

## IL PARADOSSO DEL VOTO NELLA QUOTIDIANITÀ DEL DIRITTO\*

Lothar Philipps\*\*

Traduzione italiana dal tedesco: *Francesco Romeo*\*\*\*

**Abstract:** Three judges of a German tribunal, a 'Schöffengericht' consisting of a professional judge and two lay judges, are deliberating on the sentences for three defendants. The resulting sentences are caused by the 'voting paradox', a phenomenon that is hotly debated in economics, politics, and philosophy, but not widely discussed in German jurisprudence.

### 1. Nella camera di consiglio di un Tribunale

Tre imputati, A, B, e C, vengono processati davanti ad un tribunale con giudici popolari. Un simile tribunale è composto da un giudice togato e da due giudici popolari. La dottoressa R, giudice togato, è il presidente del tribunale, giudici popolari sono i signori S e T; il voto di un giudice popolare vale tanto quanto quello di un giudice togato.

Dopo il pubblico dibattimento la Corte si ritira per la discussione sulla colpevolezza e sulla misura della pena. Dopo vivace confronto sul caso il Presidente interviene nella discussione:

"ho l'impressione che possiamo già tener fermo un risultato intermedio, naturalmente provvisorio e non vincolante. Cioè: A merita una pena maggiore di B, e B maggiore di C."

"Giusto",

approvano i due giudici popolari.

Giudice T:

---

\* Pubblicato in tedesco su: *Slovenian Law Review*, 2 (2005) pp.33-39 con il titolo *Das Abstimmungsparadoxon im juristischen Alltag*.

\*\* Professore emerito, Istituto di Filosofia del Diritto ed Informatica Giuridica, Ludwig-Maximilian Universität, Monaco di Baviera, Germania.

\*\*\* "Gruppo i-lex", Università G.D'Annunzio, Facoltà di Economia, Viale Pindaro 42, 65100 Pescara, Italia.

"A merita in ogni caso una pena maggiore di B".

Giudice S:

" e B una pena maggiore di C, ne sono proprio sicuro".

"In linea di principio siamo quindi d'accordo",  
dichiara R,

"ed ora andiamo a trattare della singole quantità di pena. Io trovo che fra i tre imputati non c'è una grande differenza sulla meritevolezza della pena, ma qualcuna sì. Ciò che adesso dico è solo una prima proposta, possiamo e dobbiamo discuterne sopra. Quindi: A prende quattro anni, B tre e C due anni".

"Questo non lo ritengo giusto",  
obietta il Giudice T.

"Secondo me, C deve avere una pena maggiore di A",  
gli si associa S esitante.

Il Presidente:

"Ora però mettete un punto, signori miei: la maggioranza - cioè Lei, signor T, ed io - aveva chiaro che A è più colpevole di C".

T annuisce.

"La maggioranza – questa volta il signor S ed io – aveva anche chiaro che B è più colpevole di C".

S annuisce.

"Se allora A è più colpevole di B e B è più colpevole di C, allora A deve essere sicuramente più colpevole di C, è una questione di logica."

T: "La cosa non mi quadra molto; ma ammetto che il Presidente ha ragione. Da studente mi sono occupato un po' di logica ed anche dei cosiddetti sillogismi: 'un orso è più pesante di un cane San Bernardo. Un San Bernardo è più pesante di un gatto di casa. Conclusione anche un orso è più pesante di un gatto di casa.' So bene che questi esempi logici suonano sempre un po' banali, è difficile però obiettare qualcosa."

"Ma qui è ben qualcosa di diverso",  
obietta S malgrado ciò,

"nel nostro caso si tratta di questioni morali e dello spirito."

T: "Al posto dell'orso può anche mettere in testa l'ex cancelliere Kohl, che si è sempre adoperato per il morale-spirituale."

S: "Questo è proprio di cattivo gusto, signor T! E lei sa benissimo che non era questo il senso di ciò che ho detto; io penso alla differenza tra le caratteristiche morali-spirituali e quelle fisiche."

R cerca di rischiarare l'atmosfera:

"la capisco bene, signor S. Non si dovrebbe cercare di mettere certe cose in una classifica; questo è veramente privo di gusto. Ma lo si può fare nonostante ciò e lo si fa; al giorno d'oggi ogni cosa ed ognuno viene

'classificato': che si tratti dell'aspetto finanziario, morale, fisico o altro. Poco fa leggevo nella *Süddeutschen Zeitung* che qualcuno ha eletto 'l'uomo più sexy del mondo'. Se c'è l'uomo più sexy, si sarà scelto anche il secondo e il terzo uomo più sexy; almeno credo. Per quanto ci tengo a precisare che non desidero conoscere nessuno dei tre. Prendiamo invece un esempio innocuo dalla quotidianità: 'cortesia'. Si può ben dedurre: 'se l'uomo X è più cortese dell'uomo Y, e Y a sua volta è più cortese di Z, allora X è anche più cortese di Z'".

Entrambi i giudici popolari annuiscono.

"Vede, ed il nostro compito è di trovare un grado della pena differenziato per – diciamo così – comportamenti scortesi".

S è rabbonito e quasi convinto.

Segue una discussione sul grado della pena. Questo è il risultato della successiva votazione: A riceve una pena detentiva di quattro anni, B viene condannato a tre anni e C a due anni. Ci si è quindi attenuti, o vi si è tornati, alle idee iniziali del Presidente.

## 2. Un'analisi del dibattito

Nella discussione si è manifestato un errore, e per giunta uno che si può ripetere quotidianamente ed è capitato anche spesso. Esaminiamo ancora una volta nei particolari lo svolgimento.

Il presidente R per prima cosa comunicava che riteneva A meritevole di una pena maggiore di B e B meritevole di una pena maggiore di C.

I giudici popolari si dichiaravano d'accordo in linea di massima: anche il giudice T pensava che A fosse meritevole di una pena maggiore di B, ed anche il giudice S riteneva B meritevole di una pena maggiore di C. Per queste due constatazioni c'era una maggioranza già in partenza.

Si è giunti anche ad un altro accordo: se A è più meritevole di pena rispetto a B e B più meritevole di pena rispetto a C, allora A è anche più meritevole di pena di C. I giudici popolari in inizio tentennavano; è stato l'appello alla logica che li ha portati ad abbandonare i loro dubbi.

Gettiamo quindi uno sguardo alla logica. Qui si tratta di relazioni: X è più pesante di Y; X è più cortese di Y, X è più meritevole di pena di Y.

Le relazioni possono essere 'transitive' oppure no. Una relazione transitiva significa: quando essa vale per un individuo in riferimento ad un secondo individuo e per il secondo in riferimento ad un terzo, allora essa vale anche per il primo in riferimento al terzo. Se X è più cortese di Y e Y è più cortese di Z, allora X è anche più cortese di Z. Non tutte le relazioni godono della proprietà transitiva: se X è il padre di Y e Y il

padre di Z, allora X in nessun modo è il padre di Z. Egli è, invece, un suo avo: 'avo di' è ancora una relazione transitiva. Tutti gli esempi introdotti nel dibattito, anche la relazione 'più meritevole di pena di' sono transitivi. La Giudice Presidente lo ha giustamente constatato.

Ciononostante non avrebbe dovuto richiamarsi. Qui c'è, infatti, una differenza significativa.

Certamente vale: *se è vero che X è più meritevole di pena di Y e Y è più meritevole di pena di Z, allora è anche vero che X è più meritevole di pena di Z. Ma nel formalismo delle votazioni democratiche non è importante la verità, bensì la maggioranza: quando la maggioranza ritiene l'imputato X più meritevole di pena di Y e la maggioranza ritiene Y più meritevole di pena di Z, da ciò non segue che la maggioranza ritenga X più meritevole di pena di Z.*

Lo stesso accade anche nel nostro caso. Ricostruiamo l'originale quadro d'opinioni dei tre giudici, non ancora modificato dalla discussione sulla logica:

T:      B>C>A  
S:      C>A>B  
R:      A>B>C

Se si paragonasse ogni imputato con ogni altro imputato, come è corretto fare, e se su questi paragoni si votasse, allora il risultato sarebbe, sia qui ripetuto, una maggioranza per A>B (così R e S) e una maggioranza per B>C (così R e T), ma anche una maggioranza per C>A (così i due giudici popolari nella loro temporanea ribellione alle proposte del Presidente).

Dopo le iniziali opinioni di maggioranza, A sarebbe dunque più meritevole di pena di B e B più meritevole di pena di C; ma che con ciò anche A sia più meritevole di pena di C, come richiederebbero la transitività della relazione e la ragione, non è proprio il caso, bensì C sarebbe a sua volta più meritevole di pena di A.

Il matematico Charles L. Dodgson alias Lewis Carroll ha coniato per questi fenomeni paradossali il concetto di 'successioni cicliche', che ben si addice all'autore di *'Alice nel paese delle meraviglie'*<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La problematica fu scoperta dal Marqui de Condorcet (1785); portata avanti, sopra tutti, dal premio Nobel Kenneth J. Arrow (all'inizio degli anni '50). Una gran quantità di letteratura nelle scienze politiche ed economiche, in sociologia e filosofia vi ha dato seguito. Rimando per tutti all'esauriente esposizione Lucian Kern e Julian Nida-Rümelin, *Logik kollektiver Entscheidungen*,

Successioni cicliche s'incontrano anche nel mondo dell'arte: un Canone è una simile successione.

Con ciò, il quadro d'opinioni dei tre giudici può anche essere sviluppato come Canone:

T:       A-B-C-A - B-C-A – B-C-A – B-C-A -...  
S:        A-B- C-A-B – C-A-B – C-A-B-...  
R:        A-B-C – A-B-C – A-B-C-...

Nella rappresentazione come Canone si rende evidente quanto spesso la situazione delle successioni cicliche possa scaturire da tre votanti su tre alternative.

Innanzitutto: i tre 'toni' A – B – C possono comparire in sei permutazioni (A – B – C; A – C – B; B – A – C ecc.). Allora: per la seconda e la terza 'voce', che, ovviamente, in un canone devono essere spostate di un pezzo rispetto alla voce precedente, si possono impiegare due modalità per un 'tema' di tre toni: o insieme al secondo tono nella voce precedente (qui sarebbe il B) oppure insieme al terzo (qui è il C). Così risultano due volte sei permutazioni, in tutto dodici possibili configurazioni.

---

Oldenbourg Verlag, Monaco-Vienna 1994. Ci si domanda comunque perché i giuristi, che hanno certamente molto a che fare con le votazioni, si sono poco occupati della Teoria del Paradosso del Voto. Un'eccezione degna di nota è stata costituita da un gruppo che si riuniva attorno a Adalbert Podlech (al quale apparteneva anche Bernhard Schlinck), il cui lavoro naturalmente è restato senza eco; nel volume collettaneo edito da Podlech, *Rechnen und Entscheiden. Mathematische Modelle juristischen Argumentierens*, Duncker und Humblodt, Berlino 1977, si può trovare anche, a stampa, il testo originario di Condorcet. Nondimeno, non si può affermare che la giurisprudenza abbia trascurato il problema; esso appare indirettamente nelle regole sulle votazioni dei collegi. Sul punto ci si può riferire ad una accurata ricerca, che non trascura la più recente letteratura, di Marietta Auer: *Willkür rechtlicher Entscheidungsverfahren? Die Auswirkungen von Arrows „General Possibility Theorem“ auf Wahl- und Abstimmungsverfahren des geltenden Rechts*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, Vol. 88, 2002, p. 2-27. Negli USA il paradosso è tuttavia aspramente dibattuto, e precisamente soprattutto nel contesto delle ricerche in 'Law & Economics' e 'Social Choice'. Nel sistema di ricerca LexisNexis si trovano attualmente (fine settembre 2005) non meno di 58 riferimenti.

Senza la limitazione, per mezzo del principio del canone, sarebbero possibili con tre 'voci'  $6^3$ , cioè 216 configurazioni, perché bisognerebbe moltiplicare ciascuna delle sei permutazioni in ogni voce con ciascuna delle sei permutazioni in ogni altra voce. Da 216 possibili configurazioni nel totale risulta, per l'apparire di una delle 12 configurazioni di 'canone', una probabilità di 0,06, cioè del 6%.<sup>2</sup>

### 3. La rilevanza del paradosso

Una probabilità del sei per cento sarebbe per gli affari della giustizia elevata in modo allarmante, ma se il paradosso nella prassi giudiziaria giochi veramente un ruolo degno di nota è questione ancora dubbia.

I giudici penali - per rimanere fermi alla limitazione al diritto penale - non votano sul fatto che un imputato sia 'più meritevole di pena' di un altro; bensì sull'entità della pena detentiva, che viene calcolata in anni o mesi (§ 39 Abs. 2 Strafgesetzbuch). Non si vota su valori 'ordinali' che semplicemente stabiliscono una gerarchia, bensì su valori 'cardinali'.<sup>3</sup>

Se si tratta di valori cardinali il paradosso può non presentarsi. Supponiamo che i giudici popolari S e T si siano tenuti fermi nella loro opinione (nel consiglio solo temporaneamente rinvivata), in base alla quale C sarebbe più meritevole di pena di A. Per ciò che riguarda le differenti entità di pena avrebbero accettato le gradazioni cardinali del Presidente (4 – 3 – 2 anni).

Avremmo quindi come risultato il seguente quadro delle votazioni:

---

<sup>2</sup> Si può anche per prima cosa disegnare un grafico ciclico e poi perfezionarlo in un modello di un collettivo decidente. Nel nostro caso si prenderebbe un triangolo, oppure un quadrato, un pentagono, qualcosa tipo '*Das Haus vom Nikolaus*' [gioco consistente nel disegnare una casa o una figura qualsiasi senza staccare la punta della penna dal foglio e senza passare due volte sullo stesso tracciato N.d.T.] dal famoso gioco dei bambini. Qualcosa di simile sarebbe davvero inusuale; ma, come il padre del compositore americano Charles Ives era solito dire, quando qualcuno gli parlava della musica di suo figlio: "si può anche imbrigliare il cavallo per la coda".

<sup>3</sup> Sull'ordinalità e cardinalità nella misura della pena vedi ultimamente Andrew von Hirsch, *Fairness, Verbrechen und Strafe: Strafrechtstheoretische Abhandlungen*. Berliner Wissenschaftsverlag, Berlino 2005, p. 136 ss..

	A	B	C
T:	3	2	4
S:	2	4	3
R:	4	3	2

Ora non si avrebbe più nessun paradosso, bensì soltanto una semplice *impasse*: non c'è alcuna maggioranza per quanto riguarda anche solo l'entità della pena. Ma il legislatore ha assicurato la decidibilità per simili casi: "Vengono addizionati i voti più svantaggiosi all'imputato fino al meno svantaggioso utile per la necessaria maggioranza" (§ 196 Abs. 3 Gerichtsverfassungsgesetz)<sup>4</sup>.

La soluzione qui porterebbe al risultato che ognuno dei tre imputati verrebbe condannato ad una pena detentiva di tre anni, ogni volta con una maggioranza di due ad uno.

Ma la regola per l'*impasse* dovrebbe entrare in azione solo quando il caso sia stato completamente discusso. È nel normale modo di procedere, che dapprima si confronti ogni imputato con ogni altro, che poi conformemente si mettano gli imputati in un ordine gerarchico per quel che riguarda la loro meritevolezza di pena e che infine si stabiliscano le distanze tra i singoli gradi e con esse anche l'ammontare delle pene. Questa successione da ordinali a cardinali vale ancor più se partecipano dei giudici popolari. Essi possono dire la propria, in modo eccellente, fintanto che si tratti del paragone tra maggiore o minore punibilità di un imputato. Ma se si debba trattare per un imputato di tre o di quattro anni di pena detentiva e oltre, forse ancora sei o sette mesi, su queste domande si andrebbe, perlopiù, ben oltre le capacità del giudice popolare. Non è un segreto che anche il più giovane giudice togato, all'inizio della sua carriera, si preoccupi di consultare un collega di maggior esperienza: "che cosa si dà in questi casi?".

Nel nostro esempio il caso non è stato sviscerato a fondo. Non si è arrivati alla discussione del paragone della meritevolezza di pena tra gli imputati A e C, perché si supposeva che il risultato fosse già dato logicamente.

Il pericolo, che originandosi nel paradosso del voto si manifesta nella quotidianità giuridica, non dipende dalla votazione stessa, bensì dal precedente dibattito, dalle decisioni informali preliminari, che lì vengono

---

<sup>4</sup> "(Es) werden die dem Beschuldigten nachteiligsten Stimmen den zunächst minder nachteiligen so lange hinzugerechnet, bis sich die erforderliche Mehrheit ergibt".

prese e che poi produrranno i loro effetti sulla votazione. La personalità dominante tra i giudici s'imporrà con la sua opinione, perché potrà fare forza sul parziale assenso degli altri, sull'apparenza della logica e sul buonsenso. Nel nostro caso la dottoressa R dominava la situazione. Era intelligente e vigorosa, era di casa nell'aula delle udienze ed in camera di consiglio – ed era il Presidente. Certamente non ha ingannato di proposito i giudici popolari. Probabilmente non ne sapeva nulla delle insidie del discorso ordinale. In quale lezione di diritto avreste anche voi potuto venire a conoscenza di qualcosa in proposito?