem*.

basic education levels. This resulted into different responses to the same environmental challenges»¹¹.

At this point, there are more questions than answers. Although from one side it is safe to assume that improvements have been made and environmental protection is now a key focus in the context of the EU, on the other in this work it is not possible to venture deeper into a detailed evaluation of community law.

That said, a mention of collective behaviors as those defined by Diamond can be found in Sergio Pappalardo's works, especially in his study on how in the eighteenth century an interest in what would have later become the "sociology of disasters" emerged: in the case of disasters, in fact, it is societies and collective behaviors that are mostly subject to research¹². Bruno Bilotta further developed Pappalardo's concept, specifically "in the case of disasters, studies are channeled towards the society and collective behaviors" into a more articulated «we don't look just for geological and environmental causes, but also for social ones, which are not less relevant than the two mentioned above, as in fact they're frequently far more important than the others and help explain the choices made by mankind, both the rational and – more importantly – the irrational ones, which aren't less frequent than the others and may be considered more relevant than them in terms of consequences»¹³.

D'Amico will venture into an accurate analysis of wildfires using as a key fundamental Bilotta's view on the intrinsic complexity of mankind's relationship with disasters as joint natural-anthropic catastrophes: «by just looking at the stories, reports and journals of the past few centuries, just to have an idea of the time spans involved in our analysis, truly disastrous

¹¹ B. Pozzo, *La tutela dell'ambiente*, in *Tem e Istituti di Diritto Privato nell'Unione Europea*, a cura di G.A. Benacchio e F. Casucci, Giappichelli, Turin 2017, p. 111.

¹² S. Pappalardo, *Un terremoto per amico. Potere, trasgressioni e dispute dopo una calamità naturale*, FrancoAngeli, Milan 1994, p. 136.

¹³ B.M. Bilotta, R. Saija, *Il territorio violato. Paesaggio, territorio e criticità sociali*, Cedam Wolters-Kluwer, Padua 2014, p. X.

events have kept occurring with a frequency that, on its own, would not be sufficient at explaining their dramatic impact on territories. Assumptions going well beyond the inevitability of a given natural event must therefore combine with that»¹⁴.

3. Atmospheric composition is “Prometheic”

Though fire as a physical and chemical process seems a constant of the Universe, its existence is the product of specific parameters and circumstances without which the phenomenon would not occur. Despite the fact that the general public may perceive nuclear fusion reactions taking place deep in the nuclei of stars as “fires” and the stars themselves as “flaming” celestial objects, those are completely different mechanisms acting on the atomic level; people may be in fact surprised to realize that wildfires as we know them are so far only documented on planet Earth and are by no means to be considered a truly universal process. They most likely occur elsewhere in the vast void but, so far, all of the available and tangible proof point to the Earth as the only place where such phenomena are indeed possible. What’s more surprising is that fires have affected the surface of our planet for approximately 10% of its existence, as the remaining 90% of Earth’s history was not favorable for fires to be ignited and spread. This time range is no coincidence, as it marks the milestone when living organisms and their metabolism ensured that the percentage of atmospheric oxygen could exceed the 16% threshold required for fires to naturally occur, though it would take no less than 18.5% of atmospheric oxygen to actually maintain fires as we know them today¹⁵. In short, wildfires are less likely to occur than the appearance of life forms on a terrestrial planet: somewhere else in the

¹⁴ Ivi, p. XI.

¹⁵C.M. Belcher, J.M. Yearsley, R.M. Hadden, J.C. McElwain, G. Rein, *Baseline intrinsic flammability of Earth’s ecosystems estimated from paleoatmospheric oxygen over the past 350 million years*. Proceedings of the National Academy of Sciences, 2010, 107(52), pp. 22448-22453.

Universe, there may be places where the miracle of life has marvelously sparked but creatures over there cannot be affected by proper wildfires – and it may not necessarily be a good thing for such living beings, depending on the stage of evolution. That is why in this particular context, with one big *caveat* being invoked due to the mythology involved in the following reference, we define atmospheric composition as “Prometheic”. The term is associated with the mythological figure of Prometheus and his choice to give the power of fire to mankind, an action for which the ancient gods punished him. Obviously, our species – among many others – could not survive in environments with poor oxygen concentrations, so the fact that mankind has mastered fires is itself proof that evolution and the presence of fires on a planet are connected, but the broader assumption by which the key regulator of the phenomenon is atmospheric chemistry and composition still stands.

Without venturing deep into the characteristics that make fire possible, the phenomenon itself can be defined as something that needs specific requirements to occur and be maintained at all times. The lack, or interruption, of any of them would immediately prevent or stop the entire process. Some may think that the earliest proof of fire affected ancient trees, but what we know from fossil charcoal tells a different story: the paleontological record points to what we deem large fungi named *Prototaxites* (Dawson¹⁶), potentially as tall as nine meters, as the first living beings on the planet to be struck by lightning and catch on fire over 430 million years ago. Back then, proper plants were in early stages of evolution and could not compete with these towering fungi¹⁷. Once the fire phenomenon became a possibility on our planet, fluctuations in its frequency also occurred: there are tangible reports of time ranges, such as

¹⁶J.W. Dawson, *On the fossil plants from the Devonian rocks of Canada*. The Quarterly Journal of the Geological Society of London, 1859, 15, pp. 477–488.

¹⁷I.J. Glasspool, R.A. Gastaldo, *A baptism by fire: fossil charcoal from eastern Euramerica reveals the earliest (Homeric) terrestrial biota evolved in a flammable world*. Journal of the Geological Society, 2022, 180, no. jgs2022-072.

the “charcoal gap” 250-240 million years ago, during which fossil remains of wildfires became scarce due to a complex combination of less common wildfires, lower chances to preserve charcoal and inertinite in the sediments of that time, and other factors¹⁸. Broadly speaking, however, once they were first ignited in the Silurian, they never stopped, and we can see their effects even today, though the advent of flames brought by mankind has totally reshaped the role of purpose of this phenomenon on Earth. In fact, present-day fires are rarely caused by the same naturally occurring triggers: according to an estimate provided by Vilar and collaborators, when considering the 1980s–2010s time span, only 5% of forest fires were the result of natural events such as lightning strikes, while the remaining 95% is to be attributed to more or less deliberate human actions¹⁹. The phenomenon is therefore largely driven by human activities, and regulations – as described elsewhere in this paper – have to deal with this kind of occurrence.

For many reasons, the issue of pyromania as one of the driving factors of human-induced fires is hereby mentioned but will not be further analyzed. Pyromania is a notable issue in society, and in the past few years there have been successful attempts at reviewing how it was considered over time, *i.e.* whether pyromaniacs were subject to punishment, treatment, or a combination of the two depending on leading medico-legal views of their epoch²⁰. The paper will focus primarily on agriculture-related fires as anthropic means to alter landscapes.

¹⁸A.M.B. Abu Hamad, A. Jasper, D. Uhl, *The record of Triassic charcoal and other evidence for palaeo-wildfires: Signal for atmospheric oxygen levels, taphonomic biases or lack of fuel?* International Journal of Coal Geology, 2012, 96-97, pp. 60-71.

¹⁹L. Vilar, A. Camia, J. San-Miguel-Ayanz, M.P. Martín, *Modeling temporal changes in human-caused wildfires in Mediterranean Europe based on Land Use-Land Cover interfaces*. Forest Ecology and Management 378, 2016, pp. 68-78.

²⁰L. Dalhuisen, *Pyromania in court: Legal insanity versus culpability in Western Europe and the Netherlands (1800-1950)*. International Journal of Law and Psychiatry 58, 2018, pp. 36-47.

These events are a “forced expression” of fires as regulators of Earth’s flora and, by extension, fauna. Human intervention aside, there are plants that adapted and evolved to resist fire, while others have developed a specific vulnerability to combustion so that their next generation could greatly benefit from ashes and nutrients left behind²¹. The phenomenon is in fact far more intertwined to nature than its apparently destructive function would imply. Though the disruption brought by anthropic activities is well proven, these occurrences should at best be regarded as a mere emulation of something that has been happening by natural means on this planet for over four hundred million years: the problem, as stated above, is the immense frequency by which they occur nowadays and how they stress environment in ways that wouldn’t normally be possible in nature. Agricultural activities, which already are an extremely important driver of LUC (Land Use Change) across the planet, add a precise cyclic pattern to these events while nature tends to be more stochastic when it comes to catastrophic occurrences. It is known from literature that these fires are deeply rooted in human culture and may be a leading factor in the alteration of landscapes for several centuries, if not more²². Also, their actual impact on soils is not constant, as notable differences have been reported depending on the area where these fires occur, and their frequency²³.

Concerns have been raised with respect to the social consequences of fires as threats to human populations. While there’s no doubt that the massive release of pollutants and small particles which pose health hazards is of

²¹H. Lambers, F.S. Chapin, T.L. Pons, *Plant Physiological Ecology*. Springer: Cham, Switzerland, 2008, vol. 2, pp. 4–6.

²²S.J. Pyne, *Fire in America. A cultural history of wildland and rural fire*. Princeton University Press, 1988, 654 pp.

²³D.P. Dick, R. Martinazzo, R.S.D. Dalmolin, A.V. Ávila Jacques, J. Mielniczuk, A.S. Rosa, *Impacto da queima nos atributos químicos e na composição química da matéria orgânica do solo e na vegetação*. Pesquisa Agropecuária Brasileira, 2008, 43(5), pp. 633-640.

serious concern on its own²⁴, studies have also covered the social implications of direct damage to human settlements, as well as the broad range of effects on the economy and society²⁵.

Overall, we can infer from a cross-analysis on the history of fires starting from their roots deep in geological time, their physical properties, their connection with human culture, and present-day alteration of landscapes, that the phenomenon is an intricate combination of natural and anthropic factors which have to be considered by lawmakers and regulators in their efforts to preserve safety and the environment.

4. Towards a better sociological understanding

The previous chapters of this work have analyzed the phenomenon of wildfires in their dual natural-anthropic role ahead of a more detailed analysis on the lawmaking aspects of this issue. However, prior to venturing into that detail, it is worth addressing the nature of anthropic fires as an unbalance of natural equilibrium, and the fact that nature itself can perturb it on its own. Fires are a relevant issue because of their destructive nature, which was described before: planting trees, which may be considered the opposite action, is no crime, yet it is still an anthropic perturbation of ecological niches. Planted trees are likely to contribute to that niche, however this doesn't change the fact that without human intervention, that soil would have had a different fate, and some of the organisms in that ecosystem may be affected by these trees in a way that may not be truly beneficial for them. Moreso, planting trees may not always be the best

²⁴A.A. Romanov, A.N. Tamarovskaya, B.A. Gusev, E.V. Leonenko, A.S. Vasiliev, E.E. Krikunov, *Catastrophic PM_{2.5} emissions from Siberian forest fires: Impacting factors analysis*. Environmental Pollution 306, 2022, no. 119324.

²⁵S. Gómez-González, F. Ojeda, P.M. Fernandes, *Portugal and Chile: Longing for sustainable forestry while rising from the ashes*. Environmental Science & Policy 81, 2018, pp. 104-107.

possible solution to increase carbon sequestration and counter rising CO₂ levels²⁶.

The paper is far from discouraging anyone from planting trees, but this example was necessary to indicate the criteria used to discriminate human perturbations of nature: constructive perturbations, such as planting trees, have a different treatment compared to destructive perturbations, such as arson. Another thing that is worth debating is the mere concept of “natural phenomenon”. Nowadays, natural has consolidated itself as the “positive” alternative to “negative” anthropic influences over the environment. If something’s natural, it is generally regarded as good; the term itself and related words carry a connotation of positive meanings²⁷.

Despite this, several mass extinctions that nearly brought life on Earth to the verge of disappearance were natural and caused by distinct natural events, at times a combination of two or more of them: colossal flood basalt eruptions, asteroid impacts, glaciations, continental collisions and the consequent closure of entire oceans, only to mention a few. All these phenomena are natural, yet catastrophic in nature, perhaps more catastrophic than anthropic fires will ever be. The differentiation is even more articulated than that: great oxygenation events that enriched Earth’s atmosphere in oxygen were beneficial for our ancestral predecessors, but truly catastrophic for other organisms. From our perspective, rising oxygen concentrations are a milestone of Earth’s history, but our point of view on the matter is clearly biased in its very essence. This means that an interdisciplinary approach to the issue needs to go beyond the concepts of “natural versus anthropic” as the sole means to discriminate the positive or negative characteristics of phenomena.

²⁶J. Maschler, L. Bialic-Murphy, J. Wan, L.C. Andresen, C.M. Zohner, P.B. Reich, A. Lüscher, M.K. Schneider, C. Müller, G. Moser, J.S. Dukes, I. Kappel Schmidt, M.C. Bilton, K. Zhu, T.W. Crowther, *Links across ecological scales: Plant biomass responses to elevated CO₂*. *Global Change Biology* 28, issue 21, 2022, pp. 6115-6134.

²⁷ C. Menzel, G. Reese, *Seeing nature from low to high levels: Mechanisms underlying the restorative effects of viewing nature images*. *Journal of Environmental Psychology* 81, 2022, no. 101804.

In the case of fires, human perturbation could be identified using two key criteria. The first is of pure mathematical scope, and this paper already mentioned it: as of today, only 5% of fires are natural, so the remaining 95% is an overwhelming majority of anthropic perturbation acting on the environment which itself could be sufficient to be considered of concern. This 95-5 ratio is particularly high, especially when compared to other ratios such as the amount of carbon dioxide (CO₂) released annually by fossil fuels and other anthropogenic sources, which is just a fraction of the global CO₂ output, yet is well enough to alter the climate due to its buildup over time. In the case of fires, it is the ratio itself that is totally unbalanced compared to natural sources.

A second criterion is the actual damage caused by these events, which goes well beyond the alteration of specific landscapes: as mentioned before in the paper, fires may pose a direct threat to human settlements, and also release a number of pollutants which may increase the odds of death in regions far away from the location where the fires themselves occurred. Considering that law does address direct damage caused to the environment as well as other people, a deliberate act damaging others also meets the criteria to be of concern.

Though the core issue were pure natural disasters such as earthquakes and floods, Antonio Dimartino's assessment on the social aspect of natural disasters²⁸ invoked the need for an approach involving multiple disciplines:

[...] it is therefore not possible to address a purely natural disaster, as disasters always have an impact on society. For this very reason it is at times difficult to use the term "natural" when referring to disasters (translated from Italian).

²⁸ A. Dimartino, *Verso un'analisi socio-giuridica delle questioni ambientali in Europa*, in «Società e Diritti», V. 7, N. 14, 2022, p. 64.

The social, and more importantly the sociological aspects will be further discussed in the final chapter.

5. The heterogeneity of legal frameworks: the EU

The problem of wildfires and their joint natural-anthropogenic causes has been widely discussed up until this point of the research paper. The next logical step is providing an additional insight on the sociological views on such phenomena. Though in his milestone work the main scopes were other calamities, it is hereby assumed that Sorokin's views from *Man And Society In Calamity: The Effects Of War, Revolution, Famine, Pestilence Upon Human Mind, Behavior, Social Organization and Cultural Life* are perfectly applicable to the unpredictable consequences of a fire in terms of damage to the society which in turn can be defined as an illegal activity²⁹. In fact, Sorokin's views on how calamities affect human society do match the occurrence of extreme fires: with people being forced to relocate, buildings being either damaged or completely destroyed, and landscapes being permanently affected, an extreme fire does match the definition of a calamity as intended by Sorokin, sociological implications included. It is not possible to determine, *a priori*, the true extent of an anthropic wildfire: unless it is under constant control, factors determining its capacity to spread (*e.g.*, wind direction and speed, fuel availability and vulnerability to ignition) are deemed unpredictable. A small anthropic arson turning into an extreme event is indeed a calamity.

Issues may rise on how much information the general public has on the potential of a wildfire, as well as in terms of the health hazards caused by pollutant release into the atmosphere: do people know the actual risks of throwing a cigarette, or burning biomass to clear land for livestock and agriculture? This brings back to a topic that was discussed in a previous

²⁹ P.A. Sorokin, *Man And Society In Calamity: The Effects Of War, Revolution, Famine, Pestilence Upon Human Mind, Behavior, Social Organization and Cultural Life*, Dutton: New York, 1942, 352 pp.

work with respect to how scientage is relayed to the public. The work specifically addressed climate change communication, but for the purpose of this paper, the core points of that work are extended to the risks of fires which have an anthropic origin³⁰:

[...] if we were to convey information on methane to the public without an active involvement of social sciences, we could trigger and fuel pessimism in the form of the so called “climate anxiety”, which is consolidating itself as a true challenge for modern psychologists. [...] wouldn't it be more beneficial for the population as a whole if young adults were better informed on climate change, as well as the proper actions that have to be taken to counter, or at least mitigate, the phenomenon? [...] These are among the questions that go in the direction of promoting more collaboration between social and other forms of sciences when it comes to climate change communication.

In the case of wildfires, more information would not act against climate anxiety. Instead, it would likely reduce the occurrence of anthropic fires, once the general public realizes what their actual consequences are. In the United States of America, a motto from the popular Smokey the Bear messaging campaign summed up the core of this issue: “Only you can prevent forest fires.” Although some of these fires would keep occurring (*e.g.*, those ignited by farmers and linked to agriculture), others may be reduced in frequency and extent of their damage to the environment.

Environmental risks aside, an induced calamity, which is also a crime, needs an adequate legal system to counter it. In the context of the European Union, as already reported in chapter 2, one of the primary challenges is the deep heterogeneity of laws, regulations, and procedures applied by different countries throughout the continent. In this legal framework, a straightforward notion can bring light upon the apparent chaos of different

³⁰ F. D'Amico, *The “methane problem” as an ongoing challenge to climate change communication and understanding. When data estimate uncertainties become a social uncertainty*, «Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani», 6, 2023, pp. 81-96.

laws addressing the same issue. The 2004/35/CE Directive issued by both the European Parliament and the Council on the legal responsibility – in terms of prevention and containment – of the environmental damage, as Mariachiara Alberton reports, is a key reference that EU countries can use in the effort to mitigate such damage under the principle that “whoever pollutes, pays for it”, which is also in accordance with a broad principle on sustainability³¹. Holding a European citizen accountable for environmental damage in terms of pollutants released into the atmosphere is the next step towards a proper legal framework addressing wildfires for their indirect health hazards, in addition to the more evident and instantaneous direct damage caused to the environment and human infrastructures. Pollution, as a form of “damage”, needs to be fully considered by legal frameworks at all scales and the proper assessment of such a damage in turn requires an active involvement of Earth and Atmospheric Sciences.

With this final remark, it has been proven once again that the proper management of environmental issues having a direct impact on society ultimately requires an active involvement of social sciences, such as the sociology of law. This principle, now well consolidated by this paper and other works, is expected to become the basis of future research.

References

Abu Hamad A.M.B., Jasper A., Uhl D., *The record of Triassic charcoal and other evidence for palaeo-wildfires: Signal for atmospheric oxygen levels, taphonomic biases or lack of fuel?* International Journal of Coal Geology 96-97, pp. 60-71, 2012.

Alberton M., *La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2011.

³¹M. Alberton, *La quantificazione e la riparazione del danno ambientale nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Milan, Giuffrè, 2011, p. 197.

- Belcher C.M., Yearsley J.M., Hadden R.M., McElwain J.C., Rein G., *Baseline intrinsic flammability of Earth's ecosystems estimated from paleoatmospheric oxygen over the past 350 million years*. Proceedings of the National Academy of Sciences 107(52), pp. 22448-22453, 2010.
- Benvenuti F., *Studi dedicati ai problemi dell'ambiente*, in «Arch. Giur.», 1982, 3-6, 255.
- Bilotta B.M., R. Saija, *Il territorio violato. Paesaggio, territorio e criticità sociali*, Cedam Wolters-Kluwer, Padua 2014.
- Cordini G., Fois P., Marchisio S., Preface of *Diritto Ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Giappichelli, Turin 2017.
- Dalhuisen L., *Pyromania in court: Legal insanity versus culpability in Western Europe and the Netherlands (1800-1950)*. International Journal of Law and Psychiatry 58, pp. 36-47, 2018.
- D'Amico F., *The "methane problem" as an ongoing challenge to climate change communication and understanding. When data estimate uncertainties become a social uncertainty*, «Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani», 6, pp. 81-96, 2023.
- Dawson J.W., *On the fossil plants from the Devonian rocks of Canada*. The Quarterly Journal of the Geological Society of London 15, pp. 477-488, 1859.
- Diamond J., *Collasso. Come le società scelgono di morire o vivere*, Einaudi, Turin 2007.
- Dick D.P., Martinazzo R., Dalmolin R.S.D., Ávila Jacques A.V., Mielniczuk J., Rosa A.S., *Impacto da queima nos atributos químicos e na composição química da matéria orgânica do solo e na vegetação*. Pesquisa Agropecuária Brasileira 43(5), pp. 633-640, 2008.
- Dimartino A., *Verso un'analisi socio-giuridica delle questioni ambientali in Europa*, in «Società e Diritti», V. 7, N. 14, pp. 55-65, 2022.

- Glasspool I.J., Gastaldo R.A., *A baptism by fire: fossil charcoal from eastern Euramerica reveals the earliest (Homeric) terrestrial biota evolved in a flammable world*. *Journal of the Geological Society* vol. 180: jgs2022-072, 2022.
- Gómez-González S., Ojeda F., Fernandes P.M., *Portugal and Chile: Longing for sustainable forestry while rising from the ashes*. *Environmental Science & Policy* 81, pp. 104-107, 2018.
- Lambers H., Chapin F.S., Pons T.L., *Plant Physiological Ecology*. Springer: Cham, Switzerland, vol. 2, pp. 4–6, 2008.
- Leonardi R., *La tutela dell'interesse ambientale, tra procedimenti, dissensi e silenzi*, Giappichelli, Turin 2020.
- Maschler J., Bialic-Murphy L., Wan J., Andresen L.C., Zohner C.M., Reich P.B., Lüscher A., Schneider M.K., Müller C., Moser G., Dukes J.S., Kappel Schmidt I., Bilton M.C., Zhu K., Crowther T.W., *Links across ecological scales: Plant biomass responses to elevated CO₂*. *Global Change Biology* 28, issue 21, pp. 6115-6134, 2022.
- Menzel C., Reese G., *Seeing nature from low to high levels: Mechanisms underlying the restorative effects of viewing nature images*. *Journal of Environmental Psychology* 81, no. 101804, 2022.
- Paolini F., *Firenze 1946-2005. Una storia urbana e ambientale*, FrancoAngeli, Milan, 2014.
- Pappalardo S., *Un terremoto per amico. Potere, trasgressioni e dispute dopo una calamità naturale*, FrancoAngeli, Milan, 1994.
- Pozzo B., *La tutela dell'ambiente*, in *Temi e Istituti di Diritto Privato nell'Unione Europea*, a cura di G.A. Benacchio e F. Casucci, Giappichelli, Turin 2017.
- Pyne S.J., *Fire in America. A cultural history of wildland and rural fire*. Princeton University Press, New Jersey, USA, 654 pp., 1988.

Romanov A.A., Tamarovskaya A.N., Gusev B.A., Leonenko E.V., Vasiliev A.S., Krikunov E.E., *Catastrophic PM_{2.5} emissions from Siberian forest fires: Impacting factors analysis*. Environmental Pollution 306, no. 119324, 2022.

Rossi G. (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Giappichelli, Turin, 2017.

Ruga Riva C., *La prima sentenza di merito sul disastro ambientale. Un inaspettato caso di incendio disastroso per l'ambiente*, «Lexambiente. Rivista trimestrale di diritto penale dell'ambiente», 4, 2022.

Sorokin P.A., *Man And Society In Calamity: The Effects Of War, Revolution, Famine, Pestilence Upon Human Mind, Behavior, Social Organization and Cultural Life*, Dutton, New York, 1942.

Vilar L., Camia A., San-Miguel-Ayanz J., Martín M.P., *Modeling temporal changes in human-caused wildfires in Mediterranean Europe based on Land Use-Land Cover interfaces*. Forest Ecology and Management 378, pp. 68-78, 2016.

O Fundamento da Hermenêutica jurídica de Emilio Betti

di Francesco Petrillo*

Sumário: 1. A Hermenêutica Jurídica como fundamento teórico da hermenêutica filosófica; 2. A metodologia bettiana entre origens jurídicas distantes das da dogmática tradicional e fundamentos filosóficos não enraizados apenas na hermenêutica romântica.

Abstract: On the occasion of the international conference, *O pensamento de Emilio Betti em perspectiva comparada*, been held on 2024/11/29, at the Faculdade de Direito of the Universidade Federal da Bahia, Prof. Mauricio Ricardo Soares, organizer of the conference, wanted to translate the second part of the volume of the A. on *La decisione giuridica*, Giappichelli, 2005, in which the variegated sources of Emilio Betti's legal hermeneutics were studied. The scientific report, then presented on the scheduled date, in Salvador de Bahia, accompanied by slides in Portuguese, has strongly taken into account this ancient work, albeit in the amplifying tension, determined by the subsequent investigations of the author, carried out in the twenty years since the publication of the volume. But, considering the intricate complexity of the foundation of Betti's hermeneutics, philosophical because it is juridical and legal because it is political, founded as it is on its historical-methodological substratum, this writing from the beginning of the millennium still remains a stimulating reading today. In its Portuguese translation, moreover, it is proposed to overseas jurists as a starting point and indispensable premise for the understanding of the juridical-hermeneutical methodology, which is progressively increasing in use among the High Courts of Justice, but also among the minor Courts of Justice, in the countries of South America, as a corrective possibility of the

* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi del Molise.

logical-analytical interpretation of the law. The latter, in fact, now appears insufficient to apply norms, written for simpler societies than the complex realities of today's peoples, in which there is no correspondence between the customs, religions and values of those who conceived them and those to whom they must now be applied.*

Keywords: Hermenêutica jurídica, Hermenêutica filosófica, Emilio Betti.

L'interesse della Rivista a proporsi come strumento utile tanto allo studioso, quanto dell'operatore del diritto – che è concettualizzazione teoretica, ma anche realtà fenomenica, considerata l'attività giornaliera delle Corti non solo in Italia, ma anche in altri Paesi, non solo Europei – ha spinto il Comitato Scientifico e me in prima persona a proporre le relazioni presentate in occasione di un convegno svoltosi in Brasile con studiosi del nostro Paese a discutere di un nostro eminente giurista. Il convegno intitolato *O pensamento de Emilio Betti em perspectiva comparada*, si è svolto presso la *Facoltade de direido dell' Universidade Federal da Bahia*, e l'organizzatore, Prof. Mauricio Ricardo Soarez, ha tradotto, nell'interesse dell'uditorio, gli scritti dei due relatori in lingua portoghese. La locandina del convegno fa da copertina alle trattazioni degli Autori. Poiché uno dei due saggi è molto lungo si è deciso di dividerlo in due parti, per cui su questo numero ne sarà pubblicata una parte e sul prossimo la seconda.

* Tradução de Ricardo Maurício Freire Soares (Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza, pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata e pela Università del Salento. Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor em Direito Público e Mestre em Direito Privado pela Universidade Federal da Bahia. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Graduação, Mestrado e Doutorado). Membro da Comissão Nacional de Defesa do Consumidor do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia) e Luis Henrique de Menezes Acioly (Pós-Graduando em Direito Digital (Especialização) junto ao Instituto de Tecnologia e Sociedade (ITS) e Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED) da UERJ. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa - UniRuy. Coordenador de Pesquisa do Grupo de Estudos em Tecnologia, Informação e Sociedade - GETIS/CNPq. Advogado).

1 A Hermenêutica Jurídica como fundamento teórico da hermenêutica filosófica

Um estudo que se proponha a ser minimamente coerente sobre a hermenêutica jurídica de Emilio Betti não pode deixar de abordar a questão das fontes¹ da particular teoria geral do direito e da mais ampla teoria da interpretação nos diversos campos do saber.

Nesse contexto, é essencial destacar o percurso de aprofundamento e pesquisa² que, embora parcialmente rejeitado pelo próprio Betti³, contribui para a compreensão integral de aspectos essenciais dos estudos bettianos e, principalmente, do sentido de uma hermenêutica jurídica que pode, não apenas prescindir da hermenêutica filosófica, mas, de fato, constituir-se como sua espinha dorsal, o momento fundacional enquanto teoria geral do direito. É desta teoria que pode emergir uma ciência interpretativa e cognitiva aplicável a todos os domínios do conhecimento.

Essa consideração adquire ainda mais relevância ao se reconhecer que tal ciência, aplicável a todos os campos do saber, possui um caráter metodológico, concretizando-se, na prática, na mediação possível entre as categorias típicas da interpretação jurídica de tradição civilista e os princípios da hermenêutica romântica alemã.

O método jurídico, e especialmente a tradição histórico-humanística do método, fornece, certamente, os instrumentos decisivos para transformar uma teoria de interpretação jurídica em uma teoria geral da interpretação,

¹ Nesse ponto, imprescindível ver: GRIFÒ, G. *Sulla genesi della teoria generale dell'interpretazione*. (Un diario generale e altri inediti). In: FROSINI, Vittorio. RICCOBONO, Francesco (eds). *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*. Milão: Giuffrè, 1994, p. 44 e seguintes.

² Cf. PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974.

³ Plachy sublinha que foi o próprio Betti quem forneceu armas aos seus adversários contra si mesmo, pois, ao escrever sobre a sua teoria, exaltou a sua origem, não diretamente jurídica, mas filosófica, e mais precisamente a da filosofia romântica, e ao fazê-lo confundiu os seus pensamentos com filosofia romântica e filosofia romântica alemã com romantismo literário (cf. PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 2).

superando assim as limitações que caracterizaram a teoria geral da hermenêutica da filosofia romântica alemã.

Quando Betti considera os cânones interpretativos da hermenêutica romântica e analisa as obras de Schleiermacher, Humboldt, Ast, Schlegel, Boeckh, ao formular sua metodologia, ele não ignora o arsenal metodológico-artístico⁴ do jurista intérprete. Esse arsenal inclui, certamente, o estudo do direito romano e as escolas de interpretação jurídica europeias que marcaram o século XIX alemão, mas, sobretudo, inclui a tradição metodológica tardo-medieval e renascentista, que caracteriza o trabalho dos mestres da hermenêutica jurídica⁵.

A pergunta, que deve ser considerada pertinente, levantada pela investigação de Adolfo Plachy, é: onde e quando a hermenêutica como interpretação criativa do direito tem origem, além, por exemplo, da mera tradição da interpretação jurídica civilista e das disputas doutrinárias nascidas em seu seio, e além da filosofia romântica alemã?

É correto referir-se a essa questão, em particular, porque a hermenêutica, apropriadamente definida como “em sentido forte”⁶, possui, por seu *modus essendi*, uma história distinta em relação à interpretação que se limita estritamente ao texto, definível como hermenêutica “em sentido fraco”⁷, e isso se aplica também ao âmbito jurídico.

Certamente, quando se considera a história de vencedores e vencidos, o estudioso do direito não pode esquecer ou desconsiderar a memória (“*memento*”) do racionalismo cartesiano, do determinismo spinoziano, do

⁴ É certamente sugestivo salientar que nos escritos de Bettian nunca faltam reflexões e referências ao jurista-intérprete como jurista-artista. Para uma possível conexão entre a interpretação personalista-artística-humanista-renascentista e a hermenêutica romântica ver: KANTOROWICZ, E. H. *La sovranità dell'artista*. Veneza: Marsilio, 1995; CESARINI SFORZA, W. *Il diritto come arte. Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, pp. 401-407.

⁵ Na “dimensão da sabedoria”, já do jurista tardo-medieval, ainda anterior à humanista-renascentista, os estudos de Paolo Grossi são uma referência essencial. Ver em particular: GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996, p. 144 e seguintes.

⁶ CHIODI, G. M. *La regola costitutiva del diritto*. Torino: Giappichelli, 2000, p. 199 e seguintes.

⁷ *Ibidem*.

empirismo intelectualista, do matematismo lógico de Leibniz e Wolff, e do método naturalista de Jhering. A ciência jurídica é, além de um fato natural, um fato cultural, e desde suas origens está ligada à “hermenêutica mantica”, a interpretação de sinais premonitórios, naturais ou artificiais⁸, que permeia toda a hermenêutica jurídica humanística e renascentista⁹.

A consideração de uma raiz, ou de uma veia propositadamente cortada pelo autor da “Teoria Geral da Interpretação”, de natureza tardo-medieval e/ou humanístico-renascentista¹⁰, é essencial para a análise da construção metodológica de Betti, independentemente das contingências históricas, das leituras óbvias e, especialmente, das preferências literárias influenciadas pelas correntes de pensamento dominante.

Nem mesmo o volume “Teoria da Interpretação”¹¹ de 1974, por mais relevante que seja, consegue atribuir o devido peso científico aos estudos sobre a hermenêutica filosófica e jurídica na medida em que é pertinente para aprofundar a hermenêutica jurídica de Betti, ou mesmo ao trabalho de Guido Kisch¹².

⁸ A enorme bibliografia possível sobre a relação entre a interpretação do direito romano arcaico e clássico com o tardo-medieval e humanista-renascentista obriga, por um lado, a uma desnatação muito arriscada, e por outro, a obrigação essencial de fornecer, por cronologia, títulos de referência, obviamente, para errar menos, para se restringir à única relação entre a interpretação criativa tardo-medieval e humanística e a interpretação naturalista-artificial romanística, arcaica e pré-clássica. Além disso, Betti nunca esconde a ancestralidade de muitos desses títulos em seus textos com abundância de citações. Ver: SAVIGNY, F.C. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg: Mohr, 1850; VINOGRADOFF, P. *Roman law in medieval Europa*. Oxford: Clarendon Press, 1929; KOSCHAKER, P. *Europa un das römische Recht*. München: Biedersten, 1947; RICCOBONO, S. *Lineamenti di storia delle fonti del diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1949; CALASSO, F. *Introduzione al diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1959; GENZMER, E. *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*. Trieste: Università di Trieste, 1954.

⁹ PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 4.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 20-38.

¹¹ *Ibidem*

¹² KISCH, G. *Melanchthons Rechts und Soziallehre*. Berlin: de Gruyter, 1967; KISCH, G. *Gestalten und probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*. Berlin: de Gruyter, 1967; KISCH, G. *Claudius Cantiuncula. Ein Basler Jurist und humanist des 16. Jahrhunderts*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1970; KISCH, G. *Consilia. Eine Bibliographie der juristischen Konsiliensammlung*. Stuttgart: Helbing und Lichtenhahn, 1970.

Para além das questões de princípio, de natureza filológica, de um lado, e histórico-literária, de outro, é necessário refletir. Como não poderia atrair a um romanista da estatura e paixão de Betti, a ideia forte de Melanchthon ao considerar o direito romano como: “quandam philosophiam esse?”¹³.

Na verdade, a ideia de um método para a interpretação da realidade do direito, que seja um método filosófico, é bem conhecida entre os estudiosos do direito e caracteriza o Humanismo-Renascimento, que, no campo jurídico, é essencialmente uma teoria da interpretação.

Portanto, mesmo que seja uma afirmação audaciosa, contrária à apreciação do próprio Betti pela hermenêutica romântica, segundo a qual “é um erro fundamental considerar a monumental elaboração feita por Betti da teoria da interpretação como produto de uma mente influenciada pela filosofia romântica”¹⁴, é igualmente precipitado e superficial supor que a hermenêutica de Betti não tenha sido influenciada pela tradição jurídica dos séculos XIV, XV e XVI, além da tradição metodológica-ermeneutica-filosófica romântica do século XIX.

De qualquer forma, ninguém poderá negar, em absoluto, a existência de “uma tradição jurídica secular em matéria de interpretação e reflexões sobre o procedimento hermenêutico, uma tradição iniciada com a jurisprudência humanística”¹⁵.

Mas, há mais.

Desde o final do século XI, a dimensão científica do direito começa a se dissociar do poder político, mesmo quando, com os Glosadores e, posteriormente, com os Comentadores, opta-se por defender aquele mesmo poder político, mas sempre dentro de uma dimensão de poder próprio e exclusivo da *scientia juris*. Os Glosadores e os Comentadores, de fato, fundamentam suas manifestações de conhecimento em uma *interpretatio* que “não se reduz a um processo de reconhecimento, ou seja, meramente de

¹³ KISCH, G. *Melanchthons Rechts und Soziallehre*. Berlin: de Gruyter, 1967, p. 119.

¹⁴ PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermeneutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 21.

¹⁵ *Ibidem*, p. 21.

conhecimento da norma”, algo que também caracterizaria, posteriormente, os estudiosos do Humanismo jurídico, adversários dos primeiros, especialmente quando se posicionavam contra as ideologias dominantes¹⁶.

Além do que foi sustentado por Plachy, todo o período medieval jurídico e o Humanismo-Renascimento jurídico reconhecem a ciência jurídica como guia sábia da civilização¹⁷, e, assim, como a capacidade de construir o mundo a partir da cultura de que ela é parte essencial, pilar significativo da hermenêutica bettiana, precisamente por aquela dimensão de que “a experiência confia à ciência a sua própria edificação”¹⁸.

A hermenêutica jurídica tardo-medieval e renascentista, essencial também para traçar as fundações de um direito europeu coeso, que se consolidou como uma evolução do direito romano e de sua interpretação¹⁹, é a base sobre a qual se ergue a metodologia de Betti. Esta, em busca de solidez, encontra nesse legado cultural uma estrutura formativa antiga e marcante.

Na construção da sua teoria hermenêutica, Betti, de facto, parte certamente pelo menos daquela elaboração do método interpretativo como adequado e congênito à realidade do direito que, no final da Idade Média e no Humanismo Renascentista, não representam apenas a evolução da doutrina jurídica medieval, mas sim o aprofundamento técnico-cultural do direito romano, como critério adequado para avaliar a tradição e as fontes²⁰.

Este critério, através, por exemplo, de Zasius e Accursius, mesmo contra os mais famosos Accursius e Bartolo, no contraste entre a lógica hermenêutica concreta e a legitimação jurídico-política²¹, será aperfeiçoado com a descoberta da função evolutiva da interpretação²², indo além da dos

¹⁶GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996, p. 164; LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milão: Giuffrè, 1967.

¹⁷GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996, pp. 144-151

¹⁸*Ibidem*, p. 151.

¹⁹KOSCHAKER, P. *Europa un das römische Recht*. München: Biedersten, 1947.

²⁰PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, pp. 21-22.

²¹*Ibidem*, p. 25.

²²*Ibidem*, pp. 28-29.

Glossadores e Comentadores, que no entanto se concentra num método interpretativo que nunca quer afastar-se completamente do corpus do *jus scriptum*. Isto, obviamente, para garantir a força política ou para tornar sua a força política das regras emanadas dos decretos imperiais, ou dos grandes e pequenos senhores feudais.

O que é notável, numa leitura ainda mais ampla do que a proposta pelo aluno²³ de Betti, é que, na história histórica do direito medieval e pré-moderno, vê-se, na prática, claramente prevalecente, tanto no jurista orgânico ao poder político, como no jurista que tenta se opor a ele, a força da autonomia de julgamento²⁴ do direito, que se apresenta como uma *ciência sapiencial* além do poder político, para se opor a este, se não como um poder alternativo, pelo menos como um poder diferente e mais poder.

É verdade que será creditado à hermenêutica romântica o reconhecimento da possibilidade de que “ao longo do tempo e de acordo com um intérprete específico com a sua consciência social e jurídica, os pressupostos da interpretação e, portanto, os seus próprios resultados podem mudar”²⁵, mas também é verdade que sem a contribuição dos juristas derrotados pelos seus antecessores, ou seja, os Glossadores e Comentaristas, partidários do poder político que neles encontra garantia e legitimação, ou seja, sem a contribuição dos vários Valla, Melanthon, Zasius, Attesdio, Viglio, Amerbach, Canticula, mas também, é preciso reiterar, embora possa parecer paradoxal, sem os “antigos” antagonistas desta última, não teria sido aberto o caminho, certamente levado em grande conta por Betti, da necessária relevância do função evolutiva de interpretação, como expressão de um direito cultural que pode levar em devida conta o interesse público²⁶.

²³ *Ibidem*.

²⁴ GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996; GROSSI, P. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1998.

²⁵ PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 29.

²⁶ *Ibidem*.

A impressão diretamente transmitida pelo direito romano à cultura jurídico-hermenêutica tardo-medieval e humanista-renascentista não é, ao se ler atentamente as páginas de Betti, negligenciada ou ignorada por um especialista em direito romano, como é o Camerte.

A hermenêutica jurídica bettiana nasce e se desenvolve, portanto, tanto no âmbito da interpretação do texto escrito quanto além dessa interpretação, como um momento de estudo e reconhecimento do interesse coletivo em relação ao interesse individual.

O hermeneuta do direito, por seu *modus essendi*, afasta-se de uma visão particular e subjetiva para se abrir a uma visão objetiva e coletiva que, por sua própria natureza, pertencente à cultura que envolve todos os homens de uma determinada época, não pode permanecer restrita ao monumento ou documento a ser interpretado, mas deve buscar captar o sentido da consciência social e jurídica, cultural e artística, moral e ética, em nome da qual o intérprete verdadeiramente age.

A hermenêutica jurídica tardo-medieval, caracterizada por uma interpretação subjetivada e inovadora do corpus textual escrito, e a hermenêutica humanista-renascentista, marcada por um método de interpretação também muito livre e criativo do ponto de vista cultural do direito romano, oferecem, nessa perspectiva específica, um substrato decisivo à hermenêutica jurídica bettiana. Esse substrato é suficientemente forte para permitir ao jurista que busca um método para garantir epistemologicamente seu trabalho pensar em uma metodologia crível e aplicável à interpretação em todos os campos do saber, transcendendo, portanto, a mera esfera jurídica.

Na interpretação cultural-sapiencial típica do direito tardo-medieval e humanista-renascentista, Betti encontra, sem dúvida, a base sólida de sua hermenêutica, que é e sempre será metodológica, assim como o foi a hermenêutica jurídica tardo-medieval e renascentista, cultural e não lógico-gramatical, social e não científico-naturalista.

Uma conclusão desse tipo não contradiz a reivindicação bettiana da inserção da Teoria Geral da Interpretação na hermenêutica romântica. Contradiz, entretanto, de forma clara, até mesmo sob a ótica de uma leitura peculiar das fontes históricas e culturais que Betti utiliza amplamente, a ideia de que a metodologia jurídico-hermenêutica tenha surgido de forma exclusiva e absoluta dos estudos filosóficos em geral e dos filosófico-românticos em particular.

A teoria geral do direito bettiana e, posteriormente, a teoria geral hermenêutica, são construídas com base na estrutura de uma metodologia jurídica desvinculada de condicionamentos heterônomos, encontrando apoio em uma tradição pré-romântica eminentemente jurídica. Essa tradição, pode-se afirmar, é talvez o que permitiu à obra de Betti ganhar prestígio na cultura alemã, que sempre distinguiu a hermenêutica jurídica bettiana da hermenêutica histórico-filosófica germânica e que sempre considerou o Camerte um pensador original em relação ao vasto grupo de estudiosos da hermenêutica filosófica e jurídica alemã.

A originalidade do caminho e das conclusões dos estudos bettianos, na verdade, reside possivelmente neste “pecado original” não confessado, nestes fundamentos enraizados na tradição jurídica tardo-medieval e humanista, em vez de somente na tradição filosófico-romântica. Essa tradição faz de Betti o jurista que, de forma singular, consegue tornar o método jurídico aplicável à compreensão em todos os campos do conhecimento, e não um filósofo que sugere, como uma espécie de seu gênero gnoseológico, ao direito um método peculiar ou um critério epistemológico específico.

A metodologia jurídico-hermenêutica, desde sua estruturação original e sua fonte tradicional humanista-renascentista, que nenhum crítico jamais poderá excluir completamente das leituras bettianas, é uma hermenêutica do direito e, como tal, deve ser estudada em sua especificidade. Que essa especificidade se transforme em um gênero aplicável a todos os campos do

conhecimento é um problema que não prejudica a clara colocação e a determinação do conteúdo do objeto de estudo tratado nessas páginas.

2 A metodologia bettiana entre origens jurídicas distantes das da dogmática tradicional e fundamentos filosóficos não enraizados apenas na hermenêutica romântica

Ao observar atentamente, é precisamente à ideia da origem eminentemente jurídica da hermenêutica bettiana que se deve seu claro distanciamento da Escola Histórica do Direito e do historicismo alemão, nos quais esta última encontra suas raízes. Esta marca, inegavelmente presente nos estudos do pensador de Camerino, deve ser considerada, do ponto de vista conceitual, apenas uma parte de relevância mínima no projeto teórico abrangente da *Teoria Geral da Interpretação*, que encontrará seu rigor filosófico em uma plataforma cultural específica, tipicamente italiana, e capaz de prescindir, em grande parte, da tradição germânica-alemã.

O percurso mais claro²⁷, capaz de explicar a prevalência da abordagem jurídica sobre a filosófica na teoria hermenêutica de Betti, é construído com a estrutura típica da história do direito, mas, sem grandes dificuldades, pode ser conceituado em categorias filosóficas e, mais precisamente, filosófico-jurídicas.

O primeiro elemento fundamental, que pode se tornar um argumento-chave em apoio à tese de que a teoria bettiana se baseia em fundamentos e procedimentos conceituais de natureza jurídica e, posteriormente, é estendida a outros campos do saber, é aquele que talvez seja considerado, de forma exagerada, como um erro do próprio Betti²⁸.

Não se questiona que o estudioso Camerte se sentisse parte de uma filosofia romântica e de um historicismo do século XIX, dos quais, por um

²⁷ PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974.

²⁸ *Ibidem*, p. 2.

lado, ele não queria se desvincular, devido ao forte impacto da poética de seu irmão Ugo²⁹, por outro lado, porque acreditava, tanto como estudioso do direito romano quanto como entusiasta da filosofia, que a hermenêutica romântica era um terreno sólido e bem explorado. Abandoná-la de forma evidente significaria, em certo sentido, perder bases sólidas de ancoragem no mundo cultural de sua época. Por isso, o próprio autor da *Teoria Geral da Interpretação* declarava sempre com segurança a origem filosófica, e não jurídica, de uma teoria geral hermenêutica³⁰.

No entanto, a hipótese da gênese de uma hermenêutica com tradição e caráter eminentemente jurídicos, com um desenvolvimento possível que vai do Humanismo-Renascimento³¹ até culminar na teoria bettiana, é de grande fascínio e, sobretudo, de relevante interesse para a identificação dos percursos e resultados efetivos perseguidos ou ainda possíveis pela metodologia jurídico-hermenêutica.

Seguindo o percurso histórico-jurídico reconstrutivo de uma metodologia hermenêutica que encontra especificamente sua origem não em fontes filosóficas, mas em fontes jurídicas, é possível, de forma apenas aparentemente paradoxal, resolver finalmente uma questão tradicional dos estudos bettianos: a conexão entre a metodologia dogmática e a metodologia hermenêutica. E, ao retomar historicamente o caminho eminentemente jurídico que leva à metodologia hermenêutica de Betti e confrontá-lo com a trajetória jurídica que leva à dogmática, desenvolvida a partir da Escola Histórica do Direito, pode-se reconhecer plenamente, sem argumentações puramente lógico-dedutivas de natureza jurídico-filosófica³², a diferença que sempre foi clara para Betti, não apenas entre a

²⁹ A este respeito, importa sublinhar que estão atualmente a ser publicadas as atas do Colóquio Internacional da LUMSA, de Roma, em 04 de junho de 2004, intitulado: “Ermeneutica letteraria e ermeneutica giuridica: Ugo ed Emilio Betti”.

³⁰ PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermeneutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974.

³¹ *Ibidem*, p. 3.

³² É óbvia referência, em particular, à análise que sempre produziu diversas interpretações da obra de Betti (BETTI, E. *Diritto romano e dogmatica odierna*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 59-133). Ver

dogmática tradicional e a de seu tempo³³, mas também entre a metodologia canônica derivada da hermenêutica romântica e a metodologia hermenêutica que, como resultado de seus estudos, substituía a primeira.

Betti sempre teve clareza de que “ao lado do direito dogmatizado, existe toda uma vasta massa do direito efetivamente praticado, mas não formulado em dogmas e princípios”³⁴. Enquanto a dogmática tradicional era insuficiente, uma vez que “as formulações e definições romanas deixam muito a desejar em termos de competência e precisão científica”³⁵, sendo assim, “a posição do romanista moderno é... a de completa liberdade”³⁶. No entanto, isso não se aplicava à dogmática contemporânea, que, apesar de poder incluir o estudo de todo o material jurídico composto por dogmas, princípios e práticas jurisprudenciais — considerado material científico devido à cientifização da juridicidade —, era um conceito “ambíguo”³⁷. Ela podia significar tanto, em sua acepção objetiva, o conjunto de material jurídico estudado, quanto, em uma acepção subjetiva mais plausível e completa, “a mentalidade jurídica contemporânea: a preparação que um jurista de nossa época possui para compreender o fenômeno jurídico em geral”³⁸.

É certamente fácil, para o próprio Camerino, traçar as fontes da sua teoria na filosofia romântica e idealista tardia alemã, com referências a figuras como Schleiermacher, Wach, Stier, Beck, Tholuck, Rosenkranz, Ast,

também: GRIFÒ, G. *Note per una ricerca. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, 1978; GRIFÒ, G. *Il problema dell' "interpretativo"*. *Labeo*, n. 34, 1988, p. 213-218; GRIFÒ, G. *Problemi dell'interpretazione*. In: CASSESE, S. et al (eds). *L'unità del diritto: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna: Il Mulino, 1994, p. 315 e seguintes; GRIFÒ, G. *Emilio Betti und die juristische Hermeneutik*. In: ADRIAANSE, H. J.; ENSKAT, R. (eds). *Fremdheit und Vertrautheit: Hermeneutik im europäischen Kontext*. Leuven: Peeters, 2000.

³³ BETTI, E. *Diritto romano e dommatica odierna*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 1991.

³⁴ *Ibidem*, p. 68.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p. 70.

³⁷ *Ibidem*, p. 72.

³⁸ *Ibidem*.

Boeckh, Humboldt, Steinthal, Droysen, Simmel, Dilthey, Rothacker, Hartmann, Heidegger, Gadamer, e outros. Entretanto, é inegável um dado historicamente irrefutável: “existe uma tradição plurissecular eminentemente jurídica no que se refere a interpretações e reflexões sobre o procedimento hermenêutico, iniciada com a jurisprudência humanista”³⁹ e pré-humanista. Destaca-se que essa jurisprudência era, propriamente, o estudo da elaboração de uma metodologia interpretativa no campo do direito, metodologia que foi, em grande parte, deixada de lado com o predomínio de doutrinas como o jusnaturalismo, o positivismo naturalístico e o historicismo romântico⁴⁰.

A emergência do percurso da história do método, na formação do pensamento bettiano, embora acabe, de certa forma, por contrastar com as próprias afirmações do jurista de Camerino, não reduz os valores das categorias filosófico-jurídicas que dela podem ser extraídas para uma reconstrução conceitual abrangente da estrutura e funcionalidade de uma metodologia jurídico-hermenêutica, capaz de se posicionar inicialmente como uma teoria geral peculiar do direito e, em seguida, como uma Teoria Geral da Interpretação aplicável a todos os campos do saber.

O Humanismo-Renascimento, na verdade, em vez de ser um momento de ruptura e mudança em relação à doutrina jurídica medieval, configura-se como um retorno pleno ao aprofundamento da doutrina da tradição do direito romano, em resposta à necessidade de identificar o critério correto para avaliar tradições e fontes, conforme escrevia, naquela época, o jurista Viglius⁴¹.

No campo jurídico, desde pelo menos o Humanismo, mas também a partir do final da Idade Média, o problema hermenêutico se resume, desde

³⁹ Cf. PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 21, particularmente importante, como já apontado no texto, é a referência do autor à pesquisa de G. Kisch e E. Genzmer.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 20-21.

⁴¹ *Ibidem*, p. 22, onde o autor relata a famosa carta de Viglius a Amerbach de 1532, na qual Viglius explicava como toda a atividade do jurista se resolve na busca de um método correto de interpretação, “*die richtige Methode der Interpretation zu finden*”.

o início, no contraste entre a lógica concreta hermenêutica e a legitimidade jurídico-política da interpretação⁴², em razão do fato fundamental de que o problema da interpretação jurídica é uma questão inerente à cultura em sentido amplo.

Deixando de lado a historiografia, do ponto de vista conceitual, não se pode absolutamente negligenciar que foi o Humanismo jurídico que propôs a ciência hermenêutica como ciência metodológica, compreendendo a função evolutiva da interpretação ao longo do tempo⁴³, a necessidade do conhecimento científico seguro no campo da interpretação jurídica⁴⁴, mas, sobretudo, a necessidade da tolerância⁴⁵ e da participação humana do jurista antes e durante a aplicação da norma⁴⁶.

A construção de um método adequado e inerente à realidade do direito, que seja capaz de fundamentar uma legitimidade da interpretação, tal como aquele que encontra suas origens no Humanismo e, especificamente, no Humanismo jurídico, é algo bem diferente da construção dogmática do direito, que não busca legitimidade externa, uma vez que, como a própria palavra sugere, seus dogmas são propriamente o fundamento e a legitimidade do direito. A legitimidade, portanto, está colocada como *in re ipsa* no dogma.

A questão é relevante porque, provavelmente, a melhor forma de compreender a força das fontes jurídicas tardo-medievais e humanistas na metodologia bettiana, bem como de identificar o fundamento da distinção entre dogmática e metodologia na teorização bettiana, é, antes mesmo de verificar diretamente a ascendência das categorias do Humanismo jurídico, por meio de identificações e comparações com as construções bettianas, examinar qual é o percurso teórico em que se realiza a clara separação entre a possibilidade de pensar o direito como interpretação e legitimação dessa

⁴² *Ibidem*, p. 25.

⁴³ *Ibidem*, p. 29.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 31.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 38.

interpretação, de um lado, ou, de outro lado, como uma forma autossuficiente e autolegítima, independentemente da sua interpretação.

Colocada a questão nesses termos, fica evidente que a ascendência eminentemente jurídica da metodologia hermenêutica bettiana não deve necessariamente ser vista em uma leitura historicista contra Betti. Ou seja, considerar que a fonte histórico-humanista seja, por necessidade e pelo próprio fato de ser um dado histórico, o momento-chave de influência na construção da metodologia bettiana, independentemente do fato de o jurista de Camerino estar ou não consciente disso, e, portanto, independentemente de ele ter ou não desejado seguir de forma deliberada a hermenêutica filosófico-romântica em vez da hermenêutica jurídico-metodológica pré-humanista e tardo-humanista.

Na verdade, essa abordagem não parece ser, por si só, suficiente para resolver completamente o problema.

Pelo contrário, talvez seja justamente a insuficiência do dado histórico da existência da metodologia hermenêutica humanista em contraposição à interpretação autêntica que Betti faz de seu esforço teórico que tenha levado os estudiosos do pensamento bettiano não apenas a seguir o caminho sugerido pelo intérprete autêntico, mas também a considerá-lo quase como um dado certo, sem proceder a investigações mais profundas.

O ponto central é, por outro lado, de natureza teórico-histórica, em vez de histórico-teórica, conceitual, e não fenomenológica, capaz de envolver decisivamente a metodologia jurídico-hermenêutica bettiana e, ao mesmo tempo, explicar completamente por que a *Teoria Geral da Interpretação* não se limita ao âmbito do historicismo alemão e da dogmática jurídica, com a qual se funde, mas vai além, até se separar completamente deles. Isso se observa no momento em que, aproximadamente no século XVII, nos territórios alemães onde surgiu a metodologia jurídico-hermenêutica humanista por meio de juristas como Melanchthon, Viglius, Zasius, Hattesdius, Amerbach, Cantiuncula, em oposição aos Comentadores, e, na Itália, Lorenzo Valla em oposição a Accursio e Bartolo, a racionalidade

matemática começa a prevalecer sobre a hermenêutica metodológica, inclusive no campo jurídico.

O advento da racionalidade matemática, analítica e lógico-gramatical sobre a metodologia jurídico-cultural tardo-medieval e humanista não é relevante apenas do ponto de vista historicista, pelo menos não no sentido de que a história deve ser considerada uma determinação temporal da realização conceitual, mas sim de forma relevante do ponto de vista filosófico-teórico, uma vez que são os conceitos que operam e têm uma forte eficácia na realização dos fatos históricos.

De fato, a metodologia hermenêutica humanista, em particular, surgiu como a proposição de um método de interpretação jurídica derivado da teologia, mas também da necessidade de clarificar, por exemplo, as artes mânticas ou as ciências naturalísticas⁴⁷.

Esta origem da *hermeneutica iuris* foi certamente muito prejudicial quando, entre os séculos XVII e XVIII, a confiança na deusa razão procurou destruir tudo o que tivesse ascendências não associáveis a ciências demonstráveis cientificamente, como a matemática ou a física.

Comparado ao trabalho dos estudiosos humanistas, que tentaram justificar o direito como uma interpretação capaz de garantir um conhecimento científico-jurídico seguro a ser introduzido, porém, dentro de um conhecimento mais amplo, a partir do final do século XVII foi preferido o trabalho daqueles juristas que se mantinham rigorosamente aos textos de vontade soberana ou que, de qualquer forma, interpretavam para proteger e garantir essa vontade, optando por um tipo específico de interpretação em vez da controvérsia sobre duas diferentes aplicações das normas ao caso concreto; a controvérsia que havia caracterizado o trabalho dos juristas da *hermeneutica juris*. Estes últimos estavam distantes das sedes do poder político e não vinculados ao interesse governamental ou à escolha de uma direção política predeterminada a ser dada à sociedade por meio da

⁴⁷ Sobre a Hermenêutica Mântica, conforme PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermenêutica moderna*. Milão: Giuffrè, 1974, p. 5.

interpretação, ou, pelo menos, estavam interessados em fornecer diferentes direções políticas em relação às direções governamentais dominantes.

Entre o tipo de interpretação que caracterizava a *hermeneutica juris*, baseada na controvérsia teórica, na dialética e na discussão sobre o que, ao final, era uma escolha coincidente com uma visão geral do mundo, e o tipo de interpretação que, em vez disso, ligado a escolhas políticas precisas e formulações aplicativas específicas, garantia aos governantes maior controle sobre a sociedade, atribuindo mais rigor e cientificidade à ciência jurídica, prevaleceu, obviamente, o segundo.

Havia, no procedimento interpretativo dos Glossadores e Comentadores⁴⁸, uma cientificidade não contaminada por ascendências metafísicas, mágicas ou naturalísticas, uma capacidade de construção teórica que podia e devia, por razões relacionadas à gestão da coisa pública e ao poder político, influenciar as épocas históricas subsequentes.

A continuidade entre os Glossadores, os Comentadores e as Escolas de pensamento jurídico subsequentes, como, por exemplo, a de Christian Wolff⁴⁹, foi, portanto, um fato inevitável, uma vitória previsível do mais forte.

O *calculus ratiocinator* de Leibnitz⁵⁰, por meio de Wolff, que o estabeleceu em uma lógica axiomatizada possível para a juridicidade, capaz de garantir um raciocínio lógico sobre uma premissa independentemente

⁴⁸ Sobre a ciência jurídica tardo-medieval como “*interpretativo*”, cf. GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996, p. 162 e seguintes. É interessante notar, de fato, como o autor gostaria de salientar que o termo latino: *interpretatio* a ser utilizado pelos juristas medievais é muito diferente da interpretação lógica do positivismo de hoje e que a noção mais complexa de interpretação, no sentido amplo de uma ordem jurídica viva, foi devolvida a apenas por juristas “culturalmente mais vivos”, como Ascoli e Betti.

⁴⁹ Veja, pelo menos, como referência essencial: WOLFF, C. *Philosophia prima sive ontologia*. Magde Burgicae, Halae, 1730; WOLFF, C. *De jurisprudentia in formam demonstrativam redigenda*. In: *Horae subsecivae marburgenses*, Frankfurt, Leipzig, 1731-1732 e também, Veronae, 1770.

⁵⁰ Para a obra de Leibnitz, ver: LEIBNITZ, G. W. (1646 – 1716). Berlin: Werke, 1982, muito relevante para os propósitos de nossa discussão, na tradução de BARONE, F., *Sulla definizione in modo matematico delle forme dei sillogismi*. In: *Scritti di logica*, Bologna: Zanichelli, 1968.

de sua verdade na natureza, entrou no mundo do direito e teve força para expulsar radicalmente qualquer interesse por aquelas teorias de interpretação jurídica que, como teorias culturais abertas até mesmo à “simpatia”, entendida como participação humana em um julgamento não necessariamente lógico-racional, tinham ascendências e origens desprezíveis, do ponto de vista da lógica cientificista, no mundo da metafísica, da natureza e da magia.

A importância teórico-conceitual da continuidade e sobreposição da perspectiva jurídico-matemática de matriz wolffiana/leibniziana à perspectiva jurídico-interpretativa, literal e gramatical dos Glossadores e Comentadores, que imprimiu uma guinada brusca à história e que é unanimemente considerada, por quem quer que estude a dogmática jurídica, como decisiva para o surgimento da ciência que caracterizou a pandectística alemã⁵¹, assume, para o estudioso da metodologia bettiana, uma importância particular.

A escolha em favor do *calculus ratiocinator* e, portanto, da aplicação dos *mathemata* à ciência do direito, que coloca fim de forma drástica aos esforços dos juristas do Humanismo-Renascimento, voltados para a construção de uma ciência evolutiva da interpretação do direito, é uma escolha que, como é sabido, permite alcançar a separação da moral do direito e o encarceramento do imperativo categórico kantiano na fórmula jurídica, que se positivará.

O direito não precisava ser legitimado pela interpretação, pois deveria ser considerado capaz de se legitimar por si próprio através da positividade de seus dogmas, que nada mais eram do que a sincretização das ascendências teológicas medievais nos *mathemata*, ou seja, um conjunto de regras e princípios (*regulae dogmaticae*) válidos de forma incontestável por sua positividade, que, por sua vez, encontrava sua razão de ser em si mesma.

No século XIX alemão, culturalmente historicista-romântico e juridicamente pandectístico, o positivismo dos dogmas não podia senão se

⁵¹ MENGONI, L. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milão: Giuffrè, 1996, p. 27.

historicizar⁵² e, até mesmo, ir além da lei positiva, propondo-se como “uma unidade racional por meio de operações de abstração generalizadora baseadas nos conceitos em que se articula o discurso normativo”⁵³.

O conceito se apodera da história, entendida como o fluxo do tempo diacrônico, e a caracteriza, do ponto de vista jurídico-normativo, com a força sincrética de sua intemporalidade.

Na realidade, além do dado histórico da construção de uma metodologia interpretativa do direito no Humanismo-Renascimento e além do fato de o pensador de Camerino reconhecer ou não essa ascendência entre as fontes de sua *Teoria Geral da Interpretação*, pode-se considerar, com a serenidade científica de quem estuda não tanto a influência do fato histórico sobre os conceitos, mas o impulso teórico-conceitual sobre os eventos históricos, que a construção teórica bettiana tem pouquíssima relação com uma ciência do direito confinada nos limites científico-positivos ou historicistas do dogma⁵⁴.

Pode-se considerar plausível, independentemente do que é sustentado pelo próprio Betti, que ele tenha construído conscientemente uma metodologia interpretativa do direito antes mesmo de uma metodologia

⁵² *Ibidem*, pp. 30-33, onde o autor escreve: “*Il positivismo storicizza i dogmi giuridici spogliandoli della pretesa di validità assoluta, li assume come punti di vista di un ordinamento giuridico determinato nel tempo e nello spazio ... e ad essi attribuisce una normatività pari a quella della legge*”. Em tradução literal para a língua portuguesa entende-se: “O positivismo historiciza os dogmas jurídicos despojando-os da pretensão de validade absoluta, toma-os como pontos de vista de uma ordem jurídica determinada no tempo e no espaço... e atribui-lhes um nível normativo igual ao do direito”.

⁵³ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁴ A questão é claramente adaptada por Grifò (GRIFÒ, G. *Note per una ricerca. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, 1978), onde o autor destaca uma passagem importante (BETTI, E. *Se i discendenti legittimi*, 1925, p. 28 do Extrato) em que escreve o pensador Camerino: “*Per fortuna, noi non ci troviamo oggi nella disagevole condizione (propria dei Glossatori e dei Pandettisti tedeschi del secolo scorso) di dovere considerare come vigente il diritto romano. Possiamo, quindi, guardare alle soluzioni di questo con occhio storico e critico ad un tempo*”. Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se que: “Felizmente, hoje não nos encontramos na desconfortável condição (dos glossadores e pandectistas alemães do século passado) de ter de considerar o direito romano como em vigor. Podemos, portanto, olhar para as soluções para esta questão com um olhar histórico e crítico ao mesmo tempo”.

interpretativa para os diversos campos do saber, levando em conta que ele, não tanto por uma demanda de objetividade epistemológica, mas por um ideal de objetividade epistemológica do método, não quis de forma alguma partir de uma dogmática setorial de qualquer ramo do direito (pense-se, por exemplo, no direito romano), mas concebeu, desde o início, um método unitário⁵⁵ para a juridicidade como um todo.

Tal método, e o jurista de Camerino tem isso claro desde os primeiros passos que dá em direção à construção de sua teoria, não pode ter como ponto de partida a dogmática tradicional.

Se o método interpretativo da juridicidade se originasse na dogmática tradicional, objetiva em seus critérios e aspirante a essa objetividade, e não na objetividade do resultado da atividade interpretativa, ele já estaria vinculado a uma disciplina específica ou, mais ainda, a uma escolha de campo que, por si só, seria limitadora e excludente de qualquer objetividade concebível.

Ao construir uma metodologia da interpretação jurídica, que depois seria estendida a todos os outros campos do saber, Betti sabe, desde seus primeiros estudos, que exclui expressamente a dogmática tradicional, pelo menos como pressuposto de seu percurso de pensamento.

A exclusão da dogmática tradicional, como ponto de partida *destruens* para a construção do método, é um momento-chave para a plena compreensão da complexa história da construção da teoria geral de Betti. É um momento-chave porque explica que o método, para Betti, é, originariamente, um problema da juridicidade e porque esclarece as distâncias que o jurista Camerte toma do historicismo alemão, uma vez que é a própria estrutura metodológico-interpretativa que o força a se afastar da Escola Histórica do Direito e da dogmática tradicional, sobre a qual esta última se fundamenta.

⁵⁵ BETTI, E. *Diritto romano e dommatica odierna*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 131.

Afastar-se da dogmática tradicional como pressuposto, obviamente, não pode significar outra coisa senão, até mesmo, negligenciar toda aquela idade média que nega o direito como um fato cultural e o transforma em uma ciência matemática, reconhecendo uma forte dimensão e uma importância necessária aos estudos medievais tardios. e fontes humanísticas decisivas para a apresentação da ideia de uma construção metodológica para a interpretação do direito.

São, de fato, os conteúdos culturais de um direito não matematizado e não axiomatizado, tampouco dogmatizado, com claras implicações diacrônicas em relação a uma contextualização histórico-sincrônica, que permeiam o trabalho de estruturação metodológica da teoria geral do direito de Betti e, depois, da *Teoria Geral da Interpretação*.

Isso se torna ainda mais evidente quando se considera adequadamente que a metodologia jurídica, além de tal fundamento cultural, adquire também uma dimensão filosófica própria, no sentido de ser especificamente o direito do jurista a partir de uma perspectiva cultural ampla, capaz de transitar do homem à norma e da norma ao homem, sem necessariamente se colocar como o agente de um movimento mecânico de exteriorização da glosa, do dogma, da norma, da lei escrita e positiva.

Portanto, é fácil entender que, tendo em mente a contribuição da metodologia jurídica do direito romano e de sua elaboração posterior durante o Humanismo-Renascimento, e, ao mesmo tempo, vinculando-se à interpretação autêntica de Betti, ou seja, ao reconhecimento da dívida que o jurista de Camerino reconhece em relação à hermenêutica romântica, pode-se abrir um caminho interpretativo adicional, capaz de ampliar os horizontes de conhecimento dos significados da hermenêutica jurídica bettiana como metodologia.

Se é verdade que Betti reconhece sua dívida em relação à hermenêutica romântica, é igualmente verdade, e nenhum estudioso poderá negar isso se tiver lido mesmo que apenas algumas páginas da *Teoria Geral da*

Interpretação, que ele também reconhece, de forma rigorosa, uma dívida adicional, esta em relação à Nova Ontologia de N. Hartmann⁵⁶.

Para os propósitos de nosso percurso teórico-categorial, dois aspectos fundamentais da influência da ontologia hartmanniana sobre a *Teoria Geral*, em geral, e sobre a construção metodológica, em particular, devem ser destacados.

O primeiro aspecto é o fato de que, conforme já foi bem registrado⁵⁷, Hartmann retoma a fenomenologia husserliana, mas nunca a aceita completamente em sua forma pura. Ele busca superar o neokantismo, o idealismo e a fenomenologia husserliana, sem adotar o subjetivismo heideggeriano. Isso o leva, devido a uma inadequação na relação entre pensamento e conhecimento, por um lado, e realidade e experiência, por outro, a fazer da ontologia não apenas a ciência que investiga a estrutura fundamental do ser, mas também a tornar indispensável para o ser uma conexão com a realidade que só pode ser fornecida por meio de uma análise metodológica.

A nova ontologia hartmanniana é, de fato, o estudo não apenas da estruturação do ser, mas da estruturação do fundamento metodológico de aquisição da realidade e da utilização das categorias ontológico-metodológicas para o conhecimento efetivo e concreto do mundo real. O ser não é, portanto, uma estrutura formal-substancial que possa se distanciar nitidamente do método categorial que lhe permite adquirir a realidade. Ao contrário, a fenomenologia-metodológica categorial é a verdadeira dimensão e fundamento da nova ontologia.

Aqui se insere a questão fundamental, que diz respeito ao percurso de pesquisa em andamento, o aspecto decisivo da dívida de Betti para com

⁵⁶ HARTMANN, N. *Zur Grundlegung der Ontologie*, Berlin: de Gruyter, 1935; HARTMANN, N. *Neue Wege der Ontologie*. In: *Systematische Philosophie*, Stuttgart-Berlin, 1942; HARTMANN, N. *Ethik*. Berlin: de Gruyter, 1962; ARGIROFFI, A. *Valori, prassi, ermeneutica: Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans George Gadamer*. Torino: Giappichelli, 1994

⁵⁷ HARTMANN, N. *Neue Wege der Ontologie*. In: *Systematische Philosophie*, Stuttgart-Berlin, 1942.

Hartmann, que permite compreender não apenas até que ponto Betti é devedor de Hartmann na definição e estruturação de sua metodologia jurídica, mas também qual caminho ele segue, em consonância com Hartmann, para conceber um método hermenêutico distante daquele histórico, idealista e romântico.

Esse aspecto, ao se analisar detidamente, não permitirá mais associar a metodologia jurídico-hermenêutica à metodologia do idealismo e do romantismo alemão.

Na verdade, Hartmann, em *A fundação da ontologia*⁵⁸, reconhece na obra de Christian Wolff⁵⁹, por um lado, o ponto de chegada da tradição clássica-medieval, que lhe chegou por meio de Suárez, Duns Scotus e Tomás de Aquino, mas, por outro lado, o limite da tradição ontológica, a barreira que a nova ontologia deve ultrapassar para evitar os erros nos quais caem o idealismo subjetivista, o historicismo, a fenomenologia husserliana e o existencialismo heideggeriano.

Qual é, para Hartmann, o erro de Wolff, que, vale destacar, terá grande importância no campo jurídico, área que é o ponto de partida de Betti?

O problema essencial, o nó a ser desatado, é o tradicional problema dos universais.

As categorias gerais e abstratas das coisas, as mais gerais e abstratas possíveis, são certamente a base de uma ontologia, mas não representam, como sustentava a ontologia clássica tradicional, a solução definitiva do problema ontológico, que a nova ontologia busca resolver.

Em uma ontologia que pretende ser nova, essas categorias não devem mais ser apenas estudadas em sua fundamentação, mas precisam ser novamente deduzidas e verificadas à luz de sua necessidade de ter aderência à realidade, uma necessidade tanto da metafísica tradicional quanto da ciência contemporânea, com as quais Hartmann também se confronta.

⁵⁸ HARTMANN, N. *Zur Grundlegung der Ontologie*, Berlin: de Gruyter, 1935.

⁵⁹ WOLFF, C. *Philosophia prima sive ontologia*. Magdeburgicae, Halae, 1730.

O *mathemata* leibniziano, o dogma wolffiano, a norma jurídica, na nova ontologia de Hartmann assim como na metodologia hermenêutica bettiana, nessa dimensão específica, são reconhecidos como existentes, mas questionados quanto à sua operatividade.

Se o valor do saber não reside tanto em sua existência em si, mas em sua capacidade de aderir à realidade, o dogma, a abstração absoluta preditiva do real, sem uma contínua nova dedução e verificação, perde totalmente seu significado ontológico.

A ontologia tradicional, da *Metafísica* de Aristóteles à *Philosophia prima* de Wolff, ainda é válida para Hartmann, mas apenas quanto aos problemas que ela apresenta, não quanto às soluções.

A nova ontologia de Hartmann, portanto, aceita os problemas ontológicos da tradição, mas rejeita suas soluções dogmáticas e lógico-dedutivas-abstratas, buscando enfrentar a realidade com uma consciência crítica e sem qualquer ansiedade por soluções especulativas⁶⁰.

A análise categorial, que caracteriza o método de Hartmann, situa-se além do racionalismo absoluto e do relativismo historicista, sintetizando-se em uma posição crítica que não se opõe à compreensão da história pelo pensamento ou ao desenvolvimento do pensamento na história, mas, ao contrário, visa permitir um acesso contínuo, dedutivo e verificativo do pensamento na história.

Betti, ao reconhecer a recuperação inteligente de Hartmann da tradição teológico-metafísica ocidental, revisitada à luz do relativismo do século XX,

⁶⁰ Na tradução italiana da obra HARTMANN, N. Neue Wege der Ontologie. In: *Systematische Philosophie*, Stuttgart-Berlin, 1942, feita por G. PENATI, em 1975 (p. XIV), escreve: “... questo è il compito della “nuova ontologia” hartmanniana. In tal modo essa si contrappone all’idealismo e a ogni relativismo soggettivistico, e si distingue dallo stesso criticismo kantiano, di cui pure per molta parte intende continuare l’opera”. Em tradução literal para a língua portuguesa, entende-se: “... esta é a tarefa da “nova ontologia” Hartmanniana. Desta forma, contrasta-se com o idealismo e com todo o relativismo subjetivista, e distingue-se da própria crítica kantiana, da qual também pretende continuar o trabalho em grande parte”.

também presente, mas de maneira diferente, na filosofia dos valores⁶¹, à qual a nova ontologia opõe uma metodologia fenomenológico-verificativa-categorial, encontra, do ponto de vista da juridicidade, nesta última, a superação:

- a) do limite do dogma normativo;
- b) da intemporalidade geral e abstrata do direito;
- c) da lógica transcendental da legislação;
- d) da especificidade da ciência jurídica como ciência axiomático-demonstrativa distante da realidade efetiva.

O jurista de Camerino tem plena consciência, como demonstram as páginas da *Teoria geral* que tratam especificamente do “problema epistemológico da compreensão”⁶², da “fenomenologia das formas representativas”⁶³ e das que tratam propriamente da “fenomenologia hermenêutica”⁶⁴, de que é o método fenomenológico que permite à nova ontologia de Hartmann superar o dogmatismo especulativo e metafísico de grande parte da tradição clássica-medieval e o subjetivismo hipercrítico do idealismo historicista. E isso ocorre porque o método fenomenológico permite à nova ontologia de Hartmann propiciar um confronto contínuo e incessante com dados e situações reais efetivos, verificáveis em cada momento, e independentes de qualquer forma de teorização abstrata, em contraste com todo idealismo e realismo.

⁶¹ É importante sublinhar que este é o momento teórico que terminará, como se pode ver diversas vezes no texto, a distinguir a filosofia do direito de Emilio Betti da filosofia do direito de Giuseppe Capograssi, momento que, do ponto de vista do ponto de vista da legalidade, pode ser muito bem apreendido nos estudos, diversas vezes citados no texto, de Luigi Caiani. Comparada com a metodologia hermenêutica, de fato, a filosofia da experiência jurídica nunca prescindirá da herança cultural proporcionada pela filosofia dos valores alemã.

⁶² BETTI, E. *Teoria generale dell'interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1990, pp. 59-159.

⁶³ *Ibidem*, pp. 133-141.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 925-951.

O método fenomenológico da nova ontologia de Hartmann estabelece bases indispensáveis para a estruturação da metodologia jurídica bettiana e para um conhecimento crítico-reflexivo das estruturas do real, entendidas em sua generalidade, abrindo caminho para a consciência de poder, dessa forma, ultrapassar tanto a esfera da consciência em que o saber transcendental da ontologia tradicional se encontra confinado quanto o limite físico-matemático-realista da *epoché* husserliana, que tal consciência corre o risco de perder de vista.

Essa visão de mundo universal, ontológica, transcendental, mas que não se afasta de uma abordagem contínua com o real, com o qual sempre se reavalia, é uma visão que, justamente quando parece reconhecer a força do dogmatismo wolffiano, evidencia sua grande fraqueza. Enquanto pensa ontologicamente, não admite uma ontologia que seja apenas o estudo da estruturação do ser, mas também e, sobretudo, o estudo de sua contínua e modificativa dinâmica cognitiva. Tal visão se coaduna perfeitamente com a tradição do direito romano, revisitada à luz do *habitus* do dogmático moderno em primeiro lugar, e do direito tardo-medieval e humanista-renascentista em seguida, que sempre negou ao direito um valor além da constante verificação caso a caso.

A verificação caso a caso, que de fato nega o dogmatismo wolffiano, torna-se filosoficamente justificável precisamente com a ontologia crítica de Hartmann, que possui um caráter não dogmático tradicional, tampouco definitivo nas conclusões lógico-axiomáticas, mas sim problemático e aporético nas questões interpretativas que caracterizaram a *hermeneutica juris* humanista e que, certamente, também caracterizam o *habitus* que o jurista contemporâneo deve possuir.

Nos passos dessa nova ontologia, a metodologia jurídico-hermenêutica, para Betti, jamais poderá ser reduzida a tentativas de definição totalizante do real, a partir das quais se deduziria a própria história individual-espírito. Deve sempre considerar aqueles fatos individuais e irreduzíveis que são os fatos jurídicos singulares, que nem sempre podem ser

relacionados a aspectos espirituais da realidade e que, ao contrário, em sua determinação não espiritual, fazem da história do espírito um tecido concreto, aquele tecido concreto que, desde sempre, caracteriza a fenomenologia da juridicidade.

A origem eminentemente jurídica da hermenêutica bettiana, portanto, quase paradoxalmente, no ato da estruturação do momento metodológico, a caracteriza como uma hermenêutica filosófica, mas de uma filosofia que não é, em si mesma, método, pois o método é certamente um método de interpretação jurídica, mas sim cultura, no sentido de que essa hermenêutica está ciente de que o conteúdo e a forma da juridicidade são produtos de uma realidade cultural, entendida em sentido amplo, onde “cultural” não se refere apenas ao espírito, nem apenas ao mundo, mas ao conjunto de espírito e mundo.

À luz da relação com a nova ontologia de Hartmann, que impregna a metodologia jurídica bettiana, as origens jurídicas, ligadas à conceitualização humanista, estranhas à dogmática dos séculos XVII e XVIII, com suas caracterizações filosófico-culturais específicas, diferentes das típicas da filosofia romântica alemã, explicam, na raiz, as diferenças significativas entre a metodologia hermenêutica bettiana e a hermenêutica canônica, impregnada pela renomada filosofia historicista-romântica alemã.

E é precisamente desse raciocínio que se conclui claramente como, na metodologia bettiana, se entrelaçam problemas eminentemente jurídicos e também problemas eminentemente filosóficos, em uma mistura em que uns não conseguem existir sem os outros.

A metodologia jurídico-hermenêutica se apresenta, portanto, como uma proposição teórica de tamanho interesse para as ciências jurídicas que não pode deixar de se revelar um argumento de grande interesse para as ciências filosóficas, partindo de uma perspectiva própria da filosofia do direito, entendida como a filosofia da cultura jurídica, capaz de se abrir a todas as outras ciências que Betti aspirava metodizar epistemologicamente.

No entanto, há ainda muito a ser discutido sobre as fontes filosóficas da metodologia jurídico-hermenêutica e sob múltiplas perspectivas. Há, por exemplo, a necessidade de discussão sobre a *substantia* filosófica da metodologia.

Referências Bibliográficas

- ADORNO, T. H. *Negative Dialektik*, Frankfurt am Main, 1966, pp. 61-62, trad. it. Torino: Einaudi, 1970.
- ARGIROFFI, A. *Valori, prassi, ermeneutica: Emilio Betti a confronto con Nicolai Hartmann e Hans George Gadamer*. Torino: Giappichelli, 1994.
- BARONE, F., *Sulla definizione in modo matematico delle forme dei sillogismi*. In: *Scritti di logica*, Bologna: Zanichelli, 1968.
- BETTI, E. *Diritto romano e dommatica odierna*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffré, 1991, p. 59-133.
- BETTI, E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Milão: Giuffré, 1949.
- BETTI, E. *L'ermeneutica storica e la storicità dell'intendere*. In: *Annali della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari*, XVI, 1962.
- BETTI, E. *Per una nuova filosofia del diritto e della cultura*. In: GRIFÒ, G. Note per una ricerca - apêndice. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, 1978, pp. 288-292.
- BETTI, E. *Revisione critica di Kant*. In: BETTI, E. (ed). *Diritto. Metodo. Ermeneutica*. Milão: Giuffré, 1991, pp. 451-457.
- BETTI, E. *Teoria generale dell'interpretazione*. Milão: Giuffré, 1990.
- BETTI, E. *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*. *RISG*, 1948, pp. 34-93.
- BETTI, E. *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*. *RISG*, 1951, pp. 94-134.
- BETTI, E. *Una teoria del negozio giuridico*. In: RODOTÁ, S. (ed). *Il diritto privato nella società moderna*. Bologna: Il Mulino, 1971.

- BIANCO, F. *La teoria dell'interpretazione di Emilio Betti nel dibattito ermeneutico contemporâneo*. *Rivista di filosofia*, n. 3, 1993.
- BIANCO, F. *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere: Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*. *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978.
- BRETONE, M. *Il paradosso di una polemica*. Milão: Giuffrè, 1979.
- CAIANI, L. *La filosofia dei giuristi italiani*. Padova: Cedam, 1955.
- CALASSO, F. *Introduzione al diritto comune*. Milão: Giuffrè, 1959.
- CALASSO, F. *Il diritto comune come fatto spirituale*. *RISG*, 1946. pp. 315-358.
- CALOGERO, G. *Croce e la scienza giuridica*. *RISG*, 1952-53, I, pp. 59-60.
- CAMMARATA, A. E. *Contributo a una critica gnoseologica della giurisprudenza (1925)*. In: *Formalismo e sapere giuridico*. Milão: Giuffrè, 1963.
- CAMMARATA, A. E. *Formalismo e sapere giuridico*. Milão: Giuffrè, 1963.
- CAPOGRASSI, G. *Il problema della scienza del diritto*. Roma: Imprenta, Foro Italiano, 1937, p. 532.
- CAPOGRASSI, G. *Opere*, VI, 1929, pp. 60-61.
- CAPOGRASSI, G. *Recensione a A. MESSER, Commento alla Critica della Ragion Pura di Kant*. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, IX, 1929, pp. 927-928.
- CAPOZZI, G. *Filosofia, scienza e praxis del diritto*. Napoli: Jovene, 1982.
- CAPOZZI, G. *Giudizio, prova e verità: I principi della scienza nell' "Analitica di Aristotele"*. Napoli: Esi, 1974.
- CAPOZZI, G. *Teoria della conoscenza e conoscenza giuridica nella filosofia del diritto di Gentile*. In: *Il pensiero di Giovanni Gentile*. *Enciclopedia '76/'77*, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977.
- CARCATERRA, G. *L'attuale filosofia del diritto in Italia e i suoi problemi*. In: *Saggi di filosofia del diritto*. Bulzoni, 1989.
- CESARINI SFORZA, W. *Corporativismo*. In: *Enciclopedia del diritto*, vol. X, Milão: Giuffrè, 1962.

- CESARINI SFORZA, W. *Diritto corporativo vecchio e nuovo e Corporativismo e scienza del diritto*. In: *Il corporativismo come esperienza giuridica*. II ed, Milão: Giuffrè, 1963.
- CESARINI SFORZA, W. *Giuristi o filosofi?* In *Vecchie e nuove pagine di filosofia, in Storia e diritto*, I. Milão: Giuffrè, 1967.
- CESARINI SFORZA, W. *Idee e problemi di filosofia giuridica*. Milão: Giuffrè, 1956.
- CESARINI SFORZA, W. *Il diritto come arte*. *RISG*, 1949, pp. 401-407.
- CESARINI SFORZA, W. *Il diritto come arte*. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1949, pp. 401-407.
- CESARINI SFORZA, W. *Il problema della giustizia*. *RIFD*, 1961, pp. 45-54.
- CESARINI SFORZA, W. *Individuo e Stato nella corporazione*. In: *Il Corporativismo come esperienza giuridica*. II ed. Milão: Giuffrè, 1963, pp. 165-187.
- CESARINI SFORZA, W. *Norma giuridica e struttura sociale*. *RIFD*, 1960, pp. 127-131.
- CESARINI SFORZA, W. *Osservazioni sulla scienza giuridica*. *RISG*, 1950, pp. 28-48.
- CESARINI SFORZA, W. *Problemi dominanti nell'odierna filosofia del diritto*. *RIFD*, 1932, pp. 188-200.
- CESARINI SFORZA, W. *Recensione al volume di Enrico Opocher, il Valore dell'esperienza giuridica*. *RISG*, 1948, pp. 483-486.
- CESARINI SFORZA, W. *Vecchie e nuove pagine di filosofia, storia e diritto*, voll. 2, Milão: Giuffrè, 1967 (obra póstuma).
- CESARINI SFORZA, W. *Volontà privata e autonomia*. *RIFD*, 1930, pp. 125 e ss.
- CHIODI, G. M. *Equità: La regola costitutiva del diritto*, Torino: Giappichelli, 2000.
- CHIODI, G. M. *La regola costitutiva del diritto*. Torino: Giappichelli, 2000.
- CICALESE, M. L. *La formazione del pensiero politico di Giovanni Gentile (1869-1919)*. Milão: Giuffrè, 1972.

- COSTA, P. *Widar Cesarini Sforza: 'illusioni' e 'certezze' della giurisprudenza* (in margine a Crocianesimo e cultura giuridica italiana di Antonio De Gennaro). *Quaderni fiorentini*, nn. 5/6, 1976-1977, pp. 1031-1095.
- CROCE, B. *Conversazioni critiche*, serie IV, II ed. riv., Bari: Laterza, 1951.
- DE FRANCISCI, P. *Emilio Betti e i suoi studi intorno all'interpretazione*. *RISG*, 1951, pp. 1-50.
- DE GENNARO, A. *Emilio Betti: dallo storicismo idealistico all'ermeneutica*. *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978.
- DE GENNARO, A. *L'ermeneutica idealistica: Filosofia politica neoidealistica italiana e interpretazione*. Napoli: Esi, 1993.
- FIORAVANTI, M. *Costituzione e stato di diritto*. *Filosofia politica*, n. 2, 1991, pp. 325-350.
- FIORAVANTI, M. *Giuristi e costituzione politica nell'800 tedesco*. *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978.
- FOUCAULT, M. *La verità e le forme giuridiche*. Trad. it. de L. Alessandro. Napoli: Arte tipográfica: 1991.
- FROSINI, V. *Giovanni Gentile, giurista pisano*. In: *Enciclopedia '76/'77*, Firenze: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1977, p. 395-399
- GADAMER, H. *Das problem der Geschichte in der neueren deutschen Philosophie*. *Kleine Schriften*, I, 194, pp. 9-10.
- GADAMER, H. G. *Emilio Betti und das idealistische Erbe*. *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978, pp. 5-11.
- GADAMER, H. *Hegel e l'ermeneutica*. Napoli: Bibliopolis, 1980.
- GADAMER, H. *Replik. Hermeneutik und Ideologiekritik*. Frankfurt am Main, 1971.
- GADAMER, H. *Wahrheit und Methode* (1960). IV ed. Tübingen, 1975.
- GARIN, E. *Cronache di filosofia italiana*, I, Bari: Laterza, 1966.
- GARIN, E. *Intellettuali italiani del XX secolo*. Roma: Editori riuniti, 1974.
- GENTILE, G. *Genesi e struttura della società*. Milano: A. Mondadori, 1954.

- GENTILE, G. *Genesi e struttura della società: Saggio di filosofia pratica*. Firenze: Sansoni, 1946, pp. 89-90.
- GENTILE, G. *I fondamenti della filosofia del diritto*. In: *Annali delle Università Toscane*, Pisa, 1916.
- GENTILE, G. *La riforma della dialettica hegeliana*. In: *Opere*, vol. 27, Firenze: Sansoni, 1954.
- GENZMER, E. *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*. Trieste: Università di Trieste, 1954.
- GERBER, C. F. *Diritto pubblico*. Milão: Giuffrè, 1971.
- GERBER, C. F. *Grundzüge eines systems des deutschen Staatsrechts*. Leipzig, 1865.
- GRIFFERO, T. *Interpretare: La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*. Torino: Rosenberg & Sellier, 1988.
- GRIFÒ, G. *Emilio Betti und die juristische Hermeneutik*. In: ADRIAANSE, H. J.; ENSKAT, R. (eds). *Fremdheit und Vertrautheit: Hermeneutik im europäischen Kontext*. Leuven: Peeters, 2000.
- GRIFÒ, G. Il problema dell' "interpretativo". *Labeo*, n. 34, 1988, p. 213-218.
- GRIFÒ, G. *Note per una ricerca. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 7, 1978.
- GRIFÒ, G. *Problemi dell'interpretazione*. In: CASSESE, S. et al (eds). *L'unità del diritto: Massimo Severo Giannini e la teoria giuridica*, Bologna: Il Mulino, 1994.
- GRIFÒ, G. *Sulla diffusione internazionale del pensiero ermeneutico bettiano*. In: RIZZO, V. (ed). *Emilio Betti e l'interpretazione*. Napoli: Esi, 1991, pp. 21-44.
- GRIFÒ, G. *Sulla genesi della teoria generale dell'interpretazione*. (Un diario generale e altri inediti). In: FROSINI, Vittorio. RICCOBONO, Francesco (eds). *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*. Milão: Giuffrè, 1994.
- GROSSI, P. *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Milão: Giuffrè, 1998.
- GROSSI, P. *La scienza giuridica italiana: Un profilo storico (1860-1950)*. Milão: Giuffrè, 2000.

- GROSSI, P. *L'ordine giuridico medioevale*. Roma-Bari: Laterza, 1996.
- HARTMANN, N. *Ethik*. Berlin: de Gruyter, 1962.
- HARTMANN, N. *Neue Wege der Ontologie*. In: *Systematische Philosophie*, Stuttgart-Berlin, 1942.
- HARTMANN, N. *Zur Grundlegung der Ontologie*, Berlin: de Gruyter, 1935.
- HEIDEGGER, M. *Vom Wesen der Wahrheit*. Zu Platons Höhlengleichnis und Theätet, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1988, trad. it. de Franco Volpi, Milão: Adelphi, 1997.
- IRTI, N. *Società civile: Elementi per un'analisi del diritto privato*. Milão: Guiffrè, 1992.
- KANTOROWICZ, E. H. *La sovranità dell'artista*. Venezia: Marsilio, 1995.
- KELSEN, H. *Reine Rechtslehre* (1934), trad. it. de R. Treves, Torino: Einaudi, 1984.
- KISCH, G. *Claudius Cantiancula. Ein Basler Jurist und humanist des 16. Jahrhunderts*. Basel: Helbing und Lichtenhahn, 1970.
- KISCH, G. *Consilia. Eine Bibliographie der juristischen Konsiliensammlung*. Stuttgart: Helbing und Lichtenhahn, 1970.
- KISCH, G. *Gestalten und probleme aus Humanismus und Jurisprudenz*. Berlin: de Gruyter, 1967.
- KISCH, G. *Melanchthons Rechts und Soziallehre*. Berlin: de Gruyter, 1967.
- KOSCHAKER, P. *Europa un das römische Recht*. München: Biedersten, 1947.
- LIMONE, G. *Dimensioni del simbolo*. Napoli: Arte Tipografica, 1997.
- LIMONE, G. *Il sacro come la contraddizione rubata*. Napoli: Jovene, 2001.
- LIMONE, G. *Tempo della persona e sapienza del possibile: Valori, politica, diritto in Emmanuel Mounier*. Napoli: Esi, 1988.
- LOMBARDI, L. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*. Milão: Giuffrè, 1967.
- MAGGIORE, G. *Il problema del diritto nel pensiero di Giovanni Gentile*. In: *Giovanni Gentile: La vita e il pensiero*, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 231-244.

- MAGGIORE, G. *La dottrina del metodo giuridico e la sua revisione critica*. RIFD, VI, 1926.
- MENGONI, L. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milão: Giuffré, 1996.
- MENGONI, L. *La polemica di Betti con Gadamer*. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 1978, p. 125-142.
- MICELI, V. *Il concetto filosofico del diritto secondo Giovanni Gentile: Nota critica*. Pisa: Mariotti, 1920.
- NATOLI, S. *Giovanni Gentile filosofo europeo*, Torino: Bollati Boringhieri, 1989.
- NEGRI, A. *L'inquietudine del divenire: Giovanni Gentile*, Firenze: Le Lettere, 1992 em particular a p. 9 ss. e p. 144 ss.
- PETRILLO, F. *Diritto e volontà dello stato nel pensiero di Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997.
- PETRILLO, F. *La teologia dello Stato di Giovanni Gentile*. In: PETRILLO, F. (ed). *Filosofia dello Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997.
- PETRILLO, F. *La teoria dello Stato come sintesi dell'attualismo*. In: GIOVANNI, P. (ed) *Giovanni Gentile: tra idealismo e antiidealismo*, Milano: Franco Angeli, 2003, pp. 389-398.
- PLACHY, A. *La teoria dell'interpretazione: Genesi e storia dell'ermeneutica moderna*. Milão: Giuffré, 1974.
- RICCOBONO, S. *Lineamenti di storia delle fonti del diritto romano*. Milão: Giuffrè, 1949.
- RICOEUR, P. *Ermeneutica filosofica e ermeneutica biblica*. Tradução Italiana. Brescia: Paideia, 1977.
- ROMANO, S. *L'ordinamento giuridico* (1917), a já citada edição de 1946, Florença: Sansoni, 1946, p. 16, nota 14 e p. 22, nota 22.
- ROSSI, P. *La storiografia filosofica del neoidealismo italiano*, in *Storia e filosofia*. Torino: Einaudi, 1969.
- SAVIGNY, F.C. *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*. Heidelberg: Mohr, 1850.

- SBARBERI, F. *Gentile politico: Un mistico dell'onnipotenza dello stato*. In: *Studi politici in onore di L. Firpo*, vol. III, Milão: Franco Angeli, 1990, em particular, pp. 825-850, em particular, p. 832.
- SCAZZOLA, A. *Giovanni Gentile e il Rinascimento*. Istituto Italiano per gli studi filosofici. Napoli: Vivarium, 2002.
- SCHIAVONE, A. "Il nome" e "la cosa". *Quaderni fiorentini*, n. 7, 1978, pp. 293-310.
- SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. *Dialettica, dialogicità e formalismo in Giovanni Gentile: Considerazioni sull'idealismo attuale*. In: *Filosofia dello Stato e scienza della logica in Giovanni Gentile*. Torino: Giappichelli, 1997, cit., pp. 43-83.
- SERRA, T.; CAMMARATA, A. E. *La Critica gnoseologica della giurisprudenza*. Napoli: Esi, 1988, pp. 8-9.
- SPAVENTA, B. *La filosofia italiana nelle sue relazioni con la filosofia europea*. In: *Opere*, vol. 1, Firenze: Sansoni, 1972.
- SPAVENTA, B. *Scritti filosofici e Principi di ética*. In: *Opere*, vol. 1 e 2, Firenze: Sansoni, 1972.
- VATTIMO, G. *Oltre l'interpretazione*. Roma-Bari: Laterza, 1994.
- VINOGRADOFF, P. *Roman law in medieval Europa*. Oxford: Claredon Press, 1929.
- VOLPICELLI, A. *Corporativismo e scienza del diritto*. Risposta al Prof. Cesarini Sforza, in *Archivio di studi corporativi*, Roma, 1937, p. 423 ss.
- VOLPICELLI, A. *I presupposti scientifici dell'ordinamento corporativo*. In: *Atti del secondo convegno di Studi sindacali e corporativi*. *Archivio di studi corporativi*, Roma, 1932, p. 123 ss.;
- VOLPICELLI, A. *La genesi dei fondamenti della filosofia del diritto di Giovanni Gentile*. In: *Giovanni Gentile: La vita e il pensiero*, Firenze: Sansoni, 1948-1961, vol. I, 1948, pp. 363-379.
- WOLFF, C. *De jurisprudentia in formam demonstrativam redigenda*. In: *Horae subsecivae marburgenses*, Frankfurt, Leipzig, 1731-1732; Veronae, 1770.
- WOLFF, C. *Philosophia prima sive ontologia*. Magde Burgicae, Halae, 1730.

Profili funzionali della mediazione civile e commerciale: la funzione tradita

di Santo Viotti*

Sommario: 1. Premessa. - 2. La funzione sociale e normativa della mediazione civile e commerciale. - 3. La funzione tradita.

Abstract: The willingness of the parties to settle their dispute outside the judgment is an identifying criterion of alternative instruments (ADR) and is at the same time an indicator of their function. Civil and commercial mediation, as the main tool of ADR, as a result of the voluntary matrix is also aimed at improving relations between citizens and access to justice, reducing the use of judicial forms. The analysis of the reference discipline, the transposition and the application that is provided leads to assert that the function has remained partially ineffective.

Keyword: civil and commercial mediation – social function – partial disapplication.

1. Premessa

È sicuramente compito del giurista, interpretare ed applicare la norma giuridica. Ma è altrettanto compito del giurista, attento alle conseguenze che quell'applicazione produce sulla società¹, verificare se l'applicazione fornita

* Già Professore incaricato di Conflitti e mediazioni presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, Dipartimento di giurisprudenza, economia e sociologia.

⁽¹⁾ La preposizione "sulla" deriva dalla convinzione che spesso la legge non è "realmente rappresentativa della pluralità degli interessi e delle istanze sociali di cui lo Stato, attraverso il meccanismo della produzione legislativa, si fa istituzionalmente carico" in Bilotta, B.M., (2008), *Forme di Giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Milano, p. 27 ss., con diffuso

sia stata e sia rispettosa della funzione prefissata dal legislatore e delle attese sociali.

La verifica diviene complessa e forse completa se riguarda non soltanto il recepimento che è stato fornito della legge; ma se si concentra, altresì, sull'applicazione giudiziaria fornita.

Queste le principali attenzioni che occasionano il presente lavoro.

La disamina svolta sembra condurre alla conclusione che negli strumenti alternativi, e nella mediazione in particolare, la funzione sociale e normativa è stata quanto meno parzialmente disattesa, in buona parte inattuata, per una duplice ragione.

Innanzitutto per la diversa identità di valori, tradotta in una diversa identità di interessi, fra le leggi europee e nazionali di recepimento². La prima ragione.

richiamo a Tomeo, V., (2013), *Il diritto come struttura del Conflitto*, Soveria Mannelli, *passim*.

⁽²⁾ Il dibattito pur nella sua complessità e diversità di vedute conduce a preferire l'analisi funzionale del fenomeno sociale che si traducono in fatti ed atti. Essenziale è giungere ad un metodo consapevole che consenta un collegamento quanto più coerente fra il fatto e l'atto con la norma.

Sotto il profilo strettamente sociologico già Jering, R., nella prima fase “della sua attività di studioso fu un convinto sostenitore del formalismo concettuale” espressione delle tecniche sussuntive di collegamento fatto-norma. Nella seconda fase diede inizio e sviluppo “alla rivolta contro il formalismo”, in TREVES, R., (1977), *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, p. 167 con diffusi richiami a Jering, R., (1954), in *Tr. It. Serio e faceto nella giurisprudenza*, a cura di Vassalli, F., (1954), Firenze, spec. nel cielo dei concetti giuridici, p. 269 ss. È certamente preferibile per Tomeo, V., la prospettiva funzionalistica ed in particolare il modello parsoniano per l'essenziale ragione che consente di “costruire una analisi sociologica autonoma rispetto allo studio della struttura formale della norma”. Ma al di là di questi “indubbi meriti” la costruzione funzionale tenderebbe da sola ad esorcizzare il conflitto “o negandolo del tutto o interpretandolo come disfunzione temporanea”. E tuttavia, secondo l'Autore “il diritto [dunque la norma e la sua funzione] non è sempre composizione di interessi o espressione di interessi. Se lo è, è altrettanto pretesa e, dunque, affermazione della propria aspirazione contro altri interessi. Dunque il diritto, e la norma, si presentano come “suscitatore di conflitto o quanto meno come tutelatore di un interesse in conflitto con altri”. Diffusamente esplicativa del superamento del funzionalismo originario è l'analisi di Bilotta, B.M., (2018), nel saggio “*Vincenzo Tomeo: Un'eredità*” in *Riv. Soc. e diritti*, Milano, p. 121 ss. laddove l'Autore dà conto del dibattito con diffusi richiami a Tomeo, V., (1984), *Funzione e struttura*, in *Società, Norme e valori*, Milano, p. 264; Bobbio, N., (1977), in *Dalla struttura alla funzione*, Milano Comunità, *passim*.

Per l'applicazione della legge da parte dei giudici, talvolta, del tutto isolata e concentrata sul solo dato normativo recepito e vigente; ma perciò slegata dal complesso sistema. La seconda.

2. La funzione sociale e normativa della mediazione civile e commerciale

Gli strumenti alternativi costituiscono forme di risoluzione delle controversie insorte, sulla base della volontà delle parti.

La mediazione civile commerciale rappresenta il principale strumento alternativo di risoluzione delle controversie, se non altro in ragione delle materie soggette, che abbracciano l'intera area del diritto civile e commerciale riferibile a conflitti su diritti dei quali le parti hanno il potere di disposizione.

La produzione normativa alla base degli strumenti alternativi e, in particolare, della mediazione, confluita nel "d. lgs. 4 marzo 2010, n. 28" impone una verifica degli interessi posti a base delle discipline, al prefissato fine di individuarne la funzione sociale e normativa. E di conseguenza i tratti caratterizzanti.

Il primo referente europeo che sta alla base della predetta disciplina e si occupa in via generale degli strumenti alternativi, come noto, è costituito dal Libro Verde relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale, adottato dalla Commissione delle Comunità europee, il 19 aprile 2002 in attuazione dell'invito del Consiglio europeo del 29 maggio 2000³.

³ Si individua un primitivo tentativo limitatamente alla materia del consumo nel Libro Verde 16 novembre 1993, relativo all'Accesso dei consumatori alla giustizia e la risoluzione delle controversie in materia di consumo nell'ambito del mercato unico, reperibile su www.europa.eu/documentation. Si cfr. altresì, per una primaria individuazione Dir. 97/5/CE 27 gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri; Dir. 97/7/CE 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Lo stesso Consiglio Europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999, invitava gli stati membri ad istituire procedure extragiudiziarie di risoluzione del contenzioso.

Un riordino delle fonti di riferimento relative agli strumenti di ADR è proposto da RASIA, M. (2010), *Tutela Giudiziale Europea e Arbitrato*, Bologna, p. 21 ss. il quale evidenzia che

Si tratta di un ampio studio compiuto dall'organo in questo ambito consultivo dell'Unione europea, volto alla verifica dell'interesse sovranazionale ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in campo civile e commerciale.

Il Libro Verde ha costituito e costituisce, nel rispetto del compito che gli è proprio, il risultato documentale dello studio socio-giuridico della comunità europea, espresso mediante questionari, osservazioni ed analisi sulle esigenze di giustizia da parte dei cittadini europei.

L'analisi consente di rafforzare, in particolare nella "Sintesi" del Libro Verde, un composito interesse.

Il primo, l'esigenza di migliorare l'accesso alla giustizia dei cittadini; il secondo, l'interesse degli Stati membri e degli Organi sovranazionali di attribuire priorità politica e legislativa alle ADR, competendo all'Unione europea il compito di promuovere essi metodi alternativi.

Espresso, infatti, risulta l'obiettivo di: «garantire il miglior contesto possibile per lo sviluppo degli strumenti alternativi e di cercare di garantirne la qualità».

D'importanza ulteriore sotto il profilo sistematico è, proprio, il diviso obiettivo di procedere ad una "Visione di Insieme" degli strumenti in esame.

Nel paragrafo appena citato, al punto 2, il Libro in attenzione esprime la matrice della funzione sociale e normativa, confluita, dapprima, nelle Raccomandazioni riguardanti i principi applicabili agli Organi di risoluzione⁴ e, successivamente, nella Direttiva di riferimento della

l'attenzione degli organi europei verso questi strumenti, appare superiore rispetto all'arbitrato, ravvedendosi nelle ADR degli strumenti opportuni per non incappare, al contempo, "nelle lungaggini e nelle disfunzioni della giustizia ordinaria, [e] nella tela dei giudizi arbitrali ritenuti meno garantisti, soprattutto quanto toccano soggetti deboli dell'ordinamento come i consumatori".

⁽⁴⁾ Ci si riferisce alle Raccomandazioni 30 marzo 1998 e 4 aprile 2001 della Commissione, riguardanti, rispettivamente, i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo; e per la risoluzione consensuale. Le stesse Conclusioni del Consiglio Europeo del 15-16 ottobre 1999, su www.europarl.europa.eu/summits/tam_it.html, si uniformano alla Raccomandazione 30 marzo 1998.

procedura di mediazione soltanto impropriamente assorbita nel decreto di recepimento e, soprattutto, nelle leggi di modifica⁵.

In particolare nella parte in cui è precisato che: «I modi alternativi di risoluzione delle controversie, ai sensi del presente Libro Verde, designeranno, pertanto, le procedure non giurisdizionali di risoluzione delle controversie condotte da una parte terza neutrale».

Evidente è anche qui l'interesse di promuovere con forza gli strumenti alternativi, da ben differenziare rispetto alle procedure giurisdizionali ordinarie.

In altri termini, i cittadini europei hanno manifestato l'interesse generale di ricorrere agli strumenti alternativi per evitare, preferibilmente, di accedere alla giustizia; così da migliorare i rapporti sociali ed al contempo l'andamento e l'efficienza dei Tribunali.

È in questo senso agevole affermare che se vi è una possibilità che i rapporti tra i cittadini non si deteriorino inesorabilmente, questa opzione non può prescindere dall'evitare che la controversia giunga in giudizio.

Argomento diverso e di diversa profondità è, invece, quello di comprendere se i rapporti tra i cittadini siano migliorabili o se invece non siano, anch'essi inevitabilmente, permeati dalla conflittualità genetica allo stesso fenomeno sociale e dell'agire sociale⁶.

⁵ Ancor prima negli artt. 39 e 40 del d. lgs. 17 gennaio 2003 n. 5, promulgato in esecuzione della delega legislativa contenuta nella l. 3 ottobre 2001 n. 366 in seno alla quale, il comma 4° dell'art. 12, appunto, delegava il Governo a prevedere forme di conciliazione delle controversie civili in materia societaria anche dinanzi ad organismi istituiti da enti privati, con garanzie di serietà ed efficienza ed iscritti in un apposito registro tenuto presso il Ministero della giustizia; delega comunque subordinata al rispetto dei principi enunciati in seno all'articolo 1 stessa fonte, tra i quali il rispetto e la coerenza con la normativa comunitaria.

⁶ Il conflitto in ogni sua configurazione è analizzato da Bilotta, B.M., *Forme di Giustizia cit. passim* laddove, lungi dal poter essere ricondotto ad unità è espressione del pluralismo sociale e normativo giuridico, dunque espressione della pluralità di istanze di interessi relativi a gruppi sociali disomogenei e rappresentato nelle norme. Mirabile il passaggio ove si legge: “[...] Questa per noi è la vera essenza del pluralismo giuridico, sociale o politico che sia, cioè producibilità e di fatto produzione, di istanze normative da parte di gruppi sociali differenti e tra loro disomogenei, tra loro in conflitto o in contrasto o in una situazione di tregua e perfino di pace, ma pur sempre una molteplicità di proposte e di

L'impostazione della prima fonte europea, per riferibilità storica e sociale, di certo risulta chiara. Essa, spinta dall'esigenza di ricorrere a strumenti alternativi per migliorare l'accesso alla giustizia ed i rapporti tra cittadini, esprime il tratto comune degli ADR e tra essi della mediazione, nella devoluzione della risoluzione della controversia ad un terzo neutrale, al quale attribuire un potere di conoscenza della controversia, variamente graduato rispetto alle parti. E ciò nell'ambito di una procedura diversa dalle procedure giudiziarie e distante dai rigori formali che caratterizzano i giudizi.

Questo è il risultato dell'analisi del dato.

Le ulteriori fonti sovranazionali alla base della mediazione confermano una matrice funzionale condivisa.

La Direttiva "2008/52/CE" del Parlamento Europeo e del Consiglio costituisce il risultato normativo del percorso dell'Unione in materia di ADR e di mediazione in particolare, giungendosi con essa alla normativizzazione, appunto, della mediazione civile e commerciale, quale principale strumento alternativo⁷ e, ancor prima, della funzione sociale.

Essa ha rappresentato il primo atto vincolante emanato dall'ordinamento sovranazionale in materia.

Il fondamento giuridico è rinvenibile nell'art. 61 lett. c) "Trattato CE" per come modificato, il quale, attraverso il richiamo all'art. 65, include tra le questioni oggetto dell'azione comunitaria, proprio «il miglioramento e la semplificazione del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni in

istanze che hanno una origine socialmente diversificata". Come insegna Vincenzo Tomeo "la discontinuità e la diversità delle situazioni, l'eventuale conflitto tra situazioni diverse procede da realtà concrete: è la pluralità dei gruppi sociali che sta alla base delle situazioni". Bilotta, B.M., cit. p. 16 in nota Tomeo, V., (1981), Il diritto come struttura del conflitto, Milano, p. 73. In punto Corsale, M., (1985), Pluralismo giuridico, in Enc. Del diritto, vol. XXXIII, Milano, p. 1021; Tarello, G., (1976), Il diritto come ordinamento. Informazioni e verità nello stato contemporaneo, a cura di Orecchia, R., Milano, p. 49.

⁽⁷⁾ Non va, in tal senso, omissis per evidenti ragioni di completezza l'art. 65 Tr. Lisbona 13 dicembre 2007 (recante modifiche ai Trattati Istitutivi), nel quale si afferma esplicitamente che nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile Parlamento europeo e Consiglio adottano misure volte allo sviluppo dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie.

materia civile e commerciale, comprese le decisioni extragiudiziali» e «la promozione della compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale»⁸.

Il segno della normativizzazione della funzione sociale è dato dai *considerando*⁹ che ne costituiscono premessa e *rationes*.

Tanto si evince dall'obiettivo e dall'ambito di applicazione, di cui all'art. 1 della Direttiva, nel quale si riafferma l'impegno di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie, promuovendo la composizione amichevole e garantendo un'equilibrata relazione tra la mediazione ed il procedimento giudiziario.

Dalle "Definizioni" contenute nel successivo art. 3 della Direttiva, dalle quali si evince il connotato della mediazione, quale strumento di ADR, nel procedimento snello e semplificato ove due o più parti di una controversia tentano esse stesse, su base volontaria, di raggiungere un accordo sulla risoluzione della mediazione con l'assistenza di un mediatore.

Il tenore complessivo della direttiva esprime, dunque, la continuità funzionale laddove, da una parte, registra l'importanza degli strumenti alternativi gestiti da un terzo neutrale competente, individuato dalle parti; e, dall'altra, mantiene la distanza rispetto ai procedimenti giudiziari

⁽⁸⁾ Ora trasfuso nell'art. 81 Tr. UE.

⁽⁹⁾ Per ragioni ricostruttive, qui, si indicano in particolare i *considerando*: *IV*^o, ove si fa menzione espressa al Libro Verde 19 aprile 2002, relativo ai modi alternativi di risoluzione delle controversie in materia civile e commerciale; *V*^o, «L'obiettivo di garantire un migliore accesso alla giustizia [...] dovrebbe comprendere l'accesso ai metodi giudiziari e extragiudiziali di risoluzione delle controversie. La presente Direttiva dovrebbe contribuire al corretto funzionamento del mercato interno in particolare per quanto concerne la disponibilità dei servizi di mediazione». *VI*^o «La mediazione può fornire una risoluzione extragiudiziale conveniente e rapida delle controversie in materia civile e commerciale attraverso procedure concepite in base alle esigenze delle parti [...]». *XVIII*^o «Nell'ambito della protezione dei Consumatori la Commissione ha adottato una Raccomandazione (4 aprile 2001) che stabilisce i criteri minimi di qualità che gli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo dovrebbero offrire agli utenti [...]». *XIX*^o «La mediazione non dovrebbe esser ritenuta un'alternativa deteriore al procedimento giudiziario nel senso che il rispetto degli accordi derivanti dalla mediazione dipenda dalla buona volontà delle parti [...]».

ordinari per migliorarne l'efficienza e soprattutto i rigori formali che li caratterizzano.

In definitiva l'analisi che precede consente di licenziare l'obiettivo preliminare del presente lavoro costituito dalla individuazione della funzione degli ADR.

Si può affermare, al riguardo, e con un certo grado di tranquillità, che gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie e per essi la mediazione risultano presentare una funzione sociale primaria coincidente con l'interesse a migliorare i rapporti sociali e di conseguenza l'efficienza dei processi giurisdizionali stessi. Ciò mediante strumenti snelli retti dalla flessibilità e dalla volontà comune dei cittadini, ed in particolare delle parti, di raggiungere un accordo risolutivo della propria controversia¹⁰.

3. La funzione tradita

Dopo oltre dieci anni dall'entrata in vigore del "d.lgs. 28/2010", in particolar modo a seguito delle modifiche apportate dalla "l. 9 agosto 2013, n. 98", la mediazione ha visto, progressivamente, disattese le principali caratteristiche espressive della propria funzione.

Fra tutte, la *Flessibilità* delle regole di procedura e la *Base volontaria*.

La *Flessibilità*, espressione dell'aspettativa di poter fruire di procedure snelle, ricavabile in particolare dall'art. 3.3 del decreto citato il quale prevede che gli atti del procedimento di mediazione non sono soggetti ad alcuna formalità.

⁽¹⁰⁾ La distinzione in facilitativa e valutativa è, ora, codificata nel d. lgs. 28/2010, art. 1 lett. a; art. 11, comma 1. Accurata l'analisi con richiami estesi, Punzi, C., (2010), *Il Processo Civile, Sistema e Problematiche, I Procedimenti speciali e l'Arbitrato*, Torino, Vol. III, p. 169, il quale richiama la distinzione tra «Interest based facilitative mediation» e «Rights – based or evacuative mediation» a seconda che il mediatore si limiti ad incoraggiare le parti ad elaborare una possibile soluzione della lite ovvero suggerisca possibili soluzioni sottolinea come la mediazione; e in particolare avverte come la mediazione si differenzi, da una parte con le altre procedure di ADR, quale l'arbitrato, e, dall'altra, si differenzi con la stessa conciliazione, la prima prevedendo un accordo diretto delle parti, laddove la seconda presuppone una proposta definitiva da parte del conciliatore.

La *Base volontaria* ricavabile dall'intero impianto contenuto nel "d. lgs. 28/2010", fra tutti dall'art. 11, laddove è previsto che «Se è raggiunto un accordo il Mediatore...».

Pur in presenza dei tratti caratterizzanti appena individuati, il nuovo impianto normativo della mediazione e la sua interpretazione ed applicazione giudiziaria hanno procedimentalizzato lo strumento tanto da renderlo, appunto, una vera e propria procedura, anticamera del processo.

Alcune tracce danno conferma di quanto appena affermato.

Basti pensare alla previsione del primo incontro c.d. programmato quale esperimento del c.d. tentativo di obbligatorietà della mediazione, deputato alla mera verifica del se le parti intendano mediare. Laddove è precisato che il tentativo stesso si considera perfezionato se non si raggiunga l'accordo al primo incontro dinanzi al mediatore "art. 5 co. 2 bis d. lgs. 28/2010". La prima traccia.

La presenza obbligatoria dell'avvocato in ogni fase della mediazione "art. 8 d.lgs. 28/2010". La seconda traccia.

Ed ancora, il potere-dovere degli avvocati delle parti di verificare la conformità dell'accordo e sottoscrivere l'accordo stesso ai fini della equivalente omologazione, necessaria e sufficiente per la sua messa in esecuzione "art. 12".

Tutti rigidismi procedurali interni allo strumento della mediazione, che confermano il postulato.

Risultano sufficienti le indicazioni fornite per rafforzare alcune considerazioni critiche.

L'ultima riforma di questi giorni non sembra cogliere nel segno.

Probabilmente consentirà alle parti di "fare" o "tentar di fare" mediazione in senso effettivo; ma sembrano restare i dubbi funzionali che si stanno, qui, evidenziando.

Come visto gli strumenti alternativi sono stati concepiti, sono nati e sono stati disciplinati con l'obiettivo di rendere fruibile ai cittadini europei strumenti, quali la mediazione, volti alla gestione snella delle controversie

se non dei conflitti, fuori dei palazzi di giustizia, in tempi rapidi e sotto la gestione ed osservazione qualificata e competente di un terzo “neutrale”, il mediatore.

L’impianto normativo segnalato qualche rigo sopra testimonia, invece, l’esistenza di uno strumento veloce al solo fine di esperire il tentativo obbligatorio di conciliazione alla presenza degli avvocati e del mediatore, mero spettatore.

Questi infatti, secondo quanto previsto all’art. 8, 1° co. ultima parte del “d. lgs. 28/2010”, ha il compito di illustrare alle parti la funzione della mediazione, richiedendo alle stesse parti ed agli avvocati le proprie intenzioni circa la prosecuzione della mediazione.

Ma la domanda sul punto è d’obbligo: perché mai il mediatore deve esser obbligato a richiedere agli avvocati se le parti intendano andar oltre in procedura, quando le parti stesse hanno, già prima, richiesto di avviare la mediazione e dichiarato di volervi aderire?

La risposta sembra ricavarsi dalla domanda stessa: la mediazione, benché obbligatoria, non è previsto, o addirittura necessario, che si svolga effettivamente. Necessario essendo il solo tentativo che, se negativo, costituisce preludio e presupposto formale del giudizio, del processo.

Dunque, le parti con il presentare l’istanza e con il voler dichiarare di aderire dichiarano, al contempo, secondo l’intenzione, o meglio secondo l’obiettivo miope del legislatore della modifica del 2013, di voler partecipare al tentativo e non alla procedura di mediazione nel suo complesso e quale effettivo strumento di composizione.

L’idea di fondo degli strumenti e della mediazione, come ci si è affannati ad esporre, era ed è del tutto diversa.

Può affermarsi che quella applicata dal decreto di recepimento per come modificato nel 2013, sia la identità funzionale della mediazione? Non sembra affatto.

Gli stessi dati forniti dal Ministero della Giustizia non superano quanto appena obiettato.

Sul punto non si vuole proiettare il presente lavoro sugli indicatori analitici, materia per materia, dell'andamento degli strumenti alternativi.

Nondimeno, anche soltanto una verifica degli indicatori generali e di insieme, consente la conferma delle perplessità che si stanno tracciando. Un dato statistico¹¹ rivela l'andamento anomalo, rispetto alla sua identità propria, della mediazione.

Nel 47% ca. delle istanze di mediazione avviate, la parte invitata non compare in procedura. Ma soprattutto, la procedura di mediazione ha esito positivo nel 28,6% dei casi complessivi di mediazione (in cui vi sia e non vi sia partecipazione della parte invitata).

Il predetto 28% diviene, tuttavia, il 50% ca. di mediazioni con esito positivo, se si considerano le sole procedure nelle quali vi sia stata la partecipazione di entrambe le parti.

Dunque, in altri termini, può affermarsi che nel 50% circa dei casi di mediazione effettiva, lo strumento coglie ed assolve la propria funzione di facilitazione dell'accordo, esitando positivamente. E ciò, in quanto la mediazione ha avuto il suo pieno ed effettivo svolgimento, oltre il primo incontro; senza costituire un mero preludio processuale.

Se così è, può allora dirsi, pienamente, compreso e recepito lo strumento della mediazione? Giova ripetere. Non sembra affatto.

Conducono nella stessa direzione, alcune, ulteriori considerazioni sulla procedura di mediazione e sul ruolo del mediatore.

La procedura è strumento snello ma complesso nelle attività di mediazione che dovrebbe poter svolgere il mediatore.

Ci si riferisce a tutte quelle attività di comprensione delle ragioni, anche le più sottese, della controversia. Attività che costituiscono tecniche di mediazione, frutto di sforzi ed affanni dei professionisti della negoziazione e della gestione costruttiva dei conflitti.

Concepita e recepita dal legislatore nel senso detto la mediazione non costituisce affatto:

⁽¹¹⁾ Il sito istituzionale del Ministero della Giustizia ne dà conto.

quell'attività ternaria non solo nella struttura ma anche nel risultato. L'intervento di un terzo consente, infatti, di far uscire da un riduttivo faccia a faccia i due soggetti contrapposti all'interno di una dinamica conflittuale [...]. L'introduzione del mediatore [comporterebbe] la possibilità di uscire da una contrapposizione nominalistica, che divide, per entrare in una relazione conflittuale [la quale benché insita nella realtà sociale e pur nella diversità degli interessi rivendicati ¹², unisce] È un fatto sociologico di massima efficacia che il rapporto di elementi isolati con una potenza posta al di fuori di essi produca una loro unificazione.¹³

L'impianto normativo per come "costruito" dal legislatore della novella, a ben vedere, affievolisce sino a comprimere la funzione della mediazione e l'attività del mediatore.

Inibisce la benché minima funzione sociologica che si regge sul principio secondo il quale il conflitto non è un momento patologico della realtà sociale ma, addirittura e, soltanto in apparenza paradossalmente, un momento fisiologico e positivo della realtà stessa¹⁴. Ciò in quanto non consente di conoscere il conflitto.

In tal senso, grazie alla funzione sociale del mediatore esercitata con imparzialità e soltanto grazie all'esercizio di essa funzione, sarebbe possibile il passaggio da una logica antagonista volta a massimizzare il proprio utile di una parte a scapito dell'altra (*win-lose*); ad una logica di superamento del conflitto o quanto meno di gestione in cui le stesse parti, «esplicitando nella relazione le ragioni del proprio contendere, siano in grado di trovare soluzioni volte ad ottenere il mutuo beneficio» (*win-win*)¹⁵.

⁽¹²⁾ L'espressione risulta adottata De Palo, G., D'Urso, L., Golann, D., (2010), *Manuale del Mediatore professionista*, p. 10.

⁽¹³⁾ Simmel, G., a cura di Tonarelli, A., (2014), *Il mediatore*, Roma, p. 89.

⁽¹⁴⁾ Simmel, G. cit. p. 89 ss. e ancora più diffusamente, secondo l'insegnamento di Tomeo, V., (1981), cit., "la discontinuità e la diversità delle situazioni, l'eventuale conflitto tra situazioni diverse procede da realtà concrete: è la pluralità dei gruppi sociali che sta alla base delle situazioni". Così Bilotta, B.M., cit., p. 16 in nota V. TOMEO, *Il diritto come struttura del conflitto*, Milano, p. 73.

⁽¹⁵⁾ L'espressione e la terminologia *win-lose* e *win-win* sono introdotti con specifico riferimento all'approccio teorico e metodologico al contempo all'interno della facoltà di

I dati normativi disattendono quanto detto.

La mediazione secondo l'asserzione del "d. lgs. 28.2010" è l'attività svolta da un terzo imparziale, finalizzata al raggiungimento di un accordo amichevole ed uno strumento snello (art. 1 lett. a) "d. lgs. 28/2010").

L'ostacolo del primo incontro costituisce, tuttavia, uno sbarramento normativo all'attività della mediazione e del mediatore, perché questi si trova dinanzi ad un'alternativa: il dover eseguire, pedissequamente, la lettera normativa e, quindi, richiedere alle parti se intendano mediare; ovvero il dover svolgere una attività di mediazione in una fase della procedura non consentita che, però, potrebbe promuovere l'accordo.

Quale che sia la scelta del mediatore, la mediazione ne risulta, fortemente, compromessa in quanto se le parti al primo incontro dichiarano di non voler "entrare" in mediazione, al mediatore resta preclusa ogni attività di persuasione di appartenenza alla triade.

Se, diversamente, le parti intendano andare in mediazione è pressoché ricorrente, se non logico, che l'accordo le parti lo abbiano già raggiunto e lo raggiungano senza alcuna attività di mediazione, magari a seguito di una attività pur virtuosa degli avvocati che hanno curato faticose trattative, ma al di fuori della mediazione.

In entrambe le opzioni la mediazione, come è evidente, e l'attività del mediatore risultano compromesse.

Mediazione e mediatore non conoscono il conflitto, non conoscono le ragioni del conflitto. Non sono nelle condizioni di conoscere il conflitto. Sembra altrettanto evidente che la funzione risulta tradita, così come la flessibilità delle regole di procedura risulta compressa a scapito di un vero e proprio procedimento, inattuato, della mediazione.

Ne discende, allora, che la stessa base volontaria risulta compromessa dall'impianto normativo vigente.

legge di Harvard sotto il nome di Program on Negotiation. In punto Fisher, R., Ury, W., Patton, B., (2007) *L'arte del negoziato*, Milano, 2007, *passim*.

Ciò oltre che per le considerazioni svolte, per la essenziale ragione della partecipazione obbligatoria del difensore delle parti, in una procedura che, invece, dovrebbe (avrebbe dovuto) esser destinata ad un accordo delle sole parti alla presenza di un terzo imparziale (art. 1 decreto).

D'altronde, l'impianto originario della mediazione prevede(va) la presenza obbligatoria delle parti e non anche degli avvocati, pur sempre utili in fase di formalizzazione dell'accordo. E ciò proprio in coerenza con la originaria funzione autentica della mediazione e degli strumenti alternativi. Costituisce conseguenza delle riflessioni compiute che le disposizioni vigenti, in definitiva, testimoniano il recepimento soltanto formale delle fonti europee degli strumenti alternativi. Ma non anche il recepimento sostanziale della funzione ad essi propria e dei tratti caratterizzanti lo strumento.

Ciò posto, un ulteriore dato conferma l'incoerenza attuativa dello strumento.

Le distorsioni della mediazione appena esposte nella attuale concezione normativa sono altrettanto presenti in talune applicazioni giurisdizionali che della legge se ne propone.

Certo, non può affatto affermarsi che si tratti di un andamento, quello giurisprudenziale del tutto fuorviante rispetto alla funzione della mediazione. Basti pensare alla giurisprudenza di legittimità che, coerentemente con le note di sistema e con le funzioni proprie, afferma che nel caso in cui: «le parti non si siano effettivamente incontrate di persona nella sede di mediazione non si realizza il contenuto minimo della mediazione, a meno di non volerla svuotare di contenuto e ridurla ad un adempimento burocratico-notarile comportante solo una dilazione dell'introduzione del giudizio, e non può quindi dirsi assolta la condizione di procedibilità»¹⁶. Si tratta di meri correttivi giudiziali che non sembra

⁽¹⁶⁾ Cass. 5 luglio 2019, n. 18068.

⁽¹⁷⁾ Si tratta, come detto in nt. 34, del metodo interpretativo sistematico ed assiologico al contempo in quanto espressione di una identità di valori. Un'avalutatività dei valori "[...] non è realizzabile [...]. È questo risulta dal fatto che [...] i giudizi di valore intervengono

possano superare le osservazioni critiche svolte relativi alla costruzione normativa della mediazione, nella sua riforma del 2003.

Di certo in non pochi casi può, ampiamente, dubitarsi che sia stata e sia applicata appieno la identità funzionale della mediazione stessa e degli strumenti alternativi più in generale.

A ben vedere si tratta di questione di metodologia di analisi normativa o, in termini più strettamente giuridici, di interpretazione.

Adottare una ermeneutica assiologica¹⁷ e di sistema conduce e può condurre ad un risultato soddifacente e rispettoso della funzione rilevata della mediazione.

Una ermeneutica, estremamente, chiusa e rigida del dato normativo (dei dati contenuti nel decreto di recepimento per come modificato) isolatamente considerato conduce e può condurre, come ha condotto, ai risultati che di fatto hanno impedito ed impediscono alla mediazione di assolvere la propria funzione.

Queste le ragioni, è da ritenere, per le quali si colgono pronunce che affermano la natura perentoria del termine di introduzione della mediazione, tale natura ricavandosi dalla stessa gravità della sanzione prevista della improcedibilità della domanda¹⁸.

O che affermano non potersi considerare esperito il tentativo di mediazione se non si svolga un primo incontro tra le parti assistite dagli avvocati¹⁹.

O, per le quali, si colgono quelle pronunce che attestano la procedimentalizzazione della mediazione nella parte in cui affermano che:

inevitabilmente all'inizio della ricerca. [E così] anche alla fine della ricerca", così Treves, R. (1977-1980), *Introduzione alla sociologia del diritto*, Torino, p. 213 con riferimento Bobbio, N., *Scienza politica in Enciclopedia Feltrinelli* Fisher, Scienze Politiche, I, a cura di Negri A. (1974), *Per una sociologia del diritto come scienza*, in *Sociologia del diritto*, I, p. 273.

⁽¹⁸⁾ T. Spoleto, 19 dicembre 2019, n. 961.

⁽¹⁹⁾ C. App. Firenze, 14 ottobre 2019, n. 2901; Cass. 13 dicembre 2019, n. 32797.

l'improcedibilità della domanda giudiziale per il mancato esperimento della mediazione nelle controversie comprese in quelle materie per le quali è prevista come obbligatoria dalla legge deve essere eccepita dal convenuto, a pena di decadenza, o rilevata d'ufficio dal giudice, non oltre la prima udienza del giudizio di primo grado. In mancanza della tempestiva eccezione del convenuto, se il giudice di primo grado non abbia provveduto al relativo rilievo d'ufficio, è precluso al giudice d'appello rilevare l'improcedibilità della domanda.²⁰

Si tratta di alcuni, tra i non pochi, esempi di applicazione giurisdizionale dello strumento della mediazione che risulta coerente e rigorosamente attuativo del solo dettato legislativo recepito e poi novellato.

Ma si tratta di alcuni, tra i non pochi, esempi di applicazione giurisdizionale dello strumento della mediazione che non risulta coerente con la identità funzionale della mediazione.

Se le fonti esaminate e la comunità dei cittadini europei, allora ed in conclusione, hanno individuato ed indicano la funzione degli strumenti e della mediazione questa è rimasta in buona parte disattesa.

È rimasta in particolare tradita dalla novella del 2013 la funzione sociale del migliorare i rapporti fra i cittadini; così come tradita è rimasta la stessa funzione normativa della base volontaria degli strumenti, tradotta nella flessibilità delle regole di funzionamento e nel conseguente miglioramento dell'accesso alla giustizia.

Gli interrogativi posti in esordio costituiscono, allora ed al contempo, punto di arrivo in quanto lasciano molti giuristi e fra questi, soprattutto, i giuristi che attendevano una diversa applicazione dello strumento, perplessi dinnanzi alle affermazioni di inutilità della mediazione e degli strumenti alternativi.

L'applicazione giudiziaria che si è fatta e si fa della legge è coerente con la funzione alla quale la legge si ispira?

⁽²⁰⁾ Cass. 13 dicembre 2019, n. 32797.

Ed ancor prima, la legge stessa è rispettosa, per averla pienamente recepita, della medesima funzione?

Non sembra affatto.

Si auspica che la riforma, ma ancor più una più accurata applicazione smentisca le perplessità evidenziate.

Riferimenti Bibliografici

AA. VV., *Il diritto come ordinamento. Informazione e verità nello stato contemporaneo*, a cura di R. Orecchia, Giuffrè, Milano 1976.

Bilotta B.M., *Forme di giustizia tra mutamento e conflitto sociale*, Giuffrè, Milano 2008.

Bilotta B.M., *Vincenzo Tomeo: un'eredità*, «*Società e diritti*», V. 3 N. 6, 2018.

Bobbio N., *Dalla struttura alla funzione*, Ed. Comunità, Milano 1977.

Corsale M., *Pluralismo giuridico*, in *Enc. del dir.*, vol. XXXIII, Milano 1985.

De Palo G., D'urso L., Golann D., *Manuale del mediatore professionista*, Giuffrè, Milano 2010.

Fisher R., Ury W., Patton B., *L'arte del negoziato*, Corbaccio, Milano 2007.

Jhering R., *Serio e faceto nella giurisprudenza*, tr. it. G. Lavaggi, con introduzione di F. Vassalli, Firenze 1954.

Punzi C., *Il Processo civile: sistema e problematiche*, Giappichelli, Torino 2010.

Rasia C., *Tutela giudiziale europea e arbitrato*, Bonomia University Press, Bologna 2010.

Simmel G., *Il mediatore*, tr. it. a cura di A. Tonarelli, Armando, Roma 2014.

Tomeo V., *Il diritto come struttura del conflitto. Una analisi sociologica*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2013.

Tomeo V., *Funzione e struttura nelle teorie sociologiche del diritto*, in *Società, Norme Valori, Studi in onore di Renato Treves*, a cura di U. Scarpelli e V. Tomeo, Giuffrè, Milano 1984.

Treves R., *Introduzione alla sociologia del diritto*, Einaudi, Torino 1980.

Recensione del volume

In morte degli italiani

di Gianandrea De Antonellis

di Rosa Carnevale*

Gianandrea De Antonellis, *In morte degli Italiani*, Idrovolante Edizioni, Alatri (FR) 2024, 250 pp.

Il volume si pone chiaramente come una sperimentazione, una esercitazione, che nasconde una esigenza.

È una esercitazione dal punto di vista degli interessi letterari e cinematografici dell'Autore, che lo portano a cercare di dare alle arti amate un significato non solo estetico, né solo didascalico, ma, addirittura dimostrativo dei fatti della vita, di tipo, si potrebbe scrivere, senza temere di sbagliare più di tanto, socio-antropologico.

Il cinema e la letteratura diventano, nel romanzo, gli strumenti per spiegare fatti storici, o, anche fatti criminosi, al limite della credibilità, e per la loro ferocia, e, talvolta, per la difficile ipotizzabilità intrinseca alla loro realizzazione.

I racconti proposti, alcuni ucronici, spaziano dal massacro del Circeo alle spedizioni punitive del Mossad, dai delitti di un omicida seriale motivato dal desiderio di fare una personale “pulizia morale” nel mondo politico-amministrativo alla morte di Mussolini, fino a immaginare cosa sarebbe accaduto a seguito di un riuscito attentato a Hitler nell'anno 1938.

È una esigenza, quella divulgativa, che traspare dal motto programmatico citato *in exergo* «Ho scritto questo romanzo perché non ho potuto dare una

* Avvocato. Ha svolto attività di ricerca presso il Dipartimento giuridico dell'Università degli Studi del Molise. Ha tenuto, quale cultore della materia, seminari e attività di didattica integrativa, anche a contratto, sulle cattedre di *Filosofia del diritto*, *Interpretazione giuridica*, *Informatica giuridica e Filosofia politica*.

battaglia» ripreso dal romanzo *La battaglia di Benevento* di Francesco Domenico Guerrazzi, opera che si inserisce, al pari di *In morte degli Italiani*, tra i romanzi politici.

La scelta di comunicare attraverso un romanzo va forse letta proprio nella intenzione di popolarizzare concetti altrimenti relegati alla didattica, così raggiungendo un più ampio numero di destinatari, pur senza rinunciare a inserire nel testo una evidente ricchezza di conoscenze, che costituisce comunque un continuo e incalzante stimolo che accompagna qualsiasi lettore a investigare sugli autori, sui fatti, sulle opere e sui personaggi citati. Dunque, pur se le tematiche trattate potrebbero *prima facie* sembrare inconciliabili con letture da intrattenimento, l'abilità descrittiva dell'Autore, le trame che garantiscono finali inattesi e il ritmo della narrazione, assicurano l'ampliamento della platea del pubblico destinatario del testo rispetto a quella che potrebbe essere interessata all'approfondimento dei temi citati, che certamente non è esclusa.

Le storie trattate costituiscono l'occasione per affrontare tematiche varie: il predominio del pensiero unico e l'egemonia culturale della Sinistra, il superamento dell'ideologia fascista e neofascista da parte dei suoi stessi sostenitori, un sistema elettorale che permetta una migliore rappresentanza popolare, la inattendibilità delle notizie fornite dai media in relazione agli eventi. Tutte le tematiche – anche grazie a percorsi che forniscono un'altra versione della Storia – potrebbero intendersi accomunate dalla lontananza della Verità dalle verità di Stato o dalle verità di Stampa, che si esauriscono nella esteriorizzazione della *ragion di Stato* o della *ragion di Stampa*, certamente funzionali al raggiungimento di scopi non sempre coincidenti con quelli di coloro che ricercano la Verità.

Affiorano, quindi, interferenze e condizionamenti nei rapporti esistenti tra politica, diritto e cultura, criticati nella misura in cui, non senza esemplificazione, si fanno promotori del progresso, inteso come dovere di accettare, e anzi ricercare, un incessante cambiamento come valore. In quest'ottica si ripropone anche la lettura della Storia intesa appunto come

susseguirsi di eventi politici, giuridici, culturali: il cambiamento è sempre portatore di miglioramenti?

Per quanto attiene alla politica, considerata dall'Autore senza sottrarla dal binomio politica-morale, dare una risposta all'interrogativo appena posto significherebbe innanzitutto interrogarsi sulla democrazia e sulla nostra Costituzione. Colpiscono le questioni afferenti agli argomenti appena citati contenute nel testo, come la attuale percezione del concetto di democrazia o le conseguenze derivanti dall'assenza del vincolo di mandato, che sono accostate a questioni di grande attualità come l'utilizzo strumentale del linguaggio da parte della politica e la retorica dell'impegno politico, certamente responsabile dell'allontanamento del cittadino dalla partecipazione alla politica, anche attraverso la rinuncia all'esercizio del diritto di voto.

Che accomunando l'aggettivo "democratico" ad una persona dia luogo – a dispetto della semantica – all'immagine di qualcuno garbato, dai modi gentili è innegabile. Ma è il frutto di una costruzione del linguaggio avente uno scopo ideologico operata dai sostenitori della democrazia? Oppure potrebbe essere il frutto di un processo di "normalizzazione" da parte della società dei valori posti a fondamento della democrazia, dati – a torto o a ragione – ormai per scontati, come la libertà, aventi certamente una connotazione positiva?

Che effettivamente gli esponenti politici ingannino in qualche modo gli elettori illustrando in campagna elettorale programmi puntualmente disattesi è evidente: dalle promesse sovraniste della Destra, che si risolvono – al più – in mere rappresentazione nell'ambito dell'Unione Europea delle peculiarità dello Stato rappresentato, a quelle di Sinistra che, nonostante abbiano fatto della difesa delle risorse pubbliche un cavallo di battaglia, hanno dato luogo a un processo di privatizzazione di molte aziende statali. Ma potrebbe dirsi diretta conseguenza della assenza di vincolo di mandato con gli elettori? O è forse proprio disattendendo il principio di cui all'articolo

67 della Costituzione che diventa possibile garantire la soddisfazione di interessi propri solo di alcuni e non di tutti?

Anche il diritto sembra disattendere il suo fine ultimo, ossia quello di tendere, al pari della politica, al bene comune. E tanto accade soprattutto grazie alla mediaticità dei processi, il cui esito diventa in qualche modo condizionato – o quantomeno condizionabile – dalle aspettative della collettività. Non sfuggirà come le aspettative siano a loro volta manipolate dai giudizi offerti dalla costruzione della informazione giudiziaria operata dai media. L'applicazione del diritto risulta, così, funzionale alla soddisfazione di interessi non propri del processo né della pena, ma tendente alla gratificazione delle aspettative dei numerosi utenti della informazione mediatica.

La questione della validità dei giudizi, inevitabilmente, si connette alla questione della validità delle fonti dalle quali si attingono le informazioni. In questo senso – e coerentemente al pensiero dell'ispiratore del Romanzo – il progresso, inteso non solo come progressivo abbandono della identità culturale e antropologica, diventa il responsabile di una crescente sostituzione delle fonti utilizzate per la formazione della conoscenza (e) dell'individuo.

Innanzitutto, ogni individuo partecipa alla formazione del pensiero collettivo che caratterizza la società di cui fa parte; parimenti, ogni individuo non può non essere condizionato nella formazione del proprio pensiero dal pensiero dominante. In una tale circolarità l'individuo, al pari dell'io narrante, diventa il luogo della ambivalenza, essendo al contempo vittima dei condizionamenti della società e colpevole nel processo della formazione del pensiero collettivo.

Dunque, il *fabula docet*, che rende protagonista del Romanzo ogni lettore, sembra essere non la necessaria adesione alle idee politiche dell'Autore, ma la consapevolezza di potersi imbattere, nella ricerca della Verità – o nella verità già nota – in «pieni copiati» e in «vuoti riempiti».

Recensione del volume

The Kosovo Specialist Chambers.

The last resort for justice in Kosovo?

di Maria Stefania Cataleta, Chiara Loiero

di Fabián Raimondo, Renée de Geus*

Maria Stefania Cataleta, Chiara Loiero, *The Kosovo Specialist Chambers. The last resort for justice in Kosovo?*, Editions Universitaires Européennes, 2021, 180 pp.

The Kosovo Specialist Chambers (“the KSC”, “the Court”) are a new internationalized criminal court with jurisdiction over crimes that were allegedly committed by former high-ranking officials of the Kosovo Liberation Army (“KLA”) prior, during or in the aftermath of the Kosovo war of the late 1990s and which relate to the Council of Europe’s Parliamentary Assembly Report that was drafted by Special Rapporteur, Dick Marty, in 2011 (“the Marty Report”).¹ The Marty Report investigated the controversial allegations that appeared in the memoirs of the former Chief Prosecutor of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (“ICTY”), Carla Del Ponte, which indicated that the Office of the Prosecutor (“OTP”) had received reports from credible journalists claiming that, in the period after the war in Kosovo ceased, senior members of the

*Fabián Raimondo, associate professor in Public International Law, Maastricht University. Renée de Geus, researcher, Maastricht University.

¹ See Chapter III, Jurisdiction and Applicable Law, (Articles 6-18) of the Law on the Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutors Office, Law No.05/L-053, adopted by the Kosovo Assembly on 3 August 2015 (hereinafter: “the Law”). See further Council of Europe Parliamentary Assembly Report by Rapporteur Mr. Dick Marty, “Inhuman treatment of people and illicit trafficking in human organs in Kosovo”, Doc. No. 12462, 7 January 2011 (hereinafter: “Marty Report”).

KLA – including Ramush and Daut Haradinaj² – may have been involved in the abduction of hundreds of persons (mainly ethnic Serbs) to northern Albania, where some of these captives were said to have been killed at a yellow house in Rripë for the extraction of their organs which were to be sold on the black market.³ These kinds of stories frequently circulate in situations of armed conflict, but are usually dismissed as urban myths.⁴ In the instant case, the ICTY OTP took the organ trafficking allegations nonetheless seriously, as some of the alleged victims had indeed been reported missing and investigators experienced tremendous difficulty in locating the human remains of victims of the KLA on Kosovo territory.⁵ The OTP therefore initiated a joint preliminary criminal investigation together with UNMIK investigators and the Albanian judicial authorities into alleged organ removal operations that were claimed to have been conducted at this yellow house in the mountains of northern Albania.⁶

2 On page 42 of the book, it is claimed that Del Ponte accused the then Prime Minister of Kosovo, Hashim Thaçi, of being involved in the organ trafficking allegations. However, Del Ponte did not include any names of persons under investigation in connection to these specific allegations in her memoirs. Instead, the former Chief Prosecutor refers to “...the active involvement of mid- and senior level KLA officers.” (Carla Del Ponte and Chuck Sudetic, *Madame Prosecutor - Confrontations with Humanity's Worst Criminals and the Culture of Impunity*, Other Press, New York: 2009, (hereinafter: “Del Ponte & Sudetic”) pp. 277-278.) It was the Chairman of the Association for Missing Persons from Kosovo, Ranko Djinić, who generally accused the KLA leadership – including Thaçi – of being responsible for any of the disappearances and killings allegedly committed by the KLA in Kosovo. (*Idem*, pp. 276-277) Del Ponte, on the other hand, implied that her Office had not opened an investigation against Hashim Thaçi. (*Idem*, p. 280.) In reality, Ramush Haradinaj and his brother Daut were initially associated with the organ trafficking allegations. Since the ICTY OTP at that stage had already launched an investigation into Ramush Haradinaj in connection to other crimes, the OTP took charge over the joint preliminary investigation at the yellow house site in Rripë, northern Albania, despite the jurisdictional obstacles the ICTY might have faced to prosecute these crimes. (See *e.g.* Roger Boyes and Suzy Jagger, *New State, Modern Statesman - Hashim Thaçi, A Biography*, Biteback Publishing Ltd., London: 2018, (hereinafter: “Boyes & Jagger”), pp. 203 and 205).

3 Marty Report, *supra* note 1, para. 1; Carla Del Ponte and Chuck Sudetic, *supra* note 2, pp. 277-278.

4 See *e.g.* Del Ponte & Sudetic, *supra* note 2, p. 285.

5 *Idem*, p. 278.

6 *Ibid.*

During an official visit to the yellow house site in 2004, investigators discovered some used medical items and unexplained blood stains. However, forensic analysis of the blood traces remained inconclusive as to whether the source was either human or animal. All in all, the ICTY OTP considered the collected evidence to be insufficient to warrant a follow-up investigation: no witnesses had come forward, no bodies or possible mass graves had been discovered, and there were no further leads connecting high-ranking – or for that matter, any – members of the KLA to these alleged crimes.⁷ Hence, the decision was taken – notably with the former Chief Prosecutor’s approval⁸ – to discontinue the joint preliminary investigation due to a lack of evidence. The ICTY OTP did not transfer the case to UNMIK, but instead destroyed the exhibits gathered at the yellow house site.⁹

Although Del Ponte indeed confirmed in her memoirs that the evidence had been insufficient to proceed and that “all avenues of investigation were barred”¹⁰, at the same time she suggested that jurisdictional obstacles – that were caused by the fact that the allegations were said to have taken place outside of armed conflict on the territory of the Republic of Albania – had equally affected the ICTY’s decision to terminate the joint preliminary investigation.¹¹ The former Chief Prosecutor implied that UNMIK or the local judicial authorities of Kosovo, Albania or Serbia could have continued the investigation and possibly have prosecuted these crimes.¹²

The suggestion that such horrendous allegations – which the former Chief Prosecutor of the ICTY apparently took so serious that she felt the need to reveal them in her memoirs – were not properly investigated, caused great controversy within the international community.¹³ For this reason,

7 *Idem*, pp. 284-285.

8 See *Idem*, p. 285; Boyes & Jagger, *supra* note 2, p. 202.

9 See the Marty Report, *supra* note 1, para. 17.

10 Del Ponte & Sudetic, *supra* note 2, p. 285.

11 *Idem*, pp. 277, 278 and 285.

12 *Idem*, p. 285.

13 Marty Report, *supra* note 1, para. 1.

the Council of Europe appointed Swiss senator Dick Marty as Special Rapporteur to lead an investigation “in order to ascertain [the] veracity [of the organ trafficking allegations], deliver justice to the victims and apprehend the culprits of the crimes...”¹⁴.

After two and a half-years, the Special Rapporteur presented his report. His findings largely contradicted Del Ponte’s version of the Yellow House events,¹⁵ but Marty claimed instead to have found evidence of an *ad hoc* detention network consisting of six or seven separate facilities that was run by the KLA on Albanian territory.¹⁶ The Special Rapporteur and his team visited only two of these alleged facilities, without entering the premises.¹⁷ The Report made a distinction between those facilities that were used during the final months of the Kosovo war in the period between April and mid-June 1999 and those that became operative after the armed conflict had ended in the period between mid-June 1999 and August 2000. The victims allegedly taken to the wartime detention facilities were mostly ethnic Albanians suspected of collaboration with the Serbian authorities, who were arrested for the purpose of interrogation. Many of these detainees were said to have been beaten or even tortured, but most of them survived.¹⁸ On the other hand, the victims claimed to have been held detained at the post-conflict detention facilities were predominantly ethnic Serbs who ultimately

¹⁴ *Idem*, para. 2.

¹⁵ The Special Rapporteur concluded that the yellow house in Rripë merely served as a “way station”, but that the organ removal operations took place elsewhere. (*Idem*, paras. 149-152) This finding contradicts both the physical evidence found in the course of the ICTY-UNMIK joint preliminary investigation, as well as the statements made by the journalists’ sources who claimed to have knowledge of surgery taking place at the yellow house site, were involved in the burials of human remains on its premises or transported organs from this location to the airport. (See UNMIK Report on the Organ Trafficking Allegations, ICTY Document No. CKX-103, 3 November 2003, available at: https://wikispooks.com/w/images/d/db/UNMIK_Investigation_Organ_Trafficking_Kosovo.pdf, last visited on 22 December 2020).

¹⁶ Marty Report, *supra* note 1, paras. 93 and 96: the Report claims to have identified six separate detention facilities, but lists seven, namely: Kukës, Cahan, Durrës, Bicaj, Burrëll, Rripë and Fushë-Krujë.

¹⁷ *Idem*, para. 97.

¹⁸ See *Idem*, paras. 112, 118 and 121.

disappeared. The Report alleged that a very small number of these victims may have been killed for the extraction of their kidneys – however, not at the yellow house site in Rripë, which allegedly served as a way station,¹⁹ but at a farmhouse in Fushë-Krujë in the vicinity of the airport.²⁰ In the end, the final conclusions reached in the Marty Report led to the creation of the KSC.

The Kosovo Specialist Chambers, the last resort for justice in Kosovo? written by Maria Stefania Cataleta and Chiara Loiero offers an introduction to this special internationalized criminal court. The book is divided into two separate parts, each drafted by a different author. The first part broadly discusses the establishment of the KSC: 1) it looks into the historical background of the armed conflict in Kosovo during the late 1990s; 2) examines whether the KSC will be able to contribute to serving the broader goals of international criminal justice, such as offering justice to victims, documenting history and assisting inter-ethnic reconciliation; 3) addresses the legitimacy of the creation of the Court and 4) compares the KSC with other hybrid criminal courts. This part is therefore not purely legal in nature, but rather more interdisciplinary as it pays attention to issues that relate to the grey area between history, international relations and law. It is clear from its modest volume that the book cannot provide a complete overview of Kosovo history nor discuss all matters relevant to the creation of the KSC in depth. As a result, the first part of the book leaves considerable room for discussion that could serve as a starting point to facilitate academic debate. The second part pays attention to the rules of procedure and evidence applicable at the KSC and compares these to their equivalents applicable at other courts. It does so from the perspective of the fundamental right to a fair trial. This part is purely legal in nature and has a more precise focus, leaving less room for discussion. This postface will therefore primarily concentrate on first part of the book.

¹⁹ *Idem*, para. 152.

²⁰ *Idem*, paras. 156, 159-167.

Part I – historical background – The first part is drafted by Maria Stefania Cataleta. This part pays considerable attention to the historical background of the Kosovo war which lasted from late May 1998 to mid-June 1999. The author addresses issues such as: the emergence of the KLA, the campaign of terror and violence launched the Serbian forces against the Kosovo Albanian population, the Rambouillet negotiations, the lawfulness and justification of the NATO-intervention, and – to a limited extent – the alleged crimes committed by the KLA which fall within the KSC’s mandate. This historical background is interesting to read and contains information necessary to understand the broader context in which the alleged events occurred. Although the author completed this section before the confirmation of the indictment in the *Thaçi et al.* case, the historical facts included in the book are particularly valuable in view of the Specialist Prosecutor Office’s (“SPO”) biased portrayal of the Kosovo conflict as provided in this indictment.²¹ For academic purposes, however, it would have been better if she had referred to all sources on which she relied in this context, so that the reader could verify the historical information provided in this part of the book.²²

The author begins this section boldly by defending the controversial NATO decision to intervene in the armed conflict in Kosovo. She argues that this intervention was both necessary and proportionate to put an end to the brutal campaign of terror and violence that the Serbian forces directed against Kosovo Albanian civilians. The author thus considers the NATO-intervention to be justified, despite the absence of the authorization of the

²¹ See Anna Di Lellio, “Opinion: Kosovo Wartime Leaders’ Indictment is Inaccurate and Biased”, BIRN: 13 November 2020, available at: https://balkaninsight.com/2020/11/13/kosovo-wartime-leaders-indictment-is-inaccurate-and-biased/?fbclid=IwAR3tLCc9CHR--T98_Fmf-TPMnrXJwme9D2ZFu_L2-6Vv_JyKgyDdV2VgE6I, last visited 22 December 2020, (hereinafter: Anna Di Lellio, “Kosovo Wartime Leaders’ Indictment is Inaccurate and Biased”).

²² For example, the author refers to figures provided by the UNHCR (see, p. 30) and Human Rights Watch (see, p. 32) concerning the number of Kosovo Albanian civilians internally displaced and forcibly deported to neighboring countries, without citing any specific report.

UN Security Council, which remained paralyzed.²³ It would have been interesting if the author had also taken the arguments provided by the Special Rapporteur into account, since the Marty Report claimed that the NATO-intervention was not just illegal, but also enabled the KLA in the alleged commission of crimes against ethnic Serbs and Kosovo Albanians labelled as “traitors” or “collaborators” by “effectively [concealing]”²⁴ these crimes. This would have made the author’s take on the NATO-intervention even more relevant to the work of the KSC.

Likewise, the author pays considerable attention to the campaign launched by the Serbian authorities to cleanse Kosovo of its ethnic Albanian population, including the massacres that took place in Prekaz (killing 58 members of the Jashari family)²⁵ and Reçak (killing 45 unarmed civilians), the attacks on Kosovo Albanian civilians in the Mitrovica Region, the events that occurred in the aftermath of the Junik battle, and the forcible transfers and deportations of civilians to Albania, Macedonia and Montenegro. Contrary to Marty’s assertion that “[t]he crimes committed by the Serb forces have been documented, denounced and, to the extent possible, tried in courts of law”,²⁶ some of these and other atrocities have in fact (largely) gone unpunished.²⁷ The KSC, however, lack jurisdiction to address any

23 NATO has tried to justify the intervention by claiming that it derived its mandate *ex post facto* from UN Security Resolution 1244(1999) which was adopted on 10 June 1999. (See NATO website, “NATO’s role in Kosovo”, Latest Update: 16 November 2020, available at: https://www.nato.int/cps/en/natolive/topics_48818.htm, last visited on: 12 December 2020).

24 Marty Report, *supra* note 1, para. 5. See also: *Idem*, para. 4.

25 On page 29 of the book, it is incorrectly claimed that the massacre of 58 members of the Jashari family took place in Llaushë/Lauša. In fact, this was the location where Halit Geci was murdered. The Jashari family, on the other hand, was slaughtered in Prekaz. (See *e.g.* ICTY, *Prosecutor v. Vlastimir Đorđević*, Case No. IT-05-87/1-T, Trial Judgment, Volume I of II, 23 February 2011, para. 271).

26 *Idem*, para. 6.

27 See *e.g.* Serbeze Haxhijaj and Milica Stojanovic, “Evidence Reveals Serbian Officers’ Role in Kosovo Massacre was Ignored”, BIRN, 27 April 2020, available at: <https://balkaninsight.com/2020/04/27/massacre-in-meja-evidence-of-serbian-officers-involvement-ignored/>, last visited on 22 December 2020. See also Human Rights Watch EU Director Lotte Leicht, “Kosovo War Crimes Court Can Promote Justice on All Sides”,

these crimes. As the author rightly observes, many Kosovo Albanians therefore consider the justice delivered by the ICTY to be incomplete and have criticized the KSC's selective, mono-ethnic jurisdiction. In this respect, we would have liked to know whether, in the author's view, the ICTY already prosecuted these criminal offences to a sufficient degree to consider the KSC's selective mandate justified.

Part I of the book pays limited attention to the alleged crimes committed by the KLA in northern Albania during the post-conflict period, including the organ trafficking allegations. It is not clear why these events are not the primary focus of this part of the book, as the KSC's subject matter jurisdiction has been limited to the Martyr Report which investigated the allegations revealed by the former Chief Prosecutor of ICTY in her memoirs.²⁸ The fact that these allegations are not discussed into more detail, raises the question whether the author believes that the KSC were established for good reasons.

Criticism on the establishment of the KSC – The validity of international criminal courts and tribunals is often subject to debate. In Part of I of the book, the author therefore discusses the lawfulness of the manner in which the KSC came into being. In this context, she pays attention to the ratification by the Kosovo Assembly of an international agreement reached between the President of Kosovo and the EU High Representative for Foreign Affairs and Security Policy to set up a hybrid court under domestic law, and the subsequent adoption of the necessary constitutional amendments which required a two-third majority. The Constitutional Court of Kosovo determined that these amendments were not unconstitutional. According to the author, these acts clearly demonstrate that the Kosovo Assembly consented to the creation of the KSC. However, the initial refusal of the Kosovo Assembly to pass the necessary legislation

BIRN: 12 November 2020, available at: <https://balkaninsight.com/2020/11/12/kosovo-war-crimes-court-can-promote-justice-on-all-sides/>, last visited on 22 December 2020.

²⁸ Article 6 of the Law.

and the subsequent attempts to abolish the Court,²⁹ the kind of pressure exercised by the European Union and international community on Kosovo to create the Court,³⁰ and Kosovo's position of dependency on the international community for the protection of territory and thereby its very existence, may raise doubt whether and, if so, to what extent Kosovo was free to express its consent to set up the KSC.

In relation to the underlying reasons for the creation of the KSC, the author believes that this was necessary in light of the Marty Report. Yet, it should be noted that the establishment of the KSC has not just been criticized for its alleged lack of legitimacy and its selective, mono-ethnic mandate. It was also questioned whether the creation of the KSC was justified, given the fact that the ICTY and UNMIK had already conducted a joint preliminary investigation into these very same allegations, but concluded that the evidence was insufficient to warrant further investigation.³¹ Moreover, opponents of the Court have argued that the

29 The vote on the necessary legislation had to be postponed several times and was initially voted down. There have also been multiple attempts to revoke the legislation since it passed in August 2015. See *e.g.* Petrit Çollaku, "Kosovo Parliament Votes for New War Crimes Court", BIRN: 3 August 2015, available at: <https://balkaninsight.com/2015/08/03/kosovo-parliament-new-war-crimes-court-vote-08-03-2015/>, last visited on 22 December 2020; Petrit Çollaku and Marije Ristic, "Kosovo Postpones Vote on Wartime Crime Court", BIRN: 29 May 2015, available at: <https://balkaninsight.com/2015/05/29/kosovo-parliament-postpones-special-court-vote/>, last visited on 22 December 2020. Marija Ristic and Die Morina, "Kosovo Lawmakers Try to Scrap New War Court", BIRN: 22 December 2013, available at: <https://balkaninsight.com/2017/12/22/kosovo-lawmakers-attempt-to-stop-new-war-court-12-22-2017/>, last visited on 23 December 2020.

30 See for example, "Transcript of Interview of U.S. Ambassador for War Crimes Stephen Rapp With Koha Ditore", US Embassy website: 20 April 2015, last visited on 13 September 2016 (no longer available in English), cited in Fatos Bytyci, "West tells Kosovo to create court to hear organ harvesting claims", Reuters France: 21 April 2015, available at: <https://fr.reuters.com/article/us-kosovo-court-idUSKBN0NC1L720150421>, last visited on 22 December 2020. Rapp threatened that – if Kosovo would not adopt the necessary legislation – the US would support the proposal of Serbia and Russia to create a UN tribunal for Kosovo which would probably appoint Carla Del Ponte as Chief Prosecutor and other officials "that may not have the best interest of Kosovo independence at heart and will use that as a means to weaken Kosovo".

31 See *e.g.* the Statement of the Permanent Representative of Albania to the United Nations, H.E. Ferit Hoxha, To the Thematic Debate of the UN General Assembly, "The Role

allegations included in the Marty Report were not supported by evidence, especially since the Special Rapporteur refused to share his information with a EULEX Panel of the Basic Court of Pristina in the Medicus case.³² As a result, it remains questionable whether the allegations, for the prosecution of which the KSC were specifically set up, even occurred. As subjecting a person to international criminal proceedings is one of the most coercive measures that can be undertaken against an individual, such decisions require justification.³³ Arguably, this also implies that international(ized) criminal courts and tribunals should not be set up lightly for political purposes, such as the promotion of peace and inter-ethnic reconciliation. On the other hand, those who favored the establishment of the KSC have pointed out that these allegations were revealed by the former Chief Prosecutor of the ICTY, who would not have done so frivolously.³⁴ Moreover, it was argued that the ICTY had not been in a position to properly investigate the organ trafficking allegations as a result of the jurisdictional obstacles that the tribunal faced and accepted that the Special Rapporteur may not have been able to share his evidence with EULEX to protect his sources.³⁵ Although the author appears to support the creation of the KSC in general, her views in this context seem more in line with those of the

of International Criminal Justice in Reconciliation” New York: 11 April 2013, p. 2 of the statement, p. 21 of the report, available at: <https://www.un.org/en/ga/president/67/pdf/calendar/20130410-icj.pdf>, last visited on 22 December 2020.

32 EULEX, *Prosecutor v. Lutfi Dervishi et al.*, Case No. P. 309/2010, Trial Judgment, Basic Court of Pristina, 29 April 2013, pp. 21-24; See also Professor Florian Bieber, “Flat Denial of Marty Report Won’t Help Kosovo”, BIRN: 22 December 2010, available at: <https://balkaninsight.com/2010/12/22/flat-denial-of-marty-report-won-t-help-kosovo/>.

33 See, for example, Robert Cryer, Darryl Robinson and Sergey Vasiliev, *An introduction to International Criminal Law and Procedure*, Cambridge University Press: 2019, fourth edition, p. 28.

34 See *e.g.* Marty Report, *supra* note 1, para. 1.

35 *Idem*, paras. 1 and 3; Clint Williamson, “Statement by the Chief Prosecutor of the Special Investigative Task Force on investigative findings”, 29 July 2014, available at: https://balkaninsight.com/wp-content/uploads/2019/01/Statement_of_the_Chief_Prosecutor_of_the_SITF_EN.pdf, last visited on 22 December 2020, (hereinafter: “Statement by the SITF Chief Prosecutor of 29 July 2014”), p. 4.

KSC's critics. She agrees that the preliminary investigation was terminated due to lack of evidence. While the author also considers that the ICTY would have lacked temporal and territorial jurisdiction to effectively prosecute these allegations, she does not conclude that the ICTY OTP was therefore barred from conducting a proper investigation or that UNMIK or EULEX would have had reason to continue. Instead, she explains why – following the publication of the Marty Report – the ICTY could not assert jurisdiction over these allegations. However, the author's exact stance on this issue remains unclear, as she does not discuss the matter in further detail.

The broader goals of international criminal justice – One of the journalists who first discovered the organ trafficking allegations, Michael Montgomery, believed that Del Ponte revealed the details surrounding the Yellow House investigation out of frustration over the acquittals in the Limaj *et al.* and Haradinaj *et al.* cases, in order to spark a new investigation into the conduct of senior members of the KLA – rather than that the former Chief Prosecutor was convinced strong evidence existed to prove that these specific allegations were true.³⁶ In this context it is important to observe that the Chief ICTY Investigator in charge of the joint preliminary investigation in northern Albania, who later became the Head of the EULEX War Crimes Investigation Unit, Matti Raatikainen, said that: “The fact is that there is no evidence whatsoever in this case [...] No bodies. No witnesses.”³⁷ He complained that the resurfacing of the organ trafficking

36 Marija Ristic, “Kosovo Organ-Trafficking: How the Claims were Exposed,” Belgrade, Balkan Investigative Reporting Network (hereinafter: “BIRN”), 4 September 2015, (hereinafter: “Ristic, “Kosovo Organ-Trafficking: How the Claims were Exposed”) available at: <https://balkaninsight.com/2015/09/04/kosovo-organ-trafficking-how-the-claims-were-exposed-09-04-2015-1/>, last visited 22 December 2020; Gordana Igric, “Unlocking the Dark Secrets of the KLA's Camps”, Interview with Michael Montgomery, BIRN, 16 April 2009, (hereinafter: “Gordana Igric, “Unlocking the Dark Secrets of the KLA's Camps”, Interview with Michael Montgomery”), available at: <https://balkaninsight.com/2009/04/16/unlocking-the-dark-secrets-of-the-kla-s-camps/>, last visited on 22 December 2020.

37 Nick Thorpe, “End of the road for Kosovo organ claims?”, BBC News: 27 May 2010, available at: <https://www.bbc.com/news/10166800>, last visited on 22 December 2020 (hereinafter: “Nick Thorpe, “End of the road for Kosovo organ claims?””); Jeta Xharra and

allegations had hindered his unit from performing its actual task of locating the human remains of the missing persons on both sides of the conflict.³⁸ Special Rapporteur Dick Marty indicated that Albanian sources had categorically refused to cooperate with his investigation. He therefore relied on interviews of these (anonymous?) key sources conducted by unidentified third parties.³⁹ Moreover, the Special Rapporteur failed to conduct a forensic investigation at any of the alleged detention facilities.⁴⁰ The SITF Chief Prosecutor Clint Williamson admitted that “little or no physical evidence exists [to substantiate the allegations made in the Marty Report].”⁴¹ This explains how the substance of the organ trafficking allegations could alter significantly over time: from Del Ponte’s memoirs,⁴² to the Marty Report,⁴³ to the SITF investigation.⁴⁴ The current indictments filed by the SPO do not even include any charges that relate to the organ trafficking allegations.⁴⁵ With the exception of the alleged events that took

Lawrence Marzouk, “EULEX: No Evidence KLA Trafficked Organs”, BIRN: 7 May 2010, <https://balkaninsight.com/2010/05/07/eulex-no-evidence-kla-trafficked-organs/>, last visited on 22 December 2020.

38 Nick Thorpe, “End of the road for Kosovo organ claims?”, *supra* note 37.

39 Marty Report, *supra* note 1, paras. 25-28.

40 *Idem*, para. 97.

41 Statement by the SITF Chief Prosecutor of 29 July 2014, *supra* note 35, p. 1.

42 The former Chief Prosecutor of the ICTY focused on the organ trafficking allegations that were said to have taken place at the yellow house in Rripë, northern Albania in the post-conflict period. (See Del Ponte & Sudetic, *supra* note 2, pp. 277-278; 284-285.)

43 The Special Rapporteur, on the other hand, claimed to have found evidence of a detention network comprising of six or seven separate detention facilities on Albanian territory in the period after April 1999. While Marty claimed to have received indications that serious crimes may have been committed on Albanian territory, his findings largely contradicted the allegations revealed by Del Ponte. He concluded that no organ removal operations were conducted at the yellow house in Rripë and accused Del Ponte of unduly dramatizing some of the facts. (See, in particular, Marty Report, *supra* note 1, paras. 149-152 and 160 fn. 45.)

44 Whereas the Special Rapporteur focused exclusively on alleged crimes committed on Albanian territory, the SITF Chief Prosecutor indicated that the SITF investigation had expanded the territorial scope to cover alleged crimes committed in Kosovo as well. The SITF investigation was said to focus primarily on the post-conflict period after June 1999.

45 The indictment filed in the Mustafa case alleged that the accused was responsible for the illegal arrest and detention, cruel treatment, and torture of at least six persons and the murder of one person. These events were said to have taken place at the Zllash detention facility in Kosovo in the period between 1 and 19 April 1999. (See KSC, *Prosecutor v. Salih*

place at the Kukës and Cahan detention facilities,⁴⁶ it could even be questioned whether the charges contained in the Mustafa and Thaçi *et al.* indictments are sufficiently close related to the Marty Report to fall within the scope of the KSC's subject matter jurisdiction. As relatives of missing persons have been told repeatedly that their family member may have been murdered for the extraction of his or her organs, the fact that the proceedings before the KSC are not likely to reveal what actually happened to the victims will only further contribute to the pain and suffering of their next-of-kin. Thus, after observing that the organ trafficking allegations have changed repeatedly, the reader of this book may have reached a different conclusion as to whether the KSC will be able to offer justice and a sense of closure to victims.

After twelve years of investigation, insufficient evidence has been found to substantiate the organ trafficking allegations. It thus appears as if the KSC may have been created as a result of the acquittals pronounced by the ICTY in the Limaj *et al.* and Haradinaj *et al.* cases which were considered inconvenient to the peace and reconciliation process. This raises the question whether the KSC will be fully at liberty to acquit high-ranking accused.

The author seems to be convinced that the KSC will guarantee that proceedings are conducted in a fair, independent and impartial manner.

Mustafa, Case No. KSC-BC-2020-05, Indictment dated 19 June 2020, 2 October 2020.) The indictment in the Thaçi *et al.* case alleged that the accused were responsible as members of a joint criminal enterprise for the commission of crimes against humanity (persecution, imprisonment, other inhumane acts, torture, murder and enforced disappearances of persons) and war crimes (illegal or arbitrary arrest and detention, cruel treatment, torture and murder) – including almost 100 murders. The indictment primarily focuses on crimes committed in Kosovo in the period prior and during the armed conflict. (KSC, *Prosecutor v. Hashim Thaçi et al.*, Case No. KSC-BC-2020-06, Further Redacted Indictment, 4 November 2020 (hereinafter: “Thaçi *et al.* Indictment”).) On page 71 of the book, it is claimed that the SPO intended to file a ten-count indictment against Hashim Thaçi, Kadri Veseli and others for crimes committed against 1,000 victims. However, in a press release of 24 June 2020, the SPO spoke of “hundreds of known victims”. (See SPO, “Press Release”, 24 June 2020, available at: <https://www.scp-ks.org/en/press-statement>, last visited on 26 December 2020).

⁴⁶ Thaçi *et al.* Indictment, *supra* note 45, paras. 78-79, 115-116, 164.

She regards the KSC as a new court which is completely separate from any of its predecessors. As a result, the author argues that local criticism of the KSC is premature and that popular opinion may change once the Kosovo Albanian population gets the opportunity to better acquaint itself with the KSC and its work. However, in reality both the SPO and the KSC are connected to EULEX.⁴⁷ This hybrid court located in Kosovo was plagued by multiple scandals. Most noteworthy in this regard concern the extremely serious allegations put forward by the former President of the EULEX Assembly of Judges, Malcolm Simmons, who claimed that political interference from both inside and outside the judiciary took place on a large-scale basis in high profile war crimes cases in order to secure convictions – including in the Drenica I and II cases that the author referred to. These allegations revealed by a prominent member of the judiciary, were never properly investigated.⁴⁸ Due to the similarity in the procedures applicable at EULEX and the KSC for appointing judges and allocating cases to them;⁴⁹ the partial overlap in judges who served at both courts;⁵⁰ and the possibility for the KSC to rely on evidence collected by EULEX and to take judicial

47 The SITF, which was part of EULEX, transformed into the SPO and took over its investigation, collected material and personnel. See *e.g.* Articles 24(2), 35(6) and (10) and 37(1) of the Law.

48 See, for example, EULEX, *Prosecutor v. Sylejman Selimi et al.*, Case No. 11/2016, Sylejman Selimi’s Request for Protection of Legality – with annexes A and B, Supreme Court of Kosovo, 17 October 2017, not available online. See further Xhorxhina Bami, “Former EULEX Judge Wants to Reveal ‘Wrongdoings’ to Kosovo Assembly”, BIRN: 25 November 2020, available at: <https://balkaninsight.com/2020/11/25/former-eulex-judge-wants-to-reveal-wrongdoings-to-kosovo-assembly/>, last visited on 23 December 2020; “Extract from the Evidence provided by Judge Simmons to the United Kingdom Employment Tribunal in October 2019” cited in Malcolm Simmons, “EU Corruption case goes to Court of Justice of the European Union”, 2 November 2019, available at: <https://medium.com/@simmonsmalcolm/eu-corruption-case-goes-to-court-of-justice-of-the-european-union-d11dc1ab7d87>, last visited on 26 December 2020.

49 Most remarkable in this regard is the role of the Head of the EULEX Mission, since Judge Simmons alleged that political influence was often exercised by the Head of the Mission with the apparent approval or at the instruction of the European External Action Service (“EEAS”).

50 One of the judges currently serving at the KSC was personally accused by Judge Simmons of interference in multiple high-profile war crimes cases before EULEX Panels.

notice of facts adjudicated by the latter's panels,⁵¹ there is a real risk that this climate of interference may also affect the independence and impartiality of the KSC. In absence of a proper investigation, the concerns of Kosovo Albanian population thus appear to be legitimate.

The author further expresses to believe that the KSC's work will have a positive – albeit limited – effect on the peace and reconciliation process. The author diminishes the fears of the Kosovo Albanian community that the KSC may seek to rewrite history. However, the Marty Report specifically challenged what the Special Rapporteur considered to be a “too clear-cut”⁵² perception of the armed conflict in Kosovo that supposedly existed as a result of the victor's justice applied by the ICTY and UNMIK to effectively shield high-ranking Kosovo Albanian accused from prosecution.⁵³ Likewise, the Serbian authorities have used the ICTY's failure to prosecute the organ trafficking allegations to claim that the tribunal was biased against them.⁵⁴ The creation of the KSC will likely further strengthen these assumptions, as the Court was specifically set up to undo this injustice. As a result, the historical record of the ICTY will no longer be indisputable. To make matters worse, the SPO has denied the campaign of terror and extreme violence that Serbian forces directed against the Kosovo Albanian civilian population in the *Thaçi et al.* indictment.⁵⁵ It is therefore doubtful

51 See Article 37 of the Law and Rule 157(2) of the KSC's Rules of Procedure and Evidence.

52 Marty Report, *supra* note 1, para. 6.

53 *Idem*, summary, p. 1.

54 See *e.g.* The Statement by H.E. Mr. Tomislav Nikolić, President of the Republic of Serbia, to UN General Assembly, Thematic Debate on “The Role of International Criminal Justice in Reconciliation”, New York: 13 April 2013, pp. 7-8 of the statement, pp. 107-108 of the report, available at: <https://www.un.org/en/ga/president/67/pdf/calendar/20130410-icj.pdf>, last visited on 23 December 2020.

55 *Thaçi et al.* Indictment, *supra* note 45, para. 25. See for an appraisal of the phrase: “...KLA soldiers and large numbers of Kosovo Albanian civilians moved from Kosovo to Albania...”, Anna Di Lellio, “Kosovo Wartime Leaders' Indictment is Inaccurate and Biased”, *supra* note 21.

whether the work of the KSC will be able to positively contribute to inter-ethnic reconciliation in Kosovo.

KSC in comparison to other hybrid courts – Finally, the author also compares the KSC to other hybrid criminal courts, like the Special Court for Sierra Leone, the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia and the Special Tribunal for Lebanon. The author focuses on the manner of establishment, the balance between domestic and international elements and the similarities that exist between these courts in terms of location and international staff. On the other hand, we would like to point out the manner in which the KSC clearly distinguish themselves from these previous courts, namely: the fact that the KSC are the fourth international(ized) court with jurisdiction over the same events. The author argues that the establishment of the KSC was necessary due to the weakness of the local judicial system, but we cannot ignore that up until June 2018 two hybrid courts were responsible for the prosecution of war crimes cases in Kosovo; not the local judiciary.⁵⁶ This is why we prefer to place the KSC in line with the ICTY, UNMIK and EULEX rather than with the other internationalized courts, since this is what makes the creation of the KSC so very unique.

Part II – The second part of book is written by Chiara Loiero and focuses on the Rules of Procedure and Evidence (“RPE”) applicable at the KSC. The author carefully selected a number of procedural issues that are specific to the KSC and compared these rules to those applicable at other international criminal courts and tribunals – in particular, the ICTY, the International Criminal Tribunal for Rwanda (“ICTR”) and the International Criminal Court (“ICC”). She thereby concentrates on the differences between the

⁵⁶ EULEX started handing over war crimes cases to the local judicial authorities in June 2018, following an amendment of its mandate by the Council of the European Union. From this moment on, the panels responsible for addressing war crimes cases would be composed of a majority of local judges. (See Council Decision (CFSP) 2018/856 of 8 June 2018 amending Joint Action 2008/124/CFSP on the European Union Rule of Law Mission in Kosovo).

respective RPE's rather than on their similarities. More importantly, she also explains on the basis of case-law why she considers these changes in the interest of the fairness of the proceedings. Throughout this part of the book, the author has cleverly chosen to apply a simple, yet effective structure: First, the author briefly sets out the rules applicable at the KSC on issues such as pre-trial investigations, arrest and detention, the indictment, disclosure, dismissal of charges, evidence, the trial judgment, the status of an accused after acquittal and the ombudsman. Second, she explains how these rules have evolved over time and with experience from the *ad hoc* tribunals and the ICC to ultimately the KSC. Despite the seemingly dry subject matter, she has been able to write this part of the book in an animated manner due to the many references to real problems that emerged from the case-law, in particular, of the ICC.

As was the case with the first part of the book, the author of the second part likewise completed drafting her contribution before the first two indictments filed by the SPO were made public. Although these major developments at the Court do not affect the second part of the book as much as they did the first, it still remains somewhat unfortunate that the author was not in a position to process this new information. Especially, since it has become apparent from the indictment filed in the *Thaçi et al.* case that the provisions which allow the KSC to rely on evidence collected by other courts with jurisdiction over crimes committed during the Kosovo war and take judicial notice of facts adjudicated in the final verdicts of these courts, will play a prominent role in the proceedings before the KSC. It would therefore have been interesting if she had discussed Article 37 of the Law on the Kosovo Specialist Chambers and Specialist Prosecutors Office and Rule 157 of the KSC RPE in even greater detail than she did. In this way, the author could have made an even more valuable contribution to the academic discussion on international criminal procedure, since these provisions concern complete novelties in comparison with the legislation applicable at

the ICTY, ICTR and the ICC. The author could in this context have drawn an analogy with the rules on judicial notice applicable at these courts.

Final remarks – To conclude, we commend the authors for their book, because, in an area of legal literature where titles on the KSC are lacking, the book offers an interesting introduction into the KSC and its rules of procedure and evidence. To achieve this result, Maria Stefania Cataleta and Chiara Loiero each applied their own strengths and talents to their advantage. As becomes apparent from the first part, Maria Stefania Cataleta clearly possesses a very broad interest in respect of both the armed conflict in Kosovo as well as the creation of the KSC. As a result, Part I addresses a wide range of issues relevant to the KSC that a reader would not necessarily have expected to find in a book of this size. In this way, the first part exceeds the mere scope of an ordinary introduction. This has led to the inclusion of arguably one of the most interesting fragments of Maria Stefania Cataleta's contribution: the historical background of the Kosovo war. The relevance of these historical facts cannot be overstated: Maria Stefania Cataleta clearly understands that the suffering of the Kosovo Albanian population should neither be denied nor diminished, if the KSC wish to gain any local support in order to contribute to the broader goals of international criminal justice. This is an important lesson that the SPO would do wise to pay attention to. Chiara Loiero, on the other hand, has succeeded very well in focusing on a clearly defined subject matter that was sensibly chosen. She thoroughly examines the procedural changes in the KSC RPE vis-à-vis the procedural rules applicable at the ICTY, ICTR and ICC. She was able to concentrate solely on the most relevant aspects of her subject and thereby gives the reader the impression that her argumentation is completed in an intelligent manner. As a result, the second part of the book offers a valuable insight into both the development of international criminal procedure as well as the specific rules of procedure and evidence that apply before the KSC. This part reads pleasantly, is well documented and may be interesting for academics and practitioners alike. The time of publication of this book

could not have been better, as the SPO only recently launched its first criminal proceedings before the KSC and the Court is about to commence its work. The contributions of Maria Stefania Cataleta and Chiara Loiero, thus, provide a first introduction that may serve as an excellent starting point for further debate.

Regolamento

Il comitato scientifico si compone di personalità dotate di specifiche e spiccate competenze riconosciute sia in ambito nazionale che internazionale. L'eventuale accesso di nuovi membri deve essere deliberato a maggioranza dei membri del comitato di direzione, come anche la sostituzione del direttore responsabile e del direttore scientifico.

Informazioni sul comitato di direzione, di redazione e scientifico

Lucio d'Alessandro, rettore dell'Università degli Studi Suor Orsola Benincasa di Napoli

Bruno M. Bilotta, professore ordinario f.r. di sociologia giuridica, della devianza e del mutamento sociale, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, direttore responsabile e direttore scientifico

Jean-Claude Angoula, professore di sociologia e teologia, Centre Saint Augustin de Dakar

Francisco Javier Ansuátegui Roig, professore ordinario di filosofia del diritto, Universidad "Carlos III" di Madrid

Felice M. Barlassina, professore di antropologia sociale e culturale, Centre Saint Augustin de Dakar, vicedirettore scientifico

Maria Elisabetta Bilotta, avvocato, Presidenza del consiglio dei ministri f.r., Roma

Carlo Bonifati, dottore di ricerca, Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro

Franco A. Cappelletti, f.r. professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi del Sannio di Benevento

Maria Stefania Cataleta, ricercatore associato presso il Laboratoire de Droit International et Européen-LADIE, Université Côte d'Azur (FR)

Gennaro Cicchese, Università Pontificia Lateranense e Centre Saint Augustin de Dakar, vicedirettore scientifico

Anna Civita, professore associato in sociologia generale, Università degli Studi "Aldo Moro" di Bari

Matteo Crippa, extraordinary chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)

Enrico M.G. Damiani di Vergada Franzetti, avvocato, professore associato di sociologia giuridica, Università degli Studi di Enna "Kore"

Francesco D'Amico, geologo, giornalista *freelance*, dottorando di ricerca presso l'Università della Calabria e il Consiglio Nazionale delle Ricerche, *editorial office staff*

Caterina Delfino, sociologa, docente di materie giuridiche

Santo Delfino, avvocato, docente di materie giuridiche

Antonio M. Dimartino, cultore della materia in filosofia del diritto presso l'Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro, caporedattore

Clauda Roxana Dorado, professoressa di sociologia del diritto, Universidad Nacional de Córdoba

Laurence Dumoulin, CNRS, PACTE Sciences Po Grenoble

Emilia Ferone, PhD, Università degli Studi "Gabriele D'Annunzio" di Chieti-Pescara

Cinzia Gamba, professore associato in diritto processuale civile, Università degli Studi di Pavia

Claudio Generoso, avvocato del foro di Milano

Renato Grillo, magistrato, già Consigliere Corte Suprema di Cassazione

Xavier-Jean Keita, avocat, Public Counsel for the Defence, International Criminal Court, Aja

Nicola Malizia, professore associato di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Università degli Studi di Enna “Kore”

Vincenzo Marano, avvocato del foro di Crotone

Alessandro Marca, informatico, Università degli Studi di Milano

Sergio Marotta, professore ordinario di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Marcello Monteleone, sostituto procuratore generale, Distretto della Corte di appello di Roma

Francesco Petrillo, professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi del Molise

Andrea Pitasi, professore associato di sociologia giuridica e di analisi delle decisioni giuridiche, politiche e sociali dell'UE, Università degli Studi “Gabriele D’Annunzio” di Chieti-Pescara

Paolo Aldo Rossi, f.r. professore ordinario di storia del pensiero scientifico, Università degli Studi di Genova

Armando Saponaro, professore ordinario di criminologia, Università degli Studi “Aldo Moro” di Bari

Alberto Scerbo, professore ordinario di filosofia del diritto, Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro

Richard Sédillot, avocat, expert près le Conseil de l’Europe, membre du Conseil scientifique de l’Institut des droits de l’homme et de la paix

Maria Ausilia Simonelli, professore ordinario di sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale dell’Università degli Studi del Molise

Ferdinando Spina, professore associato di sociologia del diritto, Università del Salento

Gaetano Tatò, avvocato, già direttore generale presso il Ministero dell’istruzione, dell’università e della ricerca scientifica, giudice tributario

Rivista internazionale di sociologia giuridica e diritti umani

Editoriale di Bruno Maria Bilotta

Sui pilastri dell'ermeneutica generale di Emilio Betti. Centralità del giuridico nella visione socio-antropologica, di Vinicio Busacchi

La salute fra libertà terapeutica e obblighi di legge. Documentazione giuridica, considerazioni scientifiche, principi bioetici, di Giovanni Chmirri

Hate-speech: an irrelevant issue or a perilous evil for European societies? Italy and the Netherlands: a comparative overview of hate speech criminalization, di Alessandro Corti

Gender-based violence and law in action, di Enrico Damiani di Vergada Franzetti

On present-day wildfires: when law, society, nature, and anthropic activities combine. A multi- to inter-disciplinary analysis, di Francesco D'Amico, Antonio Dimartino

O Fundamento da Hermenêutica jurídica de Emilio Betti, di Francesco Petrillo

Profili funzionali della mediazione civile e commerciale: la funzione tradita, di Santo Viotti

Recensione del volume *In morte degli italiani* di Gianandrea De Antonellis, di Rosa Carnevale

Recensione del volume *The Kosovo Specialist Chambers. The last resort for justice in Kosovo?* di Maria Stefania Cataleta, Chiara Loiero, di Fabián Raimondo, Renée de Geus