

# SAGGI E NOTE

ANNI 2022-2023



**TCRS 2022-2023**

**Teoria e Critica**

**della Regolazione Sociale**

# **SAGGI E NOTE**

Questo volume raccoglie in ordine cronologico gli articoli già pubblicati, durante il 2022 e il 2023, nella sezione *Saggi e Note* della rivista “Teoria e Critica della Regolazione Sociale”.

ISSN: 1970-5476

Teoria e Critica della Regolazione Sociale  
Centro TCRS, Università di Catania e del Piemonte Orientale  
[tcrs@mimesisedizioni.it](mailto:tcrs@mimesisedizioni.it)  
<https://mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/index>

## Indice

<b>Saggi</b>	<b>1</b>
<i>Antonio Torrisi, Tommaso Mauceri</i> Female and Gender Discrimination in Professional or Amateur Sports	2
<i>Maria Antonietta Foddai</i> <i>Accabadora</i> . Dimensioni tacite del diritto e opera letteraria	16
<i>Guglielmo Ciaccio</i> Diritto e violenza nella filosofia di Eligio Resta. Studio dei paradossi e della differenziazione	28
<i>Grazia Donato</i> Elementi della filosofia del diritto di Gustav Radbruch	50
<i>Alessandro Campo</i> La vulnerabilità tra disabilità e protezione internazionale. Alcune ipotesi sul ruolo relazionale delle emozioni	71
<i>Margherita Daverio, Fabio Macioce</i> Intelligenza artificiale	89
<i>Barbara Giovanna Bello</i> “Razza” ed etnia nel pensiero di Max Weber	103
<i>Roberta Nobile</i> End of Life Choice Act 2019. La morte assistita nella legislazione della Nuova Zelanda	129
<i>Matteo Buffa</i> Migrazioni e protezione internazionale secondo il metodo clinico-legale. Andate e ritorni tra formazione e public engagement	147
<i>Valerio Gigliotti</i> Consuetudine e osservanza. Per il recupero di un fondamento del diritto comune	155
<i>Gregorio Fracchia</i> Certeza ordinamentale e blockchain. A partire da N. Luhmann	179
<i>Anna Cavaliere</i> “Anche lo studio è un mestiere”. Istruzione e lavoro a partire dagli scritti di Karl Marx e Antonio Gramsci	193
<i>Roberto Luppi</i> La necessità del metafisico nelle democrazie liberali a partire dalle teorizzazioni di Rawls e Habermas	206
<i>Attilio Alessandro Novellino</i> La parresia tra “nomos” e “aletheia”. Verità, politica e forme “aleturgiche” in Foucault	224

Note	241
<i>Guido Alimena</i> Il primato del soggetto nella politica. Presentazione di <i>Virtù umane e virtù politiche</i> , a cura di G. Cotta, Milano-Udine, Mimesis, 2020, 273 pp.	242
<i>Martina Violante</i> Riflessioni a partire dal volume <i>Laws of Transgression. The Return of Judge Schreber</i>	261
<i>Angela Condello</i> Figure e temi esemplari. Per una filosofia del diritto dentro e fuori dal canone	277
<i>Enrico Lanza</i> Recensione del volume di Dario Alparone dal titolo <i>Il cervello, il crimine e l'inconscio. Una prospettiva psicoanalitica su diritto e neuroscienze</i> , Orthotes, Napoli-Salerno, 2021	284

# Saggi

Antonio Torrisi\* - Tommaso Mauceri\*\*

*Female and gender discrimination in professional or amateur sports*\*\*\*

ABSTRACT

In this essay, the authors face gender discrimination issues upon entry into sports championships. In the first part, the focus is mainly on transgender and queer transgender people with particular reference to the need by sports fields to disregard the social or legal identity currently centered on the psychological-character gender. In the second part, the authors deal with the issue of whether the lack of professional-category protection for Italian female athletes amounts to a form of gender discrimination, or whether instead constitutes a natural consequence of the legal principles, according to which, the Italian legal system differentiates practicing sport between professional sports and amateur sports. Undeniably, in the last twenty years there has been an evolution of the phenomenon in the direction of greater gender equality in terms of sports participation, as well as greater consideration by the media and interest attributed to the competitive performance of women athletes. However, the essay concludes that in Italy acknowledgement of women's professional football, seems to relate more to issues of economic sustainability, than to discrimination.

KEYWORDS

Transgender – Discrimination - Gender gap - Women’s soccer - legal rights - Protection of gender rights - Freedom of science and the manifestation of thought

1. Transgender and sport: a paradox? - 2. Sexual cataloging in sport as exclusively aimed at reserving the balance of competitions. - 3. Gender gap and women’s soccer - 4. Discrimination between professional and amateur sports in Italian law - 5. Changing views on people who work in sports – 6. Sport and re-evaluation of the culture of difference

1. Transgender and sport: a paradox?

---

\* Research fellow at the University of Catania – antonio.torrisi1@unict.it

\*\* Associate Professor at the University of Catania - tmauceri@lex.unict.it

\*\*\* The article replicates, with the addition of essential bibliographic references as footnotes, the Authors’ report held at the conference "Sport and Politics from Antiquity to the present day", at CESH 2021 organized by the University of Lisbon, on September 14<sup>th</sup>, 2021. Paragraphs 1, 2 and 6 are written by Tommaso Mauceri, while paragraphs 3 to 5 are written by Antonio Torrisi.

The condition of transgender people in sport leads to paradoxical outcomes, as sport, which is traditionally a very inclusive phenomenon opposed to any form of discrimination, may end up mandating excessively narrow forms of classification for transgender people.

Indeed, a very important value of sport is its inclusivity: it's an always-open door for everyone. Sport's traditional role has precisely been to free people from situations of subordination and vulnerability.

Sport has helped breaking through barriers of race and citizenship. Sport has also played a paramount role in overcoming subcultures such as racism and discrimination. Indeed, sport features a universal character: it is communication through gestures that are the expression of a unique dimension, a non-sizeable human heritage. Here the reference may go to Bausinger<sup>1</sup>, but I prefer recalling the movie masterpiece "Escape to victory", where the characters understand that they save themselves by playing the game and not by running away<sup>2</sup>.

The assertion of such values is amplified in magnitude when it involves high-media impact sports.

During the Tokyo Olympics just recently concluded, 185 athletes came out of the closet, self-identifying as LGBTQ<sup>3</sup>.

But precisely in relation to a numerous part of this community, sport's capacity to overcome barriers and discriminations seems problematic, especially considering gender dysphoria<sup>4</sup>.

The last Olympics have also been at the centre of a heated controversy regarding a transgender weightlifter (the New Zealander Laurel Hubbard), born a man and later self-identified a woman without changing primary sexual features. It was the first time in the history of the Olympic Games that a transgender took part in the competitions<sup>5</sup>.

Trans-genders are those identifying themselves in the opposite sex without however feeling any incompatibility with their primary sexual features, sometimes not even with their secondary ones. We can also include those who do not identify with neither the female nor the male gender, the so-called gender queers<sup>6</sup>.

Such situations clash with the need for fair competition, which seems to be protected exclusively within a sexual-binary system.

We refer to a sexual dualism that for the most features a correspondence between gender identity and biological sex, however modified following surgical or hormonal treatment.

The international Olympic committee holds dear such criterion, establishing that membership to one category or the other must follow hormonal data. So, competitors in male categories must have male hormones (especially, testosterone) above a certain threshold notwithstanding gender identity from a social or legal point of view, both of which, nowadays rather than the biological data, take

<sup>1</sup> Exemplary, Bausinger 2008 (Pisa): 129; Id. 2008 (Roma): 154. We remember also Carrington, 2001: 141.

<sup>2</sup> A. Murray Scott, "Escape to Victory - Still the greatest football movie ever made", in *thelab.bleacherreport.com*, 30 Sep 2020. For legal literature see Cappuccio 2019: 15.

<sup>3</sup> "At least 186 out LGBTQ athletes were at the Tokyo Summer Olympics, more than triple the number in Rio", in *outsports.com*, 22 September 2021, specifying that «at least 185 publicly out gay, lesbian, bisexual, transgender, queer and nonbinary athletes were in Tokyo for the Summer Olympic Games, more than triple the number who participated at the 2016 Rio Games» with the list and the specialties of all 185 self-declared athletes belonging to the lgbtq movement.

<sup>4</sup> Dworking-Messner 2001: 17.

<sup>5</sup> "Weightlifter Laurel Hubbard will be first trans athlete to compete at Olympics", in *Theguardian.com* 21 June 2021: «Hubbard's selection has already sharply divided opinion, with some noting that it has meant that the 21-year-old Tongan weightlifter, Kuinini Manumua, who would have otherwise qualified, has missed out on the Olympics. Hubbard, who lived as a male for 35 years, did not compete in international weightlifting until transitioning. Since then, however, she has won several elite titles».

<sup>6</sup> We can remember Connel 2005; Butler 1993 and 2004; Fausto-Sterling 1985; Rogers 2000; Jordan-Young 2011. All of them agree that gender identity is increasingly linked to psycho-relational perception and is independent of sexual features.

into account the gender perceived at the psychological-relational level without imposing any surgery, in many countries not even merely hormonal ones<sup>7</sup>.

The resulting effect is that people acknowledged as women in their countries might end up competing amongst men, or vice-versa. Would it be discriminatory? Would it be gender boundary?

At first sight, it seems so, as sport would sometimes compel athletes to discard their gender identity and to compete in the other category<sup>8</sup>.

## 2. Sexual cataloging in sport as exclusively aimed at reserving the balance of competitions.

However, from a functional point of view, conclusions may differ.

Indeed, discrimination scales back if sport categories are intended as purporting exclusively to fair competition. Keeping in mind, for instance, the categorizing effect of weight in boxing, we see that hormonal data are relevant exclusively in order to balance the fairness of the competitions<sup>9</sup>, rather than to constrain people in specific gender identities. Sport knows no sexual duality as it has traditionally been conceived in legal systems to distinguish roles within either families or societies.

Rather sex enters sport only to ensure fair and well-balanced competitions. In other words, it is a problem that must be faced and solved on a strictly biomedical level in order to establish the characteristics of physical power<sup>10</sup>.

Sport regains its (traditional) values of inclusivity, struggle against discrimination, protection of the most vulnerable ones, and can contribute to posing the foundations for a cultural shift, in which sex-biology data must not pose any obstacle to finding and affirming one's own gender identity.

However, one problem seems insurmountable: according to scientific evidence, the mere equality of hormonal data (especially testosterone) does not guarantee fair competitions if some people's genetic histories are imprinted with other level of masculine features. This is the debate in which the recent controversy about the New Zealander weightlifter occurred<sup>11</sup>.

Perhaps because of the conundrum, perhaps because of the disagreement amongst the various countries, the international Olympic committee in the recent games has decided to let countries decide

---

<sup>7</sup> The legal change of sex is independent of any modification of the sexual characteristics in the State of New York and in other countries of the western area; for a comparative review, Serio 2018: 473; Fontanarosa 2018: 709. As far as Italy is concerned, the orientation according to which the modification of the primary sexual characteristics is not necessary, but the modification of the secondary sexual characteristics through hormonal treatments is still required: Cass., 20.7.2015, n. 15138, *Corriere giur.*, 2015, 1355, with comment of Bartolini F., *Rettificazione del sesso e intervento chirurgico: la soluzione in un'interpretazione "costituzionalmente orientata"* and also *Dir. famiglia*, 2015, 1279, with critical comment of Cavana P., *Mutamento di sesso o di genere? Gli equivoci di una sentenza* (this A. deems the orientation incongruous, deeming it necessary to modify the primary characters as well). On this point, the Constitutional Court also intervened in an adhesive sense to the Cassation: C. cost. 5.11.2015, n. 221, *Famiglia e dir.*, 2016, 646, with comment of Spangaro A., *Anche la Consulta ammette il mutamento di sesso senza il previo trattamento chirurgico* and also *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, I, 589 with comment of Caricato C., *Rettificazione di attribuzione di sesso e modificazione dei caratteri sessuali all'esame della Corte costituzionale*.

<sup>8</sup> Already underlines the issue Matteo 1986: 417.

<sup>9</sup> In this regard, let us recall the analysis conducted by Donnelly P.- Donnelly M.K., *The london 2012 olympics: a gender equality audit*, 2013, in [www.sportpolicystudies.ca](http://www.sportpolicystudies.ca)

<sup>10</sup> Ljungqvist - de la Chapelle - Ferguson Smith - Genel - Carlson - Ehrhardt - Ferris, 1993: 305.

<sup>11</sup> Reeding more in "Weightlifter Laurel Hubbard will be first trans athlete to compete at Olympics", in *Theguardian.com* 21 June 2021, stating that «*the IOC's decision has recently come under fire after scientific papers were published which said that people who have undergone male puberty retain significant advantages, including in power and strength, even after taking medication to suppress their testosterone levels*».

their own categorization criteria<sup>12</sup>, thus assuming a different position from that taken in past editions<sup>13</sup>.

This was a dangerous decision, which calls into question the above-mentioned universal value of sport. Sport must have the power to overcome potential sub-cultures spread or endemic to each country (suffice it to think of Afghanistan), it cannot abdicate its role by leaving each country the decision on sensible values, such as people's self-actualization.

However, so far in all cases involving trans-genders, federations have applied the criterion of hormonal thresholds (*in primis*, testosterone). Therefore, it is necessary to understand the actual relevance of such decision by limiting its value to the purpose of ensuring fairness in competitions.

Such approach can be useful to overcome discriminatory treatments that sometimes occur in sport between male and female genders.

A reconstruction is emerging according to which sexual cataloging, in sport, has an exclusively biological and natural value that is correlated to the bodily and primordial dimension in which the sporting phenomenon necessarily continues to pose, but which has nothing to do with the cultural and social dimension<sup>14</sup>. Therefore, just as the forms of social, cultural, and legal classification that today preside over the juridical organization of coexistence between people remain unaffected, it makes no sense to pose a problem of discrimination or of cultural backwardness. The only aspect on which the fairness judgment must be conducted is whether or not the fairness of the competition is ensured.

The superior arguments also lead us to reflect on the issue of so-called «discrimination» between men and women. It is a question of whether the different classification of the relative disciplines has to do with the distinction between men and women - which instead, as we have seen, has an exclusively natural character - or depends on other factors. The following paragraphs will discuss the latter hypothesis.

### 3. Gender gap and women's soccer.

For much of human existence, sport has been synonymous with male sport: in fact, female athletes have encountered many obstacles in accessing and finding recognition in competitive competitions for the first part of the twentieth century, entering it starting from the 1936 Olympics.

The separation of the sexes within competitions was founded on what was then (and still is) considered as a fundamental principle of competitive justice. The very essence of XX century sport was based on the assumption that people can be classified in the two male/female categories and that men had significant biological advantage over women in sport.

In the last twenty years, there has been an evolution of the phenomenon in the direction of greater gender equality in terms of sports participation (also in typically male activities), consideration by the media and interest attributed to the competitive performance of female athletes.

The binary construction of genders, based on the male/female division, in the name of the cardinal principle of sport. However, the current competitive balance shows its limits in encountering subjectivities that challenge this construction of gender, highlighting the arbitrariness of the categories used to distinguish masculine and feminine<sup>15</sup>.

The postmodern era, in fact, broke with the traditional representations of masculinity and femininity, and proposed to overcome dualisms and opposition in the name of an alternative synthesis

<sup>12</sup> Pavitt M., *IOC acknowledge current transgender guidelines out of date with new framework to be revealed*, in *insidethegames.biz*, 31 July 2021.

<sup>13</sup> See for example Dabholkar 2013: 55.

<sup>14</sup> In the same perspective, D'Aloia A., *Il terzo sesso*, in *www.confronticostituzionali.it*, 26 april 2014.

<sup>15</sup> Reale-Tuselli 2020: 349.

of opposites. The crisis of traditional categories questions the sex-gender system, based on precise meanings of masculine and feminine. The conceptual crisis of patriarchy (as a totalizing system, not at all flexible and strongly dichotomous) allows us to see the overcoming of that system of androcentric explanation in which "[...] men have been assumed as humanity (people) in general"<sup>16</sup>.

On these premises, nowadays we see that contemporary Western society on the one hand continues to construct gender as polarized and well defined on the basis of biological difference; on the other hand, through de-differentiating processes, it tends to underline the multiple possibilities of deconstruction of gender identities. Shifts, hybridizations, androgynous models are nowadays admitted, as well as the possibility of expressing oneself as masculine women and feminine men without feeling marginalized; the opportunity to express attitudes, behaviors and traits of both genders is realized, in roles that were previously considered to be the exclusive competence of the opposite gender.

With specific reference to female football, although it has experienced several controversial issues<sup>17</sup>, it should be noted that it is currently the team sport most played by women throughout the world, both on a professional and amateur level. In fact, membership in Italy has grown over the last ten years by 40 percentage points<sup>18</sup>. Considering the steady increase in women's participation in Italian soccer and the ensuing media attention<sup>19</sup>, along with an increasing number of successful matches<sup>20</sup>, it is surprising that legal rights and financial compensation are not yet comparable to male counterparts athletes. To this day, female athletes still experience significantly less and different media coverage than their male counterparts<sup>21</sup> and women remain under-represented in the decision-making bodies of sports institutions, both at a local and national level, and at a European level and worldwide<sup>22</sup>.

The fact that women have not been able to qualify as professional athletes raises various issues in ensuring proper pensions and insurance, besides the lawful termination of the contract in case of

---

<sup>16</sup> Hearn 1992: 1.

<sup>17</sup> Interest in women's soccer began to grow on the football fields in Scotland and England with impressive numbers: in 1920 in England there were approximately 50,000 spectators present for the match played by Dick, Kerr's Ladies (which was a team made up of factory workers who were responsible for making munitions for the First World War to raise funds for wounded soldiers) Nevertheless, for about 50 years the Football Association opposed this movement and prohibited the English, and those affiliated with them, from allowing their fields to be used for women's soccer matches. This opposition was based on the statement that the game, as played by the women athletes, was unappealing.

<sup>18</sup> In *www.figc.it* from 1985 to 2017 the number of women soccer players, official members of European Soccer Federations, increased by five times, from approximately 239,000 to 1,365,000 women players, and women's soccer has now become the most important team sport, played in 40 percent of European countries, over double the 19 percent of Volleyball, putting it into second place.

<sup>19</sup> The support of Italian fans for the National women's team has been confirmed by the high ratings for the World Cup FIFA 2019, 20.8 million viewers and a media share of 27.03% between Rai 1 and Rai 2 television channels for the five matches in France. Record numbers on the web and social media as well - from a study carried out by Polk & Union on data from Talkwalker, a social media analytics and monitoring platform, the movement, in just days from its launch about the National women's soccer team, on social media, gained over 151 thousand mentions with the hashtag #ragazzemondiali (#worldcupgirls) and, considering only the three major social media networks, a reach of approximately 191.9 thousand single accounts, generating over 72.2 million impressions/views.

<sup>20</sup> Since June 8<sup>th</sup>, 2018, the National women's soccer team qualifies for the World Cup FIFA 2019 in France, twenty years after the last time for the Italian National Team (Azzurre) in the World Cup. Italy, at the end of the Championship, will earn a place, for the first time, in the semi-finals, winning their round, beating Australia and Jamaica, passing over China, to then lose to Holland who was destined to go on to the finals, losing to the USA.

<sup>21</sup> Scheadler T. - Wagstaff A., Exposure to Women's Sports: Changing Attitudes Toward Female Athletes, The sport journal, 2018, in *www.thesportjournal.org*.

<sup>22</sup> European Institute for Gender Equality, *Gender equality in sport*, 2017, in *www.eige.europa.eu*.

pregnancy<sup>23</sup>. In this difficult situation, some Italian athletes attempted to find a partial solution to the problem by enlisting as military athletes, as those enjoy a guaranteed salary, rights to a pension and leave pay (TFR), rights to maternity leave, and a secure future once they finish their competitive sports careers.

Instead, in other legal systems, relevant laws have been passed to protect the rights and conditions of athletes, thereby encouraging Italian players to go abroad<sup>24</sup>. In France, for example, the National Football Federation has put all professional women athletes from their Division 1 Feminine on equal standing with male athletes. Most recently, even the Spanish Superior Council of Sports has decided to consider the women's major league on the same level as professional championships starting with the 2021/2022 sport season. Poland allowed rights to a full salary for its athletes during pregnancy and 50% of their salaries for the first six months of the child's life. Whereas in Hungary, newspapers are now required to give women's sport its own section<sup>25</sup>.

#### 4. *The distinction between Professional and Amateur Sports in Italian law.*

The preliminary issue is whether the failure to recognize women's soccer as a professional sport (and failure to recognize subsequent rights) constitutes gender discrimination, or, rather it is nothing else than the application and enforcement of the current laws and regulations regarding professional and amateur sports. The answer must start from Italian legislative decree from the 23<sup>rd</sup> of March 1981, no. 91. In this law, detailing the full requisite for professional athletes, as well as other sport professionals such as coaches, sport managers and athletic trainers<sup>26</sup>.

After stating the principle of freedom to practice sport activities in all ways and at all levels, the Italian legislative decree from 23<sup>rd</sup> March 1981, no.91 distinguishes analytically in Sec. 2 the application of said law in each sector, depending on the specific sport figure it is referring to. The exact wording of Section 2 of this law states that *“Those who are to be considered professional athletes are those athletes, coaches, sports managers and athletic trainers who practice the sports activity in question in return for payment, on a long-term career basis, following disciplinary regulation established by CONI, having acquired the qualification from the National Sports Federation according to established rules and observing the specifications made by CONI distinguishing professional sports from amateur sports”*.

The legislator has therefore, made the attainment of the status of professional athlete subject to both objective and subjective conditions. Regarding the objective requirements, the legislator has made the identification of the specific contract, and the specific responsibilities of the player, with particular regard to financial compensation and the length of the contract, with the exception of individual cases of temporary sports services, such as that of freelance work or for a particular sporting event for a short period of time (Sec.3, comma 2)<sup>27</sup>. Regarding the subjective requirements, the legislation states that the Sports Federation has the unique power of determining which athletes, sports managers or athletic trainers fall under this category based on their affiliation with particular football clubs that have professional status as part of CONI. It has, therefore, been delegated to the

<sup>23</sup> In March 2021 the volleyball player Lara Lugli sued the Pordenone Volleyball Club, where she played for the 2018/2019 season in the minor league (B1). The athlete had informed the club in March 2019 of her pregnancy and therefore the impossibility of her continuing with the season, terminating her contract on good terms. However, after two years, she received an order to pay damages as she *“had not honoured her contract”*.

<sup>24</sup> Scraton-Flintoff 2001: 66.

<sup>25</sup> Muscarà 2017: 85.

<sup>26</sup> Pasqui M.I., *Tra dilettantismo e professionismo di fatto: le diseguaglianze nello sport*, in [www.figc.it](http://www.figc.it), 4.

<sup>27</sup> Liotta-Santoro 2020: 163.

National Sports Federation to determine whether a particular sport, which they represent, qualifies as professional or amateur. In this respect, it is important to note the regulation that CONI has called “*Basic Principles of the Statutes of the National Sports Federations, Sports Associations and Non-Profit Organizations*”, which clearly states the requirements necessary for the Federation in order to be able to qualify a particular sport with professional status: “*notable financial relevance of the sport in question*” and “*recognition of such sport by the respective international Federations*”. The first requisite, in particular, regards the underlying connection between such sport and the opportunity for financial gain, which inevitably results in the unlikely that hood the Federation gives professional status to a sport which does not attract great interest in the sport market.

According to the general consensus, relevance is given to the individual sport and the financial compensation given for that particular sport activity, without any specific reference to the qualification given to the athlete by the Federation. The European Court of Justice has, in fact, stated numerous times that sport activity is subject to EU legislation only if the sport is played for financial gain, based upon section 2 of the Rome Treaty of 25<sup>th</sup> March 1957 (Institutional Treaty for Economic treatment in the EU)<sup>28</sup>. For European law therefore, financial gain (rather than qualification by the Federation as a professional or amateur sport<sup>29</sup>) is the only condition necessary for a sport to benefit from EU legislation. In one particular case regarding Judo, which had been considered an amateur sport by the Federation, the Court of Justice emphasized the irrelevance of the qualification given by the Federation, stating that the “*mere fact that a Federation or Association has given amateur status to an athlete does not preclude them from practicing that sport for financial gain, according to section 2, TCE. In fact, it is necessary to verify if the particular sports activity is part of an organization or service for profit, ex. Sec. 49 TCE*”<sup>30</sup>.

On the one hand, it is necessary to recognize that according to law 91/1981, initially, the status of professional athlete was granted based upon a system similar to the one applicable to the general work force (health insurance, social security, and other employment rights and benefits). On the other hand, the lingering question is how the lawmakers established the initial criteria for professional and amateur athletes (justified only in part by the elaborate parliamentary proceedings which re-stated the fundamental basis for establishing the criteria)<sup>31</sup>.

A statute draft discussed in the Senate in July of 2015 proposed to refer specifically to women (using appropriate grammar gender specification) in sport categorization, as stated in section 2 of legislative decree no. 91 of 1981: “*To be qualified as professional athletes are the following: male athletes and female athletes, male coaches and female coaches, male sports managers and female sports managers and male and female athletic trainers*”.

Most recently, it is to be noted that on February 28<sup>th</sup>, 2021 the Italian Cabinet approved five legislative decrees (law no. 36,37,38,39 and 40) stated in sections 5 through 9 of the legal code, 8<sup>th</sup> August 2019, no. 86 in the complete reform of Italian sports law<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> CGCE, 12.12.1974, C-36/74, *Walrave e Kock* against *Union Cycliste Internationale*, in *Racc.*, 1974, 1405; CGCE, 14.07.1976, C-13/76, *Gaetano Donà* against *Mario Mantero*, in *Racc.*, 1976, 1333; CGCE, 15.12.1995, C-415/93, *Union Royale belge des sociétés de football association ASBL* e altri against *Jean-Marc Bosman*, in *Foro.it*, 1996, IV, c. 1, and in *Racc.*, 1995, I-4921.

<sup>29</sup> Musumarra 2005: 42.

<sup>30</sup> CGCE, 11.04.2000, C-51/96 and C-191/97, *Christelle Delière* against *Ligue francophone de judo et discipline associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo*, in *Racc.*, 2000, I-2549.

<sup>31</sup> Bianchi D’Urso-Vidiri 1982: 5; Duranti 1983: 711; Bertini 1998: 759; Spadafora 2012: 79.

<sup>32</sup> Section 5 of the legal code attempted to reach various aims, such as: the recognition of the principles of specification of sports categories and sports work conditions; the conditions regarding equal opportunity, even for those with disabilities; the classification of the sports figure in the work sector; health benefits and the safety of minors who practice sports activities; the promotion of sports training and work events; and reforms for sports using animals.

Lawmakers, besides executing laws regarding section 38 of legislative decree 36/2021, that “*the qualification of a sport as professional must be given without any gender discrimination*” preserved, as for section 2 of Italian law 91/1981, the authority to make the distinction between professional and amateur sports with the “*National Sports Federations and the associated sports associations according to legal codes from these groups, with the utmost respect to the regulations and criteria established by CONI for the distinction between professional and amateur sports in accordance with international sports laws*”. With the institution of this law, section 39, funds have been created to ease the transition to professional sports with an extension of funds for work benefits for women’s sports to add to the independent budget from the highest levels of the Italian Cabinet, starting with 2.9 million euros in 2020; 3.9 million euros in 2021; and 3.9 million euros in 2022. Moreover, according to the legal code, section 40, it falls upon the Regions, the independent states/provinces and CONI that are responsible for the promotion of gender equality at every level and in every sector, to give special attention to the employment of women in managerial roles and within the sport organizations.

On the one hand, there has been great support for the adoption of these new reforms and a modification of previous legal codes. On the other hand, some view the changes as an unsustainable hinderance to financial gains. Some also view these reforms as posing the problem of isolating various sports from the world of sport Federations and CONI. From the encouraging facts we have mentioned of creating funds for an easy transition into professional sports and the promotion of gender equality, one can clearly understand that great strides have been made but unfortunately, even these improvements do not guarantee a stable and secure future for women in sports<sup>33</sup>.

## 5. Our ever-changing ideas of the Sports figure in the work sector.

It is important to realize that although great strides forward have been made for women’s soccer in Italy making their way into professional sports, above all in light of the recent legislative decree from February 28<sup>th</sup>, 2021, no. 36, there are still existing struggles, more so in regards to economic sustainability than to gender discrimination and a lack of rights and protections. In fact, the statement that “*the discrepancy between male and female athletes and their rights and protections is huge and not legitimate as they infringe upon national and international principles*” as well as the idea that “*amateur status is imposed*” by sports authorities in our country is, simply, unfounded.

In support of this, we must first look at the fact that to this day, in Italy, the authority to decide on whether a sport is to be considered and officially qualified as professional, has been exercised only by six Federations who have classified the sports of soccer, basketball, boxing, cycling, motorcycle racing and golf as professional sports within their organizations, alongside the counterpart category of amateur sports. Among these, however, two Federations, the Italian Motorcycling Federation (FMI) and the Italian Boxing Federation (FPI) have changed their statutes to state that their affiliates may exclusively be amateur sports clubs and associations. Said changes to the statutes, and requirements for amateur sports clubs as affiliates, presumably depend on economic convenience tied to the financial benefits that are given to amateur sports clubs and associations.

Specifically in this regard, we should recall the CONI regulation called “*Basic Principles of the Statutes of National Sports Federations, Sports Associations and Non-Profit Organizations*”, mandating that in order to give professional standing a sport, the Federation must follow, the “notable

<sup>33</sup> True gender equality cannot mean an out-dated perspective towards female's quota required for sports management; rather, it is necessary to demand that equal competitive conditions between genders be guaranteed, aiming at a rebalancing of the wage gap and a welfare system that allows women to devote the same energies to their career as their male colleagues, making the choice between family or work unnecessary.

economic relevance of the sport activity in question”; as well as section 38 of legislative decree 36/2021 on Sport Reforms and the authority to make the distinction between professional and amateur sports.

At the same time, it is also to be noted that the decree on Sports Reforms made reference to all those working in the sports sector which today include those working in the amateur field (consequently over-riding the legal code from March 23<sup>rd</sup>, 1981, no. 91, which clearly made employment a requisite for “professional standing”)<sup>34</sup>. In fact, once section 25 of legislative decree 36/2021 decided to accept all those working in sports, amateur as well as professional, notwithstanding the qualification given by the Federation and without gender discrimination, they effectively put an end to the division into “two worlds” of those working in sports, guaranteeing pension and insurance benefits<sup>35</sup>.

In any case, one cannot overlook the fact that the excessive broadening of the sector including “*de facto* professionalism” or “fake amateurism” presents the risk of validating sports figures as professional when they actually are not. One could think of the person who works in a field which is totally foreign to the sports world, but who practices a sport on a true amateur level and therefore with a true competitive spirit<sup>36</sup>, with discreet, if not excellent achievements, both on a competitive and financial level<sup>37</sup>. This systematic entrance of the new figure of the person working in sports into the amateur world poses, therefore, a serious problem of economic sustainability as well as the risk that sports practices exercised by the Federations and CONI will eventually be pushed out or completely eliminated, especially considering the emergency situation of the Covid-18 pandemic which has put a stop to the income flow for sports clubs with regard to sponsorships, merchandising, television broadcasting rights and stadium tickets<sup>38</sup>.

The fact remains that in this time of great socio-economic change, it has been the sport culture, in many ways, that has absorbed the majority of issues, in the logic of “show business” and, in a similar way, with greater attention to the professional-entrepreneurial role of sport stars. We also cannot ignore the value of sport in itself and the social importance that it holds in our society, in some ways guaranteed under the Constitution, as sport is to be considered a social phenomenon, fundamental to human interest, that is an integral part of our upbringing and educational experience (both on an individual and collective level)<sup>39</sup>.

## 6. Sport and re-evaluation of the culture of difference

A fact that the above reflections have in common is that sexual difference has implications in sport that neither gender orientation nor anti-discrimination policies can rewrite, with the exception of the “female quota” in management<sup>40</sup>, which have very little to do with the facts of the field, indeed in some way they contradict with it. Sport relies on strength and skill, but it certainly detaches itself from the brute natural law of the prevalence of the strongest and is fully registered in cultural phenomena with very significant educational value. Sport then lends itself to contribute to the debate

<sup>34</sup> Pittalis 2019: 134.

<sup>35</sup> Santoro L., *La disciplina della professione di agente sportivo contenuta nel d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 37, nel quadro della regolamentazione vigente*, in [www.rivistadirittosportivo.coni.it](http://www.rivistadirittosportivo.coni.it), 5.

<sup>36</sup> Agrifoglio G., *Prime osservazioni sulla riforma in materia di lavoro sportivo (d.lgs., 28 febbraio 2021, n. 36)*, in [www.rivistadirittosportivo.coni.it](http://www.rivistadirittosportivo.coni.it), 8-9.

<sup>37</sup> Liotta 2009: 427.

<sup>38</sup> Torrisi 2020: 62-83.

<sup>39</sup> Mauceri 2014: 3-4.

<sup>40</sup> On the non-usefulness of the “female quota”, see the references in footnote 33.

on sexual and gender differences. Debate which, as is well known, does not take place in a serene and democratic way between radical positions that accuse each other of subtle belonging and ulterior motives<sup>41</sup>. In particular, the consideration of sports dynamics suggests taking into consideration those who criticized the thesis according to sexes are socially constructed and believe that sex is a biological reality, with medical and, precisely, sports implications<sup>42</sup>. In these researches, attention was also drawn to the need to control the risk of confusion in the growth of children and to protect the privacy and modesty of people, especially children, when they are in the changing rooms of gyms, swimming pools and sports facilities in general<sup>43</sup>. It can also be considered that it is a point of view and not an absolute truth. But all the points of view of a constantly evolving theme must be respected; especially if we do not receive reliable scientific evidence from medical and psychosocial science: just think of the controversial issue of homosexual parenting - in the Italian legal system considered not on par with heterosexual parenting<sup>44</sup> - or the issue of hormonal interventions on adolescent children. A debate in which the mere fact of asking new questions or take different points of view causes the suspicion of sinister conservatism or transphobia to fall on the author with the consequence of being opposed by public opinion is not a democratic confrontation<sup>45</sup>. In other words, sport lends itself to bringing the debate back into the classic canons of the exercise of a freedom and the boundaries it encounters in the exercise of the freedom of others<sup>46</sup>. The general matter, now despised by many, must be taken into consideration, whether the freedom of transgender and queer people to be recognized as such should meet the limit of the right of the youngest to form their own identity, in the delicate phase of youth, within certain data of the difference between two sexes as a biological truth<sup>47</sup>; truth that may be gives certainty and solidity to their path of insertion in the models of social cataloging, as happens when entering the sports world. In any case, the consideration of the sports field can give life to a debate that risks being suffocated by a single thought that does not admit different points of view and gives rise to intolerable witch hunts against the unfortunate person who has allowed himself to support them<sup>48</sup>.

Summing up, as regards the analysis of the terms of the problems, the sporting field requires to precisely identify and keep distinct two different types of questions: the first question is whether there is discrimination caused by the difference in sex between males and females, and the research on professional football shows that this problem does not exist and rather it is a different treatment linked to the different economic regime and the different media visibility (*supra*, § 5); 2) another problem is whether we must overcome the distinction of sex, the system of sexual binaryism, because it causes suffering for some by accepting a gender fluid vision in which sex differences have no importance, and in this regard sport constitutes a test bench of the importance instead of the distinction and not only from the point of view of competition as noted above but also with reference to the profile of

<sup>41</sup> About Ryan T. Anderson's book removed from Amazon, see J. Taylor, "The Book Amazon does not want you to read", February 25, 2021, <https://www.thegospelcoalition.org/blogs/justin-taylor/the-book-amazon-does-not-want-you-to-read/>

<sup>42</sup> Stock 2021: 61-75.

<sup>43</sup> Stock 2021: 182.

<sup>44</sup> Corte Cost., 23 ottobre 2019, n. 221. On the limits of the legal foundation of the Italian right to gender identity with particular reference to the Constitution, see already Amato, 1985: 158.

<sup>45</sup> About the violent attacks suffered by the scientist Kathleen Stock for having supported (with a wealth of arguments) ideas that are not in line with the transgender theories, Cécile Ducourtieux, «Certaines de mes conférences ont dû être protégées par des agents de sécurité»: les universités britanniques confrontées à la bataille du genre, *Le Monde*, 3 décembre 2021. This shameful story that happened to the scientist, an active feminist who has long declared herself a lesbian and is author of many important gender studies, also requires us to reflect on the supposed configurability of one, united LGBTQ community.

<sup>46</sup> Nirta 2021: 225.

<sup>47</sup> Anderson 2019; Stock 2021.

<sup>48</sup> In support of the ethics of doubt and the dialectical confrontation as a guarantee of cultural processes and democracy in general Zagrebelsky 2008: 163-165.

safety and protection of modesty (just think of young girls who felt they had to put in the changing rooms with young kids<sup>49</sup>).

In conclusion, sport claims its value as a universal language which, without being traversed by the crises and struggles that tear one's time apart, re-proposes the classic themes of the virtuous challenge with others and above all with oneself and one's own limits and boundaries, first of all the biological sexual identity.

---

<sup>49</sup> With reference to the controversial issue of the placement of transgender people in prisons Szuminski 2020: 477.

BIBLIOGRAFIA

- Amato S. 1985, *Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazione giuridica*, Milano.
- Anderson R. T. 2019, *When Harry Became Sally: Responding to the Transgender Moment*, USA: Encounter Books.
- Bausinger H. 2008, *Vicinanza estranea. La cultura popolare fra globalizzazione e patria*, Pisa: Pacini.
- Bausinger H. 2008, *La cultura dello sport*, Roma: Armando.
- Bertini B. 1998, "Il contratto di lavoro sportivo", *Contr. e impr.*, Milano: 759.
- Bianchi D'Urso F. - Vidiri G. 1982, "La nuova discipline del lavoro sportivo", *Rivista dir. econ. sport.*, Nocera Inferiore: 5.
- Butler J. 1993, *Bodies That Matter: On the Discursive Limits of Sex*, New York & London: Routledge.
- Butler J. 2004, *Undoing gender*, New York: Routledge.
- Cappuccio A. 2019, *Fuga per la Vittoria: sport e fascismo*, in A.M. Gambino, *1949-2019. Settant'anni della Rivista di Diritto Sportivo*, Torino: 15.
- Carrington B. 1998, "Sport masculinity and black cultural resistance", *Journal of Sport and Social Issues*, 1, 275, now in S. Scraton - A. Flintoff 2001, *Gender and Sport: a reader*, London-New York: Routledge: 141.
- Connel R.W. 2005, *Masculinities*, 2, Berkeley: University of California Press.
- Dabholkar S. 2013, "A need to intercede? The International Olympic Committee and intersexuality", *The International Sports Law Journal*: 55.
- Danny N. 2021, "Are trans rights human rights? The case of gender", *Public Law*: 480.
- Duranti D. 1983, "L'attività sportiva come prestazione di lavoro", *Rivista it. dir. lav.*, Milano: 711.
- Dworking S.- Messner M., "Just do ... what? Sport, bodies, gender", now in S. Scraton - A. Flintoff 2001, *Gender and Sport: a reader*, London-New York: Routledge: 17.
- Fausto-Sterling A. 1985, *Myths of gender: biological theories about women and men*, New York.
- Fontanarosa F. 2018, "Diritto all'identità di genere nel procedimento di rettificazione dell'attribuzione di sesso: cenni comparatistici", *Europa e Diritto Privato*: 709.
- Gambino A.M. 2019, *1949-2019. Settant'anni della Rivista di Diritto Sportivo*, Torino.

- Hearn J. 1992, *Men in the public eye. The construction and deconstruction of public men and public patriachies*, London: Routledge.
- Jordan-Young R.M. 2011, *Brain Storm. The Flaws in the Science of Sex Differences*, Harvard University Press.
- Liotta G. 2009, “Brevi note sul principio di gratuità nello sport”, in Donati A. - Garilli A. - Mazzaresse S. - Sassi A., *Diritto privato. Studi in onore di Antonio Palazzo*, Torino: 427.
- Liotta G.– Santoro L. 2020, *Lezioni di diritto sportivo*, Milan: 163.
- Ljungqvist A. - de la Chapelle A. - Ferguson Smith M.A. – Genel M. – Carlson A.S. – Ehrhardt A.A. - Ferris F. 1993, “Gender verification in competitive sports”, *Sports Medicine (Auckland, N.Z.)*: 305.
- Matteo S. 1986, “The effect of sex and gender-schematic processing on sport participation”, *Sex Roles*: 417.
- Mauceri T. 2014, *Sponsorizzazione e attività sportiva*, Torino: 3.
- Muscarà D. 2017, “Lo sviluppo del calcio femminile in Italia. Analisi del fenomeno e proposte concrete per il suo rilancio”, *Riv. dir. econ. sport*, Nocera Inferiore: 85.
- Musumarra L. 2005, “La qualificazione degli sportivi professionisti e dilettanti nella giurisprudenza comunitaria”, *Rivista dir. econ. sport*, Nocera Inferiore: 42.
- Nirta C. 2021, “A Critique of the Model of Gender Recognition and the Limits of Self-Declaration for Non-Binary Trans Individuals”, *Law and Critique*: 217.
- Pittalis M. 2019, *Sport e diritto*, Milan: 134.
- Reale C.M. - Tuselli A. 2020, “Generi dissidenti: corpi non conformi nello spazio dello sport”, *Genere e resistenze in movimento*, Trento: 349.
- Rogers L. 2000, *Sexing the brain (Maps of the mind)*, Phoenix.
- Scruton S.- Flintoff A. 2001, *Gender and Sport: a reader*, London-New York: Routledge.
- Serio M. 2018, “Conditions of the recognition of the civil status of transexual and transgender people”, *Annuario dir. comp. studi legisl.*: 473.
- Spadafora M.T. 2012, *Diritto del lavoro sportivo*, Turin: 79.
- Stock K. 2021, *Material Girls. Why Reality Matters for Feminism*, Fleet GB.
- Szuminski J. 2020, “Behind the Binary Bars: A Critique of Prison Placement Policies for Transgender, Non-Binary, and Gender Non-Conforming Prisoners”, *Minnesota Law Review*: 477.

Torrisi A. 2020, “I contratti di sponsorizzazione sportiva, il rispetto delle regole federali e la distribuzione dei costi generati dal Covid-19”, *Rivista di Diritto Sportivo*: 62-83.

Zagrebelsky G. 2008, *Contro l’etica della verità*, Roma-Bari: Laterza.

Maria Antonietta Foddai<sup>1</sup>

Accabadora. *Dimensioni tacite del diritto e opera letteraria*

*Abstract:* In the folk tradition of Sardinia, ‘Accabadora’ means a figure charged with killing the dying. It is also the title of a novel published in 2009 by Michela Murgia, which offers a peculiar look at euthanasia, showing that the meaning we give to this term today is inadequate to express the meaning of death in the Sardinian community rule system. The novel reveals that between ‘dying’ and ‘killing’ there is a vast unexplored territory, populated by customs and meanings that make up a system of unwritten rules, unspoken, and sometimes not even thought of. Literary invention shows the forms and degrees of normativity that make up this regulatory system, in which even law is part of a tacit knowledge that is learned like language, through imitation and repetition, in which knowing how one should behave matters more than knowing why one should follow that rule.

*Parole chiave:* Keywords: Accabadora; Euthanasia; Literature as Law; Mute Law; Legal Custom

*Indice:* 1. Introduzione - 2. Letteratura come diritto: una breve proposta metodologica - 3. Tracce: “Io però non posso tacere che in alcune parti dell’isola venivano incaricate delle donne” - 3.1. *Accabadura* simbolica e *accabadura* violenta - 4. “Non dare nome alle cose che non conosci”. Il romanzo - 4.1. *Accabare* - 5. Confini del diritto e letteratura.

“Non c’è nessun vivo che arrivi al suo giorno senza aver avuto padri e madri a ogni angolo di strada.

Io sono stata l’ultima madre che alcuni hanno visto”.

Michela Murgia<sup>2</sup>

“We can know more we can tell”

Michael Polanyi

## 1. Introduzione

“Accabadora” in lingua sarda è colei che finisce i moribondi<sup>3</sup>.

Alcuni sostengono che si tratti di una figura leggendaria, tramandata nei racconti degli anziani, un po’ come quella delle *brujas* o *cogas*, le streghe della tradizione popolare sarda<sup>4</sup>; altri affermano che le *accabadoras* in Sardegna siano realmente esistite, ultime tracce dell’uso antichissimo di eliminare i vecchi e le persone in fin di vita.<sup>5</sup>

La pratica dell’*accabadura* non costituirebbe un costume eccezionale, ma un fenomeno diffuso e documentato in Europa e in gran parte del bacino del Mediterraneo, fino alle soglie dell’età moderna

<sup>1</sup> Professoressa ordinaria di Filosofia del diritto presso l’Università di Sassari, e.mail: foddaima@uniss.it

<sup>2</sup> Michela Murgia si è spenta il 10 agosto, mentre concludevo questo lavoro. A lei va la mia gratitudine per la dura bellezza del romanzo e la fierezza con cui ha difeso e cantato l’identità della mia terra.

<sup>3</sup> Nella lingua sarda esistono diverse varianti del termine, illustrate da Pala, 2010: 24.

<sup>4</sup> La figura viene avvicinata a quella delle *cogas*, o *brujas*, termine con cui vengono definite le streghe nella tradizione popolare sarda, sul punto Caprini, 2003; Pinna, 2000.

<sup>5</sup> Pittau, 1991; Bucarelli e C. Lubrano, 2016.

e oltre<sup>6</sup>. E, come ci spiegano gli storici, non si trattava di una ‘buona morte’, ma spesso di una conclusione rapida e violenta, volta a procurare il minor dolore possibile.<sup>7</sup>

La documentazione esistente e le ricerche filologiche inducono la maggior parte degli studiosi a confermare anche in Sardegna la pratica di sopprimere i moribondi a opera di donne esperte dal “tocco lieve”<sup>8</sup>, le cui tracce si rinvencono nei racconti della tradizione e in alcune opere letterarie. Queste mostrano che morire è una pratica sociale complessa, che si inserisce in una fitta trama di regole, apprese e non scritte, e definisce l’appartenenza alla comunità, separando un dentro e un fuori, un ‘noi’ e un ‘loro’.

“*Accabadora*” è il titolo di un romanzo pubblicato nel 2009<sup>9</sup> da Michela Murgia, rimpianta scrittrice sarda, che ha rinnovato l’attenzione su questa figura annidata tra le pieghe della tradizione e del mito, mostrando che tra ‘morire’ e ‘uccidere’ vi è un esteso territorio, in parte inesplorato, popolato di usi e significati. Quel tessuto di norme e credenze che compongono i significati del morire nella cultura sarda traccia un inedito e labile confine tra lecito e illecito, mostrando l’ambiguità e il dilemma della responsabilità che accompagna ogni azione umana.

Il romanzo offre infatti uno sguardo del tutto peculiare sulla ‘buona morte’ o eutanasia, suggerendo che i significati che attribuiamo a questo termine, sterilizzato dalla cultura giuridica contemporanea,<sup>10</sup> non colmano quel vuoto di senso che la morte accompagnata lascia e che la narrazione rivela.

Per cogliere almeno in parte quei significati, occorre seguire il filo della narrazione che descrive la vita dura del paese, il sistema particolare di costruzione della famiglia, in cui il sangue non è l’unico – né il migliore – strumento che suggella i legami, la restituzione dell’offesa è un dovere al quale non ci si può sottrarre, la morte è un rito collettivo che deve avere il suo spazio nella vita della comunità.

Tutti questi elementi contengono un sistema di regole tacite, verbalizzate solo in modo embrionale, attraverso proverbi, modi di dire, racconti di vita e storie narrate intorno al fuoco. La condivisione pubblica, comunitaria, di questo ordine regolativo avviene in modo silente e inespresso. La linea di confine tra pratiche consuetudinarie, consapevolmente agite, e atti muti, eseguiti sulla base dell’esempio, appresi attraverso una sorta di memoria collettiva procedurale, più che dichiarativa, appare labile e sfumata.<sup>11</sup>

Gli episodi che descrivono l’azione dell’*accabadora* occupano la scena del romanzo, scandiscono il ritmo e le fasi della narrazione, fornendo allo stesso tempo una chiave di lettura della fitta trama normativa che fa da sfondo alla vicenda.

È questo sfondo che conferisce alla pratica dell’*accabadura* un senso, definendone le condizioni, quali il rispetto della volontà del morente, le circostanze, rigorosamente private, il ruolo della comunità che ne sollecita, legittima e accoglie l’operato, l’autonomia rispetto al diritto ufficiale e formale dell’autorità statale, parallelo al diritto vissuto della comunità.

L’invenzione letteraria appare come lo strumento che disvela le forme e i gradi di normatività che compongono questo sistema regolativo, in cui anche il diritto è parte di una conoscenza tacita che si apprende come la lingua, attraverso l’imitazione e la ripetizione, in cui *sapere come* ci si deve comportare in certe situazioni conta più del *sapere perché* si deve seguire quella regola.<sup>12</sup>

Michela Murgia nel suo romanzo mostra un vasto territorio di diritto vissuto e non scritto, ai margini del diritto ufficiale, che sfugge alle categorizzazioni formali e si estende oltre la consuetudine, fino a ricomprendere le pratiche giuridiche mute, quegli atti non verbalizzati, non

<sup>6</sup> M. Cavina, 2015.

<sup>7</sup> M. Cavina, 2016: 3.

<sup>8</sup> Così J. W. Tyndale, il quale parla anche di uomini esperti in questa pratica, *The Island of Sardinia Including Pictures of the Manners and Customs of the Sardinians* London 1849, cit. in A. Bucarelli e C. Lubrano, 2016: 30-31; 86-87; Cabiddu, 1989; Cfr. M. Pittau, 2004.

<sup>9</sup> Murgia, 2009. Vincitore nel 2010 del premio letterario Campiello.

<sup>10</sup> Ferrari, 2020: 398.

<sup>11</sup> Sacco, 2015.

<sup>12</sup> Ma si veda Brandimonte, 2009: 23, sulle diverse forme di conoscenza tacita e l’importanza di sviluppare una loro classificazione.

concettualizzati, talvolta eseguiti in modo inconsapevole o parzialmente consapevole che sigillano l'adesione collettiva alla regola.<sup>13</sup>

## 2. 'Letteratura come diritto': una breve proposta metodologica

Nell'ampio panorama degli studi di *Diritto e Letteratura* vi sono, com'è noto, una serie di consolidate partizioni, relative alle differenti finalità e ambiti di ricerca di questo approccio disciplinare<sup>14</sup> che ha conosciuto ampia diffusione negli ultimi quarant'anni, ma la cui elaborazione risale ormai a due secoli.<sup>15</sup> La relazione tra diritto e letteratura è stata interpretata come *diritto nella letteratura* che riguarda il modo in cui la finzione letteraria riflette le questioni di giustizia e potere soggiacenti all'ordine giuridico, *diritto della letteratura* che affronta il modo in cui il diritto tratta la scrittura letteraria, *diritto come letteratura* che si interroga sul linguaggio giuridico come forma letteraria<sup>16</sup>.

A questi approcci, alcuni autori ne affiancano uno meno consueto, definito "letteratura come diritto", in cui eccezionalmente l'opera letteraria viene impiegata come fonte documentale di diritto, o come testo che integra il diritto, o, con una formula più vaga ma suggestiva, come una forza immaginativa creatrice di diritto. È a questo che si riferisce François Ost quando spiega l'uso della narrazione come strumento impiegato per la risoluzione dei conflitti (Ost, 2006: 40).<sup>17</sup>

È a questo che allude Diego Quaglioni quando parla dei "formanti letterari del diritto", facendo riferimento all'uso che i giuristi fanno della letteratura come "fonte autorevole", dal Medioevo fino all'Età moderna, nell'interpretazione e integrazione del diritto (Quaglioni, 2019: 210).

È quest'ultima suggestiva ipotesi interpretativa ad accompagnarci nella lettura di *Accabadora*, in cui l'immaginario letterario illustra e plasma forme giuridiche ricavabili da un mondo di vita collettivo, in cui anche il linguaggio del corpo e l'uso del silenzio compongono la trama del diritto.

La tessitura del romanzo evoca un mondo che non può essere ridotto esclusivamente in termini descrittivi e che la stessa scrittura di Murgia rifiuta di esibire, mostrando che solo una parte dei gesti e delle esperienze può essere mostrata dalla scrittura: nel libro la pratica non viene nominata, le sue regole non vengono descritte, ma mostrate come su una scena tragica.<sup>18</sup>

Le azioni dell'*accabadora* infatti resistono alle parole che non esprimono compiutamente i significati che ne accompagnano l'agire. Come vedremo, Bonaria - l'*accabadora* - risponderà alla figlia che l'accusa di ammazzare le persone: "non metterti a dare nome alle cose che non conosci" (Murgia, 2009: 116).

Non puoi tradurre le mie azioni con queste parole.<sup>19</sup>

Nelle riflessioni che seguono non vi sono quindi tentativi di traduzione dal linguaggio letterario al linguaggio giuridico, ma piuttosto di confronto tra due immaginari, in cui la storia dell'*accabadora* e della sua figlia d'anima, così singolare, così difficile da incasellare nelle note e consolidate categorie

<sup>13</sup> Antonio Pigliaru ne ha colto una parte, verbalizzando, trascrivendo e formalizzando il *Codice della vendetta barbaricina*, 1959. La seconda edizione dell'opera, dal titolo *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina*, è stata pubblicata postuma nel 1970, integrata con altri saggi, con un'introduzione di L. Lombardi Satriani, Milano, Giuffrè. Da segnalare l'ultima edizione dell'opera di Pigliaru, pubblicata nel 2021 a Nuoro dall'Editore Il Maestrale, curata da G. Porcu, con Introduzione di P. Carta. L'opera risulta modificata in alcune sue parti, in base ai quaderni di appunti dello stesso Pigliaru, contenenti brani e correzioni autografe che hanno permesso una ricostruzione più fedele del suo pensiero. Le citazioni sono tratte dalla riedizione, Pigliaru, 2000.

<sup>14</sup> Mittica, 2013.

<sup>15</sup> Cardozo, 1831.

<sup>16</sup> Mittica, 2009; Faralli e Mittica, 2010: Per una accurata ricostruzione storica e bibliografica della disciplina, Sansone, 2001.

<sup>17</sup> Si veda inoltre D. Axt, 2017.

<sup>18</sup> Si vedano le riflessioni di White, 2010 [1984]: 29.

<sup>19</sup> Sulla mancata verbalizzazione delle regole mute si veda Sacco 1993: 702.

giuridiche, ci permette l'esplorazione di significati, regole e modelli di azione che arricchiscono il nostro immaginario giuridico, aprono interrogativi e nuovi spazi di riflessione.<sup>20</sup>

3. Tracce: “Io però non posso tacere che in alcune parti dell'isola venivano incaricate delle donne”

Il romanzo di Michela Murgia attinge a un'ampia letteratura, basata su testimonianze indirette, leggende e racconti popolari, che appare utile ripercorrere per mostrare il radicamento nella memoria collettiva di questa pratica, le cui tracce, ancora presenti, testimoniano un sistema inesplorato di regole e significati.

'Accabare' o 'akkabbare' in lingua sarda significa 'finire', terminare, usato in senso transitivo, come concludere, compiere (Wagner, 1960: 45)<sup>21</sup>; tra i significati figura anche “accoppiare”, “uccidere in modo violento”. Deriva dallo spagnolo “*Accabar*” che ha il medesimo significato di 'finire', 'giungere a compimento'. Gli aggettivi in lingua castigliana '*acabado/acabada*' che significano, 'finito', 'ultimato', 'completo' hanno una corrispondenza nella lingua sarda dove '*akkabbadu/akkabbada*' si riferiscono a una cosa ultimata, conclusa, ma anche a un animale o persona che è stata uccisa, o finita con un colpo di grazia (Paulis, 2004: 57). Come nota Cabiddu, sarebbe interessante, ai fini della datazione delle *akkabbadoras*, sapere se gli spagnoli abbiano importato assieme al termine l'usanza, o se i sardi abbiano preso dagli spagnoli solo il termine per indicare un'usanza preesistente” (Cabiddu, 1989: 349).

*Accabadora* è, letteralmente “colei che finisce”, che porta a termine.

Nel dizionario italiano-sardo del Canonico Giovanni Spano del 1851, una delle prime opere dedicate alla traduzione della lingua sarda in italiano<sup>22</sup>, leggiamo il termine al femminile plurale: “*accabbadoras*” che Spano traduce con “ucciditrici”, “uccidenti”.<sup>23</sup> Eppure, in sardo, come in italiano, vi è differenza tra 'uccidere' e 'finire'. Come nota Bucarelli, “c'è differenza tra il dire *l'hat mortu* (lo ha ucciso) e *l'hat accabaddu*” (lo ha finito, ha messo fine alle sue sofferenze, alla sua agonia), mentre nel primo caso si intende che è stata interrotta una vita, nel secondo caso si intende che è stata interrotta una vita irrimediabilmente compromessa.” (Bucarelli – Lubrano, 2003: 16)

In tutte le fonti documentali e letterarie l'*accabadora* non uccide, ma finisce i moribondi, aiuta i morenti, o, come riferì Smith, i casi senza speranza, liberandoli da una lenta agonia. Aiutare il morente implica stargli accanto e garantire una presenza consolatoria nel momento del trapasso.

La prima traccia letteraria dell'*accabadora* compare in uno dei tre volumi del diario di viaggio del generale Alberto de La Marmora del 1826, che scrive: “Si è preteso che i sardi avessero anticamente l'usanza di uccidere i vecchi, ma la falsità di questa affermazione è stata già dimostrata da alcuni scrittori. Io però non posso tacere che in alcune parti dell'isola, per abbreviare la fine dei moribondi, venivano incaricate specialmente delle donne; si è dato loro il nome di *Accabbadure*, derivato dal verbo *accabare*/finire. Questo resto di barbarie è felicemente scomparso da un centinaio d'anni.”<sup>24</sup>

<sup>20</sup> F. Ost, 2015 : 8.

<sup>21</sup> Si veda anche M. Pittau, 2000, A. Farina, 2002.

<sup>22</sup> Il Canonico Giovanni Spano (Ploaghe 1803 – Cagliari 1878), studioso di grande cultura, fu autore del primo Vocabolario Sardo-italiano e Italiano sardo, stampato a Cagliari dalla Tipografia nazionale, in due volumi nel 1851 e nel 1852. Le citazioni nel testo sono tratte dall'edizione del 2004, dal titolo *Vocabulariu Sardu-Italianu*, curata da Giulio Paulis, a cui si deve anche il saggio introduttivo all'opera, Nuoro, Ilisso Edizioni, vol. I, p. 57.

<sup>23</sup> Spano, 2004 [1851-1852], (I): 57 fa derivare il verbo *accabare* dal fenicio e dall'arabo *hakàb* che significa porre fine. Ivi, voce “*Accabbadoras*”, sono presenti altre voci derivate dalla stessa radice “*Accabbadu*”: terminato, finito, ultimato ad uccidere; “*Accabbare*”: finire, terminare, morire, spirare; “*Accabbu*”: fine, termine.

<sup>24</sup> De La Marmora, 1826 (III): 258 : « *On a pretendu que les sardes avaient anciennement la coutume de tuer les vieillards, mais la fausseté de cette assertion a déjà démontrée par quelques écrivains. Je ne puis cependant que, dans quelques cantons de l'île, des femmes étaient chargée spécialement de hâter la fin de moribonds ; on leur donnait le nom d'Accabadure (aschever). Ce reste de barbarie est heureusement tout-à-fait perdu depuis une centaine d'années* ». (Trad. Turchi 2008 : 11).

Due anni dopo, William Henry Smith pubblica a Londra “*Sketch of the Present State of the Island of Sardinia*”, in cui ricompare l’*accabadora*: “In Barbagia vi era la straordinaria pratica di soffocare, in casi senza speranza, una persona morente. Questo gesto veniva compiuto da una persona incaricata a ciò, chiamata *accabadora*, cioè colei che pone fine alla vita (*finisher*); ma l’usanza venne abolita sessanta o settant’anni fa da Padre Vassallo che visitò questi luoghi in qualità di missionario”<sup>25</sup>.

Un peso maggiore nella scoperta di questa figura è da attribuire a Vittorio Angius che curò il volume dedicato alla Sardegna del *Dizionario geografico degli Stati di S.M. il Re di Sardegna*, pubblicato tra il 1833 e il 1856. Angius svolse accurate ricerche e raccolse un’ingente mole di dati per scrivere il volume, in cui compare il riferimento al termine ‘*Accabbadoras*’:

“Con esso si vorrebbe significare certe donnicciuole, che troncassero l’agonia di un moribondo, e abbreviassero le pene di una morte stentata dando loro sul petto o sulla coppa con un corto mazzero, *sa mazzuca*, tosto che sembrasse vana ogni speranza.” Nella città di Bosa, continua Angius, la memoria di queste “furie” è ancora fresca, sebbene la pratica sia cessata da quasi un secolo, alla fine del Settecento (Angius, 1834: 534).<sup>26</sup>

Il riferimento dell’abate Angius scatenò le reazioni accese di alcuni intellettuali sardi, apparse sui giornali dell’epoca, come “L’indicatore sardo”, in cui si accusava l’autore di voler dare un’immagine falsa e arretrata della Sardegna, menzionando pratiche ingiuriose di cui le fonti giudicali ed ecclesiastiche non recavano alcuna traccia.<sup>27</sup>

Da quel momento in poi, sul tema venne applicata una sorta di censura che troviamo nella seconda edizione del *Voyage en Sardaigne* del 1839, in cui La Marmora mette in dubbio l’esistenza dell’*accabadora*, dicendo che potrebbe trattarsi di una figura leggendaria di cui non si hanno tracce ben documentate.<sup>28</sup>

Ma la figura, sebbene con fatica, era stata documentata attraverso numerose testimonianze che spiegano le ragioni del silenzio e la mancanza di tracce del suo operato.

Come scrive Cabiddu: “la storia dell’*accabadora* potrebbe essere definita come la storia di un’assenza”, perché le testimonianze sono indirette, spesso reticenti e riferite a un antico passato (1989: 353). L’azione dell’*accabadora* rifletteva l’equilibrio complesso di una comunità in cui la sopravvivenza del gruppo familiare determinava la sorte di ciascuno dei suoi membri. Accanto alla pietà per la sofferenza del morente, vi era la necessità della sopravvivenza per quelle famiglie in cui assistere e mantenere il morente significava mettere a rischio la vita degli altri.

<sup>25</sup> Smith, 1828: 196: “*In the Barbagia there was the extraordinary practice of throttling a dying person in hopeless cases; this act was performed by a hired woman called “accabadora” or finisher; but the custom was abolished sixty or seventy years ago, by Padre Vassallo, who visited those districts as missionary*”. Smith fa ampi riferimenti al volume di De La Marmora, sia nell’introduzione (IX), sia nella trattazione (107), ma mostra una fonte autonoma, come risulta da alcuni particolari sulla dismissione della pratica dell’*accabadora* che non figurano nel resoconto, assai breve, di De la Marmora.

<sup>26</sup> I riferimenti all’*accabbadora* compaiono anche nel lemma “Cagliari”, pubblicato nel vol. III (1836). Sul punto si veda l’accurata ricostruzione storica di Cabiddu, 1989: 349.

<sup>27</sup> “[...] se la costumanza delle accoppatrici fosse esistita non ne avrebbe taciuto la legislatrice Eleonora d’Arborea, né i Signori D’Aragona e di Castiglia, né la sinodo di Santa Giusta, né la Bosanese”, così G. Pasella, *Risposta alle Lettere I sulla nota 3 dell’Indicatore Sardo*. In “Indicatore Sardo”, n. 52 Torino, 1838, cit. in Bucarelli – Lubrano 2016: 25, nota 17. Le parole di Pasella riflettevano la politica culturale dei Savoia, volta a estirpare antiche credenze e superstizioni del popolo sardo, e a ricostruire l’immagine di una nuova ‘identità’. Così Pala, 2010:19. Le polemiche furono suscitate principalmente dalla pubblicazione di un romanzo storico di Carlo Varese, pubblicato a Milano nel 1830, dal titolo “Folchetto Malaspina”, in cui compare la figura dell’*accabbadora* Pattumeia che, nel romanzo, appartiene alla setta degli “*accabbaduri*”, assassini che vivono ai margini della società e che stroncano la vita di vecchi e moribondi. La reazione comparve nel numero dell’Indicatore Sardo del 1832, in cui Pasella giudicò ingiuriose e infamanti le parole del romanzo. Stessa sorte toccò al lavoro di Angius che, sempre nell’Indicatore Sardo e ad opera di Pasella, venne attaccato per aver diffuso notizie false, aggravate dal fatto che venivano da un religioso. Ma, come lo stesso Angius sottolineò, le sue note derivavano da ricerche e testimonianze accurate, Si vedano sul punto le note di Cabiddu, 1989: 347-348.

<sup>28</sup> La Marmora, 1926: 218: “Quanto all’uso di affrettare la fine dei moribondi, che si è preteso esistesse già nell’isola, dove ne sarebbero incaricate certe donne dette perciò *accabbadure* (2), è veramente esistito? O, come è probabilissimo, si tratta di una semplice tradizione popolare?”.

Al naturale riserbo dei sardi nell'illustrare le loro usanze, si aggiungeva la comprensibile difficoltà legata alla drammaticità e alla legittimità della scelta.<sup>29</sup> I familiari che si rivolgevano all'*accabadora* infatti erano pienamente consapevoli della gravità del gesto e della sua antigiridicità, a seguito della condanna formale di questi atti pietosi da parte dell'autorità civile e religiosa.

Si potrebbe ipotizzare quindi l'esistenza di pratiche consuetudinarie "*contra legem*",<sup>30</sup> condannate dal diritto ufficiale, condivise a livello comunitario, delle quali anche il clero minore doveva essere a conoscenza, svolte all'ombra del diritto ufficiale e sotto l'occhio distratto dell'autorità. Del resto, nota Cavina, in tutto il continente europeo, dall'antichità fino al Novecento sono ampiamente diffuse "culture di accettazione dell'eutanasia", sepolte nell'omertà e nel silenzio, le cui tracce emergono "in modo casuale e sporadico". (Cavina, 201, 122).

### 3.1. *Accabbadura* simbolica e *accabbadura* violenta

Erano i familiari a chiamare queste donne 'esperte', quando volevano alleviare le sofferenze dei loro cari, per porre fine a una lenta e terribile agonia; ma a volte, se cosciente, era lo stesso agonizzante a chiedere il loro aiuto.

La prima regola era l'eliminazione di tutti gli amuleti, come quei piccoli oggetti che venivano intagliati e poi fatti benedire, ma soprattutto dei simboli sacri, come la croce, il rosario, le medagliette che il morente portava al collo, le palme pasquali benedette che talvolta le donne usavano portare cucite alle vesti. Si riteneva infatti che gli amuleti, la cui funzione protettiva veniva equiparata a quella degli oggetti sacri, impedissero la dipartita del morente, trattenendo la sua anima (Bussa, 2015: 56).

La stanza veniva spogliata da ogni simbolo religioso e venivano recitate formule propiziatorie. Erano sempre i familiari a svolgere questo rituale e a porre sotto la testa del morente, o sotto il cuscino, un piccolo giogo di legno o *juale*.<sup>31</sup>

La funzione del giogo non è chiara, ma è estremamente diffusa e accertata la credenza che questo rappresentasse un rimedio molto efficace per abbreviare l'agonia.<sup>32</sup> Probabilmente è legato alla credenza che poneva in relazione una lunga e sofferta agonia con i gravi peccati di cui il morente si era macchiato. Tra questi il più grave era considerato l'aver bruciato un giogo, o aver spostato una pietra di confine, distrutto un alveare o sottratto attrezzi agricoli; tra le colpe da espiare era prevista perfino l'uccisione di un gatto, ma nelle numerose fonti non vi è alcun riferimento all'omicidio o all'aggressione.<sup>33</sup> O più probabilmente, come rileva Bucarelli, l'uso simbolico del giogo che ricorre in tutti i racconti della tradizione era derivato dalla sua funzione originaria di appoggio per il collo del morente, che veniva spezzato con un colpo secco (Bucarelli – Lubrano, 2016: 44).<sup>34</sup>

Quest'attività di spoliatura, volta a liberare l'anima da tutto ciò che può trattenerla in vita, documentata in tutta la Sardegna dal medioevo fino alla metà del Novecento e oltre, è stata definita "*akkabbadura* simbolica" o "magica".<sup>35</sup>

<sup>29</sup> D. Turchi, 2008: 12.

<sup>30</sup> Bobbio, 2010 [1942]; S. Zorzetto, 2008.

<sup>31</sup> Chiamato anche *juvale*, *juale*. Il rituale è illustrato chiaramente da V. Angius, 1834: 534-535. G. Cabiddu, *Usi, costumi, riti, tradizioni popolari della Trexenta*, Cagliari, Fossataro, 1965, cit. in Turchi, 2008: 26.

<sup>32</sup> Si legga la testimonianza della Sig. Paolina Concas riportata da Turchi, 2008: 40 ss.

<sup>33</sup> Sull'ampia diffusione in Sardegna e in altre regioni italiane ed europee dell'usanza del porre sotto il capo o il cuscino dell'infermo oggetti come il giogo, una pietra, o anche scoperchiare il tetto e scoprire il malato, si veda l'ampia ricerca di Bussa, 2015: 57-59.

<sup>34</sup> Differente appare l'interpretazione fornita da Fresi 1994: 45, che ne sottolinea la connotazione simbolica: "il giogo, strumento per domare i giovenchi bradi e per aggiogarli, poi, una volta castrati, domati e diventati buoi (bestie indispensabili al lavoro della gente di campagna) rappresenta l'inutilità del corpo ormai separato dalla vita, dal lavoro attivo e produttivo". In tal senso anche Bucarelli, 2016: 45.

<sup>35</sup> Così Cabiddu, 1989: 354 che parla per la prima volta di "*accabbadura* simbolica". Bussa, 2015: 55 invece definisce la medesima pratica non cruenta di liberazione dell'anima come "*accabadura* magica".

Da questa viene distinta l'*accabbadura* vera e propria, o "cruenta" alla quale si ricorreva come *extrema ratio* e che probabilmente seguiva alla prima, in caso di un'agonia estenuante e sofferta che spingeva i familiari a chiamare l'esperta. Questa finiva il morente con un colpo alla nuca o al petto, servendosi di una piccola mazza in legno di olivastro, simile a un grosso martello.<sup>36</sup>

Mentre alcuni ricercatori sostengono l'esistenza di entrambe le pratiche, altri, come Bussa, ritengono, in base alle testimonianze, che venisse praticata solo l'*accabbadura* 'magica', volta a eliminare tutti gli elementi di ordine simbolico e religioso che avrebbero ostacolato la dipartita del morente, mentre la seconda, diretta a procurare la morte con mezzi rapidi e violenti, come la frattura del collo o il soffocamento con il cuscino, sarebbe un'invenzione popolare della quale non vi sarebbe alcuna traccia documentale (Bussa 2015: 55; 135).<sup>37</sup>

Alcune fonti parlano anche di uomini *accabadori*, ma i riferimenti alla "*fèmina accabadora*" sono decisamente prevalenti e si inscrivono nel ruolo che alla donna è assegnato nella famiglia e nella comunità.

È la figura femminile a custodire la vita dalla nascita, aiutando le partorienti, ad occuparsi della cura dei malati con l'uso delle erbe medicinali, del loro accudimento, fino all'assistenza ai moribondi, in un mondo in cui le cure palliative erano affidate a formule magiche e preghiere e dove, fino al XX secolo, l'assistenza sanitaria era praticamente inesistente, eccezion fatta per le città dell'isola.<sup>38</sup>

Le guardiane della vita erano anche quelle che dovevano essere in grado di riconoscerne la fine, eliminando il dolore e facilitando il trapasso. Questo elemento emerge molto chiaramente nel libro di Michela Murgia, dove il vero compito dell'*accabadora* non è solo quello di accorciare l'agonia, ma capire, attraverso il dialogo con il morente e i suoi familiari, attraverso un'attenta osservazione delle sue condizioni, se è arrivato il momento inevitabile di lasciare andare una vita.

Non vi è alcuna testimonianza diretta o racconto di chi abbia assistito all'atto, perché l'*accabadora* agiva da sola e in segreto, preferibilmente di notte, spesso all'oscuro di una parte dei familiari; ma le numerose testimonianze indirette ci dicono che non agiva 'a cuor leggero', gravemente consapevole del ruolo che la comunità le affidava.<sup>39</sup>

Per questo la sua figura che in alcune fonti letterarie e documentali è aspramente criticata, disprezzata, spesso paragonata a quella delle streghe assassine,<sup>40</sup> nei numerosi racconti popolari e nelle trascrizioni delle interviste raccolte, appare circondata dal rispetto della comunità che la considerava dotata di particolari virtù, e riconosceva l'ingrato compito che le veniva affidato, proteggendola col suo silenzio dall'eventuale intervento della giustizia dello Stato.

Al rispetto e al riserbo si accompagnava una forma di timore, legato alla sua capacità di 'capire' e 'dare' la morte, di abitare quello spazio in cui si crea la frattura tra la presenza e l'assenza.

"Poi la gente si ricordava di lei quando si uccideva il maiale, o il giorno dei morti quando si cuoceva il pane per i poveri, o il giorno in cui rientravano i pastori dalle pianure e regalavano il primo giorno di latte a parenti e amici, però nessuno le amava e i bambini avevano paura ad entrare a casa loro e ad incontrarle per strada. (...) Quindi nessuno le amava." (Liori, 1992: 50).

<sup>36</sup> Chiamato "*mazzuca*" da Angius, 1834: 535, o "*mazzolu*" da F. Fresi, 1994: 52.

<sup>37</sup> Si vedano sul punto le osservazioni di Cavina su un'analoga figura, documentata nella penisola Iberica e in Sud America, denominata la '*Despenadora*', il cui compito era quello di finire i moribondi, 2016: 9.

<sup>38</sup> Pala, 2010: 237, sostiene che in base alle testimonianze raccolte, *sas feminas agabbadoras* erano anche "*sas mastras de paltu*", assistevano le partorienti. Sulla religione in Sardegna, Pittau, 2016.

<sup>39</sup> "La chiamavano perché era molto forte e decisa, un *omu d'almi*. Ma non andava volentieri, anche se sapeva di fare opera buona. E non è vero quello che ho letto da poco in un libro sui riti funebri in Sardegna. Si diceva che i moribondi soffrissero molto e urlassero quando la *fèmina agabbadori* prestava la sua opera. Io so invece che si interveniva soltanto quando il malato era ridotto allo stremo. A questo punto bastava la semplice pressione di un cuscino sul viso o un ultimo colpo di *mazzolu*." Così Fresi 1994: 52, che riporta la testimonianza di un nipote dell'*agabbadori*.

<sup>40</sup> Le orazioni e le poesie di padre Bonaventura Licheri, che accompagnò padre Vassallo nella sua opera di evangelizzazione in Sardegna alla metà del Settecento, citano più volte l'operato delle *accabadoras*. Nei numerosi passi a loro dedicati, le paragona alle *brujas* e alle *Janas*, nomi con cui venivano designate le streghe assetate di sangue, figure malvagie, cit. in Turchi, 2008: 16 ss.

#### 4. “Non dare nome alle cose che non conosci”. Il romanzo

Nessun racconto è innocente, scrive Bruner, ma comincia sempre dando per scontata l’ordinarietà di un particolare stato di cose nel mondo (Bruner, 2002: 6).

Il romanzo comincia infatti con Maria, una bambina che nel giro di qualche ora viene affidata ad un’estranea senza figli che promette di prendersene cura, per sempre. È un gesto pacato e violento che strappa la figlia alla madre e alla sua famiglia, che viene presentato come coerente e ordinario nel sistema del racconto.

Per raccontare la storia de *s’accabadora*, Michela Murgia ricorre a una figura tipica della tradizione giuridica sarda: *sa fizza e anima* (o *fill’e anima*), pratica estremamente diffusa in Sardegna e in tutto il bacino del Mediterraneo, che consiste in una via di mezzo tra l’affido e l’adozione.<sup>41</sup>

Fino a qualche decennio fa, in Sardegna era considerato ‘normale’ che una famiglia numerosa - in genere - ma non necessariamente - con pochi mezzi, decidesse di ‘dare’<sup>42</sup> uno dei suoi figli, generalmente femmina, a una coppia, o anche a una persona singola, come nel nostro racconto, che se ne sarebbe presa cura, la avrebbe allevata e le avrebbe lasciato il suo patrimonio. In cambio, il figlio o la figlia avrebbe dovuto assistere i suoi nuovi genitori, ereditandone il patrimonio e lo status sociale, ma avrebbe conservato il suo rapporto con la famiglia di origine.

Maria è la figlia d’anima della protagonista del romanzo, Bonaria Urrai, *s’accabadora*.

Una bambina di sei anni viene affidata da una madre vedova, povera e stanca che ha fatto tre figlie e un ‘ultimo errore’<sup>43</sup>, a un’anziana donna, benestante e rispettata dalla comunità, che prenderà la bambina con sé per “farla nascere una seconda volta”, donandole una nuova vita.

Bonaria insegnerà a Maria a lavarsi le mani prima di parlare e mangiare, ad avere una sua cameretta, a non rubare, a non mentire, le insegnerà il significato di avere una famiglia, un’attenzione e una cura di madre, ad apprendere i significati del silenzio.

La seconda nascita di Maria non è segnata solo dalla nuova vita agiata e rispettata della figlia di Bonaria Urrai, ma anche dalla riflessione intorno al tessuto di norme che regola la vita del paese, molte delle quali sono tacite e inesprese.

Maria matura una nuova consapevolezza che segna il passaggio dall’accettazione tacita e irriflessa delle regole della comunità alla scoperta del loro significato, che la spinge ad interrogarsi sulle scelte tra i diversi ordini normativi che orientano le vite di ciascuno: gli usi della comunità, le norme religiose, la giustizia dello Stato.

Gli occhi di Maria sono ciò attraverso cui tutto acquista un significato, l’implicito si fa chiaro, l’agire muto si fa norma e regola.

##### 4.1. *Accabare*

Parallela a una vita tranquilla di sarta del paese, si snoda quella dell’*accabadora*.

Gli episodi raccontati si svolgono durante la notte.

<sup>41</sup> La figura dell’affidamento familiare non rientra in una specifica previsione normativa, ma si declina in differenti forme come evidenziato da S. Patti – M. G. Cubeddu, 2011: 906-907. Quella riportata nel racconto rientra nella forma “privata” o informale di affido, disciplinata dall’art. 9 della legge 184/2003, che prevede la possibilità, per i genitori, di affidare stabilmente a parenti i propri figli, senza darne avviso all’autorità giudiziaria. Sul tema si veda Andreola, 2020.

<sup>42</sup> Uso volutamente questo termine che si riferisce a un oggetto e mai a una persona, perché spesso i bambini non venivano interpellati e neanche informati delle intenzioni dei genitori, ma ‘consegnati’ nelle mani degli affidatari, come si fa con un oggetto o con un cucciolo. Si veda sul punto l’intervista a Michela Murgia che esprime un giudizio differente in merito al consenso dei figli d’anima, B. Verrini, *Michela Murgia si confessa*, in “Vita”, <http://www.vita.it/it/article/2010/09/06/michela-murgia-si-confessa/104421/> (ultimo accesso 20/01/2022)

<sup>43</sup> Murgia, 2009:3: “Maria aveva sei anni ed era l’errore dopo tre cose giuste”, così viene considerata da sua madre la nascita di Maria.

Nel primo, tutto si svolge in silenzio, pochissime parole vengono scambiate. Vengono a chiamare Bonaria e l'accompagnano dal moribondo. Non vediamo, non sappiamo cosa accade.

Un assoluto riserbo circonda l'episodio, in cui Maria osserva stupita Bonaria andar via in piena notte e viene redarguita aspramente il mattino dopo per le 'normali' domande che pone: "Dove andate, Tzia? Cosa succede?". Maria capisce che la sua richiesta è un grave errore, anche se ne ignora la ragione. Da allora saprà che non deve più chiedere spiegazioni. Ciò che le viene richiesto è di accettare senza discutere.

L'indomani mattina l'*accabadora* veste Maria col suo abitino più bello, indossa la sua gonna da "lutto buono" e il suo scialle di seta nera e va a piangere il morto, partecipa alla cerimonia funebre.

La vedova le va incontro, la abbraccia e la chiama "Sorella mia stimata! Dio vi ripaghi di ogni cosa." (Murgia, 2009: 15).

Qui vediamo quelle rigide procedure, quel sapere inconsapevole all'opera nel rito funebre, la cura della salma, le *attitadoras*, le donne che cantano il dolore, in rigoroso ordine di parentela, *sa roda*, il cerchio che si forma intorno alla salma per intonare i canti funebri, che riecheggiano immagini omeriche e tragiche<sup>44</sup>.

Il secondo episodio definisce ancora più chiaramente le condizioni in cui agisce l'*accabadora*: si reca a casa del moribondo, chiamata dalla famiglia.

Si informa sulle condizioni del morente. Tutta la famiglia è presente, in segno di rispetto. La figlia dice che è da otto mesi in quelle condizioni, non parla più, non mangia più. "Ha chiesto lui di me?", "no, non parla più da settimane, ma io a mio padre lo capisco".

L'hanno già preparato, eliminando dalla stanza tutte le benedizioni; hanno inserito un piccolo giogo di legno sotto il suo collo.

Lei fa uscire tutti e esamina il vecchio, "chiamata ti hanno, alla fine..." il vecchio le parla e l'*accabadora* capisce.

Lascia la stanza immediatamente e si rivolge alla figlia maggiore, accusandola di averla chiamata senza motivo: "tuo padre non è morente, non è nemmeno vicino al suo giorno", la accusa di aver abbandonato il padre, senza cibo e acqua, maledice i loro figli.<sup>45</sup>

Il terzo episodio è quello che racconta la morte del giovane Nicola Bastiu che ha perso una gamba a causa di una vendetta e chiede disperatamente di morire.

Questo è quello che nel racconto Bruner chiama l'imprevisto, che scompiglia l'ordine delle cose e rivela la mancanza di innocenza del racconto e del narratore, e mostra l'implicito, quel difficile crinale, quella terribile linea di confine che la nostra *accabadora* attraversa.

Mostra anche che la rassicurante categoria del diritto muto, che legittima agli occhi della comunità l'agire dell'*accabadora*, non si salva dai dilemmi dell'etica e della responsabilità, e che per quanto rigide e definite siano le regole del morire, c'è sempre un esercizio della scelta, un 'rischio' introdotto dalla nostra libertà morale che l'*accabadora* nel suo agire mostra.

Nicola è giovane e forte, chiede di morire, vuole che sia lei a farlo, altrimenti minaccia di farlo da solo, ma Bonaria si rifiuta: "Ma credi davvero che il mio compito sia ammazzare chi non è in grado di affrontare le difficoltà?" "No. Credo che sia aiutare chi lo vuole a smettere di soffrire." "Quello è il compito di Nostro Signore, non il mio." Non basta voler morire, ci deve essere la morte imminente (Murgia, 2009: 66-67).

---

<sup>44</sup> Pala, 2010: 20 sottolinea la costante presenza femminile nel rito funebre: "Al di là delle figure essenzialmente femminili delle *accabadoras*, storiche o mitiche qui poco importa, ciò che invece si vuole evidenziare quale chiave di interpretazione, è l'arcano potere delle antiche madri, che per natura conferiscono vita, e per cultura la possono togliere, come Parche di un universo femminile articolato e complesso, che manifesta la presenza costante della donna in ogni momento del rituale funerario sardo." Si veda la descrizione del rito funebre in Bucarelli, Lubrano, 2016: 63 ss. Cfr. la descrizione della preparazione alla morte e la cerimonia funebre gallurese di Fresi 1994: 43 ss.; con riferimento alle prefiche, 62 ss.

<sup>45</sup> Murgia 2009: 51-53. Le parole della maledizione sono necessarie per proteggere il vecchio e far in modo che i figli si prendano cura di lui. "In tanti anni non era mai stata costretta a dire quelle parole, ma ora che erano necessarie arrivarono alla lingua dritte come fiato" (53).

Dopo insistenti e accorate, rabbiose e infine rassegnate richieste, l'*accabadora* acconsente a compiere il rito.

Ma prima insiste: “Dimmi che hai cambiato idea e uscirò da qui senza voltarmi”.

“Non ho cambiato idea, sono già morto e voi lo sapete.”<sup>46</sup>

Lo addormenta e poi lo soffoca con il cuscino.

Va via, portandosi via il respiro di Nicola, con un peso addosso come di un “manto bagnato”.

Maria viene a saperlo dal fratello di Nicola che, non visto, ha assistito terrorizzato alla scena.

Maria scopre la verità su sua madre e in un doloroso e aspro dialogo l'accusa di ammazzare gli storpi, uccidere le persone.

Nel confronto acceso tra la vecchia e la giovane figlia, emergono le regole del morire.

La replica di Bonaria è “Non metterti a dare nomi alle cose che non conosci” che significa: non è questo il corretto esercizio di traduzione di ciò che io faccio.

Maria non capisce, perché secondo Bonaria Maria non ‘sa’, è priva di quella conoscenza che le permetterebbe di cogliere il significato di quel codice e di capire le azioni di Bonaria.

Il confronto tra l'*accabadora* e la sua figlia adottiva colma di significati lo spazio tra morire e uccidere.

“Se le cose devono accadere, al momento giusto accadono da sole” dice Maria.

“Sei nata tu forse, da sola Maria? O non sei nata con l'aiuto di qualcuno, come tutti i vivi? Ti sei tagliata da sola il cordone? O non ti hanno forse lavata e allattata? Non sei nata e cresciuta due volte per grazia di altri. O sei così brava che hai fatto tutto da sola?”

“Altri hanno deciso per te allora, e altri decideranno quando servirà di farlo. Non c'è nessun vivo che arrivi al suo giorno senza aver avuto padri e madri a ogni angolo di strada, Maria e tu dovresti saperlo più di tutti. Io sono stata l'ultima madre che alcuni hanno visto” (Murgia, 116-117).

Così come chi aiuta a nascere non dà la vita, ma l'accoglie, chi aiuta a morire non dà la morte, ma l'accoglie.

La morte di Nicola è il caso dubbio che origina il conflitto e costringe Bonaria ad uscire allo scoperto, a fare lo sforzo di pronunciare le parole, spiegare le ragioni del suo agire, mostrare la regola per cui nessuno deve essere lasciato solo nella sua decisione e nella sua morte. Costringe anche Maria a guardare sua madre con occhi nuovi, a interrogarsi sulla legittimità di quelle regole che aveva accettato senza discutere, seguito con obbedienza e rispetto.

Maria non accetta la giustificazione di Bonaria; va via, a lavorare in continente e lascia la madre. Dopo due anni viene chiamata al suo capezzale; la vecchia Bonaria è in fin di vita, ma non muore, è attraversata da dolori lancinanti; smette di mangiare, ma non muore. Alla fine sarà la stessa Maria a compiere il rito: lascerà entrare la morte e si separerà da sua madre.

E Maria apprenderà un nuovo significato della morte e della vita in cui non è possibile separare i due momenti e in cui ci vogliono padri e madri anche per morire.

## 5. Confini del diritto e letteratura

La vicenda si svolge in una Sardegna rurale degli anni Cinquanta, povera e contadina, in cui opera un ordinamento che vive in parallelo a quello ufficiale dello Stato e in cui le istituzioni statali sono lontane e sembrano far parte di un altro universo.

Questo sistema regolativo si compone di quelle norme non scritte e agite, raccontate a fatica in una lingua diversa –come traduciamo *accabbadora*? che fanno intravedere e ricostruire parzialmente un ordine profondamente radicato che plasma la comunità, la tiene insieme e la definisce.

<sup>46</sup> “No, Nicola, non lo so. Solo tu lo puoi sapere. Io sono venuta pronta, ma prega che il Signore faccia cadere su di te la cosa che mi chiedi.” “Per me è necessaria.”, Murgia 2009, 89.

L'azione dell'*accabadora*, dal 'tocco lieve' ma violento, che accompagna il morente come una madre accogliente che è pronta a procurargli una rapida morte, appare poco comprensibile allo sguardo contemporaneo, se non come relitto di un remoto passato su cui la civiltà giuridica ha steso una coltre rassicurante.

In effetti si tratta di una pratica abbandonata, sulla cui storicità persistono ancora dubbi.

Tuttavia, ciò che l'invenzione letteraria ci offre è un nuovo sguardo sulle regole implicite e inesprese che governano questa particolare pratica e disegnano un fitto tessuto normativo, un ordine giuridico «ancora da studiare», scriveva Antonio Pigliaru,<sup>47</sup> che popola territori silenziosi del diritto<sup>48</sup> ed evoca la categoria suggestiva del 'diritto muto'.

Non pare inopportuno, benché meriti una più attenta riflessione, riferirsi alla categoria del diritto muto nell'interpretazione di "*Accabadora*".

Il diritto muto, scrive Sacco, è quel diritto non scritto, non parlato, praticato e non verbalizzato che può persino non essere pensato e seguito in modo inconsapevole (Sacco, 2015: 10). Si tratta di un orizzonte che si estende dalla norma silente, non parlata, inespressa, fino alle "regole che l'uomo pratica senza esserne pienamente consapevole" (Sacco, 1989).

Esiste una differenza tra "venir governati da una regola" e conoscere quella regola che ci governa, così come vi è una differenza tra il "sapere come" si fa qualcosa e il "sapere cosa" si fa.<sup>49</sup>

Questa differenza concettuale si esprime in un *continuum*, senza alcuna chiara separazione tra i due momenti, che vediamo all'opera nella comunità narrata nell'*accabadora*, così come lo vediamo nelle interviste che Pigliaru faceva ai pastori di Orune, in cui la trascrizione delle testimonianze mostra, attraverso le riposte brevi e faticose, e i continui rinvii a 'quello che si fa' e a 'come si fa',<sup>50</sup> lo sforzo evidente della verbalizzazione. L'uso dei proverbi e dei modi di dire - che troviamo di frequente nelle trascrizioni che preparano *La vendetta* - ha la funzione di trasmettere e memorizzare le regole implicite e non dette che vengono richiamate da "forme di verbalizzazione parziali ed allusive" (Caterina, 2009: 5).

È qui che l'opera letteraria esplica la sua funzione, mostrando quegli ambiti in cui le regole della comunità vengono ripetute, accolte, rafforzate dall'uso, riprodotte e plasmate in un linguaggio, parlato o scritto. In cui l'agire esprime allo stesso tempo un dovere e un'accettazione acritica di quel dovere, come uno stato di cose che ci permette di cogliere il senso della realtà che costruiamo.

Nel racconto sono gli occhi di Maria a svelare quelle regole mute, non verbalizzate che stabiliscono il morire.

Bonaria insegna a Maria come seguire le regole, le insegna che seguire le regole significa stare dentro la comunità, non venirse esclusi, ma non le fornisce le spiegazioni che Maria pretende, non le permette di accedere a quella consapevolezza che le consentirà di scegliere di seguire la regola, almeno fino a quando nella storia non irromperà l'eccezione che porterà Bonaria ad andare oltre le regole.

Il bisogno di Maria di "dare un nome alle cose che non conosce", affrontando Bonaria, è ciò che nel romanzo esprime la verbalizzazione, la ricerca del significato e delle ragioni del seguire una regola.

---

<sup>47</sup> A. Pigliaru, 2000: 62 "Nel suo complesso questo ordinamento giuridico presente nelle comunità barbaricine è ancora da studiare, sistematicamente e in tutte le sue componenti particolari, ma già nel corso delle ricognizioni effettuate per la rilevazione, la più compiuta possibile, delle norme regolanti la pratica della vendetta, la sua presenza è continuamente risultata accertata proprio dalla constatata presenza, nell'ambito delle comunità interessate, di quelle norme generali a cui è legato lo stesso essere dell'ordinamento", Pigliaru è molto chiaro sul punto quando spiega che la funzione del codice è quella di garantire l'intero sistema di norme di cui è espressione. Al pari di un codice di diritto penale, i ventitré articoli della vendetta rappresentano lo strumento di tutela di un intero ordine giuridico.

<sup>48</sup> È l'espressione usata da Carlotti, 2015.

<sup>49</sup> Per elaborare la categoria del diritto muto Sacco ricorre alle note tesi di F. von Hayek (*Regole, percezione e intellegibilità*, in "Controcorrente", 1973, 29) e G. Ryle, (*Lo spirito come comportamento*, Torino, Einaudi, 1955) citati nel testo, 2016: 20.

<sup>50</sup> L'espressione è di Conte, 2008: 405.

## Bibliografia

- Andreola E. 2020, “Affidamento familiare consensuale e limiti di controllo (art. 9, commi 4° e 5°, L. 184/1983)”, *Archivio Giuridico Sassarese*, (1): 39-54, [www.archiviogiuridicosassarese.org](http://www.archiviogiuridicosassarese.org) (ultimo accesso 9/04/2021).
- Angius, V. 1834, *Dizionario geografico-storico-statistico-commerciale degli Stati di S.M. il re di Sardegna*, (II) a cura di Goffredo Casalis, Torino: G. Maspero.
- Axt D. 2017, « Entretien avec François Ost », *Anamorphosis – Revista Internacional de Direito e Literatura*, 3 (1) : 249-264.
- Bobbio N. 2010 [1942], “La consuetudine come fatto normativo”, in T. Greco (ed.) 2010, *Bobbiana, Opere di Norberto Bobbio per l’Università*, Torino: Giappichelli.
- Brandimonte M. A. 2009, “Quando il silenzio è d’oro. Costi e benefici della verbalizzazione nei processi cognitivi”, in R. Caterina (ed.) 2009, *La dimensione tacita del diritto*, Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane: 27-36.
- Bruner, J. 2006, *La fabbrica delle storie. Diritto, letteratura, vita*, Roma-Bari: Laterza.
- Bucarelli A.e Lubrano C. 2016, *Eutanasia ante litteram in Sardegna*, Cagliari: Edizioni della Torre.
- Bussa I. 2015, *L’accabadora immaginaria. Una rottamazione del mito*, Cagliari: Edizioni della Torre.
- Cabiddu M. G. 1989, “Akkabbadoras: riso sardonico e uccisione dei vecchi in Sardegna”, *Quaderni bolotanesi*, 15: 343-368.
- Caprini R. 2003, “I nomi della “strega” in Europa: dalla lingua alla storia ai testi”, in *Strumenti critici*, 2: 161-182
- Cardozo, B. N., 1831, *Law and Literature*, New York: Hartcourt, Brace and Company.
- Carlotti G. 2015, “Recensione a Rodolfo Sacco, Il diritto muto”, *Diritto e regolazione dei mercati*, 2: 294-298.
- Caterina R. 2009, “La dimensione tacita del diritto”, in Id (ed.), *La dimensione tacita del diritto*, Napoli; Roma: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Cavina M. 2015, *Andarsene al momento giusto*, Bologna: Il Mulino.
- Cavina M. 2016, “Las Mujeres y la eutanasia: tipologia criminal” in *Historia et Jus. Rivista di storia giuridica dell’età medievale e moderna*, 9:1-26, [www.historiaetius.eu](http://www.historiaetius.eu)
- Conte A. G. 2008, “Erlebnisrecht. Diritto vissuto/esperienziale nell’antropologia filosofica di Rodolfo Sacco”, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, 85: 405-424.
- Faralli C. e Mittica M. P. 2010, *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Roma: Aracne.
- Farina A. 2002, *Bocabolariu sardu nogorese-italiano sardo nuorese*, Nuoro: Il Maestrale.
- Ferrari S. 2020, “Uno sguardo dal mondo delle religioni e dei loro diritti”, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2: 397-18.
- Fresi A. 1994, *Antica terra di Gallura. Miti, riti, genti e tradizioni*, Roma: Newton Compton Editori.
- Hayek F. von (1973), *Regole, percezione e intellegibilità*, in “Controcorrente”, 29
- La Marmora de A. 1826 *Voyage en Sardaigne de 1819 á 1825, ou description statistique, physique et politique de cette île*, Paris: Delaforest, livre III.
- La Marmora de A. 1926-28 [1839], *Viaggio in Sardegna*, trad. di V. Martelli, Cagliari: Edizioni della fondazione il Nuraghe.
- Liori A. 1992, *Demoni, miti e riti magici della Sardegna*, Cagliari: Edizioni della Torre.
- Mittica, M. P 2009, “Diritto e letteratura in Italia. Stato dell’arte e riflessioni sul metodo”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 273-299.
- Mittica, M. P. 2013, “Tra-discipline”, in R. Gualdo, R. Petrilli, (eds) *Diritto, linguaggio e letteratura*, Perugia: Guerra Edizioni: 9-24.
- Murgia M. 2009, *Accabadora*, Torino: Einaudi.

- Ost F. 2006, *Raconter la loi*, Paris : Odile Jacob.
- Ost F. 2015, “Droit et littérature: variété d’une champ, fécondité d’une approche”, in *RJTUM, Revue Juridique Thémis*: 3-33.
- Pala P. G. 2010, *Antologia della Femina Agabbadòra*, Perfugas: Grafidea,
- Patti S.e Cubeddu M. G., 2011, *Diritto della Famiglia*, Milano: Giuffrè.
- Pigliaru, A. 2000 [1959] *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Nuoro: Il Maestrale.
- Pinna T. 2000, *Storia di una strega. L’inquisizione in Sardegna. Il processo di Julia Carta*, Sassari: EDES.
- Pittau, M. 1991, “Geronticidio, eutanasia ed infanticidio nella Sardegna antica”, in A. Mastino (ed.) *L’Africa romana. Atti dell’VIII Convegno di studio, 14-16 dicembre 1990*, Cagliari, Sassari: Ed. Gallizzi, (vol. 2): 703-712.
- Pittau M. 2004, *Lingua e civiltà di Sardegna*, vol. II, Cagliari: Edizioni della Torre.
- Pittau M. 2000, *Dizionario della lingua sarda*, Cagliari : Ettore Gasperini.
- Pittau M. 2016, *Credenze religiose degli antichi sardi*, Cagliari : Edizioni della Torre.
- Quagliani, D. 2019, « Licet Allegare poetas. Formanti letterari del diritto fra Medioevo ed Età moderna », in F. Meyer, E. Zanin (eds.) *Poesia e diritto nel Due e Trecento italiano*, Ravenna : Longo Editore : 208-219.
- Sacco R. 1989, voce “Crittotipo”, in *Dig. Disc. Priv. Sez. Civile*, vol. IV .
- Sacco R. 1993, “Il diritto muto”, in *Rivista di Diritto Privato*, (39): 691-702.
- Sacco, R. 2015, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna: Il Mulino.
- Sansone A. 2001, *Diritto e letteratura. Un’introduzione generale*, Milano: Giuffrè.
- Smith, W. H. 1828, *Sketch of the Present State of the Island of Sardinia*, London: John Murray, Albemarle Street.
- Spano G. 2004 [1851-1852], *Vocabulariu Sardu-Italianu*, Nuoro: Ilisso Edizioni.
- Turchi D. 2008, *Ho visto agire s’accabadora*, Oliena (NU): Edizioni IRIS.
- Verrini B., 2010, “Michela Murgia si confessa”, in “Vita”, <http://www.vita.it/it/article/2010/09/06/michela-murgia-si-confessa/104421/> (ultimo accesso 10/10/2023)
- Wagner M. L. 1960, *Dizionario etimologico sardo*, Heidelberg: Carl Winter Universitätsverlag.
- White, J. B., 2010 [1984], *Quando le parole perdono il loro significato*, Milano: Giuffrè.
- Zorzetto S. 2008 (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Pisa: Edizioni ETS.

Guglielmo Ciaccio<sup>1</sup>

*Diritto e violenza nella filosofia di Eligio Resta. Studio dei paradossi e della differenziazione*

ABSTRACT

Eligio Resta's philosophical work has been characterized by the attention devoted to the relationship that law has with violence. The study of the philosopher's pathways, his reflections and the paradoxes arising from them, offers an opportunity to reflect on a classic theme in the philosophy of law. Starting from the critique made of the relationship between violence and law and the proposal put forward by Resta for a partially different law, the following work aims to emphasize the ambiguities that remain if one assumes conflictuality as the prevailing anthropological datum.

KEYWORDS

Violence, Law, Ambiguity, Conflict, Peace

INDICE

1. L'insostenibile paradosso dell'inconsapevolezza – 2. Diritto e violenza: un legame profondo – 3. Schmitt tra Hobbes e Locke. Ancora sull'ambiguità del diritto – 4. Le tracce della violenza – 5. La proposta *debole* del diritto fraterno – 6. Un'*ambiguità* di fondo: considerazioni sull'antropologia restiana

1. L'insostenibile paradosso dell'inconsapevolezza

Quando Quasimodo, con amarezza, constata che l'essere umano è ancora fermo all'epoca della violenza – “Sei ancora quello della pietra e della fionda, / uomo del mio tempo.”<sup>2</sup> – è appena terminata la Seconda Guerra mondiale. È il fenomeno della violenza, quella che l'essere umano esercita sui suoi simili, a provocare il rammarico del poeta siciliano. Che si stupisce. L'uomo è, ancora, quello degli albori: un essere violento che non esita ad alzare la mano contro l'altro. Lo stupore è lo stesso che investe De Maistre quando si rende conto che l'essere umano, benché capace di gesti d'amore e naturalmente compassionevole, è pronto in un attimo a “spogliarsi di questo carattere sacro per andare senza resistenze [...] a ferire e massacrare sul campo di battaglia il fratello che non lo ha mai offeso”<sup>3</sup>.

Che la violenza sia un elemento doloroso della storia umana è fuor di dubbio. Che sia, invece, un'eccezione che possa provocare stupore non è per nulla ovvio. Piuttosto, la storia dell'oppressione, del dominio, sembra essere dotata di una certa persistenza e continuità. Il tempo dell'oppressione non è un tempo momentaneo o provvisorio, sostiene Benjamin nella sua ottava *Tesi di filosofia della storia*<sup>4</sup>. È una condizione storica. Lo stupore per il fatto della violenza, per il suo essere ancora possibile, è ingiustificato. Così come l'inconsapevolezza dell'intimo legame che sussiste tra essa e il diritto.

---

<sup>1</sup> Dottorando presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Pisa, [guglielmo.ciaccio@phd.unipi.it](mailto:guglielmo.ciaccio@phd.unipi.it)

<sup>2</sup> Quasimodo (1995: 146).

<sup>3</sup> De Maistre (1971: 376).

<sup>4</sup> Benjamin (2014: 79).

Del medesimo avviso è Eligio Resta. Ridurre l'oppressione ad accidente del corso storico moderno rischia di produrre risposte inadeguate e consolatorie. Bisogna avere, invece, il coraggio di guardare in volto le ambiguità e i paradossi generati dal rapporto tra il diritto e la violenza. Osservare il sistema giuridico per coglierne gli auto-inganni<sup>5</sup>.

È la vista il senso al quale affidarsi per cogliere le trame della relazione tra diritto e violenza. Solo uno sguardo attento può cogliere la violenza quand'è più radicata, quand'è invisibile. Di misconoscimento parla Girard: la società deve assimilare il suo rapporto con la violenza, deve occultare le tracce del passaggio dalla violenza diffusa alla violenza esclusiva detenuta dallo Stato. In questo misconoscimento sta il sottile equilibrio che permette alla società di non crollare sotto il peso di un paradosso enorme: essa è, allo stesso tempo, il luogo dove si produce la violenza e dove se ne sperimentano i rimedi<sup>6</sup>. Ridurre questo paradosso, “deparadossizzare auto-osservandosi”<sup>7</sup>, è il compito che per Resta spetta alla modernità.

## 2. Diritto e violenza: un legame profondo

Il diritto è simbioticamente legato al fenomeno della violenza. In questo inestricabile legame risiede il paradosso fondativo del diritto, la dominante ambiguità che lo connota nella critica di Walter Benjamin, cui il pensiero di Resta deve molto. L'intuizione è nota: il diritto si presenta profondamente compromesso con la violenza in quanto essa è capace, oltre che di conservare il diritto, di crearlo. Per questa ragione il diritto è costretto a privare i singoli dell'uso della violenza: non per salvaguardare i fini giuridici, ma per salvare se stesso. La violenza rappresenta una minaccia perché essa stessa è creatrice di diritto: “ogni violenza è, come mezzo, potere che pone o che conserva il diritto”<sup>8</sup>. L'ambiguità è profonda. Il diritto teme la violenza in quanto capace di porre diritto, ma al contempo la usa come mezzo privilegiato di produzione giuridica<sup>9</sup>, al punto che un istituto giuridico decade se “vien meno la consapevolezza della presenza latente della violenza”<sup>10</sup>.

Proviamo a gettare uno sguardo sull'origine di questo legame, non in vista di una ricostruzione della genesi storica, la cui possibilità è quantomeno dubbia, ma alla ricerca dei meccanismi di composizione e decomposizione che potrebbero essere in grado di svelare una sorprendente continuità. Nelle società che si definiscono primitive le misure per arginare l'escalation di violenza, suppone Girard, erano a carattere preventivo, ossia puntavano ad arginare l'esplosione incontrollata della violenza attraverso il meccanismo del sacrificio, capace di interrompere il circolo della vendetta<sup>11</sup>. Quando la vendetta compare, in un qualunque punto della società, rischia di travolgere l'intero corpo sociale, di “moltiplicarsi [...] mette[ndo] in giuoco l'esistenza stessa della società”<sup>12</sup>.

<sup>5</sup> “Lo stupore circa l'esistenza della violenza non è né candido né ingenuo: è effetto di «ridondanza», potremmo dire, prodotto di una complice cecità. Chi si meraviglia della violenza pensa che la violenza sia un fatto episodico, eccezionale, destinato a essere superato dall'illuminismo del progresso”. Resta (2008: 171).

<sup>6</sup> Resta (2007: 11 e ss.).

<sup>7</sup> Ivi, p. 18.

<sup>8</sup> Benjamin (2014: 16).

<sup>9</sup> E. Resta (1984).

<sup>10</sup> Benjamin (2014: 17).

<sup>11</sup> Girard (1980: 34 e ss.).

<sup>12</sup> Ivi, p. 31.

Successivamente al sistema preventivo del sacrifico, di evidente carattere religioso, le società aprontano modelli curativi della violenza: la vendetta viene neutralizzata attraverso il suo incanalamento in procedure codificate. Nasce il monopolio della violenza<sup>13</sup>. La vendetta viene razionalizzata, il sistema che la detiene non si sforza di eluderla o di impedirle, la manipola deliberatamente, la rende una efficace tecnica di guarigione e prevenzione della violenza<sup>14</sup>. E al tempo stesso, come intuito da Benjamin, si difende dalla creazione di un nuovo diritto.

Nelle *Eumenidi*, l'ultima tragedia della trilogia *Oresteia* di Eschilo<sup>15</sup>, Oreste viene sottratto alla violenza terribile delle Erinni<sup>16</sup> dalla dea Atena, che ferma la mano della vendetta istituendo un tribunale<sup>17</sup>. La violenza viene razionalizzata attraverso l'appropriazione dell'esclusivo diritto di compierla. Essa, nel modello sacrificale, viene indirizzata su una porzione della società, separata dal resto, per preservare la comunità dal contagio; nel sistema giuridico moderno, diversamente, il corpo collettivo viene immunizzato per mezzo dell'inoculazione di quantità non letali di veleno<sup>18</sup>. La sua amministrazione esclusiva funge da terapia per la comunità afflitta dal morbo.

Il modello curativo, di cui il sistema moderno rappresenta l'espressione più compiuta, non sopprime la vendetta: la regolarizza. Il suo uso viene delegato ad un sistema altamente specializzato – la magistratura, i magistrati – che è legittimato dalla legge – dall'universalismo della legge scaturita dal patto contratto da tutti – e le cui decisioni sono dotate di una forza capace di imporsi sul resto<sup>19</sup>. Tale modello espropria il singolo della possibilità di contraccambiare l'atto di violenza subito. La punizione del colpevole non è più un fatto dell'offeso, uno strumento della sua soddisfazione. Risponde, invece, alle esigenze del diritto stesso. Volendo dirla con il Nietzsche della *Genealogia della morale*, “il diritto rappresenta sulla terra [...] la lotta contro i sentimenti di reazione”<sup>20</sup>.

Il moderno, inoltre, concentrando la regolazione della vendetta in una parte definita, è capace di espellerla da sé. Esso “nega la vendetta appropriandosene”<sup>21</sup>. Questo processo di differenziazione è necessario alla società per curare la sua violenza. Il diritto non può ammetterne dei residui nel suo linguaggio. Deve necessariamente misconoscerla. La neutralizzazione della violenza poggia su una potente dissimulazione: i procedimenti per interrompere la violenza hanno le loro radici in questa. La legge, per realizzarsi, “prende qualcosa in prestito dalla violenza che intende combattere”<sup>22</sup>.

Il sistema giuridico deve comporre la differenza tra la violenza prodotta dalla società e quella che esso stesso utilizza per controllare le perturbazioni prodotte al suo interno<sup>23</sup>. Da quest'ultima dipende

<sup>13</sup> Weber (2004); Weber (1974).

<sup>14</sup> Cfr.: Girard (1980: 38 e ss.).

<sup>15</sup> La mole degli studi dedicati all'*Oresteia* è pressoché sterminata. Con intento puramente illustrativo si rinvia a: M. Cacciari (2014); Celano (2021); Jellamo (2005); Lo Giudice (2023); Nicolai (2011); Ost (2007).

<sup>16</sup> “Le vergini maledette, le vecchie fanciulle nate in un tempo remoto alle quali non si congiunge nessuno degli dèi, né uomo, né fiera”. Eschilo (1995: 441).

<sup>17</sup> “Ma poiché la situazione è precipitata a tal punto, io sceglierò per gli omicidi giudici giurati e fonderò un istituto di giustizia che resterà saldo per sempre. Voi intanto invocate testimonianze e prove, ausili alla giustizia consacrati da giuramento. Io ritornerò dopo aver scelto i migliori fra i miei concittadini, perché decidano rettamente questa causa, senza violare, con animo iniquo, giuramento alcuno”.

Ivi, p. 477.

<sup>18</sup> Sul punto, tra i molti possibili, è imprescindibile il riferimento alle teorie di Roberto Esposito. Cfr.: Esposito (1998); Esposito (2002); Esposito (2022).

<sup>19</sup> Cfr. Resta (2007: 21); Resta (1996: 303 e ss.).

<sup>20</sup> Nietzsche (2008: 64).

<sup>21</sup> Resta (2007: 21).

<sup>22</sup> Ost (2007: 88).

<sup>23</sup> Sul punto Cfr.: Luhmann (1990: 58 e ss.).

l'efficacia dell'ordinamento. Non potrà eccedere certe quantità, pena il rischio della sovrapposizione alla violenza cui intende porre rimedio. A tal proposito, osserva Resta, risulta centrale non solo la positivizzazione normativa della violenza legittima, bensì anche la sua economizzazione<sup>24</sup>. La critica di Beccaria all'atrocità e all'inutilità dei supplizi è funzionale alla fondazione di un sistema giudiziario depurato dall'imprevedibilità e dall'arbitrarietà; l'eccessiva violenza della punizione dev'essere evitata per scongiurare il rischio della mimesi, dell'imitazione della violenza trasgressiva e incontrollata: "una violenza eccedente non è l'antidoto, ma è il meccanismo di accelerazione e di contagio dell'avvelenamento"<sup>25</sup>. La legittimità della violenza sovrana risiede anche in questa misura, nello scarto che essa crea e conserva con la violenza diffusa nella società<sup>26</sup>.

Un simile processo è possibile solo se si accetta il paradosso di fondo e si presuppone un'origine comune che al contempo si ripropone simbolicamente. Il paradosso è forse fin troppo palese: il diritto necessita del monopolio della violenza per esistere, ma al contempo questa violenza – che si celebra legittima – non può esser tale senza che vi sia un diritto che la differenzi dalle altre forme di violenza. Parallelamente, il monopolio statale della violenza può giustificarsi come indispensabile solo presupponendo un'unanimità originaria del patto, che si ripropone costantemente nella sua necessità. Il diritto può sostenere il peso di questo intreccio solo se riesce a "rendere valida la differenza della propria identità"<sup>27</sup>, a prendere sul serio la sua differenza dalla violenza.

### 3. Schmitt tra Hobbes e Locke. Ancora sull'ambiguità del diritto

Volendo cercare ulteriori segnali dell'ambiguità profonda del diritto, della sua intima correlazione – o compromissione, se si vuole – con la violenza, possiamo volgere lo sguardo alle riflessioni etimologiche di Carl Schmitt. Con una preliminare doppia precisazione: epistemologicamente, gli spunti etimologici hanno valore per quel che sono in grado di svelare agli occhi di chi compie un'indagine storico-filosofica, e non, invece, per essere assunti come verità determinanti; metodologicamente, andare alla ricerca delle tracce lasciate dal rapporto tra il diritto e la violenza non implica un'accettazione necessaria di questo rapporto, né, tantomeno, una rassegnazione passiva verso un preteso stato di fatto.

Schmitt muove dalla determinazione dei – presunti – significati originari del termine *nomos*<sup>28</sup>. Individuando la sua derivazione dal verbo *nemein*, sono tre i significati del *nomos* inteso come azione e processo: appropriazione, distribuzione, produzione. Questi tre essenziali significati rappresentano, nella loro semplicità, tre modalità originarie presenti in qualunque stadio dell'organizzazione della convivenza umana<sup>29</sup>. Per Schmitt, l'atto dell'appropriazione ha una precedenza fondamentale sull'atto di dividere e su quello di produrre, ancorché sia caduto in

<sup>24</sup> Resta (2007: 47 e ss).

<sup>25</sup> Ivi, p. 49.

<sup>26</sup> M. Foucault ha sottolineato l'importanza della fioritura della "tecnologia politica della punizione", della sostituzione della spettacolarità delle punizioni con la funzionalità delle pene, anche nell'ottica di un contenimento della propagazione della violenza, della sua imitazione all'interno della società. Foucault (1993).

<sup>27</sup> Resta (2007: 55).

<sup>28</sup> Schmitt (1972: 295-312).

<sup>29</sup> Per un'approfondita analisi della tripartizione schmittiana e sulle sue prospettive di sviluppo, cfr.: Portinaro (1983).

abbandono nella scienza giuridica a favore della distribuzione<sup>30</sup>. Non sorprende, in questo senso, il richiamo a Hobbes – di cui, com'è noto, Schmitt fu un autorevole interprete. Chiarissimo è il passo del *Leviatano* cui lo stesso si rivolge: “questo ben sapevano gli antichi, i quali chiamavano *nomos* (vale a dire, distribuzione) ciò che noi chiamiamo legge, e definivano la giustizia, come la distribuzione a ciascuno del proprio”<sup>31</sup>. Si ponga l'attenzione alle accezioni di appropriazione e distribuzione, in particolar modo nelle teorie di Hobbes e Locke.

Hobbes era un perfetto conoscitore della lingua greca, come testimonia la sua traduzione de *La guerra del Peloponneso* di Tucidide, la prima in lingua inglese. È probabile, quindi, che fosse pienamente consapevole della polivalenza semantica del termine *nomos*. La scelta di attribuire ad esso il significato di “distribuzione” trova ragione nella sua teoria politica. Nello stato di natura hobbesiano<sup>32</sup>, luogo del conflitto perenne tra gli uomini, a dominare è il principio dell'appropriazione. Si danno una molteplicità di appropriazioni individuali che si limitano e si annullano vicendevolmente<sup>33</sup>. Nessuno può dirsi garantito nel proprio possesso in una situazione di *jus in omnia*, dove gli uomini, dominati da passioni egoistiche, patiscono le conseguenze negative della lotta continua per la sopravvivenza. E sono insufficienti, in questa prospettiva, le prescrizioni della legge naturale che vietano la parzialità nella distribuzione, o comandano di usare in comune “le cose che non si possono dividere [...] e nella misura che ciascuno vuole”<sup>34</sup>, dal momento che non possiedono l'efficacia necessaria per imporsi sullo stato di guerra generalizzato: esse sono “dettami della retta ragione”<sup>35</sup> che “obbliga[no] sempre e dovunque nel foro interno, cioè in coscienza, ma non sempre nel foro esterno, bensì soltanto quando lo si possa fare in sicurezza”<sup>36</sup>. Il *ché*, va da sé, non è possibile in una condizione di guerra permanente. Una distribuzione della terra, di conseguenza, è impossibile fintanto che non vi sarà la sottomissione di tutti ad un'autorità suprema<sup>37</sup>. La subordinazione al sovrano permette agli uomini di uscire dal caos dell'appropriazione sregolata per entrare nella dimensione della distribuzione centralizzata dello Stato, vero e proprio atto costitutivo del nascente ordinamento giuridico<sup>38</sup>.

<sup>30</sup> Si è detto della parziale inattendibilità, filologica, della ricostruzione schmittiana. Gianfranco Miglio, in una lettera pubblicata in appendice nel testo di Portinaro dedicato alla teoria del *nomos* (Portinaro 1983) rileva l'inesattezza della successione proposta. In particolare, filologicamente, il verbo greco *nemein* avrebbe il significato principale di “distribuire”. Ne deriverebbe la secondarietà del significato “appropriazione”, germinato come “conseguenza passiva” – sostiene Miglio – dal “distribuire”. In questa prospettiva, l'atto dell'appropriazione non è un'autonoma acquisizione del soggetto, ma la ricezione di un atto altrui, di divisione. La questione – ancorché non essenziale per lo svolgimento dei nostri scopi – è suggestiva. Si pensi, a titolo meramente esemplificativo, alle innumerevoli implicazioni che discendono dall'interpretazione dell'idea dell'ordinamento giuridico come derivato da un atto di appropriazione pura, e a quelle che invece potrebbero discendere da una sua derivazione da un atto di appropriazione derivata dall'altrui distribuzione. Per la ricerca filologica, tra i molti possibili: Cfr.: Laroche (1949); Benveniste (1976).

<sup>31</sup> Hobbes (2016: 263).

<sup>32</sup> La letteratura su Hobbes è pressoché sterminata. A titolo meramente esemplificativo circa il tema di nostro interesse, cfr.: Bobbio (1989); Ferrarin (2001); Lo Giudice (2015); Lo Giudice (2022); Machperson (1973); Magri (2011); Strauss (2011); Zarka (2002).

<sup>33</sup> Per una interessante lettura, che offre una prospettiva parzialmente divergente sullo stato di natura hobbesiano e sulle ragioni del conflitto tra gli uomini cfr.: Gazzolo (2020).

<sup>34</sup> Hobbes (2014: 107).

<sup>35</sup> Ivi, p. 89

<sup>36</sup> Ivi, p. 110

<sup>37</sup> Si legge nel *Leviatano*: “la distribuzione dei materiali di questo nutrimento è la costituzione del *mio*, del *tuo* e del *suo*, vale a dire, in una parola, della *proprietà*; in ogni genere di stato appartiene al potere sovrano. Infatti (come è già stato dimostrato) dove non c'è stato, c'è la guerra perpetua di ogni uomo contro il vicino e perciò ogni cosa è di chi l'acquista e la tiene con la forza e ciò non è né *proprietà*, né *comunità*, ma *incertezza*”. Hobbes (2016: 262).

<sup>38</sup> A questo punto si propone la questione, di grande importanza, sull'origine del possesso da parte del sovrano. Il tema, notoriamente, rappresenta uno dei più controversi dell'intera filosofia politica hobbesiana. Sembra chiaro, difatti, come al principio non possa che porsi un atto di appropriazione. Il sovrano hobbesiano effettua una distribuzione a carattere

Diametralmente opposta è la teorizzazione di Locke<sup>39</sup>. In essa il momento distributivo perde la sua centralità a favore di quello acquisitivo, ancorché declinato peculiarmente. La terra e i suoi frutti sono in comune tra gli esseri umani, i quali hanno il diritto di servirsene per la propria conservazione e il proprio benessere. Per goderne, perciò, è necessario che l'essere umano se ne appropri e che la cosa gli appartenga "in un modo che nessun altro possa avervi più diritto"<sup>40</sup>. Sono celebri i passi in cui viene esposta la concezione lockiana della proprietà: partendo dal possesso che ognuno ha delle proprie membra, Locke ricava il possesso del lavoro che queste compiono, e di conseguenza dell'oggetto trasformato per mezzo del proprio lavoro. Ogni cosa è comune a tutti finché non viene lavorata, sottomessa alle fatiche di un uomo che, così, se ne appropria: "togliendo quell'oggetto dalla condizione comune in cui la natura lo ha posto", argomenta Locke nel *Secondo trattato sul governo*, l'uomo "vi ha aggiunto qualcosa che esclude il comune diritto degli altri uomini"<sup>41</sup>. È il concetto dell'individuazione, della *specificatio*<sup>42</sup>.

---

materiale e formale che non può che presupporre il possesso effettivo di ciò che distribuisce. Il rischio è quello di scivolare in un gioco di rimandi senza fine tra gruppi politici che a loro volta si giustificano con il rimando al contratto. Hobbes, d'altro canto, è perfettamente conscio di questa difficoltà. Nella realtà storica valgono due principi: quello del diritto di guerra, cioè di chi strappa con la forza a qualcun altro, acquisendo così la titolarità del bene, e il diritto del primo occupante, se il bene non è d'altri. Nella sua costruzione filosofica, il potere sovrano si consegue in due modi: per acquisizione (*Commonwealth by Acquisition*) o per istituzione (*Commonwealth by Institution*). Si ha uno Stato per acquisizione nel caso di un potere patriarcale o, soprattutto, di un potere dispotico derivante da una conquista bellica. In entrambi i casi, il principio dell'acquisizione originaria trova la sua collocazione. Problematica, invece, appare l'acquisizione per istituzione, che si ha "quando gli uomini si accordano fra di loro per sottomettersi a qualche uomo o a qualche assemblea di uomini, volontariamente, confidando così di essere protetti contro tutti gli altri" (Hobbes 2016: 182). La difficoltà sorge in ragione dell'impossibilità di collocare l'alienazione operata dagli uomini in occasione del patto sociale all'origine del potere del sovrano di distribuire, se è vero che l'appropriazione di questi era, come visto, un *apprehensio* contingente e temporanea. In sostanza, non potendo sorgere alcun ordine provvisorio tra gli uomini nello stato di natura, ne consegue che il sovrano si trova a distribuire terre e proprietà di cui non è titolare, creando un'aporìa che sembra risolvibile solo attraverso il ricorso ad un'istituzione per acquisizione, il ché, però, rischia di pregiudicare profondamente l'intero impianto hobbesiano. Non solo perché è Hobbes stesso ad indicare, quale risultato del patto sociale, lo Stato per istituzione e non quello per acquisizione, ma anche perché – e forse soprattutto – l'elemento propriamente moderno della teoria politica di Hobbes consiste nella concezione artificiale dello Stato, che non si può in alcun modo comporre con il *nomos* dell'occupazione originaria della terra.

<sup>39</sup> Anche per Locke la produzione critica è amplissima. Rispetto alla teoria politica cfr.: Ashcraft (1987); Bobbio (1963); Dunn (1992); Macpherson (1973); Vaughn (1980); Viano (1960, 1997).

<sup>40</sup> Locke (1974: 71).

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Lunghe riflessioni critiche sono state dedicate al tema del lavoro nella costruzione lockiana del diritto di proprietà. In particolare, l'analisi dei limiti che lo stesso Locke aveva previsto, e il loro contestuale superamento, determina la complessiva interpretazione della teoria politica del filosofo inglese. In tal senso, una certa considerazione del rapporto tra il lavoro e la proprietà può determinare in un senso o nell'altro la relazione tra la politica e l'economia all'interno dell'opera lockiana. Infatti, se di Locke si è potuto fare un alfiere del nascente capitalismo borghese per aver "giustificato l'appropriazione specificamente capitalistica di terra e denaro" (Macpherson, 1973: 240), ciò è dovuto proprio al modo nel quale si è considerato il principio del lavoro quale fondamento della proprietà. Vale la pena, brevemente, di soffermarvisi. I limiti di cui tener conto sono quattro, come sostiene Bobbio (1963: 229-39) che ne aggiunse uno a quelli individuati da Macpherson (1973: 234-53). Due di essi sono correlati alla ragione stessa del diritto di proprietà: la conservazione e la sopravvivenza. Ciò significa che il diritto di proprietà è, per un verso, limitato dal dover permettere che anche gli altri si servano della proprietà per garantirsi la sopravvivenza; per un altro verso, la proprietà delle cose incontra un limite nell'effettività del loro utilizzo e del loro godimento, essendo vietato l'accumulo di beni deteriorabili. Se il primo di questi limiti non sembra costituire un effettivo ostacolo in sé, essendovi "terra bastante per sostenere un numero d'abitanti doppio dell'attuale" (Locke, 1974: 78), il secondo limite, invece, viene superato dall'introduzione della moneta, che consente di accumulare evitando lo sperpero dei beni. A ben vedere, il loro superamento si regge proprio sulla loro connessione: se vi sono terra e beni in abbondanza, l'accumulo consentito

Evidenti appaiono le differenze con la dottrina hobbesiana. Se per Hobbes è impensabile qualunque forma di ordine sociale al di fuori dello stato civile, per Locke, diversamente, la genesi della proprietà si situa anteriormente alla formazione dello Stato<sup>43</sup>. Ciò dipende, principalmente, dalla forza che viene attribuita all'appropriazione. Se la si considera, come fa Hobbes, nella sua forma più precaria di *apprehensio* – un'appropriazione temporanea e contingente – risulta difficile costruire su di essa un ordine sociale che preceda la costituzione dell'autorità sovrana. Inversamente, attribuire ad essa il significato forte della trasformazione, della *specificatio* quale forma stabile di appropriazione di un bene, rende possibile teorizzare una preesistenza dell'ordine sociale naturale su quello statale<sup>44</sup>. Chiaramente, ciò dipende dalla differente visione della condizione naturale, che per Locke non è quella di un conflitto permanente, ma di uno stato complessivamente pacifico e laborioso, in cui l'esigenza del patto sociale deriva dal bisogno di potersi affidare a un terzo per risolvere le controversie in materia di proprietà<sup>45</sup>.

È bene chiarire la ragione di quest'immersione nel contrattualismo moderno. Le posizioni di Hobbes e Locke esemplificano – sia chiaro, quali poli opposti di un campo ricchissimo di sfumature – i due prevalenti modi di guardare all'ordine sociale. Se, con Hobbes, s'immaginano le relazioni sociali come un gioco di interminabile conflitto, l'ordine sociale non può che essere il prodotto di un'azione coercitiva, la cui titolarità è in possesso di una struttura gerarchicamente sovraordinata e dominante. Se, invece, le relazioni sociali sono pensate come un gioco di convivenza pacifica, l'ordine sociale può essere figurato in un'ottica di collaborazione e integrazione.

Ora, nella prospettiva della lotta generalizzata hobbesiana, l'ordinamento giuridico è evidentemente legato a doppio filo con la violenza. Nasce, inevitabilmente, un diritto profondamente ambiguo. Tuttavia, un legame con la forza, con il potere coattivo, permane anche qualora si offra una visione pacificata delle relazioni sociali. Vi è sempre la necessità di un terzo, di un giudice, cui affidare il potere di dirimere una controversia e applicare la forza per rendere

---

dall'invenzione della moneta non pregiudicherà il diritto di alcuno alla propria conservazione. Il terzo limite proviene propriamente dal lavoro in quanto origine della proprietà. Volendo attenersi alla stretta lettera, sembrerebbe che la proprietà non possa che limitarsi alla quantità di terra che un essere umano è capace di lavorare. Eppure, l'introduzione del denaro e l'accumulazione delle proprietà sembrerebbero indicare un superamento, di fatto, del limite dovuto alla capacità lavorativa. Significa, dunque, che il lavoro può essere alienato. È un punto cruciale. Come ha sostenuto Machperson (1973: 247-48), è lo stesso Locke a reputare inevitabile che il lavoro possa essere alienato, avendo sempre ammesso il lavoro salariato, nonché, a maggior ragione, avendolo considerato alla stregua della proprietà, della quale si usufruisce anche attraverso la vendita o lo scambio, e più in generale, l'alienazione. A conferma della possibilità di diventare proprietari anche oltre il proprio effettivo lavoro, sta anche il superamento del quarto limite. A rigore, la proprietà dovrebbe cessare al momento della morte del proprietario, se, come si diceva, essa trova il suo fondamento nel lavoro, e tornare nella disponibilità di tutti. In realtà, lo stesso Locke riconosce il diritto dei discendenti di partecipare alla proprietà dei genitori e di ereditarne le proprietà, come indicato da Bobbio (1963: 237-8), che rinviene nel *Primo Trattato* indicazioni chiare in tal senso. Seguendo questa linea interpretativa, Locke conferirebbe al piano economico dei rapporti umani un carattere di naturalità, attribuendo loro un primato rispetto al piano politico. Ai nostri fini, ciò rileva perché marca significativamente la distanza rispetto al modello hobbesiano. Avendo individuato nella proprietà un fondamento originario e naturale, Locke ha potuto “attribuire alla volontà del sovrano (teoria politica) o di tutti gli altri (teoria convenzionalistica) un valore non già costitutivo del diritto di proprietà, ma soltanto dichiarativo, cioè il valore di un riconoscimento successivo di un diritto già costituito” (Bobbio, 1963: 223). Si deve segnalare, nondimeno, che esistono interpretazioni difformi sul punto. In particolare, si veda Dunn (1992: 247-63).

<sup>43</sup> La ragione principale per cui Locke scartò la teoria dell'occupazione, come sostiene Bobbio, è da individuarsi nella sua corrispondenza ad una società agricola, statica, ben diversa dalla società inglese dell'epoca lockiana, caratterizzata dal contrasto tra la nascente borghesia e l'aristocrazia tradizionale terriera. Cfr.: Bobbio (1963: 224).

<sup>44</sup> Cfr.: Portinaro (1983: 86 e ss.).

<sup>45</sup> “Il grande e fondamentale intento per cui dunque gli uomini si uniscono in Stati e si assoggettano a un governo è la salvaguardia della loro proprietà. A tal fine lo stato di natura è per molti rispetti inefficiente”. Locke (1974: 141).

esecutive le decisioni, in luogo dei singoli individui che ne sono privati<sup>46</sup>. L'ambiguità del diritto permane. L'intuizione schmittiana sui diversi significati del *nomos* offre un'occasione preziosa per riflettere sulle possibili sfumature della relazione tra diritto e violenza. Esiste, evidentemente, uno scarto profondo tra l'idea dello stato di natura come il luogo di un conflitto permanente e la percezione di questo come un luogo di convivenza possibile. Partendo da questa differenza e sviscerando le possibilità offerte dall'idea di una natura umana predisposta alla convivenza si può immaginare un possibile diritto depurato – almeno in parte – dalle scorie della violenza e ridefinire i rapporti tra ordine e disordine, tra guerra e pace. Tenendo presente che, in ogni caso, il “rischio della sovranità”<sup>47</sup> rimane: la scommessa della rinuncia al potere di ciascuno di usare la violenza in favore di un suo accentramento sta tutta nella capacità o meno dell'ordinamento di sapersi differenziare. Ciò significa che, benché sia altamente significativa la distinzione tra i diversi modi di immaginare il momento originario, la possibilità di uno scivolamento del diritto nel campo della violenza è sempre possibile. Guardare ai significati del *nomos* produce un doppio risultato: disvela quella distanza che intercorre tra le diverse antropologie filosofiche, sulla quale è necessario insistere per individuare una forma “altra” del nostro stare insieme; sottolinea la presenza – inevitabile ancorché di portata e importanza diversa tra le antropologie – del momento coattivo. Nella prospettiva relazionale questa presenza vive una condizione di perenne equilibrio precario, in cui la rinuncia all'uso della forza del singolo si accompagna alla capacità dell'ordinamento di dosare la forza che gli viene conferita. Ma questa differenza che l'ordinamento introduce vacilla ogni qual volta si contrasta la violenza con altra violenza. Richiedendo, tutte le volte, una nuova scommessa.

#### 4. Le tracce della violenza

A questo punto conviene seguire le tracce<sup>48</sup>. Non della violenza fondatrice, cancellate dalla tradizione occidentale, ma, come suggerisce Resta, quelle lasciate nel tentativo di rimuovere le tracce della violenza. Il terreno più fertile dove cercare è la sovranità. In particolare, nella ricerca del fondamento del potere e del nuovo rapporto tra il sovrano e i sudditi. Nella figura del sovrano confluiscono i tentativi di cancellare le tracce dell'unanimità della violenza. È noto il processo: lo strumento del contratto sociale, tramite l'accordo fra tutti e di ciascuno con tutti, produce un soggetto terzo – una differenza – investito del compito di garantire la pace. Il mezzo a sua disposizione è, ovviamente, la forza.

L'interruzione della violenza diffusa è stata operata attraverso la sua monopolizzazione da parte del diritto, e da qui la creazione di quella differenza che è stata consegnata alle istituzioni. Il percorso, però, non è così lineare. Il moderno porta con sé i segni della complessità dell'operazione, fatta di molti tentativi e sbandamenti.

<sup>46</sup> Nella costruzione lockiana l'uomo ha due poteri nello stato di natura: fare ciò che ritiene opportuno per la propria conservazione entro i limiti della legge naturale; punire le trasgressioni della legge naturale. Di entrambi questi poteri egli si priva con la contrattazione sociale in favore dello Stato. Cfr.: Locke (1974: 143-4).

<sup>47</sup> Resta (2007: 163).

<sup>48</sup> Così Ricoeur: “anche le operazioni più civilizzate della giustizia, in particolare nella sfera penale, mantengono ancora il segno visibile di quella violenza originale che è la vendetta”. Ricoeur (1998: 163).

Guardiamo al rapporto tra ordine e disordine, tra pace e guerra, e alla relazione che con essi intrattiene il diritto. L'associazione tra diritto e ordine appare immediata, anche – forse soprattutto – nel linguaggio comune: il diritto come l'insieme di regole che presiedono ai rapporti in una società<sup>49</sup>.

È nota a tutti i giuristi la formula latina *ne cives ad arma ruant*, che indica – dono pungente quello della sintesi nei latini – il bisogno di impedire, attraverso l'attività legislativa, il ricorso alla violenza da parte dei singoli. In essa si esprime perfettamente quella che sembra essere la principale caratteristica del diritto: mettere ordine. Ma non spiega quali siano le ragioni di questa funzione ordopoietica. Sempre che, ed è questo il punto, si tratti di una formula descrittiva. Il principio *ne cives ad arma ruant* esplicita una qualità del diritto ma non fornisce spiegazioni circa l'origine o il fondamento. Resta, giustamente, si pone una domanda: se il diritto ha una funzione sostanzialmente regolatrice, diventa importante interrogarsi sulla natura e sulle caratteristiche della regola. Ciò vuole dire non solo, come fa il Nostro, distinguere tra chi intende le regole come un meccanismo spontaneo e naturale e chi invece pensa alle regole nei termini di un comando imposto da chi detiene il potere sovrano. La fondamentale domanda sulla natura dell'ordine che il diritto produce non è di certo esauribile nella dicotomia tra giusnaturalismo e giuspositivismo. Essa offre una prospettiva privilegiata per guardare a quale tipo di ordine derivi dal diritto. In particolare, la funzione ordopoietica del diritto cambia radicalmente a seconda che si pensi al principio del *ne cives ad arma ruant* in termini descrittivi o prescrittivi. In altre parole, la necessità di proibire l'uso della violenza diffusa passa dall'essere una caratteristica del diritto quale insieme di regole che producono un ordine all'essere una condizione necessaria che, a monte, determina "l'essere diritto" di un insieme di regole. È, di nuovo, necessario riflettere su quale condizione si assume all'origine. Se immaginiamo un'ipotetica situazione originaria, pre-giuridica, come il luogo del disordine generalizzato, il diritto non potrà che presentarsi legato, irrimediabilmente, alla situazione da cui proviene. Sarà inseparabile dal conflitto in cui origina e non potrà che produrre conflitto nel momento in cui istaura l'ordine. In questa prospettiva il monopolio della forza non è una caratteristica del diritto: è la condizione da cui origina il diritto.

Un atto di violenza ne genera un altro. Il diritto, si diceva, si appropria della reazione alla violenza, imponendo una risposta regolata, prevedibile. Uno dei testi più significativi di Resta sul tema, *La certezza e la speranza*, conserva con cura un'intuizione profonda, da cui discende il titolo stesso. La certezza è quella della violenza regolata, limitata, del diritto. La speranza è quella del caso imprevedibile della violenza non regolata, non ingabbiata. Ciò che si conosce in contrapposizione a ciò che si sconosce<sup>50</sup>.

Di fronte a questo rapporto, le istituzioni politiche moderne si propongono come unica possibilità curativa rispetto alla violenza, come unica via per "ingabbiare la speranza e sostituirvi una volta per tutte la certezza"<sup>51</sup>. Il diritto argina il timore dell'imprevedibile. Per farlo legittima alcune aspettative, e forma, inevitabilmente, i contenuti delle attese sul futuro. Riduce la complessità, rende sostenibili

<sup>49</sup> Cfr.: Resta (1984: 33).

<sup>50</sup> L'idea è di provenienza sartriana. Nei suoi *Quaderni per una morale*, Sartre contrappone alla speranza della violenza la certezza della legge: "l'azione che osserva delle leggi è composta, l'azione che non le osserva si scompone. Affermare con forza significa restare composti. Affermare con violenza significa abbandonare il proprio contegno. Il che è naturale perché qualsiasi violenza, cominciando là dove la forza si è arrestata, implica una certa fiducia nel caso". Questa distinzione tra forza e violenza è accolta da Resta, che la contrappone alla nota concezione bobbianiana per la quale la violenza, per esser tale, dev'essere illegittima e illegale. Diversamente, d'accordo con Sartre, la violenza si distingue dalla forza perché si affida al caso, allo sconosciuto. La forza è violenza organizzata, la violenza è un uso della forza casuale, disorganizzato. Cfr.: Sartre (1991: 99); Resta 2007.

<sup>51</sup> Resta (2007: 81).

l'incertezza e il disordine<sup>52</sup>. Legittimando alcune aspettative a scapito di altre, opera una riduzione selettiva che produce conflitto: il diritto così pensato origina dalla conflittualità del disordine e in una nuova – per alcuni aspetti diversa – conflittualità sembra risolversi. Il punto è cruciale. Quando il diritto riduce l'incertezza e l'instabilità, lo fa operando una scelta tra possibilità diverse, mortificando delle aspettative a vantaggio di altre. E l'ordine che ne risulta non può che derivare da quest'atto di arbitrarità con cui si riducono le scelte possibili. Un atto di forza che si pone all'origine dell'ordine prodotto dal diritto.

In qualche misura, stabilendo quali sono le attese legittime e quali opzioni sono portate ad esistenza per ridurre l'imprevedibilità, il diritto produce la realtà. L'anticipa e perciò la determina. È per tale ragione che diventa estremamente importante la maniera in cui viene reso l'ordine. La riduzione della complessità può essere operata in molti modi, e c'è differenza tra una forma di riduzione della complessità che guarda al diritto come un sistema di controllo e un'altra che veda nel diritto un modello di allocazione e distribuzione delle risorse.

## 5. La proposta *debole* del diritto fraterno

Nella tradizione filosofica c'è una scommessa molto nota. È quella con cui Pascal invita il peccatore a redimersi, utilizzando l'argomento della convenienza e dell'interesse. La sfida, il cui carattere è chiaramente retorico, è mossa al soggetto libertino sul piano dell'interesse personale e dell'egoismo. Il rischio vale la pena di esser corso dato che l'individuo ha ben più da guadagnare che da perdere: vincendo, conquisterebbe un bene di gran lunga superiore a quello sacrificato; perdendo, si priverebbe di un bene insignificante rispetto a quello che avrebbe potuto ottenere<sup>53</sup>. Ad un'esortazione analoga ricorre Resta. L'oggetto della scommessa è il codice della fraternità. Tra le pieghe del diritto moderno, figlio della tradizione contrattualistica e costretto dai suoi profondi paradossi, rimane uno spazio per una proposta. Uno spiraglio in cui Resta si affaccia con la prospettiva di un'etica debole, svincolata dal mondo della necessità, che si esponga alle contraddizioni e al rischio di essere sconfitta: una scommessa<sup>54</sup>.

Lontana da intenti ecumenici, la fraternità teorizzata da Resta consiste nella consapevolezza della necessità di dover prendere le distanze dalle logiche dell'inimicizia e del bisogno di condivisione degli spazi comuni<sup>55</sup>. La proposta trova articolazione in una serie di punti che sono rivolti alla composizione, almeno parziale, dei paradossi del diritto, e che presuppongono l'emancipazione dall'idea della politica come luogo di neutralizzazione dei conflitti.

L'idea trova terreno fertile nella tradizione moderna, nella convinzione che in essa vi sia ancora molto da attingere. Il diritto fraterno è, infatti, un diritto giurato insieme, con-giurato, contro il diritto paterno, che invece si impone. Simbolicamente, è il passaggio dal giuramento che si compie su una legge elargita dal padre, o dal sovrano, al giuramento che si effettua insieme, da fratelli, su

<sup>52</sup> “Per anime timide che interiorizzano l'angoscia della contingenza – e del relativo disordine – il diritto è uno degli strumenti di riduzione del complesso attraverso decisioni”. Resta (1984: 35).

<sup>53</sup> Così Pascal: “qui c'è effettivamente un'infinità di vita infinitamente beata da guadagnare, una probabilità di vincita contro un numero finito di probabilità di perdita, e quel che rischiate è qualcosa di finito. Questo tronca ogni incertezza: dovunque ci sia l'infinito, e non ci sia un'infinità di probabilità di perdere contro quella di vincere, non c'è da esitare: bisogna dar tutto”. Pascal (1973: 127).

<sup>54</sup> Cfr.: Resta (2007: 213).

<sup>55</sup> Resta (2016: VII).

una legge in base alla quale non vi potranno essere più tiranni<sup>56</sup>. È un diritto da giurare contro il vecchio ordinamento in nome di una nuova uguaglianza.

Storicamente esso avrebbe trovato una sua collocazione nelle Dichiarazioni universali dei diritti dell'uomo e nei successivi processi di costituzionalizzazione. Invero, intuisce Resta, il rapporto tra fraternità e uguaglianza viene messo a dura prova dal tema dell'universalismo. Il diritto fraterno impone la necessità di allargare lo sguardo oltre i confini nazionali, e richiede la revoca di quel concetto di cittadinanza che troppo spesso pratica l'esclusione sulla base di un *ethos*. Un richiamo al cosmopolitismo, all'umanità come luogo comune nel quale le differenze sono una risorsa e non un ostacolo. Pensare una *civitas maxima* da sostituire al conflitto – questo sì permanente – tra gli Stati, superando il dogma della sovranità. Da Kant<sup>57</sup> a Kelsen<sup>58</sup>, c'è una corposa tradizione che richiama il giurista verso questo compito infinito.

Un modello di diritto, perciò, capace di scardinare il vizio d'origine della modernità, di rimediare a quell'art. 3 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, per il quale il principio di ogni sovranità risiede nella nazione. E che ricordi il compito dei diritti: salvaguardare sfere di intangibilità degli uomini contro gli altri uomini, ma soprattutto contro gli Stati e il potere<sup>59</sup>.

La declinazione dei diritti fondamentali nella prospettiva del diritto fraterno merita qualche attenzione. Resta conviene con la tesi per cui i diritti fondamentali sono dei processi storici<sup>60</sup>, inseparabili dal contesto nel quale sorgono. I diritti sono “il frutto di conflitti, talora secolari, e sono stati conquistati con rivoluzioni e rotture, a prezzo di trasgressioni, sacrifici”<sup>61</sup>. Nessun diritto può sopravvivere se non costantemente agito dai titolari, così come nessun sistema giuridico, per quanto perfetto, può garantire qualcosa solo in quanto tale. Quest'esercizio necessario dei diritti deve coincidere con la convinzione della loro inclusività: i diritti fondamentali sono quelli che, per essere goduti, necessitano di un godimento generalizzato, e che trovano il loro fondamento nel riconoscimento positivo dei diritti degli altri. Si ribalta il paradigma della reciprocità negativa, dell'ammissione dell'altrui diritto al fine di proteggere il proprio. Volendo usare un'espressione fortunata, possiamo parlare di funzione altruistica dei diritti<sup>62</sup>. Ora, il diritto fraterno è inclusivo perché “sceglie diritti fondamentali e definisce l'accesso universalmente condiviso a beni inclusivi”<sup>63</sup>.

Il diritto fraterno è, lo si è detto, una scommessa. Una proposta debole che non può includere nella sua grammatica alcun imperativo – Resta, fine conoscitore di Nietzsche, ricorda la “puzza di crudeltà”<sup>64</sup> dell'imperativo categorico. È la scommessa di una differenza che mette in discussione la polarità amico-nemico, che salva il diritto dalla tentazione di eccedere nella misura, di trasformarsi da antidoto a veleno; che richiama ciascuno alle sue responsabilità, ricordando che una comunità eguale non può costruirsi attraverso l'affidamento fideistico al diritto; che investe sulla possibilità di un diritto non-violento, che dimentica l'idea di nemico e ne impedisce la riproduzione in qualsivoglia forma.

<sup>56</sup> Cfr.: Resta (2016: 132); Resta (1996: 82); Resta (2007: 163-5).

<sup>57</sup> Per Kant bastino alcuni pochi e ovvi rimandi ai suoi scritti *Idea di una storia universale dal punto di vista cosmopolitico* e *Per la pace perpetua*. Cfr.: Kant 2010.

<sup>58</sup> Cfr.: Kelsen 1960; Kelsen 1989.

<sup>59</sup> Cfr.: E. Resta, *Poteri e diritti*, op.cit.: 22-5.

<sup>60</sup> Immediato è il riferimento alla tesi bobbiana della storicità dei diritti. Cfr.: Bobbio 1990

<sup>61</sup> Ferrajoli (1992: 990).

<sup>62</sup> Cfr.: Calamandrei 2018.

<sup>63</sup> Resta (2016: 133); Rispetto ai beni inclusivi sono interessanti alcune considerazioni di Lombardi Vallauri, per il quale al diritto e alla forza possono ricondursi tutti i comportamenti esclusivi, sul piano fattuale (forza) e sul piano morale o normativo (diritto). Cfr.: Lombardi Vallauri (2012: 444-69).

<sup>64</sup> Resta (2016: 133).

6. Un'*ambiguità* di fondo: considerazioni sull'antropologia restiana

“Paradosso” è, probabilmente, il lemma che meglio di altri è capace di riassumere la lezione di Resta<sup>65</sup>. Come ha scritto di recente, “tutte le volte in cui una comunità fraterna arriva a misurarsi con la questione dell'universalismo, il tema della fraternità giunge alla soglia massima della sua esperibilità e dei suoi paradossi”<sup>66</sup>. Un vicolo cieco, una circolarità dolorosa: è l'umanità che compie i crimini contro l'umanità.

Il suo impegno filosofico è ben più ampio di quanto si sia qui ricostruito. In questa sede si è voluto tracciare una linea all'interno della sua produzione, evidenziando due momenti fondamentali: la critica del rapporto tra diritto e violenza e la proposta che viene avanzata per un diritto, almeno parzialmente, diverso.

Resta, analizzando a fondo il rapporto del diritto con la violenza, conferma l'inevitabilità della relazione. L'accusa di cecità mossa verso chi si stupisce dell'esistenza della violenza implica una consapevolezza tutt'altro che secondaria: la violenza, in particolar modo “la nostra”, esiste e il “suo luogo deputato è la vita quotidiana”<sup>67</sup>. Allontanarla collocandola nell'ambito dell'eccezionale, del patologico, vorrebbe dire perpetuare una finzione colpevole che si mostra fallimentare nel suo tentativo di esorcizzazione della violenza. Essa è un fatto ordinario, banale si potrebbe dire, presente anche nei più semplici gesti quotidiani. A partire da questa consapevolezza Resta trae il “carattere intrinseco, [...] antropologico”<sup>68</sup> della violenza. Ed è proprio questo il punto. La forma vincente, nella ricostruzione di Resta, è quella del contrattualismo hobbesiano<sup>69</sup>. Il modello dovrebbe essere quello di una reciprocità negativa, ove gli individui rispettano la libertà altrui solo in quanto condizione del rispetto della propria e in ragione del timore che provano. Al centro, il meccanismo dell'invidia<sup>70</sup>, per cui qualcosa rappresenta un valore se posseduto, un disvalore altrimenti. In quest'ottica, la risposta moderna al problema dell'ordine è un contratto sociale alla cui base sta la consapevolezza dell'impossibilità di una convivenza che presupponga un'etica del bene comune. La ragione del diritto e della politica, sostiene Resta, è costituita dal conflitto e dalla guerra, che, lungi dall'essere pensati come l'altro luogo della società, finiscono per esservi internalizzati<sup>71</sup>. Una forma politica moderna in cui la società è costituita da uomini che, consapevoli della loro debolezza, hanno su di essa speculato creando una sicurezza convenzionale.

<sup>65</sup> Emblematico è il titolo scelto da P. Gonnella e S. Anastasia per i saggi dedicati a Resta: *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*.

<sup>66</sup> Resta (2016[2]: 120).

<sup>67</sup> Resta (2008: 172).

<sup>68</sup> Ivi.

<sup>69</sup> Cfr.: Resta (1996: 315); Resta (2007: 181).

<sup>70</sup> Il modello dell'invidia, per cui si desidera qualcosa solo perché in possesso di qualcun altro, ha il suo archetipo nella guerra. Infatti, chi ricorre alla guerra disconosce le ragioni altrui e ritiene legittime solo le proprie. È tristemente attuale la constatazione per cui, spesso se non sempre, uno Stato reputa i propri armamenti legittimi strumenti di difesa, mentre vede in quelli altrui uno strumento di aggressione e una fonte di pericolo. C'è questa doppietta di fondo nella guerra, la stessa che sta alla radice del concetto di *pharmakon*, ossia veleno e antidoto, malattia e guarigione insieme. È la condanna della violenza della guerra altrui che, al contempo, si combatte con la medesima violenza della guerra. Cfr.: Resta (2016: 39).

<sup>71</sup> Resta (2007: 184).

L'ordine cui il diritto presiede è, perciò, quello della visione hobbesiana, in cui, nell'assenza del sovrano, le relazioni sono caratterizzate da uno stato di disordine e di guerra. Il bisogno impellente è quello di interrompere una condizione di vita "solitaria, misera, sgradevole, brutale e breve"<sup>72</sup>. La comunità dev'essere artificiale; l'ordine civile deve differenziarsi da quello naturale, duplicando al suo interno questa stessa differenza<sup>73</sup>. È il pensiero della necessità che genera la sovranità moderna, il bisogno di sentirsi protetti da un mondo crudele e ostile che conduce alla creazione di un sovrano chiamato a regolare la violenza da cui genera. Nasce così lo Stato post-virtuoso, privo di un'etica del bene comune, in cui gli uomini soffrono enormemente ogni sacrificio personale e non sono in grado di guardare ad un più ampio orizzonte collettivo<sup>74</sup>. Si assiste alla proceduralizzazione del bene comune, all'emancipazione del diritto dai valori.

La reciprocità negativa non sarebbe stata una scelta, ma una necessità storica. La tesi di Resta è che il sistema giuridico si fondi sulla consapevolezza dell'impossibilità di una società regolata da virtù. Il diritto, nato per arginare la violenza, sarebbe superfluo se gli uomini fossero *agathoi*. I diritti, non essendo spontaneamente riconosciuti, vengono imposti, creando i presupposti per lo scivolamento nell'ambiguità del diritto per cui si producono gli anticorpi all'uso della violenza attraverso la coercizione normativa. Icasticamente, per Resta quest'ambivalenza non può che essere custodita dalla razionalità delle istituzioni giuridiche, che deve porsi "come rimedio della violenza che le sta all'esterno ma è costretta a giocare in maniera forse più sottile, con la sua stessa violenza, in un confine incerto, difficile, che la stessa legge crea ma che è anche l'unico luogo dove la sua identità può validamente affermarsi in quanto differenza"<sup>75</sup>. È l'ambivalenza del *pharmakon*, rimedio che comprende il veleno.

In un fortunato scritto dedicato alla fiducia, Resta indaga il rapporto tra questa e il diritto in una direzione che non sconfessa – semmai conferma – la relazione tra il diritto e la violenza. Il diritto interverrebbe nel momento in cui la fiducia cessa di essere sopportabile, ossia quando il rischio del fidarsi diventa insostenibile. Infatti, con l'ingresso nel diritto, ossia nel linguaggio dell'ordine, della prevedibilità, la fiducia muta radicalmente: il diritto non sarebbe capace di incorporare l'affidamento che questa richiede, ma solo la delusione che ne potrebbe scaturire<sup>76</sup>. Ciò vuol dire che il diritto si assume su di sé la possibilità del tradimento dell'affidamento fiduciario prevedendo la coercibilità della prestazione promessa e non mantenuta. Il diritto viene separato radicalmente da tutti quei rapporti che non includano la possibilità della coercizione. Con ciò non solo non esisterebbe spazio nel diritto per un rapporto nel quale non vengano già predisposti degli strumenti di soddisfazione della delusione, ma, ancor più significativamente, si assumerebbe una generalizzata ancorché silente conflittualità nei rapporti umani. Sul punto Resta è inequivocabile: "non c'è bisogno di nulla fin quando, a mediare, è la fiducia e questo spiega l'assenza del diritto: dove c'è amicizia [...] non c'è bisogno di giustizia!"<sup>77</sup>. Il diritto, pertanto, risulterebbe inscindibile dal momento coercitivo, il quale assurgerebbe a vero e proprio elemento fondamentale del fenomeno giuridico<sup>78</sup>. In questa prospettiva,

<sup>72</sup> Hobbes (2016: 131).

<sup>73</sup> Resta 2007.

<sup>74</sup> Emblematico il passo di Hobbes cui Resta si richiama, che merita di essere qui riportato per esteso: "Tutti gli uomini sono infatti per natura provvisti di notevoli lenti di ingrandimento (cioè le loro passioni e l'amor proprio) attraverso le quali ogni piccolo pagamento appare un grande gravame, ma sono privi di quei cannocchiali (cioè la scienza morale e civile) per vedere a distanza le miserie che sono sospese sopra di loro e che non si possono evitare senza pagare".

Hobbes (2016: 196); Resta (2007: 190).

<sup>75</sup> Resta (2007: 91).

<sup>76</sup> Resta (2009: 8).

<sup>77</sup> Ivi: 59.

<sup>78</sup> In un'ottica diametralmente opposta a quella di Resta si è recentemente espresso Tommaso Greco nel suo *La legge della fiducia*. L'idea, infatti, è che la fiducia abbia un posto fondamentale all'interno del fenomeno giuridico. Contro

la scommessa sulla capacità dell'ordinamento di differenziarsi, di non scivolare nella violenza che è chiamato a regolare, appare di difficile riuscita. Tuttavia, nella riflessione di Resta sono contenute delle sollecitazioni che sarebbe meglio non sottovalutare. A partire dal concetto stesso di fraternità. Etimologicamente, il termine deriva dal greco *frater*, che indica il membro di una *fratria*, cioè del sodalizio di famiglie che si riconosce in un capo comune<sup>79</sup>. Il legame richiamato è di carattere mistico, non necessariamente consanguineo, e rimarca una provenienza comune<sup>80</sup>.

Storicamente, il principio di fraternità nasce insieme a quelli di uguaglianza e libertà<sup>81</sup>. La fraternità, tuttavia, è rimasta quella promessa mancata che rischia di compromettere l'esercizio degli stessi diritti di libertà e di uguaglianza. Basti pensare che la Corte costituzionale francese ha riconosciuto per la prima volta il principio di fraternità solo pochi anni addietro<sup>82</sup>, e con esso l'illegittimità del reato di solidarietà. È in questa direzione che la proposta di Resta acquisisce tutta la sua forza e attualità: contro quelle legislazioni sull'immigrazione dove compare, paurosamente, il volto dell'inimicizia, per un modello di diritto capace di valorizzare quelle diverse possibilità senza che si tratti di "un'ingenuità destinata a soccombere nella lotta impari col realismo"<sup>83</sup>. Una nuova identità, aperta, che sia il luogo della valorizzazione delle differenze in quanto fondata sul carattere di inclusività dei diritti umani, e cioè sulla fraternità.

Giunti a questo punto c'è un aspetto che dev'essere sottolineato, e che ci permette di agganciarci nuovamente al discorso sulla violenza per avanzare qualche riflessione. Nel tentativo di proporre un diritto fraterno, Resta sembra operare diversamente rispetto alle categorie del nemico e dello straniero. Se quest'ultima è espressamente non contemplata, incompatibile con una prospettiva che possiamo, in questo senso, definire apertamente solidaristica, la categoria del nemico, invece, sembra permanere e fondersi con quella dell'amico<sup>84</sup>. L'impressione è che Resta, pur dichiarando la volontà di superare la relazione amico-nemico, la reimmetta nel circolo del discorso.

---

quello che viene definito il modello sfiduciario, che ha le sue origini nella teoria hobbesiana e nel machiavellismo giuridico, Greco insiste sulla dimensione relazionale del diritto e sulla centralità della fiducia: "il diritto", scrive, "ci chiede di fidarci l'uno dell'altro, e lo fa nel momento in cui stabilisce quali sono i diritti e i doveri reciproci all'interno di una qualsiasi relazione da esso regolata" (p. IX). Diversamente da un paradigma che poggia, esplicitamente o meno, sul carattere conflittuale dell'essere umano e che concepisce il diritto come indissolubilmente legato alla forza, la proposta teorica di Greco evidenzia il *fatto* della fiducia. Ciò implica una scelta di campo ben precisa, una diversa antropologia. La solidarietà, ossia la fiducia reciproca, non è un elemento che deve essere prodotto o imposto ad un essere umano recalcitrante, ma è, invece, un aspetto che "richiede di essere riconosciuto e favorito" (p. 73) e che si colloca alla radice della relazione giuridica, la quale non potrebbe esistere senza il riconoscimento reciproco tra i soggetti (p. 71). Cfr.: Greco 2021.

<sup>79</sup> La *fratria* è un organismo la cui origine si perde nella storia arcaica greca, di carattere prevalentemente sacrale. Essa viveva un'esistenza parallela alla polis, eleggendo le sue magistrature ed esercitando il potere di prescrivere norme per i suoi membri e punire le eventuali trasgressioni. È interessante notare che l'iscrizione alla *fratria*, fondata su legami di parentela, era prova di legittimità di nascita o di adozione di fronte alle contestazioni che potevano essere sollevate dal demo. Cfr.: Poma (2015: 58-62).

<sup>80</sup> Cfr.: Benveniste (1976: 164).

<sup>81</sup> Con una semplificazione, potremmo dire che nel secolo XX si è assistito alla contrapposizione tra i Paesi che privilegiavano i diritti di libertà, a discapito – alle volte – dei diritti di uguaglianza, e i Paesi che, in nome di uno sviluppo pieno dei diritti di uguaglianza, ritenevano comprimibili alcuni diritti di libertà. Cfr.: Ferrajoli 2018.

<sup>82</sup> Con la *Décision* n° 2018-717/718 QPC del 6 luglio 2018 la Corte costituzionale francese ha riconosciuto il valore del principio di fraternità e la sua forza giuridica, che si esplica nella libertà di aiutare gli altri secondo un fine umanitario che non deve tener conto della regolarità o meno del soggiorno di uno straniero.

<sup>83</sup> Resta (2016: XIV).

<sup>84</sup> Sul punto cfr.: Lo Giudice (2003: 759-65).

Una delle caratteristiche del diritto fraterno è il ridimensionamento del ruolo del giudice nella risoluzione delle controversie. Questa giurisdizione minima serve alla realizzazione di un'auto-osservazione del sistema sociale, che deve responsabilizzarsi. In questo quadro, la fraternità sembra essere quella categoria che permette una "risocializzazione dei conflitti"<sup>85</sup>, il cui scopo è di coinvolgere i litiganti nella stessa risoluzione della controversia. Ciò significa, in qualche misura, internalizzare il discorso antropologico hobbesiano, assumere la dimensione della conflittualità come inevitabile e depotenziarne gli effetti sottoponendola ad una dimensione di confronto. Ora, se da un lato quest'opzione si dirige verso una maggiore responsabilità del corpo sociale che si assume il compito di elaborare la sua intrinseca conflittualità, d'altro lato si presuppone una natura inevitabilmente conflittuale. Il che ci riconduce al discorso sulla violenza.

Nel suo rapporto con la violenza, il diritto ha la possibilità di scommettere sulla propria differenza, sulla propria capacità di curare la violenza originale impedendo, al contempo, la mimesi all'interno della società. Quest'ambivalenza ontologica del diritto antidoto alla violenza e quindi, almeno in una certa porzione, esso stesso violento, è, forse, insopprimibile. Tant'è che quando si è parlato di deparadossizzazione, l'intento era quello di ridurre la portata del paradosso, non certo di risolverlo. E il diritto fraterno è, senza dubbio, una proposta che va in questa direzione. Ma al fondo di quest'intuizione rimane inalterato il dato di conflittualità intrinseca dei rapporti umani, un'idea pleonettica della natura umana. E in tal senso possono essere lette anche le posizioni assunte da Resta nei confronti della guerra.

Lo spunto è offerto dal carteggio tra Freud ed Einstein<sup>86</sup>. Alla luce delle atrocità della guerra, il fisico afferma, con pungente lucidità, la necessità di indagare, alla luce dei fallimentari tentativi di pacificazione, le pulsioni auto-distruttive dell'essere umano. La fatalità della guerra espressa da Einstein possiede echi hobbesiani: gli Stati sono portatori di inimicizia e la pace è possibile solo grazie ad un'autorità superiore che ne imponga il rispetto. Di fronte a questa inevitabilità della violenza, di fronte ad una realtà che sembra quella della legge della guerra come legge della terra – dirà Schmitt in quegli stessi anni – l'unica soluzione sembra quella freudiana, cui Resta consente, del pacifismo estetico, dell'indignazione di fronte agli orrori della guerra<sup>87</sup>. Si tratta di soluzioni indirette, di uno sguardo che deve dirigersi verso l'auto-osservazione delle proprie pulsioni. L'unica possibilità è il rifiuto generalizzato per la guerra, l'indignazione al posto dello stupore di cui già parlava Benjamin, reazioni possibili in quanto la guerra, direbbe Freud, è semplicemente aberrante. L'indignazione sarebbe quel punto minimo oltre in quale non si può scendere, quel comune denominatore presente anche quando si adducono giustificazioni per i conflitti.

Il pacifismo estetico permette di non riprodurre la violenza, di scongiurare il rischio della mimesi in cui ricade il pacifismo classico – considerazioni, purtroppo, tremendamente attuali –, e di porre la questione sul piano morale: la guerra "semplicemente non la sopportiamo più"<sup>88</sup>.

Coerentemente con il diritto fraterno, il pacifismo estetico è una proposta debole – deludente, dice lo stesso Freud – che assume rilevanza proprio in virtù di ciò. È nelle pieghe di questa sua incompiutezza che si trova la sua forza. Facendo a meno della risposta violenta alla guerra, il pacifismo estetico è capace di disarmare, di ridurre le possibilità di mimesi interrompendo il circuito, altrimenti infinito, della violenza<sup>89</sup>. Per queste ragioni la proposta è altamente complementare con quella del diritto fraterno.

<sup>85</sup> Ivi: 764.

<sup>86</sup> Cfr.: Freud, Einstein 1997; Sul punto si veda anche: Andronico 2023.

<sup>87</sup> Cfr.: Resta (2016: 24-47); Resta (2008: 200-5).

<sup>88</sup> Resta (2016: 44).

<sup>89</sup> Il fatto che sia controproducente, per interrompere il conflitto, rispondere con violenza ad un'altra violenza era già chiaro al Socrate della *Repubblica* platonica, come dimostra il dialogo del I libro tra questi e Polemarco, figlio di Cefalo,

Sembra permanere, tuttavia, un'incognita di fondo.

Alla radice di questo discorso parrebbe esservi una convinzione per la quale la guerra costituisce il corso regolare della storia e la pace un'eccezione: un termine forte il primo, debole il secondo. Non stupisca che proprio in questi termini si esprime Hobbes, in uno dei passaggi più affascinanti del *Leviatano*. Per guardare al concetto di tempo nella guerra, lo si deve considerare come il tempo atmosferico. Dice dunque Hobbes: “come la natura delle condizioni atmosferiche cattive non sta solo in un rovescio o due di pioggia, ma in un'inclinazione a ciò di parecchi giorni insieme, così la natura della guerra non consiste nel combattimento effettivo, ma nella disposizione verso di esso”<sup>90</sup>. La pace è solo quello che residua, è “ogni altro tempo”<sup>91</sup>. La debolezza del termine pace è sottolineata anche da Norberto Bobbio: a differenza di altre coppie oppostive, essa è definibile solo in relazione alla guerra. La pace è assenza di guerra<sup>92</sup>.

Ora, non si tratta di entrare nel dibattito sul reale rapporto che intercorre tra i due termini. Piuttosto, quel che preme è rilevare la concezione antropologica di fondo. La proposta del pacifismo estetico, così per com'è articolata in Resta, e, soprattutto, quella del diritto fraterno, conservano un'antropologia di carattere hobbesiano. Le relazioni umane hanno in esse radicato il carattere della conflittualità. Per questo ogni proposta non può che elaborare consapevolmente questo dato e, infine, provare a ingannarlo. Il punto è che, al pari di altre, l'adesione ai principi hobbesiani in tema di natura umana non è connotata dal carattere della necessità. Non esistono quei dati fenomenici inequivocabili che ne confermano la verità. Semplicemente, l'essere umano appare capace di qualunque atto, dal più crudele al più compassionevole. *Paradossalmente*, si rischia di ripetere quell'inganno dello stupore di cui parlava Benjamin. Che la violenza sia un fatto di cui non è lecito stupirsi è una considerazione valida se, allo stesso tempo, non si prova stupore per gli atti di solidarietà. Quando sostiene che se gli uomini fossero *agathoi* non avrebbero bisogno del diritto Resta alimenta la dinamica della violenza, la reintroduce nel circolo<sup>93</sup>. Se non si supera l'idea del diritto come limite alle condotte di un uomo conflittuale, non si riuscirà a evitare la compromissione con la violenza. Ciò anche per quanto concerne il rapporto tra l'ordine e il diritto inteso nella sua capacità di arginare il pericolo dell'imprevedibile, di ridurre la complessità. Non si tratta di negare il rapporto con la violenza, quanto di limitare questa compromissione, facendo emergere le tracce di una convivenza non conflittuale. Altrimenti la riduzione della complessità non potrà che esprimere un diritto pensato come controllo di esseri insocietali. Emancipandosi da quest'ancora antropologica diventa possibile pensare un diritto che può posizionarsi in maniera differente rispetto alle esigenze di libertà e d'uguaglianza, nonché di fraternità. Diventa possibile immaginare la pace in senso positivo, come progetto<sup>94</sup>. A patto che si scelga di non partire da una

---

il quale sostiene che la giustizia consiste nel giovare agli amici e nel nuocere ai nemici. Così facendo, nota Socrate, si finisce per esasperare il conflitto anziché pacificarlo, provocando l'esatto contrario di quel che si voleva ottenere: “gli uomini cui si è nuociuto [...] è necessario che diventino più ingiusti”. Cfr.: Platone (2006: 331e-335e).

Rispetto al passo citato, a titolo meramente esemplificativo, cfr.: Vegetti (1989: 109-56).

<sup>90</sup> Hobbes (2016: 130).

<sup>91</sup> Ibidem.

<sup>92</sup> Cfr.: Bobbio (1979: 161).

<sup>93</sup> Cfr.: Resta (2007: 132).

<sup>94</sup> In uno scritto di poco precedente alla caduta del muro di Berlino, Sergio Cotta conduce una ricerca filosofica sul concetto di pace in una prospettiva antropologica relazionale (Cotta 1989). La posizione del filosofo fiorentino è di estrema importanza. Rovesciando il paradigma dominante della conflittualità antropologica, Cotta riconosce nella pace “la condizione fondamentale della coesistenza umana” (p.9). Questa conclusione, ontologicamente forte, è preceduta da un'attenta analisi delle teorie conflittualiste, che vengono ricondotte a due indirizzi dominanti: l'indirizzo vitalistico-utilitaristico dell'esistenza, cui Cotta ascrive come emblematiche le posizioni di Machiavelli, Hobbes e Spinoza, nel quale

dimensione necessariamente conflittuale. Per dirlo con le parole di Benedetto Croce, “chi pone come originario un momento astrattamente negativo, la divisione e la guerra, non può più riconquistare, a furia di sottigliezze, il momento positivo: dall’egoismo non nascerà mai la moralità”<sup>95</sup>.

Diversamente, solo una proposta forte potrebbe avere ragione della naturale inclinazione al conflitto. Ripetendo, perciò, il circolo infinito della violenza.

---

viene affermata la naturalità antropologica del dato conflittuale insieme al valore assiologico della pace; l’indirizzo storicistico-dialettico, nel quale la guerra è prioritaria sia in senso antropologico che in senso etico. L’indirizzo vitalistico-utilitaristico, affermando la priorità antropologica della guerra, non sarebbe in grado, per Cotta, di fornire un fondamento non meramente utilitaristico alla superiorità etica della pace. Questa, infatti, sarebbe scelta come eticamente preferibile solo in base ad un calcolo, non potendo trarre la sua origine in nessuna apertura nella struttura antropologica a carattere bellicoso. Così stando le cose, la pace, artificio razionalistico, potrebbe esistere solo per mezzo della forza: “la condizione d’una reale possibilità della pace”, scrive Cotta, “è data dall’esserci fattuale d’una forza maggiore di quella di cui dispongono singolarmente gli individui” (p.43). Una forza che, dato quanto detto, è quella dello Stato. Ciò vuol dire che, da un lato, la condizione di potenziale conflittualità non può mai scomparire, né internamente allo Stato né, a maggior ragione, nei rapporti interstatali; d’altro lato, la pace appare residuale rispetto alla guerra, sia sul piano concettuale che sul piano esistenziale, essendo legata al mantenimento del monopolio della forza da parte dello Stato. Questa posizione razionalistica – che, come nota giustamente Cotta, ha conosciuto un rinnovato favore odierno a scapito della tesi dialettica, ancorché le sia cronologicamente precedente – genera il dominio della forza sulla giustizia. Ciò determina l’allontanamento del diritto dalla giustizia e la sua caduta nel legame con la forza, dalla quale non riesce più a discostarsi e che, anzi, lo definisce. Perciò, ancorché vi siano stati tentativi di mitigare il legame – Cotta richiama esplicitamente la tesi di Bobbio per cui le norme giuridiche hanno come contenuto l’esercizio della forza (Bobbio, 2012: 101-18) –, questi sortiscono l’effetto di rendere più efficace la forza, ma non sono capaci di renderla giusta. In questa prospettiva, che è ancor oggi dominante, “la *veritas* coesistenziale dell’io [...] è del tutto obliata” (p.88). A questa costruzione antropologica e ai suoi effetti Cotta oppone un’antropologia pacifica, ove “trascendenza e immanenza non si oppongono ed escludono a vicenda, ma rivelano la loro integrazione nella teandrica natura dell’uomo” (p. 91). La riduzione dell’esperienza umana sotto la categoria della conflittualità diventa insostenibile nel momento in cui si alimenta la possibilità della modalità del dialogo: escludere questa possibilità, argomenta Cotta, implica l’assunzione dell’estraneità più assoluta tra i gruppi umani e tra gli stessi individui, che non potrebbero che comunicare attraverso il modo della violenza. Ma questa esclusione della modalità del dialogo è incompatibile con il fenomeno giuridico, il quale è volto alla coesistenza, alla convivenza pacifica. E che, per questo, non può che avere un senso fenomenologico-esistenziale del tutto diverso da quello del conflitto e della guerra. A questa conclusione conduce non solo il capovolgimento radicale del paradigma antropologico, che passa dalla visione conflittuale a quella relazionale, ma un vero e proprio superamento dell’antropologia esistenziale in direzione di un’antropologia strutturale, e cioè di un’ontologia. Attingendo alle considerazioni, tra gli altri, di Agostino, Husserl e Lévinas, Cotta delinea un io relazionale: l’autocomprensione del soggetto, la coscienza di se stesso, è possibile solo con il confronto con ciò che gli si manifesta come altro da sé. In questo incontro con l’altro da sé il soggetto sperimenta la differenza ontologica rispetto agli altri enti, tranne che verso gli altri uomini, rispetto ai quali egli riconosce la sua somiglianza e la sua diversità; riconosce, potremmo dire, un’uguaglianza ontologica cui si accompagna una diversità esistenziale che gli permette di riconoscersi come individuo e di riconoscere al contempo l’altro come individualità. Questa consapevolezza di sé il soggetto l’ottiene solo nel confronto con l’altro: “se l’io è conoscibile come un io-in-relazione, oppure non è conoscibile in quanto uomo e in quanto persona, allora l’essere dell’uomo è relazionale” (p.181). In virtù di questa ontologia, la pace non è più la condizione in cui non vi è la guerra o l’assenza di conflittualità garantita dal monopolio della forza. Essa, invece, appare come la “condizione, originaria e permanente, del vivere umano, che è un vivere con e per l’altro: nella relazione” (p. 173). Riguardo a Cotta si vedano anche: Cotta 1972; Cotta 1978; Cotta 1979; Cotta 1991.

<sup>95</sup> Croce (2016: 13) cit. in Greco (2021: XI).

BIBLIOGRAFIA

AA. VV. 2019, Gonnella P., Anastasia S. (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, Roma: RomaTre Press.

Andronico A. 2023, *Protect me from what I want. Cinque lezioni sul carteggio tra Einstein e Freud*, Catania: Libreria Editrice Torre.

Ashcraft R. 1987, *Locke's Two Treatises of Government*, London: Routledge.

Benjamin W. 2014, *Per la Critica della violenza*, in *Angelus Novus*, a cura di R. Solmi, Torino: Einaudi.

Benjamin W. 2014, *Tesi di filosofia della storia*, in *Angelus Novus*, a cura di R. Solmi, Torino: Einaudi.

Benveniste E. 1976, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, Torino: Einaudi.

Bobbio N. 1963, *Locke e il diritto naturale*, Torino: Giappichelli.

Bobbio N. 1979, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna: Il Mulino.

Bobbio N. 1989, *Thomas Hobbes*, Torino: Einaudi.

Bobbio N. 1990, *L'età dei diritti*, Torino: Einaudi.

Bobbio N. 2012 [1970], *Studi per una teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli.

Calamandrei P. 2018, *L'avvenire dei diritti di libertà*, Teramo: Galaad Edizioni.

Cacciari M. 2014, *La doppia Dike. Lettura dell'Oresteia*, in *Dionisio*, 4.

Celano B. 2021, *Lezioni di filosofia del diritto* [2. ed.], Torino: Giappichelli.

Cotta S. 1991, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano: Giuffrè.

Cotta S. 2014 [1972], *Itinerari esistenziali del diritto*, Torino: Giappichelli.

Cotta S. 2014 [1979], *Prospettive di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.

Cotta S. 2018 [1978], *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica* (1978), Brescia: Morcelliana.

Cotta S. 2018 [1989], *Dalla guerra alla pace*, Brescia: Morcelliana.

- Croce B. 2016, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Milano: Giuffrè.
- De Maistre J. 1971, *Le serate di Pietroburgo o Colloqui sul governo temporale della Provvidenza*, trad. it. di L. Fenoglio e A. Rosso Cattabiani, Milano: Rusconi.
- Dunn J. 1992, *Il pensiero politico di John Locke*, trad. it. di B. Fontana e P. Pasquino, Roma-Bari: Laterza.
- Eschilo 1995, *Oresteia*, trad. it. di E. Medda, L. Battezzato, M.P. Pattoni, Milano: Rizzoli.
- Esposito R. 1998, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino: Einaudi.
- Esposito R. 2002, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Torino: Einaudi.
- Esposito R. 2022, *Immunità comune. Biopolitica all'epoca della pandemia*, Torino: Einaudi.
- Ferrajoli L. 1992, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma- Bari: Laterza.
- Ferrajoli L. 2018, *Manifesto per l'uguaglianza*, Roma-Bari: Laterza.
- Ferrarin A. 2001, *Artificio, desiderio, considerazioni di sé. Hobbes e i fondamenti antropologici della politica*, Pisa: Edizioni ETS.
- Foucault M. 1993, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. di A. Tarchetti, Torino: Einaudi.
- Freud S., Einstein A. 1997, *Perché la guerra?*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Gazzolo T. 2020, *IUS/LEX. Hobbes e il diritto naturale*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Girard R. 1980, *La violenza e il sacro*, trad. it. di O. Fatica e E. Czerkl, Milano: Adelphi.
- Greco T. 2021, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari: Laterza.
- Hobbes T. 2014, *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, trad. it. di T. Magri, Roma: Editori Riuniti.
- Hobbes T. 2016, *Leviatano*, trad. it. di G. Micheli, Milano: BUR.
- Jellamo A. 2005, *Il cammino di Dike. L'idea di giustizia da Omero a Eschilo*, Roma: Donzelli Editore.
- Kant I. 2010, *Scritti politici*, trad. it. di G. Solari e G. Vidari, Torino: UTET.
- Kelsen H. 1960, *La dottrina pura del diritto*, trad. it. di M.G. Losano, Torino: Einaudi.
- Kelsen H. 1989, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, trad. it. di A. Carrino, Milano: Giuffrè.

Laroche E. 1949, *Histoire de la racine NEM en Grec ancien*, Paris: Klincksieck.

Lo Giudice A. 2003, Il codice fraterno e la gestione dell'inimicizia, in *Rivista critica del diritto privato*, 4.

Lo Giudice A. 2015, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Roma: Carocci.

Lo Giudice A. 2022, Paura e terrore nella teoria del diritto di Hobbes, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, numero speciale 2022, pp. 1-27.

Lo Giudice A. 2023, *Il dramma del giudizio*, Milano: Mimesis.

Locke J. 1974, *Secondo trattato sul governo*, trad. it. di L. Formigari, Roma: Editori Riuniti.

Lombardi Vallauri L. 2012, *Corso di filosofia del diritto*, ed. 2°, Milano: CEDAM.

Luhmann N. 1990, *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*, Bologna: Il Mulino.

Macpherson C. B. 1973, *Libertà e proprietà alle origini del pensiero borghese. La teoria dell'individualismo possessivo da Hobbes a Locke*, trad. it. di S. Borutti, Milano: ISEDI.

Magri T. 1982, *Saggio su Thomas Hobbes. Gli elementi della politica*, Milano: Il Saggiatore.

Nicolai R. 2011, Prima del processo: logiche giudiziarie nell'Oresteia, in *Sandalion*, 32-33.

Nietzsche F. 2008, *Genealogia della morale*, trad. it. di F. Masini, Milano: Adelphi.

Ost F. 2007, *Mosè, Eschilo, Sofocle. All'origine dell'immaginario giuridico*, Bologna: Il Mulino.

Pascal B. 1973, *Pensieri*, trad. it. di P. Serini, Milano: Mondadori.

Platone 2006, *La Repubblica*, trad. it. di M. Vegetti, Milano: BUR.

Poma G. 2015, *Le istituzioni politiche della Grecia in età classica*, Bologna: Il Mulino.

Portinaro P. P. 1983, *Appropriazione, Distribuzione, Produzione. Materiali per una teoria del "nomos"*, Milano: Franco Angeli.

Quasimodo S. 1995, *Uomo del mio tempo*, in *Tutte le poesie*, a cura di G. Finzi, Milano: Mondadori.

Resta E. 1984, *L'ambiguo diritto*, Milano: Franco Angeli.

- Resta E. 1996, *Poteri e diritti*, Torino: Giappichelli.
- Resta E. 2007, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Roma-Bari: Laterza.
- Resta E. 2008, *Diritto vivente*, Roma-Bari: Laterza.
- Resta E. 2009, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari: Laterza.
- Resta E. 2016 [2], Il racconto della fraternità, in *Costituzionalismo.it*, 1.
- Resta E. 2016, *Il diritto fraterno*, Roma-Bari: Laterza.
- Ricoeur P. 1998, *Il giusto*, Torino: Sei.
- Sartre J. P. 1991, *Quaderni per una morale*, trad. it. di F. Scanzio, Roma: Edizioni associate.
- Schmitt C. 1972, *Appropriazione/divisione/produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico sociale, a partire dal "nomos"*, in ID., *Le categorie del politico*, G. Miglio e P. Schiera (a cura di), Bologna: Il Mulino.
- Schmitt C. 2011, *Sul Leviatano di Thomas Hobbes*, Bologna: Il Mulino.
- Strauss L. 2011, *La filosofia politica di Hobbes*, in ID., *Che cos'è la filosofia politica?*, Genova: Il Melangolo.
- Vaughn K. I. 1980, *John Locke. Economist and Social Scientist*, Chicago: University of Chicago Press.
- Vegetti M. 1989, *L'etica degli antichi*, Roma-Bari: Laterza.
- Viano C. A. 1960, *John Locke. Dal razionalismo all'illuminismo*, Torino: Einaudi.
- Viano C. A. 1997, *Il pensiero politico di Locke*, Roma-Bari: Laterza.
- Weber M. 1974, *Economia e società*, I e II vol., a cura di P. Rossi, Milano: Edizioni di Comunità.
- Weber M. 2004, *La scienza come professione. La politica come professione*, Torino: Einaudi.
- Zarka Y.-Ch. 2002, *Hobbes e il pensiero politico moderno*, trad. it. di L. Salvati, Bari: Palomar.

Grazia Donato<sup>1</sup>

*Elementi della filosofia del diritto di Gustav Radbruch*

ABSTRACT

Despite his international popularity, the thought of Gustav Radbruch, especially in Italy, was often reduced until today to his famous formula. Thanks to recent translations it is now possible and dutiful to reconsider his entire philosophical-juridical system, to discover an always current thinker and to understand even his formula more deeply.

This paper aims to be a brief introduction to the fundamentals of Gustav Radbruch's philosophy of law. In particular, it analyses the theoretical basis which the author develops his theory from and the main issues of his reflection: the principle of methodical dualism and the principle of relativism. His juridical-philosophical thought, indeed, starts from the conception of separation between Reality and Value and the consequential irreducibility of the second term from the first. This implies that the value judgement can be justified only from other value judgement and the latest value can't be demonstrated but only professed. So, it is impossible to decide scientifically among different value judgements. This concept entails relativism. Relativism's conception leads to the rejection of a foundation of an absolute position but it doesn't lead to the impossibility to take a stand. In fact, through the philosophy of law it's possible to inquire deeply every position to make a conscious choice about our own *weltanschauung*.

The conclusion of this paper tries to give a brief illustration of the impact that Gustav Radbruch's legal philosophy has had on the juridical-philosophical contemporary systems.

KEYWORDS

Philosophy of law, Neokantism, Methodical dualism, Law's validity, Relativism

INDICE

1. Premessa – 2. I presupposti della filosofia del diritto radbruchiana – 3. Il dualismo metodico – 4. L'idea del diritto – 5. La validità del diritto – 6. Un 'relativismo ragionevole' – 7. Conclusioni

1. Premessa

Alla luce della recente traduzione<sup>2</sup> in lingua italiana della *Rechtsphilosophie*, la principale opera del filosofo del diritto tedesco Gustav Radbruch, è opportuno esaminarne il contenuto al fine di consentire una più ampia conoscenza di un pensatore il cui contributo sovente è stato ridotto, almeno in Italia, a quella che passa alla storia come la *Formula di Radbruch*.

---

<sup>1</sup> Dottoranda in "Migrazioni, differenze, giustizia sociale" presso il dipartimento di Scienze umanistiche dell'Università degli studi di Palermo, grazia.donato@you.unipa.it

<sup>2</sup> Cfr. Radbruch 2021 [1932].

Di particolare importanza risulta, infatti, la cosiddetta parte generale<sup>3</sup> dell'*opus magnum* radbruchiana, la quale concerne l'individuazione del concetto di diritto all'interno delle specifiche dimensioni in cui esso si colloca e il peculiare ruolo della *rechtsphilosophie*, intesa quale "considerazione valutativa del diritto"<sup>4</sup>.

Riprendere il significato, nella terminologia radbruchiana, della filosofia del diritto consente, infatti, non soltanto di comprendere la complessità e la grandezza di Radbruch, il cui testo – insieme a *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen e a *Il concetto di diritto* di Herbert Hart – è considerato uno dei pilastri della riflessione filosofico-giuridica novecentesca, ma anche di fornire una più profonda chiave di lettura per interpretare il rapporto tra le componenti dell'idea del diritto, il cui mancato equilibrio rappresenta il cuore stesso della celebre Formula. Quest'ultima, infatti, a differenza del resto della sua produzione, eserciterà una notevole influenza non soltanto sul piano teorico<sup>5</sup>, ma anche su quello giurisprudenziale. Difatti, in numerosi tribunali tedeschi, più volte i giuristi, nell'immediato dopoguerra e, soprattutto, dopo i cosiddetti omicidi del muro<sup>6</sup>, si richiamarono, in modo implicito o esplicito, alla suddetta formula per rispondere a quei casi in cui lo iato tra ciò che è giusto e ciò che è legale risultava incolmabile. Indagare i principi della filosofia del diritto radbruchiana, riconducibili nei termini del dualismo metodico e del relativismo, assume, inoltre, una rilevanza fondamentale per meglio comprendere la *vexata quaestio* intorno alla continuità o discontinuità del suo pensiero, sovente distinto tra un primo e un secondo Radbruch.

## 2. I presupposti della filosofia del diritto radbruchiana

Per comprendere il significato della filosofia del diritto radbruchiana è necessario risalire ai suoi presupposti. L'autore stesso, nella *Rechtsphilosophie*, indica la sua riflessione come il risultato dello sviluppo del pensiero giusfilosofico dei secoli precedenti. Nel capitolo 'Gli indirizzi della filosofia del diritto'<sup>7</sup>, infatti, presenta un breve excursus che descrive il cammino che la filosofia del diritto ha percorso dalle origini ai suoi giorni passando, dunque, dalle dottrine giusnaturalistiche nelle varie forme, alle concezioni ad esse opposte quali quelle della scuola storica, dell'hegelismo o del materialismo marxista, per poi approdare al clima positivista in cui nella realtà giuridica non si ricerca più il valore, considerato ascientifico, ma ci si limita a ciò che è empirico, laddove, quindi, la filosofia del diritto viene sostituita dalla teoria generale del diritto. Menziona, quindi, pensatori cui egli stesso si rifà, come Rudolph Von Jhering o il marburghese Rudolf Stammler. In particolare, al neocriticista, fautore della *Lehre vom richtigen Rechte* (la dottrina del diritto corretto), si deve una prima rinascita della filosofia

---

<sup>3</sup> La *Rechtsphilosophie* si distingue in due macro-sezioni: accanto alla 'parte generale' (capp. 1-15), nella quale vengono esposti i fondamenti filosofo-giuridici radbruchiani, si sviluppa la 'parte speciale' (capp. 16-29) in cui, attraverso capitoli dedicati a questioni quali il processo, la pena di morte, lo Stato di diritto etc., l'autore applica i principi giusfilosofici dapprima indicati a singole questioni giuridiche.

<sup>4</sup> Ivi: 13.

<sup>5</sup> Ne è un esempio la teoria del diritto del neocostituzionalista Robert Alexy, il quale accoglie *in toto* l'eredità radbruchiana facendo di questa parte integrante del suo sistema giusfilosofico.

<sup>6</sup> Una chiara esposizione di questi casi è presentata nell'opera di Giuliano Vassalli *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*. Cfr. Vassalli 2001.

<sup>7</sup> Cfr. Radbruch 2021 [1932]: 21-35.

del diritto attraverso la riaffermazione dell'autonomia della sfera del valore accanto a quella della realtà giuridica sul terreno del dualismo metodico della filosofia kantiana.

È proprio in quest'ultima che affondano le radici le considerazioni giusfilosofiche radbruchiane. Difatti, nel contesto positivista che pretende di scientificizzare tutto il reale, di ridurre la filosofia a disciplina che riassume i risultati prodotti dalla scienza, il neocriticismo riprende l'insegnamento kantiano per cui la filosofia debba essere, anzitutto, analisi critica sulle condizioni che rendono valida l'attività conoscitiva dell'uomo, attribuendo ad essa un compito diverso da quello di semplice coordinazione unitaria del sapere scientifico.

Sebbene in ambito giuridico entrambe le declinazioni del neokantismo, quella della scuola di Marburgo e quella del Baden, l'indirizzo logico e quello assiologico, risultino spesso sovrapposte, il pensiero di Radbruch è ricondotto perlopiù alla scuola sud-occidentale. Nella stessa *Rechtsphilosophie*, infatti, l'autore sottolinea come le sue riflessioni abbiano avuto come sfondo soprattutto le dottrine di Windelband, Rickert e Lask, esponenti della suddetta scuola del Baden. Questi, in particolare, estesero il campo di indagine kantiano scoprendo criticamente le condizioni gnoseologiche e metodologiche anche delle scienze storiche e culturali. Da ciò emersero la filosofia della cultura e dei valori, le quali presuppongono la kantiana separazione tra fattualità causale e validità normativa, tra essere (*Sein*), determinato causalmente, e dover essere (*Sollen*), valido normativamente, tra natura e cultura – trama quest'ultima all'interno della quale non è delineato alcun percorso che conduca dalla normatività dell'idea del dovere alla sua immanenza nella realtà, che derivi, quindi, l'essere dal dover essere.

In contrapposizione alle prospettive monistiche che negano i problemi di valore, Radbruch riprende, quindi, la concezione dualistica del neokantismo distinguendo la sfera dei valori – i quali sono intesi come decisione primaria, intuita e non fondata su argomenti di ordine razionale – da quella della realtà.

Non a caso, i due pilastri su cui si erge la riflessione giusfilosofica radbruchiana sono il cosiddetto dualismo metodico (*Methodendualismus*) che concerne, dunque, la tradizionale separazione tra la sfera del *Sein* e quella del *Sollen*, e il relativismo, il quale, come vedremo, nella prospettiva del filosofo di Lubeca, implica “la rinuncia alla pretesa di validità oggettiva”<sup>8</sup> ma non “la rinuncia alle proprie particolari convinzioni”<sup>9</sup>.

### 3. Il dualismo metodico

A partire dalla differenza posta tra la sfera della Realtà (*Wirklichkeit*) e quella del Valore (*Wert*), sin dalle prime pagine della *Rechtsphilosophie*, l'autore esordisce proponendo alcune considerazioni intorno a quelli che egli stesso indica come gli atteggiamenti con cui lo spirito si accosta alla realtà. Questi, infatti, il più delle volte, intende la datità nel suo essere intrisa di valore o disvalore, confondendo la sfera della *Wirklichkeit* con quella del *Wert*. Scrive, infatti, Radbruch: “Facciamo esperienza di uomini e cose rivestiti di valore e disvalore, senza esser consapevoli che questo valore o disvalore proviene da noi, dagli osservatori, non dalle cose e dagli uomini stessi”<sup>10</sup>. Di conseguenza, elabora una classificazione dei possibili atteggiamenti con cui lo spirito si

<sup>8</sup> Sieckmann 2012: 76.

<sup>9</sup> Ibidem.

<sup>10</sup> Radbruch 2021 [1932]: 7.

rapporta alla realtà: l'atteggiamento *cieco al valore* (*wertblindes*), tipico delle scienze della natura in quanto concerne un aspetto strettamente materiale, quello *valutativo* (*bewertenden*), relativo, invece, alla riflessione filosofica, la quale valuta la realtà nel suo attuare o meno un determinato valore, elevando quest'ultimo a unità di misura di tutte le cose, quello *trascendente il valore* (*wertüberwindende*), attribuito alla filosofia della religione, che prescinde il valore e il disvalore poiché ogni cosa è elevata al di sopra di esso e, infine, l'atteggiamento *riferito al valore* (*wertbeziehende*), tipico delle scienze della cultura, che indagano non la realizzazione di un determinato valore ma l'orientamento della realtà ad attuarlo, anche a costo del suo fallimento. Ispirandosi alla filosofia della cultura, Radbruch riconosce come questa non sia puro valore, ma "un misto di umanità e barbarie, [...] verità ed errore"<sup>11</sup>. In tale prospettiva, dunque, la cultura è intesa come la datità che ha il senso (*Sinn*) di realizzare valori: a prescindere dal fallimento o dalla realizzazione di questi ultimi, non è mai priva di riferimento ad essi. Scrive, infatti, Radbruch ne *Il concetto di diritto*:

"la cultura di un popolo [...] qual è costituita per esempio dall'oggetto della storia della cultura racchiude certo non solo le virtù, le vedute, il gusto di questo popolo, di quest'epoca, ma anche i suoi vizi, i suoi errori, le sue mancanze di gusto [...]"<sup>12</sup>.

Alla luce di quanto detto, è chiaro che, in virtù della sua immaterialità, il diritto non può esser concepito all'interno della dimensione cieca al valore. In quanto frutto dell'opera umana, infatti, questi non può che esser inteso a partire dalla sua idea, dunque, in relazione al suo valore. Pertanto, una volta esclusa la dimensione cieca allo scopo dai luoghi in cui è possibile collocare il diritto, è opportuno volgere lo sguardo da un lato alla dimensione valutativa – laddove, dunque, si indaga il diritto come valore culturale, cioè si valuta quest'ultimo in relazione al realizzare o meno la sua idea –, dall'altro a quella trascendente – in cui si considera il diritto a partire dalla sua essenza o mancanza di essenza. Mentre quest'ultimo aspetto viene esaminato dalla *filosofia della religione del diritto*, il compito dell'analisi del diritto nella sua dimensione culturale, dal punto di vista valutativo e da quello riferito al valore, viene ripartito tra la *filosofia del diritto* e la *scienza giuridica*. Se la prima ha il compito di analizzare il diritto come *valore* culturale – il diritto come dev'essere, cioè la sua idea –, alla scienza del diritto in senso stretto spetta l'analisi del diritto come *realtà* culturale – ovvero "le espressioni effettive della tensione dell'uomo all'idea del diritto"<sup>13</sup>.

Tale classificazione rappresenta uno dei presupposti indispensabili per comprendere il significato dell'espressione 'dualismo metodico', la quale indica nient'altro che la concezione della netta separazione tra la realtà e il valore, nella kantiana consapevolezza che ciò che dev'essere (*Sollen*), ciò che è dotato di valore, non possa essere dedotto da ciò che è (*Sein*). Segue, pertanto, il rifiuto di tutte quelle concezioni, quali il positivismo, lo storicismo o l'evoluzionismo, che pretendono di desumere da ciò che è, è stato o sarà ciò che deve essere. Scrive, infatti, Radbruch: "La considerazione del valore e quella dell'essere riposano dunque l'una accanto all'altra come ambiti autonomi, chiusi in sé stessi. Questa è l'essenza del *dualismo metodico*"<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Ivi: 8.

<sup>12</sup> Radbruch 1989 [1914]: 95.

<sup>13</sup> Carlizzi 2011: 92.

<sup>14</sup> Radbruch 2021 [1932]: 13-14.

Di conseguenza, enunciati deontici, giudizi di valore, valutazioni non possono essere fondati induttivamente su dati empirici ma soltanto deduttivamente su altri enunciati dello stesso genere<sup>15</sup>. L'inderivabilità del *Sollen* dal *Sein* caratterizza un rapporto logico e non causale. Ciò significa, quindi, non che le valutazioni non siano condizionate da fatti della realtà, che, ad esempio, una valutazione non possa essere frutto della sovrastruttura ideologica derivata da un determinato ambiente sociale, ma che il valore non possa essere fondato a partire dall'essere. "Non si afferma che le valutazioni non sono *causate* da fatti empirici bensì che non possono essere *giustificate* da essi"<sup>16</sup>. Enunciati deontici, dunque, possono essere dimostrati e giustificati solo attraverso altri enunciati deontici, e ciò avviene continuamente in un processo a ritroso fino a giungere a enunciati deontici ultimi che possono essere professati (*Bekanntnisse*) ma mai conosciuti (*Erkenntnis*). Segue che in caso di una disputa tra enunciati deontici ultimi non si possa stabilire con rigore scientifico quale di essi debba prevalere.

Il principio del dualismo metodico, tuttavia, sebbene presupponga l'inderivabilità logica del *Sollen* dal *Sein*, invero, non nega una qualsiasi relazione tra i due termini. Ciò risulta evidente, infatti, nel caso del diritto. Quest'ultimo, in quanto opera dell'uomo e, dunque, appartenente al dominio intermedio della cultura, fa sì che il *Methodendualismus* si trasformi in una *Methodentrialismus*. In un chiaro richiamo agli sviluppi del pensiero neokantista e, in particolare, da Lask, Radbruch riprende l'idea per cui tra il mondo della natura e quello dei valori c'è un *tertium genus*, quello della cultura. Tale concezione rientra, infatti, nel movimento della filosofia della cultura, il cui oggetto non sono i fatti della natura, esistenti di per sé, ma l'agire dell'uomo e le sue manifestazioni. Essa si fonda su un modo di considerazione riferito al valore: interpreta fatti dell'essere nel loro senso di valore.

"Tra realtà e giudizio di valore va assicurato un posto alla cultura: l'idea del diritto è il valore, ma il diritto è realtà riferita al valore, fenomeno culturale. In tal modo si passa da un dualismo a un trialismo di visioni [...] Questo trialismo trasforma la filosofia del diritto in una filosofia culturale del diritto".<sup>17</sup>

Esiste, quindi, per Radbruch, una dimensione in cui dover essere ed essere, valore e realtà, si incontrano; un regno fondato sul riferimento delle manifestazioni della realtà ai valori. La dialettica si sposta, pertanto, dal binomio realtà-valore alla triade realtà-cultura-valore. In questo 'terzo regno', il regno della cultura, rientrano non soltanto i risultati raggiunti, ma anche ciò che costituisce uno sforzo volto alla realizzazione di quell'idea. Di fronte, quindi, alla scienza meramente classificatoria e a quella rigorosamente valutativa sorge la *Kulturwissenschaft*, espressione dell'attività umana in

---

<sup>15</sup> Nella *Rechtsphilosophie* l'autore evidenzia come nell'ambito della scienza giuridica talvolta si tenti di ricavare la disciplina corretta dalla natura della cosa, in altre parole, che si cerchi di derivare il valore dalla realtà. Ciò viene qui rigettato come un "colpo di fortuna dell'intuizione, non un metodo della conoscenza". (Ivi: 15) Sebbene la sua posizione intorno al tema dell'inderivabilità logica del *Sollen* dal *Sein* permarrà nell'intera riflessione, come egli stesso sottolinea, le sue considerazioni intorno alla *nature der sache* subiranno delle rivisitazioni nelle produzioni successive: da "il senso che i fatti oggetto della disciplina giuridica presentano al momento della loro origine sociale" (Cfr. Radbruch 2012: 51-58) giungerà ad intenderla come il "senso oggettivo che trova espressione in questi rapporti di vita e soltanto in essi", come strumento per l'interpretazione delle disposizioni positive e come il frutto di un metodo rigorosamente razionale. (Cfr. Radbruch 1941: 145-156).

<sup>16</sup> Radbruch 2021 [1932]: 15.

<sup>17</sup> Ivi: 33.

virtù della quale i fatti vengono illuminati dall'idea. In essa, in quanto opera dell'uomo, rientra il diritto.

Tuttavia, a riprova della conservazione del principio di separazione tra i due mondi, l'autore elabora una duplice considerazione del diritto, ora come fatto culturale (*Kulturtatsache*), ora come valore culturale (*Kulturwert*), laddove il primo è oggetto della scienza giuridica, il secondo della filosofia del diritto. La triade 'cultura-valore-realtà' si trasforma, così, nella triade 'Concetto di diritto (*Rechtsbegriff*) - Idea del diritto (*Rechtsidee*) - Realtà fattuale (*Wirklichkeit*)'. Il diritto, dunque, in quanto fatto culturale, assume significato nella prospettiva in cui tende alla realizzazione del suo valore e pertanto il concetto non può essere svincolato dalla sua idea. In Radbruch, quindi, al fatto corrisponde la realtà del diritto – costituita dalle norme positive –, al valore l'idea del diritto e alla cultura il concetto – il cui senso è quello di porsi al servizio della sua idea.

Se il diritto come fatto culturale può essere indagato dalla scienza giuridica (*Rechtswissenschaft*), intesa come la “scienza del senso oggettivo degli ordinamenti giuridici positivi”<sup>18</sup>, l'analisi del diritto come valore culturale spetta, invece, alla filosofia del diritto, ovvero “la considerazione valutativa del diritto”<sup>19</sup>. Laddove, infatti, la prima analizza il diritto valido, il diritto che è, l'ultima indaga il diritto corretto, il diritto che deve essere. Posto, quindi, che la *Rechtswissenschaft* si occupa di norme giuridiche, non di fatti, non della vita giuridica ma degli ordinamenti, i quali sono concetti riferiti al valore, datità che hanno il senso di stare al servizio dell'idea del diritto, è chiaro che attraverso questa è possibile ricavare il concetto di diritto a partire dall'esperienza, ma ciò non consente di giungere al suo fondamento. Radbruch, infatti, in contrasto con la tradizionale tendenza positivista che cerca di ricavare i concetti a posteriori, ritiene il concetto del diritto non soltanto antecedente, a priori rispetto alla sua esperienza, ma addirittura come condizione e presupposto poiché è esso stesso che conferisce ai singoli fenomeni la giuridicità. Così come nella gnoseologia kantiana l'oggetto della conoscenza è dato da principi formali dell'intelletto e non dal contenuto dell'esperienza, allo stesso modo, per i neocriticisti – Radbruch compreso –, la giuridicità è una forma logica a priori per cui i dati empirici diventano giuridici.

È, infatti, per tale ragione che l'autore propone la definizione di diritto, inteso come “l'insieme delle prescrizioni generali per la convivenza umana”<sup>20</sup>, deducendola dalla sua idea. Laddove il concetto del diritto è un concetto culturale, cioè il concetto di una realtà riferita al valore, tramite l'esperienza questo può esser soltanto prodotto; per fondarlo occorre, perciò, risalire alla sua idea. Per indagare il valore, l'idea del diritto, è necessario l'apporto della filosofia del diritto.

#### 4. L'idea del diritto

Definire la filosofia del diritto quale “considerazione valutativa del diritto”<sup>21</sup>, ovvero come la “critica razionale dei giudizi giuridici di valore”<sup>22</sup>, significa, pertanto, indagare il diritto in quanto valore culturale, indagare il diritto nell'orientamento alla realizzazione della sua idea. Nello specifico, l'idea alla cui realizzazione il diritto deve

<sup>18</sup> Ivi: 133.

<sup>19</sup> Ivi: 13.

<sup>20</sup> Ivi: 41.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Carlizzi 2022: 5.

tendere è la giustizia. Per il filosofo di Lubeca il diritto non può prescindere da un'intrinseca tensione alla giustizia, dal momento che, nella sua visione: "il diritto è la realtà il cui senso è di stare al servizio della giustizia"<sup>23</sup>.

Nella *Rechtsphilosophie* del '32, Radbruch specifica la distinzione tra la giusta applicazione o osservanza di una legge e la giustezza di una legge in sé, laddove la prima coincide con la legalità (*Rechtlichkeit*), la seconda, invece, riflette un significato di giustizia strettamente connesso al principio di eguaglianza. Anche in tal caso, occorre, tuttavia, evidenziare una differenza. L'autore riprende, infatti, la dottrina aristotelica nella sua distinzione tra giustizia commutativa (*ausgleichende*), la quale concerne l'eguaglianza assoluta tra i beni, e giustizia distributiva (*austeilende*), che riguarda, invece, una eguaglianza di tipo proporzionale relativa al trattamento da infliggere. Essendo la giustizia commutativa giustizia tra equiparati, essa richiede come presupposto un atto di giustizia distributiva che conferisca ai soggetti in questione la suddetta equiparazione, il medesimo status giuridico. Ciò cui si rivolge il concetto di diritto è, dunque, la giustizia dal punto di vista distributivo. Ciò che sottende il concetto di diritto è, dunque, la necessità di trattare il simile in modo simile. Tuttavia, la semplice idea di giustizia distributiva non fornisce delucidazioni né su quale sia il criterio di somiglianza, né su quale trattamento si debba riservare. Esso è di certo il principio specifico del diritto, ma non è esaustivo. La giustizia, infatti, determina soltanto la forma del diritto. Affinché questa si ammantasse di un contenuto è necessario che sopraggiunga un ulteriore elemento: l'utilità (*Zweckmäßigkeit*).

Con le parole di Pasini, il principio di utilità "esprime l'esigenza che la esperienza giuridica si svolga per attuare una determinata finalità morale"<sup>24</sup>. In Radbruch, infatti, l'idea di scopo non si riferisce a quelle condizioni empiriche che hanno dato luogo al diritto, ma ad uno scopo in senso sovra-empirico, quello che nella *Vorschule der Rechtsphilosophie* definisce "la morale idea-scopo"<sup>25</sup>. Essa, in tal senso, implica il richiamo ai valori assoluti che, tradizionalmente, escludendo quello della giustizia, sono rappresentati dall'etica, dall'estetica e dalla logica. Sulla base di questi Radbruch distingue tre tipi di 'oggetti' che li detengono: la *personalità singola*, la *personalità collettiva* e le *opere umane*. Tra questi, ai primi due è ricondotto il valore assoluto del buono, all'ultimo quello del bello e del vero. A tali oggetti è possibile riferire rispettivamente tre tipi di valori: *individuali*, *collettivi* e *d'opera*. Porre gli uni o gli altri in ordine gerarchico permette di identificare la concezione della vita, del diritto o dello Stato cui ci si rifà: soffermandosi sui valori individuali si aderirà alle concezioni *individualistiche*, su quelli collettivi alle visioni *sovraindividualistiche*, su quelli d'opera, invece, alle prospettive *transpersonalistiche*. Inoltre, Radbruch, esplicitando il suo debito nei confronti di Tönnies, distingue le forme di vita comune corrispondenti a tali concezioni sulla scorta della distinzione elaborata dal sociologo tedesco tra *Gesellschaft*, *Gesamtheit* e *Gemeinschaft*, corrispondenti a *società*, *totalità* e *comunità*. Gli ideali in cui queste rispettivamente si incarnano sono la *libertà*, *l'autorità* e la *cultura*. Così come in Tönnies la *Gesellschaft* è il luogo in cui risiede l'individuo isolato, il quale si relaziona all'altro nella società soltanto per custodire i propri interessi personali, anche nella visione radbruchiana l'uomo dell'individualismo è inteso come un soggetto isolato, legato

<sup>23</sup> Radbruch 2021 [1932]: 41.

<sup>24</sup> Pasini D., "Il pensiero giuridico di Radbruch", in Radbruch G., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, a cura di Pasini D., tr. it. di Pasini D. e Agnesotti C., Giappichelli, Torino 1959, p. 46.

<sup>25</sup> Radbruch 1959 [1948]: 109.

all'altro soltanto in termini negoziali. In tale prospettiva, il diritto assume una sorta di funzione antisociale; ad esso è affidato il compito di “sostituire l'irrazionalismo sfrenatamente emerso, di un collegamento sociale fatto di intrecci molteplici con un sistema razionale minimo di relazioni giuridiche”<sup>26</sup>. Chiaramente, all'interno di tale prospettiva vige l'eguaglianza di tutti gli individui, ma è un'eguaglianza in forza della quale la singolarità e la diversità di ogni soggetto vengono appiattite, dando vita al cosiddetto “individuo privo di individualità”<sup>27</sup>. Invero, l'immagine proposta da Radbruch in cui si incarna il soggetto astratto dell'individualismo giusfilosofico è quella del contratto sociale. In tal senso, il contratto non riguarda un accordo tra la reale e concreta volontà del singolo, bensì riguarda l'essere razionale in sé: “non uomini reali, bensì un astratto schema razionale che si ripete all'infinito è ciò che stipula il contratto sociale”<sup>28</sup>. In questa prospettiva, il diritto e lo Stato sono i mezzi per realizzare i suoi valori. Scrive, infatti, Radbruch:

“il diritto [...] non deve produrre la libertà interiore, bensì quella esteriore, che serve a realizzare il presupposto della prima, la liberazione dalla coazione motivazionale dell'ambiente sociale, consista questa nel terrorismo della lotta di tutti contro tutti oppure nelle suggestioni del contesto associativo”<sup>29</sup>.

Nella visione individualistica l'essere dell'uomo può dispiegarsi in una sfera altra rispetto a quella del diritto, luogo in cui, invece, l'uomo è sostituito dall'individuo. Questo è il senso in cui l'individualismo si incarna nelle dottrine giusfilosofiche dei partiti del liberalismo e della democrazia. Il concetto di individuo così come è inteso da queste ultime, quindi, coincide con “l'individuo naturale, nella misura in cui può divenire personalità morale, [...] libertà personificata”<sup>30</sup>. Esso si colloca a metà tra la personalità morale – che per sua essenza non può essere risultato di coazione ma solo di libertà – e l'individualità empirica – al servizio delle cui inclinazioni il diritto e lo Stato non sarebbero altro che annientati in una forma di anarchismo; è perciò inteso come “la mera capacità delle individualità empiriche di avere una morale individualizzata”<sup>31</sup>. Nello specifico, per il liberalismo il punto di partenza del pensiero giusfilosofico è costituito dai diritti umani, dai diritti fondamentali in quanto parte della libertà prestatale, che vengono tutelati dallo Stato. Per la visione democratica, invece, il singolo pone la sua libertà prestatale a disposizione di quella statale per ottenere in cambio la possibilità di partecipare alla formazione di questa stessa volontà. Liberalismo e democrazia si distinguono tra loro in virtù di una diversa valutazione dell'individuo poiché laddove il liberalismo esalta il valore del singolo, anche a discapito dell'interesse della maggioranza, per la democrazia è proprio quest'ultimo a prevalere su ogni cosa. Perciò, se il valore dell'individuo nella concezione liberale è infinito e illimitato, nella democrazia il singolo ha un valore finito, in funzione della volontà dei più. Inoltre, se la democrazia rivendica una libertà formale, cioè sul piano giuridico, il socialismo – altra ideologia che incarna la visione individualistica – rivendica, invece, l'esigenza di una democrazia materiale, ovvero la libertà economica, effettiva, per il singolo. Se l'individualismo giusfilosofico

---

<sup>26</sup> Radbruch 2021 [1932]: 72.

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ivi: 73.

<sup>29</sup> Ivi: 71.

<sup>30</sup> Ibidem.

<sup>31</sup> Ibidem.

può esser associato all'immagine del contratto, ciò cui rinvia la concezione sovraindividualistica è la figura dell'organismo. Infatti, così come nell'organismo il tutto funziona solo in virtù della cooperazione delle singole parti, allo stesso modo, ogni individuo ha qui un posto, un ruolo, volto a contribuire alla funzionalità dell'intero. In tal senso, quindi, la libertà non va intesa come nella prospettiva individualistica come "l'astratta possibilità verso tutto e tutti"<sup>32</sup>, bensì come la libertà di operare secondo le proprie peculiari capacità a vantaggio della collettività; è, quindi, una libertà senza uguaglianza. Il singolo diventa mezzo per la collettività. La visione sovraindividualistica si esprime, pertanto, nei partiti autoritari e conservatori, per i quali lo Stato non esiste per i membri ma sono questi ultimi ad esistere per lo Stato, i cui interessi sono dunque superiori anche a quelli della maggioranza. La prospettiva transpersonalistica, a differenza delle precedenti, non si incarna in alcuna ideologia partitica poiché non si pone sottoforma di programma bensì come "gusto per la vita"<sup>33</sup> in quanto "sentimento vitale della cultura e della comunità"<sup>34</sup>. Essa, infatti, si rappresenta nell'opera culturale alla cui costruzione prendono parte tutti gli uomini, i quali, partecipando a compiti di portata universale nella solidarietà del lavoro comune, mantengono integri i diritti e le peculiarità della loro personalità. In tal modo, pur non realizzandosi politicamente, essa assume la funzione di 'unità di misura' per la successiva valorizzazione dei popoli scomparsi poiché sono solo le opere di cultura che sopravvivono al logorio del tempo e della storia.

Una volta evidenziate le varie prospettive in cui si concretizzano i valori, Radbruch precisa che il prediligere l'una o l'altra concezione dipende non soltanto dal gusto dell'epoca, ma perfino dal giudizio soggettivo del singolo uomo. In virtù del suo relativismo, l'autore riconosce l'impossibilità di stabilire quale tra queste concezioni sia corretta, se l'una sia più giusta dell'altra. Attraverso la filosofia del diritto, tuttavia, è possibile indagare tali prospettive per permettere così alla profonda coscienza del singolo di compiere una scelta consapevole in merito alla *weltanschauung* da adottare.

La filosofia del diritto, infatti, da un lato, deve indagare a fondo ogni giudizio giuridico di valore per ricavare i mezzi necessari per la sua realizzazione, dall'altro, deve risalire ai presupposti ultimi relativi alla specifica visione del mondo, cioè ricavare l'intero sistema di valori che una determinata valutazione implica. Tali presupposti, infine, devono essere sviluppati in integralità sistematiche affinché possano essere considerati nelle loro contraddizioni e affinità. Attraverso tale procedimento è possibile indagare il senso oggettivo delle valutazioni giuridiche, ovvero non quel che il soggetto ha considerato per giungere ad una valutazione ma ciò che avrebbe dovuto valutare "secondo il criterio della consequenzialità causale e logica"<sup>35</sup>. Ciò consente di accertare la correttezza di un determinato giudizio di valore ma soltanto in relazione a un enunciato ultimo, solo all'interno di quella specifica concezione del mondo.

L'impossibilità di assolutizzare una scelta e la conseguente conflittualità degli scopi, diventando fonte di continua instabilità, disattende lo stesso presupposto dell'idea del diritto, lo stesso fine ultimo del diritto, ovvero il garantire l'ordine della convivenza umana.

---

<sup>32</sup> Ivi: 78.

<sup>33</sup> Ivi: 68.

<sup>34</sup> Pasini D., "Il pensiero giuridico di Gustav Radbruch", in Radbruch G., *Propedeutica alla filosofia del diritto*, cit., p. 54.

<sup>35</sup> Radbruch 2021 [1932]: 19.

“Puisqu’il est impossible de déterminer ce qui est juste, il faut au moins constituer ce que doit être de droit”<sup>36</sup> scrive Radbruch in *Le relativisme dans la philosophie du droit*. Ci si imbatte così nella terza dimensione dell’idea del diritto: la certezza giuridica, luogo in cui la positività del diritto diventa presupposto della sua correttezza. Laddove non è possibile stabilire cosa sia giusto, è necessario che sia non solo disposto ma imposto.

“Il diritto come ordinamento della vita comune non può restare abbandonato alla diversità delle opinioni dei singoli, deve piuttosto diventare un ordinamento su tutti”<sup>37</sup>.

Nell’articolo *La sécurité en droit d’après la théorie anglaise*, Radbruch precisa il significato di certezza giuridica a partire dalla distinzione tra *sécurité par le droit* e *sécurité du droit*. Mentre con la prima espressione si intende la sicurezza garantita alla persona mediante il diritto, intesa anche come pace e ordine, fondata sull’esigenza della determinazione autoritativa e certa del diritto da parte di una volontà e di una forza in grado di realizzarla, la seconda si fonda, invece, sulla sicurezza dei rapporti giuridici, dei diritti soggettivi, dei diritti acquisiti attraverso il divieto di retroattività, della costanza della norma nel tempo, della ridotta discrezionalità del giudice nell’interpretazione e applicazione della legge. Seppur il peso che ognuno di questi elementi assume rispetto all’altro vari di epoca in epoca, essi sono tra loro interdipendenti; pertanto, affinché si realizzi pienamente, il principio della certezza giuridica deve declinarsi in ciascuna delle due forme. In quanto garante dell’ordine a prescindere dallo scopo, la certezza giuridica è, quindi, elemento indispensabile dell’idea del diritto.

## 5. La validità del diritto

“La giustizia è il secondo [zweite] grande compito del diritto, ma il primo [nächste] è la certezza giuridica, la pace, l’ordine”<sup>38</sup> – scrive Radbruch nel testo del ’32. Sebbene, infatti, l’autore intenda la giustizia come il nucleo fondativo dell’idea del diritto, “che si ponga termine alla contesa tra le visioni giuridiche è più importante del fatto che questo termine sia *giusto e utile*”<sup>39</sup>.

È, quindi, sulla idea di certezza giuridica che Radbruch fonda la validità del diritto, ovvero ciò che è concepito come doveroso, obbligatorio. Nella *Rechtsphilosophie*, infatti, dopo aver superato tanto la teoria della validità del diritto adottata dalla scienza giuridica, quanto quella sociologica, basata sul potere e sul riconoscimento, l’autore propone una teoria di tipo filosofico. La prima, fondando la validità del diritto su un sistema scalare in cui ogni norma è giustificata da una di rango superiore, in un processo a ritroso che giunge alla *Grundgesetz* – concepita come *causa sui* –, fallisce laddove sistemi di norme si scontrano poiché impossibilitati nel giustificare il primato della *Grundgesetz* di un ordinamento piuttosto che di un altro; la seconda, invece, si basa sull’efficacia, sull’obbedienza che è in grado di ottenere attraverso la teoria del potere (*machttheorie*) e quella del riconoscimento. Il potere (*macht*), tuttavia, laddove si esercita soltanto in forma coercitiva, laddove appare come mera forza bruta (*gewalt*), è in grado di produrre un *Müssen* ma non un *Sollen*, un dovere fisico ma non morale. Neanche la teoria del riconoscimento è in grado, perciò, di giustificare la validità del diritto. È necessario,

<sup>36</sup> Radbruch 1934: 106.

<sup>37</sup> Radbruch 2021 [1932]: 81.

<sup>38</sup> Ivi: 94.

<sup>39</sup> Ivi: 82.

infatti, che essa sia fondata “non sul riconoscimento fittizio di essa da parte dei sottoposti, bensì sul vero interesse che gli uni hanno per l'altra”<sup>40</sup>. Afferma, infatti, Radbruch: “Il diritto vale, non *perché*, bensì *se* è in grado di imporsi in maniera efficace, *perché* solo allora è in grado di garantire certezza giuridica”<sup>41</sup>. La teoria filosofica della validità del diritto ricerca il suo fondamento in un valore sovrapositivo. Scrive, infatti, nella *Vorschule der Rechtsphilosophie*:

“La questione della validità del diritto, dell'obbligo del diritto, della sua natura obbligatoria, è una questione del dovere. Già da ciò risulta chiaro, che a tale questione non si può rispondere esaurientemente sulla base della legge positiva, o in generale sulla base di fatti”<sup>42</sup>.

La validità del diritto, quindi, si deve intendere come l'obbligatorietà di un atto, ma tale obbligatorietà può fondarsi solo sulla morale. È per tale ragione che dinnanzi al delinquente per convinzione che non si riconosce nel diritto posto, quest'ultimo “può provare soltanto il proprio potere, ma mai dimostrargli la propria validità”<sup>43</sup>. L'autore sottolinea, infatti, come, in caso di conflitto tra le varie componenti, soltanto la singola coscienza può decidere a quale di esse prestar fede. Di conseguenza, la coscienza del singolo è ‘autorizzata’ a trasgredire il diritto positivo pur di non venir meno alle proprie convinzioni<sup>44</sup>. Ciò, a differenza di quanto afferma negli scritti del dopoguerra<sup>45</sup>, è possibile soltanto nel caso del cittadino comune, il quale si distingue dal giudice che, invece, deve “sacrificare la propria sensibilità giuridica al comando autoritativo del diritto, chiedersi solo cosa rileva secondo diritto, giammai se esso sia anche giusto”<sup>46</sup>. Questo *sacrificium intellectus*, così come lo definisce Radbruch, è necessario poiché per quanto ingiusto possa essere il contenuto di una legge essa nella sua vigenza soddisfa sempre uno scopo: la certezza giuridica. La concezione della validità radbruchiana, dunque, in virtù dell'istanza relativistica che la sottende, non permette di equiparare il diritto valido al diritto corretto. Se non si è in grado di stabilire quale sia il diritto giusto in senso assoluto è necessaria la presenza di una volontà superindividuale che sopperisca alle mancanze della ragione e della scienza. Dunque, se il diritto positivo deve porre fine alla controversia tra le varie visioni giuridiche mediante la propria autorità è necessario

<sup>40</sup> Ivi: 91.

<sup>41</sup> Ivi: 94.

<sup>42</sup> Radbruch 1959 [1948]: 121.

<sup>43</sup> Radbruch 2021 [1932]: 95.

<sup>44</sup> Emblematica, a tal proposito, è la figura del delinquente per convinzione, l'*Überzeugungsverbrecher*. Inteso come l'*Andersdenkender*, come il portatore di un pensiero differente, il *reo* per convinzione è colui che delinque non per soddisfare le proprie esigenze egoistiche ma perché non condivide il medesimo orizzonte assiologico dello Stato. Egli può e deve esser combattuto al fine di preservare l'ordine, ma questa lotta, in virtù del relativismo assiologico professato da Radbruch, deve sempre svolgersi all'insegna della tolleranza e nel rispetto delle altrui *weltanschauung*. Non a caso, la riflessione intorno al profilo dell'*Überzeugungsverbrecher* sorge a partire dall'esigenza di rimodulare i fini tradizionalmente attribuiti alla pena nei confronti di alcuni soggetti particolari; in virtù di ciò, a tale figura dev'essere riservato un trattamento che non si basi sul fine della vendetta e della rieducazione del *reo* – legate all'assunzione di una superiorità morale dello Stato rispetto a quella del soggetto in questione – in quanto il delinquere non va qui inteso come sintomo di inferiorità valoriale bensì come diversità.

<sup>45</sup> Scrive, infatti, Radbruch nel '45: “Se le leggi negano consapevolmente la volontà di giustizia, per esempio i diritti umani lasciano gli uomini all'arbitrio e falliscono, allora a queste leggi manca validità, allora il popolo non deve loro alcuna ubbidienza, *allora anche i giuristi devono trovare il coraggio di negare loro il carattere della giuridicità*”. (Radbruch 2021: 119). (corsivo mio)

<sup>46</sup> Radbruch 2021 [1932]: 95.

che la produzione del diritto spetti ad una volontà che sia in grado di imporsi a qualsiasi visione giuridica riottosa. La validità del diritto si fonda perciò sulla certezza o, come afferma lo stesso Radbruch, “sulla pace che il diritto istituisce tra le visioni giuridiche in conflitto, sull’ordine che pone fine alla lotta di tutti contro tutti”<sup>47</sup>.

È vero che la concezione della validità del diritto rimane la medesima nell’intero sviluppo del pensiero di Radbruch, prediligendo, dunque, per la sua giustificazione l’elemento della certezza giuridica – poiché una legge (relativamente) ingiusta è pur sempre migliore dell’assenza di legge –, tuttavia, è anche vero che il giusfilosofo non ammise mai la possibilità di trascurare una delle tre componenti, né tantomeno di negare apertamente una di queste. Ciò avvenne, invece, in modo evidente durante il Terzo Reich. Nella *Vorschule der Rechtsphilosophie* evidenzia, infatti, come, sotto il regime hitleriano, il valore predominante fosse quello dell’utilità a discapito delle altre componenti. Prescindendo dalla giustizia, la quale determina la relazione tra l’individuo e il popolo, e, al contempo, dalla certezza giuridica, dalla quale dipende la validità del diritto, lo scopo è divenuto nient’altro che mero arbitrio. Laddove l’enunciato “il diritto è ciò che è utile al popolo”<sup>48</sup> significa che “arbitrio, violazione del contratto, illegalità sono, nella misura in cui sono utili al popolo, diritto”<sup>49</sup>, allora, al contrario, si dovrebbe considerare che “solo ciò che è diritto, è utile al popolo”<sup>50</sup>.

Dinnanzi ad un diritto che viola sistematicamente il principio di uguaglianza sostanziale, che sorge mettendo fuori legge gli altri partiti, che non stabilisce la pena da infliggere sulla base di alcun criterio di proporzionalità o, ancora, che divide gli esseri umani in categorie – considerando alcuni di loro *untermenschen* e negando loro ogni diritto – Radbruch non può che rivedere la sua concezione.

Posto, infatti, che “l’imperfezione umana non permette sempre nella legge l’unione armonica di tutti e tre i valori del diritto”<sup>51</sup>, se anche “la legge come tale, persino la cattiva legge, ha ancora sempre un valore – il valore di assicurare il diritto di contro all’incertezza”<sup>52</sup>, al cospetto di “leggi che negano consapevolmente la volontà di giustizia”<sup>53</sup> è necessario che queste siano private di qualsiasi validità o status giuridico. Corregge, così, la sua posizione precisando: “allora il popolo non deve loro alcuna ubbidienza, allora anche i giuristi devono trovare il coraggio di negare loro il carattere della giuridicità”<sup>54</sup>. Se da un lato, “di regola la certezza del diritto [...] giustificherà proprio come una forma inferiore di giustizia anche la validità del diritto positivo ingiusto”<sup>55</sup>, dall’altro, “vi sono [...] principi giuridici che sono più forti di ogni statuizione giuridica, per cui una legge che li contraddica è al dunque priva di validità”<sup>56</sup>.

Se il nucleo dell’idea del diritto è l’idea della giustizia, e il suo fine ultimo è quello di porsi al servizio di questa, un diritto che neghi apertamente la giustizia, quale è quello nazista, non raggiunge nemmeno la dignità di diritto vigente.

---

<sup>47</sup> Ivi: 93-94.

<sup>48</sup> Radbruch 2021: 118.

<sup>49</sup> Ibidem.

<sup>50</sup> Ibidem.

<sup>51</sup> Ivi: 120.

<sup>52</sup> Ivi: 119.

<sup>53</sup> Ibidem.

<sup>54</sup> Ibidem.

<sup>55</sup> Radbruch 1959 [1948]: 117.

<sup>56</sup> Radbruch 2021 [1932]: 120.

“Se l’assassinio dell’avversario politico viene celebrato, se l’uccisione del diverso per razza viene ordinata, lo stesso fatto contro i propri compagni invece sottoposto alle pene più crudeli e disonorevoli, allora non è né giustizia né diritto”<sup>57</sup>.

È per tale ragione che la concezione della validità del diritto radbruchiana sarà rivisitata alla luce della necessità di affermare un punto limite oltre il quale la certezza giuridica deve cedere il passo alla giustizia: l’inviolabilità dei diritti fondamentali.

“Vi sono dunque principi giuridici che sono più forti di ogni statuizione giuridica, per cui una legge che li contraddica è al dunque priva di validità. Questi principi sono chiamati diritto naturale o diritto di ragione. Certo essi sono circondati da qualche incertezza nei singoli casi, ma l’opera dei secoli ha elaborato una salda consapevolezza, e li ha unificati nelle cosiddette dichiarazioni dei diritti umani e dei diritti civili con un consenso così vasto che in riferimento ad alcuni di essi solo uno scetticismo ostinato può ancora conservare dubbi”<sup>58</sup>.

Sulla base di ciò, come è noto, la *Formula di Radbruch* riconoscerà come *non-valido* il diritto che presenta nel suo contenuto un grado di ingiustizia talmente elevato da ritenerlo intollerabile, e come *Nicht-Recht* quel diritto che non soltanto non realizza ma che neanche tende all’attuazione della giustizia. Se il primo mantiene lo status di legge ma perde la sua validità, svincolando così il destinatario dalla necessaria obbedienza, il secondo viene privato addirittura della sua giuridicità, qualificandosi così come mero atto di arbitrio, come non-diritto.

“Quando nel porre il diritto positivo viene di proposito negata quell’uguaglianza che costituisce il nucleo della giustizia, allora la legge non soltanto è “diritto ingiusto”, piuttosto non è affatto diritto. Ciò, perché non è possibile definire il diritto, anche il diritto positivo, se non come un ordinamento e una statuizione, che sono definite secondo il loro senso, quello di essere al servizio della giustizia”<sup>59</sup>.

Il primato della certezza giuridica, in termini di validità del diritto, viene dunque messo in discussione laddove il diritto posto entra in contraddizione con l’*übergesetzliches Recht*, il diritto sovraleale. Radbruch non specifica in cosa questo diritto sovrapositivo consista, ma è evidente che, quel diritto assoluto, la cui negazione implica l’invalidazione della legge, coincide con i diritti umani fondamentali.

È chiaro, dunque, che il Radbruch del dopoguerra rielaborerà alcune delle concezioni precedentemente affermate, la più eclatante delle quali relativa al principio di giustizia, adesso dotato di un, seppur minimo, contenuto materiale<sup>60</sup>. Tuttavia, come emerge dall’interpretazione di Robert Alexy, si tratta in tal caso di un’accentuazione modesta, seppur con rilevanti conseguenze degli stessi motivi (a suo dire non-positivisti) riscontrabili sin dalle prime produzioni. L’attenzione ai diritti umani era, infatti, già

<sup>57</sup> Radbruch 2021: 118-119.

<sup>58</sup> Ivi: 120.

<sup>59</sup> Radbruch 2002 [1946]: 158.

<sup>60</sup> “Ebbene Radbruch può essere considerato, seguendo queste categorie, una specie di traditore [...] per il semplice fatto di aver avuto il coraggio e l’onestà intellettuale di cambiare, non partito, non schieramento, ma idea, pensiero” scrive Marina Lalatta Costerbosa, scagliandosi contro chi biasima l’ipotetica conversione di un filosofo del diritto, la cui veridicità delle affermazioni non dovrebbe farsi condizionare da eventi storici, “come se i campi di concentramento fossero circostanze esterne di occasione che non possono avere effetti sulle idee; come se la pianificazione dello sterminio genocidario potesse scivolare via [...] pattinare sulla “superficie degli eventi””. (Cfr. Lalatta Costerbosa M., “Alla ricerca del diritto perduto” in Radbruch G., *Diritto e no. Tre scritti*, cit., pp. 10-12.)

comparsa in più luoghi della filosofia del diritto di Radbruch<sup>61</sup>, dal dopoguerra, tuttavia, l'appello alla tutela dei diritti dell'uomo, in quanto nucleo dell'idea di giustizia, è diventato indispensabile. Da un relativismo per cui tutto è possibile e nulla necessario, si giunge ad affermare un limite sostanziale assoluto. Ciononostante, questo spostamento non determina una frattura nel sistema radbruchiano che, al contrario, nei suoi sviluppi post-bellici troverà la sua fortuna.

“There are systems that collapse with small changes. Radbruch's system, however, is not endangered by this momentous transport, but rather strengthened. That this is possible marks the eminence of Radbruch's system, that this possibility became reality is the eminence of Radbruch”<sup>62</sup>.

### 6. Un 'relativismo ragionevole'

Come si è potuto evincere da quanto sin ora affermato, la concezione relativistica pervade l'intero sistema radbruchiano. Essa, infatti, si esprime tanto nella sua biografia, nel suo rifiuto di qualsiasi ideologia o fondazione giuridica assoluta – al punto che Erik Wolf la definisce come una vera e propria esperienza dell'anima –, quanto nel suo pensiero.

Un forte ascendente per la concezione relativistica radbruchiana è esercitato dalla riflessione weberiana. Come in Radbruch, infatti, anche nel pensiero del sociologo tedesco è possibile rintracciare la necessità del rifiuto di un'assolutizzazione di una presa di posizione. Lungi dal non assumerne una, il relativismo weberiano demanda la scelta tra una posizione e l'altra non ad una fondazione scientifica di queste bensì alla responsabilità morale del singolo il quale, nella eterna lotta tra gli antichi dèi, nel conflitto tra la dignità religiosa e quella virile<sup>63</sup>, “deve scegliere quale sia per lui il dio e quale il diavolo”<sup>64</sup>. Tale impossibilità pervade ogni ordine di valore, ogni aspetto della vita. La scienza, tuttavia, permette di ricavare il senso delle valutazioni ultime, indagandone i presupposti e le conseguenze.

Come precedentemente accennato, sulla stessa scia si muove la concezione relativistica radbruchiana, la quale, infatti, sorge a partire da un'esigenza di tipo gnoseologico, ovvero dalla consapevolezza di non poter giungere ad alcuna conoscenza certa in senso assoluto. Tuttavia, tale limitazione va ricondotta alla ragione teorica e non a quella pratica, motivo per cui riconosce l'impossibilità di una fondazione scientifica delle prese di posizione ultime ma non la rinuncia a queste<sup>65</sup>. Non a caso, come l'autore stesso sottolinea<sup>66</sup>, il suo è il relativismo del Nathan di Lessing, non quello di Pilato, è il relativismo di colui che, nella consapevolezza della possibile correttezza di ognuna delle concezioni affermate, lascia che ognuno esponga le proprie ragioni, non quello di colui che, conscio di non poter giungere ad una verità assoluta, si astiene dall'assumere una

---

<sup>61</sup> Ciò emerge non soltanto dai suoi scritti ma anche dalla sua stessa biografia. Numerose furono, infatti, le battaglie politiche da lui condotte per l'abolizione della pena di morte, per l'inclusione delle donne in magistratura o l'intercessione per il delinquente per convinzione.

<sup>62</sup> Alexy 2021: 118.

<sup>63</sup> Cfr. Weber 2004 [1919]: 52.

<sup>64</sup> Ibidem.

<sup>65</sup> Cfr. Radbruch 2021 [1932]: 19.

<sup>66</sup> Ibidem.

posizione. Il relativismo radbruchiano non va inteso, quindi, come scetticismo o indifferenza, ma, al contrario, si lega al riconoscimento del pluralismo di visioni che impedisce l'assolutizzazione di una singola posizione nel rispetto della visione dell'altro.

In particolare, è nell'articolo *Le relativisme dans la philosophie du droit*, che l'autore presenta una chiara esposizione dei punti salienti della sua concezione e le implicazioni che ne derivano percorrendo un sistema circolare che mostra come pur muovendo da una concezione opposta a quella insita nel giusnaturalismo giunge, infine, a riproporre le stesse conclusioni. Difatti, dinnanzi al presupposto su cui si erge il giusnaturalismo, l'idea per cui esiste un diritto giusto, unico, conoscibile e dimostrabile, egli sottolinea come, tanto la scienza empirica quanto la teoria della conoscenza kantiana dimostrino il contrario. La prima, infatti, attraverso la storia del diritto e la comparazione dei vari istituti giuridici mette in luce la varietà di ideali cui questo di volta in volta fa riferimento, la seconda, invece, sebbene affermi l'universalità delle forme della civiltà e del diritto, riconosce come il contenuto di quest'ultimo sia dipendente dal dato empirico. Lo stesso Radbruch, in *Der Mensch im Recht*, evidenziando l'evolversi del diritto in relazione al tipo di uomo dell'epoca che deve rispondere di diritti e di doveri, testimonia l'assenza di un diritto giusto a priori, indipendente dalle differenti situazioni sociali. All'idea di diritto naturale o diritto giusto è, quindi, forse preferibile l'espressione 'diritto culturale' attraverso la quale considerare la possibile esistenza di un diritto corretto, ma soltanto all'interno di specifiche coordinate spaziotemporali. È in virtù di ciò, dunque, che l'autore rifiuta la concezione giusnaturalista e giustifica, invece, quella giuspositivista che, per sopperire al relativismo degli scopi, garantisce l'ordine nella società mediante la certezza del diritto, attraverso l'obbligo di osservare il diritto semplicemente in quanto posto. La stretta relazione tra il relativismo e il positivismo si instaura, dunque, in virtù della necessità di sciogliere il nodo gordiano dell'indimostrabilità del diritto giusto attraverso il predominio del diritto posto. Scrive, infatti, il filosofo: "Au lieu d'un acte de vérité, qui est impossible, ce qui se fait, c'est un acte d'autorité. Le relativisme débouche dans le positivisme"<sup>67</sup>. Di conseguenza, il relativismo esige tanto uno Stato di diritto (*Rechtsstaat*), uno stato che sia interamente sottomesso alla volontà della legge (in cui, dunque, anche il legislatore sia vincolato alle stesse leggi che emana), quanto una democrazia. L'eguaglianza delle opinioni presuppone, infatti, anche l'eguaglianza degli uomini. È chiaro che in assenza di una concezione relativistica che attribuisce, quindi, eguale dignità ad ogni individuo e ad ogni opinione non è possibile creare un sistema maggioritario. La scelta democratica appare, infatti, l'unica via per la realizzazione del fine ultimo del diritto: la convivenza umana. In tal senso, inizialmente sembra che la posizione di Radbruch sia affine alla concezione kelseniana poiché in entrambi gli autori si rintraccia il legame tra relativismo e democrazia (in opposizione alla coppia assolutismo-autocrazia). Difatti, come emerge in *Der mensch im Recht*, in linea con il pensiero di Kelsen, il filosofo tedesco ritiene la democrazia altro rispetto alla semplice realizzazione del principio di maggioranza e, al contempo, come il giurista viennese, sostiene la teoria del relativismo etico, la quale implica il rifiuto di ogni fanatismo e l'affermazione del pluralismo morale che caratterizza ogni società democratica. Inoltre, il concetto di democrazia in Radbruch si colloca all'interno di una peculiare prospettiva antropologica, la quale presenta il superamento dell'uomo egoista e autointeressato, del Robinson o dell'Adamo, verso l'uomo collettivo, l'uomo relazionale, per il quale la

---

<sup>67</sup> Radbruch 1934: 106-107.

democrazia non è la semplice somma dei singoli ma “un tutto sociologico molto più complesso di gruppi sociali, classi e partiti”<sup>68</sup>. Tuttavia, nell’ultimo paragrafo della *Vorschule der Rechtsphilosophie*<sup>69</sup>, Radbruch contesterà il pensiero di Kelsen, poiché, se per il giurista viennese il concetto di democrazia coincide con la volontà di affidare il potere dello Stato alla maggioranza indipendentemente dal contenuto specifico della sua idea politica di scopo, per Radbruch, quest’ultima non è trascurabile. D’altro canto, è proprio in virtù di un’idea di Stato democratico “senza idea politica, neutrale di fronte a tutte le concezioni del mondo”<sup>70</sup> che nel 1933 una maggioranza antidemocratica ha potuto assoggettare lo Stato democratico. Per il nostro autore, infatti, il relativismo che sta alla base della democrazia non rappresenta l’assenza di opinione politica, bensì il principio del riconoscimento della dignità dell’opinione altrui. Il relativismo di Radbruch è, infatti, attraverso le parole di Lalatta Costerbosa, un relativismo ‘ragionevole’, “è un relativismo, il suo, prossimo [...] all’ideale del pluralismo nella diversità, lontano cioè dall’indifferenza e dall’equiparazione di qualsivoglia insieme di opzioni confliggenti”<sup>71</sup>. Non a caso, per l’autore, oltre che alla democrazia, il relativismo conduce al liberalismo, poiché mentre pone fine alla lotta per il potere delle varie concezioni, obbliga al rispetto delle libertà altrui. Scrive, infatti, nella *Vorschule der Rechtsphilosophie*: “Dietro l’idea del relativismo, della neutralità, della tolleranza, sta il valore positivo della libertà, libertà come approvazione dello Stato di diritto, libertà come vivaio della personalità. Libertà come principio dell’attività culturale”<sup>72</sup>. Pertanto, laddove l’atto del legislatore non è fonte di verità ma è un atto di autorità, esso può ‘obbligare’ il cittadino ad osservare la legge, ma sempre nel rispetto del diritto alla libertà che spetta ad ogni uomo. Afferma, infatti, il giusfilosofo tedesco:

“Elle [la décision du législateur] peut prêter à une certaine opinion de droit la force obligatoire, mais non pas la force convaincante. Elle peut terminer le combat de puissance, mais non pas le combat d’opinion entre les partis contraires. [...] Le droit de légiférer lui est confié, à condition de laisser subsister le combat idéal entre les différentes convictions juridiques”<sup>73</sup>.

Se, dunque, il relativismo come presupposto della democrazia e del liberalismo implica il rispetto e la tolleranza del pensiero e delle libertà altrui, al contempo, esso presenta un limite: l’intolleranza. Difatti, Radbruch riconosce che la morte della democrazia in quanto rispetto dell’opinione altrui avviene al cospetto dell’intollerante; dinnanzi a quell’opinione che, con la forza, si erge come assoluta a dispetto dell’altro la democrazia perde se stessa. Posto che la condizione d’esistenza e al contempo il fine ultimo dello Stato democratico è la tolleranza dell’opinione altrui, l’opinione intollerante lede i suoi stessi presupposti. Afferma, pertanto, Radbruch: “Relativisme – c’est la tolérance universelle – sauf vis-à-vis de l’intolérance”<sup>74</sup>. Tali concetti affermati in rapporto al relativismo sono di natura prettamente ideologica; tuttavia, precisa Radbruch, dal punto di vista sociologico tali concezioni non si concretizzano così facilmente. Difatti, sebbene teoricamente a tutti gli uomini siano concesse pari opportunità e pari diritti di

<sup>68</sup> Radbruch 2021: 108.

<sup>69</sup> Cfr. Radbruch 1959 [1948]: 221 sgg.

<sup>70</sup> Ivi: 222.

<sup>71</sup> Lalatta Costerbosa M., “Alla ricerca del diritto perduto”, in Radbruch G., *Diritto e no. Tre scritti*, cit., p. 73.

<sup>72</sup> Radbruch 1959 [1948]: 222.

<sup>73</sup> Radbruch 1934: 107.

<sup>74</sup> Ivi: 109.

libertà, nella pratica “à cette égalité fictive des chances de toutes les convictions, une inégalité infinie correspond dans la réalité”<sup>75</sup>. Quest’eguaglianza è in realtà soltanto fittizia: tra i vari individui c’è, infatti, una distanza considerevole, quella che Radbruch definisce come una differente forza sociologica. Essa consiste in nient’altro che in una diversa forza persuasiva delle convinzioni, corrispondente al capitale o alla folla, che accompagna al trionfo una specifica concezione. È a partire dalla liberazione da tali forze ‘irrazionali’ e ‘irragionevoli’, dal lavoro materiale e da quello ideale, che è possibile realizzare “le saut de la nécessité à la liberté”<sup>76</sup>. In virtù di ciò, il relativismo conduce anche al socialismo. Sebbene la sua riflessione sul relativismo, nell’impossibilità di fondare il ‘diritto giusto’, si sia posta sin dall’inizio in antitesi con il giusnaturalismo, egli stesso, in *Le relativisme dans la philosophie du droit*, riconosce di esser giunto alle medesime considerazioni del diritto naturale pur seguendo sentieri ben diversi. Scrive, infatti, l’autore: “En contradiction au principe méthodique du droit naturel, nous avons réussi à fonder ces doctrines matérielles: droit de l’homme”<sup>77</sup>. Emergono, dunque, sin dall’articolo del ’34, quei temi che da sempre hanno accompagnato non soltanto il pensiero giusfilosofico ma anche lo spirito di Radbruch: l’inviolabilità dei diritti fondamentali. “Liberté et égalité [...] sont le base indestructible de laquelle on peut s’éloginer, mais à laquelle il faut toujours retourner”<sup>78</sup>.

## 7. Conclusioni

Il percorso sin ora tracciato è volto a ricostruire i tratti fondamentali della filosofia del diritto di Radbruch al fine di rilanciare il pensiero di un autore sempre attuale, i cui principi diverranno oggetto di molteplici sviluppi nel contesto filosofico-giuridico contemporaneo: dall’influenza sul piano giurisprudenziale al forte ascendente esercitato sui teorici del diritto. Ma non soltanto. Numerosi sono, infatti, gli aspetti del suo pensiero che, a posteriori, possono essere interpretati come un preludio a modelli giuridici affermati nelle teorie del diritto contemporaneo: basti pensare alla conflittualità tra i principi, alla priorità che, di volta in volta, ognuno di essi assume rispetto all’altro, o alla perenne tensione del diritto alla realizzazione della sua idea, argomenti che, ad oggi, trovano pieno sviluppo nel modello dei principi o nella teoria del bilanciamento<sup>79</sup>. Ancora, molteplici sono gli elementi che possono condurre ad intendere Radbruch come un precursore dello Stato Costituzionale di diritto. La sua posizione non può sicuramente assurgere a quella di teorico del costituzionalismo *ante litteram*, poiché nella sua produzione sono assenti tratti tipici di simili correnti. Pur tuttavia, soprattutto quanto affermato nell’ultima fase del suo pensiero, ovvero l’esigenza di “riarmarci contro il ritorno di un tale Stato di non-diritto”<sup>80</sup>, può esser inteso come una ‘sfida’<sup>81</sup> lanciata da

<sup>75</sup> Ivi: 110.

<sup>76</sup> Ibidem.

<sup>77</sup> Ibidem.

<sup>78</sup> Ibidem.

<sup>79</sup> Sulla affinità tra la concezione radbruchiana e il modello dei principi cfr. Sieckmann 2012: 75-93.

<sup>80</sup> Radbruch 2002 [1946]: 159.

<sup>81</sup> Scrive, infatti, in *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*: “Dobbiamo cercare la giustizia, e in egual misura dobbiamo rispettare la certezza del diritto, giacché è essa stessa una parte della giustizia: dobbiamo costruire di nuovo uno Stato di diritto, che sia capace di soddisfare entrambe queste idee. La democrazia è sicuramente un bene prezioso, lo Stato di diritto tuttavia è come il pane quotidiano, come l’acqua da bere,

Radbruch e dai tanti filosofi e giuristi che, dal dopoguerra, si pongono come obiettivo quello di ripristinare una pacifica convivenza tra il principio della giustizia e quello della certezza giuridica. Tale sfida sembra esser stata accolta nella forma dello Stato Costituzionale di diritto. Scrive, sul punto, Lo Giudice:

“A ben vedere, alle difficoltà poste dall’orizzonte culturale dischiuso dalla riflessione di Radbruch, il costituzionalismo contemporaneo ha reagito elaborando un’articolazione istituzionale che sarebbe in grado, da una parte, di soddisfare l’esigenza di giustizia divenuta irrinunciabile dopo gli orrori della seconda guerra mondiale, e dall’altra di garantire comunque la certezza del diritto attraverso il controllo del giudizio”<sup>82</sup>.

Il miglior tentativo di realizzare quanto proposto dal filosofo di Lubeca è dato, quindi, dalla costituzionalizzazione dei diritti fondamentali che avviene, in forma rigida, soprattutto nel quinquennio che intercorre tra il 1945 e il 1949. Ciò, come afferma Ferrajoli, corrisponde alla forma “che assume il “mai più” costituzionale agli orrori dei totalitarismi e delle guerre”<sup>83</sup>. Si tratta, dunque, della positivizzazione di istanze morali affinché nessuno dei principi costitutivi del diritto, in specie quelli relativi alla giustizia, ai diritti fondamentali di ogni essere umano, possa esser trascurato. È in questa forma che si può tentare di realizzare quanto auspicato da Radbruch, ovvero di garantire in un sistema la presenza dell’elemento positivo pur sempre nel rispetto della giustizia e nel mantenimento di un limite invalicabile per non ledere la dignità umana. Pertanto, la disputa tra giuspositivismo e giusnaturalismo in seguito ai grandi drammi del ’900, in parte, ha condotto al superamento della rigida separazione tra diritto e morale e all’apertura del dibattito giusfilosofico a valori etico-politici.

A prescindere dall’adesione ad una o all’altra possibile corrente, è chiaro che, in Radbruch, la stella polare, ciò da cui e verso cui deve muovere il pensiero è l’uomo, la sua dignità in quanto libero ed eguale. E gli anni del dopoguerra proveranno a far tesoro dell’eredità di Radbruch e di coloro che a gran voce hanno desiderato riaffermare il senso della giustizia. Il senso di umanità risorge dalle ceneri di quei drammi attraverso le numerose evoluzioni delle forme costituzionali, dal dopoguerra rivolte verso forme rigide, che garantiscono l’intoccabilità di quei principi inalienabili di cui ogni uomo, in quanto tale, è degno.

---

come l’aria da respirare, e la cosa migliore della democrazia sta proprio nel fatto che solo essa è in grado di assicurare lo Stato di diritto”. (Ivi: 162).

<sup>82</sup> Lo Giudice 2021: 2351.

<sup>83</sup> Ferrajoli 2015: 39.

BIBLIOGRAFIA

Alexy R. 2000, "A defence of Radbruch's formula", in Dyzenhaus D. (a cura di) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford: Hart publishing: 15-39.

Alexy R. 2021, "Gustav Radbruch's concept of law", *Law's Ideal Dimension*, Oxford, 2021: 107-118.

Bisogni G. 2022, "Un precursore dello Stato costituzionale di diritto. Gustav Radbruch e la Filosofia del diritto del '32", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022 (2): 339-355.

Blando G. 2022, "Fare i conti con Radbruch. Sulla recente traduzione della Filosofia del diritto", *Diacronia*, 2022 (1): 225-237.

Carlizzi G. 2011, "Gustav Radbruch e le origini dell'ermeneutica giuridica contemporanea", *Persona y Derecho*, 2011, 64 (1): 83-119.

Carlizzi G. 2018, "I fondamenti giusfilosofici della 'Duplice formula di Radbruch'", *Annali - Università degli Studi Suor Orsola Benincasa*, 2016-2018: 51-70.

Carlizzi G. 2022, "Profili della filosofia del diritto di Gustav Radbruch", *Teoria e storia del diritto privato*, Numero speciale: 1-15.

Carlizzi G. 2022, "Continuità o discontinuità nella filosofia del diritto di Radbruch? La tesi del 'giusnaturalismo ermeneutico'", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, (2): 275-309.

Caruso G. 2016, "Simbolicità e legalità nel processo di Norimberga. Ancora a proposito della c.d. formula di Radbruch", *L'irrocervo*, 2016: 64-78.

Castrucci E. 1988, "Rileggendo Radbruch", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1988 (17): 487-498.

Cattaneo M. A. 1959, "L'ultima fase del pensiero di Gustav Radbruch. Dal relativismo al giusnaturalismo", *Rivista di filosofia*, 1959, L: 61-80.

Ferrajoli L. 2015, "Diritti fondamentali e democrazia. Due obiezioni a Robert Alexy", *Rivista di filosofia del diritto*, 2015, IV (1): 37-52.

Jellamo A. 2019, "Osservazioni su legalità e giustizia. Kant, Kelsen, Radbruch" in *Rivista di filosofia del diritto*, 2019 (2), Bologna: il Mulino: 401/418.

Kelsen H. 2013 [1920], *The Essence and Value of Democracy*, a cura di Urbinati N. e Invernizzi Accetti C., tr. ing. di Graf B., Maryland: Rowman & Littlefield.

- Lalatta Costerbosa M. 2015, “Don Chisciotte o il coraggio del giurista? Ancora su Radbruch e la sua formula”, *Dianoia*, 2015 (20): 117-136.
- Lalatta Costerbosa M. 2022, “Il giudice coraggioso di Gustav Radbruch”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022 (2): 311-337.
- Lo Giudice A. 2021, “I metaprinicipi del bilanciamento e il problema filosofico del giudizio”, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, III, Napoli: Editoriale Scientifica: 2349-2364.
- Omaggio V. 2022, “Idea e realtà del diritto. La Rechtsphilosophie di Gustav Radbruch”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022 (2): 357-380.
- Palazzolo V. 1983 [1941], *La filosofia del diritto di Gustav Radbruch e di Julius Binder*, Milano: Giuffrè.
- Radbruch G. 1934, “Le relativisme dans la philosophie du droit”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1934, I: 105-110.
- Radbruch G. 1936, “La sécurité en droit d'après la théorie anglaise”, *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1936, I: 86-99.
- Radbruch G. 1938, “Psicologia del sentimento giuridico dei popoli”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1938, XVIII (3): 241-251.
- Radbruch G. 1941, “La natura della cosa come forma giuridica di pensiero”, tr. it. di Leoni B., *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1941, XXI (3): 145-156.
- Radbruch G. 1958 [1929], *Introduzione alla scienza del diritto*, a cura di Pasini D., tr. it. di Pasini D. e Agnesotti C., Torino: Giappichelli.
- Radbruch G. 1959 [1948], *Propedeutica alla filosofia del diritto*, a cura di Pasini D., tr. it. di Pasini D. e Agnesotti C., Torino: Giappichelli.
- Radbruch G. 1962 [1946], *Lo spirito del diritto inglese*, a cura di A. Baratta, Milano: Giuffrè.
- Radbruch G. 1989 [1914], “Il concetto di diritto”, Carrino A. (a cura di), *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane: 89-97.
- Radbruch G. 1990 [1938], “Klassenbegriffe und Ordnungsbegriffe im Rechtsdenken” in A. Kaufmann, *G. Radbruch. Gesamtausgabe, 3: Rechtsphilosophie III*, a cura di W. Hassemer, Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag: 60-70.
- Radbruch G. 2002 [1946], “Ingiustizia legale e diritto sovralegale”, in Conte A. G., Di Lucia P., Ferrajoli L. e Jori M., *Filosofia del diritto*, a cura di Di Lucia P., Milano: Raffaello Cortina Editore: 149-163.

- Radbruch G. 2012 [1923/1924] “Idea e materia del diritto. Uno schizzo” in Mazzei A. e Opocher T., *Fondazione ontologica del diritto e «natura della cosa»*, Padova: CEDAM: 51-58.
- Radbruch G. 2021 [1932], *Filosofia del diritto*, a cura di Carlizzi G. e Omaggio V., Milano: Giuffrè.
- Radbruch G. 2021, *Diritto e no. Tre scritti*, a cura di Lalatta Costerbosa M., Milano: Mimesis: 93-116.
- R. Paniagua, J. 1963, “El relativismo jurídico de Radbruch y su consecuencia política”, *Revista de estudios politicos*, 1963 (128): 77-102.
- Rentería Díaz A. 2020, “Sulla (vera o presunta) necessità di abbandonare il giuspositivismo”, *Sociologia del diritto*, 2020 (2): 9-34.
- Spaak T. 2009, “Meta-ethics and legal theory: the case of Gustav Radbruch”, *Law and Philosophy*, 2009 (28): 261–290.
- Sieckmann J. R. 2012, “Il relativismo ricostruito. Un'analisi della filosofia del diritto di Gustav Radbruch”, *Ars Interpretandi*, 2012, (2): 75-93.
- Weber M. 2004 [1919], *La scienza come professione. La politica come professione*, tr. it. di Grünhoff H., Rossi P. e Tuccari F., Torino: Einaudi.
- Wolf E. 1958, “Revolution or evolution in Gustav Radbruch’s legal philosophy”, *The American Journal of Jurisprudence*, 1958, 3 (1): 1–23.
- Zambon A. 2021, “Un’occasione per tornare a Radbruch”, *ORDINES*, 2021 (2): 393-397.

Alessandro Campo<sup>1</sup>

*La vulnerabilità tra disabilità e protezione internazionale.  
Alcune ipotesi sul ruolo relazionale delle emozioni nelle istituzioni*

ABSTRACT

This article is about vulnerability in connection with two specific contexts and practices, that of disability and that of migration, particularly international protection. The main thesis is that the relationship between relationality and vulnerability, especially with reference to emotion understood as a heuristic key, is able to shape the institutions in which it is at work. I will first deal with disability, as a general theme and analytical scenario, in order to show how what arises from it can also be used in the field of international protection. Finally, some reflections will be suggested, focusing on the relationship between emotion and literary-legal imagination.

KEYWORDS

Vulnerability, Disability, Migration, Emotions, Institution

INDICE

1.Introduzione. 2. Disabilità. 3. Protezione internazionale

1. Introduzione

Con questo articolo, vorrei riflettere sulla vulnerabilità in relazione a due contesti, e pratiche, specifici, quello della disabilità e quello della migrazione, in particolare della protezione internazionale. Le idee raccolte derivano da esperienze concrete, una di clinica legale a Torino (Unito)<sup>2</sup>, una ancora di clinica legale,<sup>3</sup> e legata ad un progetto di ricerca<sup>4</sup>, a Napoli (Federico II). La tesi di fondo è che il rapporto relazionale-vulnerabilità, soprattutto con riferimento all'emozione intesa come chiave euristica, abbia la capacità di scontornare e riarticolare le istituzioni in cui è all'opera, dunque dimostri una sorta di capacità istituyente. Tratterò prima la disabilità, come tema generale e scenario analitico, per mostrare come ciò che emerge da essa sia utilizzabile anche con riferimento al campo della protezione internazionale, proponendo infine alcune riflessioni incentrate sul rapporto tra emozione e immaginazione letterario-giuridica.

La vulnerabilità è un concetto recentemente assai esplorato dalla riflessione filosofico-giuridica, e, come ormai rilevato dalla letteratura in merito, risulta, senza paradosso e in un senso centrale per

---

<sup>1</sup> Assegnista di Ricerca presso l'Università degli studi di Napoli Federico II, email [alessandro.campo@unina.it](mailto:alessandro.campo@unina.it).

<sup>2</sup> La *Clinica legale della disabilità e della vulnerabilità* dell'Università di Torino (Dipartimento di Giurisprudenza), animata dai professori Sergio Foà, Paolo Heritier, Davide Petri.

<sup>3</sup> Il corso di *Formazione clinico-legale* della Federico II di Napoli (Dipartimento di Giurisprudenza), la cui titolare è la professoressa Flora Di Donato.

<sup>4</sup> *Un approccio clinico e narrativo per supportare i richiedenti asilo nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*: <http://www.giurisprudenza.unina.it/documents/18034198/29625303/appclin.pdf/bb0110bf-dbab-43ca-a9ae-f954c135f14c>.

quanto sosterrò, sia posizionale sia potenzialmente universale<sup>5</sup>. Essa è riferibile, secondo snodi che verranno enucleati nel seguito, al tema fenomenologico-antropologico della percezione<sup>6</sup>, il quale viene qui letto, a partire dalla disabilità,<sup>7</sup> per poi giungere alla migrazione<sup>8</sup>, soprattutto in chiave relazionale ed affettiva.

## 2. Disabilità

La questione del rapporto disabilità-giustizia è articolata da Martha Nussbaum, che la definisce una delle tre questioni irrisolte nei moderni sistemi della tradizione contrattualista<sup>9</sup>. Nussbaum critica l'estromissione del disabile dalla finzione del contratto fondatore operata da John Rawls<sup>10</sup>. Secondo l'autrice americana, nella teoria rawlsiana molti individui — le persone con disabilità — vengono esclusi dal momento della scelta dei principi politici. La ragione profonda di questa esclusione consiste proprio nella condizione disabile, che il modello classico del contratto sociale, recepito e innovato da Rawls, non è capace di pensare per ragioni costitutive. Il contrattualismo, anche nella sua variante più aggiornata, sarebbe infatti permeato dalla logica costi-benefici, in cui il prototipo umano di riferimento è *sub necessitate* il cosiddetto normodotato, nella misura in cui lo si immagina libero, eguale e indipendente. La conseguenza di un approccio simile è che a coloro i quali non siano ascrivibili a questo modello antropologico viene negato il diritto alla cittadinanza piena. Pare significativo, in questo senso, richiamare un'altra critica a Rawls: quella svolta da Jean Pierre Dupuy. L'autore francese, in un testo che eloquentemente si intitola *Avevamo dimenticato il male?*<sup>11</sup>, individua il limite metodologico che affetta l'opera dell'americano, mostrando che questi “risolve in un primo tempo il problema della giustizia per una società di automi e, in un secondo tempo, verifica che se sostituisce i suoi automi con degli umani, le imperfezioni di questi (il fatto, ad esempio, che essi sono talvolta soggetti a delle passioni distruttrici come l'invidia) non comprometteranno la stabilità della bella costruzione concepita per degli artefatti”<sup>12</sup>.

Forse, per quello che qui interessa, è proprio l'esperimento mentale, per sua natura artificiale, a disincarnare il discorso, così orientandolo in un senso che oscilla tra razionalismo e utilitarismo. Pensando alla filosofia morale, si possono svolgere alcune riflessioni su questo problema a proposito del fortunato dilemma del carrello<sup>13</sup>. Come noto, esistono differenti varianti del dilemma, che indicano come la maggiore implicazione soggettiva conduca a significative variazioni delle risposte (la possibilità di azionare la leva per spostare il vagone, e così investire un solo individuo anziché cinque, incontra molti più favorevoli di quanto accada con l'ipotesi di spingere attivamente un uomo

---

<sup>5</sup> Pastore 2021: 5, ad esempio, scrive che “Nella nozione, pertanto, risultano compresenti una dimensione *ontologica*, esistenziale, e una dimensione contestuale. La vulnerabilità si pone, infatti, come tratto peculiare, essenziale dell'essere umano e, insieme, come condizione accidentale, variabile, in quanto legata ai momenti della vita individuale e alle diverse modalità in cui si articolano le relazioni intersoggettive”. Cfr. anche Giolo & Pastore 2018.

<sup>6</sup> Zanetti 2019.

<sup>7</sup> Bernardini 2016.

<sup>8</sup> Macioce 2021: 153-169.

<sup>9</sup> Nussbaum 2007.

<sup>10</sup> Rawls 1982.

<sup>11</sup> Dupuy 2010.

<sup>12</sup> Dupuy 2010: 54.

<sup>13</sup> Cfr. Foot 1967 e Thompson 1985.

sui binari per salvare un maggior numero di persone<sup>14</sup>) e studi neuroscientifici a proposito di questi, attraverso i quali viene sostenuto come persone “emozionalmente diverse”, come i soggetti con lesioni prefrontali, inclinino, in un senso statisticamente apprezzabile, ad una risposta utilitarista anche quando siano più coinvolti nell’esperimento<sup>15</sup>. È pur vero che altri esperimenti, segnatamente ad oggetto economico, mostrano invece che la risposta, sempre per le persone con lesioni prefrontali, smette di essere utilitarista anche se c’è una grande implicazione dell’interessato. Simile differenza viene spiegata con il verificarsi, in queste persone, di una sorta di cortocircuito mentale, con ciò dimostrandosi che l’emozione ha, in dilemmi affini a quelli del carrello, ma più personali, una valenza euristica molto marcata, in assenza della quale crolla anche la razionalità utilitarista<sup>16</sup>. Tuttavia, secondo l’ipotesi qui percorsa, forse sono proprio radicalmente problematiche la pretesa di astrarre uno scenario e poi, ancora tramite artifici, quella di provare a renderlo più coinvolgente, come peraltro spesso è stato sostenuto criticamente a proposito degli studi trolleyistici in filosofia morale. Il di più che qui vorrei sottolineare deriva dalle recenti acquisizioni “affettive”<sup>17</sup> e relazionali della scienza contemporanea: secondo l’intersoggettività costitutiva che emerge negli studi di Gallese sui neuroni specchio, per esempio, nonché considerando la socialità come un luogo in cui necessariamente collocare le emozioni, cioè pensando queste alla stregua di fattori di coordinamento interindividuale e non al modo di proprietà individuali (magari isolabili attraverso tecniche come il *neuroimaging*), si individuano le ragioni teoriche specifiche per le quali l’astrazione dell’esperimento è fallace, ancorché, almeno in alcune sue varianti, più capace di generare immedesimazione rispetto a quello rawlsiano<sup>18</sup>. Da questo punto di vista, è abbastanza eloquente, forse perché condotta in modo ironico, la critica alla trolleologia<sup>19</sup> che emerge in una serie tv come *The good Place*<sup>20</sup>, in cui il demone immortale, interessato ad imparare l’etica umana, viene sottoposto al famoso dilemma, ma presto si stufa delle astrazioni: essendo egli in grado, con i suoi poteri, di mutare l’esperimento da mentale a reale, può fattivamente mostrare al professore di filosofia morale che gli fa da insegnante come sia diverso dover rispondere al quesito se si è catturati nella fenomenica della vicenda concreta, cioè catapultati su un vero vagone e trovandosi innanzi persone in carne ed ossa legate ad un binario e all’altro<sup>21</sup>.

Lasciando gli esperimenti mentali, nonché i loro rapporti con la rappresentazione rawlsiana della disabilità, e tornando a Nussbaum, si vede che, in opposizione all’economicismo contrattualista, viene proposto come *pars construens* un approccio morale, mutuato in parte da Amartya Sen<sup>22</sup> e fondato su radici aristoteliche. L’idea è quella dell’elaborazione di una lista, sempre aggiornabile, di capacità, in forza della quale sia possibile misurare la qualità della vita delle persone, ciascuna delle quali da intendere nella sua irriducibile individualità. Le capacità configurano in sostanza quelle libertà individuali necessarie per garantire una qualità di vita adeguata alle aspettative della persona: in questo sistema, ognuno è considerato come un fine e non interessa tanto il benessere totale o medio

<sup>14</sup> La distinzione, posta da Greene e Haidt, 2008, è tra dilemmi personali e impersonali.

<sup>15</sup> Koenigs, Young, Adolphs, Tranel, Cushman, Hauser: 2007.

<sup>16</sup> Koenigs, Tranel: 2007.

<sup>17</sup> La svolta affettiva nella filosofia del diritto, a partire da Panksepp, Damasio, Gallese e Dumouchel è tematizzata in Heritier 2013, 2016, 2021.

<sup>18</sup> Ma questa è un’ipotesi senza prove, che potrebbe dare il là ad un meta-esperimento.

<sup>19</sup> Il termine proviene dal filosofo Kwame Anthony Appiah.

<sup>20</sup> *The Good place* è una serie tv creata da Michael Schur ed andata in onda su NBC dal 2016 al 2020.

<sup>21</sup> Ci sono ormai esperimenti di realtà virtuale in 3D, i quali, per quanto realistici, non sono evidentemente equivalenti ad un’esperienza nella realtà analogica. Circa la serie evocata e il suo rapporto con il *Trolley problem*, Bosman 2020 ne propone una disamina serrata.

<sup>22</sup> Sen 2000, 2010.

da raggiungere, ma rilevano piuttosto le opportunità disponibili e volute da ciascuno dei componenti della società.

Quanto all'approccio che anima la clinica legale torinese, da cui originano queste riflessioni, occorre citare Heritier<sup>23</sup>, il quale, nella sua proposta teorica, recepisce la critica nussbaumiana a Rawls, ma si muove poi in una direzione ulteriore rispetto alla filosofa americana: il suo tentativo consiste nel superare il criterio della misurazione di capacità, pur riconoscendogli il grande merito di aver messo in questione il paradigma economicistico di Rawls. Abbandonando, in un senso critico del kantismo — cioè sostituendo la dignità con la disabilità, nonché problematizzando la nozione di dono —, l'idea stessa di misurazione, in quanto non suscettibile di risolvere ultimamente il problema legato al porre un criterio di distinzione tra chi giunge a determinati *standard* di prestazione e chi non vi arriva, la proposta è quella di ragionare sulla disabilità medesima proprio a partire dalla tesi dirompente secondo cui essa impedisce di pensare in un modo quantitativo o misurante. Il tentativo teorico-pratico che anima il discorso è, così, svolto a partire dalla nozione filosofico-giuridica di terzietà,<sup>24</sup> mentre l'itinerario concettuale per arrivarci si snoda attraverso una concezione che problematizza l'inclinazione teorica dei *Disability Studies*<sup>25</sup>, pur accogliendone alcuni spunti critici. Se l'idea consiste nell'inquadrare la disabilità, con le dovute cautele, come un tratto antropologico comune, per quanto non quantificabile, evidenziando che il cammino, rispetto ai problemi posti dalla disabilità stessa, è necessariamente inconcluso, la terzietà — intesa come fondamentale giuridico oltre le riduzioni positivistiche che la confinano al ruolo del giudice e ricavata da una concezione della giustizia retorico-legale<sup>26</sup> — diviene, per compiere questo cammino, bussola irrinunciabile. Provvisti di quest'ultima, si tenta di apprezzare, ed eventualmente favorire attraverso pratiche concrete, il fatto che la “vulnerabilità disabile” complichì e, in un certo senso, “disabiliti” il diritto, così militando nella direzione di una “vulnerabilizzazione” del diritto medesimo (ne dirò oltre).

Pare sostenibile che questa idea di terzietà, situata e concretissima, collocabile nell'alveo della svolta affettiva, risulti emozionalmente connotata e sia dunque allacciabile al tentativo di riarticolare il rapporto di *ethos*, *pathos* e *logos* entro il giudizio pratico, come quello giudiziale, in cui “risulta di capitale importanza non solo la logica del discorso, ma anche, e a tratti soprattutto, la capacità che abbiamo di suscitare delle emozioni in chi ci ascolta e così predisporlo ad accettare il nostro argomentare, dovendo risultare credibili e così facendo valere il nostro carattere e valore personali”<sup>27</sup>. Come nota Tomasi, in un senso che qui si condivide (e peraltro riflettendo di protezione internazionale), così viene saldato il rapporto tra vulnerabilità e retorica: “Per non far prevalere il

---

<sup>23</sup> Heritier 2014.

<sup>24</sup> Cfr. Heritier 2018.

<sup>25</sup> Cfr., per una introduzione italiana di *Disability e Critical Disability Studies*, ed anche in riferimento ad una proposta teorica specifica, Monceri 2017. Sul rapporto disabilità-diritto cfr. Latti 2012 e Latti 2022.

<sup>26</sup> Ancora Heritier 2018. I riferimenti critici di questo approccio problematizzante la terzietà sono Manzin 2014 e Robelin 2006.

<sup>27</sup> Puppo 2019: 295. Inoltre, “Queste tre componenti (logica, emozioni, carattere) vengono da una lunga tradizione identificate, rispettivamente, con tre parole greche: *logos*, *pathos*, *ethos* che vanno a comporre il plesso unitario che caratterizza i modi in cui si genera la persuasione in situazioni particolari” (Puppo 2019: 295-296). Quanto al tema affettivo, lo stesso autore fa notare che “i progressi guadagnati dalla conoscenza scientifica che testimoniano, da un lato, proprio il ruolo non parassitario delle emozioni e, insieme a questo, la plausibilità della comprensione dell'uomo come animale linguistico” (Puppo 2022). Cfr. anche Puppo 2023.

proprio punto di vista, e neppure totalmente quello dell'altro, un passo iniziale è quello di essere coscienti, per quanto possibile, dei propri pregiudizi e, al contempo, riuscire a mettere l'ascoltatore nello stato emotivo più adeguato per presentare l'argomento. In questo consiste, propriamente, il passaggio alla retorica per la vulnerabilità<sup>28</sup>.

Sempre a proposito di emozioni, e pensando ancora a Puppo, è interessante che questi si riferisca agli studi di Victor Ferry e Roberta Martina Zagarella: questi ultimi, "richiamandosi all'Etica Nicomachea e alla nozione aristotelica di sinestesia, mostrano che l'argomentazione richiede anche un 'co-sentire': la retorica, nell'attribuire valore al consenso dell'interlocutore, ci ricorda in cosa consiste il potere del discorso, ossia nella relazione. Riconoscere l'altro significa essere disposti ad ascoltarlo e mostrarsi disponibili ad ammettere eventualmente un altro punto di vista"<sup>29</sup>. Il tema aristotelico della sinestesia è, dunque, utilizzato dai due autori appena richiamati come componente fondamentale della retorica, e segnatamente della persuasione, entro un contesto come quello del giudizio. Qui si tenta invece di pensarlo, oltre l'agone processuale inteso come sineddoche del diritto, e dunque anche oltre l'idea del giudice emotivo<sup>30</sup>, in un senso sociale di formazione del diritto e poi di riarticolazione "istituzionale" del medesimo: si vuol in sostanza evidenziare come, entro il dominio del giuridico, si sia giunti ad una nuova formulazione del rapporto vulnerabilità-disabilità e ciò storicamente e culturalmente, ossia attraverso un percorso in cui la relazionalità, emozionalmente connotata, ha acquisito un ruolo di primo piano come "formante".

Da questo punto di vista, è forse utile richiamare la storia del movimento per la vita indipendente, la cui filosofia è riassumibile nel motto *nothing about us without us*<sup>31</sup>, uno slogan che mostrava, e mostra, la necessità di partecipazione diretta delle persone con disabilità alla definizione delle proprie condizioni e all'avanzamento delle proprie rivendicazioni, dunque secondo una via (anche) emozionale, battuta al fine di definire e ridefinire sul piano storico-politico il senso della propria vulnerabilità. La prospettiva affermata può oggi contare su di un nuovo modello, quello dei diritti<sup>32</sup>, il cui precipitato normativo più significativo è la Convenzione Onu del 2006 (CRPD). *Living independently*<sup>33</sup> significa, in primo luogo, libertà di scelta garantita come diritto, secondo la formulazione dell'art. 19 della stessa Convenzione. Occorre qui sottolineare subito che in questo nuovo paradigma si ravvisa un rovesciamento di prospettiva, secondo il quale la disabilità è sempre situata in relazione ad un contesto disabilitante, ciò oltre il modello medico e anche quello assistenziale: la disabilità medesima non è più pensata alla stregua di una caratteristica naturale da intendersi come patologia e rispetto cui, unicamente, esercitare una cura, ma risulta piuttosto un concetto dinamico, in continua evoluzione, e che non si può fissare una volta per tutte. Assistiamo infatti all'affermazione di un'ottica bio-psico-sociale, che è recepita dalla Convenzione Onu e prima, seppure con altre sfumature, dalla nuova classificazione proposta dall'*International classification of functioning, disabilities and health* del 2001, che pure mantiene una connotazione ancora parzialmente medicalistica. Questa concezione della disabilità discende, secondo quanto qui si vuole rimarcare, da un percorso culturale e politico che ha radici nella società e costituisce un esempio lampante di come il diritto sia sempre connesso con altre sfere della vita comunitaria. La Convenzione stessa andrebbe intesa non come un punto di arrivo, bensì sulla falsariga di una immagine-

<sup>28</sup> Tomasi 2021: 10.

<sup>29</sup> Puppo, Tomasi 2023: 157.

<sup>30</sup> Sul cui rapporto con *l'affective turn* si veda Di Donato 2021.

<sup>31</sup> Charlton 1998.

<sup>32</sup> Cfr. Degener 2016.

<sup>33</sup> Su cui cfr. Curto, Marchisio 2020.

movimento<sup>34</sup>, che tiene essa stessa conto della mutazione perpetua cui va soggetto il concetto di disabilità. A proposito di movimento, occorre rimarcare ancora la centralità, politica e culturale, che ha avuto quello per la vita indipendente. Esso è nato negli anni Sessanta all'Università di Berkeley, grazie a Ed Roberts, fondatore e leader del movimento per i diritti dei disabili. Nel quadro di una vicenda personale divenuta paradigmatica, questi sviluppò l'idea che le persone con disabilità dovessero gestire la propria vita al di fuori dei luoghi di cura, e così iniziò a elaborare un progetto con l'università basato sulla de-istituzionalizzazione. L'ottica risulta in questo senso simile a quella che in Italia, qualche anno dopo, sarebbe stata adottata da Basaglia in relazione all'idea dello smantellamento degli ospedali psichiatrici, con il fine di muovere, *mutatis mutandis*, nella direzione di una sorta di vita indipendente per le persone con problemi mentali. L'esito del percorso storico e culturale qui richiamato è quello secondo cui l'autodeterminazione è l'elemento più importante nell'elaborare un progetto di vita indipendente. Secondo questa ottica, sono in primo luogo le persone con disabilità, le quali, peraltro, ragionando da un punto di vista pratico, conoscono meglio degli altri i propri problemi, a dover trovare le soluzioni organizzative per le proprie esigenze. Senza entrare nelle questioni politiche, e anche terminologiche, relative ai *Disability* e ai *Critical Disability Studies*, a partire dalla distinzione tra *impairment* e *disability*<sup>35</sup>, va sottolineata, entro questo scenario, la centralità della persona, la cui identità non viene né descritta, né tantomeno esaurita dalla disabilità. Se, una volta affermato il paradigma che si va descrivendo, la CRPD costituisce lo strumento per garantire in modo effettivo l'uguale e pieno godimento dei diritti umani e delle libertà fondamentali, essa, significativamente, non menziona la gravità della disabilità, laddove quest'ultima risulta come l'incontro tra le caratteristiche della persona e l'ambiente che la circonda. Come già si rilevava, essa infatti cambia in base all'ambiente più o meno favorevole; viceversa, il concetto di gravità, ascrivibile al dominio bio-medico, non è in grado di tenere conto del contesto fisico e culturale. Il già citato articolo 19 della Convenzione precisa che sussiste un "uguale diritto a vivere nella comunità, con la stessa libertà di scelta delle altre persone": ciò implica che le persone disabili debbano poter scegliere liberamente dove e con chi vivere, con un conseguente sfavore marcato nei confronti delle strutture segreganti. La vita indipendente non consiste infatti soltanto nella possibilità vivere in una particolare abitazione o ambiente, bensì, prima di tutto, si sostanzia nel mantenimento, o nell'acquisizione, dell'autonomia e del potere di scelta personale, i quali non dovrebbero mai essere conculcati da modi di vivere e abitudini radicate, come ancora capita di frequente. Occorre insistere dunque, strutturalmente, sull'elemento del contesto, in un senso secondo cui le barriere sono allo stesso tempo una questione fisica, com'è ovvio, ma anche un tema culturale. L'inclusione, portato di questa nuova prospettiva, costituisce un radicale cambiamento rispetto all'integrazione e impone una trasformazione dell'ambiente, anche simbolico, entro cui si muovono le persone con disabilità, per evitare le discriminazioni dirette e indirette. La vita indipendente, in un senso costitutivamente relazionale, implica che i servizi e le strutture sociali siano adattati ai bisogni delle persone con disabilità, secondo quello che viene chiamato *universal design*: la società deve in sostanza farsi inclusiva per permettere a tutti di viverci dignitosamente e operare le proprie scelte in libertà. Questo nuovo paradigma, così, punta naturalmente a una più generale trasformazione del *welfare*, esorbitando dalle questioni della disabilità e investendo la società nella sua interezza, secondo l'idea che l'accessibilità e l'inclusività migliorino le condizioni di ciascuno.

---

<sup>34</sup> Il riferimento è a Deleuze 2016.

<sup>35</sup> Sulla cui distinzione rinvio ancora a Monceri 2017.

Secondo l'approccio indicato, la disabilità pone, allora, in riferimento alla vulnerabilità, una questione di livello generale: essa permette di criticare gli approcci astratti o disincarnati, quelli incentrati sulla misurazione e pretende una riflessione sul contesto socio-politico. Di più, solleva un tema pratico-antropologico totalizzante, quello per cui, prima o poi, pensando anche al tema connesso dell' *ageing*, saremo tutti disabili; allo stesso modo, evoca un altro tema, questo teorico-fenomenologico, vertiginoso, in ragione del quale, da un lato, il dato biologico emerge in radicale relazione al contesto, dall'altro, per quanto si muti il contesto, esso, in alcune occasioni, non può essere del tutto superato<sup>36</sup>: è proprio per tale complessità "oggettiva" che, affrontando il discorso sulla vulnerabilità, si è partiti di qui.

Quanto invece all'altrettanto interessante versante "soggettivo", cioè alla storia di emancipazione (ancora in corso), il protagonismo delle persone disabili ci mostra come il modello dei diritti si vada, problematicamente, affermando anche grazie ad un co-sentire, quindi un sentire con<sup>37</sup>, che genera una trasformazione sociale. Si potrebbe arguire che, se il potere istituzionale viene, per il tramite della *agency* delle persone disabili, allargato, il co-sentire vi si riverbera o, meglio, viene a far parte di esso.

Ciò vale anche in riferimento al meta-tema della ricerca scientifica, la quale, in questo dominio, oltre a costituire un'imprescindibile riserva di critica, serve a far "sentire", pur senza poterci riuscire del tutto, ciò che sente l'altro (in questo caso la persona con disabilità): strumentari come l'auto-etnografia<sup>38</sup> sono in tal senso assai interessanti, e così le metodologie emancipative<sup>39</sup>. Entro questa ottica, l'*empowerment* è naturalmente quello del singolo che si batte per affermare i propri diritti, ma, soprattutto in questo campo, nella misura in cui la mossa di ciascuno rinvia alla necessità di una trasformazione sociale generale. Dunque, se la valenza imprescindibile delle persone disabili nella ricerca sulla disabilità è ormai affermata<sup>40</sup> (pur dovendosi implementare), secondo l'ottica istituzionalistica qui seguita, l'ideale trasformativo che essa implica comporta un ulteriore allargamento del "potere istituzionale". Nella clinica legale cui faccio riferimento, la presa in conto di questo intreccio di problemi non rileva solo in relazione alla soluzione di casi giuridici, bensì, accanto a ciò, comporta un interesse spiccato nei confronti del contesto in cui questi casi sono collocati e, dunque, alla "rappresentazione" di tale contesto, che viene tentata tramite lo strumento del documentario sociale<sup>41</sup>, il quale costituisce una sorta di "doppio" del caso, ed è in linea con la tesi del giurista inteso come artista<sup>42</sup>. Si tratta, dunque, di agire nel contesto (p.a., giudici, associazioni, servizi etc.) e contribuire, partendo da esso, alla creazione di un immaginario, che poi impatta sulla realtà giuridica medesima<sup>43</sup>: la sfida è tentare di riuscirvi muovendosi entro un ideale di terzietà e nella difficoltà di giostrarsi tra empatia e giustizia. L'ipotesi formulata è che ciò incida anche sul co-sentire giuridico, non solo per ragioni di effetto pedagogico, ossia la formazione di giuristi con uno sguardo attento e consapevole sul tema, a partire, sempre, dal punto di vista della persona con disabilità, pure

<sup>36</sup> Su questo ultimo punto, e più in generale per una critica del costruttivismo soggiacente al modello sociale, cfr. Shakespeare 2017.

<sup>37</sup> Con l'espressione "sentire con" aggiungo l'elemento affettivo al "pensare con", che è un concetto deleuziano ripreso e tematizzato da De Castro 2017 in relazione al pensiero metaforicamente cannibalistico degli amerindi.

<sup>38</sup> Cfr. Gariglio 2017.

<sup>39</sup> Cfr. Mercer 2002, Valtellina 2011.

<sup>40</sup> Ancora, Mercer 2002.

<sup>41</sup> I documentari sono svolti dagli studenti sotto la guida del regista Angelo Cretella.

<sup>42</sup> Il riferimento è a Legendre 2001.

<sup>43</sup> In riferimento a questa potenza dell'immaginario nel diritto, si pensi a Sherwin 2008.

se questo, in alcuni casi-limite, è quasi impossibile da cogliere<sup>44</sup>, ma anche nel senso, più ampio, della costruzione progressiva – tramite lo sviluppo di specifiche *skills* giuridiche – di un cambiamento in grado di incidere a monte di quel livello retorico-processuale (o procedimentale) in cui si tratta di esigere i diritti, eventualmente contribuendo a mutare i luoghi comuni (*topoi*) da cui muovono i giudizi (amministrativi e giudiziari) aventi ad oggetto il tema *de quo*, secondo un rapporto liminare tra diritto e politica.

Da questo punto di vista, e già pensando al passaggio successivo, si tratta certamente di valorizzare il punto di vista di chi è protagonista, come rimarcato, ma senza essenzializzarlo<sup>45</sup> e così, con l'interlocutore, di cercare una sorta di *between*,<sup>46</sup> un "oltre" l'empatia, in vista di un'emozione intesa come fattore euristico complesso e relazionale, in chiave giuridica.

### 3. Protezione internazionale

L'utilizzo di categorie relative alla disabilità in altri campi di indagine deriva dalla convinzione che la prima possa illuminare i secondi. Tale scelta, tuttavia, potrebbe essere criticata da chi è preoccupato di mantenere la specificità, antropo-fenomenologica, o anche identitaria, delle persone con disabilità medesime. Questa specificità qui non è negata, ma, come indicato, consente di articolare un discorso metodologico che la esorbita, in particolare lungo le linee del rapporto vulnerabilità-disabilità.

Premesso ciò, propongo allora un'analisi di alcuni spunti tratti da casi aventi ad oggetto la protezione internazionale<sup>47</sup>. Nel quadro del progetto *Un approccio clinico e narrativo per supportare i richiedenti asilo nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*, ho potuto infatti assistere ad alcune audizioni presso la Corte d'Appello di Napoli e la Commissione Territoriale di Salerno, Sezione di Napoli. Mi riferirò a quest'ultima esperienza, concentrandomi in particolare sulla tensione che si produce tra emozione e vulnerabilità nel quadro di un giudizio, come quello in esame<sup>48</sup>, ove si valuta la coerenza narrativa, e dunque la credibilità<sup>49</sup>, di chi racconta una storia, la propria.

Il soggetto vulnerabile si gioca qui, in qualche modo, le proprie *chances* con l'istituzione, pure se su un terreno complesso e scivoloso. La narrativa, secondo l'ottica proposta, non è infatti solo centrale per la costruzione del fatto, o come *storytelling* legale<sup>50</sup>, né solamente a livello argomentativo o retorico, ma muove nel senso di una "riconfigurazione istituzionale", dimostrando una capacità istituyente, a partire dalla sua, inerente, tensione, anche emozionale. Ancora, entro la prospettiva

<sup>44</sup> Mi riferisco ai casi in cui la persona sia, unicamente causa della propria disabilità, inintelligibile.

<sup>45</sup> Ciò anche perché non ve n'è solo uno. Per esempio, l'auto-rappresentazione (e la collegata questione del nome) delle persone con disabilità (che in questo scritto ho scelto di chiamare così), come quella di qualunque gruppo "sociale", dunque composto da individui, è ovviamente variegata.

<sup>46</sup> Oltre tematizzerò questa espressione.

<sup>47</sup> Sul giudizio di protezione internazionale, si veda Famiglietti 2021.

<sup>48</sup> Su cui cfr. Sorgoni 2013, Veglio 2017, Gallo 2018.

<sup>49</sup> Cfr., sul punto, Di Donato, Daiute 2022.

<sup>50</sup> Cfr. Di Donato 2008 e 2020.

indicata, la verità non si trova nel racconto di una persona singola, ma al limite può essere colta in un *between*<sup>51</sup> tra le varie storie raccontate, che dunque rappresenta uno spazio non solo dialogico, ma anche istituzionalisticamente connotato.

Espongo ora un caso di persona particolarmente vulnerabile perché migrante e malato psichiatrico, utile a svolgere qualche considerazione nelle direzioni annunciate: egli proviene dal Camerun e lamenta di essere stato maltrattato e abbandonato a causa dei propri problemi mentali. Nello specifico, racconta che lo zio, presso cui viveva, si rifiutava di pagargli la scuola e aveva trattenuto il suo stipendio per due interi anni. Sostiene inoltre che, nel contesto domestico, gli venisse negato anche il cibo. Quando, a seguito di un incidente e al successivo ricovero in ospedale, il richiedente aveva iniziato ad avere problemi di memoria, era stato cacciato di casa. Abbandonato da tutti, aveva lasciato l'abitazione e, dopo numerose peregrinazioni e rimpatri, era arrivato in Libia, dove lo avevano arrestato più volte mentre cercava di fuggire dal paese. Finalmente, era riuscito ad imbarcarsi, così arrivando a Lampedusa e di lì a Napoli.

Il richiedente, che infine otterrà uno status di rifugiato perché malato psichiatrico, non comprende bene che cosa gli succeda e dichiara di avere alcuni problemi di memoria, oltre a sembrare estremamente confuso. Spesso risponde alle domande postegli nel seguente modo: “Non mi ricordo, non mi ricordo”.

Secondo l'ipotesi che seguo, la sua narrazione sollecita chi lo deve giudicare, nella misura in cui sia quello che il richiedente dice, sia quello che esprime (il suo fattore emozionale) concorrono a riconfigurare proprio il senso generale della coerenza richiesta, forse invitando i valutatori a tenere in conto, in un qualche modo, gli elementi non verbali della comunicazione e gli impliciti interculturalmente contrassegnati.

Lo dico auto-riflessivamente, dunque proponendo un brandello di storia etnografica personale: in questo caso, in modo particolare, si è obbligati a *pensare e sentire con* e a vedere come, nella narrazione, l'elemento emozionale si sommi a quello formalistico, perché rinviante ad un qualcosa che eccede la procedura: e questo, almeno potenzialmente, si riverbera sul piano più generale della protezione internazionale, non rimanendo confinato al caso singolo. Al richiedente asilo preso in esame, come si diceva, è difficile richiedere una coerenza piena, perché si tratta di una persona con problemi psichici, con la quale non si può essere “oggettivi”. Allo stesso modo, evidentemente, non gli viene richiesta la prova di una memoria impeccabile. Il punto teorico, dunque generale, sollevato consiste nel fatto che se il passaggio dalla traccia mnestica alla memoria, come indicano le ricerche più recenti<sup>52</sup>, è sempre a qualche livello artificiale (quindi anch'esso culturalmente orientato), allora si potrebbe arguire che i richiedenti “sani” non debbano essere trattati così diversamente da quello preso ora in esame. Certo, la persona che ho ascoltato soffre di amnesia e molti altri no, ma forse l'errore epistemologico consiste nel considerare il diverso contesto di provenienza come un fatto “culturale” e il problema della disabilità come “naturale”, laddove invece essa è contestuale e

<sup>51</sup> Il “*dynamic storytelling*” è inteso come “intervento basato sui principi della narrazione come processo sociale-relazionale” (Daiute 2016: 135). Secondo questo approccio, “la conoscenza e l'identità sono create nel contesto di attività culturalmente significative in pratiche verbali e non verbali” (Daiute 2014: 21). Per il concetto di *between*, ancora Daiute 2014.

<sup>52</sup> Al di là degli svariati studi neuroscientifici sulla questione, per un accostamento filosofico si veda Cimatti 2020. Sul rapporto memoria-protezione internazionale, Mencacci 2015.

relazionale, come si diceva prima in relazione ai *Disability Studies* e alla Vita Indipendente. Il richiedente, pur se infine non particolarmente incoerente, solleva di per sé stesso una questione centrale, e cioè evidenzia la peculiarità chi è portatore di una vulnerabilità esplosiva entro una procedura centrata su un certo ideale di credibilità, costringendo a considerare le narrazioni da un punto di vista ulteriore rispetto a quello stabilito dalla legge, cambiando dunque, in un senso latamente istituente, l'istituzione in cui ci si muove. Se, sul piano della vulnerabilità, la persona *de qua* è considerabile intersezionale (perché migrante e disabile), la sua posizione marca allo stesso tempo un' universalità potenziale. L'interculturalità, tema che non posso qui affrontare in modo compiuto, ma centrale nello scompaginamento, e nella necessaria ricomposizione, del quadro euristico-emozionale, è intrecciata con le narrazioni, così che, da un ulteriore angolo, l'ideale di coerenza, inseguito nel valutare i racconti di questa procedura, viene scosso, spingendo a rivedere l'impianto formalista, e a riconsiderare l'elemento affettivo con tutte le difficoltà interpretative e di terzietà che ciò comporta. Come notano Di Donato e Daiute, se si tratta di affrontare, nel caso della protezione internazionale, una "coerenza strutturata", legata a norme e procedure, lì dove quella di tutti i giorni è una "coerenza situata", con un "significato relazionale costruito nella condivisione"<sup>53</sup>, occorre, anche ad un livello di comunicazione interculturale, proporre ipotesi finalizzate ad accorciare la distanza (comunque in parte ineliminabile) tra i due tipi di coerenza.

Sempre dal punto di vista di quest'ultima, anche gli elementi non verbali della comunicazione e i sottintesi culturali sono assai pregnanti: secondo l'approccio seguito, le cose che stanno al di sopra, o al di sotto, delle parole hanno un significato non riducibile. Come notato da Zanetti, d'altronde, l'ascolto costituisce un tratto fenomenologico ulteriore rispetto all'udire, al comprendere e all'intendere: esso è "più simile all'udire che all'intendere, perché possiede una dimensione di immediatezza, che rimane fuori dall'orizzonte operativo dell'articolazione necessaria all'intendimento razionale"<sup>54</sup>, dunque risulta una "skill morale"<sup>55</sup>.

Entro la procedura di protezione internazionale, invece, viene statuito che il non-verbale debba essere ignorato: si capiscono bene le ragioni di una simile scelta di politica del diritto, considerando la nostra risalente e autorevole tradizione giuridica. Forse, però, in accordo con il percorso critico intrapreso, occorrerebbe evitare, *a contrario*, di precipitare in una sorta di positivismo narratologico della coerenza verbale e narrativa che escluda completamente gli elementi fuori dallo schema, persistendo nel dividere, in un modo radicato nella nostra tradizione culturale e filosofica, il razionale dall'irrazionale, secondo una partizione rigida in cui il *logos* è razionale e il resto non lo è. Ci si chiede dunque se per l'oralità residui un ruolo, grazie a cui gli elementi non verbali possano giocare la loro parte euristica. La questione, *de iure condendo*, è se esista la possibilità di valutare qualcosa che

---

<sup>53</sup> Daiute, Di Donato 2022: 4., mia traduzione.

<sup>54</sup> Zanetti 2019: 70.

<sup>55</sup> Zanetti 2019: 71. Rispetto alle tesi di questo autore si condivide, però, la critica di Tomasi, secondo cui "Questa prospettiva non assume, tuttavia, fino in fondo l'accentuazione auspicata di valorizzazione delle emozioni: se da un lato critica la razionalità astratta e distinta della decisione, dall'altra esita a considerare le emozioni come componente dei processi argomentativi, perpetuando la distinzione tra emozioni e ragione, nella divisione tra motivazione e argomentazione" (Tomasi 2021: 7), laddove invece la sensibilità andrebbe intesa come una "pratica condivisa della ragione" (*Ibidem*).

rassomigli al *pathos* e, se sì, come (beninteso: senza precipitare nelle macchine della verità, nel *neuroimaging* o nel vaglio voyeuristico del dolore esibito)<sup>56</sup>. O forse, lo dico a mo' di ipotesi, occorre chiedersi se si tratta non di valutarlo, ma di sapere che probabilmente se ne viene influenzati, e non è fino in fondo detto che questo sia un male, dal momento che l'impressione soggettiva del giudice (che è ben altro dalla mera opinione personale<sup>57</sup>) è dotata di una sua saggia vitalità, allo stesso modo della narrazione unica del richiedente, l'una e l'altra, almeno potenzialmente, ribellandosi all'istituzione che vorrebbe e non può irragimentarle. Dunque, ci si domanda, dal momento che se ne è influenzati, se bisognerebbe provare a rendere controllabile questo elemento euristico, senza fuggirlo, ma sapendo quanto è sfuggente e, così, elaborare alcune strategie per vagliarne le complesse implicazioni culturali, senza pretendere che la procedura lo ingabbi del tutto, visto che resterà un qualcosa che in parte eccede la controllabilità. Se, allora, il punto saliente è che questo eccesso, mai intendibile fino in fondo, va almeno un po' saputo, meditato (dai giudicanti e dagli altri), come rendere sistematicamente "medicabile", in un senso sia cognitivo, sia affettivo, la tensione irrisolvibile che si produce tra diritto e giustizia nel momento della decisione? Sullo sfondo di questo interrogativo, che lascio così sospeso e solamente chioso, una volta di più emerge la questione cui il tratto emozionale conduce, come avviene paradigmaticamente per il tema della disabilità, ossia quella delle istituzioni e, in connessione, della politica. Più si riflette sulle storie dei richiedenti e sui modi migliori con cui valutarne la coerenza – avvicinando il luogo quasi indicibile della giustizia – più è proprio il fatto in sé del valutare ad apparire, in certo modo, criticabile: l'emozione del r.a., e quella suscitata in chi osserva, così ragionando, non rilevano solo sul piano della decisione puntuale, ma si atteggiavano ad elementi in grado di produrre ripensamenti dello scenario politico, e in particolare, in questo caso, della gestione fisiologica dei flussi migratori, senza che ciò risulti a questo punto estraneo alla questione giuridico-istituzionale.

Rimanendo sul tema della coerenza, va invece aggiunto che un cambiamento radicale della concezione di essa, come quello suggerito, sconvolgerebbe la struttura che governa la procedura (e scuoterebbe le basi culturali su cui è edificata): la necessità, sempre a livello ipotetico, e immaginando un simile mutamento, sarebbe infatti quella di agganciare questa valutazione interculturale e narrativa ad una qualche oggettività (tacendo del fatto che la dicotomia oggettivo-buono e soggettivo-cattivo è discutibile e culturalmente situata anch'essa). In un senso invece teorico e con una piccola formula, il passaggio adombrato muovendo dalle considerazioni svolte sulla coerenza, e intendendo questa come sempre situata in un ambiente produttivo di vulnerabilità, ma anche aperto alla vulnerabilizzazione giuridico-politica, muove nella direzione di una sorta di istituzionalismo affettivo o emozionale.

Tale "istituzionalismo" non dovrebbe dimenticare l'intercultura, anche con il fine di tracciare meglio le emozioni dell'altro, ossia restituendo loro un significato più vicino a quello inteso da chi ne è attraversato, senza però pretendere che sia un significato autentico, dunque mantenendo un approccio

<sup>56</sup> Tomasi, a questo proposito, nota che "Ci sono diversi fattori che rendono questo tipo di giudizio il terreno fertile per superare il pregiudizio antiretorico: l'interpretazione della vulnerabilità in concreto è fortemente condizionata dalle prove 'emotive', al punto che una mera visione intellettualista, ostinata a ricercare schemi logici e a tenere fuori gli aspetti emotivi, possa portare a soluzioni stereotipate" (Tomasi 2021: 10).

<sup>57</sup> Come faceva notare Barbara Sorgoni nel convegno: *La credibilità del richiedente asilo tra dimensioni culturali e vincoli istituzionali* (Università degli Studi di Napoli Federico II, 16 dicembre 2022), la valutazione soggettiva è ben altro dalla mera opinione personale. Sul punto, che qui non si può approfondire, mette in luce le criticità di un giudizio extra-positivistico, ma non controllato, Veglio 2017: 9, citando il giudice Valluy

narrativo dinamico, in cui anche la narrazione emotiva è co-costruita e sempre relazionale (non autentico, il significato, ma magari genuino, si potrebbe suggerire, entro questo co-sentire fondativo). Qui, dunque, la questione è quella del rapporto tra intercultura ed emozioni come luogo di uno scambio difficilissimo, ma comunque possibile, data l'originarietà dell'affettivo<sup>58</sup> e la sua declinazione interculturale non riducibile<sup>59</sup>, però capace di mettere in "comunicazione" i distanti, e non per forza verbalmente. C'è, in questo senso, un rapporto con l'istituzione in negativo, se si pensa al "fatto che ad accomunare individui altrimenti diversi tra loro sotto ogni aspetto è l'esperienza condivisa e processuale dell'istituzionalizzazione dell'asilo"<sup>60</sup> (la vulnerabilità subita, la condivisione emozionale come *pattern* vittimizzante, l'istituto), ma anche ve n'è uno, tenue, in positivo, dal momento che l'istituzione è sempre mutabile e mutante (la vulnerabilizzazione<sup>61</sup> suscitata, la condivisione emozionale come *agency*<sup>62</sup> affettiva, l'istituente). Tale vulnerabilizzazione dell'istituzione, come già suggerito, rinvia senza sosta al problema migratorio nella sua intrezza, secondo un altro tratto di questo istituzionalismo "complesso" possibile.

Passando ad un ulteriore, rapido, esempio tratto dall'esperienza presso la C.T., riferisco di un richiedente asilo il quale non ha voluto che io partecipassi alla sua audizione: dopo avermi rifiutato come interlocutore istituzionale, in un fortuito e fugace incontro successivo, egli mi ha salutato con simpatia, ponendomi così ad un diverso livello, dunque muovendo (se ben interpreto) da un registro oppositivo (secondo questa analisi, in un senso istituzionale) ad un altro empatico (in un senso istituente). Le modalità con cui si è sviluppato il doppio incontro, assai diverso dagli altri in quel contesto, mi ha costretto ad un ripensamento del sottoscritto come "attore" (in quanto osservatore) della procedura ed anche ad un mutamento del tipo di approccio agli interlocutori futuri. Rispetto a quanto sostenuto sin qui, mi pare che si sia stabilita, ad un qualche livello difficile da definire compiutamente, una forma di vicinanza critica, che ha indotto l'osservatore ad un "pensare e sentire con", senza nascondere la distanza istituzionale – dunque oltre le proiezioni empatiche – ma obbligando a problematizzarla.

<sup>58</sup> Faccio ancora riferimento alla citata svolta affettiva.

<sup>59</sup> Cfr., in tal senso, Ricca 2013, 2014.

<sup>60</sup> Sorgoni 2013: 134. Per Macioce, in un senso politico più esteso rispetto a quello della protezione internazionale, quello dei migranti irregolari rileva come *gruppo* vulnerabile: "Questa rappresentazione unificante e identitaria, peraltro, non ha semplicemente una funzione di identificazione dall'esterno, ma può essere assunta dall'interno per attivare pratiche di contestazione e resistenza ai meccanismi dell'oppressione: in tal senso, essa diviene terreno comune per l'ingresso nella sfera pubblica, per esprimere ed elaborare il dissenso, per sviluppare richieste di visibilità e lotte per il riconoscimento" (Macioce 2021: 169). Qui, pur prendendo in conto storie di singoli richiedenti asilo, entro il rapporto istituzionalistico tra grande e piccolo, si ritiene che nel giuridico sia contenuta, e sempre evocata, tale questione politica.

<sup>61</sup> Il rapporto tra vulnerabilità e vulnerabilizzazione è diverso da quello, incentrato sulla doppia vulnerabilità, proposto da Nitratto Izzo: "Se la capacità di essere elemento di vulnerabilità del diritto è storicamente innegabile, si può osservare che anche il diritto può essere esso stesso vulnerabile se si guarda al suo concreto relazionarsi con fattori esterni – innumerevoli e tra i quali qui ci si limiterà a citare solo la tracimazione delle categorie economiche a scapito di quelle giuridiche o la crisi ecologica destinata prima o poi a stravolgere assetti dogmatici ancora oggi ritenuti quasi assiomatici – ed interni allo stesso, come in particolare la perdita di capacità stabilizzante del suo metodo". Qui la "vulnerabilizzazione" del diritto, o meglio, dell'istituzione è intesa in un senso positivo come accomodamento della stessa alle istanze provenienti da chi la abita (che incessantemente la istituiscono).

<sup>62</sup> Sul concetto di *agency* giuridica, si veda Di Donato 2020: 192-195.

Che le vicende giudiziarie (anche se il racconto appena riferito si è svolto entro una procedura amministrativa) siano possibile teatro di grande complessità per chi le segue, suscitando mutamenti e financo rivolgimenti dell'immaginario emozionale, mi pare possa emergere assai nitidamente, oltre che nella riflessività implicata in un lavoro auto-etnografico, nella letteratura *tout court*, come accade, secondo il mio giudizio, in *V13*, l'ultimo libro di Carrère, in cui l'autore francese propone un dettagliatissimo, sofferto, ma anche problematizzante e in un certo senso "terzo", resoconto del processo per i fatti terroristici del Bataclan (e altri "minori" coevi), dopo avervi assistito per un anno intero, e tentando con il suo lavoro di testimonianza minuziosa di contribuire a dare voce, per quanto possibile, ai vulnerabili, ossia, in questo caso, alle vittime, non solo empaticamente<sup>63</sup> (e mai voyeuristicamente), ma per rappresentare quell'attività che consiste nel "raccolgere ciò che è stato detto, e trasformare l'emotività in diritto, anziché lasciare che vada persa", laddove, sempre per Carrère, "questo è ciò che è, o dovrebbe essere, un processo: all'inizio si depona la sofferenza, alla fine si rende giustizia"<sup>64</sup>.

Se, nel libro del francese, il co-sentire – formatosi via via nell'aula-scatola dove le testimonianze, uguali e diversissime, di centinaia di persone, si susseguono – diviene qualcosa che eccede la questione della giustezza della decisione ("Sapevo, sapevamo che stavamo vivendo insieme qualcosa di completamente diverso da uno sfoggio di virtù a beneficio della Storia, da quell'happening giudiziario faraonico e inutile che all'inizio avevamo buoni motivi di paventare. Qualcosa di completamente diverso: un'esperienza unica di terrore, pietà, vicinanza, presenza. Soltanto tardi mi sono reso conto che la scatola somiglia a una chiesa moderna e al suo interno si è svolto qualcosa di sacro"<sup>65</sup>), posso forse tentare una breve prosecuzione in questo solco di *law and literature*, sempre a proposito dell'emozione come nodo euristico, e istituente.

A proposito di superamento dell'empatia in vista di relazioni "complicate", citerei dunque Fernando Pessoa, e in particolare la sua messe di eteronimi<sup>66</sup>. Oltre allo studio dell'altro, necessario per comprenderne le specificità culturali, ma senza essenzializzarlo in un'identità preconstituita (ciò che, in uno scenario diverso, ricorda il rapporto complesso tra *impairment* e *disability*), occorrerebbe infatti, secondo l'ipotesi pessoiana suggerita – ciò, forse emergeva anche rispetto al racconto del richiedente che mi ha rifiutato – lavorare in un senso metodologico, prodromico al buon andamento di queste "relazioni", anche su di sé (come forse un po' ha fatto Carrère) e non tanto in un senso psicoanalitico. Si vorrebbe così suggerire al giurista, a mo' di notazione di *law and humanities* (e persino di *humanistic pedagogy of law*) un po' provocatoria, che una delle strategie adottabili in questa direzione potrebbe consistere nello scovare al proprio interno l'eteronimo giusto tra le moltitudini che lo abitano, al fine di dialogare con scambio di senso insieme a (o ad uno degli eteronimi de) l'interlocutore culturalmente distante con cui si debba "fare" diritto. L'eteronimia, naturalmente da elaborare in un modo adeguato al contesto in cui ci si muove, risulterebbe adatta al compito nella misura in cui fosse capace di creare spazi terzi di dialogo e comprensione, soggetta com'è all'ermeneutica e allo stesso tempo capace di vocazione soggettivo-identitaria (ma plurale).

<sup>63</sup> Seppure egli stesso si autodiagnostica un eccesso di empatia: "Mi viene facile condividere le ragioni degli altri, il che è insieme una qualità – assenza di pregiudizi – e un difetto – il rischio di essere una banderuola, sempre d'accordo con chi ha parlato per ultimo" (Carrère 2023:173).

<sup>64</sup> *Ibidem*: 165.

<sup>65</sup> *Ibidem*: 190.

<sup>66</sup> Cfr. Pessoa 2020.

Poiché, come dicevo, si tratta solo di una provocazione, qui mi arresto, rinviando ad altra sede l'approfondimento della proposta.

Evocando Pessoa, però, mi è sovvenuto un suo verso, che è forse collegabile al rapporto tra emozione e coerenza: “Quando parlo con onestà, non so con quale onestà parlo”<sup>67</sup>. Riflettendoci in relazione a quanto sostenuto sin qui, si può proporre un'interpretazione dell'aforisma contraria a quella nichilista cui tipicamente il poetare del portoghese viene sottoposto (poiché non mi accosto alla questione sul piano critico-letterario, spero che un eventuale tradimento ermeneutico sia accettabile): secondo tale interpretazione, il “non so” potrebbe essere collegato ad un moto cognitivo, nulla togliendo alla genuinità del sentire affettivo (l'onestà). Può darsi, più precisamente, che il “non sapere” cognitivo vada inteso come una mera modalità espressiva, la quale sfuma, in un senso auto-ermeneutico, il “sentire” stesso: se quest'ultimo, come si argomentava prima ragionando di affettività, viene infatti logicamente e soprattutto esperienzialmente prima, allora, secondo l'epistemologia suggerita, occorre sottoporlo ad una rivalutazione euristica. In effetti, la pretesa di “sapere” davvero in che cosa consista la nostra onestà è intollerabile per la sensibilità culturale che ci permea e addirittura rappresenta un problema metafisico se non politico, consistente nell'universalismo razionalista oppressivo. Entro il percorso proposto, la sfumatura eteronimica che caratterizza il “non sapere” apre al dubbio, ovviando a questo problema, ma, nel garantire l'apertura ermeneutica, non comprime la genuinità “vera” del sentire (si potrebbe argomentare, da un punto di vista filologicamente e coerentemente eteronimico, che il luogo di osservazione privilegiato non si può stabilire pena l'autocontraddizione, ma qui si intende la strategia pessoiana come modo di esprimere con la poesia del dubbio una verità dell'anima). L'ulteriore provocazione suggerita è che forse lo stesso ragionamento potrebbe essere trasposto al discorso sulla coerenza, se si valutasse questa al di fuori dei parametri di legge, e magari non considerando la legge stessa il *prius* del giuridico, allo stesso modo in cui cominciamo a non considerare la cognizione come primo motore della conoscenza. Qualora, a questo proposito, si arguisse che la coerenza è costruita in un senso narrativo, dialogico e relazionale, si potrebbe ribattere che ciò vale anche con riferimento all'onestà: occorrerebbe però aggiungere che, entro l'ottica appena delineata, sia l'onestà sia la coerenza emergono come pessoianamente genuine pur risultando narrativamente, costruttivisticamente, interculturalmente connotate ad un livello cognitivo.

Prima di terminare, propongo un ultimo, brevissimo, racconto tratto dall'esperienza presso la Commissione Territoriale e forse collegato alle considerazioni appena svolte: un richiedente salvadoreño racconta una storia coerente e piena, facile da seguire direttamente dall'intervistatore perché riferita in spagnolo. Si dimostra dunque coerente e credibile in ogni senso (otterrà poi lo status di rifugiato) ma qui, soprattutto, mi interessa la sua ultima affermazione. Alla domanda conclusiva del funzionario: “Hai qualcosa da aggiungere? Sei soddisfatto dell'intervista?”, il richiedente risponde, ridendo (forse senza pretendere di offrire una certezza cartesiana, ma con tutta la genuinità possibile): “Creo que esta es la verdad”. Rispetto all'itinerario proposto su emozioni, coerenza, contesto e capacità istituyente, si potrebbe arguire che egli dice “creo”, ma *sentendo* davvero, e così comunicando, la sua *verdad*. La risposta dubitativa (ad un livello cognitivo), eppure vera (in senso

---

<sup>67</sup> Pessoa 1979: 69.

affettivo), costituisce forse uno scampolo di quella euristica della vulnerabilità, che, come provavo a mostrare tramite il discorso iniziale sulla disabilità, non è mai astratta, infatti muove dal piccolo (nel senso *bottom up* concretissimo e incarnato di una procedura specifica) e rinvia al “grande” (cioè un ordine socio-politico, a sua volta relazionale e in movimento come quello della migrazione). Questo scampolo non andrebbe dimenticato, ma “sentito con”.

## BIBLIOGRAFIA

Bernardini M.G. 2016, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e disability studies*, Torino: Giappichelli.

Bosman, F. 2020, *Five William Shakespeares Versus One Santa Claus: Self-Sacrifice and The Trolley Problem in the Series “The Good Place”, “Religions”, 11(7).*

Carrère E. 2023, *V13*, Milano: Adelphi.

Charlton, J. I. 1998, *Nothing about us without us: Disability Oppression and Empowerment*. Berkeley: University of California Press.

Cimatti F. 2020, *La fabbrica del ricordo*, Bologna: Il Mulino.

Curto N., Marchisio C. 2020, *I diritti delle persone con disabilità. Percorsi di attuazione della Convenzione Onu*, Roma: Carocci.

De Castro E. V. 2017, *Metafisiche Cannibali*, Verona: Ombre Corte.

Deleuze G. 2015, *L'immagine movimento. Cinema I*, Torino: Einaudi.

Daiute, C. 2016, *A relational approach to human development research and practice in 21st century violence and displacement*, «Human Development», 59 (2-3), 128–151.

Daiute C. 2014, *Narrative Inquiry: A Dynamic Approach*, New York: Sage.

Daiute C., Di Donato F. 2022, *Tensions between norms of everyday narrating and legal narrating*, «International Journal of Law in Context», 2022, 1–20.

Degener T. 2016, *A Human Rights Model of Disability*, in P. Blanck, E. Flynn (eds.), *Routledge Handbook of Disability Law and Human Rights*, Abingdon on Thames: Routledge, pp. 47-66.

Di Donato F. 2021, *Il giudice emotivo. Per una lettura interdisciplinare*, in Manzin M., Puppo F., Tomasi S. (a cura di) 2021. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale - ELETTRONICO*. - 50:(2021), pp. 1-454. [10.15168/11572\_296052], pp. 125-38.

Di Donato F. 2008, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano: FrancoAngeli.

- Di Donato F. 2020, *The Analysis of Legal Cases: A Narrative Approach*, New York: Routledge.
- Dupuy J.P. 2010, *Avevamo dimenticato il male? Pensare la politica dopo l'11 settembre*, Torino: Giappichelli.
- Famiglietti G. 2021, *Il richiedente protezione internazionale davanti ai suoi "giudici"*, Torino: Giappichelli.
- Foot P. 1967, *The problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in "Oxford Review", 5, 1967.
- Gallo F. 2018, *Audizione e valutazione di credibilità del richiedente davanti alla Commissione*, "Questione giustizia", 2: 158-166.
- Gariglio L. 2017, *L'autoetnografia nel campo etnografico*, "Etnografia e ricerca qualitative", Il Mulino, 3, 487-504.
- Giolo O., Pastore B. (eds) 2018, *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma: Carocci.
- Greene J., Haidt J. 2008, *How (and where) does moral judgment work?*, "Cognitive Science", 12 (2008), pp.517-23.
- Heritier P. 2013, *Affectio iuris: dalla "svolta linguistica" alla "svolta affettiva"?* in Teoria e critica della regolazione sociale, 7, 37.
- Heritier P. 2018, *Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia*, "Questione giustizia", 3 – 2018.
- Heritier P. 2016, *Deontologia del fondamento, seguito da Verso una svolta affettiva nelle Law and Humanities*. Torino: Giappichelli.
- Heritier P. 2014, *La dignità disabile, Estetica giuridica del dono e dello scambio*, Bologna: EDB.
- Koenigs M., Young L., Adolphs R., Tranel D., Cushman F., Hauser M., Damasio A. 2007, *Damage to the prefrontal cortex 28 increases utilitarian moral judgments*, "Nature" 466, 19 aprile 2007, pp. 908-9011.
- Koenigs M., Tranel D. 2007, *Irrational economic decision-making after ventromedial prefrontal damage: evidence from 29 the Ultimatum game*, "The Journal of Neuroscience", gennaio 2007, pp. 951-956.
- Latti G. 2022, *Autonomia e relazione. Conoscere la disabilità per conoscere noi stessi*, Milano: Mimesis.
- Latti G. 2012, *I diritti esigibili. Guida normativa all'integrazione sociale delle persone con disabilità*, Napoli: Franco Angeli.
- Legendre P. 2001, *Il giurista artista della ragione*, Torino: Giappichelli.

- Macioce F. 2021, *La vulnerabilità di gruppo. Funzione e limiti di un concetto controverso*, Torino: Giappichelli.
- Manzin M. 2014, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino: Giappichelli.
- Mencacci E. 2015, *Tra tecnologie del ricordo e produzione di verità: memoria e narrazione nelle politiche di asilo*, "Encyclopaideia" XIX (41), 61-82.
- Mercer G. 2002, *Emancipatory Disability Research*, in Barnes, C., Oliver, M., & Barton, L. (Eds), *Disability Studies Today*, Cambridge: Polity Press.
- Monceri F. 2017, *Etica e disabilità*, Brescia: Morcelliana.
- Nitrato Izzo V. 2019, *Note su vulnerabilità del diritto e indecidibilità*, "Etica & Politica / Ethics & Politics", XXI, 2019, 3, pp. 323-330.
- Nussbaum M. 2007, *Le nuove frontiere della giustizia. Disabilità, nazionalità, appartenenza di specie*, Bologna: Il Mulino.
- Pastore B. 2021, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino: Giappichelli.
- Pessoa F. 2020, *Teoria dell'eteronimia*, a cura di V. Russo, Macerata: Quodlibet.
- Pessoa F. 1979, *Una sola moltitudine*, a cura di A. Tabucchi con la collaborazione di M.J. de Lancastre, Milano: Adelphi.
- Puppo F. 2023, *Diritto e retorica*, Torino: Giappichelli.
- Puppo F. 2019, *Retorica. Il diritto al servizio della verità* in Andronico A., Greco T., Macioce F. (eds.), "Dimensioni del diritto", Torino: Giappichelli, pp.293-317.
- Puppo F. 2022, *Nel solco di Aristotele. Note a favore di una concezione umanista e realista della retorica*, Jus – Vita e Pensiero.
- Puppo F., Tomasi S. 2023, *Sulle 'radici del diritto', verso una sua fondazione retorica*, *Etica & Politica Ethics & Politics* XXV, 2023, 1, pp. 144-158.
- Rawls J. 1982, *Una teoria della giustizia*, Milano: Feltrinelli.
- Ricca M. 2013, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Ricca M. 2014, *Intercultural Law; Interdisciplinary Outlines: Lawyering and Anthropological Expertise in Migration Cases Before the Courts*, (March 3, 2014), in "E/C Rivista Telematica dell'Associazione Italiana di Studi Semiotici", 1 ss., March 2014.
- Robelin J. 2006, *Pour une rhétorique de la raison*, Paris: Kimé.
- Sen A. 2000, *La diseguaglianza, Un riesame critico*, Bologna: Il Mulino.
- Sen A. 2010, *L'idea di giustizia*, Milano: Mondadori.

- Shakespeare T. 2017, *Disabilità e società. Diritti, falsi miti, percezioni sociali*, Trento: Erickson.
- Sherwin R. K., 2008, *Sublime Jurisprudence: On the Ethical Education of the Legal Imagination in Our Time*, Chicago-Kent Law Review, Vol. 83, No. 3, 2008.
- Sorgoni B. 2013, *Chiedere asilo. Racconti, traduzioni, trascrizioni*, “Antropologia”, 15, 131-151.
- Thomson, J.J. 1985, *The trolley problem*, “The Yale Law Journal”, Vol. 94, N.6.
- Tomasi S. 2021, *Dalla retorica della vulnerabilità alla retorica per la vulnerabilità. Il ruolo delle emozioni nel giudizio*, Tcrs 2-2021.
- Valtellina E. 2011, *Metodologie emancipative nella ricerca sulla neurodiversità. Note sul fieldwork su Marte*, “Italian Journal of Disability Studies - Rivista Italiana di Studi sulla Disabilità” n.1, marzo 2011.
- Veglio M. 2017, *Uomini tradotti. Prove di dialogo con richiedenti asilo*, “Diritto, Immigrazione e Cittadinanza”, 2, 1-41.
- Zanetti G. 2019, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma: Carocci.

Margherita Daverio\* e Fabio Macioce\*\*

*Intelligenza artificiale e diritto alla salute nella regolazione europea: aspetti emergenti riguardo alla relazione medico-paziente<sup>1</sup>*

*Abstract:* Le tecnologie di intelligenza artificiale (IA) certamente presentano grandi potenzialità applicative in ambito sanitario; allo stesso tempo, si evidenziano specifiche problematiche etico giuridiche, anche in considerazione degli aspetti tecnici relativi alla progettazione di algoritmi e sistemi di machine learning e deep learning. Nel presente contributo esaminiamo il quadro della regolazione europea – *hard* e *soft law* – riguardo all'utilizzo dell'IA in ambito sanitario: dall'impatto sulla relazione tra medico e paziente alla trasformazione dei processi di acquisizione del consenso, alla gestione dei dati sanitari, ai profili di responsabilità, alla definizione degli obiettivi di *reskilling* o *upskilling* del personale sanitari, con implicazioni etico-giuridiche di cui tenere in conto per una promozione e tutela effettiva del diritto alla salute, fondato sulla relazione di cura, e per future iniziative legislative al riguardo.

*Parole chiave:* intelligenza artificiale – diritto alla salute – *decision-making* in ambito sanitario – cura – rapporto medico-paziente

*Indice:* 1. Introduzione. 2. L'approccio della UE e il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (AIA). 2.1. Documenti su IA elaborati nell'ambito della Commissione Europea: aspetti rilevanti riguardo al diritto alla salute. 2.2. La proposta di Regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale (2021): rilievi generali e implicazioni per l'ambito sanitario 3. La soft law a livello internazionale ed europeo sull'utilizzo di sistemi di IA in ambito sanitario e di cura, con riferimento al rapporto tra il medico e il paziente. 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione.

L'Intelligenza Artificiale (IA) può essere definita – così, nel 2019, i membri dell'*High Level Expert Group on Artificial Intelligence* (HLEG) – come un complesso di sistemi software e/o hardware che sono in grado di agire nella dimensione fisica o digitale attraverso l'acquisizione di dati; tali dati, strutturati o non strutturati, sono raccolti e interpretati, consentendo l'elaborazione delle informazioni e la formulazione di decisioni da intraprendere per raggiungere l'obiettivo dato (HLEG 2019 a).

In ambito medico, l'IA rappresenta un terreno di ricerca e sviluppo incredibilmente fertile, e propone una molteplicità di sfide etiche, giuridiche e sociali (Palazzani 2021; Schönberger D. 2019; Kluge W. E.-H., 2020; Parik et al. 2019; per le problematiche etiche e giuridiche, Biancardo 2021). L'IA certamente presenta grandi potenzialità applicative in ambito sanitario – ad es. in applicazioni chirurgiche, o in sistemi per il monitoraggio a distanza, o sistemi di allerta basati sull'IA per dare ai pazienti una maggiore responsabilità nelle loro cure; ancora, nel consentire l'efficienza, la riduzione degli sprechi ad es. di tempo nel caso dello svolgimento di compiti ripetitivi (Tozzi e Cinelli G. 2021); va inoltre segnalato che l'uso delle tecnologie di IA ha visto un rapido incremento nell'utilizzo

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università Lumsa, Roma. m.daverio@lumsa.it

\*\* Professore ordinario di Filosofia del diritto, Università Lumsa, Roma. f.macioce@lumsa.it

<sup>1</sup> Il lavoro è frutto della riflessione comune degli autori; Margherita Daverio ha redatto i §§ 1, 2.1, 3, 4; Fabio Macioce ha redatto i §§ 2 e 2.2.

durante la pandemia, per la rilevazione del virus, per la rilevazione dei contagi e della diffusione della pandemia, e per l'accelerazione dei processi di tutela della salute<sup>2</sup>. Allo stesso tempo, si evidenziano specifiche problematiche etico giuridiche, anche in considerazione degli aspetti tecnici relativi alla progettazione di algoritmi e sistemi di machine learning e deep learning. Ad esempio, nel caso di decisioni mediche basate su supporti di intelligenza artificiale, l'opacità dei sistemi di IA (il c.d. problema “blackbox”) rende in molti casi difficile, se non impossibile, motivare e verificare le decisioni cliniche e la presenza di possibili errori e *bias* nel processo decisionale; oppure, vi è il rischio di sbilanciamento della decisione del medico sul sistema di intelligenza artificiale, con una riduzione dell'attenzione e delle competenze umane dovute al crescente utilizzo dell'IA (il c.d. “deskilling”). Ancora, emergono questioni relative alla responsabilità del medico, alla tutela della privacy e alla riservatezza dei dati. A ciò si aggiunge il fatto che in ambito sanitario gli elementi di vulnerabilità e i rischi sono certamente più acuti che in altri settori, e nel nostro ordinamento ciò è inteso come strettamente collegato alla relazione di cura e fiducia tra medico e paziente, e in particolare al consenso informato, nel quale si incontrano la competenza del medico e l'autodeterminazione del paziente, come stabilito dalla l. 219/2017<sup>3</sup>. Tali questioni, per la loro radicale novità, non consentono il ricorso a soluzioni e schemi elaborati nel passato, e riferiti a contesti del tutto diversi<sup>4</sup>.

Nel presente contributo esaminiamo il quadro della regolazione europea – *hard* e *soft law* – riguardo all'IA con particolare riferimento agli aspetti etico giuridici rilevanti in ambito sanitario: dall'impatto sulla relazione tra medico e paziente alla trasformazione dei processi di acquisizione del consenso, alla gestione dei dati sanitari, ai profili di responsabilità, alla definizione degli obiettivi di *reskilling* o *upskilling* del personale sanitario. Si tratta infatti di aspetti cruciali che emergono dal quadro dell'approccio EU, in particolare dalla *soft law* di ambito internazionale ed europeo, come avremo modo di vedere rispettivamente nelle sezioni 2 e 3 del presente lavoro, e che sono di rilievo per future iniziative legislative riguardo all'IA<sup>5</sup>. I numerosi documenti elaborati di recente (negli ultimi anni, dal 2018 ad oggi) nell'ambito della *guidance* a livello internazionale (WHO, UNESCO, COMEST) ed europeo (Commissione Europea, Consiglio d'Europa, Comitati di Bioetica a livello nazionale) hanno infatti identificato sfide etico-giuridiche riguardo all'utilizzo dell'IA in medicina, riguardo alle quali metteremo in particolare evidenza le implicazioni per il rapporto tra medico e paziente.

## 2. L'approccio della UE e il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale (AIA).

<sup>2</sup> Per approfondire gli aspetti etici e giuridici dell'utilizzo delle tecnologie di IA nel contesto della pandemia, si veda Pajno e Violante 2021, in particolare Parte I (“Tecnologie digitali”) e Parte II (Intelligenza artificiale e medicina”).

<sup>3</sup> Cfr. l. 219/2017, art. 1: “E’ promossa e valorizzata la relazione di cura e di fiducia tra paziente e medico che si basa sul consenso informato nel quale si incontrano l'autonomia decisionale del paziente e la competenza, l'autonomia professionale e la responsabilità del medico”. Identifica il contesto etico-giuridico dell'utilizzo dell'IA in medicina, Zagrebelsky 2021.

<sup>4</sup> A proposito della relazione della relazione tra utilizzo di sistemi IA e diritto, si è parlato di vere e proprie “sfide” che interrogano aspetti e principi chiave della regolamentazione, con sempre maggiore rilevanza della *governance* guidata dai principi etici in vista della soluzione di tali sfide (cfr. Palazzani 2020: il volume analizza le implicazioni etico giuridiche di ICT, big data, robotica e intelligenza artificiale).

<sup>5</sup> Nel nostro Paese, riguardo ai sistemi di IA a supporto della decisione del medico, è stato pubblicato il parere del gruppo di lavoro su IA del Consiglio Superiore di Sanità: cfr. Ministero della Salute 2021, con indicazioni riguardo ad aspetti tecnici, giuridici ed etici che riprenderemo in seguito in questo contributo. Tra le raccomandazioni raccolte nel documento, è inclusa la creazione di una struttura di governance dei sistemi di AI da parte delle agenzie regolatorie italiane, con lo scopo di stabilire delle regole rigorose per l'approvazione e la registrazione di tali sistemi; la predisposizione di Linee Guida nazionali riguardanti le modalità di integrazione e il corretto utilizzo dei sistemi di AI nella diagnostica, in accordo con le società scientifiche di riferimento.

Sulla base di analisi sviluppate negli ultimi anni, e confluite in documenti come gli Orientamenti Etici per una IA affidabile dell’HLEG (High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 a)<sup>6</sup>, o le *Recommendations of the Council on Artificial Intelligence* dell’OECD (OECD 2019), è possibile affermare che ad oggi siano emersi cinque principi cardine per una regolamentazione dell’Intelligenza Artificiale: beneficenza, non maleficenza, autonomia, giustizia e trasparenza. Principi, questi, che sono peraltro mutuati da una ben più risalente tradizione di riflessione in ambito bioetico, ma che oggi costituiscono la struttura assiologica di fondo dell’approccio EU alla regolamentazione dell’Intelligenza Artificiale. Di seguito consideriamo nel dettaglio i documenti su IA elaborati nell’ambito della Commissione Europea e che hanno orientato la Proposta di Regolamento sull’Intelligenza Artificiale<sup>7</sup>.

## 2.1. Documenti su IA elaborati nell’ambito della Commissione Europea: aspetti rilevanti riguardo al diritto alla salute

A livello della Commissione Europea, come abbiamo già menzionato, l’*High Level Expert Group on Artificial intelligence*, negli Orientamenti etici per un’IA affidabile (cfr. High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 a e b) ha sottolineato la necessità di preservare la dimensione “umano-centrica” (*human-centric*) delle nuove tecnologie. Il Libro bianco della Commissione europea del 2020 sull’intelligenza artificiale riporta che “le caratteristiche specifiche di molte tecnologie di intelligenza artificiale, incluso (...) un comportamento parzialmente autonomo, possono rendere difficile la verifica del rispetto e possono ostacolare l’effettiva applicazione delle norme del diritto UE esistente per proteggere i diritti fondamentali” (High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 b), mentre l’Agenzia dell’Unione Europea per i diritti fondamentali (FRA) ha pubblicato *Getting the Future Right – Artificial Intelligence and Fundamental Rights* nel 2020 (FRA 2020).

In questo senso, va segnalato che il lavoro complessivo dell’AI HLEG è stato fondamentale per lo sviluppo dell’approccio della Commissione all’intelligenza artificiale. Il concetto di affidabilità (*trustworthiness*) e i 7 requisiti chiave, introdotti dagli “Orientamenti etici” del 2019, stanno guidando gli sviluppi legislativi nell’ambito dell’intelligenza artificiale<sup>8</sup>. Il documento individua gli elementi per una IA affidabile: la legalità (l’IA affidabile deve rispettare le leggi in vigore e la regolamentazione esistente), l’eticità (l’IA affidabile deve garantire aderenza ai principi etici e ai valori); la robustezza (l’IA affidabile deve essere robusta sia dal punto di vista tecnico sia dal punto di vista sociale, perché i sistemi di IA, anche con intenzioni buone, possono causare danni non intenzionali). Inoltre, identifica e descrive i principi etici che devono essere rispettati al fine di

---

<sup>6</sup> Al riguardo, va segnalato che il gruppo è composto da membri con rilevante *expertise* etica, oltre che tecnologica, con particolare riferimento alle implicazioni etiche, legali e sociali dell’utilizzo dei sistemi di IA. Per conoscere l’elenco degli esperti, cfr. High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2018, *in fine*, nonché <https://ec.europa.eu/futurium/en/european-ai-alliance/ai-hleg-steering-group-european-ai-alliance.html>.

<sup>7</sup> Come consideriamo nei paragrafi che seguono, il lavoro complessivo dell’HLEG è stato fondamentale per lo sviluppo del quadro etico europeo riguardo all’utilizzo delle tecnologie di intelligenza artificiale. Metodologicamente, i principi proposti per l’ambito IA si possono ricollegare alla ormai classica “bioetica dei principi” statunitense (cfr. Beauchamp, Childress 1999), che per dirimere questioni anche controverse individua la necessità di un accordo pratico sulla tematizzazione di alcuni principi senza necessariamente richiamare una giustificazione teorica fondativa.

<sup>8</sup> L’affidabilità come *trustworthiness* a cui si riferisce il documento citato si compone di aspetti tecnici ed etici (cfr. anche nota n. 9) e include l’affidabilità come *reliability*, aspetto tecnico che si riferisce al funzionamento corretto di un sistema di IA, cfr. HLEG 2019, (58), 2. Collegato direttamente alla “robustezza” (solidità tecnica) di una tecnologia, quello di affidabilità come *reliability* è un concetto maggiormente usato nel campo dell’Health Technology Assessment (HTA) ovvero nel processo multidisciplinare e multidimensionale di valutazione delle tecnologie sanitarie (per approfondire riguardo all’HTA, cfr.

<https://www.salute.gov.it/portale/dispositiviMedici/dettaglioContenutiDispositiviMedici.jsp?lingua=italiano&id=5199&area=dispositivi-medici&menu=tecnologie>).

garantire l'eticità e la robustezza dell'IA: il rispetto dell'autonomia umana (gli esseri umani che interagiscono con i sistemi di IA devono poter mantenere la propria piena ed effettiva autodeterminazione; i sistemi di IA devono essere progettati per aumentare integrare e potenziare le abilità cognitive, sociali, e culturali umane), la prevenzione dei danni (i sistemi di IA non devono causare danni né aggravarli e neppure influenzare negativamente gli esseri umani, per cui occorre tutelare la dignità umana nonché l'integrità fisica o psichica), l'equità (i sistemi di IA devono essere equi garantendo una distribuzione giusta ed equa di costi e di benefici e garantendo che gli individui e i gruppi siano liberi da distorsioni inique, discriminazioni e stigmatizzazioni) e la spiegabilità/esplicabilità (i processi devono essere trasparenti, le capacità e lo scopo dei sistemi di IA devono essere comunicati apertamente e le decisioni devono poter essere spiegate<sup>9</sup>).

E' interessante il fatto che tra gli esempi di opportunità offerte da una IA affidabile, venga riportato quello della salute e del benessere: le tecnologie di IA affidabili possono essere utilizzate per rendere le terapie più mirate e contribuire a prevenire malattie potenzialmente letali; i medici e gli operatori sanitari possono potenzialmente eseguire un'analisi più accurata e dettagliata dei complessi dati sanitari di un paziente, anche prima che si ammali, e prescrivere una terapia preventiva ad hoc; l'IA affidabile può contribuire a diagnosticare precocemente le malattie, e a sviluppare medicinali in modo più efficiente (cfr. n. 125, 126). In modo analogo, nel documento della *European Union Agency for Fundamental Rights* (FRA), "Getting the Future Right", del 2020 (FRA 2020), emergono alcuni rischi legati all'uso dell'IA in ambito sanitario, e la corrispondente necessità di una tecnologia affidabile: ciò ad esempio in relazione al rischio del c.d. *bias* di automazione, o alla possibilità che gli utenti (i medici) possano essere indotti a fare affidamento su di essa troppo facilmente e a dedicare meno attenzione alla propria capacità diagnostica, soprattutto nei casi più complessi.

Sempre in ambito UE, è importante ricordare come lo *European Group on Ethics in Science and New Technologies* (EGE) avesse trattato il tema degli aspetti dell'utilizzo delle nuove tecnologie nell'ambito della salute (tra cui i big data e le applicazioni basate su intelligenza artificiale) e la svolta partecipativa della medicina basata su tali tecnologie, nel parere riguardo a *New Health Technologies and Citizen Participation* del 2015 (EGE 2015). In tale parere viene evidenziato che l'utilizzo delle nuove tecnologie sta cambiando profondamente il coinvolgimento dei cittadini riguardo ai temi della salute e sta trasformando anche la relazione tra medico e paziente. Assieme ai notevoli benefici (maggiore autodeterminazione/autonomia, *empowerment* dei pazienti, miglioramento dello stile di vita, proattività nella gestione della propria salute, accessibilità dei medici attraverso la telemedicina, partecipazione attiva nel *decision-making* in ambito sanitario) vi sono anche dei rischi a livello etico, ad esempio la perdita del contatto personale con il medico quando serve avere un contatto personale diretto, la tendenza all'auto-diagnosi, auto-medicazione e addirittura auto-sperimentazione, senza consultazione medica; la digitalizzazione della relazione con il medico e la potenziale sostituzione del medico; inoltre, il rischio di danni che possono essere generati dall'utilizzo di app di mobile health senza supervisione medica o dai danni causati da test genetici diretti al consumatore praticati senza consulenza (cfr. par. 2.2). L'EGE, in linea con l'esigenza di *affidabilità* più volte citata, ritiene cruciale mantenere e ricostruire la fiducia tra i pazienti e le autorità mediche nell'evoluzione dell'assistenza sanitaria. Più di recente (2018) lo stesso EGE ha pubblicato lo *Statement on Artificial Intelligence, Robotics and so called 'Autonomous' Systems* (EGE 2018). Dopo aver sottolineato in

<sup>9</sup> L'elenco completo dei requisiti necessari per ottenere un'IA affidabile sono: 1 Intervento e sorveglianza umani (Inclusi i diritti fondamentali, l'intervento umano e la sorveglianza umana); 2 Robustezza tecnica e sicurezza (Inclusi la resilienza agli attacchi e la sicurezza, il piano di emergenza e la sicurezza generale, la precisione, l'affidabilità e la riproducibilità); 3 Riservatezza e governance dei dati (Inclusi il rispetto della riservatezza, la qualità e l'integrità dei dati e l'accesso ai dati); 4 Trasparenza (Incluse la tracciabilità, la spiegabilità e la comunicazione); 5 Diversità, non discriminazione ed equità (Incluse la prevenzione di distorsioni inique, l'accessibilità e la progettazione universale, e la partecipazione dei portatori di interessi); 6 Benessere sociale e ambientale (Inclusi la sostenibilità e il rispetto ambientale, l'impatto sociale, la società e la democrazia); 7 Accountability (Inclusi la verificabilità, la riduzione al minimo degli effetti negativi e la loro segnalazione, i compromessi e i ricorsi) (cfr. High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 a, cap. II – Realizzare un'IA affidabile, nn. 55-68).

particolare il principio del *meaningful human control*, secondo cui gli umani – e non i computer e gli algoritmi – devono avere il controllo dei sistemi stessi, e dunque rimanerne responsabili, tale dichiarazione evidenzia una serie di principi alla base di una futura regolamentazione delle applicazioni dell'IA: i principi di dignità umana e autonomia, responsabilità, giustizia, equità e solidarietà, democrazia, stato di diritto e responsabilità, sicurezza, protezione e integrità, protezione dei dati e privacy, sostenibilità. Come vedremo, questi principi rappresentano un riferimento concettuale ineludibile per la proposta di Regolamento sull'IA<sup>10</sup>, ormai giunta in fase molto avanzata di discussione, che a sua volta costituisce la sommità di un edificio normativo nel quale si condensa, o si vorrebbe condensare, l'approccio europeo alla materia.

## 2.2. La proposta di Regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale (2021): rilievi generali e implicazioni per l'ambito sanitario

Va segnalato, prima di analizzare la proposta di Regolamento sull'IA, che questa è materia di difficilissima regolamentazione, per varie ragioni: non solo è segnata da una rapidissima accelerazione negli sviluppi tecnologici, come e più di altre materie, ma si costruisce sulla premessa teorica di una autonomia e imprevedibilità di funzionamento, che rendono parzialmente oscuri i processi interni di elaborazione delle decisioni (il cd. fenomeno della black-box) tale per gli output non sono né determinabili ex ante né ricostruibili pienamente ex post (Casonato e Marchetti 2021). Correttamente, pertanto, l'UE ha deciso di adottare un approccio aperto, e flessibile, nel quale la regolazione non si costruisce sulle caratteristiche tecniche dell'IA o sui suoi effetti, ma si struttura sulla base dei *rischi* che sono collegati all'uso di tali tecnologie. In questa prospettiva, le norme e i principi applicabili vengono individuati sulla base di una ripartizione delle tecnologie in tre categorie di rischio, in virtù della quale esistono pratiche e applicazioni dell'IA proibite, ad alto rischio, e a rischio basso o moderato.

Nella prima categoria, dunque, rientrano le applicazioni dell'IA che, per i rischi che presentano rispetto alla lesione dei diritti fondamentali, sono considerate sempre (o quasi sempre) inammissibili. Tra queste, l'identificazione biometrica in tempo reale (con poche eccezioni per ragioni legate a indagini di polizia e per la tutela delle vittime di reati, o per la protezione della vita e della sicurezza rispetto a pericoli imminenti) e gli algoritmi per il social scoring, ovvero per la classificazione dell'affidabilità delle persone sulla base del loro comportamento, o di tratti specifici, se queste valutazioni utilizzano dati provenienti da un contesto diverso rispetto a quello nel quale le valutazioni saranno utilizzate. Interessante, nella prospettiva dell'IA applicata all'ambito medico, è poi l'inclusione fra le pratiche vietate de "l'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di un sistema di IA che sfrutta le vulnerabilità di uno specifico gruppo di persone, dovute all'età o alla disabilità fisica o mentale, al fine di distorcere materialmente il comportamento di una persona che appartiene a tale gruppo in un modo che provochi o possa provocare a tale persona o a un'altra persona un danno fisico o psicologico"<sup>11</sup>. È infatti evidente, e confermato da testi normativi nazionali e internazionali, che le persone in contesti sanitari – o come pazienti, o come partecipanti a un trial clinico, ad esempio – sono molto spesso soggetti in condizioni di vulnerabilità, il cui comportamento può essere facilmente distorto e influenzato proprio in ragione di tale vulnerabilità.

La parte più consistente della proposta di regolamento è – comprensibilmente – dedicata alle applicazioni dell'IA ad alto rischio: ovvero a quelle pratiche che sono consentite, ma che per le loro caratteristiche presentano rischi elevati rispetto alla tutela dei diritti delle persone coinvolte. Ora, l'individuazione di tali pratiche è affidata ad un sistema complesso, flessibile, e applicabile a sistemi di IA intesi sia come prodotti autonomi, sia come componenti di altri prodotti: da un lato, essa si basa

<sup>10</sup> Proposta di Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'Intelligenza Artificiale (Artificial Intelligence Act) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione – COM (2021) 206 final.

<sup>11</sup> Artificial Intelligence Act, Art. 5.1 lettera b.

sullo *scopo complessivo* del dispositivo di IA, ovvero non solo sulla funzione attribuita in un determinato contesto; dall'altro, si fa riferimento ad una serie di ambiti di applicazione 'sensibili' elencati nell'Allegato III, che includono l'istruzione e la formazione professionale, l'accesso ai servizi pubblici essenziali, la gestione delle infrastrutture, il controllo dei confini, l'accesso al credito, l'amministrazione della giustizia, e altro ancora<sup>12</sup>.

La complessità del sistema, e la sua flessibilità, sono da un lato dovute al fatto che il riferimento agli Allegati consente una più facile e rapida possibilità di aggiornamento, e dall'altro al riferimento – per quanto attiene ai protocolli di sicurezza e alla gestione del rischio – al *New Legislative Framework*<sup>13</sup>, nel cui quadro spetta al produttore effettuare i necessari controlli prima dell'immissione sul mercato di un prodotto, al fine di stabilirne la sicurezza e le prestazioni. L'idea del NLF, e dunque anche l'approccio adottato nell'AIA, è che il produttore si trova nella posizione migliore per eseguire la procedura di valutazione della conformità agli standard previsti, poiché conosce nel dettaglio il processo di progettazione e produzione<sup>14</sup>. Ed è peraltro un approccio diverso – è bene sottolineare – da quello adottato nell'ambito farmaceutico, ove per contro è una autorità pubblica (l'AIFA, in Italia, o l'EMA in Europa) ad eseguire direttamente una valutazione prima di concedere l'autorizzazione all'immissione in commercio. Oltre a questi aspetti, fra gli obblighi dei produttori è necessario menzionare, anche per l'importanza che tale principio assume in relazione alle tecnologie applicate in ambito medico, la necessaria garanzia di una supervisione umana sull'IA (principio dell'*human in the loop*), attraverso strumenti di interfaccia che assicurino una minimizzazione dei rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali (cfr. Jones 2017; Amato 2020, p. 88).

Come categoria residuale l'*Artificial Intelligence Act* (AIA) individua le tecnologie e le applicazioni a basso rischio, nelle quali non è presente né l'uso di dati personali né si sistemi predittivi in grado di influenzare il comportamento umano: si pensi, per fare un esempio, alle applicazioni industriali per il controllo dei processi di produzione o la manutenzione preventiva. In tutti questi casi, la circolazione nell'Unione europea è libera, salvi alcuni obblighi di trasparenza in determinati casi: le chatbot, ad esempio, nelle quali la natura artificiale dell'interazione deve essere chiara all'utente, o sistemi di manipolazioni di immagini e video (deepfake).

Ora, è chiaro che questa normativa non cade nel 'vuoto', mirando anzi a integrarsi e coordinarsi con il sistema normativo esistente nei vari ambiti di applicazione dell'IA. E poiché l'IA applicata alla pratica medica può influire sulla vita fisica e mentale di una persona in modo molto intenso e produrre conseguenze anche gravi, la tutela dei diritti fondamentali della persona non può che realizzarsi modellando le previsioni normative e gli standard con riferimento alle specifiche caratteristiche e agli elementi di vulnerabilità che emergono in tale ambito. Si pensi, per fare un esempio, ai requisiti di trasparenza e spiegabilità che l'HLEG ha indicato come caratteristici di una AI affidabile, e che l'AIA ha assunto come riferimenti per la normativa proposta: come possono declinarsi con riferimento a sistemi di Intelligenza Artificiale applicati alla diagnostica medica? Il principio del consenso libero e informato, e la costruzione di una alleanza terapeutica – certamente principi cardine di tutta la disciplina internazionale in materia – implicano che l'IA possa essere utilizzata in ambito medico solo se i pazienti siano stati adeguatamente informati rispetto al suo funzionamento, e in modo comprensibile? A quale livello di trasparenza si deve giungere, perché il consenso all'uso di un sistema di IA sia davvero libero e informato?<sup>15</sup>

Non tutte le domande possono evidentemente trovare una risposta in un testo normativo che – va detto – non è specificamente dedicato ad un ambito di applicazione, ma adotta una prospettiva molto generale. E tuttavia, alcune questioni specifiche si pongono fin da ora, anche nella prospettiva adottata

<sup>12</sup> Artificial Intelligence Act, Artt. 6 e 7.

<sup>13</sup> Decisione N. 768/2008/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 luglio 2008 relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE.

<sup>14</sup> Ciò secondo l'approccio della c.d. "ethics by design", che integra l'etica sin dalla progettazione tecnologica: [https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/ethics-by-design-and-ethics-of-use-approaches-for-artificial-intelligence\\_he\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/info/funding-tenders/opportunities/docs/2021-2027/horizon/guidance/ethics-by-design-and-ethics-of-use-approaches-for-artificial-intelligence_he_en.pdf).

<sup>15</sup> Per una introduzione a questi temi si vedano Stöger, Schneeberger, Holzinger 2021; Cohen et al. 2020.

dall'AIA. In questo senso, poiché il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale si applica anche ai sistemi di IA che sono componenti di altri prodotti, esso dovrà coordinarsi con la normativa vigente in materia di dispositivi medici, almeno laddove all'interno di tali dispositivi siano presenti tecnologie di tal genere.

Si deve tener presente che a livello UE la definizione di dispositivo medico è fornita da dall'articolo 1, paragrafo 2, della Direttiva 93/42/CEE [41]: il termine "dispositivo medico" si applica a qualsiasi strumento, compresi i software, destinato dal produttore a essere utilizzati sull'essere umano a fini di diagnosi di una malattia, prevenzione, monitoraggio, trattamento o palliazione. Tuttavia, il sistema normativo europeo in materia muoveva da tre direttive<sup>16</sup>, nelle quali era richiesto ai produttori di garantire che i dispositivi da loro prodotti fossero idonei allo scopo per cui sono stati prodotti, ed è stato modificato dal nuovo Regolamento sui dispositivi medici<sup>17</sup> e dal Regolamento sui dispositivi medico-diagnostici in vitro<sup>18</sup>. Questa riforma è dipesa dalla consapevolezza che le direttive esistenti – proprio a causa dell'evoluzione tecnologica – non erano più adatte a gestire le questioni più recenti, quali ad esempio l'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale.

In questa prospettiva, una questione di importanza cruciale è quella della definizione degli standard cui i produttori di tecnologie IA si devono attenere, specialmente ove tali tecnologie sono applicate o applicabili in ambito medico. Uno degli obiettivi della proposta di regolamento è infatti quello di consolidare il ruolo dell'Unione nel contribuire alla definizione di norme e standard globali e, in conseguenza di ciò, promuovere un'IA affidabile. La definizione di standard e norme comuni può aiutare produttori e utenti a conformarsi ai requisiti stabiliti riducendo i costi e garantendo, al contempo, una elevata affidabilità dei prodotti: tali standard possono dare ai produttori la certezza di essere conformi ai requisiti previsti dal regolamento UE, incentivando la conformità agli standard tecnici da parte dei fornitori di IA ad alto rischio. L'AIA individua una prima categoria di sistemi di IA che sono prodotti o componenti di prodotti già coperti dalla normativa del *New Legislative Framework*, tra i quali vi sono per l'appunto i dispositivi medici. Per tali prodotti, l'AIA si limita a integrare la legislazione settoriale sulla sicurezza, sottolineando che i requisiti speciali per i sistemi ad alto rischio devono essere verificati nell'ambito delle procedure di valutazione di conformità esistenti ai sensi della legislazione pertinente<sup>19</sup>. L'adozione di specifiche comuni per i dispositivi medici non è stata esente da controversie: soprattutto, poiché la natura esplicitamente valoriale della proposta di regolamento sull'IA potrebbe avere effetti dirompenti rispetto al *New Legislative Framework*, che consente la definizione di standard comuni a istituzioni e enti privati e non coperti da controllo democratico proprio in ragione della pretesa natura tecnica di tali standard. Se pensiamo all'ambito medico, anche al di là degli esempi già fatti in merito ai profili del consenso, la definizione di standard di sicurezza "tecnici" comporta comunque inevitabili scelte di valore, ad esempio in merito alle soglie di rischio accettabili in condizioni di incertezza. In altre parole, e conformemente ad un orientamento della giurisprudenza europea<sup>20</sup> sta progressivamente emergendo che gli organismi privati di standardizzazione, incaricati di emanare i criteri e gli standard all'interno dell'NLF, non

---

<sup>16</sup> European Economic Community (1993) 93/42/EEC – Council Directive concerning Medical Devices. Official Journal of the European Communities; European Economic Community (1990) 90/385/EEC – Council Directive on the approximation of the laws of the Member States relating to active implantable medical devices; European Commission (1998) Directive 98/79/EC of the European Parliament and of the Council on in vitro diagnostic medical devices.

<sup>17</sup> The European Parliament and the Council of The European Union (2017) Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council on medical devices, amending Directive 2001/83/EC, Regulation (EC) No 178/2002 and Regulation (EC) No 1223/2009 and repealing Council Directives 90/385/EEC and 93/42/EEC.

<sup>18</sup> The European Parliament and the Council of The European Union (2017) Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council on in vitro diagnostic medical devices and repealing Directive 98/79/EC and Commission Decision 2010/227/EU.

<sup>19</sup> artt. 24 e 43(3) AIA.

<sup>20</sup> Si veda il caso Meroni davanti alla CJEU: Cases C-9/56 Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community ECLI:EU:C:1958:7; C-10/56 Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA v High Authority of the European Coal and Steel Community ECLI:EU:C:1958:8.

possono essere esenti dal controllo giudiziario proprio perché esercitano un potere che non è meramente tecnico, e non può pertanto essere sottratto al controllo giudiziario.

Il caso delle tecnologie mediche, almeno da questo punto di vista, sembra meno problematico. Come già detto, l'AIA si integra con i regolamenti EU in materia di dispositivi medici, e questi prevedono un approccio differente alla definizione degli standard. Il regolamento sui dispositivi medici, anzitutto, si applica indipendentemente dal fatto che tale dispositivo sia un software, un sito web interattivo, un servizio web, una macro in un foglio di calcolo, e dal fatto che l'elaborazione sia semplice o complessa, che vi siano rischi per il paziente, che l'utilizzatore sia un professionista della sanità o un tecnico informatico: il requisito primario per l'applicazione è che il dispositivo sia destinato all'uso in ambito medico con soggetti umani e con i loro dati. In secondo luogo, la classificazione del rischio è specifica, ovvero tiene conto tanto della rilevanza delle informazioni fornite dal dispositivo (se si tratta di informazioni relative alle opzioni diagnostiche o terapeutiche, o tali da guidare la gestione dei trattamenti, o infine se fornisce direttamente una diagnosi), quanto della criticità della malattia o della condizione del paziente.

3. La *soft law* a livello internazionale ed europeo sull'utilizzo di sistemi di IA in ambito sanitario e di cura.

Fuori dal contesto UE, alcuni importanti testi e linee guida meritano di essere menzionate. Anzitutto, il testo su “Ethics and governance of artificial intelligence for health”, specificamente dedicato alle implicazioni dell'utilizzo dell'IA in ambito sanitario, adottato dal WHO nel 2021 (WHO 2021). Prima di esso, la Conferenza mondiale del WHO sull'assistenza sanitaria primaria aveva pubblicato la Dichiarazione di Astana (2018), che include principi per l'uso della tecnologia digitale, e che invita a promuovere l'uso razionale e sicuro dell'IA, la protezione dei dati personali, e l'uso della tecnologia per migliorare l'accesso all'assistenza sanitaria, arricchire l'erogazione dei servizi sanitari, migliorare la qualità del servizio e la sicurezza dei pazienti e aumentare l'efficienza e il coordinamento delle cure (WHO and UNICEF 2018).

Il lavoro dell'UNESCO sulle implicazioni etiche dell'IA ha prodotto il report su “Big data and health” del 2017 (UNESCO International Bioethics Committee 2017), che ha identificato elementi rilevanti nella prospettiva di una governance dei sistemi di IA in ambito della salute, e il report della Commissione mondiale sull'etica della conoscenza scientifica e della tecnologia (COMEST) su “Robotics ethics” (COMEST 2017). L'UNESCO International Bioethics Committee, nel parere su “Big Data and Health” (UNESCO IBC 2017), ha evidenziato alcuni aspetti importanti riguardo alle specificità dell'utilizzo delle tecnologie di *machine learning* applicate ai Big Data nell'ambito della salute (cfr. n. 36); al rischio di possibili *bias* e alla difficile trasparenza tecnica degli algoritmi (n. 37) e riguardo all'accuratezza dei dati nel caso di tecnologie bioinformatiche, ad es. nel caso di inaccuratezza ed errori (es. nel caso di algoritmi che presentino *bias*, imprecisioni, o classificazioni inadeguate), che possono avere implicazioni per il paziente/cittadino e per la società (n. 38). Inoltre, ha evidenziato nel dettaglio la rilevanza etica del consenso informato e del principio di autonomia nell'ambito dell'utilizzo dei big data in ambito sanitario, e ha considerato le questioni legate a privacy e confidenzialità, salute individuale e solidarietà e *benefit-sharing*, giustizia e sostenibilità.

Più di recente, il documento UNESCO sull'etica dell'intelligenza artificiale (UNESCO 2021)<sup>21</sup> offre orientamenti per tutti gli stakeholder, sia nel settore pubblico che nel settore privato, elaborando una base per una valutazione etica dell'impatto dei sistemi di IA attraverso il loro intero ciclo di vita.

<sup>21</sup> La raccomandazione dell'UNESCO è stata preceduta dal documento COMEST, Preliminary Study on the Ethics of Artificial Intelligence, cit. Nel documento rileva in particolare per il nostro argomento la sezione che riguarda il processo decisionale basato sull'intelligenza artificiale, che (n. 50) raccomanda di trattare con cautela la validità di una decisione guidata dall'IA, che può non essere necessariamente giusta, corretta, accurata o appropriata. Ci possono essere infatti imprecisioni, risultati discriminatori, *bias* o errori nel processo di apprendimento. Inoltre, vengono messi in luce aspetti critici di un eccessivo affidamento sull'IA nel *decision-making* (n. 53).

In particolare, la raccomandazione n. 123 riguarda da vicino il tema della salute e invita gli stati membri a prestare attenzione alla regolamentazione delle applicazioni di IA utilizzate nell'assistenza sanitaria, con riferimento alla minimizzazione dei *bias*, alla supervisione umana, e alla tutela della privacy<sup>22</sup>; inoltre la raccomandazione n. 127 sottolinea che gli Stati Membri devono garantire che gli utenti devono poter identificare facilmente se stanno interagendo con un soggetto umano o un sistema di IA.

Quanto al Consiglio d'Europa, è noto come in tale ambito sia in fase di elaborazione uno strumento giuridico vincolante sull'IA, come espresso nella *Recommendation 2185/2020 on Artificial Intelligence in Health Care: Medical, Legal and Ethical Challenges Ahead* (Council of Europe 2020 b). La raccomandazione sottolinea la rilevanza degli strumenti giuridici già esistenti, in particolare la CEDU, la Convenzione di Oviedo (1997), la *Convenzione sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato di dati a carattere personale* (1981) e il protocollo di modifica del testo di tale Convenzione (2018). In particolare, la raccomandazione sottolinea che l'intelligenza artificiale nell'ambito della salute porta con sé il notevole potenziale di migliorare la salute individuale e la salute pubblica, ma allo stesso tempo presenta anche rischi per i diritti individuali e per la salute pubblica. Le applicazioni di IA nell'ambito della salute rappresentano un cambio di paradigma del concetto stesso di cura che ha spostato il focus da malattia e terapia a salute auto-gestita, benessere e prevenzione, e da un modello di protocolli generalizzabili ad un modello di salute basato sulla medicina di precisione calibrata sull'individuo. Privacy, confidenzialità dei dati personali e consenso informato, sono identificati come gli elementi essenziali dei diritti dei pazienti in tutto il mondo (Council of Europe 2020 a)<sup>23</sup>.

Inoltre, e di fondamentale rilievo in merito al nostro tema, il recente *Report on the impact of artificial intelligence on the doctor-patient relationship*, del Comitato di Bioetica del Consiglio d'Europa, dedicato precisamente all'impatto dei sistemi di IA sulla relazione medico paziente e pubblicato nel giugno del 2022 (CDBIO 2022)<sup>24</sup>. Il rapporto prende in considerazione l'impatto dei sistemi di IA sulla relazione medico-paziente, con riferimento ai principi dei diritti umani contenuti nella Convenzione di Oviedo. Allo stesso tempo, il report evidenzia sei aspetti etici di rilievo:

(1) le possibili diseguaglianze nell'accesso a un'assistenza sanitaria di alta qualità. Trattandosi di tecnologie emergenti la distribuzione dei sistemi IA non sarebbe immediata o universale nei diversi

<sup>22</sup> “123. Gli Stati membri dovrebbero prestare particolare attenzione nella regolamentazione delle soluzioni di previsione, rilevamento e trattamento per l'assistenza sanitaria nelle applicazioni di IA: (a) garantendo la supervisione per ridurre al minimo e mitigare i *bias*; (b) garantire che il professionista, il paziente, il caregiver o l'utente del servizio siano inclusi come "esperti di dominio" nel gruppo in tutte le fasi pertinenti dello sviluppo degli algoritmi; (c) prestare la dovuta attenzione alla privacy a causa della potenziale necessità di essere monitorati dal punto di vista medico e garantire che tutti i pertinenti requisiti nazionali e internazionali in materia di protezione dei dati siano soddisfatti; (d) garantire meccanismi efficaci affinché coloro i cui dati personali sono oggetto di analisi siano a conoscenza e forniscano il consenso informato all'uso e all'analisi dei propri dati, senza impedire l'accesso all'assistenza sanitaria; (e) garantire che l'assistenza umana e la decisione finale di diagnosi e trattamento siano sempre prese dagli esseri umani, pur riconoscendo che anche i sistemi di IA possono aiutare nel loro lavoro; f) garantire, ove necessario, la revisione dei sistemi di IA da parte di un comitato di ricerca etica prima dell'uso clinico”.

<sup>23</sup> La versione provvisoria della Raccomandazione 2185/2020 evidenzia che le informazioni relative alla salute sono di natura sensibile ed eventuali *bias* nel funzionamento di algoritmi utilizzati in questo settore possono condurre a prescrizioni di cura inadeguate ed esporre interi gruppi di popolazione a rischi non protetti che possono minacciare non solo i diritti ma anche le vite, con riferimento a vari aspetti e in particolare il rischio di *deskilling* tra gli operatori sanitari, se si affidano sempre più a sistemi algoritmici a scapito dell'analisi critica multifattoriale e dell'acquisizione di esperienza per formulare giudizi medici (cfr. n. 32) e la rilevanza del consenso informato e rischi legati all'automatizzazione del processo decisionale, sottolineando che utenti, professionisti medici o pazienti, dovrebbero sapere che hanno a che fare con l'IA. L'IA dovrebbe essere "spiegabile, trasparente, self-indicating e certificata". Per quanto riguarda la spiegabilità, è fondamentale che l'utente finale possa raggiungere un esperto umano su richiesta in qualsiasi fase del processo.

<sup>24</sup> Il rapporto è stato redatto nell'ambito del *Piano d'azione strategico sui diritti umani e le tecnologie in biomedicina* (2020-2025) del Consiglio d'Europa, riguardante la governance delle tecnologie ed in particolare l'obiettivo di integrare i diritti umani nello sviluppo delle tecnologie utilizzate in ambito biomedico. Cfr. DH-BIO 2019; i quattro pilastri del piano sono: la governance delle tecnologie, equità nell'ambito della salute, promozione dell'integrità fisica e mentale, cooperazione e comunicazione.

stati o sistemi sanitari; l'impatto dell'IA sulla clinica e sulla relazione medico paziente rimane incerto e dipenderà senz'altro dall'uso caso per caso. I sistemi AI possono essere più efficienti che la cura umana ma possono anche offrire una cura qualitativamente inferiore e con meno interazioni faccia a faccia. A livello regolatorio è dunque di fondamentale importanza limitare al massimo le possibili disuguaglianze.

(2) la trasparenza dei sistemi di IA per operatori sanitari e pazienti. Si evidenziano il ruolo della trasparenza e consenso informato: la complessità dell'IA solleva la questione della spiegabilità dei sistemi IA. Come funziona il sistema o modello? Come viene raggiunto un determinato risultato? Come è stato progettato e testato il sistema? Come viene governato? Quali informazioni servono per verificare le funzioni dei sistemi IA? Le risposte sono necessarie per raggiungere il consenso informato nel caso di *AI-mediated care*.

(3) i rischi legati a *bias* e discriminazione a livello sociale. I pregiudizi sociali nei sistemi di intelligenza artificiale possono portare a una distribuzione ineguale dei risultati tra le popolazioni di pazienti e i gruppi demografici protetti. Le società occidentali sono state a lungo contrassegnate da una significativa disuguaglianza sociale e la presenza di *bias* nei sistemi di IA rischia di amplificare e riproporre disuguaglianze già presenti in ambito sociale.

(4) una diminuita consapevolezza del paziente riguardo alla propria salute. La fiducia nel rapporto medico paziente può essere inibita dalla mediazione tecnologica. Il sistema IA può inibire la comprensione della salute del paziente e favorire un dialogo basato solo su aspetti misurabili o interpretabili dalla macchina. Come effetto, vi può essere la diminuzione di un approccio olistico alla cura, indirizzata ad un'attenzione integrale nei confronti della persona.

(5) i rischi legati al c.d. *automation bias, deskilling* e possibile de-responsabilizzazione degli operatori sanitari. L'eccessiva fiducia nei sistemi di IA per l'accuratezza e l'affidabilità possono ingenerare negli operatori sanitari uno sbilanciamento su tali tecnologie e una diminuzione dell'attenzione e della responsabilità nel *decision-making*.

(6) i rischi per la *privacy*. Il diritto alla *privacy* e la protezione dei dati personali proteggono il paziente in particolare nel caso di utilizzo di sistemi IA in ambito medico. Gli standard etici devono essere sviluppati intorno a trasparenza, mitigazione dei *bias*, riservatezza ed efficacia clinica, in ordine per proteggere gli interessi dei pazienti in termini di consenso informato, uguaglianza, *privacy* e sicurezza.

Il report evidenzia inoltre le tensioni etiche emergenti relative al rapporto medico paziente. La relazione medico-paziente è infatti una chiave di volta della "buona" pratica medica, eppure sembra essere trasformata in una relazione medico-paziente-IA. A tal proposito, il report sottolinea il rischio di una complessiva diminuzione di un approccio olistico al paziente. I professionisti sanitari affrontano questa difficoltà quando tentano di incorporare i sistemi di intelligenza artificiale nelle routine di cura. L'affidarsi ai dati raccolti dalle "app per la salute" o dalle tecnologie di monitoraggio come fonte primaria di informazioni sulla salute di un paziente, ad esempio, può comportare l'ignoranza di aspetti della salute del paziente che non possono essere facilmente monitorati. Di conseguenza, può verificarsi una "decontestualizzazione" delle condizioni del paziente, in cui anche il paziente stesso rischia di perdere il controllo su come la sua condizione viene presentata e compresa da medici e assistenti.

Inoltre, vengono sottolineate le implicazioni per il processo informativo e per il consenso: nei casi in cui i sistemi di IA forniscano supporti alle decisioni cliniche, ad esempio raccomandando una diagnosi particolare o interpretando le radiografie o immagini. Il già menzionato carattere di opacità epistemica di tali sistemi pone una "sfida epistemologica fondamentale per il consenso informato. A parte la capacità del paziente di comprendere la funzionalità dei sistemi di IA, in molti casi i pazienti semplicemente non hanno livelli di consapevolezza sufficienti per rendere possibile il consenso libero e informato"<sup>25</sup>. I sistemi di intelligenza artificiale utilizzano volumi di dati senza precedenti per prendere decisioni e interpretano questi dati utilizzando tecniche statistiche complesse, che

<sup>25</sup> CDBIO 2022, p. 46.

aggiungono entrambe per aumentare la difficoltà e lo sforzo necessari per rimanere consapevoli dell'intera portata dell'elaborazione dei dati che informa la propria diagnosi e trattamento.

Infine, il report sottolinea che l'IA sfida la nozione di responsabilità, poiché quando vengono prese decisioni importanti che influiscono sul sostentamento e sul benessere delle persone, ci si aspetta che la loro logica o le loro ragioni possano essere comprese, nonché la protezione della privacy: la riservatezza nel rapporto medico-paziente è un valore fondamentale nella tutela del diritto umano alla privacy.

#### 4. Conclusioni.

Alla luce dell'analisi svolta, l'utilizzo delle tecnologie di IA in ambito sanitario presenta implicazioni per il rapporto tra il medico e il paziente, che richiamiamo sinteticamente di seguito.

Innanzitutto, a causa dell'elevata dipendenza dai dati caratteristica dell'utilizzo dell'IA in medicina, c'è il rischio di spersonalizzazione nell'approccio al paziente, riducendo la quantità e la qualità del contatto umano nelle relazioni con il personale sanitario; v'è inoltre il rischio di favorire un progressivo cambiamento nella comprensione del concetto di salute – tale da rendere sempre più sfumato il confine con la malattia – in ragione della tendenza all'eccesso di diagnosi e trattamento che la pervasività delle tecnologie di IA possono incentivare<sup>26</sup>. Ancora, l'eccessivo affidamento ai sistemi di IA potrebbe ridurre la volontà di impegnarsi in un dialogo significativo medico-paziente<sup>27</sup>. In questo senso, si parla di impatto “soft” delle tecnologie con riguardo ai loro effetti riguardo al rapporto tra pazienti e medici/operatori sanitari, o più in generale negli standard per ciò che costituisce le buone pratiche sanitarie (de Boer and Kudina 2021).

Dal lato del medico, un eccessivo affidamento alle tecnologie di IA può infatti generare, come evidenziato dai documenti di *soft law* in materia, rischi di de-responsabilizzazione di chi utilizza tali sistemi e la relativa tendenza a fidarsi degli output dei sistemi sulla base della loro oggettività, accuratezza o complessità percepita più che sulla loro efficacia clinica, e rischi di *deskilling*, legati all'eccessivo affidamento ai sistemi IA come inibitore delle competenze cliniche dei professionisti della salute<sup>28</sup>.

Il crescente utilizzo di tecnologie IA nel supporto alle decisioni mediche può inoltre influire sui pazienti, che potrebbero sopravvalutare l'accuratezza, la neutralità e l'obiettività delle tecniche di IA più sofisticate (Reddy 2020). Se da un lato le applicazioni sanitarie basate sull'intelligenza artificiale e la tecnologia indossabile possono rafforzare il controllo e la conoscenza della malattia da parte dei pazienti e creare un rapporto più “equo” con il personale, dall'altro il personale sanitario stesso potrebbe trovarsi sempre più spesso in presenza di pazienti muniti di diagnosi e suggerimenti terapeutici forniti loro dalle applicazioni di intelligenza artificiale. Ciò potrebbe condurre ad una nuova ripartizione dei ruoli tra paziente e personale sanitario, in cui a quest'ultimo spetterebbe il ruolo di garante della qualità e interprete delle informazioni che il paziente ha già ricevuto (Cfr. Swedish Council on Medical Ethics 2020). E tuttavia, se da una parte le applicazioni IA possono avere un potenziale di *empowerment* nei confronti dei pazienti, nella misura in cui costoro sono messi nelle condizioni di valutare i loro sintomi e prendersi cura di sé stessi, dall'altro restano preoccupazioni relative alla perdita di contatto umano e all'aumento dell'isolamento sociale, ove tali applicazioni siano usate per sostituire il tempo del personale sanitario o delle famiglie con i pazienti (Cfr. Swedish Council on Medical Ethics 2020).

<sup>26</sup> Questi aspetti in particolare vengono evidenziati nel report CDBIO 2022, oltre che in letteratura Astromske 2020.

<sup>27</sup> Come evidenziato da molteplici fonti in ambito di *soft law*: WHO 2020; CDBIO 2022; lo segnala anche il documento Ministero della Salute 2021, in particolare par. 4.3.

<sup>28</sup> Tali rischi legati ad *automation bias* e *deskilling* sono evidenziati dalla maggior parte dei documenti di *soft law* in materia: Cfr. tra tutti: WHO 2020, ad es. par. 6.8; UNESCO 2021; CDBIO 2022, par. 6.5; CNB e CNBBSV 2020.

È inoltre da monitorare il rischio che l'uso dell'IA possa influenzare – alterandola – l'autonomia del paziente<sup>29</sup>. Se il paziente presta il proprio consenso in base ad una diagnosi personalizzata effettuata dal sistema di IA, ciò a lungo andare rischia di ostacolare il fatto che il paziente possa effettuare confronti con altre decisioni o altre scelte, in quanto meno consapevole delle alternative<sup>30</sup>.

Infine, un ulteriore aspetto critico riguarda l'identificazione di chi (o cosa) sia in ultima analisi da considerare responsabile della funzione svolta; l'incertezza sui passaggi interni dei sistemi di *machine learning* o *deep learning* ostacola l'attribuzione della responsabilità della decisione, che potrebbe essere alternativamente attribuita al produttore, al programmatore, all'utente (in ambito clinico, il medico), al proprietario o alla macchina stessa<sup>31</sup>. Il medico potrebbe effettivamente essere indotto ad affidarsi sempre più alla tecnologia, arrivando, da un lato, ad assumersi la responsabilità a fronte di una scelta basata prevalentemente su un dato proveniente dal sistema IA, e dall'altro, a delegare sempre più la sostanza dell'atto medico alla decisione del sistema IA. Una simile *overreliance*, se priva della adeguata supervisione significativa da parte del medico, rischia di minare il "diritto all'intervento umano e ad ottenere una spiegazione della decisione ottenuta" di fronte a provvedimenti che incidono significativamente sulla persona (cfr. considerando 71 e art. 22 del Regolamento generale UE sulla protezione dei dati, n. 679/2016 - GDPR)<sup>32</sup>. Una mancata informazione al riguardo comporta significative implicazioni per il rapporto tra il medico e il paziente, oltre che per il consenso.

In conclusione, nell'articolato – e in definitiva incerto nelle sue conseguenze ultime<sup>33</sup> – impatto dell'utilizzo dell'IA in ambito sanitario, gli aspetti etici emergenti che abbiamo illustrato evidenziano le implicazioni per il rapporto tra il medico e il paziente: si tratta di sfide etico-giuridiche di cui tenere in conto per una promozione e tutela effettiva del diritto alla salute, fondato sulla relazione di cura, e per future iniziative legislative al riguardo.

### Bibliografia

Amato S., 2020, *Biodiritto 4.0. Intelligenza artificiale e nuove tecnologie*, Torino: Giappichelli.

Astromske K. et al. 2020. "Ethical and legal challenges of informed consent applying artificial intelligence in medical diagnostic consultations". *AI & Society*. 1-12.

Beauchamp T.L., Childress J.F. 1999, *Principi di etica biomedica* (1994<sup>4</sup>). Le Lettere: Firenze.

Biancardo A. 2021, "Problematiche etico-giuridiche relative all'utilizzo dell'Intelligenza Artificiale in ambito sanitario", *JUS-ONLINE*, 3: 102-152.

Casonato C., Fasan M., Rinaldi L., Tomasi M. 2021. "IA e medicina: profili giuridici". in Pajno, A., Violante, L. (a cura di). *Biopolitica, pandemia e democrazia: rule of law nella società digitale*. Bologna: Il Mulino. 43-57.

<sup>29</sup> In generale rispetto alle tecnologie di intelligenza artificiale, il principio generale dell'autonomia dell'utente deve essere al centro della funzionalità del sistema (cfr. Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 a, 64).

<sup>30</sup> Cfr. CNB e CNBBSV 2020: «Il consenso informato a trattamenti sanitari basati su IA può influire sull'autonomia del paziente. Certamente il paziente vede modificarsi il tradizionale rapporto di alleanza con il medico: ha ancora idee molto confuse sulle applicazioni dell'IA, ne verifica i vantaggi, ma non ne comprende appieno i rischi» (p. 14). Al riguardo si è parlato di "paternalismo artificiale", come condizione che determina "una rinnovata convinzione di subalternità del paziente di fronte al binomio medico-macchina e l'arretramento della dimensione "morale", che invece è connotativa di ogni scelta legata all'ambito della salute, di fronte alla pervasività della tecnica" (cfr. Casonato et al. 2021, p. 53).

<sup>31</sup> Il Comitato Nazionale per la Bioetica ha identificato questo aspetto nel documento CNB e CNBBSV 2020, in particolare al par. 3.5, sulla responsabilità.

<sup>32</sup> Cfr. Casonato et al. 2021, p. 53; Per approfondire questo aspetto e le implicazioni per la tutela dei dati personali, cfr. Guarda 2019.

<sup>33</sup> Cfr. CDBIO 2022, p. 64: "L'impatto dell'IA sulla relazione medico-paziente rimane altamente incerto. È improbabile che nei prossimi cinque anni si possa assistere ad una radicale riconfigurazione dell'assistenza sanitaria, nel senso di una sostituzione dell'esperienza umana da parte dell'intelligenza artificiale. Chiarito ciò, sviluppi come la pandemia COVID-19 e le crescenti pressioni che ha esercitato sui servizi sanitari potrebbero trasformare le modalità di erogazione delle cure, se non le competenze che ne sono alla base" (*traduzione nostra*).

Casonato C., Marchetti B. 2021, “Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell’Unione Europea in materia di intelligenza artificiale”, *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n. 3: 415-437.

Cohen I. Glenn, et al. 2020, “The European artificial intelligence strategy: implications and challenges for digital health”, *The Lancet Digital Health* 2.7: e376-e379.

Comitato Nazionale per la Bioetica, Comitato Nazionale per la Biosicurezza le Biotecnologie e le Scienze della Vita (CNB e CNBBSV) 2020. “Intelligenza artificiale e medicina: aspetti etici”. <https://bioetica.governo.it/it/pareri/pareri-gruppo-misto-cnbcnbbsv/intelligenza-artificiale-e-medicina-aspetti-etici/>

Council of Europe 2020 a. “Artificial intelligence in health care: medical, legal and ethical challenges ahead”.

<http://www.assembly.coe.int/LifeRay/SOC/Pdf/TextesProvisoires/2020/20200922-HealthCareAI-EN.pdf>.

Council of Europe 2020 b. “Recommendation (2185/2020) on Artificial Intelligence in Health Care: Medical, Legal and Ethical Challenges Ahead”. <https://pace.coe.int/en/files/28813/html>.

Council of Europe Steering Committee for Human Rights in the fields of Biomedicine and Health (CDBIO) 2022. “Report on the impact of artificial intelligence on the doctor-patient relationship” prepared by B. Mittelstadt. <https://rm.coe.int/inf-2022-5-report-impact-of-ai-on-doctor-patient-relations-e/1680a68859>

de Boer B., Kudina O. 2021, “What is morally at stake when using algorithms to make medical diagnoses? Expanding the discussion beyond risks and harms”, *Theoretical Medicine and Bioethics* 42, 245266.

DH-BIO, Strategic Action Plan on Human Rights and Technologies in Biomedicine (2020-2025), 2019, <https://rm.coe.int/strategic-action-plan-final-e/1680a2c5d2>.

European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE) 2015. “Opinion on Ethics of New Health Technologies and Citizen Participation”. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e86c21fa-ef2f-11e5-8529-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-77404221>.

European Group on Ethics in Science and New Technologies (EGE) 2018. “Statement on Artificial Intelligence, Robotics and so called 'Autonomous' Systems”. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/dfebe62e-4ce9-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en/format-PDF/source-78120382>.

European Union Agency for Fundamental Rights (FRA) 2020. “Getting the Future Right – Artificial intelligence and Fundamental Rights”. Available at <https://fra.europa.eu/en/publication/2020/artificial-intelligence-and-fundamental-rights>.

Guarda P. 2019, “«Ok Google, am I sick?»: artificial intelligence, e-health, and data protection regulation”, in *BioLaw Journal* 1: 359-375.

High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2018. “A definition of AI: main capabilities and scientific disciplines”. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/definition-artificial-intelligence-main-capabilities-and-scientific-disciplines>.

High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 a. “Ethics Guidelines for Trustworthy AI”. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/ethics-guidelines-trustworthy-ai>; italiano <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

High Level Expert Group on Artificial Intelligence (HLEG) 2019 b. “Policy and Investment Recommendations For Trustworthy AI. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/policy-and-investment-recommendations-trustworthy-artificial-intelligence>.

High Level Expert Group on Artificial Intelligence 2019 c. “A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines”. <https://ec.europa.eu/digital-singlemarket/en/high-level-expert-group-artificial-intelligence>.

Jones M.L. 2017, “The Right to a Human in the Loop: Political Constructions of Computer Automation and Personhood”, *Social Studies of Science*, 47: 216.

Kluge W. E.-H., 2020. “Artificial intelligence in healthcare: Ethical considerations”, *Healthcare Management Forum*, 33 (1), 47-49.

Ministero della Salute-Consiglio Superiore di Sanità-Sezione V-Gruppo di lavoro “Intelligenza artificiale – A.I.” 2021. “I sistemi di intelligenza artificiale come strumento di supporto alla diagnostica”. [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_pubblicazioni\\_3218\\_allegato.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_pubblicazioni_3218_allegato.pdf).

Nuffield Council on Bioethics 2018. “Bioethics briefing note: Artificial intelligence (AI) in healthcare and research”. <https://www.nuffieldbioethics.org/assets/pdfs/Artificial-Intelligence-AI-in-healthcare-and-research.pdf>.

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) 2019. Recommendation of the Council on Artificial Intelligence. <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449>.

Pajno A., Violante L. 2021, *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of Law nella società digitale. Volume III Pandemia e tecnologia. L'impatto su processi, scuola e medicina*, Bologna: Il Mulino.

Palazzani L. 2020, *Tecnologie dell'informazione e intelligenza artificiale. Sfide etiche al diritto*, Roma: Studium.

Palazzani L. 2021, “AI and health: ethical aspects for regulation”, *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 1: 1-16.

Parik R., Teeple S., Navathe A., 2019, “Addressing Bias in Artificial Intelligence in Health Care”, *JAMA* 322(24):2377-2378.

Reddy S., 2020, “A governance model for the application of AI in health care”, *Journal of the American Medical Informatics Association*, 27,3, pp. 491–497.

Schönberger D. 2019, “Artificial intelligence in healthcare: a critical analysis of the legal and ethical implications”, *International Journal of Law and Information Technology*, 27 pp. 171–203.

Stöger K., Schneeberger D. and Holzinger A. 2021, “Medical artificial intelligence: the European legal perspective”, *Communications of the ACM* 64.11: 34-36.

Swedish Council on Medical Ethics 2020. “In brief: Artificial Intelligence in Healthcare”. <https://smer.se/wp-content/uploads/2020/06/smer-2020-2-in-brief-artificial-intelligence-in-healthcare.pdf>.

Tozzi A.E., Cinelli G. 2021, “Informed consent and artificial intelligence applied to RCT and Covid-19”, in L. Palazzani (a cura di), “Informed consent in clinical trials in the context of the Covid-19 pandemic. Ethical and legal challenges”, «BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto», Special Issue 2, 97-108.

UNESCO International Bioethics Committee 2017. “Report on Big Data and Health”. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248724>.

UNESCO 2021. “Recommendation on the ethics of artificial intelligence”. <https://en.unesco.org/artificial-intelligence/ethics>.

World Commission on the Ethics of Scientific Knowledge and Technology (COMEST) 2017. “Robotics ethics”. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248724>

World Health Organization and the United Nations Children’s Fund (UNICEF) (2018). <https://www.who.int/docs/default-source/primary-health/declaration/gcphc-declaration.pdf>.

World Health Organization (WHO) 2021. “Ethics and governance of artificial intelligence for health”. <https://www.who.int/publications/i/item/9789240029200>.

Zagrebel'sky V. 2021. “Un progetto di ricerca su medici e pazienti nel rapporto con l'intelligenza artificiale”, in A. Pajno, L. Violante 2021. *Biopolitica, pandemia e democrazia. Rule of Law nella società digitale. Volume III*, Bologna: Il Mulino. 89-95.

Barbara Giovanna Bello<sup>1</sup>

*'Razza' ed etnia nel pensiero di Max Weber*

.

ABSTRACT

This essay aims to delve into the concepts of 'race' (more in depth) and 'ethnic community' (more succinctly) in the Weberian thought, jointly with some relevant methodological aspects. One may concede that, in many respects, Weber was 'son' of his time but despite the criticisms moved to both notions as anachronistic to examine racial- and ethnic related issues in contemporary societies, the assumption that guides my analysis is that, many of his intuitions marked a turning point on the matter and are worth to think of the present. In particular, concerning 'race', this contribution focuses on the 'color line', whose direct observation during the trip to America seems to have strengthened his interest in investigating the social implications of 'race', as a 'sociological phenomenon' and to have moved him more clearly away from his early writings; furthermore it reveals to be relevant in discussing ethnic communities too.

KEYWORDS

Max Weber, 'Race', Ethnicity, Community, Legacy

INDICE

1. Premessa – 2. Il viaggio in America (1904): il dialogo con W.E.B. Du Bois e la 'linea del colore' – 2.1. I Congressi della *Deutsche Gesellschaft für Soziologie*: 1910 e 1912 – 3. Relazioni tra 'razza' e comunità etniche – 4. Principali critiche alle concezioni weberiane di 'razza' e comunità etnica – 5. A mo' di riepilogo: alcuni spunti per la discussione contemporanea

1. Premessa

Il pensiero di Max Weber sul concetto di 'razza'<sup>2</sup> e sul ruolo che essa svolge nella formazione delle comunità etniche<sup>3</sup> può essere, per certi versi,

<sup>1</sup> Università degli Studi della Tuscia, Viterbo, email barbaragbello@gmail.com.

<sup>2</sup> Benché non appartenga allo stile di Weber, nel presente saggio scrivo 'razza' e 'razziali', seguendo il suggerimento di Zanetti 2017: spec. 37-40.

<sup>3</sup> Per la stesura del presente saggio mi sono attenuta alle traduzioni in italiano a cura di Massimo Palma per i testi contenuti nella *Gesamtausgabe* (Weber 2001) e di Pietro Rossi per altri scritti, ove disponibili.

considerato anacronistico ai fini di una lettura delle tensioni contemporanee e non vi è dubbio che chi oggi si occupa di tali temi disponga ormai di un apparato teorico e metodologico ampissimo e multidisciplinare, spesso finalizzato a supportare *evidence-based policy*.

Tuttavia, le intuizioni dello studioso tedesco mi pare rappresentino ancora un imprescindibile punto di riferimento se non altro perché è a Weber che si deve una delle prime e più significative distinzioni sociologiche tra 'razza' ed etnia (*rectius*, comunità etniche)<sup>4</sup> nei processi di differenziazione sociale. John Stone sostiene persino che le principali controversie sulle teorie sociali, per decenni, siano di fatto consistite in "un dibattito con il fantasma di Weber"<sup>5</sup>.

Può sorprendere, dunque, che nella ricca letteratura in lingua italiana gli studi dedicati specificamente alla concezione weberiana di 'razza' siano quantitativamente circoscritti, benché assai autorevoli<sup>6</sup>, in special modo se raffrontati con i contributi disponibili in altre lingue e nonostante la ricorrenza del centenario della sua morte nel 2020 abbia rinvigorito il confronto con la sua complessa e articolata opera<sup>7</sup>.

L'ipotesi da cui muovono queste pagine è che sottoporre a un vaglio critico le elaborazioni di Weber su 'razza' e sull'agire in comunità su base 'razziale', come precisata nel prosieguo, consenta di cogliere la sua importante eredità su temi che, ora come allora, interessano la società e il diritto<sup>8</sup>.

Tra le scelte possibili<sup>9</sup> ho deciso di approfondire tali concetti a partire dalla 'linea del colore' perché l'osservazione diretta delle relazioni tra segmenti delle

---

<sup>4</sup> Gli scritti sulle comunità, qui esaminati, sono riconducibili al periodo 1911-1912 (Marra 2005: 446), quando Weber considera ancora centrale il concetto di "comunità" (*Gemeinschaft*) rispetto a quello di "società" (*Gesellschaft*) e, al contempo, esprime un esplicito rigetto delle teorie biologiche della razza. In questa fase, 'comunità' è stata intesa come 'social group' da studiosi come Banton (2008: 1270), Cahnman (1973: 295) e Mommsen (2005[2001]: XC). Pare, però, che Weber pianificasse una revisione degli scritti contenuti in *Gemeinschaften*, in cui sarebbe prevalso l'agire in società, Mommsen 2005[2001]: XCI.

<sup>5</sup> Stone 1995: 391.

<sup>6</sup> Mi riferisco in particolare a Marra (2005), a cui si deve la preziosa ricostruzione del concetto di nazione a partire dalla comunità etnica, e a Ferraresi 1997. Si possono vedere inoltre: Laurano 2020, che evidenzia l'influenza di Weber sull'antropologia sociale; Massimilla 2021; Redazione della Rassegna Italiana di Sociologia (a cura di) 2020.

<sup>7</sup> Vanno ricordati almeno: la sezione monografica di *Diacronia. Rivista di Storia della filosofia del diritto*, 2020, 1 (a cura di Massimo Palma); il numero speciale di *Scienza & Politica, per una storia delle dottrine*, 2020, 32, 63 (a cura di Furio Ferraresi); il Convegno dell'Associazione Italiana di Sociologia "Ripensare la società nelle emergenze e nelle trasformazioni globali. Con Max Weber 100 anni dopo", 14-18 dicembre 2020.

<sup>8</sup> Sulla rilevanza del pensiero di Weber per il presente e sulla sua ricezione in Italia negli ultimi cinquant'anni, rinvio a Marra (rispettivamente, 2022 e 2019).

<sup>9</sup> Nel fondamentale articolo del 1947, Ernst Moritz Manasse (1947: 191-192), individua quattro aree principali in cui Weber indagò le implicazioni della 'razza': il sistema delle caste; gli scritti sul Giudaismo postesilico, sul Taoismo e sul Confucianesimo; la 'questione polacca'; la linea del colore negli Stati Uniti, cf. Scaff 2011: 114.

popolazioni bianca e nera durante il viaggio in America con la moglie Marianne<sup>10</sup> nel 1904 sembra aver contribuito a rafforzare la convinzione di Weber circa la necessità di indagare le implicazioni della ‘razza’ come ‘fenomeno sociologico’<sup>11</sup>. Le sue argomentazioni in tal senso sono supportate da numerosi esempi tratti da questa esperienza, che appare come una sorta di spartiacque tra le posizioni giovanili<sup>12</sup> e la produzione successiva. Karl-Ludwig Ay osserva opportunamente che Weber avrebbe potuto attingere da questioni a lui geograficamente più vicine, come l’antisemitismo<sup>13</sup> o la ‘questione polacca’ – di cui peraltro si è occupato nell’intero arco della vita.

Si può cautamente ipotizzare che proprio il confronto con un mondo ‘lontano’ abbia consentito un più ampio respiro su categorie che nella sua terra natia lo hanno coinvolto come ‘uomo’, oltre che come studioso. Il filo che lega ‘razza’, comunità etnica e nazione nel pensiero weberiano<sup>14</sup> mi convince infatti della validità della lucida tesi di Realino Marra, secondo cui “il contesto politico-culturale da un lato, e dall’altro la forte carica emotiva di questi temi nella personalità intellettuale e nella vicenda umana di Weber, ne condizionino decisamente l’analisi, al di là delle intenzioni e degli sforzi di avallatività”<sup>15</sup>.

I paragrafi che seguono sono, dunque, volti a esaminarne il pensiero (§ 2, § 2.1 e § 3), congiuntamente ad alcuni aspetti metodologici<sup>16</sup>, a confrontarsi con le principali critiche contemporanee mosse alle sue concezioni di ‘razza’ e comunità etnica (§ 4), per poi svolgere alcune riflessioni conclusive sulla realtà contemporanea, a partire da talune sue elaborazioni che paiono ancora particolarmente feconde.

## 2. Il viaggio in America (1904): il dialogo con W.E.B. Du Bois e la ‘linea del colore’

<sup>10</sup> Marianne fu un’intellettuale la cui opera è stata in parte oscurata dalla sua dedizione per i lavori del marito: Roth 1989; in italiano: Grüning 2018.

<sup>11</sup> Manasse 1947: 191.

<sup>12</sup> Si pensi agli scritti adolescenziali di Weber e all’“insormontabile avversione” tra Occidente e Oriente ivi espressa (Weber Mar. 1989[1926]: 49-50), su cui sembra aver influito il pensiero di Joseph Arthur de Gobineau (1853-1855); agli scritti del periodo 1892-1895, nei quali la questione dell’identità polacca e delle relazioni tra polacchi e tedeschi interseca il primo filone di ricerca empirica sull’economia agraria; infine, alla Prolusione di Friburgo che tratta considerazioni storiche e di politica economica nella Prussia Occidentale, uno scenario che “combina le caratteristiche di una frontiera nazionale con differenze insolitamente marcate nelle condizioni economiche e sociali di esistenza”, Weber 1895: 1.

<sup>13</sup> Ay 1993: 205; cf. Schmuhl 1991. Va precisato che, a differenza della sua originaria posizione sulla ‘questione polacca’, Weber aveva preso posizione contro l’antisemitismo fin da giovane: Weber Mar. 1989[1926]: 126.

<sup>14</sup> La comunità etnica può essere infatti, considerata come una sorta di formazione transitoria verso la categoria ‘nazione’: Weber 2005[2001]b: 156.

<sup>15</sup> Marra 2005: 449.

<sup>16</sup> Su tali profili si sofferma, in particolare, Ay 1993.

La locuzione 'linea del colore' non appartiene al lessico del dibattito tedesco sulla 'razza' a cavallo tra il Diciannovesimo e il Ventesimo secolo e introduce una questione tutta nordamericana.

Dal viaggio negli Stati Uniti in poi, compiuto nel 1904 insieme a Marianne, negli scritti e negli interventi di Weber sulla 'razza' maturano l'allontanamento dalle idee giovanili e una più esplicita predilezione per le spiegazioni sociologiche rispetto a quelle meramente antropologiche. Nel *Lebensbild*<sup>17</sup> si trova una testimonianza preziosa dell'osservazione diretta della 'questione razziale' negli Stati Uniti, tanto nel Sud ancora caratterizzato da un'economia agraria a quarant'anni dalla Guerra di Secessione, quanto nel Nord in cui andava delineandosi il capitalismo moderno.

L'occasione del viaggio fu un invito al *Congress of Arts and Science of the Universal Exposition* a St. Louis, nel Missouri – dove Weber incontrò brevemente W.E.B. Du Bois<sup>18</sup> –, ma i coniugi visitarono molte città, tra cui Chicago, New Orleans, Tuskegee (Alabama), Atalanta e la comunità Cherokee in Oklahoma. Weber rimase colpito dal palpabile lascito della schiavitù e dalla segregazione in atto tra le popolazioni bianca e nera, determinata dalle leggi cosiddette 'di Jim Crow', basate sul principio formale (e fittizio) 'separati ma eguali'<sup>19</sup> ma che, nella realtà, si traducevano in una palese disuguaglianza sostanziale.

Dei cittadini bianchi del Sud lo colpì la tendenza a volere mantenere la separazione basata sulla 'razza', convinti che “l'uguaglianza sociale' e il 'rapporto sociale' saranno sempre impossibili anche, o ancor di più, con quello strato di neri colti e spesso con nove decimi di sangue bianco”<sup>20</sup>. Al contrario, fu impressionato dall'eterogeneità tra i cittadini neri, in termini di istruzione, condizioni sociali, attivismo e 'mescolanza' (nonostante i divieti di matrimoni interrazziali). Visitò il Tuskegee Institute, una scuola di formazione per insegnanti riservata ai neri, dai cui metodi fu positivamente impressionato<sup>21</sup>.

In quel periodo iniziò anche lo scambio epistolare tra Weber e Du Bois (1904-1905)<sup>22</sup>: il primo invitò il secondo a scrivere un saggio da tradurre in tedesco per la rivista *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, che Weber codirigeva, pubblicato nel 1906<sup>23</sup>.

---

<sup>17</sup> Weber Mar.1989[1926]: spec. 292-317.

<sup>18</sup> Secondo alcune ricostruzioni, Weber partecipò a una conferenza organizzata da Du Bois ad Atalanta durante il soggiorno negli Stati Uniti: così Lewis 1993: 225.

<sup>19</sup> Thomas, Zanetti (a cura di) 2005.

<sup>20</sup> Weber Mar. 1989[1926]: 309.

<sup>21</sup> L'allora direttore, Booker T. Washington – emancipato dalla schiavitù nell'infanzia ed educatore – era persuaso dal ruolo dell'istruzione superiore per la mobilità sociale dei cittadini neri. Con il suo approccio “non conflittuale” era in aperto contrasto: Du Bois 2004: spec. 185-206; cf. Zimmerman 2010.

<sup>22</sup> Il carteggio (sei lettere) è meticolosamente indagato in Scaff 2011 e Chandler 2006.

<sup>23</sup> Du Bois 1906.

Nella lettera di invito, Weber esprime l'interesse per le "relazioni tra il cosiddetto 'problema razziale' e il (cosiddetto) 'problema di classe'"<sup>24</sup> negli Stati Uniti, su cui non era riuscito a trovare alcuno studio, anche se nota come fosse "impossibile intrattenere qualsiasi conversazione con le persone bianche del Sud senza percepirne la connessione". Egli spiega, inoltre, il livello 'dilettantistico' della letteratura sul tema in Germania e, al contempo, l'insorgere di "teorie 'scientifiche' della razza, basate su fundamenta meramente antropologiche". Per tale ragione ritiene necessario "approfondire specialmente l'influenza delle condizioni socio-economiche sulle relazioni basate sulla razza". In una lettera di poco successiva, Weber si dichiara convinto che "la 'linea del colore' sarà un problema di primaria importanza nel futuro, [nel Sud degli Stati Uniti] e in qualsiasi altra parte del mondo"<sup>25</sup>.

Nel 1905, Weber invitò Du Bois a tradurre in tedesco *The Souls of Black Folk*<sup>26</sup>, definendolo uno "splendido lavoro"<sup>27</sup>. Nonostante l'interesse di Du Bois<sup>28</sup>, il progetto non si concretizzò per varie ragioni da rintracciare anche nelle biografie dei due studiosi.

Nahum D. Chandler avanza l'ipotesi secondo cui la dedizione per i propri impegni scientifici e sociali, il coinvolgimento nel rispettivo 'presente', abbia determinato sia l'avvicinamento sia lo spontaneo allontanamento tra loro. Tra le comunanze che originarono il dialogo vi sono gli interessi per i processi storici, le evoluzioni dell'economia agraria, le condizioni delle minoranze e le formazioni sociali moderne, intese come "organizzazione di *relazioni tra gruppi differenti di esseri umani*"<sup>29</sup>; sul versante metodologico, entrambi erano impegnati in ricerche empiriche nel più ampio quadro di analisi comparate<sup>30</sup>. Successivamente, Du Bois intensificò il suo impegno nella lotta attiva per i diritti della popolazione nera; Weber, a sua volta, era sempre più interessato a investigare le conseguenze del declino del latifondismo sulla popolazione contadina e operaia, la questione delle 'minoranze nazionali' (in particolare polacca) e, non ultime, le ripercussioni sulla Prussia degli sviluppi politici in Russia<sup>31</sup>.

<sup>24</sup> Lettera di Weber a Du Bois, 8 novembre 1904, Scaff 2011: 257, come anche le tre successive citazioni nel testo; cf. Chandler 2006: 195-196.

<sup>25</sup> Lettera di Weber a Du Bois, 17 novembre 1904; Chandler 2006: 197. Chandler ipotizza che i cenni alla linea del colore siano in risposta al contenuto della lettera inviata da Du Bois, di cui non si dispone, ivi: 198 e 200.

<sup>26</sup> Du Bois 1903; Du Bois 1973: 106.

<sup>27</sup> Lettera di Weber a Du Bois, 30 marzo 1905; Scaff 2011: 258.

<sup>28</sup> Lettera di Du Bois a Weber, 18 aprile 1905; ivi: 259.

<sup>29</sup> Chandler 2006: 204. Du Bois aveva approfondito tali temi in relazione al Sud degli Stati Uniti nel periodo di dottorato, svolto in parte presso la Humboldt Universität zu Berlin (1892-1894). Il suo lavoro risentì specialmente dell'influenza della *Historische Schule der Nationalökonomie*. In quegli anni seguì anche una lezione tenuta dallo stesso Weber (Scaff 2011: 103; Goss & Hughey 2017).

<sup>30</sup> Proprio in questo frangente i loro destini si erano già incrociati nella persona di August Meitzen, da cui Du Bois apprese i metodi statistici nel soggiorno tedesco e sotto la cui supervisione Weber scrisse la sua *Habilitation*: Scaff 2011: 103.

<sup>31</sup> Chandler 2006: 212; Mommsen 1997: 7.

L'influenza dell'esperienza americana e, in particolare, del dialogo con Du Bois su Weber ha diviso la letteratura.

Secondo una prima prospettiva, l'interlocuzione tra i due studiosi è stata interpretata in chiave eurocentrica, attraverso erronee rappresentazioni del primo in una posizione di subordinazione rispetto al secondo e debitore nei suoi confronti del riconoscimento – quindi, della legittimazione – della sua opera<sup>32</sup>.

Da una diversa angolatura, è messa in risalto l'influenza esercitata da Du Bois sul discostamento di Weber dalle posizioni giovanili, sugli interrogativi dello studioso rispetto all'interrelazione tra classe e 'razza' nei processi di stratificazione sociale. Secondo questo orientamento non vi sono dubbi che, almeno a partire dal periodo del viaggio negli Stati Uniti, le identità razziali fossero intese da Weber come “socialmente e storicamente costruite e politicamente condizionate”<sup>33</sup>.

Secondo critici come Andrew Zimmerman (*infra* § 4), invece, il dialogo con Du Bois non ha mutato, alla radice, le posizioni dello studioso di Erfurt, il quale era entusiasta dell'*élite* intellettuale nera, alla cui disparità di trattamento tentava di trovare delle spiegazioni, e interessato al “contrasto orribile” con le “le semi-scimmie che si incontrano nelle piantagioni e nelle capanne dei neri della “Cotton Belt” [...], ma anche [con] la condizione intellettuale dei bianchi del sud”<sup>34</sup>. Tra questi ultimi includeva i propri parenti migrati negli Stati Uniti con cui era entrato in contatto e che appartenevano a quelle “persone coraggiose, orgogliose ma confuse [...] e smarrite nella lotta odierna per l'esistenza”<sup>35</sup>.

## 2.1. I Congressi della *Deutsche Gesellschaft für Soziologie*: 1910 e 1912

Il dibattito sulla 'razza' ha visto Weber protagonista dei primi due Congressi della *Deutsche Gesellschaft für Soziologie* (DGS), che, come è noto, costituì nel 1909 insieme a studiosi come Georg Simmel e Ferdinand Tönnies<sup>36</sup>. Era un periodo di grande fermento culturale in Prussia. Basti ricordare che, nello stesso anno, veniva fondata anche l'*Internationale Vereinigung für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, ridenominata *Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie* (IVR) nel 1933, e che sia la DGS sia la IVR sono tuttora punti di riferimento internazionali nei relativi ambiti.

---

<sup>32</sup> Goss & Hughey 2017; Chandler & Goss 2018.

<sup>33</sup> Scaff 2011: 115; nello stesso senso: Manasse 1947: 208; Laurano 2020: 29, nota 1. Sulla critica di Weber alle idee secondo cui “ogni accadere storico sia una manifestazione del gioco antagonista di ‘qualità razziali’ innate” e al loro superamento, si veda Weber 2003[1958]: 32; Weber 1904: 43.

<sup>34</sup> Weber Mar. 1989[1926]: 308; in senso critico Zimmerman 2006: 66.

<sup>35</sup> Weber Mar. 1989[1926]: 309.

<sup>36</sup> Per una puntuale ricognizione del dibattito sulla 'razza' nella DGS fino agli Trenta del secolo scorso rimando a Schleiff 2009.

Il primo Congresso *Wege und Ziele der Soziologie*, tenutosi a Francoforte sul Meno nel 1910, non fu solo l'occasione per discutere il concetto della razza a confronto con Alfred Ploetz, medico e biologo, intervenuto con la relazione *Die Begriffe Rasse und Gesellschaft*. L'evento rappresentò anche l'opportunità per avanzare argomentazioni sul tema alla luce del postulato assiologico della DGS, ossia la *Werturteilsfreiheit* (avalutatività), sulla cui necessità Leopold von Wiese riteneva che non fosse possibile dubitare, specialmente a proposito del tema del Congresso<sup>37</sup>.

Weber mette a punto la sua concezione sociologica della 'razza' e la critica alle teorie biologiche, nell'intento di invertire la primazia che studiosi come Ploetz accordavano al fiorire della 'razza' (intesa come 'razza vitale', *Vitalrasse*) – per il fiorire della società<sup>38</sup>.

In questo contesto, Weber muove due critiche alle teorie biologiche di Ploetz, imperniate su concetti di “comunità di riproduzione” (*Fortpflanzungsgemeinschaft*) e “tipi ereditari allevati” (*gezüchtete erbliche Typen*)<sup>39</sup>: la prima è *metodologica*; la seconda è *concettuale*.

Sul versante *metodologico*, egli rigetta l'esistenza anche di “un unico fatto, rilevante per la sociologia, [...] che serva a ricondurre in modo realmente illuminante e definitivo, in modo esatto e non esposto a obiezioni, un determinato genere di processi sociologici a *qualità innate ed ereditarie* che una razza possiede e un'altra definitivamente [...] non possiede”<sup>40</sup>.

Sul versante *concettuale*, la critica riguarda il fatto che le spiegazioni relative alla 'razza' vadano trovate nei mutamenti storici, economici, organizzativi, culturali, attraverso una ricostruzione storica. Egli stesso, d'altronde, si considera un 'incrocio' (*Schnittpunkt*) tra più 'razze': “[i]o sono in parte Francese, in parte Tedesco e, come Francese sono certamente infettato in qualche modo da sangue celtico”<sup>41</sup>; si chiede, dunque, quale di queste 'razze' debba fiorire in lui per lo sviluppo sociale della società tedesca.

Tra i numerosi esempi tratti dal viaggio in America, egli afferma che non è corretto ritenere che le posizioni sociali di bianchi e neri in quel contesto siano attribuibili, in modo incontestabile, alle loro qualità “razziali”. In tal senso, considera la questione, sollevata da Ploetz, dell'“odore dei neri”<sup>42</sup> – che le persone bianche non riuscirebbero a sopportare – come “un'invenzione degli Stati del Nord”, una costruzione sociale (paradigma che da lì a qualche decennio sarebbe divenuto dominante), dunque, per giustificare la distanza, materiale e simbolica, tra bianchi e neri. Si affida “al [suo] naso” per asserire che non ha percepito nulla

<sup>37</sup> Sommer et. al. 1969: 111 e 145; Weber 1904. In risposta alle tesi di un'asserita inferiorità intellettuale delle persone nere dovuta alla 'razza', espresse dal Premio Nobel William Bradford Shockley, nel 1974 Colette Guillaumin dedica un breve ma significativo saggio relativo all'intervento critico di Weber in risposta a Ploetz: Guillaumin, Poliakov 1974.

<sup>38</sup> Weber 2001a: 463; Weber 1910: 458.

<sup>39</sup> Ay 1993: 202.

<sup>40</sup> Weber 2001a: 464; Weber 1910: 459.

<sup>41</sup> Weber 2001a: 462; Weber 1910: 458.

<sup>42</sup> Weber 2001a: 464-465; Weber 1910: 460, tutte le citazioni nel presente capoverso e nei due successivi.

di simile nella sua esperienza americana, dove ha solo potuto constatare che “quando non è lavato, il [nero] puzza tanto quanto il bianco, e viceversa”.

Alla base vi sono le condizioni di vita e non caratteristiche biologiche o un presupposto “istinto razziale”.

In base alle conversazioni intercorse con i bianchi in America, Weber ritiene che anche le ragioni delle loro più ostili attitudini nei confronti dei neri, rispetto alla minoranza degli Indiani d'America, risiedano nel “disprezzo feudale del lavoro” e non in “caratteristiche biologiche”: questi ultimi “non si erano assoggettati alla schiavitù” (“*they didn't submit to slavery*”, in inglese nel testo).

Per inciso, sul punto Weber ritorna nei suoi scritti sulle comunità etniche, dedicato all'agire in comunità su base ‘razziale’ ed etnica e alla costituzione della comunità etnica (*infra*, § 4), chiedendosi perché “una piccola goccia di sangue nero squalific[hi] senza appello, il che non accade per tracce considerevoli di sangue indiano”<sup>43</sup> e giungendo alla conclusione che la sottomissione al “duro lavoro fisico” durante la schiavitù renda i neri “un gruppo squalificato per ceto”.

Nel corso del dibattito avvenuto durante il Congresso, sempre a partire da fattori sociali, Weber prende le difese dei neri contro i giudizi sulle loro scarse abilità (per esempio, in ambito medico), asserite da Ploetz. A tal proposito, egli ricorda la qualità inferiore dell'istruzione impartita nelle università per soli neri<sup>44</sup>, le uniche in cui erano ammessi in conseguenza delle su citate leggi ‘di Jim Crow’. Proprio in risposta all'inferiorità morale e intellettuale dei neri, che secondo Ploetz ne giustifica l'esclusione, Weber oppone l'esempio di Du Bois, “il più importante sociologo negli Stati del Sud con cui nessuno studioso bianco può competere. I bianchi del Sud naturalmente lo avrebbero ritenuto intellettualmente e moralmente inferiore”<sup>45</sup>.

Per Ploetz l'esempio ha valenza aneddotica rispetto alle migliaia di esperienze individuali che invece, a suo avviso, giustificavano la separazione sociale. La risposta di Weber, ancora una volta, attesta la sua attualità: la separazione era dovuta alle “convinzioni di massa”<sup>46</sup> (*Massenglauben*), non risultava da fatti ed esperienze. In termini contemporanei: l'epistemologia ‘bianca’ dominante Oltreoceano aveva riprodotto e diffuso rappresentazioni così pregiudizievole e stereotipate dei neri da diventare una convinzione collettiva.

Weber torna sulla critica nei confronti delle teorie antropologiche della razza anche durante il secondo Congresso della DGS, intitolato *Nation und Nationalität* e organizzato a Berlino nel 1912. In tale occasione apre la sua relazione in risposta all'intervento di Franz Oppenheimer ponendo quella che ritiene “la vera e propria questione a proposito del concetto di razza”<sup>47</sup>, ossia: “determinate differenze rilevanti storicamente, politicamente, culturalmente e dal

---

<sup>43</sup> Weber 2005[2001]b: 140, tutte le citazioni nel presente capoverso; cf. Weber 1980[1921-1922]b.

<sup>44</sup> Deutschen Gesellschaft für Soziologie (Hrsg.) 1911: 164.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

<sup>46</sup> *Ibidem*.

<sup>47</sup> Weber 2001b: 490; Weber 1912: 488.

punto di vista evolutivo sono ereditarie ed ereditabili in modo comprovabile, e quali sono tali differenze?”. Weber sostiene che tale domanda non fosse nemmeno posta in modo corretto nelle varie discipline e che, “con le teorie razziali si può dimostrare e confutare tutto quanto si vuole”<sup>48</sup>. Egli considera, infine, un “misfatto scientifico” spiegare gli sviluppi di civiltà antiche attraverso il ricorso acritico a ipotesi razziali al fine di evitare “la ben più difficile analisi sociologica, la quale non è affatto priva di speranze”<sup>49</sup>.

### 3. Relazioni tra ‘razza’ e comunità etniche

Sul ruolo della ‘razza’ nella formazione di una comunità etnica Weber si sofferma ampiamente e definisce ‘etnici’, a prescindere dalla sussistenza di una comunanza di sangue

i gruppi che, sulla base di somiglianze dell’*habitus* esteriore o dei costumi, o di entrambi, o delle memorie della colonizzazione e migrazione, nutrono la convinzione *soggettiva* di una comunanza della discendenza [*Abstammungseinsamkeit*], tale che questa diventa importante per la propagazione delle comunioni [*Vergemeinschaftung*]<sup>50</sup>.

È forse superfluo ricordare che, nella lingua tedesca, ‘*habitus*’ non si riferisce a mere caratteristiche fisiche, bensì all’esteriorità e all’apparenza date da disparati fattori<sup>51</sup>.

L’appartenenza alla ‘razza’ – intesa come “possesso, basato effettivamente sulla comunanza della discendenza, di disposizioni affini ereditate e trasmesse in linea ereditaria”<sup>52</sup> – è solo una delle fonti, peraltro “assai problematica”, dell’agire comunitario. Coerentemente con l’individualismo metodologico, dagli individui bisogna partire per stabilire se *soggettivamente* riconoscano l’appartenenza ‘razziale’ come “una caratteristica comune”.

Anche in tal caso, essa è surclassata dalle differenze nelle usanze della vita esteriore (*Sitten*) – entrate nella consuetudine a causa di qualche ragione storica contingente e diventate convenzioni – ai fini dell’insorgere di una *Gemeinsamkeitsbewusstsein* (coscienza della comunanza)<sup>53</sup>, che poi “può

<sup>48</sup> Weber 2001b: 491; Weber 1912: 489.

<sup>49</sup> Weber 2001b: 491; Weber 1912: 489.

<sup>50</sup> Weber 2005[2001]b: 145.

<sup>51</sup> Raum 1995: 77.

<sup>52</sup> Weber 2005[2001]b: 137, tutte le citazioni nel capoverso.

<sup>53</sup> Weber (2005[2001]b: 145) afferma: “[q]uesta modalità ‘artificiale’ della genesi di una convinzione di comunanza etnica corrisponde al nostro noto schema della conversione delle socializzazioni razionali in relazioni di comunità personali”. Il riferimento è allo ‘schema’ di chiusura della comunità (di interessati) rispetto al ‘diverso’ sulla base di una caratteristica dell’identità (“la prima che si offre allo sguardo”, Weber (2005[2001]a: 17) per eliminarlo dalla concorrenza per l’appropriazione di risorse economiche. Più approfonditamente: *ivi*: spec. 16-21 (cf. Weber 1980[1921-1922]a) e Weber 2001c: spec. 521-522. A partire da quest’ultimo contributo si afferma

diventare facilmente veicolo di una comunione<sup>54</sup> e dell'eventuale costituzione di una comunità etnica.

È, invece, l'evidente contrasto della condotta di vita a ingenerare la convinzione *soggettiva* di una reciproca estraneità, indipendentemente dall'oggettività della stessa. La lingua, la religione, le memorie di destini comuni – per esempio, la colonizzazione, le migrazioni – rappresentano fattori rilevanti per l'insorgere della coscienza della comunità, ma constano altresì differenze nella condotta di vita economica e sociale, di abbigliamento, acconciatura e taglio della barba tipici, di modalità abitative tipiche e tipo di alimentazione, di divisione del lavoro tra i sessi.

Ciò che determina, in concreto e nei singoli casi, repulsione e disprezzo dei "diversi" o, al contrario, stimola la coscienza della comunanza tra simili sono quei fattori esteriori che interrogano l'individuo circa "tutte quelle cose [...] in cui ci si chiede cosa sia considerato come 'conveniente' e cosa, soprattutto, tocchi il senso dell'onore e della dignità del singolo"<sup>55</sup>. I sentimenti di comunanza etnica poggiano sulla convinzione dell'onore etnico, precluso agli estranei: possono essere generati dalle comunità e ad esse sopravvivere qualora queste ultime dovessero dissolversi. L'onore etnico – punto fondamentale dell'analisi di Weber<sup>56</sup> – è un collante forte perché è cementato dalla convinzione dell'eccellenza dei propri costumi e dell'inferiorità di quelli altrui. Esso, inoltre, può essere invocato da qualsiasi componente della comunità che sente di appartenervi: in quanto tale, è un "onore di massa"<sup>57</sup>.

Un esempio è tratto ancora una volta dal contesto americano del "*poor white trash*" degli Stati americani del Sud, persone bianche socialmente ed economicamente svantaggiate, il cui onore sociale era preservato sul "piano orizzontale della coesistenza"<sup>58</sup> proprio grazie alla bianchezza rispetto ai neri e alle loro pretese sociali.

Tra le condizioni che concorrono alla formazione della comunità etnica vi sono: la vicinanza spaziale; il vincolo di individui diversi per 'razza' (come intesa da Weber), uniti da un agire comune<sup>59</sup>; un comune destino degli affini per 'razza'

---

una nuova terminologia negli scritti di Weber, che giungerà a compimento nel 1919-1920, Mommsen 2005[2001]: XCI.

<sup>54</sup> Weber 2005[2001]b: 142.

<sup>55</sup> Ivi: 149.

<sup>56</sup> Marra 2005: 450.

<sup>57</sup> Weber 2005[2001]b: 149.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> "All'"agire in comunità" deve appartenere, secondo la definizione prescelta, un riferimento dotato di senso dell'agire degli uni 'a' quello degli altri. Non basta quindi l'"uniformità" del comportamento di più individui; e neppure basta ogni specie di 'azione reciproca', oppure l'"imitazione" in quanto tale. Una 'razza', per quanto il comportamento di coloro che ne fanno parte possa essere uniforme in qualche punto, diventa per noi una 'comunità razziale' soltanto quando nasce un agire degli individui a essa appartenenti in riferimento reciproco dotato di senso – quando per esempio, per prendere il minimo assoluto, essi si 'separano' sotto qualche rispetto

connesso all'*opposizione* rispetto a chi è "*vistosamente* diverso"<sup>60</sup> per il suo "*habitus* esteriore". In tale ultimo caso, l'agire comunitario sfocia nella segregazione e nel disprezzo del "diverso" "qualsiasi cosa 'faccia' o 'sia'"<sup>61</sup>.

La repulsione sessuale e la conseguente endogamia ("quale svolgimento dell'agire comunitario"<sup>62</sup>) non è spiegata attraverso cause biologiche, ma si risolve nell'onore.

Con riferimento al contesto statunitense, per esempio, la resistenza dei bianchi a intrattenere relazioni sessuali con i neri<sup>63</sup> non è spiegabile dai tratti fisici. Essa è piuttosto "il prodotto delle pretese dei neri, nate con l'emancipazione dalla schiavitù, di essere trattati come cittadini di uguali diritti, è cioè *socialmente* determinata dalle tendenze alla monopolizzazione del potere e dell'onore sociale, a noi note in base allo schema, in questo caso legate alla razza"<sup>64</sup>.

Theresa Wobbe nota puntualmente che la differenziazione su base etnica weberiana presenta il vantaggio, rispetto alle nozioni più recenti di etnia, di "ricostruire sociologicamente sia i processi di chiusura sociale sia forme di integrazione e identità"<sup>65</sup>.

Credo che parte dell'eredità di Weber utile ancora oggi in relazione alle comunità etniche e alle implicazioni della 'razza' nella loro formazione sia l'invito a guardare alla complessità di fenomeni<sup>66</sup> che, da fuori, si prestano a interpretazioni sostanzialistiche e reificanti. Egli, infatti, esprime scetticismo sulla stessa proficuità del concetto di etnico ai fini di una ricerca sociologica "esatta":

[...] nell'agire comunitario "eticamente" determinato troviamo unificati fenomeni che una considerazione sociologica veramente esatta [...] dovrebbe accuratamente distinguere [...]. Così il concetto generale di "etnico" potrebbe essere sicuramente gettato a mare. Infatti è un nome collettivo del tutto inutilizzabile per qualsiasi ricerca veramente esatta. Ma noi non perseguiamo la sociologia per amore della sociologia e ci accontentiamo perciò di mostrare brevemente quale ampia ramificazione di problemi si nasconda dietro a un fenomeno che si presume unitario<sup>67</sup>.

#### 4. Principali critiche alle concezioni weberiane di 'razza' e comunità etnica

---

dall'ambiente 'estraneo alla razza' (poco importa se allo stesso modo e nella stessa misura)", Weber 2001c: 522.

<sup>60</sup> Weber 2005[2001]b: 137.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> *Ivi*: 140.

<sup>63</sup> Sul meticcio osservato durante in America: Weber 2005[2001]b: 138-139. Sulla reciproca diffidenza tra bianchi e neri rispetto alle unioni miste, si veda anche la letteratura del *Black Feminism: ex plurimis*, hooks 1982; Davis [1981]1983.

<sup>64</sup> Weber 2005[2001]b: 139. Circa lo 'schema', *supra* alla nota 53.

<sup>65</sup> Wobbe 1995: 703.

<sup>66</sup> Marra 1992.

<sup>67</sup> Weber 2005[2001]b: 156.

Le obiezioni mosse a Weber su 'razza' e comunità etnica sono molteplici e credo siano dovute principalmente a due ragioni interconnesse. In primo luogo, gli scritti di Weber sulla 'razza' e, sebbene meno frammentati, sulle comunità etniche – come anche sulla 'nazione', che non costituisce oggetto del presente contributo – restituiscono un quadro non unitario relativo a nozioni su cui le sue convinzioni, come osserva Marra, “non conseguiranno mai un assetto definitivo”<sup>68</sup>. In secondo luogo, sono osservabili una discontinuità e una sorta di circolarità in alcuni punti del pensiero weberiano, specialmente sulla 'razza', che si sono prestate a una lettura univoca.

Il prisma della 'linea del colore', adottato in questo saggio, aiuta a delineare un itinerario teso a cogliere la ricca eredità del contributo dello studioso sui concetti in esame, tenendo conto delle critiche contemporanee.

A proposito della 'razza', l'appunto si concentra sovente sugli scritti ricompresi tra l'età adolescenziale e la Prolusione di Friburgo – con particolare riferimento al ricorso a spiegazioni delle diverse condizioni sociali tra tedeschi e polacchi in termini di “adattabilità della razza slava”<sup>69</sup> – e sulla produzione risalente agli ultimi anni della sua vita (1918-1920), tra cui la *Vorbemerkung* ai *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*<sup>70</sup>. In tale scritto, egli sembra tornare a propendere per una spiegazione delle diversità nelle condotte di vita basata sul patrimonio biologico, a proposito sia della contrapposizione tra Occidente e Oriente sia delle relazioni tra tedeschi e polacchi<sup>71</sup>.

L'allontanamento dalle interpretazioni giovanili nel corso del tempo, argomentato da studiosi come Wolfgang J. Mommsen<sup>72</sup>, e la sua riluttanza nei confronti delle spiegazioni bio-antropologiche per gran parte della sua vita – in particolare della *Vitalrasse*, riconducibile al “campo sconfinato delle valutazioni soggettive”<sup>73</sup> – sono spiegati dai critici più con la mancanza di evidenze consolidate e generalizzabili nelle ricerche empiriche ispirate alle teorie biologiche della 'razza' che con il convincimento di Weber dell'infondatezza dell'idea stessa di 'razza'<sup>74</sup>.

Quest'ultima critica va, a mio avviso, meglio specificata in due direzioni.

Sul piano concettuale, Weber non contesta che la 'razza' possa costituire oggetto di indagine per comprendere i fenomeni sociali. Tuttavia, il baricentro della ricerca è costituito dai fattori che determinano le convinzioni delle persone, dall'insorgere dell'elemento soggettivo che porta all'agire intenzionato e, dunque, alla formazione di una comunità e dalle relative reazioni, non dall'esistenza o meno di caratteristiche fisiche o ereditarie 'razziali'.

---

<sup>68</sup> Marra 2005: 451.

<sup>69</sup> Boatcă 2013: 68.

<sup>70</sup> Weber 1920: spec. 15-16; cf. Marra 2005: 451.

<sup>71</sup> Manasse 1947: spec. 193-194 e la nota 7.

<sup>72</sup> Così Mommsen 1984: 53; Mommsen 1993: 148 ss; Roth 2000: 129.

<sup>73</sup> Weber 2001a: 463; Weber 1910: 458.

<sup>74</sup> Ay: 1993: 205; Boatcă 2013: 71.

Sul piano metodologico, egli ritiene la sociologia più promettente delle indagini antropologiche per comprendere dinamiche sociali complesse. Ciò emerge limpidamente, per esempio, dall'Introduzione metodologica<sup>75</sup>, elaborata dallo studioso nel 1908 nell'ambito del sondaggio *Untersuchungen über Auslese und Anpassung (Berufswahl und Berufsschicksal) der Arbeiter in den verschiedenen Zweigen der Grossindustrie*<sup>76</sup>, promossa dalla Verein für Sozialpolitik, in cui è coinvolto insieme al fratello (ed economista) Alfred.

Un'analoga circolarità è individuata a proposito dell'assimilazionismo, laddove Weber ritiene che la chiusura delle frontiere negli Stati Uniti, soprattutto con riguardo ai migranti dell'Europa dell'Est, avrebbe favorito la progressiva assunzione di abitudini locali da parte delle comunità migranti già residenti<sup>77</sup>, così come molti anni prima aveva espresso simili opinioni sulla chiusura a Est delle frontiere prussiane ai migranti polacchi per promuovere l'integrazione dei polacchi di cittadinanza tedesca<sup>78</sup>.

Nel *Lebensbild*, Marianne afferma che Weber, fin da giovane, rigettava la *Kulturkampf* “così come successivamente si era opposto alla politica sulla lingua prussiana volta alla germanizzazione dei polacchi”<sup>79</sup>, un frammento che Gary A. Abraham definisce “apologetico”<sup>80</sup>. Vi è, infatti, chi interpreta l'abbandono del progetto del *Kulturstaat* e il sostegno a uno Stato polacco, indipendente e alleato della Germania<sup>81</sup>, come contingente al mutato contesto geopolitico, ossia strumentale all'affermazione di quest'ultima come *Machtstaat*<sup>82</sup>.

Esprimendo una delle posizioni critiche più radicali nei confronti dell'opera di Weber nel suo complesso, Zimmerman non esita a definirlo “un imperialista, un razzista e un nazionalista social-darwinista”<sup>83</sup>, le cui posizioni

---

<sup>75</sup> Weber 1908: spec. 27-33. L'indagine mira a rispondere a due quesiti relativi allo sviluppo della grande industria: quali influenze esso eserciti sulle qualità fisiche e psicologiche dei lavoratori nella loro vita; in che misura esso sia correlabile a qualità della forza lavoro in base alla provenienza etnica, sociale, culturale, alla tradizione e alle condizioni di vita (ivi: 1). Weber suggerisce, in via prioritaria, di analizzare in modo consapevole il contesto sociale, variabili come la stratificazione sociale e la struttura economica, la densità dei centri urbani, l'istruzione. Solo qualora tale disamina non sia sufficiente per rispondere ai quesiti di ricerca dovrebbero essere indagate “[...]l'attitudine [*Eingestelltheit*] psicofisica” e “eventualmente [...]l'influenza di caratteristiche ereditarie”: ivi: 32. Egli, peraltro, considera “metodologicamente sconsigliabile procedere da ipotesi ereditarie [*Erblichkeitshypothesen*]” (ivi: 31) e assenti “tutti gli strumenti scientifici per determinare con precisione l'ereditarietà delle qualità cruciali per l'industria” (ivi: 33).

<sup>76</sup> I risultati sono contenuti in Verein für Socialpolitik 1910-1912.

<sup>77</sup> Weber 1912: 491.

<sup>78</sup> Weber 1894: spec. 35-36.

<sup>79</sup> Weber Mar. 1989[1926]: 128; Gerth & Wright Mills (eds.) 1946: 490.

<sup>80</sup> Abraham 1991: 62, a cui rimando anche circa l'anti-pluralismo di Weber a proposito della ‘questione polacca’.

<sup>81</sup> Si vedano, in particolare, gli scritti del periodo 1915-1916 sulla politica estera di Bismarck e sulla collocazione politica della Germania nel quadro internazionale, raccolti in Weber 1988[1921].

<sup>82</sup> Ivi: 47; cf. Mommsen 1984: 53.

<sup>83</sup> Zimmerman 2006: 53; Barbalet 2022.

politiche, al contempo liberali<sup>84</sup> e nazionaliste, hanno influenzato il suo lavoro scientifico. Entro siffatta prospettiva, Weber avrebbe sì rigettato il fondamento biologico della razza ma per riarticolarla sulla base di differenze culturali, esprimendo quello che Étienne Balibar definisce “neorazzismo”. La cultura diventa un surrogato della natura nel “blinda[re] aprioristicamente gli individui e i gruppi in una genealogia, in una determinazione che è immutabile e intangibile”<sup>85</sup>.

Altra parte della letteratura, invece, sostiene la tesi secondo cui, nonostante le contraddizioni, si delinei nel pensiero weberiano “un’evoluzione da un nazionalismo anti-polacco negli anni Novanta del Diciannovesimo secolo a un antirazzismo pluralista liberale e sociale dell’inizio del Novecento”<sup>86</sup>.

La divisione tra gli studiosi contemporanei riguarda anche la nozione di ‘comunità etnica’<sup>87</sup>.

In una prospettiva postcoloniale, Manuela Boatcă muove due obiezioni principali a Weber.

La prima riguarda la pretesa dello studioso di fornire “una definizione universalmente valida di differenziazione etnica come forma di stratificazione sociale, comparando diversi contesti storici, piuttosto che offrire un’analisi storicamente informata della formazione di specifici gruppi etnici o razziali”<sup>88</sup>. Non credo che si possa condividere in pieno tale osservazione. L’ambizione di Weber è senza dubbio quella di analizzare le “grandi forme comunitarie” però, ricorda Mommsen, il suo obiettivo non è di addivenire a una ricostruzione storica “univoca per stadi o [a] uno sviluppo lineare di comunità”<sup>89</sup>; è piuttosto interessato alle diverse cause che portavano alla loro formazione<sup>90</sup>: nello specifico, i fattori “etnici”.

Sul piano metodologico, molti studiosi concordano sul fatto che, all’interno del *Methodenstreit* degli anni Ottanta del Diciannovesimo secolo, Weber abbia cercato una terza via tra indagini nomotetiche e idiografiche: le categorie da lui elaborate servono per individuare fattori causalmente significativi per la formazione di uno specifico fenomeno sociale, i quali vanno confrontati con la realtà sociale e adeguati ai nuovi dati raccolti<sup>91</sup>. Il suo tentativo è quello di “riconciliare un’ontologia basata sull’individualismo metodologico con

---

<sup>84</sup> In estrema sintesi si può concordare che il giovane Weber aderisse a un liberalismo organico incentrato sui valori comunitari, mentre il Weber maturo è vicino al liberalismo accademico e moderato. Certamente non è mai stato conquistato dal liberalismo radicale, Mayer 1944.

<sup>85</sup> Balibar 1999: 22, in Zimmerman 2006: 53.

<sup>86</sup> Boatcă 2013: 64; Laurano 2020: 31; *contra* Weber 2003[1958]: 32, nota 13; Manasse 1947: 191.

<sup>87</sup> Su alcuni equivoci interpretativi dovuti alle traduzioni in inglese degli scritti di Weber si veda Raum 1995: 73-87.

<sup>88</sup> Boatcă 2013: 61.

<sup>89</sup> Mommsen, 2005[2001]: XCI.

<sup>90</sup> Ivi: XCII.

<sup>91</sup> Giddens 1971: 139; Strohmayr 1997: 316; cf. Mommsen 1974: 216.

descrizioni nominalistiche ma oggettive”<sup>92</sup> e di ricondurre il caso specifico al “tipo ideale”.

La seconda critica della sociologa rumena riguarda il punto di vista assunto da Weber nel considerare il ruolo delle memorie della colonizzazione o della migrazione nella formazione di gruppi, ossia dei colonizzatori o dei migranti (volontari) che non hanno subito una squalificazione di *status* (ad esempio, i migranti europei negli Stati Uniti). In tal modo, egli rivela “solo un lato nella differenziazione di potere che aveva originato la gerarchia di *status*: l’esperienza bianca, europea, maschile”<sup>93</sup>.

Non si può negare la fondatezza di tali critiche, frutto della contemporaneità, alla categoria delle comunità etniche: lo sguardo è eurocentrico e la questione dell’onore è, senza dubbio, centrale in Weber. Al contempo, va ricordato che, a suo avviso, la ‘purezza’ della progenie nelle comunità marginalizzate non derivi da presunte o ‘reali’ eredità biologiche ma sia “conseguenza secondaria di [...] dinamiche”<sup>94</sup> sociali e relazionali tra gruppi, come avviene, ad esempio, nei *Pariavolk* (popoli paria), nozione in cui lo studioso iscrive, oltre agli ebrei, anche i rom (“*Zigeuner*”) stanziati nella Germania dell’epoca<sup>95</sup>.

Non si può negare nemmeno la fondatezza delle tre principali critiche di Michael Banton.

In primo luogo, Weber ha indagato il modo in cui i gruppi sviluppano i propri costumi e le convenzioni, ma non ha approfondito le sanzioni sociali che derivano dall’inosservanza degli stessi, le quali possono “controbilanciare l’interesse personale all’appartenere a un determinato gruppo”<sup>96</sup>, né i fattori che possono rinforzare o minare i sentimenti di identificazione e comunanza,

A ciò collegato, in secondo luogo, non vengono approfondite le variazioni delle relazioni e interazioni tra gruppi maggioritari e minoritari nelle diverse regioni del mondo, utili per spiegare, ad esempio perché le disuguaglianze sociali di alcuni gruppi – inclusi i neri negli Stati Uniti e gli ‘zingari’ in Europa – mutano più lentamente rispetto ad altri<sup>97</sup>.

Infine, in terzo luogo, un problema non del tutto risolto nemmeno negli studi contemporanei, secondo il sociologo britannico, riguarda il momento di formazione di un gruppo etnico. Weber non spiega le relazioni causali e di co-dipendenza fino al loro “punto zero”<sup>98</sup>. Egli individua le ragioni di tali formazioni nel tentativo di monopolizzare potere economico e sociale, escludendo i ‘diversi’, ma non esplora l’origine dei gruppi già esistenti, all’interno dei quali ogni soggetto nasce e viene socializzato in base alle norme che li regolano e alle convinzioni soggettive di appartenenza.

<sup>92</sup> Hall 1992: 273.

<sup>93</sup> Boatcă 2013: 61.

<sup>94</sup> Weber 2005[2001]b: 140.

<sup>95</sup> Weber 1921: 11: qui Weber porta gli ‘*Zigeuner*’, “appena emigrati fuori dall’India”, come esempio di un “*Gastvolk*” indiano antico.

<sup>96</sup> Banton 2007: 32.

<sup>97</sup> Banton 2008: 1283.

<sup>98</sup> Banton 2007: 26.

Tra i numerosi meriti che Banton riconosce a Weber nell'aver avanzato la conoscenza delle comunità etniche, rispetto allo stato dell'arte dell'epoca<sup>99</sup>, uno mi sembra particolarmente utile per una lettura del presente: egli apre la via all'analisi multidimensionale contemporanea, ove riconosce che le caratteristiche 'razziali' – intese in senso sociologico e non biologico – confluiscono insieme a molte altre differenze nella formazione delle comunità etniche<sup>100</sup>.

All'analisi delle implicazioni dell'affiliazione multipla per i mutamenti sociali<sup>101</sup> sarebbe potuto giungere, ad avviso di Banton, se avesse percorso interamente la traiettoria suggerita dall'individualismo metodologico.

##### 5. A mo' di riepilogo: alcuni spunti per la discussione contemporanea

Riepilogando quanto sin qui evidenziato della riflessione di Weber, mi pare emergano almeno quattro suggerimenti per leggere questioni 'razziali' ed etniche, sociali e giuridiche, attuali.

Il *primo* riguarda la constatazione che, parafrasando Colette Guillaumin, ogni epoca ha i suoi Dr Ploetz e Weber risponde a tutti loro con il suo *Vortrag* durante il primo Congresso<sup>102</sup> e, credo, con i significativi scritti esaminati.

Il *secondo* spunto riguarda la quanto mai attuale necessità di spiegazioni sociologiche delle differenze e disuguaglianze tra gruppi e di discostarsi dalle '*Massenglauben*' su cui Weber avverte Ploetz nel 1910 e noi oggi.

Su questo versante, è oggi cruciale il ruolo svolto da vecchi e nuovi media nell'ingenerare o rafforzare le "convinzioni di massa" attraverso un linguaggio stigmatizzante, come attesta, tra i molti esempi nel contesto italiano, l'adozione della Carta di Roma, recepita nel Testo unico dei doveri del giornalista e in vigore dal 3 febbraio 2016. L'art. 7 "Doveri nei confronti degli stranieri" invita i giornalisti ad adoperare "termini giuridicamente appropriati" circa categorie – richiedenti asilo, rifugiati, vittime della tratta e migranti – spesso erroneamente sovrapposte ma che hanno implicazioni per la vita delle persone 'in carne e ossa'. Raccomanda, inoltre, di evitare "la diffusione di informazioni imprecise, sommarie o distorte" a riguardo. Tali disposizioni, lette congiuntamente con l'art. 9 "Tutela del diritto alla non discriminazione" che annovera esplicitamente la 'razza' tra i fattori protetti, assumono rilevanza alla luce dei processi di razzializzazione delle migrazioni. La demarcazione tra 'noi' e 'gli Altri' non opera solo lungo la linea dello *status* giuridico 'cittadino/migrante', bensì intreccia sia la 'linea del colore', effettivamente divenuta di "primaria importanza" in qualsiasi parte del mondo<sup>103</sup>, come presagito da Weber, sia le

<sup>99</sup> Ivi: 19-20. Secondo Banton, l'apporto di Weber è apprezzabile soprattutto circa i micro-fondamenti di una teoria della sociologia delle relazioni etniche, Banton 2008: spec. 1273, 1284.

<sup>100</sup> Banton 2007: 25; Banton 2008: spec. 1269, 1270.

<sup>101</sup> Banton 2007: 27.

<sup>102</sup> Guillaumin & Poliakov 1974: 123.

<sup>103</sup> Lettera di Weber a Du Bois, 17 novembre 1904: Chandler 2006: 197.

disuguaglianze – “il (cosiddetto) ‘problema di classe’”<sup>104</sup> dell’interlocuzione con Du Bois<sup>105</sup>.

Pensando sia alla “società nel diritto, ossia [a]i comportamenti conformi o no alle norme” sia “al diritto nella società, cioè [al]la funzione e [al] fine del diritto”<sup>106</sup>, il mai sopito razzismo e gli strumenti giuridici volti a contrastarlo dimostrano che le categorie identitarie continuano a unire e dividere gli esseri umani.

Oggi vi è un consenso pressoché unanime, nella letteratura e negli indirizzi legislativi, che tali categorie siano costruzioni sociali, il cui dis/valore – nello stilema weberiano, l’onore negato o accordato – non è biologicamente (né ontologicamente) determinato o determinabile. Tuttavia, specialmente in relazione alla ‘razza’, l’uso stesso del termine perfino nei testi giuridici desta preoccupazione. Così, limitando l’analisi al contesto europeo, nel sesto considerando della Direttiva n. 2000/43 dell’UE – che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dall’origine ‘razziale’ o etnica – è sentita la necessità di spiegare che tale organizzazione sovranazionale “respinge le teorie che tentano di dimostrare l’esistenza di razze umane distinte. L’uso del termine ‘razza’ nella [...] direttiva non implica l’accettazione di siffatte teorie”.

Per analoghe ragioni, il dibattito volto all’espunzione del termine ‘razza’ nei testi legislativi nazionali, è particolarmente sentito in Francia<sup>107</sup>, in Italia<sup>108</sup> e in Germania.

Assai istruttive sono proprio le audizioni parlamentari avvenute nel 2021<sup>109</sup> nel paese di Weber, a seguito di due disegni di legge del 2020 (n. 19/20628 e n. 19/24434) volti a rimuovere la locuzione “wegen [...] seiner Rasse” dalla legislazione tedesca. La *ratio* delle proposte è di prendere una posizione forte contro le ideologie o convinzioni fondate sull’esistenza di “razze umane distinte” che, ancora oggi, possono essere riprodotte attraverso il termine ‘razza’. A tal proposito, vengono richiamati lo *Statement on Race* dell’*American Anthropological Association* del 17 maggio 1998 e la *Jenaer Erklärung* (Dichiarazione di Jena) – redatta in occasione dell’evento *Jena, Haeckel and the Question of Human Races, or Racism Creates Races*, tenutosi nel 2019<sup>110</sup> – che si apre con l’inequivocabile titolo *The Concept of Race is the Result of Racism, not its Prerequisite*<sup>111</sup>.

<sup>104</sup> Lettera di Weber a Du Bois, 8 novembre 1904: Scaff 2011: 257, come anche le tre successive citazioni nel testo; Chandler 2006: 195-196.

<sup>105</sup> *Supra* §2.

<sup>106</sup> Entrambe le citazioni in Losano 2002: XXV.

<sup>107</sup> Bessone 2021; Joyeux 2022.

<sup>108</sup> In Italia, si vedano: Istituto Italiano di Antropologia (ISItA) (2014); Rickards e Biondi (2014); in senso contrario si sono espressi la senatrice Liliana Segre nel 2020, discostandosi dalla sua precedente posizione, e il compianto Paolo Grossi.

<sup>109</sup> <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw25-pa-recht-rasse-847538>.

<sup>110</sup> <https://www.shh.mpg.de/1464654/jenaer-erklaerung>.

<sup>111</sup> Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Streichung des Begriffs Rasse)*, Drucksache 19/0628, 1.

Tra i punti discussi nelle audizioni<sup>112</sup> figura l'inadeguatezza della sostituzione del termine 'razza' con 'etnia' o 'origine etnica' perché, a sua volta, può riprodurre l'idea di caratteristiche di gruppi percepiti dall'esterno come separati in modo essenzialistico.

Ecco che, in questo contesto, acquisisce un senso anche per il presente il monito di Weber, in relazione alle comunità etniche, a scandagliare la pluralità di problemi che si annidano in un "fenomeno che si presume unitario"<sup>113</sup>, andando oltre la caratteristica dell'identità che per prima "si offre allo sguardo"<sup>114</sup>.

La difficoltà di catturare il significato di 'etnico', che preoccupava lo studioso sul piano sociologico, è assai attuale anche in ambito giuridico. È noto che il diritto antidiscriminatorio dell'UE non fornisca delle definizioni dei fattori protetti, lasciando il compito all'attività ermeneutico-interpretativa della giurisprudenza<sup>115</sup>. Per lungo tempo il riferimento è stata la pronuncia britannica *Mandla c. Dowell Lee* del 1983<sup>116</sup> e, in particolare, l'accurata disamina di Lord Fraser di Tullybelton nell'interpretare l'art. 3(1) "*Racial group*" del *Race Relations Act* del 1976, nella quale egli si esprime anche sulla nozione di 'razza', discostandosi da interpretazioni biologiche.

Credo sia utile riportare l'estratto della pronuncia perché, pur nella diversa rilevanza accordata ad alcuni fattori nel definire l'etnia rispetto al pensiero di Weber, esprime egregiamente le intuizioni che egli ci lascia in eredità in relazione alla multidimensionalità nella formazione delle comunità etniche<sup>117</sup> e alla considerazione per la *soggettività* nello stabilire il senso di appartenenza.

Lord Fraser enuclea una serie di caratteristiche, essenziali e non essenziali, necessarie affinché un gruppo possa essere definito 'etnico' e si distingua da altri gruppi. Tra le condizioni essenziali annovera:

(1) una lunga storia condivisa, *di cui il gruppo è consapevole* e che lo distingue da altri gruppi, e di cui mantiene viva la memoria; (2) una propria tradizione culturale, che comprende usi e costumi familiari e sociali, spesso ma non necessariamente associati all'osservanza religiosa". Tra le caratteristiche rilevanti

<sup>112</sup> Per consultare i testi presentati alle audizioni si visiti: [https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a06\\_Recht/anhoerungen/846756-846756](https://www.bundestag.de/webarchiv/Ausschuesse/ausschuesse19/a06_Recht/anhoerungen/846756-846756). Tra gli attori sociali intervenuti va ricordato il Deutsches Institut Für Menschenrechte, tra i promotori della modifica in esame fin dal 2009.

<sup>113</sup> Weber 2005[2001]b: 156.

<sup>114</sup> Ivi: 17. Sullo slittamento semantico a cui oggi si assiste da "razza, a "etnia" fino a "cultura" rimando a Massimilla 2021: spec. 12.

<sup>115</sup> Tra le pronunce della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo si vedano rispettivamente, Corte EDU, *Timishev c. Russia* (n. 55762/00 e n. 55974/00), 13 dicembre 2005; Corte EDU, *Sejdić e Finci c. Bosnia ed Erzegovina* [GC] (n. 27996/06 e n. 34836/06), 22 dicembre 2009, e Corte giust., 16 luglio 2015, *Chez*, causa C-83/14; Corte giust., 6 Aprile 2017, *Finans*, causa C-668/15.

<sup>116</sup> House of Lords, *Mandla c. Dowell Lee*, 1983, 2 AC 548.

<sup>117</sup> Banton 2007: 25; Banton 2008: spec. 1269, 1270. Mi sembra utile notare che sia nella pronuncia in esame sia nel pensiero weberiano, la lingua e la religione concorrono insieme a molti altri fattori nel delineare l'etnia.

ma non essenziali figurano: “(3) un’origine geografica comune o la discendenza da un piccolo numero di antenati comuni; (4) una lingua comune, non necessariamente peculiare del gruppo; (5) una letteratura comune peculiare del gruppo; (6) una religione comune diversa da quella dei gruppi vicini o dalla comunità generale circostante; (7) essere una minoranza o un gruppo oppresso o dominante all’interno di una comunità più ampia. Ad esempio, un popolo conquistato [...] e i suoi conquistatori potrebbero essere entrambi gruppi etnici.

A ciò egli aggiunge i seguenti elementi soggettivi:

[u]n gruppo definito in riferimento a un numero sufficiente di queste caratteristiche sarebbe in grado di includere i convertiti, ad esempio le persone che si sposano, e di escludere gli apostati. Se una persona che entra a far parte del gruppo *si sente* un membro del gruppo ed è accettato dagli altri membri, allora ne è [...] un membro [corsivo aggiunto].

Proprio lo sguardo dei soggetti messo in luce dalla sentenza, mi porta a evidenziare una *terza* implicazione dell’approccio weberiano alle comunità etniche che, a mio parere, è foriera di interessanti applicazioni ancora oggi. Nella dicotomia etico/emico, l’impostazione di Weber può essere considerata ancora etica, nel senso che egli seleziona i fattori che confluiscono nella comunanza etnica ma, a ben vedere, schiude un varco per approdare a un costrutto emico, in cui è dato risalto al punto di vista dei soggetti sugli aspetti per loro significativi in relazione al loro onore e alla loro dignità<sup>118</sup>. È questo un profilo assai rilevante per indagare e comprendere il punto di vista “interno” e le dinamiche proprie di comunità oggi considerate etniche.

Un *ultimo*, ma non per importanza, utile suggerimento del pensiero weberiano per le contemporanee società plurali riguarda il fatto che di fronte a diversità di costumi manchi “la chiave di lettura”<sup>119</sup> per coglierli nel loro senso soggettivo: manca, cioè, “la comunità di comprensione”<sup>120</sup>, sebbene essa non sia la causa di ogni repulsione/opposizione.

Sebbene Weber non sia forse riuscito a sondare fino in fondo alcune delle sue intuizioni, a mio avviso ha senza dubbio tracciato per i posteri un auspicabile percorso teorico e metodologico, ancora assai denso di significati.

## BIBLIOGRAFIA

Abraham G.A. 1991, “Max Weber: Modernist Anti-Pluralism and the Polish Question”, *New German Critique*, 53: 33-66.

Ay K.-L. 1993, “Max Weber und der Begriff der Rasse”, *Aschkenas - Zeitschrift für Geschichte und Kultur der Juden*, 3 (1): 189-218.

<sup>118</sup> Headland, Pike and Harris (eds.) 1990; cf. Banton 2007: 34, nota 2.

<sup>119</sup> Weber 2005[2001]b: 141.

<sup>120</sup> *Ibidem*.

- Balibar É. 1999, "Is there a "Neo-Racism"?", in É. Balibar and I. Wallerstein, 1999, *Race, Nation, Class: Ambiguous Identities*, London: Verso: 17-28.
- Banton M. 2007, "Max Weber on "Ethnic Communities": A Critique", *Nations and Nationalism*, 13 (1): 19-35.
- Banton M. 2008, "The Sociology of Ethnic Relations", *Ethnic and Racial Studies*, 31 (7): 1267-1285.
- Barbalet J. 2022, "Race and its Reformulation in Max Weber: Cultural Germanism as Political Imperialism", *Journal of Classic Sociology*, 1-16.
- Bessone M. 2021, "Analyser la suppression du mot "race" de la Constitution française avec la *Critical Race Theory*: un exercice de traduction?", *Droit et société*, 108: 367-382.
- Boatecă M. 2013, "From the Standpoint of Germanism. A Postcolonial Critique of Weber's Theory of Race and Ethnicity", *Political Power and Social Theory*, 24: 55-80.
- Cahnman W.J. 1973, *Tönnies und Weber. Comparisons and Excerpts*, in W.J. Cahnman (ed.) 1973, *Ferdinand Toennies. A New Evaluation. Essays and Documents*, Leiden: E. J. Brill: 257-283.
- Chandler N.D. 2006, "The Possible Form of an Interlocution: W.E.B. Du Bois and Max Weber in Correspondence, 1904-1905", *The New Centennial Review*, 6 (3): 193-239.
- Davis A.Y [1981]1983, *Women, Race & Class*, New York: Vintage Books.
- de Gobineau J.A. 1853-1855, *Essai sur l'inégalité des races humaines*, Paris: Librairie de Firmin-Didot et Cie.
- Deutschen Gesellschaft für Soziologie (Hrsg.) 1911, *Verhandlungen des ersten Deutschen Soziologentages, vom 19.-22. Oktober 1910 in Frankfurt a. M.*, Tübingen: J. C. B. Mohr (P. Siebeck): 157-164.
- Deutscher Bundestag, *Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Änderung des Artikels 3 Absatz 3 – Streichung des Begriffs Rasse)*, Drucksache 19/0628, 1.
- Du Bois W.E.B. 1903, *The Souls of Black Folk*, Chicago: A.C. McCLURG & CO.

- Du Bois W.E.B. 1906, "Die Negerfrage in den Vereinigten Staaten", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, 22: 31-79.
- Du Bois W.E.B. 1973, *The Correspondence of W.E.B. Du Bois, Volume I: Selections, 1877-1934*, ed. by H. Aptheker, Amherst, MA.: University of Massachusetts Press.
- Du Bois W.E.B. 2004, *The Social Theory of W.E.B. Du Bois*, ed. by P. Zuckerman, Thousand Oaks, London, New Delhi: Pine Forge Press.
- Ferraresi F. 1997, "La comunità politica in Max Weber. La legittimità democratica come assenza", *Filosofia politica*, 2: 181-210.
- Ferraresi F. (a cura di) 2020, *Scienza & Politica, per una storia delle dottrine*, Numero speciale "Weber rinasce a cent'anni dalla morte", 32 (63): 1-257.
- Fitzi G. 1994, "Un problema linguistico-concettuale nelle traduzioni di Weber: "Comunità"", *Filosofia politica*, 2 (8): 257-268.
- Gerth H. and C. Wright Mills (eds.) 1946, *From Max Weber: Essays in Sociology*, New York: Oxford University Press.
- Giddens A. 1971, *Capitalism and Modern Social Theory. An Analysis of the Writings of Marx, Durkheim and Max Weber*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Goss D.R. and M.W. Hughey 2017, "Du Bois and Weber: A Scholarly Relationship Denied?", *Ethnic and Racial Studies*, 40 (3): 496-498.
- Grüning B. 2018, *Marianne Weber. Donna e cultura. Questione femminile e partecipazione pubblica*, Roma: Armando Editore.
- Guillaumin C. and L. Poliakov 1974, "Max Weber et les théories bioraciales du XX e Siècle", *Cahiers Internationaux de Sociologie*, 56: 115-126.
- Headland T., K. Pike and M. Harris (eds.) 1990, *Emics and Etics: The Insider/Outsider Debate*, Newbury Park: Sage.
- hooks b. 1982, *Ain't I a Woman. Black Women and Feminism*, London: Pluto Press,
- Hughey M.W. and D.R. Goss 2018, "'With Whom no White Scholar can Compare': Academic Interpretations of the Relationship between W.E.B. Du Bois and Max Weber", *American Sociologist*, 29: 181-217.

- Istituto Italiano di Antropologia (ISItA) 2014, *Tre domande (e una conclusione) su Diversità umana e Costituzione Italiana*, redatto da Giovanni Destro Bisol e approvato all'unanimità dal Direttivo dell'ISItA. Disponibile in: [https://www.isita-org.com/isita/dichiarazione\\_razza/testo.htm](https://www.isita-org.com/isita/dichiarazione_razza/testo.htm).
- Joyeux A. 2022, "Suppression du mot "race" de la Constitution et principe de non-discrimination: Une analyse du discours contrastive France / Union européenne", *Corela*, HS-36: 1-23.
- Laurano P. 2020, "Max Weber e la "questione razziale"", *Cambio. Rivista sulle trasformazioni sociali*, 10 (20): 29-40.
- Lewis D.L. 1993, *W.E.B. Du Bois: Biography of a Race, 1868-1919*, New York: H. Holt.
- Losano M.G. 2002, "Prefazione", in R. Treves, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche, problemi*, Torino: Einaudi: XI-XLVI.
- Manasse E.M. 1947, "Max Weber on Race", *Social Research: An International Quarterly*, 14 (2): 191-221.
- Marra R. 1992, *Dalla comunità al diritto moderno. La formazione giuridica di Max Weber 1882-1889*, Torino: Giappichelli.
- Marra R. 2005, "Comunità etniche, solidarietà, nazione in Max Weber", *Filosofia politica*, XIX (3): 445-456.
- Marra R. 2019, "Max Weber in Italia", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1: 5-32.
- Marra R. 2022, *L'eredità di Max Weber. Cultura, diritto e realtà*, Bologna: Il Mulino.
- Massimilla E. 2021, "Razze e culture: percorsi e presupposti di uno slittamento semantico e della sua incidenza pratica", in F. Ciracì, S. Cristante e A. Pisanò (a cura di) 2021, *Giornate di studio sul razzismo 2019 -2020*. 1° e 2° edizione. 4-6 giugno 2019 e 18-19 marzo 2020, Università del Salento, Lecce: 9-23.
- Manasse E.M. 1947, "Max Weber on Race", *Social Research: An International Quarterly*, 14 (2): 191-221.
- Mommsen W.J. 1974, *Max Weber. Gesellschaft, Politik und Geschichte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- Mommsen W.J. 1984, *Max Weber and German Politics, 1890-1920*, tradotto da M.S. Steinberg, Chicago, IL: University of Chicago Press.
- Mommsen W.J. 1993, "Between Cosmopolitanism and Eurocentrism: Max Weber in the Nineties", *Telos*, 96: 148-162.
- Mommsen W.J. 1997, "Max Weber and the Regeneration of Russia", *The Journal of Modern History*, 69 (1): 1-17.
- Mommsen, W.J. 2005[2001], "Introduzione", in M. Weber, *Economia e società. Comunità*, a cura di M. Palma, Roma: Donzelli.
- Palma M. (a cura di) 2020, *Diacronia. Rivista di Storia della filosofia del diritto*, sezione monografica "Il dominio tra diritto e politica. Max Weber a cento anni dalla morte", 1 (22): 1-110.
- Raum J.W. 1995, "Reflections on Max Weber's Thoughts Concerning Ethnic Groups", *Zeitschrift für Ethnologie*, 120 (1): 73-87.
- Scaff L.A. 2011, *Max Weber in America*, Princeton: Princeton University Press.
- Schleiff H. 2009, "Der Streit um den Begriff der Rasse in der frühen Deutschen Gesellschaft für Soziologie als ein Kristallisationspunkt ihrer methodologischen Konstitution", *Leviathan*, 37 (3): 367-388.
- Sommer *et al.* 1969, "Diskussion zum Beitrag: Die Begriffe Rasse und Gesellschaft und einige damit zusammenhängende Probleme", *Verhandlungen des 1. Deutschen Soziologentages vom 19. bis 22. Oktober 1910 in Frankfurt am Main*: 137-166.
- Stone J. 1995, "Race, Ethnicity, and the Weberian Legacy", *American Behavioral Scientist*, 38 (3): 391-406.
- Redazione della Rassegna Italiana di Sociologia (a cura di) 2020, "L'attualità di Weber. Dialogo con Alessandro Cavalli", *Rassegna Italiana di Sociologia*, 3: 651-670.
- Rickards O. and G. Biondi 2014, "Un appello per l'abolizione del termine razza", *Scienzainrete.it*. Disponibile in: <https://www.scienzainrete.it/contenuto/articolo/olga-rickards-e-gianfranco-biondi/appello-labolizione-del-termine-razza/ottobre-2>.
- Roth G. 1989, "Marianne Weber und ihr Kreis. Einleitung", in Mar. Weber, 1989[1926], *Max Weber. Ein Lebensbild*, Piper, München: IX-LXXI.

- Roth G. 2000, "Global Capitalism and Multi-Ethnicity. Max Weber Then and Now", in S. Turner (ed.) 2000, *The Cambridge Companion to Weber*, Cambridge: Cambridge University Press: 117-130.
- Schmuhl H.-W. 1991, "Max Weber und das Rassenproblem", in M. Hettling C. Huerkamp, P. Nolte, H.-W. Schmuhl (Hrsg) 1991, *Was ist Gesellschaftsgeschichte? Positionen, Themen, Analysen*, München: Beck: 331-342.
- Strohmayer U. 1997, "The Displaced, Deferred or Was It Abandoned Middle: Another Look at the Idiographic-Nomothetic Distinction in the German Social Sciences", *Review (Fernand Braudel Center)*, 20 (3/4): 279-344.
- Thomas K. and Gf. Zanetti (a cura di) 2005, *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti*, Reggio Emilia: Diabasis.
- Verein für Socialpolitik 1910-1912, *Untersuchungen über Auslese und Anpassung (Berufswahl und Berufsschicksal) der Arbeiter in den verschiedenen Zweigen der Grossindustrie, Schriften des Vereins für Socialpolitik, I-IV*, Leipzig: Duncker & Humblot.
- Weber Mar. 1989[1926], *Max Weber. Ein Lebensbild*, München: Piper.
- Weber, M. 1894, "Entwicklungstendenzen in der Lage der ostelbischen Landarbeiter", *Archiv für Soziale Gesetzgebung und Statistik*, 7: 1-41.
- Weber M. 1895, "Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik. Akademische Antrittsrede", *Akademische Verlagsbuchhandlung von J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)*, 1895, Freiburg i. B. und Leipzig: Mohr (Paul Siebeck): 1-34.
- Weber M. 1904, "Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis", *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*, XIX: 22-87.
- Weber, M. 1908, "Methodologische Einleitung für die Erhebungen des Vereins für Sozialpolitik über Auslese und Anpassung (Berufswahlen und Berufsschicksal) der Arbeiterschaft der geschlossenen Großindustrie (1908)", in M. Weber, 1924, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, hg. von Marianne Weber, Tübingen: Mohr: 1-60.
- Weber M. 1912, "Zum Vortrag von F. Oppenheimer über 'Die rassentheoretische Geschichtsphilosophie'", in Weber 1924, *Gesammelte Aufsätze zur*

- Soziologie und Sozialpolitik*, hg. von M. Weber, Tübingen: Mohr: 488-491.
- Weber, M., 1920, “Vorbemerkung”, in M. Weber, 1920, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, I, Tübingen: Mohr: 1-16.
- Weber, M. 1921, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, II, Tübingen: Mohr.
- Weber M. 1924, “Diskussionsrede dortselbst zu dem Vortrag von A. Ploetz über “Die Begriffe Rasse und Gesellschaft””, in M. Weber, 1924, *Gesammelte Aufsätze zur Soziologie und Sozialpolitik*, hg. von Marianne Weber, Tübingen: Mohr: 456-462.
- Weber, M. 1980[1921-1922]a, “Wirtschaftliche Beziehungen der Gemeinschaften (Wirtschaft und Gesellschaft) im Allgemeinen”, in M. Weber 1980 [1921-1922], *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Auflage, hg. von J. Winckelmann, Tübingen: Mohr Siebeck: 199-211.
- Weber, M. 1980[1921-1922]b, “Ethnische Gemeinschaftsbeziehungen”, in M. Weber 1980[1921-1922], *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Auflage, hg. von J. Winckelmann, Tübingen: Mohr Siebeck: 234-244.
- Weber M. 1988[1921], *Gesammelte politische Schriften*, 5. Auflage hg. von Johannes Winckelmann, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Weber M. 2001, “Gemeinschaften”, in M. Weber 2001, Max Weber *Gesamtausgabe*, 22/1 (*Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte. Nachlaß*), hg. von W.J. Mommsen in Zusammenarbeit mit M. Meyer, Mohr: Tübingen: 162-190.
- Weber M. 2001a, “Intervento nella discussione su ‘I concetti di razza e di società’”, in M. Weber, 2001, *Saggi sul metodo delle scienze sociali*, a cura di P. Rossi, Torino: Edizioni di Comunità: 460-467.
- Weber M. 2001b, “Intervento nella discussione su ‘La filosofia della storia di impostazione razziale’”, in M. Weber, 2001, *Saggi sul metodo delle scienze sociali*, a cura di P. Rossi, Torino: Edizioni di Comunità: 490-494.
- Weber M. 2001c, “Alcune categorie della sociologia comprendente”, in M. Weber, 2001, *Saggi sul metodo delle scienze sociali*”, a cura di P. Rossi, Torino: Edizioni di Comunità: 495-539.

- Weber M. 2003[1958], "L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale", in M. Weber 2003[1958], *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Torino: Einaudi: 3-88.
- Weber M., 2005[2001]a, "Rapporti economici delle comunità in generale", in M. Weber, *Economia e società. Comunità*, a cura di M. Palma, Roma: Donzelli: 11-52.
- Weber M., 2005[2001]b, "Comunità etniche", in M. Weber, *Economia e società. Comunità*, a cura di M. Palma, Roma: Donzelli: 137-167
- Weber M. 2005[2001], *Economia e società. Comunità*, a cura di M. Palma, Roma: Donzelli.
- Wobbe T. 1995, "Funktionale und segmentäre Differenzierung: ethnische Gemeinschaftsbeziehungen bei Weber", in H. Sahner, S. Schwendtner (Hrsg), *27. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Soziologie – Gesellschaften im Umbruch: Sektionen und Arbeitsgruppen*, Opladen: Westdeutscher Verlag: 297-300.
- Zanetti Gf. 2017, "Critical Race Theory: temi e problemi degli studi critici sulla 'razza'", in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa: Pacini: 35-49.
- Zimmerman A. 2006, "Decolonizing Weber", *Postcolonial Studies*, 9 (1): 53-79.
- Zimmerman A. 2010, *Booker T. Washington, the German Empire, and the Globalization of the New South*, Princeton: Princeton University Press.

Roberta Nobile<sup>1</sup>

## End of Life Choice Act 2019: la morte assistita nella legislazione della Nuova Zelanda

**Abstract:** The article analyzes recent New Zealand legislation on the legalization of medically assisted death, the End of Life Choice Act 2019. After describing the previous attempts at legalization, particular importance is reserved to the *Seales v. Attorney-General* case, which, in addition to reopening the legal-social debate on euthanasia, led the New Zealand Parliament to address and regulate this issue. The EOLC Act aims to offer the possibility to people, who suffer from a terminal disease and meet certain requirements, to legally request medical assistance to end their lives, establishing in detail a legitimate process. The article also examines the effects and consequences on the civil and criminal profile, determined by the entry into force of the law.

**Keywords:** New Zealand, EOLC Act, euthanasia, assisted dying, choice.

**Indice:** 1. Introduzione. 2. L'iter storico di legalizzazione dell'eutanasia in Nuova Zelanda. 3. *End of Life Choice Act 2019*: le fasi del processo di *assisted dying*. 4. Gli effetti sul profilo civile e penale. 5. Elementi di criticità e gli interrogativi del futuro.

### 1. Introduzione

La Nuova Zelanda con l'*End of Life Choice Act 2019* ha legalizzato la morte medicalmente assistita con il 65,2% di preferenze, nel referendum tenutosi il 17 ottobre 2020, in contemporanea con le elezioni politiche vinte dai laburisti di Jacinda Ardern. Il secondo quesito referendario, che proponeva di rendere legale il consumo di marijuana a fini ricreativi, è stato, invece, respinto.

La nuova legge è entrata, così, in vigore nel novembre 2021: si tratta di una svolta importante e rivoluzionaria, che pone il Paese sul confine del *pro choice*, sull'importanza della scelta, di decidere della propria vita con dignità e consapevolezza, abbandonando definitivamente l'orizzonte del *pro life*, che esalta, invece, il primato e sacralità della vita, quale bene inviolabile.

### 2. L'iter storico di legalizzazione dell'eutanasia in Nuova Zelanda

Un primo tentativo di legislazione per la legalizzazione dell'eutanasia si ebbe nel 1995 con il *Death with Dignity Bill*, sponsorizzato dall'allora deputato nazionale Michael Laws, ma il progetto fallì sin dalla sua introduzione con 29 voti contro 61. Nel 2003 il deputato Peter Brown presentò un nuovo disegno di legge, chiamato anche questo *Death with Dignity Bill*, che era quasi identico a quello proposto da Michael Laws, ma come il precedente ebbe vita breve. Nel 2012 la deputata laburista Maryan Street preparò un nuovo modello di legge<sup>2</sup>, l'*End of Life Choice Bill*, che disciplinava la possibilità di richiedere l'eutanasia per i soggetti, di almeno diciotto anni, affetti da una malattia terminale o da altra grave condizione medica, che rischiava di porre fine alla vita entro dodici mesi,

<sup>1</sup> Dottoressa in Giurisprudenza, Università di Catania, email: robertanobile110@gmail.com

<sup>2</sup> Alla fine del 2011, il caso *Rosie, R contro Mott* [2012] NZCH 2366, aveva riaperto il dibattito sul problema della regolamentazione dell'eutanasia.

o con una situazione fisica e mentale irreversibile, che, dal punto di vista della singola persona, rendeva intollerabile la propria esistenza. Inoltre, il soggetto interessato doveva presentare tale richiesta, per iscritto, due volte, con un intervallo di sette giorni, ad un medico che verificherà: le condizioni di ammissibilità, l'assenza di qualsiasi forma di coercizione o pressione esterna, la capacità mentale della persona in questione, la consulenza sulle opzioni terapeutiche alternative, comprese le cure palliative, il dialogo con la famiglia. Tale verifica doveva, poi, essere confermata da un secondo medico<sup>3</sup>.

Tuttavia il progetto di Maryan Street fu, successivamente, ritirato dalle urne, prima della campagna elettorale del 2014, su richiesta dell'allora leader Andrew Little. Nel marzo 2015, Lecretia Seales, un avvocato di Wellington gravemente malata di cancro al cervello ad uno stato ormai terminale, chiese con speranza, una pronuncia da parte dell'Alta Corte<sup>4</sup>, per tentare di ottenere il riconoscimento secondo cui la morte medicalmente assistita non sarebbe illegale ai sensi del *Crimes Act* 1961 e che, di conseguenza, il relativo divieto di essa violerebbe i diritti umani<sup>5</sup>, secondo il *New Zealand Bill of Rights Act* 1990<sup>6</sup>. Tuttavia l'Alta Corte, pronunciandosi sul caso di specie e sul relativo ordine di problema, stabilì che qualsiasi assistenza, sia sotto forma di suicidio assistito che di eutanasia, fosse illegale, precisando, inoltre, che l'art. 160 commi 2 e 3 e l'art. 179 del *Crimes Act* 1961 fossero coerenti con i diritti e le libertà contenuti nel *Bill of Rights Act* 1990. La *High Court* suggerì, poi, che le modifiche alla legge, richieste dalla sig.ra Seales, potrebbero essere apportate, eventualmente, solo dal Parlamento<sup>7</sup>. Oltre a contestare tale corretta interpretazione degli articoli 160 commi 2 e 3 e 179 del *Crimes Act*, nel tentativo di vedere accolta la sua richiesta, secondo cui il suo medico poteva somministrarle legalmente un farmaco letale senza rischiare di essere perseguito penalmente, Lecretia Seales aveva posto due richieste all'Alta Corte in merito agli articoli 8 e 9 del *New Zealand Bill of Rights Act* 1990<sup>8</sup>. In particolare, la ricorrente desiderava ottenere dall'*High Court* il riconoscimento secondo cui le disposizioni in questione, in materia di reato del *Crimes Act*, non fossero coerenti con i diritti garantiti dal *New Zealand Bill of Rights Act* 1990 (NZBORA). Nel caso di specie, si era voluto seguire le orme di quelle decisioni estere<sup>9</sup> in cui gli individui sostenevano, similmente, che le leggi nazionali, che vietavano il riconoscimento legale dell'eutanasia<sup>10</sup>, violavano in tal modo i loro diritti umani<sup>11</sup>. A tal riguardo, nei confini del fenomeno della *trans-judicial communication*<sup>12</sup>, determinante era stata la sentenza relativa al caso *Carter v. Canada*, in cui la Corte suprema canadese aveva dichiarato l'incostituzionalità del divieto generalizzato di suicidio assistito, compiendo l'*overruling* della precedente decisione della Corte suprema del 1993, la sentenza *Rodriguez v. British Columbia*<sup>13</sup>.

A seguito della pronuncia dell'Alta Corte neozelandese sul caso *Seales*, venne istituito il *Health Committee* allo scopo di orientare e disciplinare il dibattito sulla questione eutanasi, raccogliendo le proposte dell'elettorato.

<sup>3</sup> Cfr. Havill J. 2015 e Macleod A. 2012: 127-131.

<sup>4</sup> *Seales v. Attorney General* [2015] NZHC 1239.

<sup>5</sup> *Seales v. Attorney General*, *ivi*, par. 10.

<sup>6</sup> Sul caso *Seales v. Attorney General*, si rimanda a Laing C. 2015, Grey, L. 2016, Geddis. A. 2015; Mccann E. 2015, Gavaghan C. 2016: 4-18;

<sup>7</sup> *Seales v. Attorney General*, *ivi*, par. 13 e 211.

<sup>8</sup> L'art. 8 del *New Zealand Bill of Rights Act* afferma: "No one shall be deprived of life except on such grounds as are established by law and are consistent with the principles of fundamental justice"; mentre l'art. 9 della stessa legge: "Everyone has the right not to be subjected to torture or to cruel, degrading, or disproportionately severe treatment or punishment".

<sup>9</sup> *Carter v. Canada* (Procuratore generale) [2015] SCC 5; *Stransham-Ford* contro *Ministry of Justice* [2015] ZAGPPHC 230 (HCSA).

<sup>10</sup> *Carter v. Canada*, *ivi*, par. 3, 65, 66.

<sup>11</sup> Si rimanda a Stevie S. Martin 2018: 98-116; Geddis A. 2017, Rodriguez S. 2017; Stefanelli E. 2015, Di Martino A. 2015.

<sup>12</sup> Cfr. Slaughter A. 1994; Groppi T., Ponthoreau M. 2013.

<sup>13</sup> *Rodriguez v. British Columbia* (*Attorney General*), 3 SCR 519.

Era l'ottobre 2015 quando il leader del partito ACT David Seymour presentò il suo *End of Life Choice Bill*. Il progetto di legge di Seymour si proponeva come scopo di legalizzare l'eutanasia e il suicidio assistito in Nuova Zelanda per le persone di diciotto anni e oltre, con una malattia terminale o una condizione medica grave e irrimediabile, includendo, inizialmente, anche i soggetti con importanti disabilità e con condizioni di gravità cronica della salute mentale<sup>14</sup>.

Dopo aver ricevuto risultato positivo nel corso delle tre letture, il disegno di legge venne approvato dal Parlamento per passare in legge. Tuttavia, si stabilì che la decisione finale, intorno alla questione conclusiva se il progetto proposto potesse o meno diventare legge, sarebbe spettata all'elettorato neozelandese attraverso un referendum vincolante<sup>15</sup>.

“*The country has decided to support understanding and freedom of choice*”, ha commentato vittorioso David Seymour, all'indomani del risultato positivo raggiunto<sup>16</sup>. Immediata la reazione della Chiesa cattolica locale, che si era battuta a lungo contro l'approvazione della normativa: in una nota, il dottor John Kleinsman, direttore del Centro di bioetica *Nathaniel*, afferente alla Conferenza episcopale locale, sottolineava: «La nostra convinzione fondamentale che tutta la vita sia sacra ci porta a insegnare che non dovremmo mai togliere la vita ad un'altra persona»<sup>17</sup>. Per la Chiesa neozelandese il problema del c.d. *pendio scivoloso*<sup>18</sup> diventa sempre meno aleatorio e più una triste deriva di certezza.

### 3. *End of Life Choice Act 2019*: le fasi del processo di *assisted dying*

Elemento di iniziale singolarità di tale legislazione neozelandese risiede nel fatto che il Ministero della Salute e il Ministero della Giustizia abbiano specificato che l'*End of Life Choice Act 2019* usa il termine di morte assistita (*assisted dying*) sia per indicare l'eutanasia che il suicidio assistito<sup>19</sup>.

La legge in analisi presenta, nella sua parte introduttiva, come fondamento preliminare e basilare, l'indicazione del testo del quesito referendario posto ai cittadini neozelandesi (“*Do you support the End of Life Choice Act 2019 coming into force?*”), che potevano, quindi, esprimere una preferenza positiva o negativa<sup>20</sup>. È ripresa, anche, all'interno della normativa, quella che è la definizione di referendum, inteso come strumento che consente una partecipazione attiva e diretta dei cittadini. Viene specificato, inoltre, che se la maggioranza degli elettori votanti risponde, alla suddetta domanda, a sostegno dell'entrata in vigore della presente legge, questa sarà applicata dodici mesi dopo la data in cui verrà dichiarato l'esito ufficiale di tale referendum (come si è venuto, di fatto, a realizzare nel caso in esame). Altrimenti, se la legge in esame non entra in vigore entro cinque anni dalla data in cui riceve l'assenso reale, essa sarà abrogata. La normativa si articola in quattro parti: la prima parte (artt. 1-7), denominata *Preliminary provisions*, contiene una serie di disposizioni dedicate allo scopo e all'interpretazione della legge, alla specificazione del significato di persona ammissibile a ricorrere

<sup>14</sup> Tuttavia, durante la seconda lettura del progetto di legge in esame, furono approvati una serie di emendamenti che: limitavano l'ammissibilità del ricorso all'eutanasia solo alle persone con una malattia terminale, vietavano ad ogni operatore sanitario di avviare qualsiasi discussione sulla morte medicalmente assistita, fornendo tutele occupazionali per qualsiasi medico, infermiere o psichiatra che si opponesse a prendere parte al processo eutanasi per qualsiasi motivo. Venne inserita, anche, una disposizione, che delineava la possibilità per medici e infermieri di interrompere tale processo, qualora sospettassero l'esercizio di una qualsiasi forma di pressione sulla persona in cerca di assistenza medica alla morte.

<sup>15</sup> Sul punto cfr. TSAI, Bruce CH; Menkes, David B. 2020: 149-160.

<sup>16</sup> Battistella G. 2021.

<sup>17</sup> Cfr. Kleinsman J. 2015 e Battistella G. 2021.

<sup>18</sup> Sull'argomento: Siqueira-Batista, R., & Schramm, F. R. 2005; Mantovani F. 1988; Frey R.G., *Il timore della 'china scivolosa'*, Bok S., *Eutanasia*, entrambi in G. Dworkin- R.G. Frey-S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino, 2001, 52 ss., 143.

<sup>19</sup> L'*EOLC Act* utilizza il termine “*assisted dying*” per indicare “*the administration by an attending medical practitioner or an attending nurse practitioner of medication to the person to relieve the person's suffering by hastening death or the self-administration by the person of medication to relieve their suffering by hastening death*”.

<sup>20</sup> L'intera normativa è disponibile in lingua originale su <https://www-legislation-govt-nz>.

alla morte medicalmente assistita e competente a prendere una decisione informata su di essa, alla forza vincolante dell'atto sulla Corona; la seconda (artt. 8-24), intitolata *Assisted dying*, enuclea il tema fondamentale dell'obiezione di coscienza e della sua forma di esercizio, individua i requisiti essenziali e le condizioni necessarie e doverose per poter richiedere la buona morte, delinea la formulazione della richiesta e i termini di accettabilità di essa, esamina, poi, i tre pareri, che devono essere espressi, rispettivamente, dal medico curante, da un medico indipendente ed eventualmente da uno psichiatra, le modalità di somministrazioni del farmaco, con specificazione delle coordinate temporali, eventuali esiti differenti dallo scopo finale, causati dalla revoca da parte del soggetto interessato oppure dal sospetto di indebite pressioni esercitate su quest'ultimo; la terza parte (artt. 25-30), denominata *Accountability*, contiene una serie di disposizioni riguardanti i vari profili di intervento e funzionali di diversi organi, quali lo *SCENZ Group*, il Comitato di revisione, il *Register* e *persons to provide information to Registrar* (il Commissario per la Salute e l'Invalidità, un'autorità, la polizia neozelandese), inoltre si occupa di disciplinare la revisione del funzionamento della legge; la quarta e ultima parte (artt. 31-41), dal titolo *Related matters*, esamina le problematiche, i temi e le osservazioni in merito ad aspetti secondari che intersecano le precedenti principali questioni, come ad esempio, il rapporto con altri diritti e doveri, restrizioni alle pubblicazioni di dettagli sui decessi medicalmente assistiti, le immunità da responsabilità civili e penali, descrivendo gli effetti modificatori dovuti all'entrata in vigore dell'*EOLC Act*.

L'*EOLC Act* definisce, preliminarmente, all'art. 3 lo scopo della legge<sup>21</sup>, ossia dare alle persone che soffrano di una malattia terminale e che soddisfino determinati criteri, la possibilità di richiedere legalmente assistenza medica per porre fine alla loro vita, stabilendo, quindi, un processo legittimo per assistere tali soggetti, che risultando idonei, manifestano questa opzione di morte. La legge interviene, anche, nel definire scrupolosamente ogni tema che vada ad intersecare la questione principale di fine vita, ad esempio, specifica che per morte assistita, "*assisted dying*" si vuole intendere sia la somministrazione, da parte di un medico curante o di un infermiere professionista curante, di farmaci alla persona per alleviare le sofferenze della stessa affrettando la morte, sia l'autosomministrazione, da parte del soggetto, della medicina letale allo scopo di lenire il proprio dolore accelerando il decesso. In tal modo, con l'espressione "*assisted dying*", il legislatore ha voluto perseguire la necessità di comprendere un duplice significato, racchiuso nelle definizioni di eutanasia e di suicidio assistito.

Per persona ammissibile alla morte medicalmente assistita<sup>22</sup>, ai sensi dell'art. 5 della legge in commento, si intende un soggetto che soddisfi i seguenti requisiti:

- a) abbia almeno 18 anni;
- b) sia cittadino neozelandese, come previsto dal *Citizenship Act 1977* o sia residente permanente in Nuova Zelanda come definito dalla sezione 4 dell'*Immigration Act 2009*;
- c) soffra di una malattia terminale<sup>23</sup> che rischia di porre fine alla sua vita entro sei mesi;
- d) sia in uno stato avanzato di irreversibile declino ("*irreversible decline*") delle capacità fisiche;
- e) sperimenti sofferenze insopportabili ("*unbearable suffering*") che non possono essere alleviate in nessun modo che la persona consideri tollerabile;
- f) sia competente a prendere una decisione informata sulla morte medicalmente assistita.

Viceversa, una persona non è considerata idonea a ricorrere alla morte assistita qualora:

- a) soffra di una qualsiasi forma di disturbo o malattia mentale;

<sup>21</sup> Cfr. art. 3 dell'*EOLC Act*.

<sup>22</sup> Nello specifico la legge parla di "*person who is eligible for assisted dying or eligible person*".

<sup>23</sup> Tuttavia, la definizione di "malattia terminale" non viene fornita nella presente legge: potrebbe essere interpretata, genericamente, come comprensiva di qualsiasi condizione che sia limitante e pericolosa per l'esistenza, non esistendo una linea netta di demarcazione tra condizioni terminali e condizioni croniche. Ad esempio, alcune situazioni croniche possono diventare pericolose per la vita in pochi minuti, come nel caso di diabete, asma, allergie gravi e ipertensione. Inoltre, non esiste nemmeno un confine di separazione tra malattia terminale e disabilità, perché alcune forme di disabilità limitano la vita e comportano complicazioni che possono diventare pericolose per la stessa.

- b) abbia una disabilità di qualsiasi tipo;
- c) sia di età avanzata.

Per poter procedere all'iter che porta all'eutanasia, la persona deve essere, altresì, competente a prendere una decisione informata a riguardo. Questa è definita tale, ai sensi dell'art. 6, se sia in grado di:

- a) comprendere le informazioni sulla natura della morte medicalmente assistita rilevanti per la decisione;
- b) conservare tali informazioni nella misura necessaria per prendere la decisione;
- c) utilizzare o valutare queste notizie come parte del processo decisionale;
- d) comunicare la decisione.

Si noti, sin da subito, come tali disposizioni si traducano in misure stringenti e precise volte ad una selezione rigida e accurata, che consenta di individuare i casi validi ed effettivi; si tratta, inoltre, di analitiche e omogenee coordinate poste a baluardo del ricorso alla buona morte<sup>24</sup>. Nella formulazione definitiva e attuale della normativa in esame, si esclude, come si è detto in precedenza, il ricorso al processo eutanasi per i pazienti di età avanzata, affetti da disabilità o da qualsiasi forma di disturbo o malattia mentale. Si tratta di una novità nel profilo morfologico dell'*EOLC Act*, che contribuisce a sottolineare l'importanza della capacità della persona di assumere una decisione libera e consapevole, scevra da ogni forma di pressione esterna, frutto di una riflessione intellettualmente matura, risultando soprattutto il paziente, altresì, competente nell'assumere la sua scelta definitiva sulla base del bagaglio informativo, debitamente e doverosamente fornitogli dai professionisti sanitari. Egli deve essere "*able to: retain and understand information about the nature of assisted dying that is relevant to the decision; use or weigh that information as part of the process of making the decision; communicate the decision in some way*"<sup>25</sup>.

La seconda parte dell'*End of Life Choice Act* esordisce, all'art. 8, con la disamina della questione dell'obiezione di coscienza<sup>26</sup>, infatti un operatore sanitario non ha alcun obbligo di assistere qualsiasi persona che desideri esercitare l'opzione di ricevere assistenza in morte ai sensi della presente legge se egli ha un'obiezione di coscienza a fornire tale prestazione alla persona<sup>27</sup>. Il medico curante, secondo il comma 2 dell'art. 9, deve informare il soggetto della sua obiezione di coscienza e del diritto del soggetto stesso di chiedere allo *SCENZ Group*<sup>28</sup> il nome e i recapiti di un medico sostitutivo. Se il paziente sceglie di ricorrervi, tutti i successivi riferimenti posti nella presente legge al medico curante, ad eccezione dell'art. 11, sono relativi al medico sostitutivo<sup>29</sup>.

La legge specifica, inoltre, che il datore di lavoro non deve, ai sensi del comma 3 dell'art. 8, negare a un dipendente qualsiasi impiego, alloggio, merce, servizio, diritto, titolo, privilegio o beneficio per il solo motivo che quest'ultimo si opponga per motivi di coscienza a prestare qualsiasi forma assistenziale oppure, viceversa, egli deve astenersi dal concedere i precedenti servizi e qualsiasi altro privilegio o vantaggio, subordinandoli al mero fatto che il dipendente fornisca o accetti di fornire qualsiasi assistenza alla buona morte. Una persona che subisce un illecito, a causa di una violazione di tale comma, ha diritto al risarcimento dei danni dal soggetto responsabile di tale violazione.

Tuttavia, un operatore sanitario che fornisca servizi medico-sanitari<sup>30</sup> ad una persona, non deve, ai sensi dell'art. 10 comma 1, nel corso della prestazione di tale servizio, avviare con quest'ultima, qualsiasi discussione che, in sostanza, si ponga in contrasto al ricorso alla morte medicalmente

<sup>24</sup> Sul punto cfr. Young, J., Geddis, A. 2020.

<sup>25</sup> Cfr. art. 6 dell'*EOLC Act*.

<sup>26</sup> Si rinvia a Mathew R. 2021 e a Espiner, E. 2020:57-60.

<sup>27</sup> Cfr. art. 8 dell'*EOLC Act*.

<sup>28</sup> Il gruppo SCENZ, la cui sigla sta per "*Support and Consultation for End of Life in New Zealand*", è l'organismo istituito ai sensi dell'art. 25 dell'*EOLC Act*, chiamato a svolgere un ruolo centrale, di supporto e intervento, per garantire l'imparzialità e la correttezza dell'iter eutanasi.

<sup>29</sup> Cfr. art. 9 comma 3 dell'*EOLC Act*.

<sup>30</sup> In questa sezione, servizio sanitario ha il significato attribuitogli dall'art. 5 comma 1 dell'*Health Practitioners Competence Assurance Act 2003*.

assistita oppure proporre alla persona stessa qualsiasi suggerimento a favore dell'esercizio dell'opzione di ricevere assistenza alla morte. Non si impedisce, però, ad un medico o infermiere di discutere e di fornire informazioni sul ricorso all'eutanasia ad un soggetto, su richiesta di questo.

Secondo il comma 3 art. 10, l'operatore sanitario, che contravviene al comma 1, non deve essere considerato come aver commesso un reato ai sensi dell'art. 39 della presente legge, ma si ritiene che abbia agito in violazione dell'*Health and Disability Commissioner Act 1994* per aver fornito, infatti, servizi non conformi ai pertinenti standard legali; egli può essere, inoltre, oggetto di procedimenti disciplinari per cattiva condotta professionale ai sensi dell'*Health Practitioners Competence Assurance Act 2003*.

L'*End of Life Choice Act* prosegue, poi, nel delineare le caratteristiche e le modalità con cui deve essere esercitata e formulata la richiesta per ricorrere all'eutanasia, disciplinando, altresì, l'esercizio e la funzione del parere sanitario in relazione ad essa.

Infatti, ai sensi dell'art. 11, la persona che desidera esercitare la facoltà di ricevere la morte medicalmente assistita deve informare il medico curante della propria volontà. Egli, secondo il comma 2 dello stesso articolo, deve:

- a) fornire alla persona le seguenti informazioni:
  1. la prognosi della sua malattia terminale;
  2. la natura irreversibile della morte medicalmente assistita;
  3. gli impatti e le conseguenze previsti da questa;
- b) comunicare personalmente con qualsiasi mezzo (ad esempio, per telefono o comunicazione elettronica) con la persona circa il desiderio di questa di proseguire lungo l'iter, secondo intervalli determinati dall'andamento della malattia terminale;
- c) assicurarsi che l'uomo comprenda le altre opzioni alternative per le cure di fine vita;
- d) accertarsi che il soggetto sappia della sua facoltà in merito alla possibilità di decidere di non ricevere più il farmaco letale in qualsiasi momento prima della somministrazione;
- e) incoraggiare la persona a parlare e dialogare del proprio desiderio con altri, come familiari, amici e consulenti;
- f) assicurarsi che l'individuo sappia di non essere obbligato a discutere il proprio volere con qualsiasi soggetto;
- g) controllare che l'uomo abbia avuto l'opportunità di discutere la propria volontà con quelli che ha scelto;
- h) fare del proprio meglio per garantire che la persona esprima il proprio desiderio senza essere sottoposto a nessuna forma di pressione, pertanto deve conferire:
  1. con altri operatori sanitari che sono in contatto regolare con il paziente;
  2. con i familiari del soggetto da questo individuati.
- i) registrare, nella prima parte del modulo, tutte le azioni, informazioni e dati, raccolti sulla base dei punti precedenti.

Si noti, dunque, come emerga, *ictu oculi*, una fitta relazione e reciprocità nel rapporto medico/paziente, caratterizzata, in particolar modo, dallo scambio informativo, dal consenso informato, da una conoscenza ad ampio raggio e da un'attenzione vigilante<sup>31</sup>.

Ai sensi dell'art. 12, se la persona, richiedente il ricorso all'eutanasia, desidera continuare a procedervi<sup>32</sup>, il medico deve consegnarle il modulo di cui all'art. 11 comma 2; grava sul soggetto che ha presentato richiesta (soggetto A) il dovere assoluto di firmare e datare la seconda parte del modulo

<sup>31</sup> La Nuova Zelanda si pone lungo il confine del processo di superamento di quel particolare e serrato rapporto tra il medico e paziente, che la bioetica ha definito "paternalismo", proprio perché costruito sul primato assoluto del medico nei processi decisionali, dalla diagnosi alla cura, in base al principio *salus aegroti suprema lex*. Si tratta di una supremazia del professionista sanitario che si fonda sulla visione oggettiva della malattia, in virtù delle specifiche e tecniche conoscenze in campo medico e dei peculiari e delicati equilibri della funzionalità organica, di cui il medico è l'unico depositario. Egli conosce ciò che il paziente ignora, da qui la costruzione di un rapporto fiduciario che governa questa relazione terapeutica.

<sup>32</sup> Cfr. art. 12 comma 1 dell'*EOLC Act*.

oppure essere presente quando il documento viene firmato e datato da altra persona (soggetto B), ai sensi del comma 4 dell'art. 12. Nello specifico, tale comma prevede che la seconda parte del certificato debba essere firmata e datata da B se:

- a) A non può scrivere per nessun motivo;
- b) A chiede a B di firmarlo e di datarlo;
- c) B annota sul modulo di aver firmato la seconda parte del documento in presenza di A;
- d) B conferma nel modulo di non essere:
  1. un operatore sanitario che si prende cura di A;
  2. una persona che sa di poter beneficiare della morte di A;
  3. un soggetto di età inferiore a 18 anni;
  4. un individuo con disabilità mentale.

Il medico curante deve essere presente durante lo svolgimento delle precedenti operazioni, acquisire e inviare il modulo al *Register*<sup>33</sup>.

Altro aspetto determinante nella disamina della normativa è rappresentato dall'art. 13 comma 2, che introduce la formulazione della c.d. *first opinion* da parte del medico curante: egli, infatti, deve pervenire al parere che la persona, richiedente l'eutanasia, sia o meno ammissibile e idonea a ricorrervi, risultando, altresì, competente a prendere una decisione informata sulla buona morte. Il medico deve, successivamente, compilare il modulo approvato, registrando il proprio parere, e inviarlo al *Register*. Si prosegue, poi, all'art. 14, con la c.d. *second opinion* da parte di un medico indipendente, infatti il medico curante deve rivolgersi allo *SCENZ Group* per ottenere il nome e i recapiti di un professionista del settore che sia estraneo ma, soprattutto, indipendente, in modo tale da chiedergli un parere intorno all'ammissibilità o meno all'eutanasia da parte della persona che ha esercitato tale opzione di fine vita. Il medico in questione deve procedere, ai sensi dell'art. 14 comma 3, a leggere la cartella clinica del soggetto, esaminarla e stabilire se abbia diritto e sia ammissibile a tale opzione di morte, risultando, altresì, competente ad assumere una decisione informata<sup>34</sup>. Provvede, infine, a compilare il modulo, registrando il proprio parere, successivamente lo invia al *Register* e ne manda una copia al medico curante (art. 14 comma 4). Se la competenza della persona ad assumere una decisione informata su tale opzione di fine vita non è stata accertata in modo esaustivo e soddisfacente sia dal medico curante che dal medico indipendente<sup>35</sup>, l'art. 15 contempla la c.d. *third opinion* da parte di uno psichiatra. Infatti i medici devono congiuntamente rivolgersi allo *SCENZ Group* per ottenere il nome e i recapiti di uno specialista del settore, in modo tale da chiedere a quest'ultimo un parere sulla facoltà o meno di prendere una decisione informata sull'eutanasia da parte della persona che ne avesse fatto precedentemente richiesta. Lo psichiatra deve, quindi provvedere a leggere la cartella clinica del soggetto, esaminarlo accuratamente e accertare se sia competente o meno a prendere una decisione informata a riguardo. Successivamente, dovrà compilare il modulo, registrando il proprio parere, inviarlo al *Register* e, infine, mandare una copia sia al medico curante sia al medico indipendente<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> La figura del *Register* viene disciplinata dall'art. 27 dell'EOLC Act, che descrive il ruolo e le funzioni di tale organismo, infatti il Direttore Generale è chiamato a nominare "an employee of the Ministry" come *Register*. Il *Register* ha il compito di istituire e conservare un registro in cui riportare i moduli approvati dal *Register* stesso, le relazioni del Comitato di revisione al *Register*, e quelle di tale organo al *Minister*. Egli deve, poi, consultare il Garante della privacy prima di istituire il registro e poi ad intervalli regolari. Se riceve, inoltre, un reclamo sull'adeguatezza della condotta di qualsiasi operatore sanitario, che ritenga si riferisca ad una questione non rientrante nella propria giurisdizione, dovrà deferirla, secondo i casi di competenza, all'organo interessato. Il *Register* conserva il dovere di riferire al *Minister*, entro la fine del 30 giugno di ogni anno, in merito agli argomenti disciplinati all'art. 27 comma 7 dell'EOLC Act.

<sup>34</sup> Si noti che solo il primo medico, il medico curante, deve "fare del proprio meglio per garantire che il soggetto esprima il proprio desiderio senza pressioni", il secondo medico, infatti, è tenuto solo a verificare che una persona soddisfi i criteri di ammissibilità enunciati della legge.

<sup>35</sup> Cfr. art. 14 dell'EOLC Act.

<sup>36</sup> Cfr. art. 15 comma 4 dell'EOLC Act.

Alla luce dell'iter che ha portato alla formulazione dei due o eventualmente tre pareri, si potrebbe giungere alla conclusione che, sulla base dei dati raccolti<sup>37</sup>, la persona non abbia i requisiti sufficienti e necessari per avere diritto all'eutanasia. Pertanto, se ad esprimere parere contrario è il medico curante, questi, secondo l'art. 13 comma 2, deve spiegare le ragioni del proprio convincimento al soggetto che ha richiesto la possibilità di ricevere la morte medicalmente assistita. Viceversa, se l'opinione sfavorevole giunge dal medico indipendente o dallo psichiatra, rispettivamente ai sensi degli artt. 14 e 15, saranno costoro a spiegare le motivazioni della loro decisione sia alla persona interessata sia al medico curante. Questi avrà cura di compilare il modulo, registrando le azioni intraprese, e inviarlo al *Register*.

Nel caso in cui, invece, l'iter precedente abbia portato ad esito favorevole in merito al riconoscimento del soggetto richiedente di accedere alla buona morte, l'art. 17 comma 2 prevede che il medico curante: comunichi tale idoneità alla persona interessata, discuta con questa in merito all'andamento della sua malattia terminale e la probabile tempistica per la somministrazione del farmaco, le consegna un modulo per consentirle di scegliere la data e l'ora per l'assunzione della medicina letale (restituendolo al medico curante stesso una volta compilato), l'avvisi della possibilità per cui in qualsiasi momento, dopo aver compilato tale documento, possa decidere di non ricevere più il farmaco o di riceverlo in un momento successivo, che non sia, però, superiore a sei mesi dopo la data inizialmente scelta. Al termine di queste operazioni, il medico curante deve compilare il modulo e inviarlo al *Register*. Secondo l'art. 18 comma 3, ogni volta che una persona idonea decide, ai sensi dell'art. 17 e dell'art. 20, di ricevere il farmaco in una data successiva a quella inizialmente scelta, dovrà provvedere a compilare un nuovo documento, secondo l'art. 17 comma 2, che sostituisca completamente e definitivamente il precedente (*a replacement form*)<sup>38</sup>.

Si noti, dunque, come i due o eventualmente tre pareri, costituiscano un fondamento importante nell'analisi medico-giuridica di ammissibilità del paziente a tale percorso eutanasi, volta a selezionare solo quelle richieste che rispecchiano fedelmente e totalmente i requisiti necessari, descritti ed esaminati negli articoli sopra menzionati. Soprattutto, la figura di un medico indipendente, accanto a quella del medico curante, riveste un ruolo di ulteriore certezza e garanzia nel processo della buona morte, data, infatti, la stretta relazione che caratterizza il rapporto tra il medico curante e il paziente, che potrebbe condizionare le varie scelte e tradursi in una posizione di parzialità del primo ai danni o a favore (secondo i casi) del secondo, rendendo, così necessaria una figura estranea ed indipendente. A dimostrazione di tale imparzialità, il nome del medico indipendente verrà fornito dallo *SCENZ Group* e non dal medico curante, proprio per evitare scelte di favore da parte di quest'ultimo, che possano così danneggiare la correttezza e la legalità dell'iter eutanasi. Il ruolo dello psichiatra si inserisce, poi, come ulteriore fonte di specificità, in virtù della peculiarità e analiticità del suo esercizio, qualora la competenza a decidere del paziente riguardo tale opzione di fine vita non sia stata accertata in modo soddisfacente da uno o da entrambi i dottori. Anche in tal caso, per garantire l'imparzialità, la nomina dello psichiatra viene effettuata dallo *SCENZ Group*.

Occorre, tuttavia, sottolineare la mancata menzione della normativa di ogni richiamo a possibili figure di testimoni in queste fasi peculiari e importanti dell'iter eutanasi<sup>39</sup>.

Secondo l'art. 19 comma 2, rubricato *Provisional arrangements for administration of medication*, prima della data scelta dal soggetto, giudicato idoneo per la somministrazione del farmaco, il medico curante deve:

<sup>37</sup> Cfr. Gaudino L. 2020.

<sup>38</sup> Art. 18 comma 3(b) dell'*EOLC Act*: "*References in sections 19 and 20 to the date chosen or chosen time are references to the date and time chosen in the replacement form*".

<sup>39</sup> Al contrario, ad esempio, la legge sul fine vita del Victoria richiede un testimone indipendente al momento della richiesta dell'opzione eutanasi, ai sensi degli artt. 34, 35, 36 del *Voluntary Assisted Dying Act 2017* e prima di somministrare la dose letale, secondo l'art. 65 sempre di tale legge. La presenza di testimoni, che devono assistere alla firma della dichiarazione scritta di volontà del paziente, è richiesta, anche, in Oregon (per l'esattezza si tratta di almeno due testimoni previsti dall'art. 127.810 s.2.02. del *Death with Dignity Act*) e in Canada (art. 241.5 del *Medical Assistance in Dying*).

- a) consigliargli i seguenti metodi per l'assunzione del medicinale:
- ingestione innescata dalla stessa persona;
  - somministrazione endovenosa (“*intravenous delivery*”);
  - ingestione attraverso un tubo (“*ingestion through a tube*”), effettuata dal medico curante o da un infermiere;
  - iniezione praticata dal professionista sanitario curante.
- b) chiedergli di scegliere uno dei precedenti metodi;
- c) assicurarsi che la persona sia a conoscenza della sua facoltà, esercitabile in qualsiasi momento prima della somministrazione del farmaco, di non ricevere il medicinale o di riceverlo in un momento successivo, che non sia, però, superiore a sei mesi dalla data inizialmente scelta;
- d) prendere disposizioni provvisorie per la somministrazione della medicina nel giorno e all'ora prescelti.

Almeno quarantotto ore prima della somministrazione<sup>40</sup>, il medico curante deve scrivere la ricetta per il soggetto idoneo e comunicare al *Register* ogni informazione riguardante le modalità scelte e definite (art. 19 comma 3). Il *Register* deve verificare che le procedure di cui agli artt. 11-18 siano state rispettate e in caso di esito positivo ne darà comunicazione al medico curante.

L'art. 20 si occupa di sviluppare un altro ordine di problema, ossia il delicato iter di somministrazione del farmaco, attenzionando, soprattutto, le complesse e differenti situazioni che si possono venire a creare<sup>41</sup>. Infatti, all'ora prescelta per l'assunzione del medicinale, il medico o l'infermiere curante avranno il dovere di chiedere alla persona se intenda scegliere di ricevere il farmaco in quel momento oppure di non assumerlo subito ma in un momento successivo, non superiore a sei mesi dopo la data inizialmente stabilita, oppure di revocare direttamente la sua richiesta di esercitare l'opzione della morte medicalmente assistita. Se il soggetto sceglie di non assumere il farmaco, il medico curante dovrà allontanare immediatamente il medicinale, compilare un modulo, in cui riportare le relative operazioni, e inviarlo al *Register*. Viceversa, in caso di scelta affermativa, il professionista medico sanitario provvederà a fornire o somministrare il farmaco nelle modalità stabilite e decise in precedenza. Inoltre, il medico curante, ai sensi dell'art. 20 comma 5, deve essere a disposizione<sup>42</sup> della persona fino alla sua morte oppure dovrà fare in modo che vi sia un altro dottore a rimanere per ogni esigenza<sup>43</sup>.

Entro quattordici giorni lavorativi dal decesso del soggetto a seguito della somministrazione della dose letale<sup>44</sup>, il medico curante, che ha fornito o somministrato il farmaco, dovrà inviare al *Register* una relazione contenente le informazioni, di cui al comma 2 dell'art. 21:

<sup>40</sup> L'unico periodo di tempo specificato nell'*End of Life Choice Act* è di quarantotto ore tra la scrittura della prescrizione e la somministrazione della dose letale. Tale arco temporale di riflessione è richiesto, invece, in molte legislazioni straniere come strumento di garanzia per la vera e profonda maturazione e consapevolezza del desiderio di scegliere la buona morte. Viceversa, ad esempio in Oregon è richiesto un tempo di attesa di quindici giorni (*Death with Dignity Act*, s 3.06), a meno che non si preveda che la persona muoia entro questo periodo, in Canada di dieci (*Medical Assistance in Dying SC 2016*, c.3), s 241.2(4)(g). Anche le altre leggi statunitensi sul fine vita richiedono un arco temporale di riflessione più o meno ampio, che va dai nove ai venti giorni. Nello specifico: Washington 17 giorni, *Death with Dignity Act*, s RCW 70.245.110; Vermont 15 giorni, *Patient Choice and Control at End of Life Act* (legge 39), s 5283(2); California 15 giorni, *End of Life Option Act*, s 443.3(a); Colorado 15 giorni, *End-of-Life Option Act*, s 25-48-104(1); Distretto di Columbia 15 giorni, *Death with Dignity Act* del 2016, s 3(a)(1); Hawaii 20 giorni, *Our Care, Our Choice Act*, s 2(1); New Jersey 17 giorni, *Medical Aid in Dying for the Terminally Ill Act*, s C.26:16-9(10)(6); Maine 17 giorni, *Death with Dignity Act*, s 2140(13); Victoria 9 giorni, *Voluntary Assisted Dying Act 2017*, s 38; Western Australia 9 giorni, *Voluntary Assisted Dying Act 2019*, s 48(1).

<sup>41</sup> Cfr. art. 20 comma 1 dell'*EOLC Act*.

<sup>42</sup> Secondo il comma 6 dell'art. 20 dell'*EOLC Act*, il medico curante “*is available to the eligible person*” se si trova nella stessa stanza o area della persona oppure, pur non essendo presente, si trovi nelle immediate vicinanze (“*in close proximity to the person*”).

<sup>43</sup> Nello specifico si legge: “*The attending medical practitioner, or the attending nurse practitioner, must be available to the eligible person until the person dies or arrange for another medical practitioner or attending nurse practitioner to be available to the person until the eligible person dies*”.

<sup>44</sup> Cfr. art. 20 dell'*EOLC Act*.

- a) il nome del medico o dell'infermiere curante;
- b) il nominativo della persona morta;
- c) l'ultimo indirizzo noto del soggetto;
- d) il fatto che la persona sia morta;
- e) la specificazione della scelta del metodo utilizzato, tra quelli descritti nel comma 2 dell'art. 19;
- f) una descrizione della somministrazione del farmaco;
- g) eventuali problemi sorti nell'assunzione del farmaco e le possibili soluzioni adottate per affrontarli;
- h) il luogo in cui la persona è morta;
- i) data e ora di morte;
- j) il nome del medico e/o dell'infermiere che erano a disposizione della persona fino al suo decesso;
- k) i nominativi di eventuali altri operatori sanitari presenti quando il soggetto è morto.

Alla fine il *Register* dovrà inviare tale relazione<sup>45</sup> al Comitato di revisione<sup>46</sup>. Tuttavia, una volta che la prescrizione del farmaco non è più necessaria, il medico curante deve distruggere immediatamente la ricetta e darne comunicazione al *Register*<sup>47</sup>.

L'art. 23 contempla un altro ordine di problema, ossia il caso in cui la persona in questione revochi la sua richiesta di esercitare tale opzione di fine vita, salva la possibilità di avvalersi di questa scelta in qualsiasi momento successivo, subordinandola, però, alla presentazione di una nuova richiesta ai sensi dell'art. 11. Il medico curante, una volta accertato che il soggetto ha mutato la sua decisione, dovrà compilare il relativo modulo, riportando l'annullamento della richiesta da parte della persona interessata, inviarlo al *Register* e "*take no further action in respect of the person's request (other than under section 22, if applicable)*".

Se in qualsiasi momento il dottore e l'infermiere curante sospettano, per ragionevoli motivi, che una persona, che ha dato voce alla sua volontà di esercitare l'opzione di ricevere la morte medicalmente assistita, non stia esprimendo il proprio desiderio libero da ogni forma di pressione, avranno il dovere di interrompere qualsiasi azione finalizzata all'eutanasia<sup>48</sup>. Successivamente, daranno immediata comunicazione all'individuo, per poi procedere a compilare il modulo, con le relative informazioni, e inviarlo al *Register* (art. 24).

L'art. 30 dell'*End of Life Choice Act*, rubricato *Review of operation of Act*, disciplina il meccanismo di revisione del funzionamento della legge<sup>49</sup>. Infatti il Ministero della Salute deve, entro tre anni dall'entrata in vigore della presente legge e poi ad intervalli successivi non superiori a cinque anni: rivedere il funzionamento di tale legge, valutare se eventuali emendamenti alla presente

---

<sup>45</sup> Contrariamente al dovere e al funzionamento del Comitato di revisione presente nei Paesi Bassi, quello istituito dall'*End of Life Choice Act* riceverà solo il rapporto di morte assistita e nessuna informazione sulla cartella clinica della persona.

<sup>46</sup> Altro organo importante nel percorso di morte medicalmente assistita è rappresentato dal Comitato di revisione, la cui funzione è disciplinata dall'art. 26. Tale organo è composto da un esperto di etica medica e da due operatori sanitari, uno dei quali deve essere un medico che esercita nel settore delle cure di fine vita. Il *Review Committee* svolge le funzioni descritte dall'art. 26 comma 2 dell'*EOLC Act*. Inoltre, l'art. 27 comma 6 dell'*EOLC Act* prevede che il *Register* intraprenda qualsiasi azione diretta dal Comitato di revisione, ai sensi dell'art. 26 comma 2 (c) dell'*EOLC Act*.

<sup>47</sup> Cfr. art 22 dell'*EOLC Act*.

<sup>48</sup> Nello specifico, si legge: "*If, at any time, the attending medical practitioner or attending nurse practitioner suspects on reasonable grounds that a person who has expressed the wish to exercise the option of receiving assisted dying is not expressing their wish free from pressure from any other person, the medical practitioner or nurse practitioner must take no further action under this Act to assist the person in exercising the option of receiving assisted dying and tell the person that they are taking no further action under this Act to assist the person in exercising the option of receiving assisted dying.*"

<sup>49</sup> Cfr. art. 29 dell'*EOLC Act*.

normativa siano necessari o auspicabili, riferire i risultati al *Minister*<sup>50</sup>, il quale dovrà presentare copia della relazione alla Camera dei Rappresentanti.

#### 4. Gli effetti sul profilo civile e penale

Ad apertura della quarta e ultima parte della normativa in esame, all'art. 31, il legislatore ha voluto puntualizzare come il Governatore Generale possa emanare, con ordinanza in Consiglio, regolamenti<sup>51</sup> che riguardano tutte le materie contemplate dalla presente legge, necessarie per la sua amministrazione o per darle piena efficacia. Viene specificato, inoltre, come nulla dell'*End of Life Choice Act* possa pregiudicare sia il diritto del soggetto di rifiutare il nutrimento, l'idratazione o le cure mediche di sostegno vitale sia il dovere del medico di alleviare la sofferenza in conformità con la pratica medica standard<sup>52</sup>. A questo si ricollega l'art. 33 comma 1, che afferma: "*A person who wishes to request to exercise the option of receiving assisted dying under this Act must sign and date the approved form referred to in section 12(3) (the request form), and to the extent that any provision expressing such a wish is included by the person in an advance written or oral directive, will, contract, or other document that provision is invalid*".<sup>53</sup>

È opportuno, poi, sottolineare l'importante ruolo ricoperto dall'art. 34, che interviene nello stabilire che il c.d. tutore del benessere (*welfare guardian*) nominato per una persona ai sensi del *Protection of Personal and Property Rights Act* 1988 non ha, in tale veste, il potere di prendere alcuna decisione o intraprendere qualsiasi azione, ai sensi della presente legge, per la persona stessa<sup>54</sup>.

Altro articolo centrale nella disamina dell'*EOLC Act* è rappresentato dall'art. 36, che sottolinea le rigide e precise restrizioni poste in relazione alla pubblicazione dei dettagli dei decessi, che costituiscono l'epilogo della scelta di fine vita. Il comma 2 dell'art. 36 stabilisce, infatti, che nessuna persona può rendere pubblico, in riferimento a qualsiasi tipologia di morte del caso di specie:

- a) il metodo con cui il farmaco è stato somministrato al paziente;
- b) il luogo in cui è stato dato;
- c) il nome della persona che ha somministrato il farmaco o il nome del datore di lavoro della stessa.

Una persona, che contravviene alle precedenti disposizioni, è considerata aver commesso reato ed è, quindi, condannata al pagamento di una multa non superiore a \$ 20.000 (nel caso si tratti di una persona giuridica) oppure al di sotto di \$ 5.000 (in ogni altro caso). Il comma 5 dell'art. 36 specifica che gli strumenti di diffusione pubblica qui considerati sono:

- a) la radiodiffusione (ai sensi del *Broadcasting Act* 1989);
- b) il giornale (secondo la *Defamation Act* 1992);
- c) un qualsiasi libro, diario, rivista, newsletter o altro documento simile;
- d) una registrazione audio o visiva;
- e) un sito Internet generalmente accessibile al pubblico o altri mezzi elettronici dello stesso tipo.

Si ponga in rilievo anche l'art. 37, che interviene, invece, nello sviluppare il delicato problema dell'immunità da responsabilità penale, stabilendo che l'operatore sanitario possa giovare di tale

<sup>50</sup> La legge fa riferimento al Ministro della Corona responsabile dell'amministrazione della presente legge, sotto l'autorità di un mandato o del Primo Ministro.

<sup>51</sup> I regolamenti di questa sezione rientrano nella c.d. categoria di *secondary legislation* per cui seguono i requisiti di pubblicazione previsti dalla terza parte in cui è articolato il *Legislation Act* 2019.

<sup>52</sup> Cfr. art. 32 comma 2 dell'*EOLC Act*.

<sup>53</sup> Per il documento di revoca si legge, invece, al comma 2 dell'art. 33: "*A person who, after signing and dating the request form, wishes to rescind a request to exercise the option of receiving assisted dying under this Act must communicate that wish to the attending medical practitioner or the attending nurse practitioner orally, in writing (a rescind document), or by gesture and to the extent that any provision expressing such a wish is included by the person in an advance written or oral directive, will, contract, or other document (not being a rescind document) that provision is invalid*".

<sup>54</sup> Cfr. art. 18 del *Protection of Personal and Property Rights Act*.

condizione, non trovandosi, quindi, nella situazione disciplinata dall'art. 179 del *Crimes Act* 1961<sup>55</sup>, qualora compia le seguenti operazioni:

- a) discutere con una persona, su richiesta della stessa e in conformità agli artt. 10 e 11 della presente legge, riguardo la morte medicalmente assistita<sup>56</sup>;
- b) fornirle informazioni in merito all'eutanasia, in conformità agli artt. 10 e 11 dell'*EOLC Act*;
- c) fornire al soggetto il modulo approvato, di cui all'art. 11 comma 2 della presente legge in conformità con l'art. 12 comma 2;
- d) intraprendere qualsiasi altra azione che la presente legge predisponga nei confronti di un individuo, che richieda di discutere, di ricevere informazioni o di esercitare l'opzione di ricevere la morte medicalmente assistita e di porlo a conoscenza di tutte quelle notizie che è suo diritto possedere<sup>57</sup>.

Pertanto, il soggetto giudicato idoneo (soggetto A) potrà esercitare il suo diritto di usufruire dell'opzione di morte medicalmente assistita, ai sensi della presente legge, non commettendo alcun reato. Proseguendo con la nostra disamina, il comma 4 dell'art. 37 stabilisce, invece, che se un'altra persona (definita soggetto B) viene a sapere, o ha ragionevoli motivi per ritenere, che A ha chiesto di esercitare l'opzione dell'eutanasia, ai sensi della presente legge, B non è giustificato:

- a) nell'usare qualsiasi forza, ai sensi dell'art. 41 del *Crimes Act* 1961, per impedire ad A di esercitare tale opzione<sup>58</sup>;
- b) nell'impiegare qualsiasi energia, ai sensi dell'art. 48 del *Crimes Act* 1961, per difendere A da un'azione, intrapresa nei suoi confronti e autorizzata dalla legge<sup>59</sup>.

Prosegue il comma 5 dell'art. 37, affermando che B è immune da responsabilità penale, se credendo in buona fede per ragionevoli motivi che A desidera esercitare l'opzione della morte medicalmente assistita ai sensi della presente legge:

- a) intraprenda qualsiasi azione che causi, assista o faciliti la morte di A in conformità ai requisiti di legge (ad esempio, un medico curante che, ai sensi dell'art. 20 comma 4, somministra farmaci ad A, è immune da responsabilità penale per la morte di questi<sup>60</sup>);
- b) non compia alcuna azione e la relativa inattività provochi o faciliti la morte di A (ad esempio, un infermiere professionista che, ai sensi dell'art. 20 comma 5, non intraprende alcuna attività per rianimare A, è immune da responsabilità per la morte di questo).

L'*End of Life Choice Act* sottolinea come il comma 5 dell'art. 37 si applica “*even if taking that action, or failing to take that action, would, but for subsection (5), constitute an offence under any enactment*” e nonostante l'art. 63 del *Crimes Act*<sup>61</sup>.

L'art. 38 introduce, invece, il tema dell'immunità da responsabilità civile, sostenendo che un soggetto (A) è esente da responsabilità civile, se ritenendo in buona fede per motivi ragionevoli che un'altra persona (B) desidera esercitare l'opzione della morte medicalmente assistita:

- a) intraprende qualsiasi azione che aiuti o faciliti la morte di B in conformità con i requisiti della presente legge;

<sup>55</sup> Secondo tale articolo, è punito con la reclusione, per un tempo non superiore a quattordici anni, chiunque inciti, consigli o induca qualsiasi persona a suicidarsi, se questa, commetta o tenti di suicidarsi in conseguenza di ciò, oppure ancora aiuti o favorisca qualsiasi soggetto nella commissione del suicidio. Il comma 2 dell'art. 179 del *Crimes Act* 1961 stabilisce, poi, che commette un reato la persona che incita, consiglia o induce un'altra a suicidarsi, anche se questa non commette o tenta di suicidarsi in conseguenza di tale condotta. Il soggetto che commette un reato ai sensi del comma 2 è punito con la condanna alla reclusione non superiore a tre anni. Sulla riforma del *Crimes Act* 1961 si legga il report NZLC R111, disponibile sul website della Law Commission, [www.lawcom.govt.nz](http://www.lawcom.govt.nz)

<sup>56</sup> Cfr. artt. 10-11 dell'*EOLC Act*.

<sup>57</sup> Art. 37 comma 2 dell'*EOLC Act*: “*The rest of this section applies if a person (A) is eligible to exercise the option of receiving assisted dying under this Act and wishes or requests to exercise that option*”.

<sup>58</sup> Cfr. art. 41 del *Crimes Act* 1961.

<sup>59</sup> Cfr. art. 48 del *Crimes Act* 1961.

<sup>60</sup> Cfr. art. 20 dell'*EOLC Act*.

<sup>61</sup> Cfr. art. 63 del *Crimes Act*.

b) non intraprende alcuna azione determinando così la morte di B, in conformità con i requisiti della presente legge.

Tuttavia, la persona conserva il diritto di avviare procedimenti disciplinari contro un operatore sanitario secondo l'*Health Practitioners Competence Assurance Act 2003*, oppure ai sensi degli artt. 50 e 51 dell'*Health and Disability Commissioner Act 1994*, oppure ancora sollecitando il controllo giurisdizionale.

Inoltre, ai sensi dell'art. 39 comma 2, un soggetto commette reato se, senza giustificato motivo ("without lawful excuse"), completi, alteri o distrugga totalmente o parzialmente un modulo per qualsiasi altra persona senza il suo consenso. Pertanto, l'autore del reato sarà punito o con reclusione per un periodo non superiore a tre mesi o con multa non superiore a \$ 10.000.

## 5. Elementi di criticità e gli interrogativi del futuro

Data la natura e la portata rivoluzionaria racchiusa all'interno della normativa in esame e i consequenziali effetti dirompenti, che, naturalmente, ne derivano, l'entrata in vigore dell'*End of Life Choice Act 2019* ha sollevato notevoli critiche e perplessità non solo di natura prettamente giuridica, ma soprattutto di matrice ideologica e religiosa. Trattandosi di un cambiamento radicale che ha interessato il Paese, è naturale che siano derivate diverse voci dubbiose e di netta contestazione, considerando, inoltre, le influenze sempre più pressanti e le idee sempre più radicali, derivanti dalla presenza nel territorio dei Maori<sup>62</sup>, i quali si rendono, infatti, custodi di un particolare culto della morte, che rigetta nettamente ogni forma di morte medicalmente assistita. Dal punto di vista della spiritualità Maori, rendere legale l'eutanasia significa sottrarre al momento della morte la dimensione relazionale e comunitaria tipica del *whānau*. Secondo tale cultura, infatti, la vita e la morte non sono considerati come eventi individuali, racchiusi in una sfera di intima singolarità, ma come momenti di pluralità celebrativa del *whānau*.

Senza dimenticare, poi, la netta opposizione realizzata dalla Chiesa neozelandese, portatrice dell'idea di sacralità della vita, collocandosi, inoltre, tra quelli che sostengono fermamente la preoccupazione e il problema legati all'elevato rischio del c.d. *pendio scivoloso*.

Diverse sono, poi, le lacune che interessano la normativa, rendendola carente e impreparata su profili cruciali e significativi nella disciplina della morte medicalmente assistita, soprattutto nelle sue forme applicative e funzionali. Ad esempio, il Parlamento neozelandese ha respinto, senza discuterne, la richiesta della presenza di un testimone indipendente nel momento della morte del paziente. A questo si aggiunga il fatto che l'*EOLC Act* non prevede alcun periodo di riflessione da parte del soggetto interessato prima che venga prescritto il farmaco. A tal riguardo, una persona giudicata idonea potrebbe potenzialmente morire già quattro giorni dopo la diagnosi di una malattia terminale e senza avere, così, tempo di parlarne con i propri cari. Pertanto, il rischio di una decisione impulsiva ed emotiva si rileva essere piuttosto alto.

La normativa interviene, poi, nel vietare puntualmente ad ogni operatore sanitario di avviare un dibattito sulla morte medicalmente assistita con il paziente<sup>63</sup>, ma ci sono delle scappatoie. Infatti il medico non può intraprendere una discussione mentre presta il suo servizio sanitario alla persona, ma nulla gli impedisce di farlo al di fuori del lavoro. Inoltre, l'*EOLC Act* vieta solo quelle discussioni che riguardano specificamente la "morte medicalmente assistita ai sensi della presente legge". La normativa, non impedisce, dunque, ad un operatore sanitario di discutere in linea generale di eutanasia.

Non è menzionata e richiesta, poi, alcuna prova scritta per dimostrare che la persona abbia confermato il proprio desiderio di morte prima di ricevere la dose letale<sup>64</sup>. Non è necessario, inoltre,

<sup>62</sup> Sul punto si rinvia a Faedda B. 2001, Cardinale T. 2020.

<sup>63</sup> Cfr. art. 10 dell'*EOLC Act*.

<sup>64</sup> Young J. 2021.

secondo la presente legge, monitorare la quantità di farmaci somministrati o l'eventuale uso di quelli rimanenti, né certificare che le prescrizioni siano state effettivamente distrutte, qualora non fossero più necessarie (spetterebbe, tutt'al più, al medico o all'infermiere professionista dichiarare di averlo fatto, ma sempre senza alcun testimone). Si tratta di una lacuna importante, che va ad innervare un momento fortemente delicato di tale iter, a cui l'*EOLC Act* non presta ascolto<sup>65</sup>.

Tuttavia, uno dei profili di maggiore tensione risulta essere rappresentato dalla mancata specificazione e dal doveroso approfondimento dei requisiti di idoneità previsti dall'art. 5 dell'*EOLC Act*, il che porta, ad esempio, ad avere interpretazioni eterogenee, vaghe e fuorvianti dell'espressione "condizione medica grave e irrimediabile": questa includerebbe tutte le condizioni psichiatriche e le malattie croniche come il diabete, l'artrite o la sindrome del dolore cronico, indipendentemente dalla gravità? Inoltre, non è specificato cosa significhi effettivamente "irrimediabile": vuole, ad esempio, indicare, forse, che non ci sono trattamenti finanziati con fondi pubblici attualmente disponibili che siano efficaci e adatti? Che dire, poi, dei trattamenti del prossimo futuro o dei trattamenti attuali che esistono e sono efficaci e adeguati, ma vengono rifiutati dal paziente senza buoni motivi?

Inoltre, il compito di determinare la capacità mentale nel contesto dell'eutanasia o del processo decisionale di suicidio assistito risulta essere fortemente complesso e impegnativo. Non esiste, infatti, un test assoluto per definire la capacità mentale e i pazienti, che sembrano completamente mentalmente competenti, potrebbero, in realtà, non esserlo. Ad esempio, le prove fornite al Comitato ristretto del Regno Unito sulla morte assistita hanno mostrato che il 30% delle persone con malattia dei motoneuroni è risultato, dopo attenti test neuropsicologici, avere un deterioramento cognitivo. I legami tra capacità, cognizione e condizioni sottostanti sono estremamente articolati e complessi<sup>66</sup>. Mentre l'incapacità cognitiva può derivare da demenza o delirio, il deterioramento cognitivo può verificarsi in persone con sentimenti di disperazione o di depressione (spesso rimediabili o limitati nel tempo), considerando, anche, il fatto che la determinazione della capacità non è del tutto fondata su presupposti di natura clinica, ma coinvolge anche una componente etica.

Altro ordine di problema è costituito dalla prognosi dei sei mesi, indicata dalla normativa tra i requisiti necessari di ammissibilità al percorso eutanasi<sup>67</sup>. Essa risulta essere arbitraria, ma, soprattutto, fuorviante: le persone con sei mesi di vita soffrono più delle persone con sette mesi, o un anno, o dieci anni, da vivere? Inoltre, la diagnosi e la prognosi potrebbero rivelarsi sbagliate. È impossibile, infatti, per i medici prevedere con precisione quanto vivrà una persona, specialmente fino a sei mesi. Ci sono stati casi di pazienti che sarebbero dovuti morire entro poche ore o giorni, ma, alla fine, si sono ripresi e hanno vissuto per mesi o anni. La diagnosi può essere sbagliata, nonostante le migliori intenzioni del medico, essendo questa il prodotto non solo del doveroso e imprescindibile vincolo e rispetto delle linee guida e delle buone pratiche ma anche di un margine, seppur minimo, ma rumoroso e disturbante, di influenze esterne, personali e, soprattutto, probabilistiche. La diagnosi e la prognosi non si basano, infatti, sulla certezza, ma sulla probabilità: non vi è alcuna garanzia che la malattia di un individuo progredisca alla stessa velocità che ha nel corpo di altre persone. L'aspetto aleatorio tenta, in tal modo, di prevalere, dunque, su ogni possibile confine di certezza medica, mettendo in discussione la diagnosi nella sua definizione di dichiarazione di scienza.

Sul profilo della libertà di coscienza, notiamo come l'*EOLC Act* non contempli alcuna tutela per le persone che non siano registrate come operatori sanitari. Un assistente sanitario o un caregiver o un receptionist o un addetto alle pulizie, che si veda, ad esempio, costretto ad assistere una persona che abbia scelto l'opzione di fine vita, non avrebbe diritto alla tutela della libertà di coscienza.

L'*End of Life Choice Act* non presta, poi, alcuna attenzione nel definire la formazione e l'informazione dei medici e degli infermieri che interverranno nei processi di *assisted dying*. La formazione dovrebbe, infatti, coprire lo studio delle ragioni che spingono le persone a scegliere tale

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Howe E. 2009.

<sup>67</sup> Cfr. art. 5 dell'*EOLC Act*.

opzione di fine vita, le interazioni con gli organi principali coinvolti nel processo, le dinamiche relazionali tra il paziente e la famiglia, le competenze medico-giuridiche in materia di eutanasia, la raccolta di peculiari informazioni, soprattutto in materia di consenso informato<sup>68</sup>. Sarà, anche, necessaria una guida chiara, pratica ed esplicativa per aiutare i medici a determinare se una persona sia idonea o meno a ricorrere all'AD. In particolare, sarà opportuno adottare un metro di giudizio unitario per interpretare la portata dei criteri fondamentali di definizione delle seguenti espressioni e nozioni cardine della normativa: “malattia terminale che potrebbe porre fine alla vita della persona entro sei mesi”, “stato avanzato di declino irreversibile delle capacità fisiche” e “sofferenza insopportabile”. La formazione dovrebbe, poi, coprire utilmente, in modo da garantire una visione di ampio raggio, l'identificazione della coercizione, l'orientamento nelle valutazioni delle competenze e l'individuazione e il trattamento di sintomi curabili problematici<sup>69</sup>. Un'altra preoccupazione si traduce nel fatto che i praticanti medici possano evitare qualsiasi discussione per paura di ripercussioni. Queste sono sfide pratiche che evidenziano la complessità comunicativa tra il professionista sanitario e il paziente, soprattutto la difficoltà del primo di comprendere come, se e quando comunicare determinate informazioni al secondo. La guida all'implementazione deve essere chiara su cosa costituisca o meno una richiesta di informazioni sull'AD, per garantire che gli operatori sanitari si sentano sicuri di esercitare le loro funzioni entro i limiti della legge, in una nuova e difficile area di pratica.

Nessuno, tuttavia, dei due medici, secondo la legge, ha bisogno di formazione o esperienza nel campo dell'eutanasia: persino giovani dottori appena laureati potrebbero intervenire in tale iter, privi di qualsiasi conoscenza nel settore che possa guidarli con saggezza e maturità in un argomento così complesso e, allo stesso tempo, delicato. Come potrebbe questo garantire una piena e corretta applicazione della legge?

Tuttavia, uno dei punti di maggiore fragilità della legge neozelandese risiede nella totale assenza di riferimento alle cure palliative, un'incongruenza rafforzata dall'impegno opposto sostenuto dal Parlamento di finanziare i servizi di *assisted dying*, lasciando, così, le cure palliative prive di ogni sostegno economico. Si tratta di una allocazione delle risorse disomogenea, che spinge i soggetti interessati a scegliere la soluzione economicamente più vantaggiosa piuttosto che compiere una decisione matura e consapevole, oppure siamo di fronte all'impegno del legislatore di garantire la piena attuazione della legge, poiché se il finanziamento non coprisse il costo della fornitura dei servizi di AD, pochissimi pazienti opterebbero per tale opzione di fine vita? Come conciliare tale aiuto economico con la crescente domanda di servizi ospedalieri pubblici, all'interno di un sistema sanitario sempre più in difficoltà?

Occorre sottolineare, inoltre, come ulteriore elemento di fragilità dell'*EOLC Act*, che l'affidamento al principio di autonomia del paziente, quale elemento cardine nella sua scelta di porre fine alla propria vita, possa portare ad ignorare le incertezze e le vulnerabilità reali che influenzano le persone nelle loro decisioni. L'autonomia del paziente è un valore importante ma non deve essere considerato senza limiti o assoluto. Molte società democratiche hanno elaborato, infatti, una serie di leggi che, per proteggere e tutelare la comunità, limitano l'autonomia e la scelta individuale.

La paura del dolore futuro, l'incapacità o il desiderio di non diventare un peso per gli altri sono esempi di incertezze e preoccupazioni che potrebbero guidare la decisione di porre fine alla propria vita. I soggetti fragili, vulnerabili, soli, gli anziani potrebbero sentirsi ridotti ad un mero onere economico-sociale, un peso insostenibile per la famiglia, la cui unica prospettiva di salvezza sarebbe rappresentata dal percorso eutanasi, che più che una scelta ragionata e consapevole, diventerebbe una semplicistica soluzione di “non dare disturbo”, in nome di un maldestro senso del dovere.

L'*EOLC Act* è davvero in grado di dare voce solo a quelle richieste frutto di una riflessione intellettualmente matura e sincera oppure rischia di accontentare desideri di morte che celano sentimenti di paura di soffrire e di far soffrire? Si tratta di un interrogativo avanzato, anche, dalla *New*

<sup>68</sup> Young J. 2021.

<sup>69</sup> Ibidem.

*Zealand Medical Association*, che con timore guarda alle possibili derive negative e degenerative della legge in analisi. La *New Zealand Medical Association* sostiene, inoltre, che i medici debbano tenere sempre presente l'obbligo di preservare la vita ove possibile e giustificabile, consentendo al contempo la morte con dignità e conforto quando appare inevitabile. Tuttavia, ad avviso di tale associazione medica, consentire la morte si qualifica come un'azione fundamentalmente diversa da un atto deliberato che si propone, invece, quale intento primario, l'obbiettivo di porre fine alla vita, ritenendo, inoltre, che permettere alle persone di ricorrere all'*assisted dying* con il sostegno materiale di un medico, anche quando tale assistenza si limita alla valutazione, alla verifica o alla prescrizione, sia contrario ad ogni principio etico e dovere deontologico.

Come gestire, allora, il pericolo del *pendio scivoloso*? Potrebbe crescere in maniera esponenziale, rischiando di diventare da mera probabilità a confine di certezza o le garanzie procedurali previste dalla legge sono sufficienti ad affrontare tale problematica? Come essere certi che l'entrata in vigore della legge, seppure con le restrizioni prospettate in apertura, non dia l'abbrivio ad una serie di ulteriori decisioni, legislative o più probabilmente giurisdizionali, che nel nome dei principi di libertà ed uguaglianza, costituzionalmente sanciti, contribuiscono ad ampliare ulteriormente le maglie di accesso alla morte medicalmente assistita, consentendola anche verso i minori, come già accaduto in Olanda, o verso le persone con squilibri psichici non conclamati, o a pazienti con prognosi ben superiori a sei mesi, a fronte di una prospettiva di vita comunque limitata, o alle prese con sofferenze fisiche gestibili per mezzo dell'analgesia?

A questo si aggiungono le incongruenze generate dall'*End of Life Choice Act* a seguito della diffusione del COVID-19, data la mancata chiarezza che aveva alimentato dubbi su una eventuale estensione dell'applicazione della morte medicalmente assistita ai pazienti gravemente malati che avessero contratto il virus. Vi era, infatti, il timore che il COVID-19 potesse essere classificato come malattia terminale a seconda della prognosi del paziente e dei giudizi soggettivi del medico curante e del medico indipendente.

Alla luce di ciò, risulta essere di fondamentale importanza la costruzione di un bagaglio informativo che raccolga le esperienze di medici e pazienti, un'attività trasparente di monitoraggio che si proponga di valutare il funzionamento della legge e le eventuali lacune da correggere per guidare i miglioramenti nella pratica, in vista del prossimo riesame della legge.

### Bibliografia

Battistella G. 2021, *Le legislazioni sul fine vita: profili di politica legislativa e di comparazione*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 23(2), 197-232.

Beatty D. 2004, *The Ultimate Rule of Law*, New York, Oxford: University Press.

Bobek M. 2013, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, Oxford: University Press.

Cardinale T. 2020, *I Maori contro l'eutanasia*, in *Documentazione.info*. Available at: <https://www.documentazione.info/i-maori-contro-leutanasia> (accessed: 26/1/23)

De Vergottini G. 2010, *Oltre il dialogo tra le corti: giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna: Il Mulino.

Di Martino A. 2015, *La Corte Suprema canadese fa un overruling e dichiara incostituzionale il reato di aiuto al suicidio*, in *Osservatorio Aic*, 1/2015.

Duxbury N. 2008, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge: University Press.

Espiner, E. 2020, *Health politics and Māori equity: euthanasia, cannabis, and the abortion law reform*, in *New Zealand Medical Student Journal*, (30), 57-60.

Faedda B. 2001, *I Maori della Nuova Zelanda: la colonizzazione europea e il Trattato di Waitangi*, in *Diritto.it*.

- Freckelton I. 2016, *Medically assisted suicide: Recent jurisprudence and the challenges for law reform*, in *J Law Med.* 2016 Jun;23(4):735-61.
- Gaudino L. 2020, *End of Life Choice Act 2019: la Nuova Zelanda legifera su eutanasia e suicidio assistito*, in *Responsabilità medica*, 3/2020, Pacini Giuridica.
- Geddis A, Gavaghan C. 2016, *Aid in dying in New Zealand: Recent legal developments*, in *J Law Med* 2016 Jun;23(4):849-63.
- Geddis A. 2016, *Parliamentary Government in New Zealand: Lines of Continuity and Moments of Change*, *14 International Journal of Constitutional Law* 99, 101-102; 110
- Geddis A. 2017, *The case for allowing aid in dying in New Zealand*, in *New Zealand Criminal Law Review*.
- Gentili G. 2010, *Come colmare il divario tra Diritto e Società? In cerca di coerenza tra 'right to die', suicidio assistito ed eutanasia in Canada*, in E. Ceccherini, -T. Groppi (a cura di), Napoli: Biotica.
- Gillett G. 2015, *Lecretia Seales and aid in dying in New Zealand*, *J Law Med.* 2015 Dec;23(2):308-15.
- Grey L 2016, *The person who really loves me will be the one who helps me die: A critique of Seales v Attorney-General*, in *NZ Pub. In. Law JI*, 3,44.
- Groppi T. 2007, *A user-friendly court: the influence of supreme Court Canada decisions since 1982 on Court decisions in other liberal democracies*, in *S. Ct. L. Rev.*
- Groppi, T., Ponthoreau, M. 2013, *The Use of Foreign Precedents by Constitutional Judges*. London: Hart Publishing.
- Havill J. 2015, *Physician-assisted dying*, *Policy Quarterly*, 11.3.
- Hogg P. 2006, *Canada: From privy Council to Supreme Court* in J. Goldsworthy (a cura di), *Interpreting Constitutions*, New York, Oxford: University Press.
- Howe E. 2009, *Ethical Aspects of Evaluating a Patient's Mental Capacity*, *Psychiatry (Edgmont)*, 6(7):15-23.
- Jackson V. 2010, *Constitutional engagement in a transnational era*, Oxford: University Press.
- Keenan R. 2016, *Health Care and the Law* (5th Edition), Wellington: Thomson Reuters.
- Laig C. 2016, *Voluntary Euthanasia and the New Zealand Bill of Rights Act. A Critical analysis of the Seales v Attorney-General Decision*, Victoria, University of Wellington, 2016.
- Macleod A. 2012, *Euthanasia and physician-assisted death*, in *NZ Med. J.* 125: 127-131.
- Mantovani F., *Aspetti giuridici della eutanasia*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/1988, 455.
- Mccann E. 2015, *Seales v. Attorney-General: the legality of administered or facilitated aid in dying*, in *Australian Health Law Bulletin*, 23(8), 142-146.
- Meagher D. 2018, *End of Life Choice Act in New Zealand's Parliament And Courts*, Otago: University Press.
- Newbold G. 2016, *Crime, Law and Justice in New Zealand*, New York: Taylor & Francis Ltd.
- Nussbaum M. 2001, *Upheavals of Thought: the Intelligence of Emotions*, Cambridge: University Press.
- Palmer G. 2016, *Law and Life* (Occasional Paper No 21), in *New Zealand Centre for Public Law*, Wellington.
- Rodriquez S. 2017, *I "limiti" al diritto alla vita: la Corte canadese e il dialogo con Strasburgo*, in *Dirittifondamentali.it*, 2/2017, pp. 13-16.
- Rolla G. 2008, *L'apporto della Corte Suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Milano: Giuffrè.
- Schaeur F. 1985, *Slippery Slopes*, in *Harv. L. Rev.*
- Scragg R. 2018, *The Ethical Lawyer: Legal Ethics and Professional Responsibility*, Wellington: Thomson Reuters.
- Siqueira-Batista, R., & Schramm, F. R. 2005, *Conversações sobre a "boa morte": o debate bioético acerca da eutanásia*, in *Cadernos de saúde pública*, 21, 111-119.

## END OF LIFE CHOICE ACT 2019

Slaughter A. 1994, *A Typology of Transjudicial Communication*, 29 *U. Rich. L. Rev.* 99.

Stefanelli E. 2015, *Suicidio assistito: la sentenza Carter v. Canada alla prova della trans-judicial communication*, in *Diritti Comparati*, 21 Settembre 2015.

Stevie S. Martin 2018, *A Human Rights Perspective of Assisted Suicide: Accounting for Disparate Jurisprudence*, in *Medical Law Review*, Volume 26, Issue 1, p. 98–116.

Tripodina C. 2004, *Il diritto nell'età della tecnica. Il caso dell'eutanasia*, Napoli: Jovene.

Tsai, Bruce CH; Menkes, David B. 2020, *New Zealand doctors and euthanasia-legal and practical considerations of the end of life choice act*, in *The New Zealand Medical Journal*, 133.1522: 149-160.

Volokh E. 2003, *The Mechanisms of the Slippery Slope*, in *Harv. L. Rev.*

Webb D., Dalziel K, Cook K. 2016, *Ethics, Professional Responsibility and the Lawyer*, Wellington: LexisNexis NZ.

Weir M. 2022, *Law and Ethics in Complementary Medicine A Handbook for Practitioners in Australia and New Zealand*, Wellington: Routledge.

Young J., Geddis, A. 2020, *Vox populi, vox Dei? Previewing New Zealand's public decision on assisted dying*, in *Journal of Law & Medicine*.

Young J., Winters J., Snelling J., White B., Gavaghan C., Geddis A., Egan R., 2021, *The End of Life Choice Act: a proposed implementation and research agenda*, in *NZMA Journal*, Vol 134 No 1544.

Matteo Buffa<sup>1</sup>

## Migrazioni e protezione internazionale secondo il metodo clinico-legale: andate e ritorni tra formazione e *public engagement*

### ABSTRACT

This contribution traces the birth of the legal clinic on migration and international protection at the University of Genoa in the context of the European migration crisis in 2015. Both in the intersections between teaching, research and third mission, as well as in the evolution of training objectives and public engagement, plural perspectives are reflected between different knowledge. They ask for necessary back-and-forths, between the editions, to support a constant rethinking of the aims of the clinical-legal action so to be ready to face the challenges in changing contexts of interest. The encounter between different clinics and with ethno-clinical mediation, was a chance to observe law in action transformation process, starting from distant cosmovisions and methods. Rather than a positioning, such distances ask for the ability to recompose oneself knowing in the great variability of points of view that international protection can evoke.

### KEYWORDS

Legal clinics, training, ethno-clinical mediation, cosmovisions, didactics

### INDICE

1. Andate e ritorni nel reciproco riflettersi di prospettive plurali 2. Tra le edizioni 3. Incontri tra cliniche come metamorfosi 4. Interrogativi aperti

#### 1. Andate e ritorni nel reciproco riflettersi di prospettive plurali

La nascita di un laboratorio seminariale denominato “Clinica legale in materia di migrazioni e protezione internazionale” nell’Università degli Studi di Genova risale all’a. a. 2015/2016 quando, grazie alla promozione della Scuola di scienze sociali e alla collaborazione dei Dipartimenti di Giurisprudenza e Scienze politiche, la coeva “crisi migratoria europea” rendeva chiara l’esigenza che anche il mondo accademico si interrogasse sull’opportunità di un proprio intervento capace di coniugare didattica, ricerca e terza missione in relazione al fenomeno migratorio e al diritto d’asilo in Italia e in Europa: il *law in action* all’incontro con una vocazione altamente interdisciplinare. Come noto nel 2015 più di un milione di migranti hanno raggiunto l’Unione Europea. La c.d. Agenda immigrazione Juncker proponeva un approccio di maggiore e migliore solidarietà tra gli Stati membri dell’Unione confluito, oltreché nel dispositivo – rivelatosi poi fallimentare – della *relocation*, nell’istituzione di *hotspot* e *hub* che, ispirandosi ad un linguaggio riconducibile alle scienze informatiche, confermava un approccio di dematerializzazione delle politiche di confinamento e trattenimento dei flussi migratori in Europa già proprio della centrifugazione manifestatasi attraverso diversi acronimi nei primi anni duemila. Almeno un paradosso sembrava abitare le coeve politiche di

---

<sup>1</sup> Matteo Buffa, docente coordinatore della clinica legale in materia di migrazioni e protezione internazionale, è assegnista di ricerca in Filosofia e Sociologia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Genova.

accoglienza europee: esse si sono proposte di poter accogliere separando, muovendosi in modo anfibio tra sostegno umanitario e governamentalità disciplinare, identificazione e riconoscimento, protezione internazionale ed espulsione. Un altro paradosso possibile, osservato a livello locale, mostrava come pur in un territorio tipicamente inquadrabile come di seconda accoglienza quale quello di Genova, dovesse osservarsi l'assenza di una corretta informativa giuridica rivolta alle e ai richiedenti protezione internazionale a molto tempo dal loro (primo) arrivo sul territorio nazionale.

Non trascurabile, in questo momento di transizione, tanto con riferimento alla didattica, quanto con rispetto ad un rinnovato valore riconosciuto alle finalità di Terza Missione all'incontro con la ricerca, è stato l'incontro nell'ambito di un convegno tenutosi all'Università Federico II di Napoli proprio nel 2015. In quel momento la metodologia clinico-legale di insegnamento del diritto si trovava agli esordi nei primi Atenei che, a livello nazionale, avevano deciso di promuoverlo, proponendo un apprendimento esperienziale (*learning by doing*) all'incontro con umani. Solo l'interazione con la realtà, giuridica e sociale, diventava condizione irrinunciabile perché capace di consentire l'incontro tra didattica, ricerca, terza missione e con i presupposti di ordine storico culturale alla base della nascita del movimento clinico legale prima negli Stati Uniti e, poi, nel mondo, riconducibili alla tradizione del Realismo giuridico americano, ai *Critical legal studies* e al *Cultural turn*.

In queste direzioni, il superamento del formalismo giuridico, tipico dei modelli didattici diffusi nei paesi di *civil law* nell'ultimo secolo, si era ormai mostrato in tutta la sua urgenza, anche al fine di consentire un'apertura (non soltanto formale) a saperi differenti da quelli delle scienze giuridiche, così da consentire il troppo atteso ricongiungimento di queste nell'alveo delle scienze sociali.

A distanza di sette anni, è vero, alcune cose sono cambiate: diverse e plurali sono state, in effetti, le declinazioni 'materiche' clinico-legali dell'insegnamento del diritto che, oggi, si trovano a operare nell'intersezione tra diverse prospettive sul territorio nazionale (ancorché con potenziali ricadute fuori dai confini italiani ed europei). Nonostante una progressiva e crescente diffusione nella didattica, sempre attuali possono ritenersi alcune delle sfide che hanno accompagnato l'esordio clinico-legale italiano, in modo particolare guardando alla caratterizzazione metodologica che forse più si lega alle finalità di terza missione, cioè a dire il perseguimento di obiettivi di giustizia sociale nel – e attraverso – il diritto. Nuovi approdi (e alcuni naufragi) si sono osservati nella formazione e nell'impegno pubblico a partire dal perseguimento di finalità di terza missione non convenzionali per le scienze giuridiche in Italia, all'incontro con le scienze sociali, umanistiche, demo-etnoantropologiche. Il riferimento è sia alle attività di 'sportello', di supporto, assistenza giudiziale e stragiudiziale, ma anche alla eccezionale eterogeneità di osservatori, contenziosi strategici, azioni di *advocacy*<sup>2</sup>, all'elaborazione di proposte legislative e raccomandazioni, alle informative relative ai diritti e alla loro esigibilità nelle prassi. Andate, talvolta coraggiose, che si sono accompagnate a ritorni<sup>3</sup> impreveduti, sia in termini di necessità di nuove "riflessioni sull'azione", à la Schön, rispetto al proprio

---

<sup>2</sup> Penso, in particolare, alle attività di Scholars at Risk (SAR) Italia a tutela di studiosi e studiose a rischio nel mondo, alle collaborazioni con UNHCR nell'ambito del manifesto delle università inclusive.

<sup>3</sup> Sul sito dell'Università degli Studi di Roma III, un riferimento ormai risalente e sostanzialmente coevo ad uno dei nostri primi incontri come Rete a Napoli, si riferisce a questa bi-direzionalità e alla possibile identità di bene comune dell'insegnamento clinico legale: "Il termine 'bene pubblico' è quello utilizzato dall'agenzia nazionale di valutazione dell'Università per definire la Terza Missione. (...) Il rapporto bidirezionale si realizza inoltre con la realtà sociale alla quale si rivolgono le cliniche legali, sia nell'accesso alla conoscenza giuridica, sia per ciò che riguarda la sua stessa produzione, rispetto alla quale le esigenze che emergono dall'interazione sociale hanno una funzione determinante di orientamento delle attività".

operare, che nel confronto con il ‘campo’ e gli attori che esso coinvolge, così come negli atenei, in un movimento utile quando capace di suggerire quali futuri possibili si potessero immaginare insieme.

Proprio in questo reciproco riflettersi di prospettive plurali è stato possibile, nuovamente a Napoli nel novembre del 2022, in occasione del Convegno nazionale delle cliniche legali italiane, interrogarci su alcuni elementi della perdurante attualità. Nella distanza che ancora insiste nell’identificazione di guai privati come possibili questioni sociali<sup>4</sup>, ci siamo posti, tra le altre, le seguenti domande: è possibile essere (pro)motori della costruzione di una società più equa e inclusiva attraverso il metodo clinico legale? Come, a questo fine, consentire a più saperi e alle loro intersezioni di abitare ‘nuove’ cliniche volte a occuparsi di immigrazione e asilo? Ancora, l’immagine di un operare clinico (legale) senza alleanze è sostenibile in rapporto al *public engagement*, tanto più quando esso si realizza nel sostegno ad istituzioni pubbliche, tra cui anche quelle giurisdizionali? Le immagini del diritto vivente, evocate nelle andate e nei ritorni delle *legal clinics* di questi anni, sono idonee a risignificare la categoria dell’universalità dei diritti? Su (e di) queste strade, percorse a volte con fatica, ma anche tanta determinazione, è importante fare memoria. Per questo, voglio dedicare questo contributo alla memoria di Elisabetta Pezzi che, scomparsa troppo presto all’affetto di tutte e tutti noi, ha creduto subito nella promessa sottesa all’innovazione clinico-legale, anche genovese, a tutela dei diritti dei minorenni: a Lei il mio e il nostro grazie, per tutte le andate e per tutti ritorni che, ancora, ci chiedono di non fermarci.

## 2. Tra le edizioni

Nell’anno accademico 2022-2023 la nostra clinica giunge alla sua sesta edizione. In questi anni le intersezioni già evocate tra didattica (con)ricerca e terza missione hanno consentito un ripensamento metodologico grazie alla collaborazione di molti soggetti e attori afferenti tanto al mondo delle professioni legali quanto a quello delle istituzioni e del c.d. terzo settore.

La proposta didattico-formativa prevede un modulo introduttivo volto a incentivare e rinsaldare le competenze di base in materia di migrazioni e protezione internazionale, un secondo modulo dedicato a simulazioni e incontri specialistici capaci di incontrare (e far incontrare) saperi e punti di vista differenti nei contesti di interesse e, infine, un terzo modulo dedicato alla presa in carico e gestione dei casi reali. Rispetto agli incontri che connotano il secondo modulo, la struttura ormai consolidata negli anni prevede un approfondimento e un intervento delle competenze antropologiche<sup>5</sup>, di quelle interpretative e mediative<sup>6</sup>, delle professioni legali a vario titolo coinvolte<sup>7</sup> nel procedimento di RSDP e, infine, un affondo rispetto ai *claim* di ordine intersezionale, in particolare rispetto alle c.d. domande di protezione internazionale SOGIESC, nell’intreccio tra motivi legati alla religione da un lato e, dall’altro, all’identità di genere e all’orientamento sessuale.

Durante la prima edizione, grazie al coinvolgimento di enti del terzo settore, la clinica legale ha offerto servizi di informazione e orientamento legale per migranti e richiedenti protezione

<sup>4</sup> Santoro 2019: 231-256.

<sup>5</sup> Con l’intervento delle Prof.sse Stefania Consigliere (Università degli Studi di Genova) e Cristina Zavaroni (Università degli Studi di Torino).

<sup>6</sup> Con l’intervento della Prof.ssa Mara Morelli (sin dalla prima edizione) e, da ultimo, della Prof.ssa Nora Gattiglia, entrambe dell’Università degli Studi di Genova, Dipartimento di Scienze della formazione e Dipartimento di Lingue e Culture moderne.

<sup>7</sup> Con l’intervento dei giudici della sezione specializzata del Tribunale di Genova, in particolare il Dr. Francesco Mazza Galanti, già Presidente della sezione, ruolo oggi affidato al Dr. Domenico Pellegrini e, inoltre, con l’intervento del Dr. Ottavio Colamartino.

internazionale del territorio, supportando le fasi di formalizzazione della domanda di asilo presso le competenti questure della regione Liguria e la valutazione presso la Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Torino, sezione di Genova. La seconda edizione ha visto, invece, un'operazione di ricognizione dei bisogni del territorio locale in rapporto al fenomeno migratorio, elaborando un documento informativo dei diritti di persona richiedente protezione internazionale ritenendo che, spesso, la vulnerabilità derivasse anche da una scarsa consapevolezza dei propri diritti, all'incontro con le ridotte (se non talvolta del tutto assenti) risorse di assistenza legale presenti nei centri di accoglienza straordinaria istituiti in via emergenziale negli anni della crisi migratoria europea. Tali azioni sono state possibili grazie alla partecipazione di avvocate/i, rappresentanti dell'UNHCR, Save the children, mediatori e interpreti. La terza edizione, pur non esente da rallentamenti dovuti alla pan-sindemia da Covid-19, ha consentito – ancorché 'a distanza' – a studentesse e studenti di muoversi nel supporto e nella promozione dei diritti dell'infanzia affiancando il personale di Defence for Children International Italia, sulla base di una convenzione sottoscritta con la Scuola di Scienze sociali, un primo sostegno sperimentale alle attività della sezione specializzata in materia di migrazioni e protezione internazionale del Tribunale di Genova e, infine, avviando momenti di incontro e confronto con lo sportello di consulenza antropologica di Mondi multipli attivato presso il Dipartimento di Scienze della formazione della nostra università. A partire dalla quarta edizione, fermo il reciproco scambio e la collaborazione avviata con Mondi multipli, centrale nell'elaborazione del tentativo di mediazione etnoclinico-legale di cui meglio dirò nel paragrafo seguente, grazie ad un altro accordo di collaborazione<sup>8</sup> intervenuto tra la Scuola di Scienze sociali e la sezione XI del Tribunale di Genova (nonché all'instancabile impegno e passione delle tante persone che hanno supportato la didattica in questi anni<sup>9</sup>) le e i partecipanti alla clinica contribuiscono alle attività dell'Osservatorio sui procedimenti in materia di diritti delle persone e protezione internazionale. L'Osservatorio ha ad oggetto la ricerca, selezione e valutazione dei casi pendenti presso la Sezione citata e, in particolare, delle informazioni riguardanti i paesi di origine dei richiedenti nel riscontro, nei tempi definiti dalle parti secondo le esigenze dell'attività istruttoria relative a ciascun caso, a quesiti relativi alle informazioni relative ai paesi di origine (c. d. COI *queries*<sup>10</sup>) nell'ambito dei procedimenti in materia di immigrazione e protezione internazionale. Studentesse e studenti partecipano alle udienze di comparizione delle e dei ricorrenti, elaborano proposte di approfondimenti istruttori e, in gruppi di lavoro, predispongono una bozza di

---

<sup>8</sup> Grazie, in particolare, ai modelli condivisi da L'Altro Diritto e sull'esempio di altre cliniche italiane quali, per citarne alcune e a mero titolo di esempio, quelle attivate presso l'Università degli Studi di Firenze e Roma III, con processi di sperimentazione dell'ufficio per il processo civile nel contesto delle sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea istituite con legge di conversione del c.d. decreto Minniti-Orlando, del 17 febbraio 2017 n.13. Si evidenzia la particolare attenzione ministeriale sempre maggiore verso l'istituto dell'ufficio per il processo anche in relazione al progetto Next Generation UPP in cui anche la clinica legale in materia di migrazioni e protezione internazionale di Genova si inserisce nella sua sesta edizione nell'ambito dell'a.a. 2022-2023.

<sup>9</sup> Colgo l'occasione per ringraziare tutte le persone che, in rigoroso ordine alfabetico, hanno contribuito a supportare la didattica clinico-legale in materia di migrazioni e protezione internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Genova nelle ultime due edizioni: Colombo Arianna, Grancelli Micaela, Machì Camilla, Malatto Riccardo, Moi Martina, Paris Nathalie, Rimini Moira e Taviani Arianna.

<sup>10</sup> Si tratta di domande mirate o richieste specifiche rivolte ad ottenere approfondimenti COI sia su fatti materiali rilevanti che su caratteristiche relative al profilo del/la richiedente e/o al paese di origine o di transito nell'ambito dell'*evidence assessment* come fase specifica del processo di determinazione relativo allo status di rifugiato (RSDP) o comunque volto all'accertamento della credibilità rispetto agli elementi necessari all'inclusione nella protezione internazionale.

provvedimento di decisione che è possibile presentare e discutere in camera di consiglio. Proprio nella collaborazione tra realtà e sguardi differenti sulle narrazioni in tema di protezione internazionale la necessità di un approccio integrato, e nuovo, tra cliniche si è reso evidente.

### 3. Incontri tra cliniche come metamorfosi

La mediazione etno-clinica è nota come quel dispositivo volto a consentire un processo di mediazione tra gruppi, o tra individui, che provengano da contesti culturali diversi. In una definizione di Piero Coppo: “Si tratta dell’arte del prendersi cura della psiche in territori e gruppi umani definiti<sup>11</sup>”. L’accento sull’arte ci ricorda, tra l’altro, l’assenza di ‘schemi’, che racconta di una narrazione e di una configurazione molto differenti dal tipico modello di “inclusione” proposto ai fini della valutazione delle domande di protezione internazionale da parte di UNCHR ed EUAA. La mediazione etno-clinica vede come obiettivo non quello di rendere agibile una comunicazione altrimenti impossibile (sarebbe in questo caso un’operazione di fatto sovrapponibile alla mediazione linguistico-culturale) ma di mettere in moto trasformazioni capaci di esplicitare differenze e spazi di intersezione possibili. Lo scopo di queste metamorfosi mira, di fatto, alla costituzione, in qualche modo anche fisica, di uno spazio altro di incontro e negoziazione tra le parti. Essa sembra quindi un’esperienza composita di almeno due istanze parimenti fondamentali: l’una che si può ricondurre all’*etno* (che comprende un territorio, un gruppo umano, una specificità capace di mettere in forma) e il *kline* (cioè di ciò che giace vicino al letto/appoggio<sup>12</sup>). Ritengo che un approccio capace di unire le peculiarità della mediazione etno-clinica, da un lato, e dell’esperienza clinico-legale, dall’altro, permetta di affrontare la problematica della credibilità e non credibilità nel contesto delle domande di protezione internazionale mantenendo viva la complessità delle storie, l’umanità dei soggetti,

---

<sup>11</sup> Sulla possibilità di mondi plurali nel rapporto problematico del nesso di causalità e il diritto vivente: “Se questa è la forma universale del giudizio controfattuale, e del resto gli epistemologi sostengono che ogni legge (esempio ‘se venisse somministrato il chinino si guarirebbe dalla malaria’) si dispone secondo un condizionale controfattuale, tuttavia, le condizioni di verità dei giudizi controfattuali divergono. Divergono cioè le teorie su quali siano le condizioni perché un controfattuale possa dirsi vero: ‘se avessi alzato il mignolo, l’inverno scorso avrebbe fatto più freddo’, è falso per molti, e lo potrebbe essere secondo un senso comune, ma è vero per altri”. Cricenti 2022: 42.

<sup>12</sup> Per la definizione, non solo astratta, ma concreta di questo tentativo di costruzione di un dispositivo complesso che, forte dell’esperienza della MEC potesse dare vita alla mediazione etno-clinica-legale devo un ringraziamento speciale alla Dr.ssa Arianna Colombo, dottoranda di ricerca in Sociologia presso il DISFOR dell’Università degli Studi di Genova che più, e meglio di altre/i, ha donato e ‘tenuto il tempo’ nella composizione di approcci clinici (e umani) capaci di immaginare itinerari di innovazioni didattiche, di ricerca e terza missione. Come da lei stessa ricordato: “È stato Serge Bouznah ad iniziare a costruire un dispositivo e una tecnica ben definita, una metodologia volta a dar vita ad un percorso focalizzato sul particolare, frutto di tutte le voci che presenziano alla seduta. Ognuna di queste, infatti, contribuisce alla realizzazione di una nuova narrazione sulla sofferenza: esplicitando le proprie teorie (culturalmente declinate) che ‘spiegano’ l’evento e la forma per cui il problema è nato e si manifesta, ognuno si porta come rappresentante di un mondo culturale specifico (il medico chirurgo esplicherà le logiche implicite della biomedicina, così lo psicologo con le proprie, e l’avvocato e l’operatore dell’accoglienza le proprie). Questo passaggio permetterà di non naturalizzare i propri presupposti sottoponendoli ad una traduzione per non professionisti. L’intervento si muove intorno all’elemento conflittuale dove gli strumenti dell’antropologia permettono di costruire un’arena di comparazione e di narrazione della sofferenza così da ricercare le ragioni e le microfisiche del dolore. Il paziente partecipa infatti alla seduta come parte attiva, dotato del sapere della propria esperienza di dolore: si tratta di ritessere i fatti clinici ai fenomeni vissuti senza far scomparire il soggetto dietro alla sola richiesta d’aiuto, e di non ontologizzare l’alterità in questione”.

l'intersezionalità e l'interdisciplinarietà nella valutazione dei requisiti e delle competenze necessarie alla valutazione delle domande insieme alla postura di tutti gli operatori in campo.

“Vi sono argomenti che non possono non interessare chi lavori ai confini tra diverse visioni del mondo e pratiche di salute; chi, insomma, accetti davvero la sfida che altri saper-fare portano alla tradizione che ci ha formati e ai saper-fare che abbiamo ereditato dalla nostra storia. Questo è uno di quelli: cosa fare di ciò che osserviamo e/o ci viene raccontato come giudicare pratiche che si riferiscono a dimensioni e universi che non fanno parte della nostra cosmovisione, o che addirittura la nostra visione del mondo ha fieramente negato, costruendosi proprio su questa negazione<sup>13</sup>?”.

Le coordinate del nostro *tentativo* capace di tenere insieme in cuciture saldamente provvisorie la dimensione dei confini ‘tra’ saper-fare differenti e altre storie che incontriamo a partire da quanto osservato e raccontato così come di alterità nelle pratiche, ci hanno imposto di rispettare uno spazio-tempo. Le linee temporali e, se si vuole, geopolitiche, dell’oggi hanno necessariamente dovuto fare i conti con la spazialità di un *laboratorio*, del suo procedere per passi coraggiosi e, al contempo, leggeri.

Lo spazio per dare seguito a tale innovazione si è accompagnato ad una consapevolezza di coabitazione, in particolare quella relativa alle dinamiche del potere, comunque presenti in un saper fare clinico votato al *public engagement* che si rivolge ad una collaborazione istituzionale e di cui è necessario tenere conto nel disegnare il perimetro delle possibilità dell’azione.

L’affiancamento del dispositivo della Clinica Legale a quello della Mediazione etno-clinica non coincide con l’intento di fondere le due realtà, vorrebbe piuttosto indagare la somiglianza che pervade i due dispositivi e la necessità di un dialogo tra essi, in modo da costruire uno strumentario più complesso e consona allo scenario contemporaneo, capace di superare i limiti degli approcci *evidence-based*, sia nella pratica della cura sia in quella della presa in carico clinica (legale).

Entrambe si definiscono come cliniche e si articolano attraverso una messa in opera che trasforma la lettura dei casi, come fossero un innesco teso a rendere visibili piccoli, ma altrettanto fondamentali, dettagli che solo un lavoro collettivo e attento alla molteplicità può cogliere.

In questo loro ‘soffeggio’, presenziano trasformando un luogo d’incontro in un *laboratorio* di indagine e permettono a tutti gli attori in campo di abbandonare le proprie convinzioni e sottoporsi perennemente a un processo di traduzione, e inevitabilmente di tradimento, dei principi dei ritmi e dei modi della propria disciplina, del proprio narrare, e del proprio ‘naturalizzare’ mondi e saperi.

Sperimentare direttamente in vivo, inoltre, rischia di rendere il soggetto passivo a operazioni etero-indotte e di annullare così la potenza orchestrale dello spazio clinico come sguardo verso rivoli inespressi. È, in effetti, un perenne processo quello che può permettere di costruire un inedito sguardo tra discipline apparentemente distanti, in *équipe* e comunità di pratica.

A segnalare ulteriormente la necessità di un *laboratorio* endogeno sono state le diverse figure che, tra le edizioni, hanno avuto modo di incontrarsi nella formazione clinico-legale e in quella proposta dal Collettivo Mondi multipli e dall’omonimo Sportello antropologico. Ogni esperimento parte dalla spinta di un tempo che ha urgenze, scenari e traiettorie. Il tempo (e lo spazio) in cui lo strumentario a disposizione si è mostrato non sufficiente, o comunque non sufficientemente efficace, non sufficientemente umano, ci ha ricordato uno spartito pieno di note per un’orchestra senza direttore; in quest’ampiezza la violenza non viene lavorata, ma si dirama, specchiandosi tra gli attori dell’immigrazione e le figure della presa in carico della salute, dell’ordine, dell’‘accoglienza’. In altre

---

<sup>13</sup> Coppo 2003: 179-207.

parole: l'avvertita esigenza di innovazione nasce da una condizione di deprivazione affamata di arricchirsi di parole e pratiche nuove. Le teorie, che si fanno tecniche di sguardo e di narrazione di un fenomeno, possono allora prendere corpo e spazializzarsi, possono consentire di accogliere una richiedente protezione internazionale in un contesto narrativo differente da quello dell'aula di un tribunale, dove il Giudice siede in un cerchio di parola che rinuncia a verticalità e alle vertigini che questa talvolta produce, insieme a operatori legali, clinici del diritto, mediatori etno-clinici, antropologhe. Il portato trasformativo è già in sé di una certa rilevanza, eppure anche in questo gioco di luci, il lessico a disposizione è ancora inadeguato a riceverlo, a raccontarlo e tenta di ricondurlo ad aspetti processuali e a strumenti tradizionali: processi verbali, ruoli, consulenti (d'ufficio o di parte?).

Solo in questo contesto è stato possibile ri-valutare e ri-conoscere aspetti della narrazione e fatti materiali di rilievo che sarebbero stati altrimenti trascurati, non solo nell'identificazione e riconduzione di tali fatti a possibili indicatori di tratta ai fini dell'inclusione, ma in particolare ad una valutazione di rischio in caso di rientro che, spesso, è difficile da scorgere nello scarto – talvolta consapevole – tra “cosmovisioni” distanti se non antagoniste che si innestano nelle valutazioni di credibilità dei soggetti<sup>14</sup> tra i mondi.

#### 4. Interrogativi aperti

A pensarci bene, in modo non dissimile dalla nascita della disciplina dell'antropologia giuridica, è proprio nella disponibilità a non far tacere l'elemento conflittuale che la pratica della clinica può iniziare. Quali, allora, gli elementi conflittuali emersi nelle pagine, nelle storie, incontrate? Quale il posizionamento clinico legale sui confini di diverse visioni del mondo? Quale la potenza, e quali i limiti, di un *public engagement* che incontra vocazione didattica e la curiosità (ma anche l'invadenza) della ricerca? È ancora possibile immaginare e poi praticare un operare clinico (legale) senza alleanze?

Come tradurre gli strumentari a disposizione e trattenerne tutte le accortezze quando allo spazio d'ascolto della mediazione etnoclinico-legale partecipa anche un giudice e questo elemento trasforma l'incontro/ascolto in audizione e udienza? È possibile pensare ad una giurisdizione più efficace grazie allo strumentario dell'etnopsichiatria e dell'antropologia all'incontro con il diritto vivente e la metodologia clinico-legale?

Intendo lasciare aperti, ampi, questi interrogativi, perché possano dare ritmo alle future edizioni clinico-legali che ci attendono e che abiteremo, per ricordarci della difficoltà che insiste nell'approccio scientifico che, guardando al reale e al diritto vivente, riconosce, come sostenuto da Rovelli, che: “Ogni oggetto non è che un insieme di interazioni su altri oggetti. La realtà è questa rete di interazioni. Invece di vedere il mondo fisico come un insieme di oggetti con proprietà definite, la teoria dei quanti ci invita a vedere il mondo fisico come una rete di relazioni di cui gli oggetti sono i nodi. Il mondo visto dal di fuori non esiste. Esistono solo prospettive interne al mondo, parziali, che

---

<sup>14</sup> Dalla lettura di *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Castignone, Faralli, Ripoli 2002, emerge chiaramente come per i realisti, uno su tutti J. Frank, la certezza del diritto sia un mito “che gli umani rincorrono e cercano senza riuscire di tradurre la realtà, costruendo tutto un edificio di finzioni giuridiche che lo illudono di soddisfare un bisogno innato di sicurezza e stabilità”. Come sottolinea Mariangela Ripoli, invece, l'incertezza va accettata come una condizione permanente della condizione umana. Essa informa tanto la ricostruzione dei fatti, abitata da una grande componente di incertezza, quanto la consapevolezza che *facts are guesses*, congetture, su cui influiscono anche le opinioni dei giudici nella loro ricostruzione. L'attività di *fact finding* degli organi giurisdizionali diventa allora simile a quella dello storico, o dell'esecutore musicale, per ricordarci che talvolta anche giudicare è un'arte che non si rifà necessariamente a canoni razionali; in questo senso, la prospettiva realista, nell'evocare un ripensamento nella didassi e formazione giuridica, suggerirà l'introduzione del metodo clinico-legale per costruire una nuova generazione di giuristi e operatori del diritto.

si riflettono a vicenda. Il mondo è questo reciproco riflettersi di prospettive<sup>15</sup>". È proprio in queste interazioni, nel loro reciproco, e sempre nuovo, riflettersi di prospettive plurali che il metodo clinico legale potrà trovare spazi, non rifugi, volti a perseguire obiettivi di giustizia sociale nel diritto vivente.

#### BIBLIOGRAFIA

Castignone S. Faralli C. Ripoli M. 2002 (eds), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino: Giappichelli.

Coppo P. 2003, "Ma gli sciamani volano davvero? E. De Martino e l'etnometapsichica", *I fogli di ORISS*, 21: 179-207.

Cricenti G. 2022, "Ipotizzare mondi alternativi. Controfattuale e causalità nel diritto", *Diritto e questioni pubbliche*, 2: 42.

Rovelli C. 2020, *Helgoland*, Milano: Adelphi.

Santoro E. 2019, "Cliniche legali e concezione del diritto", *Questione giustizia*, 3.

Santoro E. 2019, "Guai privati e immaginazione giuridica: le cliniche legali e il ruolo dell'Università", *Filosofia del diritto*, 2: 231-256.

---

<sup>15</sup> Rovelli: 2020.

Valerio Gigliotti\*

*Consuetudine e osservanza: per il recupero di un fondamento del diritto comune*

*Abstract:* The essay traces the evolution of the foundation of customary normativity in the theological and juridical sources of *ius commune* and then dwells on the related notion of 'observance', often neglected by historiography. The hermeneutic proposal consists in the recovery of a centrality of the customary dimension - as conceived in classical-scholastic thought and medieval practice - for the genetic phase of contemporary Law.

*Keywords:* History, Civil Law, Canon Law, Theology, Consuetudo, Observantia, Ius commune.

La consuetudine - è noto - esprime un tratto, performante e iconico al contempo, dello *ius commune* medievale; non di meno, tuttavia, può essere annoverata tra le componenti fondazionali di qualsiasi esperienza giuridica, non solo primitiva o storicizzata; la *consuetudo* è linfa della normatività che scorre all'interno della società medievale come di ogni società complessa, di ieri e di oggi, e la vivifica. Al contempo la consuetudine esprime, come ci ha insegnato per decenni magistralmente Paolo Grossi<sup>1</sup>, la prima e più coerente dimensione di *fattualità* e *storicità* del diritto: nasce spontanea, dalla società, dal deposito etico, morale, culturale, spirituale di una comunità di persone, uomini e donne, che si autoregolamentano, si dotano di regole utili per il presente ma pensate e fatalmente vocate a inverarsi anche nel futuro, nel sempre.

Ogni ordinamento, storicizzato o vigente, che si regge su leggi scritte possiede al contempo una fonte non scritta riconducibile alla *consuetudo*, deposito di norme che si formano e si sviluppano spontaneamente nell'ordinamento e che non sono soggette al controllo autoritario del legislatore ma provengono e fanno parte della *traditio* (tradizione), ossia della vitalità dei rapporti giuridici che si generano, si trasformano e si estinguono nella società e per la società. In base a una definizione classica, la consuetudine si compone di due elementi, uno materiale (*l'usus* o *diuturnitas*) e un altro soggettivo (*l'opinio iuris ac necessitatis*), anche se oggettivamente verificabile. Per *usus* o *diuturnitas* si intende la reiterazione di un determinato comportamento da parte di una collettività; mentre *l'opinio iuris ac necessitatis* è, invece, la convinzione diffusa che quel comportamento sia non solo moralmente o socialmente, ma anche giuridicamente obbligatorio<sup>2</sup>. Siamo quindi di fronte ad un *fatto*

---

\* Professore associato di Storia del Diritto medievale e moderno presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Torino.

<sup>1</sup> P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2004<sup>11</sup>.

<sup>2</sup> Nel nostro ordinamento la consuetudine può essere *secundum legem* («consuetudine secondo la legge»): è la consuetudine che opera in senso integrativo della norma di legge: ad esempio laddove si sforza di dare un significato particolare ad un elemento della norma per renderlo più adeguato agli usi locali o alle mutate esigenze sociali (consuetudine interpretativa); *praeter legem* («oltre la legge»): è quella consuetudine che disciplina un ambito non ancora disciplinato dalla legge; oppure *contra legem* («contro la legge»): è quella consuetudine che opera in direzione opposta al precetto legislativo non potendo così produrre effetti giuridici. Nel diritto civile l'art. 1 delle *Disposizioni sulla legge in generale* del vigente Codice Civile prevede che siano fonti della legge «1. Le leggi; 2. I regolamenti; 3. [*le norme corporative*, abrogato]; 4. Gli usi» e l'art. 8 così disciplina gli usi: «Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati». Perché la consuetudine possa essere utilizzata dal giudice occorre che sia pubblicata nelle raccolte ufficiali di enti ed organi a ciò autorizzati (art. 9 disp. preliminari al c.c.), ovvero sia provata la sua esistenza dal soggetto che in sede processuale ne ha interesse (art. 2697 c.c.). Laddove la consuetudine sia di tipo normativo potrà essere valutata ai sensi dell'art. 1340 c.c. come clausola d'uso del contratto, ove sussistano le volontà comuni, l'accordo dei contraenti in tal senso (art. 1374 c.c.). Nel diritto penale, invece, non sono contemplate la *consuetudo praeter legem* e *contra legem*. È infatti da escludere in modo assoluto che una consuetudine, operando in ambiti non coperti da legge, possa valere a configurare un fatto come reato in assenza di una legge che operi in tal senso: ciò in osservanza del principio di legalità sancito a livello costituzionale dall'art. 25, comma 2, della Costituzione italiana. A maggior ragione qualora una norma penale cada in disuso – perché raramente o mai applicata – essa rimarrà pur sempre in vigore, anche in virtù del principio dell'obbligatorietà dell'azione penale; essa può, al più, essere indice di mutati

*normativo* che pre-esiste rispetto alla legge e che è intrinsecamente regolatore della società, ossia per richiamare la nota definizione di Norberto Bobbio «non è un atto o complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo»<sup>3</sup>. Quindi il fatto consuetudinario si presenta quale elemento definitorio del diritto stesso, non c'è diritto senza consuetudine. Occorre tuttavia prestare molta attenzione per non cadere nell'equivoco di considerare diritto la consuetudine «quando viene messa per iscritto»: al contrario la consuetudine non scritta, in quanto tale, è già diritto, anzi è - per utilizzare l'ormai topico prestito dal linguaggio della biologia - il 'DNA' del diritto, in quanto crea rapporti giuridici anche senza che essa venga tradotta in una legge scritta, anche quando non sarà mai scritta.

Per comprendere meglio questa natura *genetica* della consuetudine per l'esperienza giuridica occidentale – comune sia ai sistemi di *Civil Law* che a quelli anglosassoni di *Common Law*, oltre che a molte altre culture non occidentali – dirò subito che occorre rintracciare il suo statuto nella dimensione *etica* con cui la consuetudine si è affermata nel medioevo, in particolare ad opera del Cristianesimo e del pensiero dei Padri della Chiesa. La norma etica è, per definizione, norma consuetudinaria, si forma nella cultura e nel tessuto sociale di una comunità e come tale viene tramandata; non può non essere immediatamente visibile la medesima valenza per la norma giuridica consuetudinaria che è un comportamento ripetuto nel tempo, condiviso da una comunità e riconosciuto dai suoi membri come vincolante e pertanto *osservato* da essi.

Risulta da subito evidente che il nodo da sciogliere per comprendere la configurazione della consuetudine risiede nel rapporto - rapporto, non opposizione! - tra *consuetudo* e *lex*, quindi tra uso (*mos, mores* che indicano gli usi primitivi non ancora costituiti in fatti consuetudinari) e legge positiva, o ancora tra spontaneità della consuetudine e formalizzazione di essa. Come ricorda ancora Paolo Grossi però «tra *lex* e *consuetudo* non v'è quell'abisso concettuale e formale che il volontarismo moderno vi ha sopra costruito; la *consuetudo* è una *lex* in potenza, e la *lex* è una consuetudine certificata e sistemata; l'una e l'altra in continua osmosi»<sup>4</sup>. Tuttavia, come sempre e men che mai in questo contesto, non è opportuno astrarre troppo un modello, in quanto tradirebbe la stessa natura della normatività a base consuetudinaria, che è per sua definizione *storica* e *storicizzata*, ossia incomprimibile in una definizione univoca ma che deve essere sempre contestualizzata in base alla comunità che ha prodotto la consuetudine e al periodo storico a cui ci si riferisce.

Un primo esempio, richiamato anche da Francesco Calasso<sup>5</sup>, riguarda le due importanti definizioni di consuetudine che compaiono nel diritto romano tra III e V secolo. La prima è fornita da Salvio Giuliano, giurista di età adrianea (II sec. d.C.) che esaltava la consuetudine al di sopra della *lex* perché «poteva essere approvata dal popolo senza alcuna forma scritta» e aveva fondamento «nella realtà stessa e nei fatti»<sup>6</sup> e inoltre aveva sottolineato che la legge stessa potesse essere abrogata con il tacito

---

rapporti sociali che auspicano l'abrogazione delle norme cadute in desuetudine da parte del legislatore. È invece ammissibile la *consuetudo secundum legem*: ad essa è attribuita una sia pur limitata applicazione poiché, risolvendosi in una consuetudine interpretativa, non è giuridicamente vincolante in quanto muta con il mutare del tempo e dell'ambiente. Parte della dottrina osserva come il mutare di una *consuetudo secundum legem* in sede penale possa talvolta risolversi, di fatto, in una modifica retroattiva *in malam partem*. Nel diritto internazionale, invece, la consuetudine è ritenuta fonte di rango primario: essa è, infatti, posta al vertice della gerarchia delle fonti del diritto internazionale. Tale primazia si assume soltanto in termini logici, non avendo alcun valore giuridico; è però anche fonte di diritto generale: vale a dire come una norma che viene applicata a tutti gli stati indipendentemente dalla loro adesione alla consuetudine. L'ordinamento giuridico italiano contiene una norma che consente automaticamente l'ingresso delle consuetudini internazionali nel diritto italiano, con efficacia vincolante e pari a quella della Costituzione (art. 10 cost.).

<sup>3</sup> N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova 1942, p. 31.

<sup>4</sup> P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, cit. p.90.

<sup>5</sup> F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 182-183.

<sup>6</sup> D. 1, 3, 32, 1: «Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est ius quod dicitur moribus constitutum. Nam cum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptae sunt, merito et ea, quae sine ullo scripto populus provabit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragium legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur» (La consuetudine immemorabile è a ragione osservata come se fosse legge: essa è la legge che diciamo costituita dagli usi. Poiché, visto che la sola ragione per cui anche le leggi scritte ci vincolano è che sono state accettate dall'opinione del popolo, è anche giusto che le regole che il popolo ha accolto senza che vi fosse alcuno scritto siano vincolanti per tutti. Che cosa importa, infatti, se il popolo dichiara la sua volontà

consenso ‘di tutti’, ossia per *desuetudine*, sottolineando così non solo la forza costitutiva ma anche estintiva di diritto della prassi consuetudinaria. La seconda fonte proviene invece dall’imperatore Costantino che, in una costituzione del 319 d.C., sovvertiva il sistema delle fonti:

L’autorità della consuetudine e dell’uso di antica data non sono privi di autorità, ma non sono tuttavia destinati a valere fino al punto di prevalere sulla ragione, o sulla legge.<sup>7</sup>

Entrambe le opinioni, evidentemente, confluirono nella compilazione di Giustiniano, la prima nel *Digesto*, la seconda nel *Codice*, destinate pertanto alla ricezione nel medioevo attraverso i *Libri legales*. È ben intuibile quindi, l’imbarazzo in cui si trovarono i primi glossatori bolognesi - quasi ossessionati dalla ricerca di coerenza e non contraddizione delle fonti all’interno dei *Libri legales* - nel trovarsi a dover interpretare due fonti di segno opposto su un tema così delicato.

La dialettica tra *lex* e *consuetudo*, che costituisce un tema su cui bene si manifesta l’influenza delle tre componenti del diritto comune – romanistica, germanistica e canonistica<sup>8</sup> - perviene all’attenzione dei giuristi medievali, attraverso la mediazione dei Padri della Chiesa, da una ben più risalente riflessione del mondo classico, a conferma ulteriore della profonda continuità tra età classica ed età medievale.

Mi limito a citare tre testi che affrontano questo problema nel corso dell’antichità greco-latina. Il primo è tratto dal libro II della *Politica* di Aristotele in cui il Filosofo, affrontando il tema della modificabilità delle leggi (*nómoi*) rispetto alle arti (*téchnai*) sostiene che è assai più complesso modificare le prime, in quanto esse per poter essere rispettate «non possiedono altra forza all’infuori della consuetudine (*ēthos*)» e conclude sostenendo che la modificazione frequente della legislazione produce, infine, un indebolimento della legge stessa<sup>9</sup>.

La superiorità della consuetudine rispetto alla *lex* è anche riconosciuta da Seneca, che in un passo del *De beneficiis* riconosce che molte situazioni che non sono disciplinate dalla legge trovano una valente regolamentazione nella *consuetudo*<sup>10</sup>. Infine Cicerone, in due luoghi del *De inventione*, riconosce come la consuetudine sia il primo e fondamentale ordinamento della realtà, che solo successivamente la legge e la *religio* portano a una formalizzazione<sup>11</sup>.

Con la crisi e poi la drammatica fine dell’Impero Romano d’Occidente, nel 476 d.C., com’è noto l’Italia diverrà frammentata e contesa tra i continui passaggi e dominazioni delle popolazioni germaniche e i tentativi di riconquista di Bisanzio. Il venire meno dell’unità giuridica garantita dall’Impero offriva un terreno particolarmente fertile per il germinare di una normatività

---

con comportamenti concludenti anziché con comportamenti formalizzati? Con fondatissimo motivo è stato quindi anche accolto il principio per cui le leggi vengono abrogate non solo per voto del legislatore, ma anche per consenso tacito, attraverso la *desuetudine*)

<sup>7</sup> C. 8, 52 [53], 2: «Consuetudinis usque longaevis non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem».

<sup>8</sup> Su questo tema è in corso di pubblicazione un saggio monografico a cura di chi scrive.

<sup>9</sup> Aristotele, *Politica*, II, 8, 1269<sup>o</sup>, ed. it. A cura di C.A. Viano, Milano 2002, pp. 188-189: «Ed è ingannevole riferirsi alle arti, perché non è la stessa cosa modificare un’arte e la legge, dal momento che la legge, per farsi obbedire, non ha altra forza che il costume, il quale si forma solo con il trascorrere di un lungo periodo di tempo: perciò passare facilmente dalle leggi vigenti a leggi nuove finisce con l’indebolire la legge».

<sup>10</sup> Seneca, *De beneficiis*, V, 21: «Multa legem non habent nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae omni lege valentior dat aditum».

<sup>11</sup> Cicerone, *De inventione*, II, 22, 65: «Nunc huius generis praecepta videamus. Utrisque aut etiam omnibus, si plures ambigent, ius ex quibus rebus constet, considerandum est. Initium ergo eius ab natura ductum videtur; quaedam autem ex utilitatis ratione aut perspicua nobis aut obscura in consuetudinem venisse; post autem adprobata quaedam a consuetudine aut vero utilia visa legibus esse firmata. Ac naturae quidem ius esse, quod nobis non opinio, sed quaedam innata vis adferat, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem»; *ivi*, II, 53, 160: «Iustitia est habitus animi communi utilitate conservata suam cuique tribuens dignitatem. Eius initium est ab natura profectum; deinde quaedam in consuetudinem ex utilitatis ratione venerunt: postea res et ab natura profectas et ab consuetudine probatas legum metus et religio sanxit». Il secondo passo è riportato come fonte anche da S. Tommaso nella *Summa Theologica*, Ia-IIae, q. 90, a. 3. Co.

consuetudinaria. Mentre nella parte orientale dell'Impero si addiveniva gradualmente alla grande risistemazione del diritto con la compilazione giustiniana, nei territori controllati dai bizantini in Italia il diritto scritto cadeva progressivamente in disuso, e anche dopo l'estensione ai territori occidentali della vigenza del *Corpus Iuris Civilis*, con la *Pragmatica sanctio* del 554, com'è noto l'applicazione della legislazione giustiniana non ebbe grande fortuna, sia per la lontananza dell'Impero sia per la complessità della situazione politica e sociale che si configurava nei territori<sup>12</sup>.

Al contrario, ad operare con un «lavorio silenzioso, difficilissimo a cogliersi nelle carte private di questi secoli», com'ebbe a ricordare Calasso, fu in questo periodo proprio la consuetudine che spesso viene indicata nelle fonti con la «misteriosa endiadi»<sup>13</sup> «*secundum legem et consuetudinem Romanorum*» che molto ci racconta sulle modificazioni che la *lex* progressivamente andava subendo ad opera delle consuetudini. Nei territori longobardi, invece, la situazione, pur essendo differente sul piano organizzativo, giunge ad esiti applicativi della norma assai simili. Una caratteristica della componente germanistica del diritto occidentale è, com'è noto, il criterio di vigenza della 'personalità della legge' che tuttavia non sempre equivaleva ad una contemporanea applicazione di leggi diverse, in base all'appartenenza dei soggetti ad una determinata etnia, nello stesso rapporto o negozio; in alcuni casi inevitabilmente una legge doveva prevalere sulle altre<sup>14</sup>. I dissidi di applicazione dell'una legge sull'altra vennero progressivamente sanati con una lenta prassi che autorizzava i contraenti a discostarsi dalla propria legge e ad applicarne un'altra nell'atto di compiere il negozio o di stipulare un contratto. E proprio dal re longobardo Liutprando ci giunge, nel 727 d.C., la conferma di un riconoscimento ufficiale di questa prassi, che legittimò anche le *professiones iuris*, con l'unico limite che entrambe le parti fornissero il consenso all'applicazione del cambio di legge e che tale consenso fosse volontario<sup>15</sup>.

Con la dominazione franca prima e il costituirsi del Sacro Romano Impero poi (sec. VIII-IX) l'affermazione consuetudinaria quale prassi di scostamento dai sistemi normativi della propria *natio* di appartenenza si incrementò ulteriormente. L'Impero favorì una maggiore compenetrazione di culture e la migrazione delle popolazioni comportò un diffondersi della prassi di creazione di consuetudini nuove sempre più spesso disancorate dal mero criterio di appartenenza alla propria *natio*; il che legittimava l'Imperatore ad inviare i propri *missi dominici* affinché «indaghino presso i singoli quale legge della propria stirpe applichino» e a verificare «che ogni persona osservi pienamente la propria legge»<sup>16</sup>.

In altri termini è proprio nella dimensione quotidiana, fattuale, reale e pratica che un nuovo tessuto giuridico, eminentemente consuetudinario, si fa strada oltre il formalismo delle norme del diritto romano – ormai inapplicato – e degli stessi diritti germanici, a loro volta di matrice orale e consuetudinaria. Siamo, in un certo senso, al cospetto di un primo nucleo del *diritto comune*, che viene favorito dalle necessità della prassi in cui ogni popolazione, i romani come i germani, arretravano – per alcuni negozi – dalla stretta applicazione delle proprie norme per applicarne altre più efficaci, comunemente scelte.

La più compiuta ed incisiva creazione dell'edificio consuetudinario medievale si innesterà però su un terreno che coniuga rapporti tra privati e dimensione 'pubblica', ossia il feudo. Come è noto l'unione dell'elemento personale (*vassallaggio*) e dell'elemento reale (*beneficium*) - con tutte le conseguenze sul piano dei diritti (*immunità*) - trova origine in tradizioni che ritroviamo negli usi sia

<sup>12</sup> F. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., p. 184. Si vedano anche pp. 183 ss. per il tema in generale.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Validissimi gli esempi riportati da Calasso sulla prevalenza della legge del pupillo nel rapporto di tutela; o a quella del *de cuius* in materia successoria, del tradente nella *traditio*, del convenuto nel processo. Nel diritto civile, in materia contrattuale, la regola era che ciascuno si obbligava secondo la propria legge, mentre in ambito penale la pena era inflitta secondo la legge del reo ma il risarcimento del danno (composizione della pena) era regolata dalla legge dell'offeso.

<sup>15</sup> Liutprando 91: « Et si quisquam de lege sua subdescendere voluerit et pactiones aut conventiones inter se fecerint, et ambae partes consenserint, istud non imputetur contra legem, quia ambae partes voluntarie faciunt; et illi qui tales cartulas scribent, culpabiles non inveniantur esse».

<sup>16</sup> MGH, *Leges*, II, *Capitularia Regum francorum*, I, 25, 5: «per singulos inquirant qualem habeant legem ex nomine»; «ut unisquisque homo suam legem pleniter habeat conservatam».

romani che germanici: l'*albero* del feudo affonda infatti le proprie radici nella consuetudine e cresce e si sviluppa mediante una linfa consuetudinaria. L'istituto del feudo genera non solo una nuova forma di consuetudine, che nasce dall'incontro di diverse tradizioni, ma pone i fondamenti per una nuova concezione dei rapporti personali, sociali e pubblici. La dimensione territoriale, governata dai rapporti tra signore e vassalli, che nasce 'dal basso' per rispondere ad esigenze di sicurezza e di organizzazione spontanea dei rapporti sociali ed economici in una situazione di estrema frammentazione politica, si sottrae alla sfera di influenza di un'autorità centrale – quale potrebbe essere il re o lo stesso imperatore. Si badi, formalmente il vincolo di rapporti feudali poteva essere ben saldamente ancorato alle gerarchie verticali – si pensi alle infeudazioni imperiali nei territori del Sacro Romano Impero o alla lotta per le investiture - ma *nei fatti* erano le creazioni consuetudinarie che informavano le nuove tipicità e le figure giuridiche. A riprova di tale assunto basti richiamare l'estrema povertà di norme scritte di provenienza imperiale che disciplinino questa materia. Occorrerà risalire alla fine del sec. IX per incontrare i primi capitolari imperiali dedicati a disciplinare i rapporti feudali e anche in questo caso spesso essi giungevano a ratificare situazioni *di fatto* già costituitesi in diritto per via appunto consuetudinaria<sup>17</sup>.

Anche nel periodo carolingio si era tentato, in realtà, di 'legificare' la consuetudine. Ricordo solo i due più noti interventi attribuiti a Pipino il Breve e Carlo Magno che richiamano quanto in effetti già Costantino aveva tentato di attuare, ossia riconoscere in qualche misura una superiorità della *lex* rispetto alla *consuetudo*. Il testo di Pipino, riportato nel *Capitulare Italicum* richiama una netta superiorità della norma positiva sulla consuetudine, ridotta a mera fonte sussidiaria:

Si osservi che, laddove manchi una *lex*, la consuetudine prevale, ma nessuna consuetudine può essere sovraordinata alla *lex*<sup>18</sup>.

Il frammento attribuito a Carlo Magno è invece del seguente tenore:

La lunga consuetudine che non sia di ostacolo alla pubblica utilità sia osservata come *lex*, e quelle [consuetudini] che sono osservate da lungo tempo siano conservate<sup>19</sup>.

I due requisiti richiesti in questo caso perché la consuetudine sia recepita come *lex* sono dunque l'osservanza di lunga durata nel tempo (*longa consuetudo*) e la necessità che essa non contrasti con le esigenze di pubblica utilità.

Come era accaduto per la costituzione di Costantino, anche per il mondo germanico l'esito è il tentativo di comprimere la consuetudine in una norma positiva, una *lex* che meglio esprima il controllo del legislatore centrale. Tuttavia, il fiume della consuetudine scorreva talmente impetuoso nella società altomedievale che gli argini della normatività legificante non furono in grado di contenerlo e *de facto*, nei *fatti* e nella prassi, essa continuò ad informare la *civitas* medievale. Occorre ora tentare di individuare il fattore determinante di tale resistenza e osservare quali furono le reazioni della scienza giuridica, civilistica e canonistica, al fenomeno consuetudinario, dopo il cosiddetto 'rinascimento' del sec. XI.

<sup>17</sup> Del resto fa parte della dialettica sopra citata tra *lex* e *consuetudo*, anche in epoca longobarda, il tentativo di 'legicizzare' la consuetudine con una norma positiva di emanazione regia. Ad esempio si richiama il noto capitolo 77 di Liutprando in cui il legislatore avverte che ha voluto «fissare in un editto» («adfigere in edictum») una norma «nonostante i giudici e le persone fidate del re avessero detto che l'antica consuetudine (*cawarfida*) fosse tale già da sempre»: «omnes iudices et fideles nostri sic dixerunt, quod *cawarfida* antiqua usque nunc sic fuisset».

<sup>18</sup> MGH, *Capitularia regum Francorum*, I, 95, 10 (= *Capitulare Italicum*, cap. Pipini, 33): «placuit inserere, ubi *lex* deest, praecellat consuetudo, et nulla consuetudo superponatur legi».

<sup>19</sup> MGH, *Capitularia regum Francorum*, I, p. 220: «ut longa consuetudo, quae ad utilitatem publicam non impedit, pro lege servetur, et quae diu servatae sunt permaneat».

Dirò subito che il fondamento per una teoria della consuetudine nell'alto medioevo pervenne dall'etica cristiana e dalla riflessione dei Padri della Chiesa e fu poi sviluppata dai giuristi canonisti (decretisti), più che non dall'elaborazione dei civilisti.

E questo è facilmente intuibile se si tiene presente il contesto istituzionale profondamente frammentato di questi secoli in cui la Chiesa funzionò da garante e da aggregante culturale e sociale, oltre che spirituale e religioso. Inoltre, dopo il recupero dello studio dei testi giustinianeî, che in qualche modo riprendevano il tema del fondamento di validità della consuetudine, basato sull'approvazione dell'Imperatore (*consensus imperatoris*) più che sul consenso del popolo (*consensus populi*), ormai meno significativo nel contesto dei secoli XI-XII, l'apporto dei glossatori prima e dei commentatori poi all'elaborazione del concetto di consuetudine fu soprattutto di carattere tecnico-formale. Con la preoccupazione principale di sanare le antinomie dei *libri legales*, i glossatori elaborano una casistica minuziosa e complessa finalizzata a ricomprendere tutte le possibili accezioni terminologiche dei lemmi *mos*, *mores*, *usus*, *consuetudo* e nel declinarne le diverse strutture genetiche e le conseguenti applicazioni pratiche. Vengono così discusse le possibili varianti del rapporto tra *lex* e *consuetudo* (*contra, praeter e secundum legem*), il problema del *consensus omnium* o *maioris partis populi*, il tema del tipo di atti o del tempo necessario alla formazione o all'estinzione della consuetudine, la necessità o meno della pronuncia giudiziaria per accertarne l'esistenza, o l'onere incombente sulle parti per provarla. Il lungo lavoro dei glossatori prima e dei commentatori poi su questi temi, insieme all'apporto fornito anche dalla dottrina canonistica in proposito, portarono alla formazione di una compiuta teoria romano-canonica della consuetudine che tuttavia, come fu già segnalato da avveduti maestri della storia giuridica<sup>20</sup>, nel momento stesso in cui raggiungeva una sua sistematicità, condannava la fonte consuetudinaria ad un inevitabile irrigidimento, quasi giungendo ad assimilarla alla *lex* mediante l'elaborazione della finzione del *consensus tacitus* o altre soluzioni fittizie che assimilavano il processo formativo della consuetudine a quello della *lex*<sup>21</sup>.

Per cercare di recuperare invece il carattere di spontaneità che portò la consuetudine a rivestire quel ruolo pervasivo nella cultura e nella prassi giuridica medievali - proprio in quanto fluido che permea i pori più profondi di quella società - occorre transitare dal piano normativo tecnico-giuridico al piano normativo etico offertoci dalla componente cristiano-canonistica del diritto occidentale.

Senza dubbio è ad Isidoro di Siviglia che si deve la posizione delle fondamenta della riflessione cristiano-canonistica sulla consuetudine. Il passo delle *Etymologiae* (II, 10, 2) - che ispirò il *Capitulare Italicum* e poi fu recepito dal *Decreto* di Graziano - è il seguente:

La consuetudine (*consuetudo*), poi, è una forma di diritto che si fonda sugli usi (*mores*), ed ha forza di legge (*lex*) quando questa manchi. E fa poca differenza, se essa consista di elementi materiali di scrittura ovvero sia soltanto un fatto puramente razionale, quando sia la ragione (*ratio*) ad avvalorare la forza di legge. Si considererà legge tutto ciò che consisterà di elementi razionali (*quod ratione consisterit*), purché sia congruo alla religione, sia conveniente all'obbedienza (*disciplina*), giovi alla salvezza. La si chiama consuetudine perché essa rientra nell'uso comune (*in communi usu*)<sup>22</sup>.

Definizione complessa e ricca di profonde significanze che indicano come S. Isidoro abbia utilizzato come fonte non tanto il *Digesto*, quanto le compilazioni scolastiche e le fonti classiche, e da qui i forti echi patristici che risuoneranno, ovviamente, nel *Decretum* di Graziano. Procediamo con ordine.

<sup>20</sup> Cfr. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 199 ss; L. PROSDOCIMI, *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina di giuristi dei secoli XII-XV*, Milano 2001, pp. 19-24.

<sup>21</sup> Per una compiuta e sistematica riflessione su questi aspetti si rinvia a E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Introduzione di E. Conte, A. Fiori, L. Loschiavo, M. Montorzi, II, Senato della Repubblica 2020, pubblicazione in formato elettronico, [www.senato.it/pubblicazioni](http://www.senato.it/pubblicazioni), pp. 107 ss.

<sup>22</sup> S. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, II, 10, 2 (= V, 3, 3): «Consuetudo autem est ius quoddam moribus institutum, quo pro lege suscipitur, cum deficit lex. Nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat, porro si ratione lex consistat, lex erit omne iam quod ratione constiterit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat. Vocata autem consuetudo, quia in communi usu est»

Se anticipiamo di qualche riga (*Etymol.* II, 10, 1) la nota definizione isidoriana, senza estrapolarla come spesso avviene dal contesto, potremo trovare l'articolazione del ragionamento che fonda le conclusioni:

La differenza che rileva tra la legge (*lex*) e gli usi (*mores*) è la seguente: che la legge è scritta, l'uso invece è una consuetudine (*consuetudo*) osservata da tempo immemorabile, o anche una legge non scritta (*lex non scripta*). Infatti la legge prende tale nome dal fatto che viene letta, poiché è scritta<sup>23</sup>.

E nel libro V delle *Etymologiae* S. Isidoro ribadisce con forza l'assunto:

Tutto il diritto consiste nelle leggi (*legibus*) e negli usi (*moribus*). La legge è una norma scritta. L'uso è una consuetudine (*consuetudo*) osservata da tempo immemorabile, o legge non scritta. Infatti la legge prende tale nome dal fatto che viene letta, poiché è scritta<sup>24</sup>.

Il vescovo di Siviglia identifica quindi la *lex* con la norma scritta e i *mores* (o consuetudine) con la norma non scritta. Non si riesce tuttavia a cogliere la motivazione per cui a conclusione del discorso, S. Isidoro non riconosca nella scrittura o meno l'elemento che differenzia la legge dalla consuetudine, ma anzi quasi con un'apparente contraddizione, esse vengano equiparate nel loro fondamento comune, ossia la *ratio*. Tuttavia per sanare questa apparente antinomia occorre tenere presente qui l'influenza capitale che ebbe l'opera di un altro grande Padre della Chiesa sulla teoria isidoriana della consuetudine: l'apologista cartaginese Tertulliano (155 ca – 230 ca). In un'opera scritta nel suo periodo «montanista», il *De corona*, possiamo leggere un'interessante osservazione sulla consuetudine:

Alla consuetudine (*consuetudo*), d'altra parte, anche nelle questioni di diritto civile si riconosce forza di legge (*lex*), quando la legge manca, e non fa differenza che essa consista in un testo scritto o nella ragione (*ratio*), visto che anche la legge trova nella ragione il suo fondamento. Ma se la legge poggia sulla ragione, sarà legge allora tutto ciò che consisterà nella ragione, da chiunque sia stato prodotto. O non reputi che a ogni fedele sia lecito concepire e stabilire una regola – purché essa sia conforme a Dio, utile alla disciplina e vantaggiosa alla salvezza – quando il Signore dice: «D'altra parte perché non giudicate anche da voi stessi ciò che è giusto?» [*Lc* 12,57], e non solo su decisioni giudiziali, ma su ogni decisione relativa ad argomenti da esaminare? [...] Ora tu, questa ragione, pretendila, nel rispetto della tradizione, chiunque sia la persona da cui la tradizione ha origine, e considera non l'autore, ma la sua autorità, e specialmente quella della consuetudine stessa. Essa va rispettata per questo motivo, nell'auspicio che vi sia chi ne sappia spiegare la ragione, di modo che, se Dio concede anche questa, tu possa allora capire non se devi osservare la consuetudine, ma perché la devi osservare<sup>25</sup>.

Il passo è di capitale importanza in quanto pone quale criterio di validazione della consuetudine proprio la *ratio*, così come avviene del resto per la *lex*; inoltre riconosce la consuetudine solo nei casi in cui manchi la *lex*. Anche nel diritto romano si potevano incontrare queste definizioni, ma il significato è qui profondamente differente su un piano ermeneutico. In particolare viene qui

<sup>23</sup> S. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, II, 10, 1: «Inter legem autem et mores hoc interest, quod lex scripta est, mos vero est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est».

<sup>24</sup> S. Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, V, 3, 1-2: «Omne autem ius legibus et moribus constat. Lex est constitutio scripta. Mos est vetustate probata consuetudo, sive lex non scripta. Nam lex a legendo vocata, quia scripta est».

<sup>25</sup> Tertulliano, *Liber de corona militis*, 4, 5-7: «Consuetudo autem etiam in civilibus rebus pro lege suscipitur, cum deficit lex, nec differt scriptura an ratione consistat, quando et legem ratio commendat. Porro si ratione lex constat, lex erit omne iam quod ratione constiterit a quocumque productum. An non putas omni fideli licere concipere et constituere, dumtaxat quod Deo congruat, quod disciplinae conducatur, quod saluti proficiat, dicente Domino: 'Cur autem non et a vobis ipsis quod iustum iudicatis?' [...]. Hanc nunc exostula salvo traditionis respectu, quocumque traditore censetur, nec auctorem respicias, sed auctoritatem, et in primis consuetudinis ipsius quae propterea colenda est ne non sit rationis interpres, ut, si et hanc Deus dederit, tunc discas non an observanda sit tibi consuetudo, sed cur».

chiaramente esplicitato il significato teologico di *ratio* (ragione) che influenzerà tutto il diritto medievale. *Ratio* indica qui la piena adesione alla volontà e autorità normativa divina, ossia alla verità (*veritas*). Sempre Tertulliano, in un passo dell'opera *De virginibus velandis*, aveva riconosciuto che Cristo stesso si era definito come «Verità» (*veritas*: Gv 14,6) e non come «consuetudine», e concludeva quindi che qualunque cosa contraria alla verità è da considerarsi errore, «eresia»<sup>26</sup>, e la consuetudine non faceva eccezione.<sup>27</sup> Anche S. Agostino, del resto, aveva sottolineato l'imprescindibile legame trinomiale tra ragione, verità e consuetudine: «la ragione e la verità debbono essere preferite alla consuetudine [...] perciò una volta che la verità si sia manifestata, la consuetudine le deve cedere il passo»<sup>28</sup>.

Tornando ora al passo di S. Isidoro di Siviglia possiamo meglio comprendere perché l'accento differenziale tra *consuetudo* e *lex* costituito dall'essere la norma redatta o meno in forma scritta scompaia per cedere il passo ad un nuovo criterio: la corrispondenza o meno al principio di ragione, ossia di verità. Per la Chiesa e la sua tradizione patristica tanto una legge quanto una consuetudine *irrazionali* non si costituiscono in *ius* ma sono un errore, una *heresis* o *corruptela*, ossia una deviazione dalla verità.

Ancora una volta abbiamo sotto gli occhi una evidenza inconfutabile della profonda influenza che la norma, nel diritto medievale, si configura come *norma a due dimensioni*, etica e giuridica, inscindibili tra loro e che tale morfologia è costitutiva stessa del fenomeno giuridico in generale, di allora di oggi di sempre.

Le acquisizioni dei Padri della Chiesa non potevano non confluire tra le *auctoritates* fonti delle compilazioni canoniche, tra cui quella di S. Ivo di Chartres (1040-1115), il quale in un passaggio di una *lettera* scrive:

È evidente dalla plurima autorità dei Padri della Chiesa che la consuetudine sia da osservare quando non è contraria alla legge<sup>29</sup>.

E la prima fonte che Ivo cita è ovviamente S. Agostino:

in quelle cose per cui nulla di certo è stabilito dalla Sacra Scrittura, gli usi del popolo di Dio (*mos populi Dei*) e le consuetudini degli antichi (*instituta maiorum*) devono essere osservati come norma (*pro lege*)<sup>30</sup>.

Com'è noto fu con l'opera di Graziano che il diritto canonico si diede uno statuto di 'scientificità', adottando il metodo logico-dialettico con il precipuo intento di riorganizzarne sistematicamente le fonti. Vedremo allora il passo di S. Isidoro sopra riportato essere recepito quale fonte per la definizione di consuetudine nella *Distinctio I* del *Decretum* da Graziano stesso, il quale nel suo *dictum* poteva legittimamente concludere:

quando [Isidoro] afferma che 'la consuetudine non si stabilisce sulla base della scrittura ma della *ratio*' è evidente che intende che la consuetudine può essere in parte redatta in forma scritta e in parte essere

<sup>26</sup> Lo stesso concetto lo troviamo espresso in S. Cipriano, *Epistola ad Pompeium*, IX, PL 3, 1134: «consuetudo sine veritate vetustas erroris est».

<sup>27</sup> Tertulliano, *De virginibus velandis*, I, 2-3: «Sed dominus noster Christus veritatem se, non consuetudinem cognominavit. Si semper Christus et prior omnibus, aequae veritas sempiterna et antiqua res. Viderint ergo, quibus novum est, quod sibi vetus est. Haeresis non tam novitas quam veritas revincit. Quodcumque adversus veritatem sapit, hoc erit haeresis, etiam vetus consuetudo».

<sup>28</sup> S. Aurelio Agostino, *De baptismo contra donatistas*, 4, 5 e 3, 6, PL 43, 157 e 143: «ratio et veritas consuetudini praeponenda est [...] itaque veritate manifestata cedat consuetudo veritati».

<sup>29</sup> Ivo di Chartres, *Epistolae*, 79, PL, 97: «de tenenda autem consuetudine, quae legi non obsistit, plurima Sanctorum patrum extat auctoritas».

<sup>30</sup> S. Aurelio Agostino, *Epistola 36, Casulano presbytero*, 1, 2, PL 33, 136: «In his enim rebus, de quibus nihil certi statuit divina scriptura, mos populi Dei et instituta maiorum pro lege tenenda sunt».

riservata ai soli usi osservati dai consociati. Quando è redatta in forma scritta si chiama legge (*constitutio*) o diritto (*ius*); quando non è redatta in forma scritta si chiama, in generale, consuetudine (*consuetudo*)<sup>31</sup>.

Occorre sottolineare come i sostantivi scelti da Graziano per indicare la consuetudine redatta in forma scritta non annoverino quello di *lex* ma siano *constitutio* e *ius*, due lessemi evidentemente di più ampio respiro che informano tutta la civiltà giuridica occidentale. Come acutamente chiosava Paolo Grossi se è vero che la consuetudine nasce in una comunità e di tale comunità (civile o religiosa che sia) è espressione, è parimenti vero che essa «tende a proiettarsi su una terra fino ad immedesimarsi e a diventarne il carattere giuridico»<sup>32</sup>. Ma se la situazione territoriale e politica del medioevo è, com'è noto, confusa e instabile, la consuetudine quale veicolo di valori, principi morali e religiosi, di una normatività etica *con-divisa*, diventa elemento intrinsecamente costitutivo di un tessuto connettivo giuridico che proietta l'ordine di una comunità sul più ampio orizzonte di un territorio, di una cultura e di una civiltà. Diventa, in qualche misura la *costituzione* del primo Medioevo, intesa non come documento formale e scritto, ma come «tessuto di regole non scritte ma vincolantissime perché attingono immediatamente ai valori riposti di una società. Sì, *costituzione* perché *constituisce* le diverse comunità socio-politiche, dà loro stabilità e fisionomia peculiare»<sup>33</sup>.

Tuttavia ai primi decretisti il passo di S. Isidoro recepito poi nel *Decretum* creava non pochi problemi interpretativi, in quanto la confluenza di più fonti nella definizione di consuetudine non chiariva in quale rapporto si posizionassero i *mores* con la *consuetudo* e con la *lex*. Senza poter ripercorrere in questa sede il lungo lavoro interpretativo dei canonisti<sup>34</sup> su questi testi mi limiterò ad osservare come in due opere esegetiche coeve, di ambiente francese, la *Summa parisiensis* (1160 ca) e la *Summa* di Stefano di Tournai (1160-1170 ca) si attesti un elemento nuovo che diverrà fondamentale per la compiuta fondazione di una teoria della consuetudine. Nei testi di commento al *Decretum* emerge infatti che al di sotto dei *mores* e della *consuetudo*, sia pure considerati nell'accezione semantica più ampia che li riconosce entrambi come *ius*, come diritto, affiori in trasparenza il «fatto consuetudinario», costituito dalla dimensione insieme etica e pratica degli usi, dei comportamenti e delle credenze di coloro, uomini e donne, che vivono quotidianamente i problemi, le difficoltà, le necessità della comunità in cui si collocano; norme che esprimono quindi, sotto il profilo antropologico, la dimensione umana, spirituale e attiva al contempo, di una civiltà<sup>35</sup>.

Se però i decretisti giungevano, soprattutto con Ugucione da Pisa prima e Giovanni Teutonico poi, a risolvere i problemi esegetici legati alle fonti isidoriane nel *Decretum*, fu solo grazie al confronto con i testi dell'Aristotele maggiore che la scienza giuridica poté addivenire alla compiuta e pacificata ricezione della pienezza della fonte consuetudinaria. Ovviamente il catalizzatore di tali correnti sapienziali fu S. Tommaso d'Aquino (1225-1274), per il quale, nella teoria degli «atti umani» condotta nella Ia IIae della *Summa Theologica*, evidenti appaiono gli apporti teorici del dibattito decretistico. Affrontando la distinzione tra virtù morali e intellettuali, nella *quaestio* 58, art. 1 troviamo esposto, proprio in apertura, il seguente argomento:

Sembra che ogni virtù sia una virtù morale. Infatti:

<sup>31</sup> Gratianus, *dictum* ad D. 1,5 : «Cum itaque dicitur: 'non differt, utrum consuetudo scriptura, vel ratione consistat,' apparet, quod consuetudo partim est redacta in scriptis, partim moribus tantum utentium est reservata. Quae in scriptis redacta est, constitutio sive ius vocatur; quae vero in scriptis redacta non est, generali nomine, consuetudo videlicet, appellatur».

<sup>32</sup> P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 24.

<sup>33</sup> *Ivi*, p. 25.

<sup>34</sup> Per cui rinvio, anche per la dovizia di fonti a L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., pp. 29-43.

<sup>35</sup> Stefano di Tournai, *Summa*, ad D 1, 4, in *Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, ed. J.F. Schulte, Giessen 1891, p. 9: «*longa consuetudo*, id est ius tractum ex longa consuetudine utentium. *de moribus*, id est assiduis usibus vel cohabitantium moderatis actibus, unde et compositos affectus vel actus hominum bonos mores appellamus».

1. La virtù morale prende la sua denominazione da *mos*, che significa consuetudine. Ora, noi possiamo rendere consueti gli atti di tutte le virtù. Perciò tutte le virtù sono virtù morali<sup>36</sup>.

La soluzione data da S. Tommaso a tale questione si incentra sorprendentemente proprio sulla interpretazione della nozione di *mos*; ripercorriamola:

Rispondo: Per chiarire il problema bisogna considerare che significa *mos*: e allora potremo sapere che cosa sia una virtù morale. *Mos* (costume) ha due significati. Talora infatti sta a indicare una consuetudine. [...] Altre volte invece significa una certa inclinazione naturale, o connaturale, a compiere qualche cosa: cosicché si parla persino dei costumi (*mores*) degli animali. [...] Ora, questi due significati foneticamente non si distinguono affatto in latino. Invece si distinguono in greco: infatti *ethos*, che noi traduciamo *mos*, qualche volta ha la prima sillaba lunga e si scrive con l'eta; e altre volte ha la prima sillaba breve e si scrive con la epsilon.

Ora, una virtù si dice morale da *mos*, in quanto questo termine sta a indicare una certa inclinazione naturale a compiere qualche cosa. E a codesto significato si avvicina anche l'altro, che vuole indicare consuetudine: infatti la consuetudine in qualche modo si cambia in natura, e dà un'inclinazione simile a quella naturale. È evidente però, dalle spiegazioni date, che l'inclinazione all'atto va attribuita a quella potenza appetitiva, che ha il compito di muovere o d'agire su tutte le altre potenze. Perciò non tutte le virtù possono dirsi morali, ma soltanto quelle che risiedono in una facoltà appetitiva<sup>37</sup>.

S. Tommaso rivela qui le sue fonti, che evidentemente sono quelle classiche e in particolare aristoteliche<sup>38</sup>, e così facendo trasla il discorso su un piano di ben più ampio respiro rispetto a quello esegetico dei giuristi.

Merita ripercorrere la conclusione che S. Tommaso elabora all'art. 3 della *quaestio* 97 della Ia-IIae che potremmo definire la sintesi della dottrina tomistica sulla consuetudine:

Rispondo: Tutte le leggi emanano dalla ragione e dalla volontà del legislatore: la legge divina e quella naturale emanano dalla volontà razionale di Dio; quella umana dalla volontà dell'uomo regolata dalla ragione. Ora, la ragione e la volontà dell'uomo nell'agire si manifestano sia con le parole, che con i fatti: poiché ciascuno mostra di scegliere come un bene quanto egli compie col suo agire. D'altra parte è chiaro che la legge può essere mutata o spiegata con la parola, in quanto questa esprime i moti interiori e i concetti della ragione umana. Perciò *anche mediante gli atti, i quali, specialmente se moltiplicati, creano la consuetudine, una legge può essere mutata e interpretata, e può essere prodotto qualche cosa che abbia vigore di legge*: questo perché gli atti esterni così moltiplicati dichiarano in modo efficacissimo i moti interiori della volontà, e i concetti della ragione. Infatti ciò che viene ripetuto più volte mostra di derivare da un giudizio deliberato della ragione. *Ecco perché la consuetudine ha vigore di legge, abolisce la legge, e interpreta la legge*<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> S. Tommaso d'Aquino, *ST*, I-II, q. 58, a. 1 ad 1.: «Videtur quod omnis virtus sit moralis. Virtus enim moralis dicitur a more, idest consuetudine. Sed omnium virtutum actus consuescere possumus. Ergo omnis virtus est moralis».

<sup>37</sup> S. Tommaso d'Aquino, *ST*, I-II, q. 58, a. 1, co.: «Respondeo dicendum quod ad huius evidentiam, considerare oportet quid sit mos, sic enim scire poterimus quid sit moralis virtus. Mos autem duo significat. Quandoque enim significat consuetudinem, [...] Quandoque vero significat inclinationem quandam naturalem, vel quasi naturalem, ad aliquid agendum, unde etiam et brutorum animalium dicuntur aliqui mores. [...] Et hae quidem duae significationes in nullo distinguuntur, apud Latinos, quantum ad vocem. In Graeco autem distinguuntur, nam ethos, quod apud nos morem significat, quandoque habet primam longam, et scribitur per eta, Graecam litteram; quandoque habet primam correptam, et scribitur per epsilon. Dicitur autem virtus moralis a more, secundum quod mos significat quandam inclinationem naturalem, vel quasi naturalem, ad aliquid agendum. Et huic significationi moris propinqua est alia significatio, qua significat consuetudinem, nam consuetudo quodammodo vertitur in naturam, et facit inclinationem similem naturali. Manifestum est autem quod inclinatio ad actum proprie convenit appetitivae virtuti, cuius est movere omnes potentias ad agendum, ut ex supradictis patet. Et ideo non omnis virtus dicitur moralis, sed solum illa quae est in vi appetitiva». Nostri i corsivi nella traduzione.

<sup>38</sup> Sulla distinzione che Aristotele compie tra *ēthos* (con l'eta) e *ēthos* (con l'epsilon) nell'*Etica nicomachea*, II, 1, si rinvia al cap. II.1.

<sup>39</sup> S. Tommaso d'Aquino, *ST*, I-II, q. 97, a. 3, co.: « Respondeo dicendum quod omnis lex proficiscitur a ratione et voluntate legislatoris, lex quidem divina et naturalis a rationabili Dei voluntate; lex autem humana a voluntate hominis

Per Tommaso ogni legge, divina o umana, emana da un legislatore. Il diritto divino e naturale emana dalla volontà di Dio, il diritto umano emana dalla volontà l'uomo che è regolata dalla ragione. Torna evidentemente, ampliato e rifondato con la eccezionale sistematica tomista, il fondamento *razionale* della consuetudine che già abbiamo incontrato negli scritti dei Padri della Chiesa. Ma, prosegue S. Tommaso, la ragione e la volontà si esprimono nelle azioni sia attraverso le parole che attraverso i *fatti*. Ecco allora che attraverso gli atti umani ripetuti – la consuetudine – una norma (*lex*) può essere non solo creata, ma anche interpretata o abrogata, e questo accade in quanto nulla più della consuetudine, cioè di una iterazione di un comportamento, esprime la razionalità e la volontà dell'uomo.

Ci troviamo di fronte, con il *Doctor communis*, alla ripresa del concetto di consuetudine quale *fatto normativo*, espressione più alta dell'antropologia, che abbiamo visto comparire sotto traccia già nel pensiero dei decretisti e che ora diviene l'elemento portante di tutta la riflessione tommasiana sul concetto di legge. La consuetudine è, per S. Tommaso, l'espressione più alta della normatività e del diritto, tale da essere 'positivizzata' in una norma ma tale anche da interpretare e perfino estinguere (tramite *desuetudine*) la norma stessa. Ecco che in qualche misura lo scarto ermeneutico assai evidente nelle fonti romanistiche tra *lex* e *consuetudo* è qui ormai ridotto così tanto da potersi dire che non esiste più contrasto tra le due fonti in quanto l'una (*consuetudo*) è elemento costitutivo, interpretativo ed estintivo dell'altra (*lex*). Siamo davvero al cuore della definizione della *civitas iuris* medievale.

Anche da parte dei giuristi civilisti, glossatori e commentatori, vi fu una elaborazione dottrinale sul tema consuetudinario, che contribuì soprattutto a collegare l'analisi teorica della consuetudine alle esigenze della prassi del tempo. Per compiere questa operazione i civilisti dovettero anzitutto prendere atto delle acquisizioni operate dalla patristica, dai canonisti e soprattutto, poi, da S. Tommaso; acquisizioni teoretiche che mettevano in crisi evidentemente le categorie 'classiche', statiche di *mores*, *lex* e *consuetudo* confluite nel pensiero giuridico postclassico e accettare che le esigenze pratiche e teoriche ad un tempo richiedessero con urgenza un adeguamento della nozione di consuetudine. Si sviluppa così, ad esempio, nella prassi e ad opera dei commentatori - che interpretano e traducono in teoria le esigenze concrete della prassi - la distinzione tra consuetudine come *nomen iuris* o come *nomen habituum* che verrà tradotta nella distinzione tra «consuetudine-diritto» e «consuetudine-fatto». Il riflesso dell'influsso patristico-canonico si può apprezzare però anche sotto il profilo dell'amministrazione della giustizia. Nel capitolo 123 del *Libro di Tubinga*, una delle fonti delle *Exceptiones Petri* (sec. XII), testi che contengono soprattutto fonti di diritto romano-giustiniano ma che sono redatti «da e per canonisti»<sup>40</sup>, si incontra una applicazione della teoria della consuetudine all'amministrazione della giustizia del tutto ispirata alle fonti patristiche, etiche e di diritto naturale che abbiamo sopra esaminato:

Quando si dibatte della giustizia e della consuetudine sia tra inesperti di diritto che tra giuristi, venga meno la consuetudine, estranea al diritto, nata dall'errore, e si osservi invece in tutti i giudizi la giustizia, poiché spesso la consuetudine è contraria alla verità, la giustizia invece concorda sempre con la verità. Si legge infatti nel *Digesto* che un errore dapprima indotto e poi perpetuatosi con la consuetudine non produce conseguenze. E in un altro passo [si dice]: «giudicate con rettitudine (*recte*) figli degli uomini», non si dice invece «giudicate secondo consuetudine figli degli uomini», e inoltre Dio stesso disse «io sono la via e la

---

ratione regulata. Sicut autem ratio et voluntas hominis manifestantur verbo in rebus agendis, ita etiam manifestantur facto, hoc enim unusquisque eligere videtur ut bonum, quod opere implet. Manifestum est autem quod verbo humano potest et mutari lex, et etiam exponi, in quantum manifestat interiorem motum et conceptum rationis humanae. Unde etiam et per actus, maxime multiplicatos, qui consuetudinem efficiunt, mutari potest lex, et exponi, et etiam aliquid causari quod legis virtutem obtineat, in quantum scilicet per exteriores actus multiplicatos interior voluntatis motus, et rationis conceptus, efficacissime declaratur; cum enim aliquid multoties fit, videtur ex deliberato rationis iudicio provenire. Et secundum hoc, consuetudo et habet vim legis, et legem abolet, et est legum interpretatrix». Nostri i corsivi nella traduzione.

<sup>40</sup> Cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I, cit., p. 50. Sul *Libro di Tubinga* si veda *ivi*, pp. 45-52.

verità e la giustizia», non disse «io sono la consuetudine». Qualunque cosa infatti è contrario alla giustizia e alla verità non è consuetudine ma desuetudine<sup>41</sup>.

Le fonti romanistiche e patristiche sono ormai intrinsecamente intrecciate in quanto segnano il costituirsi di una nuova congerie umana, sociale e giuridica che fonde insieme componente cristiana e componente romanistica, ormai indistinguibili tra loro sotto questo profilo.

La definizione che viene offerta da colui che si vuole fondatore della scuola di Montpellier, Piacentino (1130 ca- 1192 ca) nella *Summa Codicis* fornisce una definizione di consuetudine dove chiaramente è rivelata una fonte ciceroniana:

La consuetudine è una natura *altra* e questa consuetudine riveste grande autorevolezza<sup>42</sup>.

L'espressione «*altera natura*», che ho tradotto come «natura-altra» è tratta dal *De finibus* di Cicerone<sup>43</sup> e verrà ripresa anche da Azzone (1150 ca -1225 ca) nella sua *Summa*:

la consuetudine è il diritto non scritto, prodotto dagli usi quotidiani di un popolo [...]; si dice altresì consuetudine, ma in un'altra accezione, una natura-altra<sup>44</sup>.

La definizione, duplice, rivela bene le due impostazioni, giuridica e filosofica, che coesistono nell'opera dei giuristi medievali. Da un lato troviamo l'adesione alle fonti tradizionali romanistiche e quindi la consuetudine è definita come diritto non scritto prodotto dall'osservanza degli usi da parte di un popolo, dall'altra gli echi della filosofia stoica ciceroniana che sintetizza e anticipa gli esiti a cui perverrà la teologia di Tommaso d'Aquino: la consuetudine è davvero una natura-*altra* rispetto alle definizioni strettamente tecniche e Accursio, che ne è consapevole, conclude con un tentativo di etimologia del termine, destinato ad una certa fortuna, che inverte tutto il sostrato antropologico della futura tradizione teologico-canonistica:

Si può definire consuetudine (*consuetudo*) quasi una comune abitudine (*assuetudo*)<sup>45</sup>.

Il giurista civilista ha piena coscienza dell'esistenza, al di là delle categorie tecniche, di un sostrato antropologico e meta-giuridico, etico, che informa la prassi e gli usi normativi di una civiltà, ma coniando con un gioco di parole una sorta di neologismo etimologico (*assuetudo*) vuole indicarci che questa realtà non è presa in considerazione dal giurista-tecnico, pur riconoscendone pienamente l'esistenza. Saranno poi i postaccursiani e i commentatori a eliminare questo iato e a raccogliere, tramite il pensiero scolastico, tutta la potenzialità delle due componenti, pur non rinunciando a scavare sempre più in via interpretativa nella natura della norma consuetudinaria e a definirla così sostanzialmente come 'atto doppio' (*binus actus*), l'uno che indica la consuetudine nascente dal fatto (*usus*) l'altro la costituzione in 'diritto' (*consuetudo*). Cino da Pistoia (1265 ca-1336) a conferma della duplice natura della consuetudine e della sua origine, così si esprime in due passaggi del suo commentario al *Codice*:

<sup>41</sup> *Liber Tubigensis*, 123, ed. F. Calasso, *Medio evo del diritto*, cit., pp. 206-207: «Cum de iustitia et de consuetudine contenditur inter idiotas legisque peritos, consuetudo iuris nescia, errore nata, recedat, iustitia veroin omnibus iudiciis vigorem habeat, quia consuetudo multotiens veritati repugnat; iusticia autem semper veritati concordat: legitur enim in Digestis, quod errore primum inductum est, deinde consuetudine obtentum, non est procedendum ad consequentias. Et alibi: 'recte iudicate filii hominum', non dixit 'secundum consuetudinem iudicate filii hominum', et iterum ipse Dominus dixit: 'ego sum via et veritas et iustitia', non dixit 'ego sum consuetudo'. Quicquid enim iustitie veritatique repugnat, non est consuetudo, sed desuetudo».

<sup>42</sup> Piacentino, *Summa Codicis*, ad lib. VIII, tit. *Quae sit longa consuetudo*, ed. Moguntiae 1536, p. 416: «itam consuetudo est altera natura, estque dicta consuetudo magna autoritatis».

<sup>43</sup> Cicerone, *De finibus bonorum et malorum*, 5, 74: «[...] consuetudine quasi alteram quandam naturam».

<sup>44</sup> Azzone, *In ius civile Summa [Summa Codicis]*, Lugduni 1564, f. 233v, I: «Consuetudo est ius non scriptum, moribus populi diuturnis inductum [...]; et alias dicitur consuetudo, et in alia significatione, altera natura».

<sup>45</sup> *Ibidem*: «Diciturque consuetudo, quasi communis assuetudo».

si noti che i delitti più gravi reiterati sono puniti più rigorosamente, e i glossatori sono concordi nel riconoscere che la consuetudine nasce da un atto doppio (*binus actus*); il che essi disapprovano, poiché qui si parla della consuetudine che risuona nel fatto (*quae sonat in factum*) cioè della assuetudine; ma la consuetudine di cui si tratta si trova altrove, come nella l. *de quibus* [fr. 32 D I, 3]. Ma i glossatori deducono che questa sia simile cioè che attraverso un atto doppio si dice che qualcuno sia abituato (*consuetus*) a fare il male; pertanto, per similitudine, un atto doppio produce la consuetudine<sup>46</sup>.

E commentando poi più avanti il titolo *quae sit longa consuetudo* concluderà che

la consuetudine risuona nel diritto, l'uso nel fatto<sup>47</sup>.

Non è la sede questa, ovviamente, per ripercorrere il lungo cammino dell'elaborazione concettuale e dell'applicazione della fonte consuetudinaria al diritto occidentale; mi sono limitato a dar conto del suo fondamento classico e patristico funzionale all'illustrazione di una dei fondamenti su cui si resse tutta l'esperienza del diritto comune occidentale continentale.

Com'è noto il lungo e costante fluire della *normatività consuetudinaria* nelle arterie che avevano irrorato la scienza e la prassi giuridica nel medioevo e nella prima età moderna verrà violentemente interrotto da un 'infarto giuridico' con la codificazione alla fine del XVIII secolo. L'articolo 7 della *Loi sur la réunion des lois* con cui si promulgava il *Code Napoléon* nel 1804 disponeva perentoriamente:

A far data dal giorno in cui le presenti leggi sono esecutive, le leggi romane, le *ordonnances*, le consuetudini generali o locali, i regolamenti, cessano di avere forza di legge generale o particolare nelle materie che costituiscono l'oggetto delle suddette leggi che compongono questo Codice<sup>48</sup>.

Poche righe, frutto di una volontà di autoaffermazione delle *élites* borghesi illuministe di fine Settecento, che spazzano via, con lo strumento formale e autoritario della *legge* generale e astratta, mito rivendicatore di una *égalité* costruita sugli scrittoi dei *philosophes* più che disvelata nella natura dei fatti e dell'uomo, una tradizione giuridica millenaria che, come abbiamo visto, quanto meno si era sempre definita nella *dialettica* polare tra fonti, la *lex* e la *consuetudo*, l'etica e il diritto, il diritto naturale e il diritto positivo. Questo monismo legicentrico e imperativo non sarà privo di effetti se solo si pensi agli esiti del giuspositivismo di età contemporanea che ancora in larga misura perdurano nella postmodernità.

E proprio pensando alla nostra epoca ci rendiamo conto di quanto ci si sia allontanati – purtroppo – dalla ricchezza di questi ancoraggi consuetudinari che fondano e ri-fondano, al contempo, il tessuto sociale, culturale, etico e giuridico di qualsiasi comunità, piccola o grande che sia.

<sup>46</sup> Cino da Pistoia, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est Digesti veteris, doctissima commentaria*, ad l. 3 C. I, 4, Francofurti 1578, f. 21v, 3: «nota quod delicta iterata gravius coercentur, et hic colligunt glosatores quod binus actus inducitur consuetudinem; quod quidam reprobant, quia hic loquitur de consuetudine quae sonat in factum, idest de assuetudine; sed consuetudo de qua tractatur, alibi est, ut l. de quibus. Sed glosatores inducunt eam per similem, scilicet: per binum actum dicitur aliquis consuetus male facere; ergo, a simili, binus actus inducit consuetudinem». Nostri i corsivi nella traduzione.

<sup>47</sup> *Ivi*, ad l. 2 C. VIII, 52 [53], f. 521r: «Dicendum ergo, quod consuetudo sonat in ius, usus sonat in factum».

<sup>48</sup> *Loi sur la réunion des lois civiles en un seul corps, sous le titre de Code Civil des Français*, 1804: «À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code».

L'aspetto che, infatti, risulta comune alla norma etica così come a quella giuridica è proprio la formazione consuetudinaria, spontanea, di lunga durata di entrambe, e soprattutto - come diremo a breve - *osservata* di comune accordo da tutti i consociati.

Il paradigma della modernità e della postmodernità ci hanno abituato a rinunciare (quasi) del tutto all'idea che una norma possa formarsi e affermarsi spontaneamente: il modello imperativo, sillogistico, esclusivista dell'intervento di un legislatore sovraordinato (principe, governo, parlamento...) che unico detiene la facoltà e l'autorità per creare norme vincolanti, tende a farci naturalmente percepire la fonte consuetudinaria come 'debole' - e quindi meno 'certa', meno 'sicura' - rispetto all'efficacia granitica della *legge*.

Anche i tentativi, che si moltiplicano, a partire dagli anni Settanta del XX secolo, di creare nuove figure dette di *Soft Law*, cioè di una normatività priva di efficacia vincolante diretta - e quindi contrapposta all'*Hard Law* della legge positiva emanata con procedure fissate dall'autorità che ne ha competenza - pur indicando una strada incoraggiante, non rispondono pienamente, a mio modesto avviso, alle necessità urgenti di un cambio di paradigma per la nostra contemporaneità e per il futuro a venire. Originatosi nell'ambito del diritto internazionale quale strumento alternativo al trattato, utilizzato quando le parti non vogliono o non possono ricorrere al medesimo, il *Soft Law* ha assunto crescente importanza, negli anni, in vari ambiti del diritto, pur rimanendo il concetto confinato sempre in un cono d'ombra non particolarmente definito. Si può trattare di norme che non danno luogo a situazioni giuridiche soggettive direttamente tutelabili in sede giurisdizionale ma di cui il giudice può tenere indirettamente conto, oppure di norme che possono fissare principi di carattere generale lasciando ai destinatari margini più o meno ampi di autonomia nella scelta dei modi con cui dare attuazione alle norme stesse<sup>49</sup>.

Si pensi, a mero titolo di esempio, ai campi dell'applicazione nel diritto dell'economia e finanziario, dove le indicazioni di opportunità suggerite dalle autorità di settore o dagli operatori di categoria vengono utilizzate come norme di *Soft Law* accanto alla legislazione tradizionale. Oppure, nell'ambito più classico del diritto internazionale e dell'Unione Europea<sup>50</sup>, alle raccomandazioni delle organizzazioni internazionali; alle raccolte di principi e regole, di origine spontanea, elaborate da organizzazioni nazionali o internazionali, governative o non governative, che successivamente dovranno essere recepite in un trattato; alle regole del mercato internazionale concordate dai commercianti (la *lex mercatoria* del resto fu anche nel medioevo terreno elettivo per lo sviluppo delle prassi consuetudinarie...). E ancora nel campo della bioetica, ove le principali dichiarazioni internazionali in materia (Codice di Norimberga, Dichiarazione di Helsinki, Rapporto Belmont, Principi di Barcellona, ecc.) offrono piattaforme di base comuni per avviare e stimolare il dibattito in ambito etico.

Queste realtà potrebbero facilmente far pensare ad una reviviscenza della 'normatività consuetudinaria' ma in realtà non soddisfano l'esigenza che, in questo breve percorso, stiamo cercando di individuare, ossia un recupero integrato della norma 'a due dimensioni' - etica e giuridica - che sia a fondamento di tutta la produzione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto della nostra civiltà giuridica. Anche gli strumenti di *Soft Law*, infatti, fondamentalmente deresponsabilizzano il soggetto e la comunità e si limitano a suggerire prassi che non sono, il più delle volte, direttamente efficaci e applicabili, ma richiedono sempre l'intervento di un legislatore, nazionale o internazionale, per poter essere applicate. Non è pensabile né accettabile, per il modello che qui viene proposto - e non provo nemmeno ad inerpicarmi per tale erto sentiero - ridurre la *normatività etica*, fondata sulla ragione, la volontà e gli *habitus* di virtù ai *codici deontologici* o alla *bioetica*. Il problema investe il *fondamento*, non la manifestazione fenomenica che ne è conseguenza.

Nonostante l'esclusivismo dominante della *normatività positivista*, tuttavia, anche in epoca contemporanea ogni persona continua a utilizzare, più o meno consapevolmente, le norme della

<sup>49</sup> Si rinvia, tra i molti studi sul tema a *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, a c. di A Somma, Torino 2009; *Legal validity and Soft Law*, edd. P. Westerman [et alii], Cham 2018; V. Jacometti, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law*, Torino 2022.

<sup>50</sup> L. Senden, *Soft Law in European Community Law*, Oxford; Portland 2004.

consuetudine per regolare molti ambiti della propria vita quotidiana e sociale. Si pensi alle ‘norme non scritte’ che disciplinano la scelta e le modalità di frequentazione degli amici o dei partners affettivi, o alle regole di comportamento in famiglia e in società (le cosiddette ‘buone maniere’ o ‘galateo’ – e quanto distanti e sbiadite ci appaiono, purtroppo, le opere di Erasmo da Rotterdam<sup>51</sup> o di mons. Giovanni Della Casa<sup>52</sup>...!), oppure alle diverse ‘regole tacite’ che, a vario titolo, ricomprendiamo sotto il concetto di *convenzioni* (dal latino *cum + venire* = venire-con, convergere su una regola, un comportamento, un’opinione, ecc.): *linguistiche* (si pensi alle diverse declinazioni del linguaggio che utilizziamo a seconda del contesto e della circostanza in cui ci troviamo), *estetiche* (si pensi a tutto l’ambito delle cosiddette ‘tendenze’ o ‘mode’, nell’abbigliamento, nella scelta dei generi musicali ascoltati o dei luoghi d’incontro frequentati, ecc.), *sociali* (si pensi alla modulazione dei comportamenti tenuti in base al luogo e alla circostanza in cui ci si trova, alle regole di aggregazione, all’omnipervasivo utilizzo dei social media, ecc.). Tutta questa *normatività non codificata* non risponde a nessuna ‘legge scritta’, spesso perfino a nessun ‘regolamento’ (che può essere presente magari all’interno di un club o di un circolo oppure in un locale pubblico...) ma si fonda principalmente su una condivisione di regole, di usi non scritti che si affermano nel tempo e che sono *con-divisi* dal gruppo più o meno ampio che li *osserva*. Non credo quindi sia possibile ignorare che questa normatività consuetudinaria sia profondamente incisiva nella vita di ogni persona e occupi in realtà molto più spazio dell’applicazione delle norme di diritto positivo; ma soprattutto credo che sia innegabile riconoscere che questa normatività si forma spontaneamente in base alle condizioni di luogo, di cultura e alle convinzioni etiche e morali degli individui che vivono in una determinata comunità e che inevitabilmente le osservano naturalmente assai più che le leggi e i regolamenti disciplinati nel nostro ordinamento. Per concludere sul punto farò riferimento ad un’ultima accezione di *normatività consuetudinaria* che definiremo come *opportunità*, un elemento che attinge alla sfera del pre-giuridico: non è norma giuridica ma nemmeno etica; è un comportamento inconscio, condiviso, che innerva la dimensione socio-culturale a cui si appartiene e che regola e disciplina molti ambiti della nostra vita. Convenzionalmente è anche definita, nella tradizione classica e moderna, *urbanitas* (urbanità, dalla radice latina di *urbs* = città), una delle «piccole virtù» del quotidiano che recentemente Carlo Ossola ha così bene tratteggiato:

L’urbanità è la virtù del lenimento; come già ricordava Cicerone nelle sue epistole, nostalgico degli antichi e romani «urbani sales», cioè la bonaria facezia, di contro alla «peregrinitas» d’importazione, sì che a Roma nulla più appare – né allora né oggi – della consueta lepidezza («ut nullum veteris leporis vestigium appareat») che si rinnovò sino a Gioachino Belli. È la virtù necessaria ad abitare nel consorzio umano, rispetto alla *rusticitas* di chi viva isolato in campagna e si serva di una lingua ispida e scorretta. [...] L’urbanità è virtù che trionfa all’epoca dei Lumi, è scienza che unisce il privato al pubblico, e – come in Voltaire - «commercio» di reciproci servigi<sup>53</sup>.

E proprio la virtù dell’*urbanità* mi pare che bene tratteggi un valido punto di partenza per il recupero della *misura* e della *proporzionalità* come cifre per il rinnovamento epistemologico del sistema giuridico contemporaneo. Uno dei grandi autori del pensiero gius-politico medievale, l’agostiniano Egidio Romano (1243 o 1247 – 1316), nel suo *De regimine principum* (ante 1285), un

<sup>51</sup> Erasmo da Rotterdam (1466- 1536), forse il più importante umanista europeo, compose a Basilea nel 1530 *De la Civilité puérile (De civilitate morum puerilium)* un trattatello destinato all’educazione dei fanciulli, ma in cui le considerazioni più ampie sui comportamenti da tenersi in società influenzarono a lungo la letteratura pedagogica successiva.

<sup>52</sup> Monsignor Giovanni Della Casa (1503-1556) scrisse tra il 1551 e il 1555 un trattato sulle buone maniere (pubblicato postumo nel 1558) il cui titolo *Galateo ovvero de’ costumi* divenne celebre a tal punto che in italiano la parola galateo significa per antonomasia l’insieme delle norme riferite alla buona educazione. Il titolo *Galateo* ebbe origine dal nome latinizzato di colui che suggerì ed ispirò l’idea a Della Casa, il vescovo Galeazzo (*Galatheus*, in latino) Florimonte (1484-1565).

<sup>53</sup> C. Ossola, *Trattato delle piccole virtù. Breviario di civiltà*, Venezia 2019, pp. 45-46.

fortunatissimo manuale per l'educazione del principe che ebbe ampia circolazione nel medioevo, stabilisce un nesso straordinariamente efficace tra la virtù 'alta' della giustizia e la prassi del quotidiano. Giusto – ci dice Egidio sulla scorta del pensiero di Aristotele – è qualcosa che è *proporzionato* e che contiene le *urbanitates*; dunque la tradizionale giustizia come 'misura' (di cui diremo nel seguito) che si salda con le pratiche e quotidiane consuetudini che veicolano i comportamenti civili, le usanze, i valori di un popolo. E su questa virtù della giustizia 'proporzionata e urbana' che Egidio Romano fonda addirittura la sopravvivenza di un regno e della civiltà:

In qualunque modo si voglia considerare la giustizia, è evidente che senza di essa non possono durare nessuna civiltà o regno. Infatti bene è stato detto nel capitolo sulla giustizia della *Grande Etica* [di Aristotele]; cioè che giusto è qualcosa di *proporzionale* e che contiene in sé le *urbanità*. Infatti così come l'anima sostiene il corpo e una volta che essa si distacca il corpo si dissolve e marcisce, così la giustizia sostiene le *urbanità* nelle civiltà e nei regni: e se esse vengono meno la civiltà si dissolve<sup>54</sup>.

Al termine di questa breve presentazione del complesso fondamento della nozione di consuetudine, non posso che richiamare ancora una volta la finalità di tali considerazioni, ossia la necessità e l'urgenza di ritornare a riflettere sulla ricchezza della fonte consuetudinaria nella civiltà giuridica occidentale, per tentarne un eventuale recupero fondazionale. Siamo ormai abituati, quasi assuefatti, al noto latinetto «ex facto oritur ius» - il diritto nasce dal sostrato fattuale, reale; siamo finanche quasi disposti ad accettarlo come principio teorico, astratto, meglio ancora se storicizzato in secoli lontani come quelli dell'alto medioevo... Ma quanto siamo disposti a riconoscerne profondamente la portata eversiva rispetto al terreno di coltura positivistic in cui ancora viviamo e veniamo formati come giuristi? E quanto siamo consapevoli che non un diritto 'generico' è quello a cui la massima allude, bensì la forma di diritto consuetudinaria, che prima tra tutte merita oggi la nostra attenzione per ridestare e scuotere le nostre coscienze, giuridiche e non solo?

Un canonista medievale, a me particolarmente caro, il cardinale Jean Lemoine (Iohannes Monachus, 1240-50- 1313) è tra i pochi ad aver più lucidamente individuato il nesso di relazione tra fattualità del diritto e fonte consuetudinaria; leggiamolo nel suo commento alla decretale *Licet Romanus Pontifex* del *Liber Sextus* (1301 ca):

Non è ammesso che nasca un diritto proprio dal solo luogo, ma dalla consuetudine di quel luogo; dagli atti frequenti tenuti in un certo luogo che generano una consuetudine, lì nasce il diritto!<sup>55</sup>

Ecco la ricchezza della prassi, la natura fattuale che tiene insieme lo *ius commune* con il diritto proprio, perché entrambi generati dall'umanità e finalizzati ad essa. Non solo un luogo può creare il diritto particolare, ma i fatti e gli atti compiuti consuetudinariamente in quel luogo e lì *osservati* avranno il privilegio di inverare lo *ius*, realtà viva e onnipervasiva del sociale che dalla società proviene ed alla società è diretto.

Se fino a qui si è tentato di ricostruire la profondità e la ricchezza della dimensione teoretica della consuetudine nella tradizione patristica e giuridica medievale, occorre ora fermarci a considerarne il correlativo fondamento epistemologico dal quale non si può prescindere per ricostruire un quadro esaustivo utile alla riflessione contemporanea: l'osservanza.

<sup>54</sup> Egidio Romano, *De regimine principum*, I, 2, 11, ed. Impressum Venetiis per magistrum Bernardinum Verceilensem iussu domini Andree Toresani de Asula xxiii, 1502, fol. 12 r-v., corsivo mio: «Quocunque tamen modo sumatur iustitia, sine ea civitas vel regnum durare non potest. Bene ergo dictum est quod dicitur in magnorum moralium, ca. de iustitia. Quod iustum est quoddam *proportionabile* et continet *urbanitates*. Nam sicut anima continet corpus, qua recedente ea corpus dissolvitur et marcessit, sic iustitia continet *urbanitates* in civitates et regna: quia fine ea dissolvitur civitas». L'intera riflessione sulla giustizia attraversa i paragrafi 9-12 del capitolo II del Libro I dell'opera. Nostri i corsivi nella traduzione.

<sup>55</sup> Jean Lemoine, *In Sextum Librum Decretalium dilucida Commentaria, Glossa aurea nuncupata*, ad VI.1.2.1, *Licet Romanus Pontifex*, f. 13v.

Nel *Prologo* di un trattatello composto in volgare tra il 1433 e il 1440 dall'umanista Leon Battista Alberti (1404-1472), il *De familia*, leggiamo:

Vero, e cerchisi le republike, ponghisi mente a tutti e' passati principati: troverassi che ad acquistare e moltiplicare, mantenere e conservare la maestate e gloria già conseguita, in alcuna mai più valse la fortuna che le buone e sante discipline del vivere. E chi dubita? Le giuste leggi, e' virtuosi principi, e' prudenti consigli, e' forti e constanti fatti, l'amore verso la patria, la fede, la diligenza, *le gastigatissime e lodatissime osservanze* de' cittadini sempre poterono o senza fortuna guadagnare e apprendere fama, o colla fortuna molto estendersi e propagarsi a gloria, e sé stessi molto commendarsi alla posterità e alla immortalità<sup>56</sup>.

Il *prologo* illustra lo scopo dell'opera, ossia fornire, in forma di dialogo su modello classico-platonico, una pedagogia per l'organizzazione e la conduzione di un nucleo familiare (dal matrimonio, all'educazione dei figli, alla gestione del patrimonio e dei rapporti sociali, ecc.) all'interno della società. In un mondo senza certezze assolute la famiglia è presentata come la cellula fondamentale e più importante per l'edificazione di una società più giusta. Sulla base del modello aristotelico il fondamento solido su cui si reggono famiglia e società, per Alberti, è costituito dalla virtù che si contrappone e prescinde dalla fortuna, in quanto incentrata sull'*habitus* dell'agire etico degli esseri umani. In questa prospettiva a reggere anche la forma più ampia di società, cioè gli 'stati' e i principati, sono per l'umanista le leggi giuste, i principi etici, le virtù della prudenza e della costanza, l'amore per la patria, la fede la diligenza e poi le «gastigatissime (cioè rigorose) e lodatissime (cioè lodevoli) *osservanze*». Evidentemente con tale termine, *osservanze*, che si distingue sia dalle leggi che dai principi etici, Alberti intendeva indicare le consuetudini e i costumi in uso ma soprattutto *rispettate* da una comunità. Siamo in clima di pieno Umanesimo, al tramonto del paradigma premoderno: di lì a poco le teorie della *forza* di Niccolò Machiavelli (1469-1527) e della *sovranità* di Jean Bodin (1529-1596) si imporranno dando inizio al lento ma inesorabile avvio della modernità che spazzerà via questo sostrato pluralistico e plurimillenario.

In questo contesto emerge quindi come correlato fondamento epistemologico della consuetudine l'*osservanza*, principio irrinunciabile per il costituirsi del diritto in qualunque forma in realtà, consuetudinaria o positiva che sia. Perché la regola esista e sia efficace, affinché svolga la sua funzione regolatrice, essa dovrà essere *osservata*. Ed è facilmente intuibile anche dal nostro senso comune: una norma che nessuno osserva che valore possiede? Quale funzione le si può attribuire? Questo vale per la norma morale come per quella giuridica, e in particolare per la consuetudine, la cui mancata osservanza, ossia la *desuetudine*, comporta, come già si è accennato, l'estinzione della norma stessa.

Come sempre è opportuno prendere le mosse dall'étimo latino del sostantivo per comprenderne l'intrinseca natura del concetto che veicola e vederne poi, in estrema sintesi, il breve *iter* del suo impiego nel medioevo<sup>57</sup>.

*Observantia* – così come il sinonimo, citato quasi equivalentemente nelle fonti *observatio* – deriva dal verbo latino *ob-servare* (conservare-dinnanzi o conservare-per) e indica «l'atteggiamento del trattenere volutamente dinnanzi a sé, ai propri sensi e al proprio animo, qualcosa, come per afferrarla, adeguandovisi, con le facoltà dello spirito»<sup>58</sup>. Capiamo quindi subito agevolmente che ci si trova di fronte ad una ricchezza semantica del verbo ben più ampia di quella veicolata dall'uso di 'osservare' nel nostro linguaggio quotidiano (con cui intendiamo 'considerare con attenzione', 'fissare lo sguardo'). *Ob-servare* possiede pertanto, nel suo significato originario, una valenza essenzialmente etica che rinvia all'atto di colui che, dopo aver fissato, con lo sguardo e l'intelletto, la propria capacità percettiva su un oggetto, lo trattiene presso di sé al fine di acquisirlo nella propria sfera di attività

<sup>56</sup> L.B. Alberti, *De familia*, ed. a cura di E. Piccolo, Napoli 2009, p. 8. Nostro il corsivo.

<sup>57</sup> Per un esaustivo e completo studio monografico sul tema si rinvia a L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., in particolare pp. 105-240, che segue prevalentemente in questo saggio.

<sup>58</sup> L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., p. 106.

emotiva e spirituale. *Observantia* racchiude in sé, inoltre, una intrinseca valenza relazionale, in quanto indica, già nel suo utilizzo classico, l'intenzione di instaurare una *relazione* di natura spirituale con qualcosa o qualcuno, al fine di vincolare il nostro agire e quindi di conformare la nostra condotta. *Osservanza*, infine, rinvia necessariamente ad una attitudine morale, ad un *habitus* interiore le cui azioni saranno solo le conseguenze inevitabili.

Già nell'uso pagano e nelle fonti classiche *observantia* richiama quell'*habitus* virtuoso per cui, ci dice Cicerone, «riteniamo degne di onore e rispetto le persone che primeggiano per qualche dignità»<sup>59</sup>. Nell'ambito giuridico ritroviamo invece una oggettivizzazione del termine che viene ad indicare un requisito o un comportamento di rispetto della norma: il giurista Gaio (II sec.), ad esempio, impiega spesso il termine *observatio*, sia nell'ambito del diritto di famiglia e successorio, sia con riferimento all'ambito sacro, nel senso di 'devozione al culto', accezione che ovviamente, come dirò tra poco, diverrà più frequente dopo la riflessione in ambito cristiano<sup>60</sup>. Nello stesso periodo viene utilizzato il termine da Cervidio Scevola, maestro dei giuristi Paolo, Trifonino e forse Papiniano, per indicare le norme che regolano il testamento e che erano applicabili anche al codicillo<sup>61</sup>.

Fu tuttavia con il Cristianesimo, e in particolare ancora una volta con la riflessione dei Padri della Chiesa, che venne a definirsi compiutamente il significato del concetto di *osservanza* che si intende recuperare in funzione del nostro discorso. Colui che dedica maggiore attenzione, anche a livello di frequenza di citazioni, ai termini *observantia*, *observare* e *observatrix* fu l'apologista Tertulliano (II-III sec. d.C.): i vocaboli vengono utilizzati nei suoi scritti per indicare la prassi religiosa e morale, le «osservanze cristiane» (*christianae observationes*) seguite dai fedeli come forma di diritto naturale. Inoltre per Tertulliano è la tradizione, in assenza di una disposizione contraria del diritto divino, che crea la norma; la consuetudine attinge alla tradizione e ha la funzione di confermare la norma e renderla quindi inveterata, e infine la fede ne permette l'osservanza<sup>62</sup>. Ed è proprio su questo elemento di razionalità e naturalità delle osservanze cristiane che l'apologeta incentra l'originalità dell'agire dei cristiani<sup>63</sup>. Probabilmente è un significato prossimo a quello che echeggerà nell'*Editto di Serdica* del 311 quando Galerio individua nelle *leges* dei cristiani la causa del dilagante proselitismo:

Ma, per varie ragioni, i cristiani erano stati colpiti da una tale ostinazione e da una tale follia che non vollero più seguire le tradizioni degli antichi, istituite forse dai loro stessi antenati. Essi adottarono a loro arbitrio, secondo il proprio intendimento, delle leggi che osservavano strettamente e riunirono folle di persone di ogni genere in vari luoghi<sup>64</sup>.

Un autore che dimostra di aver recepito la lezione di Tertulliano ma che al contempo sistematizza il concetto di *observantia* nell'ambito patristico ed etico-giuridico fu senza dubbio S. Girolamo (347-420).

In un passo del *Dialogo contro i Luciferiani*<sup>65</sup> Girolamo individua come normative alcune prassi liturgiche (ad esempio la triplice immersione nel Battesimo) e regole di condotta che sono per tradizione *osservate* anche senza che siano prescritte dalla Sacra Scrittura:

<sup>59</sup> Cicerone, *De inventione*, 2, 53, 161: «homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignatur».

<sup>60</sup> Per una rassegna dei luoghi in cui il termine è citato in entrambe le accezioni si veda L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., pp. 109-110, n. 11 e 12.

<sup>61</sup> D 29, 7, 14, pr.: «quod codicilli pro parte testamenti habe[a]ntur observationemque et legem iuris inde traditam servent».

<sup>62</sup> Tertulliano, *De corona*, 4, 1: «Harum et aliarum eiusmodi disciplinarum si legem expostules, scripturarum nullam leges. Traditio tibi praetendetur auctrix et consuetudo confirmatrix et fides observatrix». La tradizione 'crea', la consuetudine 'conferma' e la fede 'fa osservare'.

<sup>63</sup> Tertulliano, *De corona*, 5, 1: «Maior efficitur ratio christianarum observationum, cum illas etiam natura defendit, quae prima omnium disciplina est».

<sup>64</sup> Lattanzio, *De mortibus persecutorum*, 1, 34, 2.

<sup>65</sup> I luciferiani erano una setta eretica originata dallo scisma del vescovo Luciferio di Cagliari (+ 370).

Anche se non possiedono l'autorità della Scrittura, il consenso universale detiene la forza di precetto. Infatti molti usi che per tradizione sono osservati nella Chiesa hanno ottenuto l'autorità della legge scritta, come ad esempio immergere tre volte il capo nell'acqua [...] E molte altre prassi non scritte che possono essere considerate normative a causa di una ragionevole osservanza<sup>66</sup>.

Anche il vescovo di Ippona S. Agostino utilizza il concetto di osservanza in due accezioni, parimenti interessanti per il nostro discorso. La prima (non in ordine cronologico) riguarda la definizione di religione che Agostino ritiene ambigua nella semantica del vocabolo latino '*religio*', in quanto nella tradizione classica con *religio* si intendeva non solo il culto a Dio ma anche l'*osservanza* dei vincoli di 'affinità tra uomini', un tratto comune dell'umanità:

[...] dunque quando si tratta il problema del culto della deità, anche con la parola religione non si evita l'ambiguità in modo da poter dire con sicurezza che la religione è soltanto il culto a Dio, perché sembra che questa parola per eccezione si estenda ad indicare l'osservanza dell'umana consanguineità<sup>67</sup>.

Tuttavia è la seconda accezione che interessa maggiormente il tema giuridico; in un passo del *De diversis quaestionibus* Agostino espone la propria dottrina del diritto naturale che, dice, è radicato da una forza innata che viene identificata in sei principi morali – S. Tommaso d'Aquino, come dirò a breve, le definirà «virtutes annexae», virtù *ancillari* - di cui uno è l'*observantia*, la cui definizione è ripresa testualmente da Cicerone:

Il diritto naturale non è originato dall'opinione, ma è radicato da una forza innata, come la religione, la pietà, la gratitudine, la punizione del male, l'*osservanza*, la veracità. [...] L'osservanza ritiene degni di onore e rispetto le persone che primeggiano per qualche dignità. [...] La legge è il diritto naturale messo per scritto ed esposto al popolo per essere osservato<sup>68</sup>.

Prendendo l'abbrivio dalla fonte ciceroniana, Agostino tuttavia giunge ad una vera e propria definizione del diritto naturale che collega la 'positivizzazione' in una legge con la finalità di essere *osservata* dagli uomini. Inizia quindi a delinearsi, nella riflessione agostiniana, il tratto caratteristico di questo concetto dall'ampia portata semantica: l'osservanza denota, nella temperie tardoantica, ormai cristianizzata, tanto l'aspetto soggettivo, del rispetto spirituale delle pratiche religiose e ascetiche, quanto quello oggettivo dell'adeguamento dei comportamenti umani ad una norma etico-giuridica. La fortuna di questo concetto è riscontrabile anche nell'ampio uso che è attestato nella legislazione imperiale del *Codice Teodosiano* (438 d.C.) e delle raccolte successive<sup>69</sup>, dove i termini *observatio* e *observantia* sono ormai caricati di una semantica cristiana (si parlerà di *religionis observantia*, di *catholica observantia*) pur permanendovi accanto i significati provenienti dal diritto romano classico (*mos veteris observantiae*).

<sup>66</sup> S. Girolamo, *Dialogus contra Luciferianos (Altercatio Luciferiani et Orthodoxi)*, in PL, 23, 172: «Etiam si scripturae auctoritas non subesset, totius orbis ... consensus, instar praecepti obtineret. Nam et multa alia quae per traditionem in ecclesiis observantur, auctoritatem sibi scriptae legis usurpaverunt, velut in lavacro ter caput mergitare. [...] multaque alia scripta non sunt quae rationabilis sibi observatio vindicavit».

<sup>67</sup> S. Aurelio Agostino, *De civitate Dei*, 10, 1, 3: «tamen quia latina loquendi consuetudine, non imperitorum, verum etiam doctissimorum, et cognationibus humanis atque affinitatibus et quibusque necessitudinibus dicitur exhibenda religio, non eo vocabulo vitatur ambiguum, cum de cultu deitatis vertitur quaestio, ut fidenter dicere valeamus religionem non esse nisi cultum Dei, quoniam videtur hoc verbum a significanda observantia propinquitatis humanae insolenter auferri».

<sup>68</sup> S. Aurelio Agostino, *De diversis quaestionibus octoginta tribus liber unus*, 31, 1: «Naturae ius est quod non opinio genuit, sed quaedam innata vis inseruit, ut religionem, pietatem, gratiam, vindicationem, observantiam, veritatem. [...] observantia per quam homines aliqua dignitate antecedentes cultu quodam et honore dignantur. [...] Lege ius est quod in eo scripto, quod populo expositum est ut observet continetur».

<sup>69</sup> Il termine *observatio* compare, tra *Codice* e *Novelle*, oltre sessanta volte, mentre *observantia* circa dodici. Cfr. L. Prosdocimi, *Observantia*, cit., p. 115.

Un contributo fondamentale alla ricezione del concetto, questa volta di matrice teologico-liturgica, viene offerto dalle opere del papa S. Leone Magno (390 ca - 461), che impiega il termine soprattutto per definire il comportamento del cristiano che segue con scrupolo le pratiche cultuali e in particolare penitenziali (preghiera, elemosina, digiuno) con una specifica implicazione, ossia che per traslazione il termine *observantia* o al plurale *observantiae* indica anche le stesse pratiche ascetiche dei religiosi<sup>70</sup>.

Anche nell'ambito delle raccolte di norme delle popolazioni germaniche del V-VI secolo troviamo confermata la presenza e l'uso del concetto di *observantia*. In area gotica ad esempio, l'*Editto di Teodorico* (di dubbia datazione e attribuzione)<sup>71</sup> richiama il tema nel capitolo 143, in cui nel riconoscere agli Ebrei i privilegi concessi loro dalla legge («privilegia legibus delata») ammette che essi possano vivere «suis... legibus», quindi secondo le proprie consuetudini etico-religiose e le proprie norme rituali; e a conferma di tale concessione viene anche prevista la necessità che essi abbiano «giudici propri» i quali sono «esperti delle osservanze» (*praeceptores observantiae*)<sup>72</sup>.

Con la riorganizzazione sistematica del diritto operata da Giustiniano ci troviamo di fronte, tuttavia, ad una scarsa ricezione di questa valenza soggettiva etico-liturgica dell'*observantia* a favore di una oggettivizzazione che era stata propria del diritto romano classico, ossia all'indicazione di un comportamento teso al rispetto di una norma quando non addirittura la norma stessa. In particolare in due passi, uno del *Codice* e l'altro delle *Istituzioni*, si specificherà ancor meglio che *observantia* si riferisce al rispetto non di una norma generica, della *lex*, ma in particolare della fonte consuetudinaria<sup>73</sup>.

Anche nel *Digesto* compare – sia pure solo tre volte – il termine *observantia/observare* ma per indicare il rispetto di norme inveterate di diritto (*vetustissimi iuris observantia*)<sup>74</sup>:

Anche quel diritto, che è stato pienamente approvato da una lunga consuetudine ed è stato *observato* per moltissimi anni, viene *observato*, quale tacita convenzione dei cittadini, non meno del diritto scritto<sup>75</sup>.

Nei secoli dell'età tardo-antica e dell'alto medioevo, dopo la progressiva disapplicazione del diritto romano e nel periodo delle dominazioni germaniche, possiamo dire che fu l'accezione etico-giuridica del termine *observantia* a prevalere, e ancora una volta un ruolo di primo piano fu giocato dai fondamenti cristiani e dalla Chiesa cattolica.

<sup>70</sup> Si veda sul punto I. Carton, *A propos des orations de Carême. Note sur l'emploi du mot 'observantia' dans les Homilies de St. Léon*, in «Vigiliae Christianae. A Review of early Christian Life and Language», 8, 1954, pp. 104-114.

<sup>71</sup> Cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale. I. L'alto medioevo*, Roma 1995, pp. 75-88.

<sup>72</sup> *Edictum Theoderici regis*, c. 143, *De servandis privilegiis Iudaeorum*, in MGH, *Leges*, V, Hannoverae, 1875-1889, p. 166: «Circa Iudaeos privilegia legibus delata serventur: quos inter se iurgantes et suis viventes legibus eos iudices habere necesse est, quos habent observantiae praeceptores».

<sup>73</sup> A mero titolo di esempio, tra i molti: C. 3, 34, 7: «Si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque *observatione* per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit»; Inst. 4, 11, 7: «Quam formam non solum in hac regia urbe, sed et in omnibus nostris provinciis, etsi propter imperitam aliter forte celebrabantur, optinere censemus, cum necesse est omnes provincias caput omnium nostrarum civitatum, id est hanc regiam urbem, eiusque *observantiam* sequi». Corsivo nostro.

<sup>74</sup> D. 1.2.2.24: «initium fuisse secessionis dicitur Verginius quidam, qui cum animadvertisset Appium Claudium contra ius, quod ipse ex vetere iure in duodecim tabulas transtulerat, vindicias filiae suae a se abduxisse et secundum eum, qui in servitum ab eo suppositus petierat, dixisse captumque amore virginis omne fas ac nefas miscuisse: indignatus, *quod vetustissima iuris observantia* in persona filiae suae defecisset [...] et castitatem filiae vitae quoque eius praeferendam putaret, arrepto cultro de taberna lanionis filiam interfecit in hoc scilicet, ut morte virginis contumeliam stupri arceret, ac protinus recens a caede madenteque adhuc filiae cruore ad commilitones confugit». Corsivo nostro.

<sup>75</sup> D. 1.3.35: «Hermogenianus libro I iuris epitomarum. Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt, ac per annos plurimos *observata*, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura *servantur*». Corsivo nostro.

A S. Isidoro di Siviglia si deve invece una sottile distinzione – troppo sottile forse, in quanto non ebbe largo seguito - che troviamo nelle *Differentiae* (598-615), tra *observatio*, che si riferisce alla prassi, alla dottrina e alle arti e *observantia* che invece concerne l'ambito del culto e della religione<sup>76</sup>.

Interessanti sono anche i testi visigotici, in cui la distinzione isidoriana non pare essere anticipata o recepita, in quanto sia nel *Breviarium Alaricianum* (inizio VI sec.) che nella *Lex Visigothorum* (seconda metà del VII sec.) i termini compaiono con assoluta sinonimia. Queste raccolte di norme germaniche, dedicate soprattutto ai rapporti tra Cristiani ed Ebrei e alle infiltrazioni delle influenze dei culti pagani nel Cristianesimo, contengono, accanto ai termini *observantia* e *observatio* e usati in forma sinonimica, i vocaboli *consuetudo*, *ius*, *mos*, *ritus*, *cerimonia*, ecc., ad indicare le prassi culturali cristiane ma anche quelle pagane.

Tuttavia un passo del *Breviarium Alaricianum* ancora conferma la dimensione oggettivizzata del termine, come rispetto della consuetudine:

La consuetudine di antica data, che non sia di ostacolo alla pubblica utilità, dovrà essere osservata come se fosse una legge<sup>77</sup>.

Del resto il teologo anglosassone Alcuino di York (735 ca - 804), uno dei grandi maestri di arti liberali artefice della rinascenza carolingia, testimonia ancora l'impiego della nozione classica, ciceroniano-agostiniana, dell'osservanza quale elemento soggettivo che caratterizza l'*habitus* di virtù della giustizia. Nel *Dialogus de rethorica et virtutibus* l'*observantia* comparirà, come in S. Agostino, accanto alla religione, alla *pietas*, alla retribuzione del male (*vindicatio*) e alla veracità, in funzione ancillare rispetto alla giustizia naturale, esattamente come accadrà nell'allegoria della Giustizia narrata nel prologo delle *Quaestiones de iuris subtilitatibus* in cui queste 'virtù ancillari' saranno definite «figlie della Giustizia: religione, *pietas*, gratitudine, vendetta, osservanza, veracità».

Anche nel campo applicativo del giudizio, nell'ottica del rinnovamento cristiano, l'osservanza inizia ad assumere una rilevanza significativa in epoca di rinascita carolingia. Una testimonianza di Reginone, abate di Prüm (840-915), nel suo manuale per le visite pastorali, il *De synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis* che ebbe ampia diffusione anche in ambito laico, ci conferma che l'*osservanza* della consuetudine ecclesiastica deve essere considerata alla stregua della legge:

Quindi, anche se 'ogni questione si risolve sulla parola di due o tre testimoni' [Mt 18, 16], abbiamo preferito servirci di diversi esempi, da cui risulti evidente in maniera adeguata e convincente come l'*osservanza* della consuetudine ecclesiastica indotta dagli antichi sia da mantenere come se si trattasse di una legge<sup>78</sup>.

Ovviamente i testi patristici, così come le norme dei capitolari carolingi, dei concili e soprattutto dei *Libri penitenziali* (*Libri poenitentiales*) confluiranno nelle più importanti raccolte di testi canonistici, il *Decretum* di Burcardo di Worms e il *Decretum* di Ivo di Chartres e poi, ovviamente, nel *Decretum* di Graziano. Tuttavia è da sottolineare come, curiosamente, le pure scarse ricorrenze dei termini *observantia* e *observatio* testimonino un uso abbastanza equivalente a quello di 'rispetto della prassi culturale' o di 'consuetudine', e non apportino particolari novità nell'ermeneutica del termine.

<sup>76</sup> S. Isidoro di Siviglia, *Differentiarum, sive De proprietate sermonum libri duo*, I, *De differentiis verborum*, in PL 83, 51, n. 400: «Inter observationem et observantiam. Observatio curae, doctrinae et artis est, observantia vero cultus et religionis est».

<sup>77</sup> *Breviarium Alarici*, *Interpretatio ad Librum V, cap. XIII*, ed. Haenel, 150: «Longa consuetudo, quae utilitatibus publicis non impedit, pro lege servabitur».

<sup>78</sup> Reginone di Prüm, *De synodalibus causis*, 2, app. 2, c. 36, ed. F.G.A. Wasserschleben, Graz 1964, p. 448: «Igitur, licet 'in ore duorum vel trium testium stet omne verbum', diversis niti exemplis maluimus, quibus ecclesiasticae consuetudinis observantiam a maioribus ductam pro lege tenendam persuasibilis eruditus clare-scat'».

E veniamo all'apporto fornito da S. Tommaso d'Aquino che, come di consueto, sintetizza la temperie culturale medievale e che ovviamente costituì una solida base di fondamento alle interpretazioni dei giuristi del Tre-Quattrocento.

La genialità di S. Tommaso riesce, anche su questo oggetto, a creare uno straordinario punto di intersezione tra la componente etico-aretologica dell'osservanza e la sua oggettivazione giuridica nella prassi. Il discorso, condotto dall'Aquinate nella *quaestio* 80 della IIa-IIae, annovera l'*observantia* nella categoria delle «virtù ancillari» (*virtutes annexae*), ossia le 'virtù mediane', potremmo definirle, che partecipano di una virtù maggiore ma allo stesso tempo se ne discostano in quanto manca in esse qualche elemento che le perfezioni. Trattando della virtù della Giustizia, S. Tommaso ne individua anzitutto come prima caratteristica la 'alteriorità' cioè l'essere «rivolta agli altri» e pertanto, ci dice il teologo, tutte le altre virtù che hanno come fine il bene altrui possono essere considerate 'ancillari' alla Giustizia. E dal momento che la Giustizia consiste nel dare agli altri quanto è dovuto «secondo equità» (*secundum aequalitatem*) ecco che la *misura* o *equità* sarà la caratteristica differenziale sulla cui base (cioè in base a quanto si discostino o meno da essa) potranno essere valutate le virtù ancillari, di cui si accoglie qui il catalogo già individuato da S. Agostino e ripreso come si è visto da Alcuino di York e nelle *Quaestiones de iuris subtilitatibus*, ma con un diverso ordine: la religiosità, la *pietas*, l'osservanza, la veracità, la gratitudine, la vendetta.

Perché una virtù sia annessa a una virtù principale si richiedono due cose: primo, che essa convenga in qualche cosa con la virtù principale; secondo, che in qualche cosa si scosti dalla perfetta nozione di essa. E poiché la giustizia, come sopra abbiamo detto, è rivolta verso gli altri, tutte le virtù che mirano al bene altrui possono riallacciarsi alla giustizia a motivo di codesta convenienza. Ma la nozione di giustizia, come abbiamo già dimostrato, esige che si renda ad altri quanto loro si deve con perfetta uguaglianza. Ecco perché una virtù che mira al bene altrui può scostarsi in due modi dalla nozione di giustizia: primo, in quanto non raggiunge l'uguaglianza; secondo in quanto non raggiunge la natura di cosa dovuta.

Ci sono infatti delle virtù che rendono ad altri cose loro dovute, ma non possono renderle con uguaglianza<sup>79</sup>.

Tra queste 'virtù ancillari' Tommaso riconosce quindi la *observantia*, che si manifesta come compensativa della mancanza di *aequalitas* nel corrispondere dell'uomo alla perfetta Giustizia:

In terzo luogo, l'uomo non è in grado di ricompensare con eguale misura (*aequale premium*) la virtù, come il Filosofo [Aristotele] dimostra. E sotto quest'aspetto alla Giustizia si riallaccia l'osservanza, «mediante la quale», come dice Cicerone, «le persone eminenti vengono circondate di deferenza e di onore»<sup>80</sup>.

Dunque per S. Tommaso l'*osservanza* è una 'virtù ancillare' della Giustizia che si manifesta nel rispetto – nella *deferenza* potremmo dire oggi – nei confronti delle autorità:

Perciò come al di sotto della religione, che ha il compito di tributare un culto a Dio, troviamo immediatamente la pietà, che ci fa ossequianti ai genitori; così al di sotto della pietà troviamo l'osservanza, con la quale tributiamo ossequio e rispetto alle autorità<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> S. Tommaso d'Aquino, IIa-IIae, q. 80, art. un., co: «Respondeo dicendum quod in virtutibus quae adiunguntur alicui principali virtuti duo sunt consideranda, primo quidem, quod virtutes illae in aliquo cum principali virtute convenient; secundo, quod in aliquo deficient a perfecta ratione ipsius. Quia vero iustitia ad alterum est, ut ex supradictis patet, omnes virtutes quae ad alterum sunt possunt ratione convenientiae iustitiae annecti. Ratio vero iustitiae consistit in hoc quod alteri reddatur quod ei debetur secundum aequalitatem, ut ex supradictis patet. Dupliciter igitur aliqua virtus ad alterum existens a ratione iustitiae deficit, uno quidem modo, in quantum deficit a ratione aequalis; alio modo, in quantum deficit a ratione debiti».

<sup>80</sup> *Ibidem*: «Tertio, non potest secundum aequale praemium recompensari ab homine virtuti, ut patet per philosophum, in IV Ethic. Et sic adiungitur iustitiae observantia, per quam, ut Tullius dicit, *homines aliqua dignitate antecedentes quodam cultu et honore dignantur*».

<sup>81</sup> S. Tommaso d'Aquino, IIa-IIae, q. 102, co: «Et ideo sicut sub religione, per quam cultus tribuitur Deo, quodam ordine invenitur pietas, per quam coluntur parentes; ita sub pietate invenitur observantia, per quam cultus et honor exhibetur personis in dignitate constitutis».

La innovazione nel pensiero di Tommaso è data dal riconoscere l'osservanza come 'virtù', sia pure 'annessa' alla Giustizia, e soprattutto nel collegarla alla dimensione pubblica del rispetto dell'autorità, mostrando ancora una volta il nesso applicativo tra la Giustizia legale come somma virtù e la concreta declinazione nel rispetto delle autorità:

La giustizia come virtù specifica ha il compito di rendere con perfetta uguaglianza quanto a ciascuno è dovuto. Ma questa uguaglianza non si può raggiungere verso le persone virtuose, e verso quelli che esercitano bene la loro autorità: così come non si può fare né verso Dio, né verso i genitori. Ecco perché tale compito spetta a una virtù annessa; non già alla virtù specifica della giustizia, che è una virtù cardinale. La giustizia legale poi abbraccia, come abbiamo detto sopra, gli atti di tutte le virtù<sup>82</sup>.

E del resto di questa dimensione di rispetto, di ossequio, di deferenza, che ha attraversato molti secoli della nostra civiltà e che ora pare purtroppo essere quasi caduta in oblio rimane una traccia nella clausola di stile che si appone ancora nella chiusa di lettere ufficiali, di ricevute o petizioni: *con osservanza*.

Dunque, per tentare una conclusione, si è tentato di ripercorrere il lungo ed elaborato percorso genetico del fondamento epistemologico dell'*osservanza*, che dalla tardo-antichità al medioevo ha manifestato tutta la propria forza fondativa soprattutto nelle opere dei giuristi postaccursiani prima e dei commentatori poi. L'*osservanza* è l'elemento imprescindibile perché il diritto, specie nella sua forma consuetudinaria, assolva alla sua funzione primaria, ossia regolamentare i rapporti all'interno di una comunità, di una società. Ecco il nesso di relazione, intimo e fortissimo, con la consuetudine, l'espressione più vitale e pervasiva del diritto medievale. E questo vincolo, imprescindibile per il diritto comune ma altrettanto importante per noi, oggi, ci viene così presentato da Goffredo da Trani (1200 ca-1245), allievo di Azzone e tra i primi commentatori del *Liber Extra* di Gregorio IX, alla cui illustrazione del modo in cui viene posta in essere la consuetudine cediamo la parola, quale migliore conclusione di questo saggio:

La consuetudine nasce quando le persone (*populus*) iniziano ad osservare una regola con quella disposizione d'animo per il futuro che si dice consuetudine; oppure, come dicono altri, quando espressamente le persone desiderano che qualcosa sia osservato come consuetudine per l'avvenire (*in futurum*)<sup>83</sup>.

Nella mobilità dell'oggi la caparra della persistenza di un sempre, espressione nel diritto di una dimensione della vita umana che – per dirla con Dante - *s'infutura*<sup>84</sup>.

### Bibliografia

Bobbio N. 1942, *La consuetudine come fatto normativo*, Padova: Cedam.

Calasso F. 1954, *Medioevo del diritto, I, Le fonti*, Milano: Giuffrè.

Carton I. 1954, *A propos des orations de Carême. Note sur l'emploi du mot 'observantia' dans les Homilies de St. Léon*, in «Vigiliae Christianae. A Review of early Christian Life and Language», 8, 1954: 104-114.

Cortese E. 1995, *Il diritto nella storia medievale. I. L'alto medioevo*, Roma: Il Cigno Galileo

<sup>82</sup> *Ivi*, q. 102, a 1, ad 3: « Ad tertium dicendum quod ad iustitiam specialem proprie sumptam pertinet reddere aequale ei cui aliquid debetur. Quod quidem non potest fieri ad virtuosos, et ad eos qui bene statu dignitatis utuntur, sicut nec ad Deum, nec ad parentes. Et ideo ad quandam virtutem adiunctam hoc pertinet, non autem ad iustitiam specialem, quae est principalis virtus. Iustitia vero legalis se extendit ad actus omnium virtutum, ut supra dictum est».

<sup>83</sup> Goffredo da Trani, *Summa...in titulos Decretalium*, ad l. I, tit. *De consuetudine*, Brixiae 1605, f. 7v, 3: «Inducitur autem consuetudo cum populus incipit aliquid observare ea mente ut de caetero sit consuetudo, vel ut dicunt alii, cum expresse placet populo aliquid observari pro consuetudine in futurum».

<sup>84</sup> *Par XVII*, 98.

Galilei.

Grossi P. 2014, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari: Laterza.

Jacometti V. 2022, *Il mutamento sopravvenuto di circostanze tra hard law e soft law*, Torino:

Giappichelli.

Ossola C. 2019, *Trattato delle piccole virtù. Breviario di civiltà*, Venezia: Marsilio.

Prodocimi L. 2001, *Observantia. Ricerche sulle radici «fattuali» del diritto consuetudinario nella dottrina di giuristi dei secoli XII-XV*, Milano: Giuffrè.

Senden L. 2004, *Soft Law in European Community Law*, Oxford; Portland: Hart

Somma A. [a c. di] 2009, *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino: Giappichelli

Westerman P. [et alii] (edd.) 2018, *Legal validity and Soft Law*, edd., Cham: Springer

Gregorio Fracchia\*

*Certezza ordinamentale e blockchain: a partire da N. Luhmann*

*Abstract:* The paper addresses the issue of the complex relationship between blockchain and the production of certainty. Indeed, this technology, due to its decentralized nature oriented towards simultaneous accessibility, seems incompatible with the legal characteristics of the public trust function; the lack of a clear regulatory framework concerning this topic perhaps confirms this hypothesis. Starting from the theory of the private exercise of public functions, various forms of certainty are therefore considered, remaining within the legal sphere, and then moving on to a sociological analysis of the notion of certainty based on Luhmann's theory of systems.

*Parole chiave:* certainty, blockchain, systems, Luhmann

*Indice:* 1. Oggetto della ricerca e sua articolazione. 2. Il percorso giuridico, guardando alle certezze pubbliche e private. 3. La certezza ordinamentale in chiave sociologica. 4. Conclusione.

1. Oggetto della ricerca e sua articolazione

Lo scritto indaga il meccanismo della produzione di certezza a fronte dell'utilizzo dei sistemi DLT nell'amministrazione pubblica, privilegiando la teoria dei sistemi di N. Luhmann.

La diffusione delle tecnologie di registro distribuito in generale, e della blockchain nello specifico, in seno all'amministrazione pubblica<sup>1</sup> presenta importanti risvolti sul versante della c.d. funzione fidefacente.

---

\* Dottorando in filosofia presso l'Università degli studi di Torino. gregorio.fracchia@unito.it

<sup>1</sup> Per un approfondito e critico esame delle principali esperienze, v. Allena 2020. Assai significativo il caso pionieristico dell'Estonia. *Ex multis*, in Italia, v. il SUNFISH (SecUre iNFormatIon Sharing in federated heterogeneous private clouds) e il PoSeID-on: Bianchini e Kwon 2020: 57. Per informazioni dettagliate, si v. il report del EU Blockchain Observatory and Forum *EU Blockchain Ecosystem Developments ...*, pp. 90 ss. Nel 2019, il MISE ha poi convocato un gruppo di 30 esperti che hanno redatto il documento *Proposte per la Strategia italiana in materia di tecnologie basate su registri condivisi e Blockchain*, la cui sintesi è consultabile pubblicamente:

[https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte\\_registri\\_condivisi\\_e\\_Blockchain\\_-\\_Sintesi\\_per\\_consultazione\\_pubblica.pdf](https://www.mise.gov.it/images/stories/documenti/Proposte_registri_condivisi_e_Blockchain_-_Sintesi_per_consultazione_pubblica.pdf). Fra gli obiettivi, “migliorare efficienza ed efficacia nell'interazione con la pubblica amministrazione tramite l'adozione del principio Once-Only e della decentralizzazione” e “utilizzare la tecnologia per favorire la transizione verso modelli di economia circolare, in linea con l'Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile” (p. 4).

Fra il 18 giugno e il 20 luglio 2020, il MISE aveva lanciato una consultazione pubblica per raccogliere proposte sulla Strategia Nazionale in materia di tecnologie basate su registri distribuiti e blockchain, che però non ha condotto alla divulgazione di documenti ufficiali. Spostandoci sul versante internazionale, innovativa è la legislazione della Comunidad Autónoma de Aragón, particolarmente sensibile agli sviluppi della blockchain nel settore dell'amministrazione pubblica. La Spagna partiva da un assetto svantaggioso, per via della proibizione delle DLTs di cui al Real Decreto-ley 14/2019, in seguito alla vicenda dell'approvazione, da parte della Generalitat de Catalunya, della *Estratègia Blockchain*, che prospettava il mantenimento di un “registro de transacciones permanente, inmutable y ciberseguro sin necesidad de intermediarios o autoridad central”, nonché un “model d'identitat digital” decentralizzata (<https://www.lavanguardia.com/tecnologia/20190907/47200867814/identitat-digital-catalunya-blockchain.html>); il che prova come la decentralizzazione tradotta in pratica da queste nuove tecnologie attiri gli aneliti degli indipendentisti. Due azioni volte a contestare la costituzionalità del decreto sono state proposte dalla Generalitat de Catalunya e dal Governo Basco e sono ora pendenti dinanzi al Tribunal Constitucional. Cfr. <https://govern.cat/salaprensa/notes-premsa/363897/govern-aprova-primera-estrategia-blockchain-prepara-comencar-desplegament-administracio> e <https://www.blockchaineconomia.es/gobierno-delimita-blockchain-generalitat/>

Com'è noto, siffatte tecnologie si ispirano *lato sensu* agli ideali di assoluta parità<sup>2</sup>, disintermediazione, decentralizzazione, trasparenza, sicché il modello della blockchain, ove innestato in dinamiche pubblicistiche, parrebbe spingere verso una concezione di amministrazione paritaria<sup>3</sup>, 'macchina servente' del cittadino.

D'altro canto, ipotizzando uno scenario in cui, in forza dell'impiego della blockchain, molte operazioni tradizionalmente spettanti al potere pubblico venissero vicariate ai privati, lo stesso perimetro della disciplina pubblicistica finirebbe per contrarsi, come ad avvalorare le tesi di quei giuristi che da tempo annunciano una crisi fra diritto pubblico e diritto privato, o, quanto meno, zone di ibridazione normativa<sup>4</sup>. Secondo costoro, nell'età contemporanea si assisterebbe infatti a una rottura dei classici argini disciplinari del diritto, che importerebbe lo "smottamento dell'area del diritto privato sul diritto pubblico"<sup>5</sup>. Lo spazio giuridico così rivoluzionato vorrebbe una nuova geografia intrisa di commistioni, quando non dominata dall'indistinzione.

Al di là della tenuta degli armamentari teorici richiamati, su cui non insisteremo oltre (per ragioni di spazio e di opportunità), giova qui piuttosto riprendere lo spunto relativo alle *operazioni*: quanto

---

In sintesi, diremo che, in reazione al programma di un'identità digitale decentralizzata del Governo di Catalogna di cui sopra, il Real Decreto-ley 14/2019 vietò espressamente, seppur in maniera circoscritta, l'uso di sistemi d'identificazione e firma basati sulle tecnologie di registro distribuito: "en las relaciones de los interesados con las Administraciones Públicas no serán admisibles en ningún caso y, por lo tanto, no podrán ser autorizados, los sistemas de identificaciones basados en tecnologías de registro distribuido y los sistemas de firma basados en los anteriores, *en tanto que no sean objeto de regulación específica por el Estado en el marco del Derecho de la Unión Europea*" [*corsivo nostro*]. In linea con quanto appena osservato, la Comunità d'Aragona ha interpretato la proibizione soltanto come limite per l'identificazione in senso stretto (dati identificativi per persone fisiche, identificativi e fiscali per persone giuridiche). La Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa de Aragón, all'art. 51, par. 2, dispone: "la acreditación por los interesados de atributos de identidad diferentes a su nombre y apellidos o denominación o razón social, según corresponda, podrá realizarse a través de cualesquiera de los sistemas de identificación y firma previstos en esta ley o en la normativa básica estatal"; v. altresì il par. 1, sempre dell'art. 51: "En particular, podrán considerarse sistemas equivalentes de identificación y firma los basados en un registro distribuido de atributos de identidad aceptados por el órgano administrativo ante el que el interesado pretenda identificarse, de conformidad con lo establecido en la normativa estatal sobre procedimiento administrativo". Si menziona quindi un registro di "atributos de identidad" distribuito, ma i dati devono essere stati *previamente accettati* dall'amministrazione. Inoltre, sempre il Governo Aragonese ha sfruttato le potenzialità delle tecnologie di registro distribuito per promuovere l'innovazione del *public procurement*, automatizzando sia l'invio delle offerte, sia la loro valutazione; la realizzazione del servizio di registro distribuito delle offerte e della valutazione automatizzata delle stesse nei procedimenti di contrattazione pubblica elettronica è stata affidata dalla Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón alla IT service company IA Soft Aragon S. L. (scelta dopo una *tender call* con vari partecipanti). Oltre ad abbattere i costi burocratici e ad aumentare il livello di trasparenza, la blockchain ha anche eliminato il pericolo del *tender tampering*, giacché questo genere di intervento avrebbe prodotto un hash differente rispetto a quello già registrato nel *ledger* distribuito. Cfr. Bernal 2022.

<sup>2</sup> In particolare, la c.d. *permissionless blockchain*. Cfr. Allena 2020.

<sup>3</sup> Sulla prospettiva di una tendenziale parità tra amministrazione e privati, cfr. almeno Benvenuti 2006a: 1117 ss. e 2006b: 3223 ss. V. altresì Pastori 2010: 81 ss.

<sup>4</sup> Non è qui possibile ripercorrere il vivacissimo dibattito sulla distinzione tra pubblico e privato che ha da sempre ravvivato le acque della dottrina e che si intreccia con l'asserita cancellazione della linea divisoria fra le due sfere: sul tema, Napolitano 2003. Taluni sono arrivati a invocare la sottoposizione dell'amministrazione al diritto privato o a predicare comunque una forma di coesistenza tra i due blocchi di regole; *ex multis*, v. Torchia 2001: 1105 ss., in part. p. 1122, e M. P. Chiti 2000: 301 ss., in part. p. 304. La tesi, su cui v. pure Cirillo 2021 (2ª ediz.), trova anche rinforzo nell'idea della sottoposizione dell'amministrazione a un diritto comune di matrice privatistica e, comunque, stimola a esplorare "zone liminari" in cui farebbe capolino siffatto diritto comune; Di Majo, *Diritto civile e amministrativo si contaminano a vicenda?*, <https://www.giustizia-amministrativa.it/web/guest/-/di-majo-diritto-civile-e-amministrativo-si-contaminano-a-vicenda->). Per Cassese, nel c.d. spazio giuridico globale, privo di un potere sovrano, possono riscontrarsi i caratteri di un ordinamento in cui la normazione è anche convenzionale e pattizia o affidata a regimi globali privati. Cassese 2003; 2012. È d'uopo, infine, menzionare la ferma contrarietà di Mazzamuto a ogni genere d'ibridazione, supportata dalla convinzione che gli istituti giuridici, collocati nell'orbita del diritto pubblico, subiscano comunque una mutazione e smarriscano la loro eventuale origine privatistica, fino a concludere che l'ingresso nella logica civilistica determina una caduta della tutela del cittadino. Mazzamuto 2008.

<sup>5</sup> Alpa 2018: 51.

al discernimento della fisionomia giuridica del complesso di relazioni e di situazioni imputabili all'amministrazione coinvolta a vario titolo nella blockchain, non sembra peregrino sfruttare la categoria di *operazione amministrativa*, interpretandola in guisa di fascio di attività, coinvolgenti strumenti privatistici e pubblicistici, incanalate verso un determinato risultato concreto<sup>6</sup>. Pur se originato nella dottrina giuridica, tale istituto presenta il vantaggio di dare una certa unitarietà a quei segmenti eterogenei di attività intestate agli enti pubblici conglobate nella blockchain, che non tollerano di essere analizzate in modo atomistico.

In ogni caso, le nostre riflessioni si focalizzeranno esclusivamente sulle conseguenze che derivano, in materia di produzione della certezza, dalla diffusione della blockchain<sup>7</sup>. Dapprima, considereremo per sommi capi la normativa vigente in materia di blockchain, in specie per quanto attiene all'ordinamento italiano. Tale panoramica proporrà altresì una chiave di lettura del problema, nell'ottica della certezza pubblica e dell'esercizio privato di funzioni pubbliche.

Successivamente (§2), si problematizzerà la nozione di certezza *ordinamentale*, cioè la certezza intesa come prodotto della semantica interna dell'ordinamento giuridico. Impiegando la teoria dei sistemi di N. Luhmann, individueremo nell'assorbimento d'incertezza la risorsa dell'autopoiesi delle organizzazioni, le quali costruiscono la loro complessità strutturata attraverso processi decisionali ricorsivi. La blockchain potrà dunque venire inserita nel novero di siffatte organizzazioni che Luhmann chiama 'autopoietiche'.

Precisiamo che la teoria dei sistemi sarà qui soltanto applicata per spiegare il *funzionamento* dei registri distribuiti e che la teoria in quanto tale non sarà presa in esame (cfr. §4).

## 2. Il percorso giuridico, guardando alle certezze pubbliche e alle certezze private

Occorre in primo luogo richiamare una delle poche definizioni rintracciabili nella trama normativa, a partire dalla quale si tenterà di abbozzare un quadro più ampio. Fermandosi all'ordinamento italiano, il riferimento più immediato è all'art. 8-ter del d.l. 135/2018 (c.d. Decreto Semplificazioni), convertito in legge con modificazioni dalla l. n. 12/2019.

Al comma 1, la norma così dispone: "Si definiscono 'tecnologie basate su registri distribuiti' le tecnologie e i protocolli informatici che usano un registro condiviso, distribuito, replicabile, accessibile simultaneamente, architetturealmente decentralizzato su basi crittografiche, tali da consentire la registrazione, la convalida, l'aggiornamento e l'archiviazione di dati sia in chiaro che ulteriormente protetti da crittografia verificabili da ciascun partecipante, non alterabili e non modificabili". Al comma 3, poi, si supera la mera esigenza definitoria, intercettando la tematica della produzione di effetti giuridici. Il legislatore – per mezzo, invero, di una formulazione piuttosto lacunosa – fornisce un'indicazione circa la qualificazione sul piano giuridico del dato memorizzato attraverso le DLTs. "La memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica di cui all'articolo 41 del regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014".

In ambito giuridico, non sono mancate voci critiche<sup>8</sup> tese a denunciare il difetto di chiarezza e di esaustività delle scarse regole generali fornite dal legislatore, nonché la perdurante assenza delle linee guida che, come si dirà, l'AgID avrebbe dovuto emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135. Ai fini del nostro *excursus*, è sufficiente indugiare sulle carenze dell'art. 8-ter. Il comma 3, s'è visto, riconosce alle

<sup>6</sup> Cfr. Scoca 2002: 84; D. D'Orsogna 2005.

<sup>7</sup> Il tema della compatibilità fra produzione di certezza e disintermediazione viene evocato anche a livello europeo. La Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 ha per sottotitolo: *creare fiducia attraverso la disintermediazione*.

<sup>8</sup> Befani 2021: 77-114 (pp. 78 ss.).

DLTs gli effetti giuridici della “validazione temporale elettronica” di cui all’art. 41 del Regolamento (UE) eIDAS<sup>9</sup>.

La ricostruzione del regime applicabile in forza di questo rinvio non è agevole.

Va intanto precisato, ancora carpando quanto già avvertito in letteratura<sup>10</sup>, che, stando al testo del regolamento, gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica *simpliciter*<sup>11</sup> differiscono da quelli della validazione temporale elettronica *qualificata*; coerentemente, il Regolamento esplicita a parte i requisiti per la validazione temporale elettronica qualificata (all’art. 42).

Ciò premesso, poiché l’art. 8-ter, d.l. 135/2018 menziona solo la validazione temporale elettronica, e non anche quella qualificata, parrebbe doversi ritenere che gli effetti giuridici riconosciuti dall’art. 8-ter alle DLTs si restringano alla “prova in procedimenti giudiziari”, in linea con il comma 1 dell’art. 41 del Regolamento eIDAS (appunto relativo alla validazione temporale *simpliciter*); soluzione, questa, che, in sostanza, consegna al libero apprezzamento del giudice la valutazione dell’ammissibilità e della rilevanza della validazione ‘semplice’ nel processo. L’applicazione ai registri distribuiti del comma 2 dell’art. 41, Regolamento UE, il quale concerne la validazione qualificata<sup>12</sup>, sembrerebbe invece più problematica. Intanto perché la fattispecie non è menzionata dalla norma statale di rinvio, art. 8-ter, d.l. 135/2018. Più in generale, va inoltre osservato che, scorrendo i requisiti previsti dall’art. 42 del Regolamento per il tipo di validazione in questione, al comma 1, lettera c) troviamo che essa “è apposta mediante una firma elettronica avanzata o sigillata con un sigillo elettronico avanzato del *prestatore di servizi fiduciari qualificato* o mediante un metodo equivalente” [*corsivo nostro*]. Proprio l’anonimato che vela l’identità dei singoli nodi della catena<sup>13</sup> e la programmatica sottrazione dell’architettura informatica del registro distribuito a un meccanismo di controllo centralizzato non si accordano con quanto stabilito dal Regolamento eIDAS.

Di certo, i dubbi — alimentati anche dalla fragilità della lettera di una norma statale che peraltro richiama integralmente l’art. 41 del Regolamento eIDAS e non già il solo comma 1 — potrebbero dissiparsi mercé l’emanazione delle linee guida di cui al comma 4 dell’art. 8-ter: “entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, l’Agenzia per l’Italia digitale individua gli standard tecnici che le tecnologie basate su registri distribuiti debbono possedere ai fini della produzione degli effetti di cui al comma 3”. Le linee guida, al momento, non risultano ancora varate; l’AgID, però, ha affrontato la questione dell’integrità, disponibilità e riservatezza dei dati memorizzati dalla DLT nell’allegato 4 del 7 maggio 2020 alle *Linee Guida per la modellazione delle minacce ed individuazione delle azioni di mitigazione conformi ai principi del Secure/Privacy by Design*<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Regolamento (UE) N. 910/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014 in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE.

<sup>10</sup> Befani 2021: 84-87.

<sup>11</sup> Si consideri anche la definizione di validazione temporale elettronica offerta in tale Regolamento, al Capo I, *Disposizioni generali*, art. 3, definizione 33: “‘validazione temporale elettronica’, dati in forma elettronica che collegano altri dati in forma elettronica a una particolare ora e data, così da provare che questi ultimi esistevano in quel momento”. La validazione temporale elettronica qualificata, invece, come ricaviamo dalla definizione successiva (34), è “una validazione temporale elettronica che soddisfa i requisiti di cui all’articolo 42”. Eccone l’elenco completo, comma 1 dell’art. 42. “(1.) Una validazione temporale elettronica qualificata soddisfa i requisiti seguenti: a) collega la data e l’ora ai dati in modo da escludere ragionevolmente la possibilità di modifiche non rilevabili dei dati; b) si basa su una fonte accurata di misurazione del tempo collegata al tempo universale coordinato; e c) è apposta mediante una firma elettronica avanzata o sigillata con un sigillo elettronico avanzato del prestatore di servizi fiduciari qualificato o mediante un metodo equivalente”.

<sup>12</sup> Essa “gode della presunzione di accuratezza della data e dell’ora che indica e di integrità dei dati ai quali tale data e ora sono associate”. Il riferimento alla presunzione senza ulteriori aggettivazioni implica la possibilità di ammettere la prova contraria.

<sup>13</sup> Precisamente, i ‘minatori’, gli utenti specializzati che risolvono problemi di natura algoritmica, noti come *proof-of-work*, applicando ingenti sforzi computazionali e validando le singole operazioni inserite nel *ledger* condiviso.

<sup>14</sup> Con la Determinazione n. 116/2019 del 10 maggio 2019, l’AgID ha istituito “un Gruppo di lavoro per la predisposizione delle linee guida e standard tecnici relativi alle tecnologie basate su registri distribuiti e *smart contract*”: [https://trasparenza.agid.gov.it/archivio28\\_provvedimenti-amministrativi\\_0\\_121975\\_725\\_1.html](https://trasparenza.agid.gov.it/archivio28_provvedimenti-amministrativi_0_121975_725_1.html)

Onde procedere nell'analisi, non resta allora che soppesare i principi generali. Tenendo conto che i registri distribuiti vedono normalmente il coinvolgimento di privati e generano certezze, il discorso appunto verte intorno a due aspetti: gli studi sul titolo giuridico in ragione del quale un privato può esercitare funzioni pubbliche e le riflessioni sulle nozioni di certezza pubblica e di certezza prodotta dai privati.

Secondo autorevole dottrina<sup>15</sup>, la certezza è un 'prodotto' di indole pubblicistica, che richiede l'attribuzione di uno specifico potere<sup>16</sup> da parte dell'ordinamento: l'esercizio di quel potere si concretizza nell'emanazione di atti c.d. di certazione<sup>17</sup>. Più nel dettaglio, nel caso di certezze assolute, cioè coperte dall'efficacia di atto pubblico, all'attività di accertamento<sup>18</sup> consegue la produzione di uno specifico effetto, c.d. preclusivo<sup>19</sup>, che impedisce ai terzi di porre in dubbio quanto attestato salvo esperire una particolare iniziativa processuale, la querela di falso.

Non mancano voci favorevoli a qualificare come espressione di certezza pubblica qualsiasi atto cui sia collegabile un'efficacia preclusiva, anche quando, per vincerla, non occorra esperire — come invece accade per gli atti che godono della fede privilegiata propria dell'atto pubblico ex art. 2699. c.c. — la querela di falso (tipico esempio è il verbale: pur prodotto da un soggetto pubblico, esso non ha necessariamente e sempre effetto legale pieno, almeno là ove difetti una norma che assegni all'agente il potere di attribuire all'atto pubblica fede)<sup>20</sup>. Insomma, accanto alla certezza legale assoluta si collocano le certezze, pur sempre legali, ma relative, che possono essere vinte con la semplice prova contraria, come appunto accade nella fattispecie disciplinata dal citato art. 8, d.l. 135/2008.

Tornando alla certezza assoluta, onde consentirne la produzione da parte di privati, urge che costoro siano dotati di uno specifico 'titolo giuridico'.

L'orizzonte teorico di fondo è dato dalla *teoria dell'esercizio privato di funzioni o servizi pubblici*<sup>21</sup>, designato come attività “dalla quale derivi l'attuazione dei fini pubblici, esercitata da privati, ossia da persone fisiche che non abbiano la qualità di organi di enti pubblici, o da società commerciali, o altre persone giuridiche private”<sup>22</sup>. L'istituto dell'esercizio privato di funzioni pubbliche ha un raggio d'azione assai ampio: la dottrina, peraltro, ha opportunamente messo in luce come, tra i settori in cui più spesso si riscontra siffatto esercizio privato, primeggi proprio quello delle certificazioni<sup>23</sup>.

Non vi è un unico titolo *in forza* del quale i privati, restando tali, possano esercitare funzioni o servizi. La dottrina tradizionale, in particolare, ricorda che taluni liberi professionisti — si ponga mente all'esempio dei notai — sono “pubblici ufficiali”<sup>24</sup>; il conferimento del potere di certazione e di formare atti pubblici, in tale contesto, avviene direttamente per legge<sup>25</sup>.

Giungiamo finalmente alle certezze prodotte dai privati senza che a monte vi sia un chiaro conferimento di un potere o il riconoscimento dell'esercizio di una funzione pubblica. Al riguardo, un'illustre tesi<sup>26</sup> distingue fra certezza-stabilità e certezza-affidamento. La prima fornisce un prodotto,

<sup>15</sup> Giannini 1958: 219 ss. e 1959: 1-23 ss.

<sup>16</sup> V. altresì Giacchetti 1988.

<sup>17</sup> Oltre a Giannini, più di recente, v. Fioritto 2003.

<sup>18</sup> Si è al cospetto di un peculiare atto dichiarativo — categoria studiata da S. Romano 1912 — che, come diremo subito *infra* nel corpo del testo, produce effetto preclusivo. Va aggiunto che il soggetto pubblico titolare della relativa funzione deve di norma essere dotato di una specifica organizzazione; gli atti di certazione, infatti, vengono spesso ordinati in registri. Per una ricognizione delle varie tesi, v. Donato 2015: 41 ss.

<sup>19</sup> Giannini 1958: 780.

<sup>20</sup> Cfr. Cerbo 1999.

<sup>21</sup> In argomento, da ultimo, v. de Leonardis 2000, 2006; Maltoni 2005, 2007. V. poi Giannini 1966: 685 ss.; Satta 1989; Azzena 1991, pp. 165 ss.

<sup>22</sup> Zanobini 1920: 235 ss, 1958: 385 ss.

<sup>23</sup> de Leonardis 2006: 2299.

<sup>24</sup> Ivi, p. 408.

<sup>25</sup> de Leonardis 2006: 2299-2300; Maltoni 2007: 384, 421, 448.

<sup>26</sup> Romano Tassone 2005.

la certezza, che, in virtù di un effetto legale creato dall'ordinamento, può anche rimanere disancorato dalla situazione reale; la seconda, invece, si vincola al fedele rispecchiamento del dato. Nella certezza-stabilità, rileva la qualità di chi accerta; nella certezza-affidamento, riconducibile anche ai privati, la modalità con cui l'accertamento è posto in essere: ciò che importa è 'offrire informazioni' o giudizi in grado di dirigere le scelte dei consociati e delle amministrazioni, che *fanno affidamento* su quei dati per assumere decisioni<sup>27</sup>. Fondamentali, in questo contesto, più che l'autorità e la sussistenza di una norma atta ad attribuire un potere certificativo, sono la credibilità e l'autorevolezza del certificatore. Le certezze-affidamento collegate alle certificazioni dei privati possono risultare del tutto indifferenti per l'ordinamento, come anche venir valorizzate<sup>28</sup> dallo stesso, nella logica della sussidiarietà orizzontale.

Talora<sup>29</sup> si assiste a una 'pubblicizzazione' del sistema di certificazione sorto in seno al mercato e gli organismi di certificazione devono essere accreditati o autorizzati; pertanto, lo schema certificativo viene come confermato dall'ordinamento. In altre ipotesi — si considerino i certificatori di firma digitale<sup>30</sup> — i privati devono dimostrare di possedere alcuni requisiti, senza necessità di un'autorizzazione, operando in un mercato che però è regolato dal potere pubblico.

In molti casi, dunque, il legame con il potere pubblico non è reciso; vero è che le certezze private possono 'vivere', sempre nell'ottica dell'affidamento, al di fuori dell'ordinamento pubblicistico; esso, però, in vista di certi obiettivi, ancorché senza trasfigurarle in 'prodotti pubblici', può dar loro rilevanza con norme di rinvio<sup>31</sup>, o vedersi costretto a subirne gli effetti: così, nei giudizi di *rating*, che investono addirittura gli Stati.

La nostra breve parentesi consegna qualche indicazione di massima.

1) L'ordinamento sembra ora non curarsi della veridicità dell'attestazione, guardando alle certezze legali, ora, nella certezza-affidamento, preoccuparsi della corrispondenza tra dato e acclaramento.

2) La produzione di certezze legali coperte dall'efficacia di un atto pubblico presuppone l'attribuzione di un potere per legge, e questa vicenda può coinvolgere anche soggetti privati.

3) In altre ipotesi, e veniamo ai registri condivisi, per poter fruire giuridicamente della — o riconoscere/valorizzare la — certezza-affidamento collegando a quell'accertamento un effetto giuridico peculiare, l'ordinamento può dettare condizioni a valle di una relativa vicenda produttiva di certezza, la quale può essere poi lasciata totalmente o parzialmente all'autoregolamentazione dei privati.

Queste indicazioni convergono nella disciplina di cui all'art. 8-ter, d.l. 135/2018: essa si muove nella logica della certezza-legalità, ma non assegna — o, comunque, non ancora — una certezza legale assoluta alla validazione, né accenna a consentire una validazione temporale qualificata; la prescrizione, piuttosto, si presta a essere inquadrata come norma che conferisce il potere di creare una forma attenuata di certezza legale e/o come norma di riconoscimento di una certezza prodotta dai privati. Certezza-stabilità e certezza-affidamento, in qualche misura, qui convivono<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> V. altresì Donato 2015: 61, 63 e 66.

<sup>28</sup> Cfr. Benedetti 2010.

<sup>29</sup> Vedasi la marcatura CE. La certificazione da parte di un organismo terzo, in Italia autorizzato e vigilato dal Ministero dello Sviluppo Economico, è condizione per ammettere un prodotto nel mercato; procedura analoga per le certificazioni alimentari quali la DOP, in cui, tra l'altro, esiste un unico organismo certificatore autorizzato.

<sup>30</sup> Maltoni 2005: 404.

<sup>31</sup> Si pensi ai casi in cui al possesso di una certificazione ISO o di una certificazione ambientale è ricollegata l'applicazione di un particolare regime nei procedimenti ambientali o nelle procedure a evidenza pubblica.

<sup>32</sup> Si può aggiungere che, nei casi di certificatori privati, anche quando venga reciso il legame originario con il 'pubblico', la produzione di certezza dipende dall'autorevolezza di chi certifica — v. il modello ISO — ed è garantita da un certo grado di trasparenza e conoscibilità dell'organizzazione; dunque, dal fatto che si è al cospetto di un soggetto noto e affidabile. Al contrario, la blockchain dà l'impressione di barattare l'ideale della trasparenza con la capacità computazionale anonima e di minare così la cura dell'interesse pubblico. Al riguardo è da segnalare la preoccupazione, agevolmente riscontrabile scorrendo il Regolamento (UE) n. 910/2014, sul ruolo degli organismi di vigilanza e delle autorità di protezione dei dati in tema di validazione temporale. A ogni buon conto, dal punto di vista giuridico, i confini tra 'pubblico' e 'privato', *sub specie* certezze private e certezze pubbliche, rimangono verosimilmente visibili.

### 3. La certezza ordinamentale in chiave sociologica

La digressione giuridica consegna una buona dose di problematicità, alimentata da indicazioni normative sovente imprecise e vaghe. In effetti, l'ordinamento dà l'impressione di procedere a rilento rispetto agli sviluppi della tecnica.

Al netto di una situazione ben poco lineare, proviamo a districarci ricorrendo alla teoria dei sistemi di Luhmann.

La sociologia di Luhmann è uno degli esempi più sofisticati e coerenti — *poste certe premesse* — dell'anti-metafisicismo contemporaneo, che taglia corto con tutto ciò che la metafisica ha fissato stabilmente mostrandolo irrefutabile e valido in eterno perché attinente all'ordine dell'essere fuori del quale non v'è nulla. Accantonata — si presti attenzione: non confutata, bensì semplicemente *accantonata* — la metafisica, Luhmann dispone mattone per mattone il suo sistema a partire da certi eventi minimi (la terminologia è nostra), le *operazioni*, spesso trasferendo nella sociologia le novità della cibernetica (von Foerster) e delle ricerche biologiche (Maturana e Varela). L'attitudine di Luhmann è per il metafisico anzitutto sintomatica di un'incomprensione radicale della metafisica nella sua fisionomia storica e in secondo luogo rappresenta un moto di auto-soppressione speculativa, giacché la posizione — appunto speculativa — che la conforta non rende ragione di se stessa. Ambisce essa a una qualche validità? Se sì, su che basi? Se no, cosa giustifica tanto impegno? Nondimeno, bisogna francamente dare atto a Luhmann di aver scoperto senza remore le sue carte, che sono *le stesse di tutto l'anti-metafisicismo contemporaneo*, e di averle giocate con grande tenacia, tanto che, sul piano culturale e non strettamente speculativo, ci si può spingere a sostenere che in lui laicismo e anti-metafisicismo trovano uno dei punti di contatto più profondi. Anche in ordine alla certezza, la teoria dei sistemi aduna pressoché tutti i motivi tipici dell'anti-metafisicismo: la certezza ha in realtà una matrice operativa, è *prodotta*, è il precipitato di dinamiche interne alla società (nei registri distribuiti: le dinamiche del consenso, che sono invero forme di assorbimento d'incertezza), ecc. Si tratta ora di rendere quanto andiamo dicendo nel linguaggio di Luhmann.

#### a. Organizzazione e chiusura operativa

Recependo la teoria dei sistemi, inseriamo la blockchain nel novero delle *organizzazioni* autopoietiche operativamente chiuse.

In via di stipulazione, si noti che la teoria dei sistemi indica con la chiusura operativa non un isolamento termodinamico, ma un contesto di “operazioni rese ricorsivamente possibili dai risultati di altre operazioni proprie del sistema<sup>33</sup>”. Nei rapporti ricorsivi con cui i sistemi di funzioni<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Luhmann-De Giorgi 2008: p. 31.

<sup>34</sup> Non avrebbe senso tentare un'esposizione in pillole della teoria dei sistemi. Perciò rinviamo direttamente al principale volume in argomento disponibile in italiano, l'unico al quale Luhmann abbia preso parte in prima persona, citato alla n. precedente. Sulla differenziazione, si tenga a mente che: “differenziazione non è scomposizione di un ‘tutto’ in ‘parti’ e, precisamente, né nel senso di una scomposizione concettuale (*divisio*), né nel senso di una divisione reale (*partitio*). Lo schema tutto/parte ha origine nella tradizione vetero-europea e, se fosse applicato qui, non coglierebbe il punto decisivo. Differenziazione del sistema non significa affatto che il tutto venga scomposto in parti e che, di conseguenza, considerato a questo livello, esso sia composto solo da queste parti e dalle ‘relazioni’ tra le parti. Piuttosto ogni sistema parziale ricostruisce il sistema complessivo, al quale appartiene e alla cui autopoiesi partecipa, attraverso una propria differenza (specifica del sistema parziale) tra sistema e ambiente. Attraverso la differenziazione del sistema, in una certa misura, il sistema si moltiplica in se stesso mediante distinzioni sempre nuove tra sistemi e ambienti nel sistema. [...] Il processo di differenziazione, allora, può cominciare in una qualche parte e in un qualche modo e poi può rafforzare la deviazione che si produce. Si pensi, come esempio, a questo caso: tra diversi agglomerati si forma un luogo privilegiato: rispetto a questo luogo i vantaggi che derivano dalla centralizzazione si sostengono reciprocamente, così che, alla fine, nasce una nuova differenza: quella tra città e campagna. Solo così gli altri agglomerati diventano ‘paesi’ a differenza della città e si

costruiscono la propria complessità interna, ogni operazione è la condizione di possibilità di un'altra operazione. Il reticolo operativo del sistema consta di eventi comunicativi protesi in avanti, verso le operazioni successive, e retrospettivamente raccordati all'indietro, verso le operazioni precedenti. La figura dell'autopoiesi, coniata da Maturana, rende il paradosso di un sistema che si produce come suo prodotto<sup>35</sup>.

La formazione della complessità strutturata del sistema prevede una selettività nei collegamenti fra le operazioni, perché il sistema “deve selezionare ciò che può dimenticare per liberare la capacità di elaborazione delle informazioni<sup>36</sup>”. Se chiamiamo *memoria* la necessaria selettività negativa del sistema, abbiamo che la principale prestazione della memoria è il dimenticare, “e il ricordare si produce solo inibendo il dimenticare<sup>37</sup>”. La memoria ripulisce dalle inconsistenze per evitare il sovraccarico delle processualizzazioni sequenziali; in termini elementari, essa evita l'inciampo operativo del sistema, altrimenti ridotto al silenzio in quanto impossibilitato a gestire la complessità delle elaborazioni di informazioni.

“I sistemi sociali sono costituiti da comunicazioni. La comunicazione è quell'operazione autopoietica che si riferisce ricorsivamente a se stessa, in senso retrospettivo e prospettico, e in questo modo produce sistemi sociali<sup>38</sup>”.

I sistemi, inoltre, dispongono di una loro ‘struttura tematica’; i temi risultano identificabili proprio in funzione della pluralità di contributi intorno a essi. Nella blockchain, che è a tutti gli effetti — come ci pare emerga a poco a poco — un sistema operativamente chiuso<sup>39</sup>, il tema della validazione temporale di una transazione si snoda lungo i blocchi della catena abilitati<sup>40</sup> a esprimere il consenso. Tema unico, contributi molteplici. “I temi formano la memoria del sistema. La funzione di memoria, e anche questa è una conseguenza della tesi della chiusura operativa, non si riferisce mai a fattispecie del mondo esterno [...], ma sempre e solo a stati propri del sistema. Un sistema, in altre parole, può ricordarsi solo di se stesso. Nella forma di temi, esso regola ciò che può dimenticare e ciò che ricorda. I temi partecipano a tutte le operazioni del sistema [...] per produrre e rappresentare ricorsioni<sup>41</sup>”. Altrove, la memoria è accostata al “Dio dei teologi<sup>42</sup>” (ma forse sarebbe meglio precisare: a quel che questi sociologi credono sia il ‘Dio dei teologi’), dal momento che essa “collabora in modo specifico a tutte le operazioni [...] del sistema, ovunque e in nessun luogo”. Invero, l'intuizione risale a von Foerster, il quale adopera l'immagine, molto attinente alla nostra ricerca, del *reticolo di nodi*. “Ora, naturalmente, sappiamo che questa memoria è *ovunque*, che è realizzata nella struttura dello schema di connessione e nelle modalità operative di ogni nodo di questo reticolo<sup>43</sup>”. Sempre da von Foerster Luhmann prende anche l'altra immagine, egualmente pregnante, delle *macchine non banali* o *storiche*, “le quali in tutte loro operazioni devono sempre consultare lo stato in cui vengono a trovarsi

---

predispongono al fatto che c'è una città nella quale è possibile vivere una vita diversa che nel paese e che, in quanto ambiente del paese, ne trasforma le possibilità”; ivi, pp. 249-250.

<sup>35</sup> “Non c'è input né output di elementi nel sistema o dal sistema: è questo ciò che si intende con il concetto di autopoiesi. Il sistema è autonomo non solo sul piano strutturale ma anche sul piano operativo. Il sistema può costituire proprie operazioni solo in raccordo a proprie operazioni e in questo si aggiunge ciò che distingue la comunicazione dai processi biologici di anticipo rispetto ad ulteriori operazioni dello stesso sistema”: ivi, p. 22. “La società è un sistema comunicativamente chiuso. Essa produce comunicazione attraverso comunicazione. Solo la società può comunicare, ma non con se stessa né con il suo ambiente. Essa produce la sua unità realizzando operativamente comunicazioni attraverso la ripresa ricorsiva e l'anticipazione ricorsiva di altre comunicazioni”: ivi, p. 32. V. anche Luhmann 2005: 37.

<sup>36</sup> Ivi, p. 158.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Ivi, pp. 45-46.

<sup>39</sup> Non un sistema parziale: un sistema organizzativo; v. subito sotto.

<sup>40</sup> Ove vigano restrizioni, come nella *permissioned blockchain*.

<sup>41</sup> Luhmann 2005:159.

<sup>42</sup> *Ibid.*

<sup>43</sup> *Ibid.*, n. 31.

in seguito a loro precedenti operazioni<sup>44</sup>”. In sintesi, “la struttura tematica”, reticolo ricorsivo di matrice autopoietica, “rappresenta il mondo del sistema<sup>45</sup>”.

Ancora qualche delucidazione sull’organizzazione, per come la concepisce la teoria dei sistemi.

1) Le organizzazioni sono sistemi sociali, ma, a differenza dei sistemi parziali della società, “sono abilitate alla comunicazione in causa propria”, potendo comunicare “a proprio nome” e “presentarsi come persone collettive, in grado di parlare per la globalità delle loro operazioni<sup>46</sup>”; “nel sistema del diritto, le organizzazioni sono trattate sotto il titolo di ‘personalità giuridica<sup>47</sup>’, mentre riconoscere personalità giuridica in capo ai sistemi di funzioni della società — a uno qualsiasi di essi (ad es., l’economia, la politica, la religione) — sarebbe assurdo. Le organizzazioni hanno un proprio corredo strutturale facilmente riconoscibile; si esprimono come realtà unitarie ed eventuali deviazioni vengono percepite dall’esterno come uscite personali<sup>48</sup>. Nel partito, la pronuncia compatta su un determinato argomento non tacita il dissenso, ma di certo lo isola, lo riduce a voce solitaria. Nel consiglio di facoltà, il testo approvato è unico e l’eventuale insoddisfazione della minoranza si condensa nel pugno di docenti che si oppongono al gruppo concorde.

2) “Ma così non siamo ancora giunti alla questione: quale tipo *particolare* di comunicazione generano le *organizzazioni*, una volta accertato che si tratta di comunicazione ricorsiva e che si riproduce a partire dai propri prodotti? <sup>49</sup>”. Bisogna individuare *una sola modalità operativa* che produca e riproduca un’organizzazione<sup>50</sup>.

Nascono e si riproducono organizzazioni quando si arriva alla *comunicazione di decisioni* e il sistema *si chiude operativamente* sulla base di questa operazione [la comunicazione di decisioni]. Tutto il resto [...] è secondario, e può essere trattato come il risultato delle operazioni di decisione del sistema. In questo modo, tutte le decisioni del sistema possono essere ricondotte ad altre decisioni del sistema” [Luhmann 2005: 49].

L’autoipotesi delle decisioni viene agevolata anzitutto dall’andamento routinario della prassi decisionale, poiché un’organizzazione dominata dalla conflittualità o da decisioni sensazionali s’ingolferebbe di continuo. “Il lavoro è piuttosto basato su un alto tasso di ridondanza<sup>51</sup>”. Viene prediletta la ripetizione di procedure collaudate: in breve, la processualizzazione, se funziona, scorre in silenzio. In più, l’efficienza dei sistemi organizzativi discende dall’assegnazione settaria dei posti decisionali. “Le organizzazioni possono comunicare a proprio nome solo perché reclutano i loro membri mediante decisioni e, se l’appartenenza viene accettata, li obbligano a riconoscerle. Questo significa che ogni specifica organizzazione esclude l’intera popolazione, a eccezione dei propri membri<sup>52</sup>”.

Le nuove decisioni, diremo metaforicamente, s’intagliano in quelle strutture acquisite che sono le premesse decisionali, che ‘incorniciano’ l’autoipotesi dell’organizzazione e fungono da prelievi delimitazioni del decidere *utilizzabili ripetutamente*. Le premesse decisionali sono gli *oscillatori* dell’organizzazione, “mettono a fuoco la comunicazione sulle decisioni fissate nelle premesse, e questo rende probabile che si osserveranno le decisioni future in riferimento alle premesse date”, senza dover “ogni volta ricostruire l’intera complessità delle situazioni<sup>53</sup>”. L’adozione di schemi ridondanti e ripetibili allevia il carico informativo gravante sull’organizzazione<sup>54</sup>. Si badi: è come se

<sup>44</sup> Ivi, p. 59.

<sup>45</sup> Ivi, p. 47.

<sup>46</sup> Ivi, p. 318.

<sup>47</sup> *Ibid.*

<sup>48</sup> Ivi, p. 319.

<sup>49</sup> Ivi, p. 49.

<sup>50</sup> Ivi, p. 48.

<sup>51</sup> Ivi, p. 322.

<sup>52</sup> Ivi, p. 319.

<sup>53</sup> Ivi, p. 185.

<sup>54</sup> Ivi, p. 187.

le decisioni ricamassero nei bordi ritagliati dalle premesse, ma resta sempre — direbbe Luhmann — una ‘macchia cieca’ di tali premesse, la loro cornice, che non viene in alcun modo cristallizzata né sottratta a priori alle revisioni; non è escluso che l’organizzazione scelga di illuminare la cornice delle premesse e di tornarvi sopra modificandola. Le premesse, insomma, sono rivedibili<sup>55</sup>; perciò le organizzazioni, che possono incunearsi negli interstizi fra i sistemi (e la blockchain, in effetti, solca trasversalmente più sistemi: economia, diritto, arte e così via), dipendono dal codice del sistema a cui appartengono<sup>56</sup>, ma le premesse sulla base delle quali operano sono suscettibili di modifiche e aggiustamenti<sup>57</sup>.

b. Processo decisionale: assorbimento dell’incertezza

Luhmann si trova ora a spiegare la “connessione delle decisioni<sup>58</sup>” nei sistemi organizzativi, dopo aver rigettato l’idea, d’intonazione metafisica (*perciò* da rigettare, per l’anti-metafisicismo!), di un qualche orientamento allo scopo.

L’organizzazione è composta di decisioni ricorsive interdipendenti e si riproduce, in virtù della sua chiusura operativa, per mezzo di comunicazioni di decisioni. Quale logica guida e sorregge la parabola evolutiva dell’organizzazione, escluso che l’accrescimento della complessità interna avvenga in vista di un *τέλος* prefissato? In assenza di scopo, donde la sequenzialità delle decisioni? La teoria dei sistemi risponde: il processo decisionale obbedisce alla logica puramente operativa dell’*assorbimento di incertezza*. “L’auto-poiesi dei sistemi organizzativi scorre sull’assorbimento dell’incertezza<sup>59</sup>”.

La decisione, insegna l’etimo, equivale a una cesura, a una restrizione di un campo aperto ed estremamente ampio di possibilità. Nella cesura delimitante, la caotica totalità delle opzioni acquista una forma, in relazione alla quale si polarizzano un *interno* e un *esterno*. “L’assorbimento di incertezza connette decisioni a decisioni, ma non ogni decisione con ogni altra del sistema. In quanto a ciò, le organizzazioni sono complesse: non possono collegare ciascun elemento con tutti gli altri, possono realizzare solo collegamenti selettivi<sup>60</sup>”. Memoria = cesura, selezione, dunque riduzione di complessità. L’organizzazione si consolida quasi per sottrazione, giacché l’auto-poiesi non soffoca a patto di mettere ordine nell’amalgama di combinazioni disponibili. Eppure, ogni selezione, oltre ad agganciarsi retrospettivamente alla storia operativa del sistema, ‘getta l’occhio’ in avanti, prospetta le decisioni future<sup>61</sup>. Pertanto, l’incertezza espulsa dalla porta d’ingresso dell’organizzazione rientra dalla finestra. Nel linguaggio tecnico, il sistema reimmette l’incertezza assorbita: l’economia della *macchina non banale* ricicla gli output emessi. L’incertezza è sia la molla della selezione, lo sprone attivante la cesura del decidere, sia l’avanzo della scelta, l’*altro lato* a margine della cesura.

Quanto alla selettività negativa, che è riduzione di complessità diretta alla costruzione di complessità interna, l’organizzazione si protegge dalla proliferazione di incertezze distribuendo in orizzontale il valore mnemonico. Parimenti, la blockchain diffida dalla ‘puntualizzazione’ dei dati in un’unica coscienza o in un unico centro vulnerabile ai cyberattachi, e attraverso la teoria dei sistemi si capisce meglio il perché.

<sup>55</sup> Non così i codici binari dei sistemi di funzioni, vale a dire le forme a due parti immutabili a cui essi riferiscono le loro operazioni. I codici sono regole di duplicazione che mettono a disposizione, per ogni evento comunicativo che cada nel loro ambito di applicazione, un correlato negativo. Luhmann-De Giorgi 2008: 305.

<sup>56</sup> Il tribunale dipende dal codice del sistema del diritto, l’ospedale da quello della scienza, l’università da quello del sistema dell’educazione.

<sup>57</sup> Luhmann 2005: 197.

<sup>58</sup> Ivi, p. 152.

<sup>59</sup> Ivi, p. 153.

<sup>60</sup> Ivi, p. 158.

<sup>61</sup> Ivi, p. 154.

Nelle relazioni orizzontali si è scoperto molto assorbimento dell'incertezza e si è formulata ipotesi che nella comunicazione orizzontale ci sia meno arbitrio che in quella verticale [...]. Per esempio, i moderni piani di produzione di tipo complesso devono orientarsi ad ambienti così numerosi e diversi che è esclusa qualsiasi centralizzazione dell'assorbimento dell'incertezza; per cui bisogna pensare ad altre forme di coordinamento delle pianificazioni, per esempio concretizzarle in modo simultaneo-graduale in diversi settori dell'organizzazione, [...] che internamente devono essere disponibili all'intesa [Luhmann 2005: 184].

Calando la teoria dell'organizzazione, come sistema organizzativo autopoietico che converte l'incertezza in certezza, nella realtà della blockchain, emergono numerosi parallelismi.

1. I *minatori*, 'poli di certezza' della catena, hanno il compito di convalidare transazioni e di raggiungere il consenso. L'accordo fra loro segmenta la storia del sistema; ogni blocco aggiunto alla catena sostituisce il passato che sta dietro di esso con un nuovo punto di partenza storico<sup>62</sup>. In buona sostanza, l'assorbimento d'incertezza si concreta in una decisione, la convalida, spartita fra nodi alla pari, i minatori, disponibili all'intesa comune, il consenso.

È evidente che la certezza prodotta e comunicata dall'organizzazione non ha a che vedere con la certezza gnoseologica, cioè l'evidenza fenomenologica, oppure l'evidenza elencativamente fondata sul *principium contradictionis*, dunque sulla posizione della contraddittorietà della tesi contraddittoria a quella che si vuole dimostrare: elisione dell'antitesi per sua manifesta contraddittorietà. Anzi, "il sistema vive della propria sopravvalutazione, spesso di *finzioni*, che si rivelano utili<sup>63</sup>" [*corsivo nostro*]. Esso assorbe incertezza per evitare che al suo interno viga il monopolio dell'incertezza in vista della costruzione di complessità interna: l'ottica del sistema è un'ottica meramente operativa. Rinnovare la sopravvalutazione è il grande bluff con cui l'organizzazione comunica fiducia nella propria capacità di elaborare informazioni.

2. La decisione comunicata dall'organizzazione rappresenta *il culmine* di un processo costellato di tentativi, sforzi, insuccessi. L'organizzazione 'blockchain', anticipavamo sopra, si attrezza allora per abbattere i costi decisionali, stabilendo "presupposti che nel loro utilizzo non vengono più testati<sup>64</sup>". Nella blockchain, questi canovacci operativi — le premesse decisionali dell'organizzazione — sono i rompicapi crittografici assegnati ai nodi. Il minatore lavora senza discutere le premesse, per dir così su di un'intelaiatura prestabilita. La costruzione della cornice spetta al sistema organizzativo il quale riproduce autoreferenzialmente il suo passato nelle premesse decisionali e così si dota di un *alter ego* ubiquo che accompagna le singole operazioni dei singoli nodi. Con Heinz von Foerster, citato *supra*: "sappiamo che questa memoria è *ovunque*, che è realizzata nella struttura dello schema di connessione e nelle modalità operative di ogni nodo di questo reticolo". La memoria dei sistemi assiste sempre. Assorbendo incertezza, l'organizzazione si vincola al suo mondo, tiene fede alla sua storia decisionale<sup>65</sup>. "I risultati dell'assorbimento dell'incertezza possono essere contrastati solo mediante decisioni, cioè solo mediante altro assorbimento dell'incertezza<sup>66</sup>". L'accordo, nel nostro gergo: la somma di un nuovo blocco alla catena per via consensuale e validazionale, sposta in avanti l'apice evolutivo dell'organizzazione. La convalida fa breccia nella storia organizzativa, nel senso dell'introduzione, direbbe Luhmann, di un nuovo punto di partenza storico. L'ultimo incastro della serie traina la *Wirkungsgeschichte* di tutta l'organizzazione.

3. In aggiunta, vista l'irreversibilità del patrimonio di dati immagazzinati dalla blockchain, il 'grumo' validato dal nuovo blocco, intrecciato com'è alla storia decisionale dell'organizzazione, impedisce la retroazione. Il cambiamento di una decisione presa avviene con un'altra decisione,

<sup>62</sup> Ivi, p. 170. Per modificare il contenuto di un blocco, infatti, l'*hacker* deve modificare anche tutti i blocchi successivi, perché il blocco *y* contiene l'*hash* del blocco *x*, e così via, e le modifiche si ripercuotono a cascata nella catena.

<sup>63</sup> Ivi, p. 156.

<sup>64</sup> Ivi, p. 183.

<sup>65</sup> Ivi, p. 178.

<sup>66</sup> Ivi, p. 179.

dunque il salto, anche quando si torna sui propri passi, è sempre in avanti: “si mettono in discussione le proprie conquiste, ma non si può mai tornare al passato e ricominciare da capo<sup>67</sup>”.

4. Un'ultima osservazione s'impone, sulla gerarchia dell'organizzazione. I posti — per noi, i nodi — incaricati di realizzare l'assorbimento di incertezza, in quanto equipotenti, suggeriscono di abbandonare l'idea di un frazionamento piramidale del potere. Luhmann intravede invece un attualissimo spiraglio a tutela del verticismo. Prendiamo la blockchain a 'gestione pubblicistica' o al servizio di un interesse pubblico<sup>68</sup>.

*Quanto alla dislocazione orizzontale dell'assorbimento d'incertezza.* I nodi, qui, rispondono del loro operato al vertice organizzativo. Proviamo, però, a immaginare cosa accadrebbe se gli operatori facessero gruppo e compattamente sospendessero l'apporto computazionale: molto probabilmente, l'autopoiesi si arresterebbe. “Anche quando il potere continua ad essere ordinato in modo gerarchico, ciò non significa che l'assorbimento di incertezza si concentri al vertice<sup>69</sup>”.

*Quanto alla tutela del verticismo.* Conveniamo con chi asserisce che il potere tutto asserragliato al vertice dell'organizzazione ha fatto il suo tempo. Cionondimeno, dallo sgretolamento di un simile verticismo non segue che *qualsiasi* mappatura ascendiva della produzione di certezza è tramontata. Il potere “organizzato nella gerarchia formale non divent[a] obsoleto, ma cambi[a] la forma della sua prassi. Esso non viene neutralizzato dal potere dal basso, o dal potere che agisce orizzontalmente nei suoi confronti [...]. *Se le intese devono essere rese esecutive*, occorre avere la disponibilità del superiore competente<sup>70</sup>” [*corsivo nostro*]. Anche la blockchain ha bisogno di una fonte che legittimi le decisioni dei poli di certezza. I nodi convalidano e raggiungono l'intesa comune, ma quell'intesa viene poi *resa esecutiva*, perché *rivestita di legittimità*, dal vertice organizzativo (l'ente pubblico). Il potere gerarchico cambia la forma della sua prassi, ma preserva, allineandola al progresso tecnico contemporaneo, la *ratio* del dislivello pubblico-privato. Il vertice, nonostante le scosse telluriche dei progetti di democrazia diretta, continua a sorvegliare. Serra o allenta le viti della produzione di certezza con uno sguardo dall'alto ad efficacia legittimante.

#### 4. Conclusione

Dal lato del diritto, abbiamo considerato la funzione fidefacente assolta dalla blockchain servendoci del concetto di certezza pubblica *non assoluta* — per aggredire la quale non è prevista la querela di falso — eppure *processualmente rilevante* (tale regime si ricava dall'art. 8-ter, Regolamento eIDAS). La blockchain, al crocevia tra certezza-stabilità e certezza-affidamento, ha permesso di censire il ruolo dei privati nel processo di produzione di questa certezza e di sottolineare come esso non si sottragga totalmente al controllo delle Istituzioni, riluttante com'è il potere pubblico alla cessione completa al privato dell'esercizio di una funzione fidefacente piena.

La sociologia ha accentuato la chiusura operativa dei sistemi organizzativi, analizzando la blockchain come organizzazione autopoietica: l'assorbimento dell'incertezza unge le ruote dentate dell'organizzazione, che comunica decisioni basate su premesse decisionali fissate in anticipo e raccordate bidirezionalmente con altre decisioni passate e future.

Noi abbiamo visto che nei registri distribuiti si chiama 'certezza' ciò che, nel migliore dei casi (ove si colmino le lacune normative), è *un prodotto dell'ordinamento giuridico compatibile con la finzione*. La teoria dei sistemi ha dunque offerto uno schema del fenomeno in esame, ma la portata speculativa della teoria, in quanto tale, non è stata discussa. Lo si potrà fare altrove, soprattutto considerando l'orientamento anti-metafisico di Luhmann e il suo posizionamento del panorama contemporaneo.

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> V. n. 3.

<sup>69</sup> *Ivi*, p. 175.

<sup>70</sup> *Ibid.*

## Bibliografia

- Allena M. 2020. "Blockchain Technology for Environmental Compliance", *Environmental Law*, 50 (4): 1068 ss.
- Azzena A. 1991. "Esercizio privato di pubbliche funzioni e di pubblici servizi", *Dig. disc. pubbl.*, vol. VI, Torino: UTET: 165 ss.
- Benedetti A. 2010. *"Certezza pubblica e 'certezze' private"*, Milano: Giuffrè.
- Benvenuti F. 2006a. "Funzione amministrativa, procedimento, processo", *Scritti giuridici*, vol. II: *Articoli e altri scritti (1948/1959)*, Milano: Vita e Pensiero.
- Benvenuti F. 2006b. "Per un diritto amministrativo paritario." *Scritti giuridici*, vol. IV: *Articoli e altri scritti (1970/1983)*. Milano: Vita e Pensiero.
- Bernal, M. Á. 2022. "Blockchain and public procurement: 'I have a dream'", *Erdal* 1 (1).
- Casetta, E. 2021. *Manuale di diritto amministrativo*, a c. di F. Fracchia. Milano: Giuffrè.
- Cassese, S. 2003. *Lo spazio giuridico globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Cassese, S. 2012. "What is Global Administrative Law and why study it?", *The Global Administrative Law*, RSCAS Policy Paper.
- Cerbo P. 1999. "Verbale e verbalizzazione (diritto amministrativo)." *Dig. disc. pubbl.*, vol. XV, Torino: UTET: 636 ss.
- Chiti M. P. 2000. "Monismo o dualismo in diritto amministrativo: vero o falso dilemma." *Riv. trim. dir. pubbl.*, 50 (2): 301 ss.
- Cirillo, G. P. 2021. *Sistema istituzionale di diritto comune*, Padova: CEDAM.
- de Leonardis, F. 2000. "Soggettività privata e azione amministrativa. Cura dell'interesse generale e autonomia privata nei nuovi modelli di amministrazione." Padova: CEDAM.
- de Leonardis, F. 2006. "Esercizio privato di pubbliche funzioni e di servizi pubblici." In *Diz. dir. pubbl.*, vol. III. Milano: Giuffrè: 2296 ss.
- D'Orsogna D. 2005. *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Donato, L. 2015. *Le autocertificazioni tra "verità" e "certezza"*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Giacchetti, S. 1988. "Certificazione (diritto amministrativo)", *Enc. giur.*, vol. VI. Roma: Treccani.
- Giannini, M. S. 1958. "Accertamento (dir. cost. e amm.)", *Enc. dir.*, vol. I. Milano: Giuffrè: 219 ss.
- Giannini, M. S. 1959. "Certezza pubblica", *Enc. dir.*, VI. Milano: Giuffrè: 1-23.
- Giannini, M. S. 1966. "Esercizio privato di pubbliche attività", *Enc. dir.*, XV, Milano: Giuffrè: 685 ss.
- Luhmann, N. 2005. *Organizzazione e decisione*, trad. it. di G. Corsi. Milano: Bruno Mondadori.
- Luhmann, N. e R. De Giorgi. 2008. *Teoria della società*. Milano: FrancoAngeli.
- Maltoni, A. 2005. *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*. Torino: Giappichelli.
- Maltoni A. 2007. "Esercizio privato di pubbliche funzioni", *Enc. dir.*, Annali, vol. I. Milano: Giuffrè: 570-595.
- Mazzamuto, M. 2008. *Il riparto di giurisdizione*, Napoli: Editoriale Scientifica.
- Napolitano, G. 2003. *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano: Giuffrè.
- Pastori, G. 2010. "Le trasformazioni del procedimento amministrativo." *Scritti scelti*, vol. II, Napoli: Jovene.
- Romano, S. 1912. *Principi di diritto amministrativo italiano*. Milano: Soc. Ed. Libreria.
- Romano Tassone, A. 2005. "Amministrazione pubblica e produzione di 'certezza' ...", *Dir. amm.*, 13 (4): 867-888.
- Satta, F. 1989. "Esercizio privato di funzioni e servizi pubblici", *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma: Treccani.
- Scoca, F. G. 2002. "Attività amministrativa", *Enc. dir.*, Milano: Giuffrè.

#### CERTEZZA ORDINAMENTALE E BLOCKCHAIN

Torchia, L. 2001. “La scienza del diritto amministrativo”, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4: 1105 ss.

Zanobini G. 1920. “L’esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici.” *Primo Trattato Completo di Dir. amm.*, a c. di V. E. Orlando, vol. II, pt. III., Milano: Soc. Ed. Libreria: 235 ss.

Zanobini G. 1958. *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, Milano: Giuffrè: 385 ss.

Anna Cavaliere\*

“Anche lo studio è un mestiere”.

*Istruzione e lavoro a partire dagli scritti di Karl Marx e Antonio Gramsci.*

*Abstract:* The writings of Karl Marx highlight a relationship between work and the subject's education that can be summarized as follows: precise conditions are necessary for the workers, through work and education, to find the way to their liberation, without being alienated from the capitalist mode of production.

The Marxian proposal represents a demanding legacy for a part of twentieth-century theoretical reflection, which continues to devote much interest to the relationship existing between school, work and the process of liberation of the subaltern classes. One of the most original interpretations is provided by Antonio Gramsci, for whom the educational themes are central. The goal of this essay is to highlight how, in the writings of the Sardinian intellectual, the scholastic question is firmly connected to those of the formation and role of the intellectual class and the emancipation of the working class.

*Parole chiave:* Education, work, Gramsci, pedagogy, intellectuals

*Indice:* 1. Lavoro e libertà – 2. Si macellano fanciulli interi... – 3. La *quistione* scolastica in Gramsci – 4. Anche lo studio è un mestiere – 5. Vecchie e nuove pedagogie del lavoro

## 1. Lavoro e libertà

Nel corso dell'età moderna, quando pensa al lavoro, la riflessione teorica prende spesso le distanze dal pensiero antico.

Tanto nella cultura greca, quanto in quella romana, complice un modo di produzione fondato sulla schiavitù, si registra tra i pensatori un diffuso disprezzo nei confronti del lavoro materiale, ritenuto nient'affatto educativo ed anzi inadatto allo *status* degli uomini liberi. Aristotele, nel VII libro della *Politica*, riporta la contrapposizione tra *scholé* e *ascholia*, riconoscendo un carattere educativo solamente alla *scholé*, la quale consente di mettere in pratica la *diánoia*, ovvero la conoscenza discorsiva. Quest'ultima è prerogativa di chi non è impegnato a servire «perché la nascita della virtù e l'esercizio delle funzioni politiche esigono libertà dagli impegni di lavoro quotidiano»<sup>1</sup>.

A seguito del processo di ellenizzazione del mondo romano, la dicotomia *scholé/ascholia* giunge a Roma, attraverso il calco delle parole *otium* e *nec otium*. Lucio Anneo Seneca descrive l'*otium* come una solitudine contemplativa, l'attività formativa per eccellenza, la cura di sé, come dirà Michel Foucault, proprio rileggendo i testi di Seneca (Foucault 2004 [1984]: 49 ss).

L'immaginario medioevale considera il lavoro per lo più come un'attività strumentale, un dovere faticoso che scaturisce dalla condizione di peccato in cui l'uomo vive. Lo ritiene quindi sì necessario, ma non necessariamente formativo (così, ad esempio, Tommaso D'Aquino il quale considera la vita contemplativa e quella attiva sovraordinate rispetto al lavoro manuale)<sup>2</sup>.

\* Ricercatrice presso il Dipartimento di Scienze Politiche, Università di Salerno. [acavaliere@unisa.it](mailto:acavaliere@unisa.it)

<sup>1</sup> Aristotele, *Politica*, 1328 VII, b 9.

<sup>2</sup> Cfr. Barzagli 1998:12-79.

A partire dall'epoca rinascimentale la riflessione teologica e filosofica si sofferma, invece, sull'efficacia educativa del lavoro<sup>3</sup>.

Lo celebrano Leon Battista Alberti, il quale afferma che il lavoro riempie il lento scorrere delle ore e Marsilio Ficino, che lo ritiene fattore di espressione della pienezza umana. Secondo Ficino, il lavoro rende l'uomo simile a Dio, perché attraverso di esso l'essere umano agisce sulla natura, trasformandola (Alessandrini 2017: 195 e ss).

È però nel contesto protestante, come Max Weber mette in evidenza, che si pone in essere una sistematica valorizzazione del lavoro e si individua in esso un aspetto prettamente pedagogico (Weber 2007 [1805]).

Erasmus da Rotterdam, in aperta polemica con gli ordini mendicanti, giunge a considerare il lavoro un'attività obbligatoria per tutti gli individui abili; il motore dello sviluppo di una società; il primo dovere, nonché la misura di rispettabilità per ciascun cristiano, nonché una pratica rieducativa in senso stretto (egli ritiene infatti che, per "riabilitare" fannulloni, vagabondi e delinquenti possa essere assegnato loro forzatamente un lavoro e che sarebbe preferibile che questo fosse molto faticoso) (Cavaliere 2019, Cap. II).

La concezione del lavoro come fattore educativo continuerà a godere di una certa fortuna nel senso comune occidentale nei secoli successivi. Jean-Jacques Rousseau, nell'*Emilio*, affiderà al lavoro un ruolo di primo piano nella pratica educativa. Riterrà il lavoro manuale, in particolare, in grado di affinare le conoscenze tecniche, ma anche di forgiare il carattere e la personalità del bambino, affinandone la socialità<sup>4</sup> «perché se invece di inchiodare il fanciullo sui libri lo faccio lavorare in officina, l'attività delle mani gioverà alla sua mente: diventerà filosofo credendo di essere diventato soltanto operaio» (Rousseau 1994 [1762]: 278).

Nel corso dell'Ottocento, il processo di industrializzazione rende però evidente il ruolo diversificato che il lavoro può assumere nell'esistenza dei soggetti. Sulla scorta della riflessione hegeliana, che considera il lavoro l'elemento cardine della dialettica servo-padrone, esso può essere considerato un fattore di riconoscimento, l'elemento costitutivo della soggettività ed anche un potente fattore di trasformazione della realtà<sup>5</sup>. Osservando le realtà di lavoro povero, ripetitivo, disumanizzante, tutt'altro che educativo a cui moltissimi adulti e bambini sono sottoposti (nelle industrie inglesi, nelle miniere francesi, nei campi di buona parte dell'Europa), il lavoro però comincia anche ad essere interpretato come il "luogo dell'alienazione" per eccellenza.

È questa la lettura che ne fornisce la riflessione marxiana e poi marxista, che declina in chiave eminentemente politica la posizione speculativa della dialettica servo-padrone e, sviluppando compiutamente l'intuizione presente nei testi di Hegel<sup>6</sup>, si sofferma proprio "su quella plebe, ai margini dello Stato, animata da sentimenti di odio e di ribellione, nei confronti dell'ordine

---

<sup>3</sup> Si tratta di una tendenza i cui segnali sono rintracciabili già nell'etica cittadina del basso medioevo: in particolare nella valorizzazione del lavoro artigianale, veicolo di emancipazione e di benessere economico. Sul tema, cfr. Fossier 2002, Cap. IV. In questo saggio, ci sia consentito di utilizzare i termini istruzione ed educazione in maniera interscambiabile, ritenendo l'educazione, sulle orme di John Dewey, come un processo psicologico ed al contempo sociologico: l'acquisizione, da parte di un individuo, del patrimonio culturale e civile accumulato nel corso dei secoli da parte del genere umano. Sul tema, cfr. Dewey 1954 [1897].

<sup>4</sup> Sul valore educativo del lavoro in Rousseau cfr. Potestio 2001.

<sup>5</sup> In uno dei passaggi più noti della *Fenomenologia dello Spirito*, Hegel individua nella dialettica servo-padrone, una lotta per il riconoscimento, un momento dell'autocoscienza ed insieme uno dei luoghi costitutivi della soggettività. Egli riconosce come fulcro di quella lotta proprio il lavoro, il quale le dà movimento e consente che i ruoli di servo e di padrone non possano ritenersi acquisiti una volta per tutte. Sul tema, cfr. Preterossi 2011, Cap. II. La questione del lavoro è centrale anche in Bodei 2014.

<sup>6</sup> Sottolinea il carattere alienante che, secondo Hegel, il lavoro può assumere Finelli 2009. Finelli ricorda il passaggio in cui Hegel, nel *Systementwurf I* del 1803-04, descrivendo il lavoro delle società industrializzate, mette in luce che "il lavoro diventa sempre più assolutamente morto, diventa lavoro-di-macchina, l'abilità del singolo diventa sempre più limitatamente limitata e la coscienza degli operai di fabbrica viene degradata fino all'estrema ottusità" (Hegel 1983:60). Per un'altra lettura interpretativa, nella letteratura italiana, Fornaro: 1978.

costituito"<sup>7</sup>. Il disvelamento marxista contribuisce a rafforzare la consapevolezza che non il lavoro *tout court* abbia valore educativo, ma che l'attività lavorativa possa agire in una direzione emancipativa solamente in determinate condizioni.

Karl Marx mette a fuoco una contraddizione nella relazione tra lavoro e formazione del soggetto che possiamo anticipare così: se il lavoro può rappresentare un luogo di formazione della persona, e perfino della sua liberazione, non può esserlo in qualsiasi circostanza. Sono necessarie precise condizioni perché il lavoratore, attraverso il lavoro e l'istruzione, trovi la strada per non essere risucchiato negli ingranaggi della produzione e alienato dal modo di produzione capitalistico. Questa osservazione rappresenta uno dei capisaldi della proposta pedagogica marxiana<sup>8</sup>.

## 2. Si macellano fanciulli interi...

In diversi punti della sua produzione teorica, Marx prende in esame la questione del lavoro dei fanciulli all'interno delle fabbriche<sup>9</sup>.

Egli descrive il destino dei giovani operai delle industrie tessili, in cui «per assicurarsi quelle dita dal tocco delicato si macellavano fanciulli interi, così come, nella Russia meridionale, si macella il bestiame da corna per ottenerne pelle e sego» Marx 2013 [1867]: 325. L'immagine cruenta della macellazione del bestiame gli appare la metafora più calzante per raccontare la vita dei bambini che lavorano in fabbrica, in una condizione paraschiavile. Nelle industrie di Nottingham, ad esempio, l'autore racconta che

Alle 2, 3, 4 dell'alba, fanciulli in età di 9 o 10 anni vengono strappati dai loro sudici giacigli e costretti a lavorare fino alle 22, alle 23 e alle 24 per la nuda sussistenza, cosicché le loro membra si consumano, il loro corpo si rattroppisce, i tratti dei loro volti si ottendono, e la loro essenza umana si irrigidisce in un torpore di pietra, raccapricciante anche solo a vedersi<sup>10</sup>

e provocatoriamente Marx domanda:

Noi declamiamo contro i piantatori della Virginia e della Carolina: ma il loro traffico dei Negri, con tutti gli orrori della frusta e del commercio in carne umana, è forse più repugnante del lento massacro di uomini praticato perché si fabbrichino veli e collarini a vantaggio di capitalisti?<sup>11</sup>

Quella di Marx, però, non è solo una cronaca appassionata dello sfruttamento. Egli non riconduce, genericamente, lo sfruttamento dei minori all'efferatezza dei padroni, bensì alla logica stessa del capitale, alla sua precipua modalità di funzionamento.

In primo luogo, l'utilizzo della manodopera infantile va ricondotta senz'altro alla caduta tendenziale del saggio di profitto. Il capitale obbedisce ad una sola regola interna: preservare le condizioni per la propria esistenza. Questo induce i capitalisti, se necessario, ad aumentare l'intensità dello sfruttamento posto in essere nei confronti dei lavoratori e a ricorrere a tutte le forme possibili di manodopera: anche a quella minorile.

In secondo luogo, l'avvento della rivoluzione industriale e l'introduzione massiccia di macchinari all'interno della fabbrica hanno contribuito a massimizzare la tendenza (più risalente) alla divisione sociale del lavoro, a ribaltare la relazione tra gli operai e le macchine e infine a ridimensionare le relazioni tra le diverse generazioni di lavoratori. Mentre nell'artigianato e ancora nella manifattura

---

<sup>7</sup> Bodei 2014:120. Il riferimento è al passo hegeliano contenuto in Hegel 2019 [1820]: parr. 244-245.

<sup>8</sup> Su questo aspetto la letteratura non è ampia. Si veda, a parziale eccezione Formizzi 1973. Sul rapporto tra Marx e la pedagogia restano senz'altro dei classici i lavori di Manacorda: 1966; 1976; 2008.

<sup>9</sup> Sul tema, cfr. Dal Lago 2011: 1-15.

<sup>10</sup> Ivi: 289.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

era il lavoratore a servirsi della macchina, nella fabbrica l'operaio svolge funzione di mera manovalanza: non si serve della macchina, piuttosto è quest'ultima a servirsi di lui<sup>12</sup>. Non solo. L'automazione dei processi produttivi consente di impiegare lavoratori sempre più giovani, come manodopera semplice e dequalificata, alla stregua di ingranaggi in carne ed ossa, nella catena di montaggio. Rende inoltre progressivamente superflue le forme – a lungo imprescindibili – dell'apprendimento artigianale e dell'apprendistato, riducendo con esse la trasmissione della conoscenza e anche i momenti di socialità all'interno della fabbrica<sup>13</sup>. Prendendo le mosse da questo quadro, Marx elabora un modello pedagogico che si inserisce, a ben guardare, nel più ambizioso intento della *liberazione del lavoro*. Per cambiare le sorti del proletariato, secondo l'autore, non è possibile, né necessaria, un'abolizione completa del lavoro minorile. Non solo sarebbe un obiettivo politico velleitario, incompatibile con l'esistenza della grande industria, e perciò un vano desiderio, ma soprattutto non si tradurrebbe in un vantaggio per la classe proletaria. Scrive Marx:

La sua realizzazione – quando fosse possibile – sarebbe reazionaria, perché se si regola severamente la durata del lavoro secondo le diverse età e si prendono altre misure precauzionali per la protezione dei fanciulli, il legame precoce tra il lavoro produttivo e la istruzione è uno dei più potenti mezzi di trasformazione della odierna società<sup>14</sup>.

Quel che è possibile è allora modificare la forma in cui il lavoro minorile è prestato. È necessario ottenere, in primo luogo, una riduzione dell'orario di lavoro. Quello del tempo libero è un tema caro a Marx, che lo ritiene assolutamente indispensabile per l'emancipazione del proletariato. Occorre, infatti, che ciascun uomo possa godere di un «tempo per un'educazione da esseri umani<sup>15</sup>»

Questa rivendicazione diviene però insopprimibile se i lavoratori sono dei fanciulli: per loro, il tempo libero è la preconditione necessaria per ricevere un'istruzione. Marx non prevede di estendere al proletariato, *sic et simpliciter*, il modello della scuola borghese, che si presenta del tutto disgiunta dall'universo del lavoro in fabbrica. Il proletariato necessita invece di un'istruzione che gli fornisca gli strumenti per agire e reagire nei reali rapporti sociali. La scuola deve divenire il luogo della crescita armoniosa (è necessaria pertanto una educazione fisica, così come è impartita nelle scuole di ginnastica ed attraverso gli esercizi militari), della formazione spirituale, ma soprattutto di un'educazione politecnica, che comprenda le conoscenze generali che l'industria richiede. Questo significa che lo studente debba acquisire le conoscenze per maturare coscienza di sé stesso in quanto lavoratore, comprendendo i processi di produzione ed il suo ruolo all'interno di essi<sup>16</sup>. Per padroneggiarli, piuttosto che subirli. Marx conosce l'ideale pedagogico borghese che pretende per il proletariato un'istruzione industriale universale, ovvero che agli operai siano fornite il maggior numero di conoscenze tecniche possibili. Si tratta di una pretesa che evidentemente mira a formare l'operaio in funzione dell'utilizzo delle macchine, fino a renderlo parte integrante del processo produttivo. Di fatto, questo tipo di educazione avvantaggia la classe borghese, perché migliora

<sup>12</sup> Ivi: Cap. XIII. Su questi profili si veda, tra altri studi, l'ampia disamina offerta da Baccelli 1991: cap. II: 65-160, in part. pp. 72-80 e 103-110.

<sup>13</sup> Sottolinea questo aspetto Fineschi 2003: 70-73.

<sup>14</sup> Marx 2008 [1875]: 38.

<sup>15</sup> Il capitalismo, secondo Marx, manifesta la tendenza a riempire di lavoro tutto il tempo disponibile. Scrive Marx: «Che cos'è una giornata lavorativa? Quant'è lungo il tempo durante il quale il capitale può consumare la forza lavoro pagata al valore di un giorno? Fino a che limiti si può prolungare la giornata lavorativa oltre il tempo di lavoro necessario alla riproduzione della forza lavoro stessa? A queste domande, come abbiamo visto, il capitale risponde: Ogni giornata lavorativa conta 24 ore piene, detratte le poche ore di riposo senza le quali la forza lavoro non sarebbe assolutamente in grado di rendere di nuovo lo stesso servizio. È chiaro come il sole, anzitutto, che l'operaio non è, vita naturai durante, che forza lavoro; tutto il suo tempo disponibile è quindi per natura e per legge tempo di lavoro, e come tale appartiene all'autovalorizzazione del capitale. Il tempo per un'educazione umana, per lo sviluppo delle capacità intellettive, per l'adempimento di funzioni sociali, per rapporti umani e di amicizia, per il libero gioco delle energie fisiche e psichiche, lo stesso tempo festivo alla domenica? Tutti fronzoli, sia pure nella terra dei Sabatari». (Marx 2013 [1867]: 304).

<sup>16</sup> Ci sembra opportuno precisare che si tratta di un modello educativo riservato ad uno studente maschio. Sull'educazione delle donne il testo marxiano si presenta infatti decisamente lacunoso. Sul punto, cfr. Manieri 1978; M. Duichin 1978.

l'efficienza degli operai in fabbrica, rendendoli ingranaggi performanti, ma danneggia i lavoratori, i quali divengono interscambiabili nel mercato del lavoro (con un conseguente abbassamento dei salari) e privi di ogni forma di socialità. A partire dalla proposta pedagogica borghese, però, Marx immagina l'alternativa possibile: se la borghesia auspica una scuola che trasferisca competenze tecniche, è opportuno convergere sulla necessità di un'educazione proletaria, ma immaginandola in modo che educi lo studente, utilizzando le macchine, a pensarsi come il fulcro del processo produttivo, un soggetto indipendente dalle macchine e anzi sovraordinato ad esse. Secondo Marx, in questo modo – e a dispetto delle intenzioni della classe borghese – l'istruzione può arrivare ad innalzare la classe operaia al di sopra delle classi superiori e medie:

Il settore più avanzato della classe lavoratrice comprende esattamente che il futuro della sua classe, e perciò del genere umano, dipende totalmente dalla formazione di una generazione di lavoratori che cresce. Essi sanno che prima di qualunque altra cosa i fanciulli e i giovani lavoratori devono essere preservati dagli effetti deleteri del sistema attuale. Si può ottenere ciò soltanto trasformando lo *spirito sociale* in *forza sociale* e, in date circostanze, non esiste altro metodo per far ciò se non attraverso *leggi generali*, imposte dal potere dello stato. Rivendicando tali leggi, la classe lavoratrice non rafforza il potere del governo. Al contrario, trasforma quel potere ora usato contro di essa in mezzo a suo favore. Essa ottiene con un atto generale ciò che vanamente avrebbe tentato con una gran quantità di sforzi individuali isolati. Procedendo da questo punto di vista, affermiamo che nessun genitore e nessun datore di lavoro dovrebbero avere la possibilità di utilizzare il lavoro giovanile, salvo nel caso in cui fosse collegato all'istruzione<sup>17</sup>.

Il discorso di Marx sull'educazione si rivela allora un preciso corollario della concezione dialettica dell'autore. L'istruzione del proletariato – a cui, in linea teorica, la borghesia non si oppone del tutto –, insieme alla temprante scuola del lavoro<sup>18</sup>, sono presentate come un possibile grimaldello per operare nei rapporti di forza esistenti, scardinandoli. Possono configurare uno strumento potente di erosione dall'interno della struttura di potere che costringe il proletariato nella propria condizione di subalternità.

### 3. La *quistione* scolastica in Gramsci

La riflessione marxiana rappresenta un'eredità impegnativa per la tradizione del movimento operaio nel corso del '900, che continua a dedicare interesse alla relazione sussistente tra la scuola, il lavoro e il processo di emancipazione delle classi subalterne<sup>19</sup>.

Come abbiamo messo in luce, Marx si sofferma sul fatto che solo a precise condizioni il lavoro, collegato all'istruzione, possa innescare un processo di emancipazione, ma al contempo afferma l'assoluta necessità di collegare la formazione al mondo del lavoro<sup>20</sup>. Ritiene quindi necessari percorsi di istruzione *ad hoc* per coloro che provengono dal proletariato e che, evidentemente, sono destinati a divenire adulti proletari essi stessi.

Come ha scritto uno dei principali storici della pedagogia italiani, Franco Cambi, la scelta marxiana è chiaramente quella di porre in “una posizione privilegiata il lavoro rispetto alla stessa formazione” (Cambi 1994:19).

Uno degli interpreti più originali della proposta marxiana è Antonio Gramsci, per il quale le tematiche educative risultano centrali, come testimoniano le *Lettere dal carcere* e diversi passaggi dei quaderni: tra questi, prenderemo in considerazione il quaderno 9 (XIV) §II9 sulle *quistioni* scolastiche e il quaderno 12 (XXIX) §I sulla storia degli intellettuali. Negli scritti di Gramsci, la *quistione* scolastica risulta, infatti, saldamente connessa a quelle della formazione e del ruolo del ceto

<sup>17</sup> Marx 2013 [1867] in Manacorda 2008: 111-112.

<sup>18</sup> Marx, Engels 1972.

<sup>19</sup> Una ricostruzione accurata del dibattito teorico novecentesco sul tema in Scandurra 2019.

<sup>20</sup> Sul tema, cfr. Manacorda 1966: 11.

intellettuale. Nella modernità, è necessario avere sempre più intellettuali e più specializzati. Essi costituiscono una componente essenziale di ciascun gruppo sociale. Svolgono il ruolo di catalizzatori: possono conferire ad un gruppo “omogeneità e consapevolezza della propria funzione non solo nel campo economico, ma anche in quello politico e sociale” (Gramsci 2019: I 513). Risultano indispensabili per i gruppi sociali dominanti, i quali dispongono di un certo numero di “intellettuali organici”, ovvero che sviluppano al proprio interno, ma che non sono sufficienti. Tentano allora la conquista di altri intellettuali, che Gramsci definisce tradizionali, ovvero legati ad assetti di potere preesistenti, i quali rivendicano spesso la propria autonomia ed indipendenza, e possono dimostrarsi recalcitranti a farsi colonizzare culturalmente dai nuovi gruppi sociali. Quanto più il grado di dominio di un gruppo sociale è forte, tanto più esso riesce ad assimilare un numero cospicuo di intellettuali tradizionali.

Secondo Gramsci, tutti gli uomini dotati dell’esercizio dell’intelletto possono dirsi, in qualche modo, intellettuali. Anche quando essi risultano impegnati in lavori ripetitivi ed alienanti, non smettono infatti di pensare: perfino il lavoro più meccanico non li esime da un’attività intellettuale e creatrice. Da questo non deriva però, come conseguenza necessaria, che tutti svolgano, allo stesso modo, la funzione di intellettuali: per chiarire questo punto, Gramsci sottolinea che una persona che un giorno decida di friggersi delle uova non possa per questo considerarsi un cuoco. La distinzione tra chi esercita e chi no la funzione dell’intellettuale non è riconducibile, d’altra parte, a caratteristiche naturali. Le attitudini personali, i talenti individuali, la propensione allo studio non sono caratteristiche innate, ma determinate dal contesto sociale a cui si appartiene. Come aveva già detto Marx, “in linea di principio un facchino differisce da un filosofo meno che un mastino da un levriero. È la divisione del lavoro che ha creato un abisso tra l'uno e l'altro” Marx 1969 [1847]: 109. Così, secondo Gramsci, non si nasce intellettuali, bensì lo si diventa e per farlo è necessaria l’*educazione* e il suo ambiente principale: *la scuola*<sup>21</sup>, che Gramsci descrive come

lo strumento per elaborare gli intellettuali di vario grado. La complessità della funzione intellettuale nei diversi Stati si può misurare oggettivamente dalla quantità delle scuole specializzate e dalla loro gerarchizzazione: quanto più estesa è l’“area” scolastica, e quanto più numerosi i gradi verticali della scuola, tanto è più complesso il mondo culturale, la civiltà, di un determinato Stato (Gramsci 2019: 517).

Ma che tipo di scuola ha in mente Gramsci? La distanza da Marx su questo punto diviene più netta. La prospettiva dei due autori è evidentemente differente: Marx elabora la propria teoria riflettendo sulla sorte dei bambini e dei ragazzi impiegati nell’industria sin dalla giovanissima età. Gramsci, sebbene scriva settant’anni dopo, ha dinanzi agli occhi un contesto differenziato: un’Italia in cui sopravvive un’economia in gran parte rurale ed in cui le città industriali sono decisamente poche. Egli concorda con Marx che la scuola debba essere legata alla vita, vale a dire alle condizioni materiali di esistenza dei soggetti, e anche che debba dimostrarsi attenta ai cambiamenti della tecnica. Ritiene, anzi, che sia un compito precipuo degli intellettuali interessarsi della vita pratica e delle sorti dell’industria: che questo sia imprescindibile per la loro formazione culturale e indispensabile ancor più dell’eloquenza “motrice esteriore e momentanea degli affetti e delle passioni” (Gramsci 2019: 551). Gramsci manifesta però, rispetto a Marx, maggiori dubbi che una scuola finalizzata prioritariamente a trasferire delle competenze tecniche – anche di grado molto elevato – possa rivelarsi emancipativa per il proletariato.

Le sue perplessità prendono le mosse da una lettura critica della riforma Gentile, varata in Italia nel 1923. Ricorda Gramsci che la riforma ha avuto, tra i suoi intenti, quello di professionalizzare la scuola italiana: ha previsto, accanto ai licei (agenzia educativa delle future classi dirigenti, che richiede un significativo impegno economico da parte delle famiglie e trasferisce una cultura tradizionale di carattere prevalentemente umanistico) ed agli istituti professionali (che introducono al lavoro manuale) gli istituti tecnici, come luogo di formazione del proletariato qualificato, ovvero

<sup>21</sup> Per disamina si veda Capitani, Villa 1999.

dotato di un grado elevato di specializzazione tecnica. La riforma ha costruito quindi un sistema scolastico che potremmo definire “a canne d’organo”, fondato su una granitica contrapposizione tra una scuola a vocazione aristocratica, i licei, e diverse scuole a vocazione popolare, tra cui gli istituti professionali e tecnici<sup>22</sup>. Nella scelta della scuola, risultano determinanti diversi fattori. In primo luogo, le risorse materiali che consentano oppure no di dedicarsi allo studio. Gramsci ha sperimentato personalmente le preclusioni che possono imporsi ad un giovane che, pur volenteroso, non possa permettersi di studiare: in una lettera alla moglie Giulia Schucht del 1924 racconta la frustrazione giovanile e l’“istinto della ribellione che da bambino era contro i ricchi, perché non potevo andare a studiare, io che avevo preso 10 in tutte le materie nelle scuole elementari, mentre mandavano il figlio del macellaio, del farmacista” (Gramsci 2012: 14).

In secondo luogo, Gramsci considera ugualmente condizionante il contesto in cui si è allevati. Egli osserva:

In una serie di famiglie, specialmente dei ceti intellettuali, i ragazzi trovano nella vita familiare una preparazione, un prolungamento e un’integrazione della vita scolastica, assorbono, come si dice, dall’“aria” tutta una quantità di nozioni e di attitudini che facilitano la carriera scolastica propriamente detta. Il fanciullo di una famiglia tradizionale di intellettuali supera più facilmente il processo di adattamento psico-fisico; entrando già la prima volta in classe ha parecchi punti di vantaggio sui suoi compagni, ha un’orientazione già acquisita per le abitudini famigliari: si concentra nell’attenzione con più facilità, perché ha l’abito del contegno fisico ecc. [...] anche il regime alimentare ha un’importanza ecc. cc. Ecco perché molti del popolo pensano che nelle difficoltà dello studio ci sia un ‘trucco’ a loro danno (quando non pensano di essere stupidi per natura): vedono il signore (e per molti, nelle campagne specialmente, signore vuol dire intellettuale) compiere con scioltezza e apparente facilità il lavoro che ai loro figli costa lagrime e sangue (Gramsci 2019: 535-550).

La riforma Gentile contribuisce pertanto, secondo Gramsci, ad assicurare un elevato grado di immobilismo sociale, rendendo difficile che i ragazzi delle differenti classi sociali possano ambire a condividere un comune destino scolastico. Le scuole pensate per formare forza lavoro divengono un approdo quasi obbligato per il proletariato, perché più economiche e più accessibili a chi non abbia acquisito in famiglia un’abitudine allo studio. La differenziazione tra scuole diverse rischia al contempo di presentare le competenze tecniche che vengono acquisite dagli studenti – sempre più specialistiche, settoriali, circoscritte, parziali – come uno strumento di lettura della complessità del reale, il che non è necessariamente vero.

Scrive Gramsci:

Le scuole di tipo professionale, cioè preoccupate di soddisfare interessi pratici immediati, prendono il sopravvento sulla scuola formativa, immediatamente disinteressata. L’aspetto più paradossale è che questo nuovo tipo di scuola appare e viene predicata come democratica, mentre invece non solo è destinata a perpetuare le differenze sociali, ma a cristallizzarle in scatole cinesi [...] il moltiplicarsi di tipi di scuole professionali tende dunque a eternare le differenze tradizionali, ma siccome, in queste differenze, tende a suscitare stratificazioni interne, ecco che fa nascere l’impressione di una sua tendenza democratica. Manovale e operaio qualificato, per esempio; contadino e geometra o piccolo agronomo ecc<sup>23</sup>.

La riforma Gentile risponde chiaramente alle istanze provenienti dal mondo del lavoro, il quale, trasformandosi, impone che i lavoratori diventino più specializzati e produttivi: perfino, come

<sup>22</sup> Sulle diverse fasi della scolarizzazione di massa in Italia e sul ruolo esercitato dalla riforma Gentile esiste una vastissima letteratura. Cfr., *ex multis*, G. Bonetta, *Storia della scuola e delle istituzioni educative. Scuola e processi formativi in Italia dal XVIII al XX secolo*, Giunti, Firenze 1997; G. Genovesi, *Storia della scuola in Italia dal settecento a oggi*, Laterza, Roma-Bari 1998; G. Decollanz, *Storia della scuola e delle istituzioni educative. Dalla Legge Casati alla riforma Moratti*, Laterza, Roma-Bari 2005; A. Semeraro, *Il sistema scolastico italiano*, Carocci, Roma 1999; M. Galfrè, *Tutti a scuola! L’istruzione nell’Italia del Novecento*, Carocci, Roma 2017. Più specificamente, sulla riforma Gentile e alcuni suoi esiti: M. Galfrè, *Una riforma alla prova: la scuola media di Gentile e il fascismo*, Franco Angeli, Milano 2000; F. Susi, *Scuola, società, politica, democrazia: dalla riforma Gentile ai decreti delegati*, Armando, Roma 2012.

<sup>23</sup> Gramsci 2019: 547. Su questi aspetti si veda Buttigieg 1999.

avrebbe auspicato anche Marx, più consapevoli del proprio ruolo all'interno del processo produttivo. Questo però, secondo Gramsci, non li rende necessariamente lavoratori più consapevoli e nemmeno persone più libere.

#### 4. Anche lo studio è un mestiere

Il modello della scuola professionalizzante, secondo Gramsci, presenta un limite che deriva da un fraintendimento di ordine pedagogico: essa organizza lo studio *per il* lavoro e non, invece, lo studio *come* lavoro. Nelle scuole che debbono essere velocemente professionalizzanti, infatti, gli studenti tendono a non acquisire quell'abitudine all'analisi metodica che solo lo studio prolungato nel tempo e disinteressato (ovvero svincolato da obbiettivi pratici immediati) può consentire. Gramsci scrive:

“Occorre persuadere molta gente che anche lo studio è un mestiere, e molto faticoso, con un suo speciale tirocinio, oltre che intellettuale, anche muscolare-nervoso: è un processo di adattamento, è un abito acquisito con lo sforzo, la noia e anche la sofferenza” (Gramsci 2019: 549).

Lo studioso dimostra di conoscere bene John Dewey (che è citato nei quaderni<sup>24</sup>) e il pragmatismo, introdotto in Italia dalle riviste fiorentine *Leonardo* e *La voce*, e di prendere sul serio l'istanza della scuola attiva di superare il dogmatismo e l'autoritarismo dei modelli pedagogici tradizionali. Prende però le distanze da un certo spontaneismo pedagogico di cui alcuni interpreti della scuola attiva si sono resi portavoce in Italia<sup>25</sup>. Egli osserva: “Si è ancora nella fase romantica della scuola attiva, in cui gli elementi della lotta contro la scuola meccanica e gesuitica si sono dilatati morbosamente per ragioni di contrasto e di polemica” (Gramsci 2019: 537). Secondo Gramsci, è vero che la capacità di concentrazione, l'attitudine allo studio, all'analisi, alla riflessione critica sono prerogative umane, tuttavia esse non si manifestano spontaneamente, ed in maniera indipendente dalle condizioni sociali, come vorrebbe un certo senso comune borghese. Piuttosto, sono potenzialità che vanno sollecitate ed esercitate attraverso un lungo (e faticoso) processo educativo che non può essere delegato alla famiglia: dev'essere compito precipuo della scuola. Egli propone, quindi, un modello scolastico inclusivo che definisce “scuola creativa” (*Ibidem*). La considera il coronamento della scuola attiva, vale a dire la sua realizzazione estesa alle diverse classi sociali. Perché la scuola creativa non diventi privilegio di pochi, ovvero perché non risultino così condizionanti le differenze economiche, sociali e culturali, è indispensabile che essa sia *pubblica e a tempo pieno*: Gramsci la concepisce come una vera e propria palestra di formazione culturale (immagina seminari, biblioteche, laboratori sperimentali, ma anche dormitori, refettori, asili d'infanzia che preparino gli studenti all'età scolastica), un luogo di mescolanza e di confronto tra le diverse classi sociali e, soprattutto, uno *spazio di emancipazione* per le generazioni future, al quale possano avere accesso un numero progressivamente maggiore di studenti<sup>26</sup>. La scuola creativa impone rigore ed impegno nello studio, sollecita l'intelligenza, e poi anche l'estro, la sensibilità e la creatività umane. Consente alle intelligenze di “fiorire”, senza che il determinismo familiare ed economico prevalga. Vi si possono studiare materie che, almeno apparentemente, non assumono alcuna valenza pratica immediata e che, tuttavia, presentano uno scopo fondamentale: la conoscenza di sé e del mondo. Sono eloquenti, in tal senso, le parole di Gramsci, che di fronte alle accuse di inutilità delle lingue “morte” come il latino o il greco, replica che il loro valore sta proprio nell'essere morte. Esse possono infatti essere scomposte

<sup>24</sup> Gramsci 2019 Voll. IV: 516. Sul rapporto tra Gramsci e Dewey e sul potenziale insito nella combinazione delle loro prospettive rinvio a: Liguori 1996.

<sup>25</sup> Sulle relazioni tra la pedagogia gramsciana e le proposte educative dei suoi contemporanei cfr. Martinez 2014.

<sup>26</sup> Gramsci, pur sensibile alla *questione* sessuale (ritiene infatti che essa porti con sé conseguenze “strutturali” sul piano culturale e sociale), non sembra prestare particolare attenzione alle differenze di genere con riferimento specifico alla dimensione scolastica. Sul suo rapporto con le donne e la condizione femminile si può vedere ora: Ghetti 2020. Sulla questione: Covato 2020.

ed analizzate con distacco scientifico, ed al contempo sollecitano la creatività degli studenti. Presentano una portata mitica, che attiva la fantasia degli studenti (e degli insegnanti). Il latino, così come il greco, non si studia

per parlarlo, per fare i camerieri, gli interpreti, i corrispondenti commerciali [...]. Il latino non si studia per imparare il latino [...]. Si studia per abituare i fanciulli a studiare in un determinato modo, ad analizzare un corpo storico che si può trattare come un cadavere che continuamente si ricompone in vita, per abituarli a ragionare, ad astrarre schematicamente pur essendo capaci dall'astrazione e ricaricarsi nella vita reale immediata, per vedere in ogni fatto o dato ciò che ha di generale e ciò che di particolare, il concetto e l'individuo (Gramsci 2019: 544-545).

Emerge, dai testi gramsciani, l'ideale di un nuovo umanesimo, fondato sull' "l'autodisciplina intellettuale e l'autonomia morale" (Ivi: 536)<sup>27</sup>, il quale non si dimostri affatto cieco rispetto allo sviluppo della tecnica e dell'industria, ma nemmeno si limiti ad assecondarlo, bensì si imponga di leggerlo criticamente.

## 5. Vecchie e nuove pedagogie del lavoro

Gramsci muore nel 1937. Non può – per ovvie ragioni – assistere alla genesi della Costituzione del 1948. Nei lavori dell'assemblea costituente, però, esercita un ruolo di primo piano Palmiro Togliatti, l'editore eccellente dei suoi testi in Italia<sup>28</sup>.

Togliatti offre un contributo imprescindibile nella complessa stesura degli artt. 33 e 34 Cost., i quali riconoscono finalmente l'istruzione come un *diritto sociale fondamentale*<sup>29</sup>. La Costituzione assegna allo Stato il dovere di assicurare a ciascuno pieno accesso all'istruzione e garantisce ai capaci e meritevoli, anche se privi di mezzi, il diritto di accedere ai gradi più elevati di istruzione. Prevede una scuola libera, come il cuore pulsante della sfera pubblica: una comunità di insegnamento e di apprendimento.

È però necessario più di un decennio perché il legislatore superi la riforma Gentile e con la legge 1859/62 istituisca una scuola media inferiore unificata, che consenta l'accesso a tutte le scuole medie superiori.

La legge 1859 – uno degli atti più significativi dei governi del centro-sinistra, in cui sulle tematiche formative un ruolo assai rilevante venne esercitato dalle forze socialiste – si propone di realizzare un modello di istruzione coerente coi principi democratici<sup>30</sup>, che elevi e renda omogenea la cultura di base tra la popolazione studentesca, promuova la parità di occasioni formative per i diversi ceti, consenta la mobilità sociale. Essa realizza cioè un modello che, pur avendo matrici politiche diverse, presenta profonde analogie con la "scuola creativa" immaginata da Gramsci<sup>31</sup> e contribuisce alla scolarizzazione di massa, producendo a cavallo tra gli anni Sessanta e Settanta, risultati certamente importanti sul piano dell'inclusione e della mobilità sociale<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Gramsci 2019: 536. Sul punto cfr. Di Giovanni 1977.

<sup>28</sup> Sulle complesse dinamiche che accompagnarono la pubblicazione dei quaderni da parte di Togliatti cfr. Vacca 2005.

<sup>29</sup> Sul diritto allo studio come diritto sociale fondamentale si può consultare: Barone, Vecchio 2012; Poggi 2015; Id. 2019, in part. pp. 121-165; Matucci, Rigano 2016 (in part. Galazzo); Matucci 2019; Cassese 1977 e Marzocco 2021.

<sup>30</sup> Nella seduta del 18 dicembre 1962 alla Camera dei deputati, l'On. Anna De Lauro Matera (PSI) nel suo discorso parla di scuola media unica come "strumento insostituibile di autentica democrazia". Dal canto suo, il 19 dicembre, l'On. Pier Luigi Romita (PSDI) ne parla come di fondamentale "strumento di democrazia e di progresso".

<sup>31</sup> La norma presenta naturalmente anche delle difformità rispetto al modello gramsciano. La più significativa è la riduzione dello studio del latino, che determina il voto contrario all'approvazione della legge da parte delle rappresentanze parlamentari del Partito comunista. Per una recente ricostruzione del dibattito che accompagnò il percorso di riforma: Errico 2022.

<sup>32</sup> Particolarmente significativa in questa fase è l'attività della cosiddetta "scuola di Firenze", fondata da Ernesto Codignola, e animata da altri pedagogisti di forte impronta democratica e sociale, profondamente ispirati da Dewey:

In quegli stessi anni, anche gli altri temi pedagogici gramsciani condizionano tanto il dibattito pubblico quanto quello teorico: nel 1967, sulla scorta dell'esperienza della scuola di Barbiana, Don Lorenzo Milani si sofferma sulla necessità che l'istituzione scolastica diventi ancor di più un luogo di inclusione democratica, denunciando in *Lettera a una professoressa* che “il principale difetto della scuola italiana sono i ragazzi che ancora perde”<sup>33</sup>. Al contempo, in maniera quasi unanime la pedagogia democratica e progressista (fortemente ispirata dalle tesi di Dewey) afferma che una differenziazione dei percorsi scolastici operi come il freno più efficiente per la mobilità sociale e l'accesso libero al lavoro.

In tal senso, Antonio Santoni Rugiu afferma:

La mossa principe, il colpo sicuro del potere è nel controllo discriminato degli accessi al lavoro. È a questo che il potere politico-economico – proprio in quanto potere fondamentale che agisce attraverso il controllo delle forze produttive, e in particolare degli effetti della divisione del lavoro – non potrà e non vorrà rinunciare (Santoni Rugiu 1975: 38).

Nell'ultimo trentennio, il discorso pedagogico sembra però aver subito, da un certo punto di vista, un progressivo slittamento. Certo, non sono mancate riflessioni accurate sullo studio *come* lavoro e attività fondamentale: basti pensare al testo di Martha C. Nussbaum, tradotto in diverse lingue, sulla necessità dello studio disinteressato per poter coltivare l'umanità<sup>34</sup>.

L'avvento del “neoliberalismo”, come una teoria del tutto, ha però condizionato anche le politiche educative e ha permeato molte delle riflessioni sull'educazione<sup>35</sup>. Sul piano politico, a partire dai primi anni Novanta, anche su impulso di istituzioni internazionali come la Banca Mondiale, l'OCSE ed il WTO<sup>36</sup>, si è registrato un sostanziale allineamento di tutte le democrazie occidentali, compresa l'Italia, in direzione della *professionalizzazione* dell'intero comparto dell'educazione, dalla scuola primaria fino all'università<sup>37</sup>.

---

Lamberto Borghi, Aldo Visalberghi, Francesco De Bartolomeis, Raffaele Laporta, Antonio Santoni Rugiu, e altri. Strumenti fondamentali del gruppo sono la rivista “Scuola e Città” e la storica collana de La Nuova Italia “Educatori antichi e moderni”. Si veda, in proposito, Fiorucci, Lopez 2017 e in particolare, per le tematiche affrontate in questo saggio, il contributo di Covato. Un momento di confronto rilevante, all'inizio dell'anno che vedrà l'approvazione, alla sua conclusione, della istituzione della scuola media unica, fu rappresentato dal Convegno promosso per iniziativa della Sezione pedagogica dell'Istituto Gramsci su ‘Struttura, contenuti e metodi della scuola obbligatoria’, i cui atti furono pubblicati sulla rivista “Riforma della scuola”, VIII, 6-7, 1962. La relazione introduttiva venne tenuta da Dina Bertoni Jovine (parteciparono fra gli altri Luigi Volpicelli, Lucio Lombardo Radice, Giacomo Cives, Bruno Ciari, Cesare Luporini, Giorgio Bini, Mario Alighero Manacorda e Antonio Santoni Rugiu).

<sup>33</sup> Don Milani condivide con Gramsci l'atteggiamento di condanna verso una scuola che diventi veicolo di immobilismo sociale. Non ne condivide però le strategie educative, al punto da essere spesso considerato l'“anti-Gramsci”. Sulla questione, Benedetti, Coccoli 2018, Cap. IX.

<sup>34</sup> Nussbaum 2011 [2010]. Non sono mancate nel dibattito internazionale riflessioni anche sul contributo di Gramsci in ambito pedagogico. Cfr., tra i lavori recenti, Pizzolato, Holst 2017.

<sup>35</sup> La vocazione del neoliberalismo a divenire teoria del tutto è stata messa in luce in Italia da Luciano Gallino. Tra le sue pubblicazioni sul tema, ci limitiamo a segnalare Gallino 2015. Sul concetto di libertà nella narrazione neoliberale, cfr. De Carolis 2017. Sul rapporto tra la prospettiva neoliberale e la dimensione giuridica cfr. Giolo 2020.

<sup>36</sup> Il modo in cui le istituzioni internazionali hanno incoraggiato, anche sul piano economico, delle politiche che assimilassero l'istruzione ad un bene di mercato, è accuratamente documentata in Johnstone 1998:2.

<sup>37</sup> Sottolinea questo *trend* sul piano globale Nussbaum 2011 [2010]. Per fare riferimento a quanto è avvenuto nel nostro ordinamento, è sufficiente ricordare gli slittamenti semantici e le torsioni ideologiche che hanno subito due concetti cardine dell'universo dell'istruzione: l'autonomia scolastica e la didattica per competenze. L'autonomia, presentata come lo strumento in grado di rendere la scuola un'interfaccia tra lo Stato e la società civile, nel corso degli anni ha contribuito a determinare, nelle politiche scolastiche, una serie di rapporti schizofrenici tra centro e periferia. La logica dell'*accountability*, che da diversi anni caratterizza ogni ordine e grado di istruzione, dalla scuola dell'infanzia all'università, ha imposto che l'autonomia delle istituzioni educative fosse temperata da un lavoro periodico di rendicontazioni, report e verifiche da sottoporre costantemente all'amministrazione centrale, atte a provare che ciascun ente avesse raggiunto gli obiettivi *standard* prefissati, indipendentemente dal contesto reale in cui esso si trovasse ad operare. Si giustificano in questo modo, solo per fare alcuni esempi, la crescente promozione, nella scuola, degli strumenti Invalsi, la cui validità sul piano pedagogico pure è stata contestata da più parti; il ruolo manageriale attribuito ai dirigenti

Sul piano della riflessione teorica, si può segnalare come si sia decisamente imposta la “teoria del capitale umano”<sup>38</sup>.

Uno dei corollari di questa teoria è la tesi dell’autosufficienza educativa dell’impresa, la quale afferma che il lavoro non solo possa offrire una valida formazione al lavoratore (*on the job training*) ma al contempo abbia, sempre e comunque, un carattere educativo, rappresentando una sorta di palestra di vita (e di competizione) che insegna all’individuo come divenire “imprenditore di sé stesso”.

Questa operazione culturale ha richiesto, come è evidente, una rimozione poderosa non solo delle riflessioni di Gramsci sul valore della scuola creativa e dello studio disinteressato, ma pure di tutte le avvertenze marxiane sull’equilibrio complesso che deve instaurarsi tra istruzione e lavoro e sul rischio di alienazione che il lavoro sempre comporta e, ancora, della funzione della scuola pubblica come luogo di inclusione per tutti.

Secondo il nuovo spirito del capitalismo, di cui la teoria del capitale umano (con tutti i suoi corollari) appare un coerente precipitato, la missione dell’istituzione scolastica torna ad essere, piuttosto che formare cittadini e cittadine, quella di istruire una nuova forza-lavoro<sup>39</sup>, la quale presenti caratteristiche precise, meglio rispondenti alle esigenze del mercato: risulti competente sul piano tecnico, *smart*, flessibile e, preferibilmente, “a basso a costo”<sup>40</sup>.

### Bibliografia

Alessandrini G. (a cura di) 2017, *Atlante di pedagogia del lavoro*, Milano: Franco Angeli.

Aristotele, *Politica*, 1328 VII, b-9.

Barzaghi E. 1998, *Il concetto di lavoro manuale in San Tommaso d’Aquino*, Bologna: ESD: 12-79.

Baccelli L. 1991, *Praxis e poiesis nella filosofia politica moderna*, Franco Angeli: Milano.

Barone G., G. Vecchio. 2012, *Il diritto all’istruzione come diritto sociale: oltre il paradigma economicistico*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane.

Benedetti G., D. Coccoli. 2018, *Gramsci per la scuola. Conoscere è vivere*, Roma: L’Asino d’oro edizioni.

Baldacci M. 2014, *Per un’idea di scuola. Istruzione, lavoro e democrazia*, Milano: Franco Angeli.

Becker G. S. 2008, *Il capitale umano* [1964], Roma Bari: Laterza.

Bodei R. 2014, *La civetta e la talpa. Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna: Il Mulino.

Cavaliere A. 2019, *L’Invenzione della povertà. Dalla teologia della salvezza ai diritti sociali*, Napoli: La scuola di Pitagora.

Bonetta G. 1997, *Storia della scuola e delle istituzioni educative. Scuola e processi formativi in Italia dal XVIII al XX secolo*, Firenze: Giunti.

Buttigieg J. 1999, *Le forme cinesi: dalla scuola retorica alla scuola democratica*, in L. Capitani, R. Villa (a cura di), *Scuola, intellettuali e identità nazionale nel pensiero di Antonio Gramsci*: Roma: Gamberetti: 63-73.

Cambi F. 1994, *Libertà da...L’eredità del marxismo pedagogico*, Firenze: La Nuova Italia.

---

scolastici dalle normative più recenti (da ultima, la legge 107/2015); la progressiva espansione dei poteri attribuiti all’Agenzia nazionale di valutazione del sistema universitario e della ricerca-ANVUR nella *governance* dell’università. La logica della valutazione continua non si è dimostrata, d’altra parte, priva di effetti: le scuole e le università meno “performanti” infatti, negli ultimi anni, hanno goduto di un minore riconoscimento e perfino, in taluni casi, di forme ridotte di sostegno economico. Analizza il modo in cui in Italia si è saldato il legame tra politiche dell’istruzione e “ideologia neoliberale” Baldacci 2014.

<sup>38</sup> Testo base di questa tendenza, divenuta una vera e propria ideologia, è senz’altro quello dell’economista Gary S. Becker 2008 [1964]. Becker è stato Premio Nobel per l’economia nel 1992.

<sup>39</sup> Per un’efficace descrizione di questi processi rinvio a R. Contessi, *Scuola di classe*, Laterza, Roma-Bari 2016.

<sup>40</sup> Su questi profili: Portera, Dusi 2017.

- Capitani L., R. Villa 1999 (a cura di), *Scuola, intellettuali e identità nazionale nel pensiero di Antonio Gramsci*, Roma: Gamberetti.
- Cassese S. 1977, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in AA.VV. *Scritti in onore di C. Mortati*, 3, Milano: Giuffrè: 253-301.
- Contessi R. 2016, *Scuola di classe*, Roma-Bari: Laterza.
- Covato C. 2017, *Democrazia ed educazione. Il confronto fra marxisti e attivisti negli anni Sessanta*, in Fiorucci M., G. Lopez G. (a cura di), *John Dewey e la pedagogia democratica del '900*, Roma: RomaTrE Press: 101-107.
- Covato C. 2020, *La pregiudiziale di genere e il diritto negato: le donne e l'accesso all'istruzione nell'Italia unita*, in A. Ascenzi, R. Sani (a cura di), *Inclusione e promozione sociale nel sistema formativo italiano dall'Unità ad oggi*, Milano: Franco Angeli.
- Dal Lago M. 2011, "La combinazione di lavoro produttivo e istruzione in Marx", *Cqia*, Aprile: 61-75.
- De Carolis M. 2017, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata: Quodlibet.
- Giolo O. 2020, *Il diritto neoliberale*, Napoli: Jovene Editore.
- Decollanz G. 2005, *Storia della scuola e delle istituzioni educative. Dalla Legge Casati alla riforma Moratti*, Roma-Bari: Laterza.
- Dewey J. 1954, *Il mio credo pedagogico. Antologia di scritti sull'educazione [1897]*, tr. it. di L. Borghi, Firenze: La Nuova Italia.
- Di Giovanni P. 1977, *L'umanesimo di Gramsci nell'economia politica marxista*, in F. Ferri (a cura di), *Politica e Storia in Gramsci*, Atti del Convegno internazionale di studi gramsciani: Firenze, 9-11 dicembre 1977, 2 vol., Roma: Editori Riuniti.
- Duichin M. 1978, *Marxismo e rapporto uomo-donna: famiglia, matrimonio, amore, sessualità e questione femminile nella concezione di Marx ed Engels*, Roma: Carecas.
- Errico G. 2022, *La scuola media unica: la scuola di tutti. Storia di una dibattuta riforma*, Napoli: Il Capoverso edizioni.
- Finelli R. 2009, "Trame del riconoscimento in Hegel" *Archivio di Filosofia*, Vol. 77, n. 2: 39-57.
- Fineschi R. 2003, "Modelli teorici o descrizioni storico-sociologiche? Per una rilettura della sussunzione del lavoro sotto il capitale", *Proteo*, n. 1: 70-73.
- Fiorucci M., Lopez G. 2017 (a cura di), *John Dewey e la pedagogia democratica del '900*, Roma: RomaTrE Press, disponibile all'indirizzo: (<https://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2020/02/John-Dewey-e-la-pedagogia-democratica-del-%E2%80%9998900.pdf>).
- Fornaro M. 1978. *Il lavoro negli scritti jenesi di Hegel*, Milano: Vita e Pensiero.
- Fossier R. 2002, *Il lavoro nel medioevo*, Torino: Einaudi.
- Formizzi G. 1973, *La pedagogia di Karl Marx*, Brescia: La scuola.
- Foucault M. 2004, *La cura di sé. Storia della sessualità 3 [1984]*, tr. it. di L. Guarino, Milano: Feltrinelli.
- Galazzo G., *Obbligatoria e gratuita: riflessioni in ordine alla natura sociale del diritto all'istruzione* in G. Matucci, F. Rigano 2016 (a cura di), *Costituzione e istruzione*, prefazione di G. Colombo, Milano: Franco Angeli: 325-351.
- Galfré M. 2012, *Una riforma alla prova: la scuola media di Gentile e il fascismo*, Milano: Franco Angeli.
- Galfré M. 2017, *Tutti a scuola! L'istruzione nell'Italia del Novecento*, Roma: Carocci.
- Gallino L. 2015, *Il denaro, il debito e la doppia crisi. Spiegato ai nostri nipoti*, Torino: Einaudi
2015. Ghetti N. 2020, *Gramsci e le donne: gli affetti, gli amori, le idee*, Roma: Donzelli.
- Gramsci A. 2012, *Come va il tuo cervellino? Lettere sull'amore per lo studio*, Roma: L'Ombra.
- Gramsci A. 2019, *Quaderni dal carcere*, Voll. II e III, Torino: Einaudi.
- Genovesi G. 1998, *Storia della scuola in Italia dal settecento a oggi*, Roma-Bari: Laterza.
- Hegel G.W. F. 1983, *Filosofia dello spirito jenesese*, tr. it. a cura di G. Cantillo, Roma-Bari: Laterza.

- Hegel G.W. F. 2019, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1820], tr. it. a cura di G. Marini, Roma-Bari: Laterza.
- Johnstone D. B. 1998, "The Financing and Management of Higher Education: A Status Report on Worldwide Reforms", *The World Bank*, disponibile all'indirizzo: <http://www.worldbank.org/html/extdr/educ/postbasc.htm>.
- Liguori G., 1995, "Dewey, Gramsci e il "pragmatismo neogramsciano", *Critica marxista* 3: 59-66.
- Manacorda M.A. 1966, *Marx e la pedagogia moderna*, Roma: Editori riuniti.
- Manacorda M.A. 1976, *Il marxismo e l'educazione: Marx, Engels, Lenin*, Roma: Armando.
- Manacorda M.A. 2008, *Marx e l'educazione*, Roma: Armando.
- Manieri R. 1978, *Donna e capitale: Comte, Mill e Marx sulla condizione della donna*, Milano: Mondadori.
- Martinez D. 2014, "Gramsci e il movimento per l'educazione nuova. Alcuni spunti di riflessione" in *Studi sulla formazione*, n. 1: 181-202.
- Marx K. 1969, *Miseria della filosofia* [1847], tr. it. di F. Rodano, Roma: Editori Riuniti.
- Marx K. 2013, *Il Capitale* [1867], tr. it. a cura di A. Macchiorro e B. Maffi, Novara: Utet.
- Marx K. 2008, *Critica del programma di Gotha* [1875], tr. it. e cura di G. Sgrò, introduz. di R. Massari, con un saggio di A. Illuminati, Bolsena: Massari.
- Marx K. 2008, *Istruzioni per i delegati del Consiglio Centrale Provvisorio dell'A.I.L.* [1867] in M.A. Manacorda, *Marx e l'educazione*, Roma: Armando Editore.
- Marx K., F. Engels. 1972, *La Sacra Famiglia*, Roma: Editori Riuniti.
- Marzocco V. 2021, *Insegnare il diritto. Il quadro delle fonti normative e la sua evoluzione* in Id., S. Zullo, Th. Casadei, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive. Seconda Edizione*, Pisa: Pacini Editore: 1-42.
- Portera A., P. Dusi 2017, *Neoliberalismo, educazione e competenze interculturali*, Milano: Franco Angeli.
- Matucci G. 2019 (a cura di), *Diritto all'istruzione e inclusione sociale: la scuola aperta a tutti alla prova della crisi economica*, Milano: Franco Angeli.
- Matucci G., Rigano F. 2016 (a cura di), *Costituzione e istruzione*, prefazione di G. Colombo, Milano: Franco Angeli.
- Nussbaum M.C. 2011, *Non per profitto. Perché le democrazie hanno bisogno della cultura umanistica* (2010), tr. it. di R. Falcioni, Bologna: Il Mulino.
- Potestio, A. 2011, "Il lavoro e l'educazione in Rousseau" *Cqia*, Aprile: 1-17.
- Poggi A.M. 2015, *Il diritto all'istruzione come diritto sociale*, in Catelani E., R. Tarchi (a cura di), *I diritti sociali nella pluralità degli ordinamenti*, Napoli: Editoriale scientifica: 59-71.
- Poggi A.M. 2019, *Per un diverso Stato sociale: la parabola del diritto all'istruzione nel nostro paese*, Bologna: Il Mulino.
- Preterossi G. 2011, *La politica negata*, Roma-Bari: Laterza.
- Rousseau, J.-J. 1994, *L'Emilio o dell'educazione* [1762], tr. it. di P. Massimi, Roma: Armando Edizioni.
- Scandurra S. A. 2019, "Valore educativo del lavoro: uno sguardo alla prospettiva della sinistra pedagogica italiana durante la metà del Novecento" *Studi sulla Formazione*, 22: 283-293.
- Semeraro A. 1999, *Il sistema scolastico italiano*, Roma: Carocci.
- Susi F. 2012, *Scuola, società, politica, democrazia: dalla riforma Gentile ai decreti delegati*, Armando: Roma.
- Weber M. 2007, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo* [1805], tr. it. di A. M. Marietti, Milano: Rizzoli.
- Vacca G. 2005, (a cura di) *Togliatti editore di Gramsci*, Roma: Carocci.
- Santoni Rugiu A. 1975, *Crisi del rapporto educativo*, Milano: La Nuova Italia.
- Pizzolato N., Holst J. D. 2017 (ed. by), *Antonio Gramsci. A pedagogy to change the world*, Berlin: Springer.

Roberto Luppi<sup>1</sup>

*L'importanza del discorso religioso nelle democrazie liberali in difficoltà. Una riflessione a partire dalle teorizzazioni di Rawls e Habermas*

ABSTRACT

The article analyzes the role that religious voices play in the public reason of democratic societies according to the theories of Rawls and Habermas. The two philosophers seem to face a similar path: after promoting an idea of the public sphere understood in purely secular terms, both Rawls and Habermas place increasing value on the contribution of religious communities in the political life of liberal States. The paper examines the basic requirements that – in the views of the two philosophers – religious reasons on the public sphere must meet in order to play a significant role. The basic idea is that certain conditions can be identified, that make not only possible, but desirable and (perhaps) even necessary for religious communities to appeal to their deepest convictions in the public discourse. In the concluding remarks, some reflections are presented with reference to the contribution to the public discussion on migrants offered by Pope Francis.

KEYWORDS

Rawls, Habermas, Public Reason, Religion, Migrants.

INDICE

1. Introduzione. 2. Rawls e Habermas: da esclusivisti ad aperturisti. 3. Requisiti previsti da Rawls e Habermas per l'introduzione dei contenuti religiosi nella sfera pubblica. 4. L'apporto della Chiesa Cattolica al ragionamento pubblico sui migranti: spunti conclusivi.

1. Introduzione

È una separazione netta tra le sfere del pubblico e del privato quella che caratterizza il mondo liberale. Mentre il primo ambito è considerato il luogo di leggi, principi e argomenti che possono essere compresi e fatti propri dalla totalità della cittadinanza; il secondo spazio, invece, vede il proliferare di una molteplicità di dottrine filosofiche, religiose ed etiche.<sup>2</sup> La necessità che tutti comprendano gli argomenti utilizzati nella sfera pubblica, unita al fatto del pluralismo, ha spinto molti pensatori liberali a restringere lo spettro di argomentazioni utilizzabili quando si affrontano discussioni alla base della vita collettiva e ad asserire che la deliberazione democratica debba essere condotta senza fare appello a controverse affermazioni provenienti dalle visioni del mondo (settarie) dei singoli. Il fondamento per il *decision making* politico deve consistere così unicamente di un bagaglio di principi e valori *pubblici* – e, in quanto tali, neutrali in riferimento alle differenti concezioni del bene –, ritenuti ampiamente condivisi dalla cittadinanza.<sup>3</sup>

I pensatori appartenenti a questo raggruppamento – tra i quali si annoverano John Rawls e Jürgen Habermas – sono stati definiti da Christopher Eberle *justificatory liberals*.<sup>4</sup> Seppure avvallino

<sup>1</sup> Docente di *Philosophy of Law* presso il corso di laurea Magistrale in Giurisprudenza della LUMSA, Dipartimento di Giurisprudenza - sede di Palermo. E-mail: robertinoluppi@gmail.com.

<sup>2</sup> Cfr. Habermas 2008: 22.

<sup>3</sup> Rawls 1996: 224-225.

<sup>4</sup> Pensatori appartenenti a questo gruppo sono, ad esempio: C. Larmore (1990), B. Ackerman (1980), R. Audi (1989) e G. Gaus (2018).

posizioni distanti tra loro, essi sono accomunati dall'accordo su due elementi principali. Innanzitutto, attribuiscono un elevato valore ai principi e alle pratiche liberali. A renderli *justificatory liberals* è però la convinzione che ogni cittadino, in virtù del *rispetto* che deve agli altri, ha il dovere morale di ricercare forme di *giustificazione pubblica* per le leggi che sostiene. Conseguentemente, il singolo è legittimato a supportare soltanto quelle leggi per le quali è in grado di offrire una motivazione comprensibile e condivisibile da ogni consociato.<sup>5</sup> Questo requisito è un elemento fondamentale di ciò che i pensatori menzionati definiscono l'idea di *public reason*. Sulle caratteristiche specifiche di quest'ultima non esiste un vero e proprio accordo; ciò su cui vi è però consenso unanime è un punto sostanziale: i cittadini non possono supportare una legge sulla base di convinzioni *esclusivamente religiose*. In caso contrario, ad avvenire sarebbe una mancanza di rispetto e una violazione del principio di tolleranza.<sup>6</sup> Visione della vita buona e credo religioso devono rimanere circoscritti all'ambito del privato («privatization of religion»<sup>7</sup>), mentre ad avere la meglio sono i tratti secolari del ragionamento pubblico.

La separazione tra sfera pubblica e religiosa sembra così difficile da mediare, se non fosse che due autorevoli *justificatory liberals*, John Rawls e Jürgen Habermas<sup>8</sup>, nella parte finale della loro riflessione, fanno dei passi fondamentali verso il riconoscimento dell'importanza che il discorso religioso ricopre (anche) nella vita pubblica delle nostre società, in virtù della sua capacità di stimolare discussioni e riflessioni che rimarrebbero altrimenti sopite. La ragione di questa (*risuscitata*) centralità delle voci religiose risiede nella loro grande capacità di interrogare la realtà sociale per rintracciare e combattere tensioni o, in alcuni casi, iniquità esistenti.

Il presente articolo si concentra proprio sul ruolo attribuito da questi due fondamentali esponenti della filosofia politica del XX secolo, Rawls e Habermas, agli argomenti religiosi nel ragionamento pubblico degli Stati democratici.<sup>9</sup> Profondamente influenzati nelle loro riflessioni dall'approccio kantiano, seppure adottino prospettive filosofiche ben diverse, essi hanno dedicato ampio spazio e un ruolo di assoluto primo piano al concetto di ragione, ai suoi poteri e ai suoi limiti, ai meccanismi di giustificazione del potere politico, alla capacità del ragionamento pubblico di criticare le condizioni esistenti, ma anche di strutturare e guidare la pratica politica. Lasciando però da parte i tratti generali delle loro (mastodontiche) costruzioni filosofiche, questo scritto si concentra sull'analisi di un elemento che si dimostrerà – per larghi tratti – accomunare Rawls e Habermas, ovverosia il loro modo di concepire la relazione tra il discorso pubblico e i contenuti e le argomentazioni religiose. I due

<sup>5</sup> Cfr. Eberle 2004: 12. L'idea di fondo è che «mutually binding laws should be mutually justifiable». Gutmann 1999: 908.

<sup>6</sup> Cfr. Rawls 1999: 337-338. Le credenze religiose sono repute generatrici di conflitti in seno alla collettività, soprattutto nel momento in cui giochino un ruolo nella deliberazione politica. Da questo assunto di base deriva la convinzione, ben radicata nel liberalismo, che la stabilità sociale dipenda dall'allontanamento delle questioni confessionali dalla sfera pubblica. Cfr. Eberle 2014: 35.

<sup>7</sup> A riguardo della «privatization of religion», vedi Weithman (1994). Boettcher (2007) offre utili controargomenti alle critiche relative alla privatizzazione della religione rivolte in particolar modo a Rawls.

<sup>8</sup> Se l'inserimento di John Rawls all'interno dello schieramento liberale risulta pressoché scontato – basti pensare al titolo di una delle sue opere principali, *Political Liberalism* (1996) –, alcuni potrebbero storcere il naso di fronte ad una siffatta categorizzazione per la riflessione di Habermas. Egli, infatti, inizialmente oppone al liberalismo politico il suo repubblicanesimo kantiano. In seguito, però, è lo stesso filosofo tedesco ad identificare il repubblicanesimo kantiano come una forma di liberalismo politico e a ridurre le differenze tra il suo pensiero e quello di Rawls ad una pura e semplice «family quarrel». Habermas 1998: 50.

<sup>9</sup> Seppur in contesti filosofici diversi, i due pensatori hanno condiviso il merito di *rivitalizzare* la filosofia politica, disciplina che, nella seconda metà del 1900, sembrava aver perso la spinta propositiva dei secoli precedenti. A questo risultato, ognuno è pervenuto nella sua realtà di riferimento: Rawls nell'ambito del pensiero politico di matrice anglo-americana; Habermas nel quadro della seconda generazione della Scuola di Francoforte. Il primo si distingue per la sua capacità di articolare un'alternativa al paradigma utilitaristico, inscritta all'interno della tradizione del contrattualismo kantiano. Fondandosi sulla convinzione che la razionalità possa essere rintracciata nelle strutture universali della comunicazione umana, il secondo ripone invece la sua fiducia nella possibilità che un accordo equo sia effettivamente raggiungibile attraverso l'uso della ragione comunicativa. Egli sostiene così una concezione discorsiva della democrazia, in cui si fondono l'interesse per l'agire comunicativo da un lato e per la democrazia deliberativa dall'altro. Cfr., a questo proposito, Hedrick 2010: 2-6.

filosofi sembrano infatti affrontare un percorso simile: dopo aver dato un contributo teorico fondamentale in vista dello sviluppo di un'idea di sfera pubblica intesa in termini prettamente secolari, col passare del tempo, tanto Rawls quanto Habermas riscoprono e danno un crescente valore alla funzione delle comunità di credenti nel discorso e nella vita politica delle società liberali (paragrafo 2).<sup>10</sup>

Nel paragrafo 3, l'articolo individua e analizza i requisiti e le condizioni fondamentali che – a parere dei due filosofi – il discorso religioso sulla scena pubblica deve rispettare al fine di potervi giocare un ruolo significativo. L'idea di fondo è pertanto quella che si possano individuare alcune condizioni, in cui è non solo possibile, ma auspicabile e (forse) necessario che i credenti facciano appello alle proprie convinzioni più profonde nell'ambito della loro partecipazione al discorso pubblico. Nel paragrafo conclusivo, infine, si offrono alcune riflessioni in merito alle argomentazioni avanzate nella discussione pubblica sui migranti dalla Chiesa Cattolica e in particolare da Papa Francesco, che ha fatto delle migrazioni uno dei temi cardine del suo pontificato. Attraverso alcuni esempi provenienti dai suoi discorsi, si fa riferimento a principi e valori che la comunità dei credenti ha provato ad inserire nel dibattito pubblico sui migranti, rapportandoli ai dettami sull'introduzione dei contenuti di fede nel discorso pubblico formulati da Rawls e Habermas.

## 2. Rawls e Habermas: da esclusivisti ad aperturisti

La convinzione nella necessità di una neutralità della politica in questioni etiche ha indubbiamente avuto in John Rawls uno dei suoi filosofi di punta. In ragione del pluralismo delle società odierne, il filosofo richiede ai membri della collettività di mettere da parte qualsiasi appartenenza, credo o convinzione settaria nel foro pubblico, assumendo il punto di vista *super partes* del cittadino democratico. È in questo quadro d'insieme che bisogna inserire il suo discorso sulla *public reason*.<sup>11</sup> Essa si riferisce alle tipologie di ragioni a disposizione di cittadini e funzionari statali in occasione della pubblica discussione e deliberazione su materie concernenti la giustizia della loro collettività.<sup>12</sup> In particolare, il *target* del ragionamento pubblico sono elementi costituzionali fondamentali e aspetti della giustizia di base non coperti dalla costituzione, concernenti tematiche economiche e di giustizia sociale. L'idea di fondo della ragione pubblica è quella di evitare che, ogniqualvolta si debbano risolvere questioni basilari per la collettività, si faccia indebito affidamento su metodi di ragionamento e argomenti impliciti in conflittuali concezioni del bene.<sup>13</sup>

Guadagna centralità l'opposizione tra politico e non politico (inteso come metafisico, religioso, etico, ecc.) e si manifesta l'obiettivo della ragione pubblica di fare esclusivo affidamento sui valori del primo. Essi sono presenti nella cultura pubblica di una società e trovano radicamento nella sua costituzione e tradizione interpretativa, oltre che nei documenti politici e storici fondamentali. A creare divisioni e attriti sono però i disaccordi su come tradurre questi valori in provvedimenti specifici. In virtù della loro *indeterminatezza*, essi possono ricevere infatti interpretazioni anche molto differenti fra loro. L'impossibilità su materie costituzionali o questioni di giustizia di base di ogni riferimento alla sfera del non politico deriva invece dal fatto che quest'ultima, non godendo di approvazione unanime, risulterebbe socialmente *divisiva e irrispettosa*.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> La posizione di questo lavoro concorda con Boettcher quando afferma che le posizioni dei due filosofi «are in the end not so different». Boettcher 2009: 216. In riferimento alle comunità religiose, non si può negare che esse si differenzino le une dalle altre, così come il credo che esse professano. In questo articolo, si è deciso di circoscrivere i riferimenti alla religione cristiana, seguendo l'approccio prevalente degli stessi Rawls e Habermas.

<sup>11</sup> Rawls esamina estesamente il concetto di ragione pubblica, prima, nel capitolo VI di *Political Liberalism* e poi nel saggio del 1997 dal titolo *The Idea of Public Reason Revisited*.

<sup>12</sup> Cfr. Rawls 2000: 131; Freeman 2004: 2029.

<sup>13</sup> Cfr. Rawls 2000: 133; e Scanlon 2003: 162.

<sup>14</sup> Cfr. Quinn 1995: 42; e Boettcher 2007: 127.

L'IMPORTANZA DEL DISCORSO RELIGIOSO NELLE DEMOCRAZIE LIBERALI IN DIFFICOLTÀ. UNA RIFLESSIONE A PARTIRE  
DALLE TEORIZZAZIONI DI RAWLS E HABERMAS

In riferimento al concetto di ragione pubblica, un elemento a cui Rawls attribuisce un ruolo chiave è il dovere di civiltà:

«[t]he ideal of citizenship imposes a moral, not a legal, duty – the duty of civility – to be able to explain to one another on those fundamental questions how the principles and policies they advocate and vote for can be supported by the political values of public reason»<sup>15</sup>.

Tale dovere implica che il cittadino senta l'obbligo di appellarsi alla ragione pubblica e quindi a valori generalmente condivisibili ogniqualvolta si trovi a giustificare o criticare leggi e proposte su questioni politiche fondamentali. Il dovere di civiltà si rivolge soltanto al dibattito nel foro pubblico, laddove i cittadini esercitino la loro influenza su elementi costituzionali essenziali e questioni di giustizia di base. Ogniqualvolta tali requisiti non si verificano, i cittadini sono invece liberi di discutere e votare sulla base delle loro ragioni comprensive. Queste ultime sono proprie del dibattito quotidiano all'interno di realtà come chiese, università e associazioni, di cui ampio esempio è presente in ogni democrazia in salute. Le ragioni non pubbliche alimentano i dibattiti della «background culture», al cui interno sono esplicitate e discusse le posizioni delle differenti dottrine comprensive e ogni cittadino ha eguale diritto di esprimere la sua opinione.<sup>16</sup>

Le rilevanti limitazioni imposte da Rawls all'utilizzo pubblico delle visioni del mondo soggettive hanno suscitato critiche e obiezioni.<sup>17</sup> Un'accusa di rilievo è quella di Jeremy Waldron, che critica Rawls per il suo *conservatorismo* e ciò in virtù del fatto che la sua idea di ragione pubblica appare fissa e poco aperta al cambiamento. Ogni argomento inedito e innovativo sembra esposto all'obiezione di rappresentare un indebito ricorso alla prospettiva individuale, esulando dal consenso tra i cittadini fondato su idee considerate «implicit in the political culture».

«What this conception seems to rule out is the novel or disconcerting move in political argumentation: the premise that no one has ever thought of before, but which, once stated, sounds plausible or interesting. Rawls' conception seems to assume an inherent limit in the human capacity for imagination and creativity in politics, implying as it does that something counts as a legitimate move in public reasoning only to the extent that it latches onto existing premises that everybody already shares»<sup>18</sup>.

Il ragionamento pubblico rawlsiano sembra così incapace di aprirsi al nuovo, magari in quanto fondato su contenuti non universalmente accettati, e di conferire valore pubblico ad un ampio novero di argomentazioni, *in primis* di natura confessionale.<sup>19</sup> Ciò è, però, solo parzialmente vero: seppure il loro raggio d'azione sia circoscritto, tali ragioni possono ancora assolvere il ruolo di preziose risorse intellettuali. In che modo?

A partire dall'opera *Political Liberalism*, Rawls introduce il cosiddetto *proviso* (la clausola condizionale), affermando che: seppur il contenuto della ragione pubblica sia dato da principi e valori appartenenti alla famiglia delle concezioni liberali di giustizia, dottrine comprensive ragionevoli (e qui il riferimento è in particolare a quelle religiose) possono essere invocate nella discussione politica, anche su questioni fondamentali, «at any time, provided that in due course proper political reasons – and not reasons given solely by comprehensive doctrines – are presented that are sufficient to support

<sup>15</sup> Rawls 1996: 217.

<sup>16</sup> Ivi: 383. Cfr. Nussbaum 2011: 11; McCarthy 1994: 50-51; e Mandle 1999: 98.

<sup>17</sup> Gli scritti al riguardo sono numerosi, includendo quelli di pensatori come J. Waldron (1993), C. Eberle (2004), N. Wolterstorff (1997a e 1997b), J. Stout (2004), S. Carter (1994).

<sup>18</sup> Waldron 1993: 837-838.

<sup>19</sup> Cfr. Ivi: 842; e Flanders 2012: 182-183.

whatever the comprehensive doctrines introduced are said to support»<sup>20</sup>. Attraverso la clausola condizionale, le argomentazioni religiose hanno una via d'accesso al dibattito pubblico. Ognuno può esprimere, nel contesto della ragione pubblica, le sue convinzioni più profonde a patto che, al momento opportuno, sia in grado di fornire ai suoi argomenti una spiegazione corredata di ragioni (politiche) largamente comprensibili.

L'introduzione del *proviso* svolge dunque un ruolo innovativo nell'ambito del pensiero rawlsiano, permettendo alla sua teoria di essere inserita tra le «inclusive views», ossia quelle visioni che, seppur con limitazioni, consentono ai cittadini di fare appello a considerazioni comprensive nel dibattito pubblico.<sup>21</sup> Alla vita privata dei cittadini, con i valori e le credenze che la caratterizzano, viene assegnato un significato che può rivelarsi di grande rilievo anche nella sfera pubblica, a patto che le argomentazioni offerte supportino e rafforzino l'idea di ragione pubblica e siano – laddove necessario – accompagnate da formulazioni in sintonia con la stessa. Attraverso questo meccanismo, Rawls desidera affermare come il suo liberalismo riconosca l'importanza delle dottrine comprensive nell'esperienza dei singoli e in quella della collettività. Tra di esse, un ruolo di primissimo piano è attribuito alle dottrine religiose. In virtù di ciò, Maffettone sostiene che, «rather than privatizing religion, Rawls proposes a way to make it fruitful for the whole population»<sup>22</sup>.

Con le dovute differenze, la visione di Jürgen Habermas sul rapporto tra discorsi religiosi e sfera pubblica presenta importanti punti di contatto con quanto appena descritto.<sup>23</sup> A lungo, i commentatori hanno individuato nel lavoro del filosofo tedesco l'esaltazione di un Illuminismo, caratterizzato dalla graduale perdita di importanza del culto all'interno delle società odierne. Nella teoria della democrazia deliberativa habermasiana, la legittimità delle leggi alla base di una collettività è vista derivare da pratiche di deliberazione pubblica in cui tutte le persone su cui tali leggi ricadono si possono valutare in qualità di autori delle stesse, nel quadro di un discorso razionale.<sup>24</sup> Inevitabilmente, a ciò fa seguito l'esclusione dei contenuti di carattere religioso dal processo di giustificazione pubblica, in quanto ritenuti non condivisibili dall'intera collettività. In particolare, la rinuncia a tali prospettive è da ricondurre alla convinzione che la religione mantenga un nucleo (opaco) di verità discorsivamente inaccessibili e perciò inutilizzabili nel processo di formazione della volontà politica.<sup>25</sup> In *The Theory of Communicative Action*, sebbene la religione sia presentata come un'importante fonte di intuizioni morali, la storia umana è vista camminare sul sentiero di una razionalizzazione destinata a svuotare di senso le credenze sacre. In questo processo, definito «the linguistification of the sacred», le funzioni di integrazione sociale e di formulazione di significati, anteriormente svolte dalle pratiche rituali, passano gradualmente nell'ambito d'influenza dell'azione discorsiva secolare.<sup>26</sup> Si prevede dunque un *avvicendamento*, ben più che una cooperazione, in cui l'autorità del sacro è rimpiazzata da quella fondata su un consenso alle norme morali, collettivamente raggiunto e fondato su principi condivisi.

A partire dalla fine degli anni '80, però, nella riflessione del filosofo tedesco, la logica dell'avvicendamento cede gradualmente terreno ad una *comprensione cooperativa* della relazione tra religione e sfera pubblica.<sup>27</sup> La ragione di ciò può essere ricondotta a due direttrici, una di natura procedurale e l'altra ben più sostantiva. Innanzitutto, Habermas dà grande valore all'eguaglianza

<sup>20</sup> Rawls 2000: 152.

<sup>21</sup> Cfr. Weithman 2014: 76; e Dombrowski 2001: 114. A tali visioni si contrappongono quelle *exclusivist*, che impediscono il ricorso a ragioni provenienti dalla propria idea di bene nelle pubbliche deliberazioni.

<sup>22</sup> Maffettone 2014: VII.

<sup>23</sup> Il ruolo della religione e dei suoi contenuti nella riflessione di Habermas è stato esplorato in una molteplicità di ricerche: tra le altre, Areshidze (2017); Boettcher (2007 e 2009); Chambers (2007); Cooke (2006 e 2007); Harrington (2006); Lafont (2007); Sheedy (2016 e 2018); Walhof (2013); Yates (2007). Per una discussione in lingua italiana, si vedano tra gli altri: Cavaliere (2018, 361-382), D'Agostino (2013, 20-23), Sarthea (2012, 41-62) e Trenta (2013).

<sup>24</sup> Cfr. Habermas 1992: 107.

<sup>25</sup> Cfr. Habermas 2005a: 119-155.

<sup>26</sup> Habermas 1985: 77.

<sup>27</sup> Habermas 2009: 59-77.

discorsiva di tutti i cittadini, ivi compresi i credenti. Sicuramente, egli ritiene fondamentale che il discorso pubblico miri a rintracciare ragioni universalmente accettabili; ma, allo stesso tempo, ciò non può portare all'esclusione delle persone di fede dalla discussione collettiva. Pertanto, è assicurata la libertà di tutti di esternare le proprie convinzioni nella sfera pubblica e si provvede allo sviluppo del cosiddetto *institutional translation proviso* (descritto a breve) per fare in modo che anche le ragioni religiose possano contribuire alle decisioni politiche. A ciò si legano motivi di natura sostantiva.<sup>28</sup> La ragione pubblica – abbandonata a se stessa – è vista infatti soffrire di un importante *deficit* dal punto di vista dei contenuti normativi e delle risorse di senso; di contro, i contributi religiosi appaiono costituire delle sorgenti preziose «for the creation of meaning and identity» e nell'impegno in favore di giustizia e armonia sociale. Da ciò deriva la necessità per la cittadinanza di aprirsi alle tradizioni religiose e di rapportarsi criticamente con i loro impulsi.<sup>29</sup>

Il filosofo tedesco auspica che la collettività si impegni – come accennato – in un *lavoro cooperativo di traduzione*, ad opera tanto dei fedeli quanto dei non credenti e volto a declinare i contenuti e il potenziale semantico, presente nelle religioni, in una forma comprensibile all'intera cittadinanza. Anche i non credenti devono essere pronti a intavolare discussioni sulle dottrine di fede, impegnandosi a scandagliarne i significati inesplorati a livello pubblico. Ad essere necessaria è quindi la traduzione dei contenuti religiosi in una lingua «generally accessible» (che, per Habermas, è inevitabilmente secolare) affinché siano in grado di influenzare l'attività delle istituzioni. In definitiva, si può affermare che il dovere di civiltà rawlsiano divenga in Habermas «a two-way street»<sup>30</sup>, in cui il peso della traduzione è condiviso tanto dall'oratore quanto dai suoi interlocutori: in questo modo, i potenziali di significato, racchiusi nei discorsi religiosi, sono messi a disposizione della collettività, conservando la loro «inspirational power» e le «intuitions of transgression and salvation»<sup>31</sup>.

In riferimento ad una traduzione efficacemente riuscita dalla dottrina cristiana al linguaggio secolare, l'esempio offerto da Habermas è quello del passaggio dall'idea di un uomo creato ad immagine e somiglianza di Dio al concetto dell'eguale valore e dignità di tutti gli esseri umani, meritevoli in quanto tali di rispetto incondizionato.<sup>32</sup> Il lavoro di traduzione ha certamente trasformato il senso religioso originario, ma non l'ha deflazionato o reso sterile. Anzi, il contenuto dei concetti biblici è stato dischiuso al di là dei confini di una specifica comunità religiosa, a favore dell'intera cittadinanza. Il filosofo tedesco riconosce così il debito che la normatività della modernità ha nei confronti della tradizione ebraico-cristiana. Siffatto processo di traduzione non si è però ancora esaurito e non può dirsi neppure avviato al riguardo di preziosi contenuti presenti nelle tradizioni di fede. Conseguentemente:

«[i]t would be irrational to reject those “strong” [religious] traditions as “archaic” residua instead of elucidating their connection with modern forms of thought. Even today, religious traditions perform the function of articulating an awareness of what is lacking or absent. They keep alive a sensitivity to failure and suffering. They rescue from oblivion the dimensions of our social and personal relations in which

<sup>28</sup> Cfr. Chambers 2007: 212-213.

<sup>29</sup> Cfr. Habermas 2006b: 10; cfr. anche Cooke 2007: 225-228.

<sup>30</sup> Waldron 2012: 20.

<sup>31</sup> Habermas 2006a: 44-45. Ad ogni modo, non si può negare – come osservano alcuni critici – che le tradizioni religiose a cui Habermas apre le porte siano estremamente radicate nella modernità. Solo i credenti che hanno interiorizzato il ruolo circoscritto della loro fede religiosa e abbracciato l'idea del pluralismo sembrano poter partecipare alla sfera pubblica habermasiana. Cfr. MacKendrick e Sheedy 2015: 161. L'obiezione è quindi che le tradizioni religiose auspicate da Habermas siano quelle che condividono la teoria classica della secolarizzazione. Cfr. Walhof 2013: 236.

<sup>32</sup> Cfr. Habermas 2006a: 44-45. Per una riflessione critica su questo punto e, in particolare, sul fatto che il linguaggio secolare sia effettivamente in grado di attuare una traduzione efficace dei contenuti religiosi: Areshidze 2017: 733-734.

advances in cultural and social rationalization have caused utter devastation. Who is to say that they do not contain encoded semantic potentialities that could provide inspiration if only their message were translated into rational discourse and their profane truth contents were set free?»<sup>33</sup>.

Le comunità religiose assumono i tratti di realtà non soltanto ineliminabili, ma sempre più imprescindibili. L'esclusione delle loro voci dalla sfera pubblica, infatti, oltre a violare l'eguaglianza dei cittadini, correrebbe il rischio di arrecare un danno rilevante alla società, privandola di risorse scarse e preziose per la generazione di significati e la formazione di identità. Soprattutto in riferimento ai domini più vulnerabili della vita sociale, le tradizioni religiose sono viste possedere la forza di articolare in maniera convincente sensibilità morali e intuizioni solidaristiche, che altrove sono andate perdute.<sup>34</sup>

Alla luce di quanto emerso, si può dire che, messa da parte una «svalutazione» secolaristica della sfera del culto, tanto Rawls quanto Habermas giungano a ritenere necessario che la filosofia adotti una predisposizione di rispetto e attenzione nei confronti delle persone e dei modi di vita, che fanno derivare la loro integrità dalla religione. Ma il rispetto non è tutto: «la filosofia ha motivi per relazionarsi alle tradizioni religiose con una *disponibilità ad apprendere*»<sup>35</sup>. Essa deve cibarsi dei contenuti religiosi, salvaguardando le risorse di senso custodite al loro interno e rendendole fruttuose per tutta la società (attraverso un processo di traduzione). In sintesi, è necessario distinguere la neutralità di uno Stato secolare da un processo di «purging of the political public sphere of all religious contributions»<sup>36</sup>.

In particolare, l'idea dei due filosofi è che i contenuti religiosi possano rivelarsi preziosi ogniqualvolta la comunità si confronti con gravi ingiustizie e malfunzionamenti sociali, affronti nuove istanze e sensibilità e/o quando emerga la necessità di un mutamento radicale. Esempi offerti a questo proposito riguardano il ruolo svolto nella storia degli USA da figure come gli abolizionisti e Martin Luther King Jr. In entrambe le circostanze, in contrasto al fenomeno della schiavitù prima, in riferimento alla segregazione razziale poi, sono state riflessioni provenienti da un *background* confessionale e caratterizzate dall'utilizzo di argomenti della tradizione cristiana a far maturare e diffondere nella cittadinanza una consapevolezza inedita sulle questioni affrontate. In breve, è stata una nuova interpretazione della realtà, filtrata attraverso le lenti della fede religiosa, a far scaturire mutamenti che, al giorno d'oggi, ogni cittadino – per lo meno occidentale – considera imprescindibili. Ci sono però anche tratti specifici della contemporaneità che preoccupano in particolar modo Habermas, come la globalizzazione economica, l'uso eccessivamente strumentale della razionalità, l'individualismo dilagante. Tali dinamiche sono reputate in grado di sfaldare il vincolo sociale e logorare quel tipo di solidarietà tra cittadini, su cui lo Stato democratico si fonda. È proprio a queste derivate che si oppongono le voci provenienti dalle realtà confessionali, che cercano costantemente di riportare al centro dell'attenzione concetti come quelli di comunità, solidarietà e bene comune.

Si può affermare che la religione e le sue parole conservino la capacità di avvicinarsi con spirito critico alla realtà esistente, promuovendo cambiamenti imprescindibili per la vita della collettività. In questi casi, permettendo l'ingresso delle sue argomentazioni nella sfera pubblica, non si ha una violazione della ragione pubblica dal momento che il ricorso agli argomenti religiosi è visto «as the best way to bring about a well-ordered and just society»<sup>37</sup>. Ciò di cui sembrano accorgersi i filosofi è così il fatto che, a volte, le democrazie liberali siano incapaci di porre se stesse al centro della riflessione al fine di rintracciare tensioni, difficoltà o iniquità esistenti e di trovare gli strumenti per combatterle e superarle. È proprio a questo punto che le dottrine comprensive – e soprattutto quelle

<sup>33</sup> Habermas 2008: 6.

<sup>34</sup> Cfr. Habermas 2009: 76-77.

<sup>35</sup> Habermas 2012: 34.

<sup>36</sup> Habermas 2008: 28.

<sup>37</sup> Rawls 1996: 250. Indubbiamente, prendendo esempi come le campagne antisemite o le posizioni omofobe, è possibile accusare le realtà religiose anche di attuare una condotta diametralmente opposta. Cfr. Rorty 2003: 141.

religiose – acquisiscono centralità pubblica in quanto possono essere loro ad indicare la via per superare i più difficili momenti di *impasse*.

### 3. Requisiti previsti da Rawls e Habermas per l'introduzione dei contenuti religiosi nella sfera pubblica

Seppure esistano differenze nelle loro riflessioni, sia Rawls che Habermas affrontano un percorso orientato verso l'allentamento delle restrizioni nell'introduzione di ragioni religiose nel dibattito pubblico.<sup>38</sup> Ciononostante, rimangono dell'avviso che le comunità dei credenti possano svolgervi un ruolo di primo piano solo *a condizione* di tradurre le loro tesi in un linguaggio politico. L'idea di fondo è quindi che, nell'amministrazione della vita collettiva, ad essere validi siano gli argomenti appartenenti ad un terreno comune, che ciascun cittadino sia in grado di comprendere e accettare. Entrambi gli approcci si mostrano così piuttosto esigenti nei confronti dei credenti.<sup>39</sup> Ciò però – è *importante sottolineare* – non dev'essere considerato come una svalutazione dei loro contenuti religiosi: tanto Habermas quanto Rawls riconoscono infatti il profondo valore che questi ultimi possono giocare in una democrazia liberale ed è proprio il riconoscimento di tale importanza a fare in modo che si impegnino al fine di trovare modalità per renderli fruttuosi in una società pluralista.

Ciò detto, esistono alcune circostanze in cui sembra che i due filosofi non solo aprano le porte agli interventi pubblici delle comunità religiose, ma quasi richiedano loro di venire in soccorso della collettività, invitando contemporaneamente il resto della cittadinanza a rimanere «sensitive to the force of articulation inherent in religious languages»<sup>40</sup>. Di seguito, si analizzano tali circostanze e i (comuni) *requisiti* delineati dai filosofi per chiunque avanzi contenuti religiosi nella sfera pubblica. L'esposizione dei requisiti è accompagnata dal riferimento agli esempi degli abolizionisti e del movimento per i diritti civili negli USA, proposti dagli stessi Rawls e Habermas.

Requisito 1. *I punti di vista e gli argomenti provenienti dalla religione assumono un ruolo di particolare rilievo quando una società si mostra ingiusta o non completamente giusta.*

Siano i problemi connessi alla schiavitù e alla segregazione razziale o – con tutti i distinguo del caso – quelli legati al capitalismo globalizzato e alla crescita delle disuguaglianze sociali ed economiche, è indubbio che le voci provenienti dalle realtà confessionali assumano un peso particolarmente significativo ogniqualvolta si trovino a condannare situazioni di marcata ingiustizia all'interno della collettività. Rawls sottolinea: «[b]oth the Abolitionists' and King's doctrines were held to belong to public reason because they were invoked in an unjust political society»<sup>41</sup>. Il riferimento pertanto è ad una società «not well ordered» e in cui è presente «a profound division about constitutional essentials»<sup>42</sup>.

L'argomento normativo di partenza degli abolizionisti si fondava su concetti che, nel mondo liberale odierno, sono ritenuti incontrovertibili, come il fatto che ogni persona meriti uguale rispetto e sia naturalmente in possesso di diritti e libertà inalienabili. Tale ideale era allora impedito nella sua implementazione da una struttura sociale gerarchica e discriminatoria, che definiva ranghi e ruoli al

<sup>38</sup> In riferimento ai punti di contatto e di differenza tra le teorizzazioni dei due filosofi, si possono consultare – tra le altre – le analisi di: Audard (2011), Boettcher (2009), Sikka (2016), Yates (2007).

<sup>39</sup> Cfr. Areshidze 2017: 731-732 e Boettcher 2009: 229.

<sup>40</sup> Habermas 2005b: 332.

<sup>41</sup> Rawls 1996: L.

<sup>42</sup> Ivi: 249. Cfr. anche Dombrowski 2001: 121.

cui interno le persone nascevano, vivevano e morivano.<sup>43</sup> Anche nell'esempio del movimento per i diritti civili, si osserva il ruolo svolto dai credenti in relazione ad una tematica di grandissima rilevanza politica e sociale, come era quella della segregazione razziale. Una situazione molto diversa è invece quella della contemporaneità globalizzata, in cui la politica appare inerte di fronte a sviluppi per larghi tratti fuori dal suo controllo. In particolare, a scomparire sembra essere la capacità di promuovere l'integrazione e la solidarietà sociale. All'azione politica si sostituisce quella dei mercati, che assumono funzione di guida in ambiti prima mantenuti coesi in modo normativo. È alla luce di questo scenario che Habermas sottolinea come le sorgenti della solidarietà si stiano prosciugando, facendo sì che ampi settori della popolazione risultino tagliati fuori dal resto della società. A fronte di questi sviluppi, il rischio risiede nella trasformazione dei cittadini in *monadi isolate*, che agiscono esclusivamente orientate al proprio interesse individuale e sotto la spinta degli imperativi economici, opponendosi a vicenda i diritti soggettivi, come fossero armi.<sup>44</sup> È proprio a queste derive che la religione si oppone, venendo così in soccorso della ragione secolare.

Seppure si tratti di situazioni *incomparabili*, un elemento accomuna i tre esempi, vale a dire la presenza di una società ingiusta o non completamente giusta, in cui le dottrine comprensive religiose si mettono al servizio della ragione pubblica al fine di superare l'*impasse* in cui si trova. Pertanto, i limiti appropriati del ragionamento pubblico devono essere osservati come cangianti in conseguenza delle condizioni storiche, sociali e culturali di riferimento. Nei momenti più favorevoli dal punto di vista della giustizia sociale può essere avallata una visione (più) esclusivista della ragione pubblica, l'opposto avviene nelle fasi di allontanamento dalle condizioni ideali di una società bene-ordinata.<sup>45</sup> In questi frangenti, il ragionamento pubblico può non essere in grado di vedere e/o contrastare situazioni di ingiustizia o di rispondere a nuove istanze e sensibilità che fanno capolino sul palcoscenico sociale. È così non solo concesso, ma auspicabile che cittadini, in possesso di una visione del mondo che permette loro di individuare tali ingiustizie o di percepire siffatte istanze e sensibilità, si esponano in prima persona e utilizzino la propria dottrina comprensiva al fine di agevolare i mutamenti che la società da sola non sembra in grado di conseguire.

*Requisito 2. I punti di vista e gli argomenti provenienti dalla religione assumono un ruolo di particolare rilievo quando mostrano una tensione verso la trasformazione della società in una realtà più giusta.*

Come osserva Rawls, la formulazione di determinate convinzioni comprensive deve aiutare «to make society more just»<sup>46</sup>. Gli abolizionisti vedevano l'agitazione politica come una spinta necessaria al fine di giungere all'eliminazione di quel male inaudito rappresentato dalla schiavitù. «Surely they hoped for that result and they could have seen their actions as the best way to bring about a well-ordered and just society»<sup>47</sup>. In quella fase, senza il ricorso dei singoli alla loro concezione del bene, ciò non sarebbe avvenuto: sono state infatti proprio le lenti offerte dalle dottrine comprensive a permettere agli abolizionisti di vedere le storture della società e individuare un cammino teso al loro superamento. Anche la quotidianità sperimentata da Martin Luther King prevedeva evidenti disuguaglianze e ingiustizie, ragioni per le quali egli cercò di strutturare la sua predicazione in modo da produrre trasformazioni di ordine pratico e valoriale, ispirate da principi quali giustizia ed equità. Applicando concetti cristiani alle istituzioni, egli utilizzò le Sacre Scritture come guida nella comprensione dell'esistente e movente per l'azione a modifica dello stesso.

L'azione politica tanto degli abolizionisti quanto del movimento per i diritti civili può essere annoverata tra le condizioni storiche necessarie al fine di permettere alla giustizia di trovare una

<sup>43</sup> Cfr. Richards 1994: 791.

<sup>44</sup> Cfr. Habermas 2012: 30-31.

<sup>45</sup> Cfr. Maffettone 2019: 266.

<sup>46</sup> Rawls 1996: L.

<sup>47</sup> Ivi: 250.

sempre maggiore affermazione. È questa la ragione che ha permesso ad entrambi i movimenti di adottare – seppur involontariamente – una condotta in sintonia con l'ideale della ragione pubblica. L'idea di fondo è quindi che, in determinate circostanze, possano o debbano essere invocate ragioni comprensive al fine di rafforzare o dare credibilità ad alcuni valori politici, che faticano a farsi strada pubblicamente.<sup>48</sup> Le persone, che assumono tale ruolo *profetico*, agiscono su un doppio binario: da un lato, introducono nella sfera pubblica argomenti fino ad allora assenti o trascurati e, dall'altro, invitano la cittadinanza ad improntare la propria azione a particolari tipologie di condotta e virtù.

Requisito 3. *I punti di vista provenienti dalla religione assumono un ruolo di rilievo quando i contenuti e le conclusioni, avanzati in un linguaggio comprensivo,*

*a. si riferiscono a valori alla base di un regime democratico e si indirizzano alla collettività nel suo complesso.*

In una società (sufficientemente) giusta, la mutua conoscenza da parte dei cittadini delle rispettive concezioni del bene permette che ad essere riconosciute siano le ragioni profonde della fedeltà di ciascuno alla concezione di giustizia. Ancor più evidenti sono però i benefici provenienti dall'introduzione delle dottrine comprensive in quei contesti in cui la struttura di base mostri storture o ingiustizie manifeste, come al tempo degli abolizionisti o del movimento per i diritti civili. Questi ultimi adottarono argomenti che «supported basic constitutional values [...] and so supported reasonable conceptions of political justice»<sup>49</sup>. Ad esempio, King invocò ripetutamente i valori costituzionali in una maniera che aiutò a mostrare a tutta la cittadinanza perché fosse giusto opporsi alla discriminazione razziale tanto da un punto di vista religioso quanto sotto un profilo costituzionale. Un celebre esempio di questo approccio *civico-confessionale* è la *Letter from Birmingham City Jail*, in cui il predicatore evidenzia il suo profondo legame con la tradizione democratica statunitense, con i padri fondatori e con il cosiddetto *sogno americano*, non perdendo però mai di vista il riferimento ai valori della tradizione ebraico-cristiana.<sup>50</sup>

Nella prospettiva dei due filosofi, inoltre, è importante che gli interventi di matrice religiosa nella sfera pubblica si contraddistinguano per la loro generalità, rivolgendosi alla cittadinanza nel suo complesso. Molto esplicativo è, anche a questo proposito, l'esempio di Martin Luther King. Egli si distingueva da altri *leader* anti-segregazionisti per la sua idea di giustizia 'integrazionista', riguardante tutti i membri della società americana – indipendentemente dal colore della pelle. L'elemento della generalità è caratteristico delle visioni religiose – ovviamente non fondamentaliste – e spesso le distingue da altre prospettive comprensive. Questo aspetto è sottolineato da Habermas, quando scrive che, mentre altri approcci prevedono usualmente concezioni del bene *per me o per noi*, quelli religiosi hanno spesso un contenuto (potenzialmente) di rilevanza *per ognuno*.<sup>51</sup>

*b. interpretano ed espongono i valori politici in maniera innovativa e fertile, soprattutto in riferimento ad ambiti particolarmente delicati della vita della collettività.*

A questo proposito, Habermas scrive:

«[r]eligious traditions have a special power to articulate moral intuitions, especially with regard to vulnerable forms of life. In the event of the corresponding political debates, this potential makes

<sup>48</sup> Cfr. *ivi*: 247-251.

<sup>49</sup> Rawls 2000: 155.

<sup>50</sup> King 1991: 84.

<sup>51</sup> Cfr. Habermas 2006b.

religious speech a serious candidate for transporting possible truth contents, which can then be translated from the vocabulary of a particular religious community into a generally accessible language»<sup>52</sup>.

Ad esempio, nel caso degli abolizionisti, uno dei valori politici di riferimento era quello dell'eguaglianza. La loro accusa principale alle istituzioni del tempo riguardava l'incapacità di avere una comprensione autentica di tale principio. Il fallimento nel riconoscere la natura universale dell'essere morale non poteva che screditare, agli occhi degli abolizionisti, la moralità convenzionale, che per loro rappresentava una dottrina anticristiana, anche se – per larghi tratti – fatta propria dalla Chiesa stessa. Un elemento centrale dei loro ragionamenti fu il riferimento alla personalità morale di ogni uomo e all'idea che ognuno sia fatto ad immagine e somiglianza di Dio. Da ciò discendevano i concetti di fondo, apertamente violati dallo schiavismo, secondo cui ogni persona nasce in possesso di diritti inalienabili e meritevole di rispetto. In una cultura, fondata sul principio della tolleranza e aperta al pluralismo, lo schiavismo era stato possibile attraverso la creazione di un limite culturale alla comunità politica, in apparenza accogliente e universalistica, ma in realtà escludente verso una precisa classe di persone. Tale limite culturale era stato fatto corrispondere al diverso colore della pelle, da cui derivava l'inserimento dei *negri* in una categoria di umanità differente, quella degli schiavi. Fu in questo modo che la società statunitense poté privare loro di ogni diritto e libertà. Gli abolizionisti dovettero fare ricorso a forme eterodosse e innovative di analisi morale: diedero forma ad un ragionamento pubblicamente comprensibile, non ostaggio delle convinzioni imperanti e critico verso la religione dominante, impegnata a dar manforte a razzismo e schiavismo.<sup>53</sup>

Dal canto suo, King vedeva nella giustizia un valore preponderante, la cui implementazione era necessaria per il miglioramento della società e delle sue istituzioni. A ciò univa il concetto di amore, interpretato in una prospettiva gandhiana, che assumeva il ruolo di *social power* per il cambiamento sociale, tanto nell'ambito privato quanto in quello pubblico.<sup>54</sup> Applicare l'amore alla giustizia voleva dire approcciarsi ad essa con un'attitudine incline all'ascolto, al dono e al perdono, limitandosi a mezzi pacifici per il suo raggiungimento. La non-violenza divenne un metodo, a supplemento di leggi e regolamenti, in grado di separare la ricerca della giustizia dallo sviluppo di ostilità in seno alla società. Attraverso la sua concezione di amore e giustizia, la grande capacità di Martin Luther King fu quella di riferirsi ad un'ampia varietà di tematiche nazionali e internazionali, politiche e sociali in una maniera costruttiva, che traeva respiro dalla fede cristiana, ma era in grado di parlare anche alle coscienze più secolari.

I messaggi di Martin Luther King attaccavano la dominante ortodossia razzista, ortodossia religiosa inclusa, in termini che facevano appello all'eguaglianza dei diritti umani. Attraverso il ricorso ad un'interpretazione innovativa e anticonformista degli argomenti religiosi, King si riallacciava in maniera evidente alla tradizione abolizionista, andando a confliggere con le convinzioni dominanti dei fedeli, troppo spesso incapaci di tematizzare il male pubblico della segregazione. Combinando elementi tanto della tradizione religiosa quanto di quella secolare, gli argomenti del predicatore facevano ricorso indubbio alla ragione pubblica: le credenze religiose da lui invocate «fully support[ed] the constitutional values and accord[ed] with public reason»<sup>55</sup>. Ancor più: tali credenze furono introdotte «for the sake of the ideal of public reason», in rispetto dei principi di giustizia e così da muovere i cittadini ad ispirare autenticamente la propria condotta ai testi fondamentali della storia politica statunitense, su tutti la Costituzione e la Dichiarazione di indipendenza.<sup>56</sup> In questo modo, la visione sociale di Martin Luther King si legava alle più nobili

<sup>52</sup> Ivi: 10.

<sup>53</sup> Cfr. Richards 1994: 806.

<sup>54</sup> Cfr. Williams 1990: 29.

<sup>55</sup> Rawls 1996: 250 (nota 39).

<sup>56</sup> Ivi: 251.

tradizioni politiche del suo Paese, abbandonando ogni pretesa settaria e divisiva per sottomettersi al più ampio scrutinio e dibattito pubblico.

Da quanto detto finora, si può ipotizzare che tanto Rawls quanto Habermas non mirino semplicemente alla traduzione di alcuni concetti religiosi in un linguaggio secolare: *a mio parere*, la loro visione delle religioni e del loro contributo è ben più profonda e aperta al ruolo trasformativo delle realtà confessionali, considerate idonee a veicolare nel mondo liberale importanti impulsi in vista della riforma *radicale e challenging* degli obblighi sociali. In particolare, Habermas esprime chiaramente l'importanza che la religione può avere nel contesto del liberalismo, in virtù del *deficit* culturale che caratterizza quest'ultimo, piagato dal preponderante ruolo che al suo interno ricoprono fenomeni come individualismo ed egoismo. Tale *deficit* – sostiene il filosofo tedesco – può essere controbilanciato dalla dimensione comunitaria della religione e dalla sua capacità di nutrire il sentimento di solidarietà tra cittadini.

In conclusione di questo paragrafo, si può così affermare che, soprattutto in circostanze particolarmente delicate per la vita di una collettività, *anche* nelle teorizzazioni di Rawls e Habermas, il discorso religioso può avere un significativo impatto pubblico. Ma non solo: a volte, esso sembra addirittura indicare la via in cui il dibattito politico – e, più ancora, la pratica – debba incamminarsi. A questo proposito, Gandhi, Martin Luther King o Desmond Tutu sono esempi che hanno fatto scuola. La fede non è esclusa dall'ambito pubblico, soprattutto nel momento in cui si mostri *ragionevole* e disposta a dialogare con i non credenti. Le comunità religiose, infatti, sono viste assolvere un ruolo imprescindibile a livello sociale: quello di tenere accesi i riflettori sui gruppi più sofferenti, i cosiddetti *ultimi*. Attraverso l'azione e la narrazione dei credenti, il dibattito pubblico è *costretto* a non dimenticare di fette svantaggiate della cittadinanza e, in molte occasioni, è messo di fronte a ingiustizie e/o lacune istituzionali e legislative, che affliggono il sistema. L'attività delle comunità religiose (ragionevoli) è interpretata così – tanto da Rawls quanto da Habermas – come in grado di mettere a disposizione della collettività preziosi contenuti altrimenti lasciati in secondo piano e far sorgere o rafforzare consapevolezza e sensibilità verso i gruppi più bisognosi di assistenza e supporto.

#### 4. L'apporto della Chiesa Cattolica al ragionamento pubblico sui migranti: spunti conclusivi

Alla luce di quanto esposto finora, è interessante offrire alcuni spunti su un'istanza particolarmente delicata per le democrazie occidentali odierne, quella dei migranti, in riferimento alla quale le voci provenienti dalle comunità religiose possono aiutare alla creazione di preziosi contenuti normativi e risorse di senso. La questione dei migranti rappresenta infatti una ferita aperta, da cui si generano non soltanto profonde spaccature nelle opinioni pubbliche nazionali, ma anche rilevanti difficoltà nell'individuazione di principi cardine sui quali improntare l'azione politica, al di là di – spesso vuoti – sfoggi retorici.

In quest'ambito, la Chiesa Cattolica e in particolare la sua guida, Papa Francesco, hanno cercato di acquisire un ruolo di prim'ordine, dedicando ai migranti grande centralità. L'azione e la predicazione del Papa sembrano esaudire i requisiti individuati da Rawls e Habermas per l'introduzione di ragioni religiose nella sfera pubblica. È difficile infatti negare che l'ambito dell'accoglienza dei migranti nei Paesi occidentali (Europa e Stati Uniti *in primis*) mostri profondi elementi di ingiustizia (*primo requisito*) e la predicazione della Chiesa e del Papa miri ad illuminare tali elementi e a muovere le coscienze verso la creazione di società più giuste, aperte e accoglienti (*secondo requisito*). Nel fare ciò, il Papa si rivolge alla collettività nel suo complesso, promuovendo

principi assolutamente in linea con le tradizioni democratiche e costituzionali degli Stati liberali. In linea di continuità con grandi figure del passato (abolizionisti e Martin Luther King sono soltanto due dei molti esempi adducibili), infatti, egli ha cercato di offrire un'interpretazione innovativa e fertile di valori politici ben radicati nelle opinioni pubbliche occidentali al fine di dare nuova linfa e supporto a quei gruppi in prima linea nella promozione di politiche di maggiore accoglienza e integrazione (*terzo requisito*). A questo proposito è giusto a titolo esemplificativo, è di interesse sottolineare il peso e l'importanza che Papa Francesco ha attribuito a principi come quelli della *responsabilità* e dell'*uguaglianza*.

Sulla responsabilità sono esplicative le parole pronunciate a Lampedusa l'8 luglio del 2013:

«[c]hi è il responsabile del sangue di questi fratelli e sorelle? 'Nessuno!' Tutti noi rispondiamo così: non sono io, io non c'entro, saranno altri [...]. Oggi nessuno nel mondo si sente responsabile di questo; abbiamo perso il senso della responsabilità fraterna; [...] guardiamo il fratello mezzo morto sul ciglio della strada, forse pensiamo 'poverino', e continuiamo per la nostra strada, non è compito nostro; e con questo ci tranquillizziamo, ci sentiamo a posto. La cultura del benessere, che ci porta a pensare a noi stessi, ci rende insensibili alle grida degli altri, ci fa vivere in bolle di sapone, che sono belle, ma non sono nulla, sono l'illusione del futile, del provvisorio, che porta all'indifferenza verso gli altri, anzi porta alla *globalizzazione dell'indifferenza*. In questo mondo della globalizzazione siamo caduti nella globalizzazione dell'indifferenza. Ci siamo abituati alla sofferenza dell'altro, non ci riguarda, non ci interessa, non è affare nostro!»<sup>57</sup>.

La responsabilità nei confronti dei migranti e delle immani tragedie che essi vivono è infatti un tema che soltanto di rado fa capolino nei discorsi pubblici delle nostre democrazie, dove essi tendono ad essere osservati in una doppia (contrapposta) prospettiva che ne evidenzia, da un lato, le potenzialità economiche e, dall'altro, i rischi sotto il profilo della tenuta sociale. Non ci potrebbe/dovrebbe essere invece un approccio che porti in primo piano la questione della *responsabilità* del mondo benestante verso quella grande porzione di umanità che non condivide tale «benessere», ma è stata fondamentale nella sua creazione?

Sull'uguaglianza invece il Papa ha ricordato alla coscienza pubblica dei Paesi occidentali come «tutti siamo migranti»:

«[i] migranti sono esseri umani di seconda classe? Dobbiamo far sentire ai nostri fratelli e sorelle migranti che sono cittadini, che sono come noi, figli di Dio, che sono migranti come noi, perché tutti noi siamo migranti verso un'altra patria, e magari arriveremo tutti. [...] Non si può dire: 'Ma i migranti sono così... Noi siamo...'. No! Tutti siamo migranti, tutti siamo in cammino. E questa parola che tutti siamo migranti non è scritta su un libro, è scritta nella nostra carne, nel nostro cammino di vita»<sup>58</sup>.

La verità profonda di queste parole è difficile da celare. Gli italiani non sono forse emigrati in tutti gli angoli del globo in cerca di fortuna e di un futuro migliore? La cosiddetta locomotiva d'Europa, la Germania, non ha fondato parte della sua rinascita economica sul contributo di lavoratori stranieri, i *Gastarbeiter*? La più grande potenza economica e politica del mondo, gli Stati Uniti d'America, non è forse sorta da un lungo e costante fenomeno migratorio che ha portato in quelle terre uomini e donne provenienti da tutto il mondo? Si tratta di esempi fin troppo ovvi, che ci ricordano però come il nostro essere un'umanità di migranti sia «scritto nella nostra carne» e solo un processo di rimozione collettiva può portarci a dimenticarlo.

Da queste parole e altre simili, si evidenzia come le comunità religiose possano continuare a svolgere un ruolo prezioso all'interno delle opinioni pubbliche delle democrazie liberali, al fine non solo di illuminare ingiustizie e malfunzionamenti sociali, ma anche di offrire risorse di senso e

<sup>57</sup> Papa Francesco 2017: 11-12.

<sup>58</sup> Ivi: 55-56. Discorso pronunciato a Napoli il 21 marzo 2015.

principi (nuovi o declinati in maniera inedita) che ne ispirino la correzione o il superamento. Insomma, utilizzando le parole di Habermas, le tradizioni religiose conservano «a special power to articulate moral intuitions, especially with regard to vulnerable forms of life» e, proprio in virtù di ciò, rimangono «a serious candidate for transporting possible truth contents, which can then be translated from the vocabulary of a particular religious community into a generally accessible language»<sup>59</sup>. Alla politica e alla filosofia spetta il compito di fare tesoro e rendere fertile tale bagaglio di sapienza e intuizioni.

#### BIBLIOGRAFIA

Ackerman, B. 1980, *Social Justice and the Liberal State*, New Haven: Yale University Press.

Areshidze G. 2017, “Taking Religion Seriously? Habermas on Religious Translation and Cooperative Learning in Post-Secular Society”, *American Political Science Review*, 111 (4): 724-737.

Audard C. 2011, “Rawls and Habermas on the Place of Religion in the Political Domain”, in J. Gordon Finlayson, F. Freyenhagen (eds), *Habermas and Rawls: Disputing the Political*, New York e Londra: Routledge, 224-246.

Audi R. 1989, “The Separation of Church and State and the Obligations of Citizenship”, *Philosophy & Public Affairs*, 18 (3): 259-296.

Boettcher J. 2007, “Public Reason and Religion”, in T. Brooks, F. Freyenhagen (eds), *The Legacy of John Rawls*, Londra: Continuum: 124-151.

Boettcher J. 2009, “Habermas, Religion and the Ethics of Citizenship”, *Philosophy & Social Criticism*, 35 (1-2): 215-238.

Calhoun C. 2011, “Afterword: Religion’s Many Powers”, in E. Mendieta, J. VanAntwerpen (eds), *The Power of Religion in the Public Sphere*, New York: Columbia University Press, 118-134.

Carter S. 1994, *The Culture of Disbelief*, New York: Anchor Books.

Cavaliere A. 2018, “Un bilancio (provvisorio) dell’età post-secolare. Religione e diritto a partire dalla riflessione di Jürgen Habermas”, *Rivista di filosofia del diritto*, 2: 361-382.

Chambers S. 2007, “How Religion Speaks to the Agnostic: Habermas on the Persistent Value of Religion”, *Constellations*, 14 (2): 210-223.

Cooke M. 2006, “Salvaging and Secularizing the Semantic Contents of Religion: The Limitations of Habermas’s Postmetaphysical Proposal”, *International Journal for Philosophy of Religion*, 60 (1/3): 187-207.

---

<sup>59</sup> Ivi: 10.

Cooke M. 2007, "A Secular State for a Postsecular Society? Postmetaphysical Political Theory and the Place of Religion", *Constellations*, 14 (2): 224-238.

D'Agostino F. 2013, *Diritto e religione*, Roma: Aracne Editrice.

Dombrowski D. 2001, *Rawls and Religion*, Albany: State University of New York Press.

Eberle C. 2004, *Religious Conviction in Liberal Politics*, Cambridge: Cambridge University Press.

Flanders C. 2012, "The Mutability of Public Reason", *Ratio Juris*, 25 (2): 180-205.

Freeman S. 1994, "Political Liberalism and the Possibility of a Just Democratic Constitution", *Chicago-Kent Law Review*, 69 (3): 619-668.

Freeman S. 2004, "Public Reason and Political Justifications", *Fordham Law Review*, 72 (5): 2021-2072.

Gutmann A. 1999, "Religious Freedom and Civic Responsibility", *Washington and Lee Law Review*, 56 (3): 907-922.

Habermas J. 1985, *The Theory of Communicative Action, Volume 2: Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Boston: Beacon Press.

Habermas J. 1992, *Between Facts and Norms*, Cambridge, MA: MIT Press.

Habermas J. 1998, *The Inclusion of the Other*, Cambridge, MA: MIT Press.

Habermas J. 2005a, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt/M.: Suhrkamp.

Habermas J. 2005b, "Faith and Knowledge", in E. Mendieta (ed), *The Frankfurt School on Religion. Key Writings by the Major Thinkers*, New York e Londra: Routledge, 327-338.

Habermas J. 2006a, "Pre-political Foundations of the Democratic Constitutional State?", in F. Schuller, B. McNeil (eds), *The Dialectics of Secularization: On Reason and Religion*, San Francisco: Ignatius.

Habermas J. 2006b, "Religion in the Public Sphere", *European Journal of Philosophy*, 14 (1): 1-25.

Habermas J. 2008, "Notes on Post-Secular Society", *New Perspectives Quarterly*, 25 (4): 17-29.

Habermas J. 2009, *Europe: The Faltering Project*, Cambridge: Polity Press.

Habermas J. 2012, "I Fondamenti Morali Prepolitici dello Stato Liberale", in M. Nicoletti (ed), *Etica, Religione e Stato Liberale*, Brescia: Editrice Morcelliana, 21-40.

**L'IMPORTANZA DEL DISCORSO RELIGIOSO NELLE DEMOCRAZIE LIBERALI IN DIFFICOLTÀ. UNA RIFLESSIONE A PARTIRE  
DALLE TEORIZZAZIONI DI RAWLS E HABERMAS**

Harrington A. 2006, "Habermas and the 'Post-Secular Society'", *European Journal of Social Theory*, 10 (4): 543-560.

Hedrick T. 2010, *Rawls and Habermas. Reason, Pluralism and the Claims of Political Philosophy*, Stanford: Stanford University Press.

Hill J. 2007, *The Theology of Martin Luther King, Jr. and Desmond Mpilo Tutu*, New York: Palgrave Macmillan.

King M. L. 1991, "Letter from Birmingham City Jail", in H. Bedau (ed), *Civil Disobedience in Focus*, New York e Londra: Routledge, 68-84.

Lafont C. 2007, "Religion in the Public Sphere: Remarks on Habermas's Conception of Public Deliberation in Postsecular Societies", *Constellations*, 14 (2): 239-259.

Larmore C. 1990, "Political Liberalism", *Political Theory*, 18 (3): 339-360.

McCarthy T. 1994, "Kantian Constructivism and Reconstructivism: Rawls and Habermas in Dialogue", *Ethics*, 105 (1): 44-63.

Maffettone S. 2014, "Foreword", in T. Bailey, V. Gentile (eds), *Rawls and Religion*, New York: Columbia University Press, VII-X.

Maffettone S. 2019, *Politica. Idee per un Mondo che Cambia*, Città di Castello: Le Monnier Università.

Mandle J. 1999, "The Reasonable in Justice as Fairness", *Canadian Journal of Philosophy*, 29 (1): 75-107.

Mendieta E. 2002, "Introduction", in E. Mendieta (ed), *Religion and Rationality: Essays on Reason, God, and Modernity*, Cambridge, MA: MIT Press, 1-36.

Mendieta E. 2002a, "A Conversation about God and the World", in E. Mendieta (ed), *Religion and Rationality: Essays on Reason, God, and Modernity*, Cambridge, MA: MIT Press, 147-167.

Nussbaum M. 2011, "Rawls's *Political Liberalism*. A Reassessment", *Ratio Juris*, 24 (1): 1-24.

Papa Francesco, 2017, *La Sfida dei Migranti. Scritti, Discorsi e Omelie*, Ferrara: Edizioni Dehoniane Bologna.

Perry M. 1991, *Love and Power. The Role of Religion and Morality in American Politics*, New York: Oxford University Press.

Quinn P. 1997, "Political Liberalisms and Their Exclusions of the Religious", in P. Weithman (ed), *Religion and Contemporary Liberalism*, South Bend: University of Notre Dame Press, 138-161.

- Rawls J. 1996, *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Rawls J. 1997, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review*, 64 (3): 765-807.
- Rawls J. 1999, *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Rawls J. 2000, *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited"*, Cambridge: Harvard University Press.
- Richards D. 1994, "Public Reason and Abolitionist Dissent", *Chicago-Kent Law Review*, 69 (3): 787-842.
- Rorty R. 2003, "Religion in the Public Square: A Reconsideration", *The Journal of Religious Ethics*, 31 (1): 141-149.
- Sartea C. 2012, *Diritto secolare. Religione e sfera pubblica, oggi*, Roma: Aracne Editrice.
- Scanlon T. 2003, "Rawls on Justification", in S. Freeman (ed), *The Cambridge Companion to Rawls*, New York: Cambridge University Press, 139-167.
- Sheedy M. 2016, "Habermas and Religion", *Religion Compass*, 10 (3): 58-73.
- Sheedy M. 2018, "Habermas, Islam, and Theorizing the "Other"", *Critical Research on Religion*, 6 (3): 331-350.
- Sikka S. 2016, "On Translating Religious Reasons: Rawls, Habermas, and the Quest for a Neutral Public Sphere", *The Review of Politics*, 78: 91-116.
- Stout J. 2004, *Democracy and Tradition*, Princeton: Princeton University Press.
- Trenta A. 2013, *Religione e politica: Jürgen Habermas e i suoi critici*, Roma: Edizioni Nuova Cultura.
- Turner P., Gaus G. (eds) 2018, *Public Reason in Political Philosophy*, New York e Londra: Routledge.
- Waldron J. 1993, "Religious Contributions in Public Deliberation", *San Diego Law Review*, 30 (4): 817-848.
- Waldron J. 2012, "Two-Way Translation: The Ethics of Engaging with Religious Contributions in Public Deliberation", *Mercer Law Review*, 63 (3): 845-868.
- Walhof D. 2013, "Habermas, Same-sex Marriage and the Problem of Religion in Public Life", *Philosophy and Social Criticism*, 39 (3): 225-242.
- Weithman P. 1994, "Rawlsian Liberalism and the Privatization of Religion: Three Theological Objections Considered", *The Journal of Religious Ethics*, 22 (1): 3-28.

**L'IMPORTANZA DEL DISCORSO RELIGIOSO NELLE DEMOCRAZIE LIBERALI IN DIFFICOLTÀ. UNA RIFLESSIONE A PARTIRE  
DALLE TEORIZZAZIONI DI RAWLS E HABERMAS**

Williams P. 1990, "An Analysis of the Conception of Love and Its Influence on Justice in the Thought of Martin Luther King, Jr.", *The Journal of Religious Ethics*, 18 (2): 15-31.

Wolterstorff N. 1997a, "Why We Should Reject What Liberalism Tells Us About Speaking and Acting in Public for Religious Reasons", in P. Weithman (ed), *Religion and Contemporary Liberalism*, South Bend: University of Notre Dame Press, 162-181.

Wolterstorff N. 1997b, "The Role of Religion in Decision and Discussion of Political Issues", in R. Audi, N. Wolterstorff (eds), *Religion in the Public Square*, New York: Rowman and Littlefield, 67-120.

Yates M. 2007, "Rawls and Habermas on religion in the public sphere", *Philosophy & Social Criticism*, 33 (7): 880-891.

Attilio Alessandro Novellino<sup>1</sup>

*La parrhesia tra “nomos” e “aletheia”. Verità, politica e forme “aleturgiche” in Foucault*

ABSTRACT

Analyzed the discursive practices of veridiction and the 'alethurgical' forms, such as the set of conditions of possibility of the 'will to truth' produced in a particular moment of history, the article retraces the thematization of parrhesia in classical Greece proposed by Foucault in the last years of his life. From its original meaning, freedom of speech qualified as a constitutional right and political structure of the Athenian democracy of the fifth century B.C., subject to a series of legitimizing conditions, parrhesia at the beginning of the sixth century B.C. undergoes an ethical-pedagogical twist that qualifies it as a virtue of the philosopher adviser to the monarch and a practice or set of practices aimed at persuading about the need for self-care. The approximation of the complex of parrhesiastic techniques to a stochastic art becomes evident in the Epicurean communities, in the Stoic and Cynic fields, and determines a shift of the point of articulation of truth, logos, and bios.

KEYWORDS

Parrhesia; Truth; Michael Foucault; Democracy; Citizenship

INDICE

1. La costruzione storica della verità 2. Parrhesia come struttura politica democratica 3. Il dir-vero nelle tragedie di Euripide 4. Verità e crisi delle istituzioni democratiche 5. La parrhesia filosofica

1. La costruzione storica della verità

Se c'è un concetto capace, forse più di ogni altro, di mettere in questione la verità questo è la parrhesia<sup>2</sup>. La sua analisi consente di cogliere le trame sottese alla complessa “problematizzazione” di cui è divenuta oggetto nel corso dei secoli. Lo studio del parlar franco, del “dir-vero”<sup>3</sup>, dire tutto, e delle oscillazioni di senso a cui la nozione è andata incontro dalla sua comparsa nella Grecia classica del V secolo a.C., fino alle origini del cristianesimo, determina l'apertura di un ampio campo problematico, nel quale si intrecciano e sovrappongono motivi storiografici, giuridici, politici e filosofici. In questa area si situa la profonda analisi della *parrhesia* condotta da Michel Foucault, partita indirettamente dagli anni settanta<sup>4</sup>, poi divenuta oggetto dei corsi al *Collège de France* degli anni ottanta oltre che di numerose conferenze e seminari<sup>5</sup>.

Foucault mette al centro dell'ultima parte della sua produzione intellettuale il tentativo della ricostruzione genealogica delle configurazioni della “volontà della verità”, provando ad individuare

<sup>1</sup> Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto, Università di Bergamo, email [attilioalessandro.novellino@unibg.it](mailto:attilioalessandro.novellino@unibg.it)

<sup>2</sup> Sul tema si vedano: Momigliano 1973; Radin 1927; Scarpat 1964; Scarpat 2001; Sluiter, Rosen, 2004; Spina 1986.

<sup>3</sup> Questa espressione sembra più fedele al “*dire-vrai*”, espressione utilizzata da Foucault nelle sue lezioni, rispetto alla formula “dire il vero” che si trova nella maggioranza delle traduzioni italiane dei suoi testi.

<sup>4</sup> La questione della produzione della verità viene affrontata già nella lezione inaugurale al Collège de France, letta il 2 dicembre del 1970, Foucault 1979 [1971].

<sup>5</sup> Cfr. Foucault 2003 [2001]; Foucault 2008 [2010]; Foucault 2009 [2011]; Foucault 1985 [1996].

la definizione epistemica delle condizioni di possibilità della stessa, prodottasi in un particolare momento della storia e ancora operante nella modernità. Conoscenza e verità intrattengono un legame molto stretto. È la loro articolazione a produrre quello che Foucault definisce ‘ordine del discorso’. In ogni società “la produzione del discorso è insieme controllata, selezionata, organizzata e distribuita tramite un certo numero di procedure<sup>6</sup>” d’esclusione, che hanno la funzione di delimitare il campo dell’esperienza e sottoporre determinati comportamenti, fenomeni, processi a forme di governo, amministrazione e dominazione. In aggiunta all’interdetto, al tabù, l’estromissione completa di qualcosa dal discorso, l’esclusione di elementi da un campo del sapere può essere compiuta attraverso un “*partage*”. L’operazione di creazione di una partizione o un rigetto ha la funzione di separare un settore nobile del discorso, quello della ragione, della legalità, delle forme di sessualità ammesse, da uno degenerato, quello della follia, della delinquenza e del crimine, delle perversioni sessuali.

Se la separazione del vero dal falso non è, sul piano del discorso, “né arbitraria, né modificabile, né istituzionale, né violenta”<sup>7</sup>, su un piano d’analisi più generale per l’indagine dei meccanismi storici e sociali che hanno determinato il tipo specifico di partizione su cui si fonda la nostra volontà di verità, “vediamo profilarsi qualcosa come un sistema d’esclusione (sistema storico, modificabile, istituzionalmente costrittivo)”<sup>8</sup>. L’impostazione delle modalità epistemologiche per la separazione del vero dal falso trova poi un rafforzamento in una serie di altre pratiche istituzionali che, riconfermandole e facendole circolare nei più disparati settori della società, determinano pressione e costrizioni su altri ambiti del discorso - stampa, pedagogia - ad esso subordinati. Ciò che indichiamo con la parola verità è una costruzione storicamente determinata, il risultato di una regolazione sociale, la risposta offerta da “individui definiti” attraverso una specifica articolazione del suo rapporto con la conoscenza, che può raggiungere un grado di generalità così intenso “da divenire addirittura anonima”<sup>9</sup>.

Esiste un momento, secondo Foucault, nel quale da uno sfondo confuso e indistinto viene estratto un complesso di esperienze, pratiche, istituzioni, modalità comportamentali, atteggiamenti spirituali, che ha smesso di essere oggetto di accettazione irriflessa. L’entrata di questo insieme di pratiche nel campo dei saperi ha il suo antecedente ermeneutico obbligato nella “problematizzazione” delle stesse. Una pratica di veridizione si iscrive in una delle forme di rappresentazione degli oggetti e dei soggetti in cui il pensiero si esprime. L’analisi storica di un sistema di pensiero consente di mettere in luce i rapporti che la pratica oggetto d’esame intrattiene con le procedure di governamentalità, con i rapporti di potere e le tecniche attorno alle quali si sviluppa la pragmatica del sé, meglio di quanto potrebbe fare la storia della conoscenza.

Considerare lo statuto della verità nelle scienze storiche qualcosa di non acquisito definitivamente, vuol dire separare la storia dalla metafisica, rinunciare ad adoperare l’adeguatezza come un unico criterio per l’inclusione di un dato evento nel regno del reale, rifiutare una definizione storica della verità basata sul concetto di identità. Mettere in discussione insomma l’“*adaequatio rei et intellectus*”, concordanza del giudizio col suo oggetto, utilizzata da Tommaso D’Aquino<sup>10</sup> e dalla filosofia medievale con riproposizione di temi aristotelici e platonici, implicante anche la corrispondenza tra il parlante e il comportamento che la verità prescrive, per iscrivere il vero in un sistema di corrispondenza tra realtà e sua rappresentazione logico-concettuale.

<sup>6</sup> Foucault 1979 [1971]: 9.

<sup>7</sup> Ivi: 13.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Foucault 1985 [1996]: 113. Anche Simone Weil, nella sua trattazione critica del concetto di persona, colloca la verità nell’ambito delle cose anonime: “La verità e la bellezza abitano questo ambito delle cose impersonali e anonime.” Weil 2012: 19.

<sup>10</sup> Tommaso D’Aquino, *Quaestiones disputatae*.

Un sistema di enunciabilità come rigida condizione di esistenza e definizione della verità storica, rischia di non attribuire il giusto valore alla fitta rete di eventi, fratture e differenze, di non valorizzare “gli strappi minuscoli”<sup>11</sup> che si rivelano determinanti per le modificazioni e le affermazioni dell’ordine del discorso. La conoscenza è, più che un atto conoscitivo, un’attività di creazione. Quella di Foucault è una fenomenologia della verità fondata sull’alterità, come testimoniano le parole con le quali si chiude il suo ultimo corso sulla parresia del 1984. In una nota leggiamo: “Non vi è instaurazione della verità senza una posizione essenziale dell’alterità; la verità non è mai il medesimo; non può esserci verità che nella forma dell’altro mondo e della vita altra”<sup>12</sup>. Fra coloro che hanno avvertito la configurazione della verità come macchina finalizzata all’esclusione, Foucault cita Nietzsche, accanto ad Artaud e Bataille. Parlando del tedesco:

La conoscenza non è una facoltà permanente, bensì un evento, o almeno una serie di eventi; – è sempre serva, dipendente, interessata (non a sé stessa, ma a quel che è suscettibile di interessare all’istinto o agli istinti che la dominano); – e se si dà come conoscenza della verità, è perché produce la verità, tramite il gioco di una falsificazione prima, e sempre rinnovata, che pone la distinzione tra il vero e il falso<sup>13</sup>.

Più che stabilire la verità o la falsità di un fenomeno, si tratta di esaminare attraverso quale processo storico e in seguito a quali meccanismi esso ha cessato di essere accettato pacificamente e ha determinato un giudizio sulla sua verità o sulla sua falsità. Studiare le dinamiche del suo costituirsi come problema. La “problematizzazione” della verità si svolge lungo due assi: quello del rapporto che il dire il vero intrattiene con il potere e quello relativo agli argomenti, alle questioni, alle tecniche che rendono la verità uno degli strumenti di quel complesso di pratiche di libertà ed emancipazione che Foucault definisce “cura di sé”<sup>14</sup>. Illuminante in proposito Simone Weil:

L’arte di trasporre la verità è una delle più essenziali e delle meno conosciute. È difficile; in quanto per praticarla occorre mettersi al centro di una verità, averla posseduta nella sua nudità intera, al di là della forma particolare nella quale per caso sia esposta.<sup>15</sup>

Un mutamento essenziale delle forme “aleturgiche”, “l’insieme dei procedimenti possibili, verbali o non verbali, attraverso i quali si mette in luce ciò che viene stabilito come vero, in contrapposizione al falso, al nascosto, all’indicibile, all’imprevedibile, all’oblio”<sup>16</sup>, avviene in Grecia tra il V e il IV secolo a.C., col passaggio dalle forme rituali di espressione della verità dell’ordalia, la verità risiedeva in quello che il discorso era o faceva, una pronuncia divina su un oggetto circoscritto<sup>17</sup>, a quelle che si concentravano sul dire del discorso, sul suo enunciato. Se il punto focale della verità viene spostato sull’enunciato, acquistano importanza anche “il suo senso, la sua forma, il suo oggetto, il rapporto colla sua referenza”<sup>18</sup>. Il soggetto non deve più sottomettersi totalmente ad una verità, non è costretto a subirla come un destino indicato da chi deve farlo secondo diritto, ma può accedere ad essa attraverso un procedimento di conoscenza reso possibile dalla sua natura stessa di soggetto.

La nuova articolazione tra verità e conoscenza greca, col superamento della necessaria connessione del vero alle forme rituali, ha inaugurato un differente rapporto fra verità e soggetto, ammettendolo nel perimetro di questa come entità capace di *aletheia*, che verrà sviluppato dal metodo

<sup>11</sup> Foucault 1979 [1971]: 12.

<sup>12</sup> Foucault 2009 [2011]: 321.

<sup>13</sup> Foucault 1999 [1989]: 219-220.

<sup>14</sup> Foucault 1985 [1978].

<sup>15</sup> Weil 1990: 69.

<sup>16</sup> Foucault 2009 [2011]: 31.

<sup>17</sup> In proposito Persio Tincani: “L’ordalia è il giudizio di Dio non sulla rettitudine dei contendenti, ma sul fatto del processo; è il processo, quindi, che ha il potere di restringere il giudizio divino solo sul dettaglio che gli uomini e le leggi umane hanno deciso che deve essere giudicato”. Tincani 2022: 181.

<sup>18</sup> Foucault 1979 [1971]: 14.

scientifico e dai successivi spostamenti della volontà di verità verificatisi nella storia dell'epistemologia occidentale. Proprio a partire dal momento in cui nella cultura classica la verità si è affrancata dal discorso, espressione di potere e desiderio, e si è legata a piani oggettivi e soggettivi di conoscenza e indagine, ha preso l'avvio per Foucault la storia delle forme “aleturgiche” occidentali. “Questa partizione storica ha senza dubbio dato la forma generale che le è propria alla nostra volontà di sapere”<sup>19</sup>, ha determinato una certa modalità nell'impostare i giochi di verità mutevoli e storicamente determinati.

## 2. Parrisia come struttura politica democratica

Chiariti alcuni dei profili di interesse per lo studio dei saperi prodotti da pratiche discorsive come forme regolate di veridizione, proviamo ora ad approfondire l'esame della *parresia*, nozione e pratica fondamentale della cultura greca classica, cercando di cogliere anche lo slittamento di senso, “*dislocation des sens*”<sup>20</sup>, a cui è andata in contro dalla sua comparsa, nelle tragedie di Euripide (484-407 a.C.), al V secolo d.C., fino agli inizi del mondo cristiano, ricorre nei testi patristici e nel greco neotestamentario, passando per l'ellenismo, e di comprendere l'evoluzione del suo significato.

L'etimologia della parola, *parresia* letteralmente significa ‘dire tutto’ da *pan*, tutto, e *rhema*, ciò che viene “detto”, o *rhesis*, “parola” o “discorso”, espresso in forma verbale con *parresiazestai*, testimonia il legame tra quest'attività oratoria e la verità. Il *parresiasta* intrattiene una particolare relazione etica con ciò che viene detto che gli impone di dire schiettamente tutto quello che sa, conosce ed ha in mente, senza alcun artificio retorico e che lo costituisce come “soggetto dell'enunciazione e dell'*enunciandum*”<sup>21</sup>. Lui stesso è il soggetto dell'opinione che sta riferendo, legato da una particolare relazione di asimmetria con il destinatario della comunicazione e disposto ad assumersi il rischio che tale proferimento comporta.

L'attività verbale in discussione nella *parresia* non è un parlare qualunque, è un parlare qualificato, costitutivo della democrazia ateniese, un'inclinazione etica che caratterizza il buon cittadino e definisce la democrazia come costituzione caratterizzata dall'eguale partecipazione dei cittadini all'esercizio del potere, *isonomia*, e dall'eguale diritto di parola, uguale diritto a deliberare nell'assemblea, *isegoria*. Rispetto a quest'ultima la *parresia* è connotata da una maggiore radicalità e intensità. È l'utilizzo politico della parola schietta in funzione di critica del potere, ammonimento dell'assemblea, espressione di cittadinanza attiva nel tentativo di indirizzare la *polis* verso il bene comune. Il rischio di una reazione negativa che questo tentativo coraggioso sopporta, nei casi più estremi può tradursi nella messa a morte del *parresiasta*. Mentre l'*isegoria* non qualifica un regime come democratico, la libertà di parola può essere riconosciuta ad uno stretto consesso aristocratico, la *parresia* è quel diritto del cittadino “che lo rende veramente libero, una capacità pubblica, che si manifesta essenzialmente nella sfera pubblica, tra titolare dell'autorità e soggetto confrontato a questa”<sup>22</sup>. Definendo la *parresia* come vero e proprio “diritto costituzionale”<sup>23</sup> alla parola di sfida, alla richiesta di giustificazione dell'autorità, alla perenne messa in discussione degli assetti di potere esistenti, alla rivendicazione, all'insurrezione permanente, potremmo dire che la democrazia

<sup>19</sup> *Ibidem*.

<sup>20</sup> Foucault 2009 [2011]: 188.

<sup>21</sup> Foucault 1985 [1996]: 4.

<sup>22</sup> La Torre 2021: 47.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

dell'Atene classica è un regime che ospita il conflitto nel discorso<sup>24</sup>, che accetta istituzionalmente e si costituisce sulle rivendicazioni di chi, escluso dai giochi di potere, sembrerebbe non trovare una parte<sup>25</sup>. La *parresia* costituisce una vera e propria struttura politica, che attribuisce:

il diritto nell'Assemblea, nell'Assemblea riunita – anche se non si esercitano cariche particolari, anche se non si è un magistrato – di alzarsi, di parlare, di dire il vero, o di pretendere di dire il vero e di affermare che lo si dice.<sup>26</sup>

La *parresia* è la facoltà che restituisce una voce a chi è stato escluso dall'"impresa comune"<sup>27</sup> di gestione dello spazio pubblico della *polis* in condizioni di uguaglianza. Garantisce che ogni uomo diventi cittadino, membro di una comunità politica, capace di accedere alla produzione delle norme giuridiche, tramite le cariche politiche, di controllarne il loro utilizzo ed assicurarne l'osservanza, attraverso le funzioni giurisdizionali delle magistrature. Permette di "chiedere e dare ragioni per l'esercizio dell'autorità"<sup>28</sup>, controllando il potere, costringendolo alla riflessività, ponendogli dei limiti e realizzare il circolo virtuoso dell'autogoverno democratico. Evidente dunque la prossimità tra *parresia* e cittadinanza. Intendendo quest'ultima alla maniera aristotelica come partecipazione alla città, espressa con il verbo *metèchein*<sup>29</sup>, lo stesso utilizzato in ambito metafisico per definire l'implicazione di una cosa alla sua essenza<sup>30</sup>, che si traduce nel diritto di eleggere e di essere eletto a ricoprire cariche pubbliche in ambito politico e giurisdizionale in condizioni di libertà, uguaglianza e solidarietà<sup>31</sup> con gli altri cittadini. Lo stesso verbo è utilizzato da Platone nel *Protagora*<sup>32</sup> in riferimento all'arte della politica, da distribuire in modo in modo che tutti ne abbiano parte, *pantes metechonton* per supplire alle carenze della tecnica. Il fuoco, donato con il sacrificio estremo di Prometeo, fratello accorto di Epimeteo, per ovviare alla disattenzione di questi e indirizzare gli esseri umani verso un'esistenza cronicamente dipendente da strutture esosomatiche capaci di supplire alle loro deficienze strutturali, da solo, non è in grado di assicurare agli uomini neanche la sopravvivenza. Viene in mente la rivalutazione della figura di Epimeteo, visto da Ivan Illich come icona mitologica a cui attingere per reperire l'amore per la terra e la vita, l'immaginazione creativa, la solidarietà, capaci di liberare l'uomo dalle gabbie istituzionali in cui lo ha rinchiuso una società devota unicamente all'*ethos* prometeico e alle sue forme di veridizione, che ha dimenticato la forza sociale della speranza e destinata, inevitabilmente, all'autodistruzione<sup>33</sup>. O ancora la "vergogna prometeica", il disagio esistenziale derivante dal senso di inferiorità dell'uomo nei confronti dell'apparato tecnico che lo circonda, di cui parla Günther Anders<sup>34</sup>.

<sup>24</sup> In un frammento delle Temenidi di Euripide si legge: "È cosa bella la *parresia* vera e ostinata", che nell'interpretazione offerta da La Torre, che mette in luce il collegamento tra libertà democratica e conflitto, diventa: "È cosa bella la sfida della parola libera che produce libertà e tensione" Euripide, Temenidi, fr. 737, citato in La Torre, 2021: 38.

<sup>25</sup> Vengono in mente alcune ricostruzioni radicali di area francese capaci di mettere in luce il carattere conflittuale della democrazia. Il suo essere lotta perpetua per il riconoscimento di diritti da parte degli esclusi (Rancière 2007 [1995]), movimento selvaggio di emancipazione che non può essere sovrastato da nessun altro potere (Lefort 1986), insurrezione permanente (Abensour 2008) e autofondazione continua (Castoriadis 1995).

<sup>26</sup> Foucault 2008 [2009]: 76.

<sup>27</sup> La Torre 2021: 22.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Cfr. Aristotele 1991: XXVI,3. Platone parla di partecipazione alla giurisdizione nelle Leggi, Platone 1979: vi, 768a.

<sup>30</sup> Cfr. Aristotele 2017: VII, 1037b, 18-19, Aristotele 2001: II, 415°, 25-415b,7; Platone 1979: *Lachete*, 197d, *Fedone* 101c, *Parmenide* 130e-131a, *Protagora* 322d. In merito di guardino Adorno 2008: 153-159 e Fronterotta 2001.

<sup>31</sup> "È necessario che i cittadini abbiano agiatezza" questo esprime una tensione verso l'uguaglianza sostanziale. Aristotele 1973: vii 1329a, 13-15. Aristotele precisa poi il senso della partecipazione come accesso alla funzione di giudice e alle cariche, partecipazione al giudizio e al potere to *metèchein kriseos kai archès*, Aristotele 1973: iii, 1275a 22-25.

<sup>32</sup> Zeus risponde ad Hermes che chiedeva informazioni sulla distribuzione dell'arte della politica in questi termini: "a tutti, disse Zeus, e che tutti ne abbiano parte." *Protagora*, 322d. Traduzione di Massimo La Torre. La Torre 2021: 24.

<sup>33</sup> In particolare si guardi il capitolo "*Rinascita dell'uomo epimeteico*" in Illich 2019 [1971].

<sup>34</sup> Cfr. Anders [2007]: 29-94.

La *parresia* rende operativa la cittadinanza<sup>35</sup>, consente che la partecipazione si esprima nella sua pienezza e sia rivendicata contro l'autorità. Il parresiasta esercita la sua cittadinanza prendendo la parola nell'*agorà*, davanti agli altri cittadini riuniti in assemblea, per dire la verità su un tema di interesse pubblico<sup>36</sup>. In questa parola che esprime un dovere morale, oltre che un diritto pubblico, si realizza una coincidenza tra opinione del parlante e verità, difficile da comprendere all'interno della cornice epistemologica post-cartesiana, orientata a cercare un'esperienza evidenziale di tale corrispondenza che funga da riscontro. Nella prospettiva greca invece, la prova della verità dell'affermazione del parresiasta risiede esclusivamente nelle sue qualità morali. Il coraggio del cittadino virtuoso che prende la parola, sfida l'autorità per il bene comune, è la prova della verità della sua opinione e della sua capacità di comunicarla agli altri<sup>37</sup>.

Il rischio è un elemento essenziale del gioco parresiastico che si compie in una situazione di potere asimmetrica; il parlante si trova in una condizione di inferiorità e sa che può essere punito dall'autorità alla quale si rivolge. L'autorità accetta di essere contrastata, indirizzata o avversata, persuasa, da un cittadino coraggioso, riservandosi la facoltà di accertare e verificare la sua effettiva virtù. La posta in gioco può essere anche la vita. Il parlante sente di essere obbligato a parlare, verso sé stesso, se non vuole sentirsi falso, e verso la *polis*, nei cui confronti ha il dovere ma anche il privilegio di farlo. Per poter parlare nell'assemblea bisogna essere fra i cittadini migliori, dotati di qualità personali, morali e sociali eccellenti. Il parlante è consapevole del fatto che, se quello che dirà non piacerà alla maggioranza, potrà essere esiliato e perdere il suo diritto di parola. Ma decide di parlare. Sente il dovere di pronunciarsi in favore dell'interesse pubblico pur non essendo costretto a farlo. La costrizione esclude la *parresia*.

Verità, pericolo, critica, dovere. Sono queste le caratteristiche che definiscono la *parresia* come:

un'attività verbale in cui il parlante ha uno specifico rapporto con la verità attraverso la franchezza, una certa relazione con la propria vita attraverso il pericolo, un certo tipo di relazione con se stesso e con gli altri attraverso la critica (autocritica o critica di altre persone), e uno specifico rapporto con la legge morale attraverso la libertà e il dovere.<sup>38</sup>

### 3. Il dir-vero nelle tragedie di Euripide

Questa articolata figura di diritto-dovere di veridizione definita in rapporto con il complesso politico della *polis*, si avvicina, come abbiamo visto, alle altre caratteristiche della costituzione democratica<sup>39</sup>, in particolare all'*isegoria*, intrattiene dei rapporti stretti con la cittadinanza senza mai coincidere con essa. Sembra di poter dire che quest'ultima non sia neanche sufficiente, da sola, a garantire il diritto di parola libera, ma che sia richiesto a tal fine un complesso di qualità morali e sociali, comprendenti l'onore, la buona reputazione, una certa purezza nella discendenza familiare. Ripercorrere il percorso euripideo tracciato da Foucault nelle lezioni tenute all'Università di Berkeley nell'autunno del 1983<sup>40</sup>, una delle ultime tappe prima dell'epilogo forzato del suo “*trip* greco-

<sup>35</sup> Un'interessante ricostruzione della nascita della categoria del politico nella Grecia classica e dei rapporti tra *polis* (in opposizione con *oikos*), costituzione e *cittadinanza* come forma istituzionale di un complesso di aspettative di comportamento pubblico e criterio di definizione sociale prevalente rispetto ad altri *status*, si trova in Meier 1988.

<sup>36</sup> In tema di dibattito, assemblea e democrazia nell'antica Grecia si veda Vegetti 2017.

<sup>37</sup> Cfr. Foucault 1985 [1996].

<sup>38</sup> Ivi: 9.

<sup>39</sup> Per un approfondimento sulla democrazia in Grecia si vedano: Fassò 1959; Finley 1965 [1963]; Finley 1985 [1973].

<sup>40</sup> Cfr. Foucault 1985 [1996].

latino<sup>41</sup>, restituisce un quadro dello statuto giuridico, politico, etico e sociale del dire vero nell'antica Grecia prezioso e a cui è difficile accedere per altre vie. Una certa attenzione allo svolgimento narrativo delle tragedie, al prezzo della pedanteria, è funzionale a questo scopo.

Incominciando dagli aspetti relativi alla dicotomia cittadino/straniero, il cui ruolo nella delimitazione delle sfere di facoltà azionabili nella vita pubblica degli ordinamenti politici occidentali è quasi sempre stato rilevante, bisogna premettere che lo straniero nella *polis* somiglia allo schiavo. Tale condizione non attribuisce la *parresia*, non consente di parlare liberamente in assemblea e di comportarsi come un uomo libero. È quanto emerge dalle parole di Polinice, allontanato da Tebe dal tiranno Eteocle, suo fratello, riluttante ad alternarsi con lui alla guida della città secondo i patti. Al centro delle *Fenicie* il suo incontro furtivo con la madre, Giocasta. Dopo aver appreso della particolare durezza della condizione dell'esule, la donna si unisce alle lamentele del figlio per la perdita di libertà, affermando che non poter parlare liberamente equivale ad essere schiavi, accodarsi all'opinione di chi detiene il potere e fargli eco, dover fare "gli stolti con gli stolti"<sup>42</sup>. La *parresia* ha anche la funzione di limitare il potere dei comandanti, renderlo dialettico, mitigarlo. In sua assenza è più probabile che assuma delle connotazioni assolutistiche e che i governati non riescano ad opporsi alla follia dei governanti. Il "dir-vero" è un argine che il *logos*, coraggiosamente espresso, frappone all'anarchia del potere e all'irrazionalità del comando.

Se *Le baccanti* ed *Elettra* mettono in scena due forme di contratto parresiastico, elemento eventuale ed aleatorio del gioco della verità, con esito opposto in quanto alla sua osservanza, al centro dell'*Ippolito* troviamo invece la questione dell'onore e della buona reputazione familiare come condizione legittimante per l'esercizio della *parresia*. Fedra, figlia di Minosse, sposa di Teseo re di Atene, rivela alla nutrice il suo amore per Ippolito, nato dall'unione di suo marito con un'amazzone. Rivela la sua colpa, la riconosce, e allo stesso tempo maledice tutte le donne che disonorano la propria famiglia con comportamenti immorali. È consapevole che un adulterio getterebbe enorme discredito sulla famiglia e che impedirebbe ai figli di godere del prestigio e del buon nome necessari per avere la libertà di parola. Un suo comportamento immorale, valutato negativamente dalla comunità, avrebbe degli effetti sullo *status* giuridico dei suoi discendenti, avvicinandoli alla schiavitù. Una macchia nella storia familiare può far perdere un diritto così importante nella configurazione politico-sociale della Grecia antica.

Per godere della *parresia*, oltre allo statuto di cittadino, è necessario disporre di una qualificazione aggiuntiva che certifica l'assenza fra ascendenti e discendenti di colpe e gravi violazioni del codice morale. Tra le ulteriori caratteristiche richieste vi è l'autoctonia, il radicamento alla terra, l'appartenenza storica ad un territorio definito come comunità politica, *polis*, e non ammasso di strutture abitative e strade, *asty*. Il tema della fondazione mitica di Atene viene trattato da Euripide nello *Ione*, tragedia in cui la *parresia* assume primaria importanza, facendone quasi "una sorta di sua rappresentazione fondatrice"<sup>43</sup>, insieme all'esaltazione del carattere autoctono degli ateniesi, discendenti di Eretteo, spuntato direttamente dalla terra, e al riconoscimento del loro legame di sangue con la maggior parte delle città-stato greche e degli altri popoli del Peloponneso. Doro e Acheo, da cui deriveranno la stirpe dorica e achea, nasceranno dal matrimonio di Creusa, figlia di Eretteo, con lo straniero Xuto.

Nell'Atene post-periclea<sup>44</sup> (417-418 a.C.) si pone il problema di definire le condizioni legittimanti alla presa della parola, di stabilire chi ha il diritto di provare a persuadere gli altri in un contesto politico, esponendosi altresì al pericolo delle sanzioni dell'esilio e dell'ostracismo. Siamo di fronte a un dibattito pubblico che vede confrontarsi le posizioni di Cleone, democratico con tendenza demagogica, favorevole al riconoscimento più ampio della *parresia* a tutto il *demos*, e Nicia, propenso

<sup>41</sup> Foucault 2009 [2011]: 14.

<sup>42</sup> Euripide 2010: vv. 386-94.

<sup>43</sup> Foucault 2008 [2009]: 108.

<sup>44</sup> Per una storia della repubblica ateniese dalle origini fino all'età di Pericle si segnala: De Sanctis 1912.

a restringere l'uso politico della città tramite la parola che esprime il *logos* solamente ad una *élite*. La diffidenza verso la concessione senza limiti della *parresia* serpeggia, ma non assume ancora i toni accesi che avrà nel corso del V secolo, periodo in cui comincerà, come vedremo, ad essere tematizzata. Sullo sfondo anche la guerra del Peloponneso che impegna severamente Atene. Il tentativo della tragedia di stemperare la antica rivalità con Delfi, riconducibile alla scelta dei sacerdoti di schierarsi dalla parte di Sparta, è compiuto delineando genealogie mitologiche che determinano rapporti di parentela fra le città. Lo *Ione* è anche la storia dello spostamento del luogo in cui si dice la verità, da Delfi ad Atene, e del soggetto capace di dire il vero, non più la divinità ma l'uomo. La narrazione delle vicende misteriose e degli intrighi attorno ai quali si sviluppa la nascita di Ione acquisisce una valenza fondativa del diritto a dire il vero come prerogativa umana, politica, che non trova una sua precisa legittimazione istituzionale e costituzionale, ma intrattiene con la *politeia* una forte prossimità.

Ione è un discendente della stirpe di Eretteo nato dall'unione clandestina di Creusa con Apollo, abbandonato sotto l'acropoli di Atene e poi condotto da Ermete a Delfi, costretto a vivere come servo del re e completamente allo scuro della propria origine.

Una visita di Creusa, accompagnata da suo marito Xuto, presso l'oracolo di Delfi, sarà l'occasione per mettere di fronte i vari protagonisti della storia, che spesso sono ignari della vera identità del proprio interlocutore, ingannano, o sono a loro volta ingannati. Apollo, per sottrarsi alla vergogna di aver generato incautamente un figlio con Creusa, sceglie il silenzio. Non parla, contravvenendo al suo ruolo, oppure rilascia responsi reticenti e ingannatori. Induce Xuto a pensare che Ione sia suo figlio naturale, avuto con una donna di Delfi con cui si è intrattenuto in preda all'ebbrezza alcolica durante le feste bacchiche. Gli unici capaci di *parresia* sono Ione e Creusa, ma il loro modo di dire il vero si atteggia in forme diverse. Quello di Ione è un parlar franco rapportato alla politica. Nel rivolgersi a Xuto, che vorrebbe portarlo con sé ad Atene, fa notare che vivere in questa città come figlio di una madre ignota sarebbe per lui inaccettabile perché non gli verrebbe riconosciuta la *parresia*. Ione spera con tutto sé stesso di trovare una madre e che questa sia ateniese. Solo così potrà esercitare la libertà di parola. Tornerà ad Atene, ma solo qualora il diritto connesso alla sua stirpe venga riconosciuto. Quali sono le condizioni per il riconoscimento di questo diritto? Non è una domanda da poco. Bisogna intrattenere un legame di terra con la città per il fatto della nascita. L'essere figlio di madre ateniese è un requisito necessario, ma non ancora sufficiente per l'esercizio della *parresia*. Una digressione di Ione sulla democrazia ateniese è utile per comprendere su quale livello dell'architettura politica ateniese si colloca il *parresiasta*. Esiste una schiera di cittadini di primo rango, “*proton zygon*”, ai quali è concesso un “uso comune del *logos* e della *polis*”, un “uso della città e del linguaggio ragionevole e vero”<sup>45</sup>, di godere di una posizione di superiorità nel dirigere la città, occuparsi degli affari pubblici. La *parresia* riguarda questa categoria socio-politica, definita in ragione della “*dynamis*”, potenza, forza capacità di esercizio del potere.

La libertà di parola qualificata non può riguardare chi è totalmente privo di potenza, gli “*adynatoi*”. La gente del popolo, priva di mezzi e di strumenti, tende a scagliarsi contro chiunque intraprenda un impegno politico. Ci sono poi coloro che sono abbastanza ricchi da occuparsi degli affari, ma preferiscono non farlo, decidono tacere. I saggi, pur essendo spesso di buona famiglia, preferiscono orientare la loro potenza verso altre questioni e adottano un atteggiamento di irrisione nei confronti della politica. La *parresia* è affare, invece, di quanti si occupano effettivamente della città avendo le capacità e le ricchezze per farlo. Più che da uno statuto politico o istituzionale, è definita da un agone politico in cui lo scontro e il conflitto sono ammessi in condizioni di competizione.

<sup>45</sup> Foucault 2008 [2009]: 115.

Alla parresia si accompagna necessariamente l'ambizione di una superiorità che deve passare per lo scontro. Ciò la qualifica come “una struttura agonistica”<sup>46</sup> e le problematiche che la riguardano afferiscono alla *dynasteia*, alle questioni del gioco politico, delle regole, delle procedure, dei soggetti ammessi all'esercizio del potere e per la sua limitazione. O, meglio, la parresia si colloca fra *politeia*, legge e costituzione, e *dynasteia*, gioco politico. Somiglia a una “cerniera”<sup>47</sup> il cui posto è garantito da uno statuto costituzionale e allo stesso tempo funge da garante della correttezza del gioco politico. Esiste una circolarità fra democrazia e parresia, tra norma ed esperienza, tra sistema istituzionale e governo effettivo della società. L'una dimensione è il presupposto dell'altra, deve sussistere perché l'altra venga in essere, allo stesso tempo la fonda e trova in essa la sua ragion d'essere, il suo fondamento, la sua legittimità.

Chi ambisce a prendere in mano la città e gestire i suoi affari con la ragione, “*polei kai logo khrestai*”<sup>48</sup>, a battersi per porre la sua parola al di sopra di quella degli altri, in un contesto in cui le opinioni possono confrontarsi liberamente, e convincere l'uditorio all'obbedienza, deve avere il coraggio di esporsi al pericolo, di essere odiato dal popolo, irriso dai saggi, osteggiato dai rivali politici. Ione ha il coraggio di dire il vero sui difetti della democrazia<sup>49</sup>, il suo è un atteggiamento parresiasico, ma è stato privato del diritto di dire la verità a causa della viltà di Apollo, nonostante abbia i requisiti richiesti per nascita e prestigio familiare. Occorrerà l'intervento di Creusa per consentirgli di esercitare le sue prerogative. Paradossalmente una donna, incapace di esercitare un ruolo attivo nella vita politica, darà un contributo fondamentale per la fondazione della parresia politica ateniese. Lo farà, dapprima, con un'invettiva pubblica, nella quale ha il coraggio di scagliarsi contro Apollo, infinitamente più potente di lei, rivolgendogli critiche aspre e accusandolo dello stupro, o quantomeno della seduzione ai suoi danni. Poi con una confessione, un secondo momento parresiasico, in cui Creusa dialoga con un suo vecchio servo e rivela le proprie colpe, le proprie debolezze e malefatte. La sua potrebbe essere definita una modalità personale di parresia (contrapposta a quella politica), rivolta contro sé stessa e anche contro una persona più potente di lei. La verità sarà conosciuta da tutti solo attraverso una serie di altri avvenimenti fortuiti e rocamboleschi.

A dieci anni dalla scrittura dello Ione la situazione politica ateniese si è modificata determinando la problematizzazione del rapporto tra democrazia e dir-vero. Il rischio di una parresia negativa, che un cattivo uso della parola possa essere favorito dall'assetto costituzionale democratico, inizia a profilarsi, prima di essere tematizzato a partire dal IV secolo a.C. Una cattiva parresia può infettare la democrazia; o è forse proprio questo regime politico a favorirla e implicarla nella sua struttura istituzionale?

Questi interrogativi sono affrontati nell'Oreste, ultima tragedia di Euripide scritta nel 408 a.C., in un periodo di crisi. La guerra del Peloponneso, iniziata da più di vent'anni, vede un'Atene stanca e vulnerabile agli attacchi via terra di Sparta, trovarsi di fronte alle numerose proposte di pace dalla potenza rivale. La questione sulla prosecuzione della guerra assume toni accesi. Le motivazioni sostenute dalle opposte fazioni sottendono questioni economiche. Il partito democratico, composto prevalentemente da mercanti, è favorevole alla prosecuzione delle ostilità, confidando nelle possibilità di sfruttare economicamente l'espansione imperialistica. Verso la fine del combattimento spinge il partito conservatore aristocratico, i cui maggiori sostenitori sono proprietari terrieri, allettati da una convivenza pacifica con Sparta e convinti che la soluzione politica da adottare a livello interno sia quella di riservare diritti civili e politici a un'élite.

La cronaca del processo, che vede imputato Oreste, accusato di aver ucciso Clitennestra insieme alla sorella Elettra per vendicarsi dell'assassinio del padre Agamennone da lei compiuta

<sup>46</sup> Ivi: 61.

<sup>47</sup> Ivi: 157.

<sup>48</sup> Ivi: 154.

<sup>49</sup> Con la medesima chiarezza esporrà anche i difetti della monarchia.

insieme all'amante Egisto, è la scusa che Euripide utilizza per presentare le diverse forme nelle quali la parrèsia può manifestarsi in uno dei contesti deputati ad accoglierle: il tribunale. Nel processo prenderanno la parola quattro oratori: due di essi fanno parte del mondo omerico, gli altri due, invece, sono profili di persone che potrebbero appartenere alla realtà, rispondenti a una tipizzazione politico-sociale. Il primo a prendere la parola è Taltibio, araldo di Agamennone, colui che parla in nome del potere. La sua parola non è libera, non solo perché si trova in terra straniera, il processo si svolge ad Argo, ma anche perché il suo ruolo lo induce a trasmettere una parola non sincera, non veritiera, doppia. Prova a non scontentare nessuno, ma segue le istruzioni di chi lo comanda. La sua critica della democrazia non è franca, non lo è nemmeno l'elogio della monarchia in cui si spende. Parla in modo ambiguo. “Gente fatta così, gli araldi. Verso chi ha fortuna, corrono. E il loro amico chi è?”<sup>50</sup>. Prende poi la parola Diomede, eroe conosciuto per le virtù di cui si narra nell'Iliade, che propone una soluzione moderata ed equilibrata: quella dell'esilio di Oreste ed Elettra. La sua parola libera e franca, rispettosa della tradizione religiosa che riservava la pena dell'estromissione dalla città agli assassini, divide l'assemblea. La sua eloquenza e la bontà delle argomentazioni addotte, non riescono a convincere tutti. Simmetricamente ai personaggi mitologici, contrapposti per indole, differente rapporto con la parola vera e col coraggio, Euripide propone gli interventi dei due “tipi” sociali disponendoli su poli opposti. Dalla parte della cattiva parrèsia troviamo il “chiacchierone sfrenato”, *athuròglossos*, letteralmente lingua o bocca priva di porta, un tipo di persona che non riesce a distinguere la situazione in cui è opportuno parlare da quella in cui bisogna tacere. Non è nativo della città alla cui comunità politica si riferisce; non possiede l'educazione e la raffinatezza richieste per l'esercizio virtuoso della parrèsia. Il suo parlare è *amathes*, violento, grossolano, rozzo. Mancando di *mathesis*, cultura, prova ad utilizzare la forza per prevalere sugli altri. Emette le sue parole producendo il rumore dello schiamazzo, *thorubos*; per sopperire alle carenze nell'articolazione del discorso deve urlare, provando a generare reazioni emotive nell'uditorio piuttosto che basate sul *logos*. La parrèsia cattiva, *kamathei parrèsia*, non può che essere nociva per la città, indicando la soluzione estrema della lapidazione degli imputati. A questo demagogo segue l'ultimo attore parresiastico, un piccolo proprietario terriero e contadino, *autourgos*, capace di lavorare con le mani, presentato anche come coraggioso, *andrèios*, puro, privo di macchia, *akèraios*, e prudente, *synetòs*. Un individuo così caratterizzato, dotato del coraggio per battersi per la sua terra, sarà in grado di esercitare la buona parrèsia. Mostrerà alla *polis* la soluzione migliore, l'assoluzione di Oreste, capace col suo gesto di vendicare i soldati che, come Agamennone, sono stati ingannati dalle proprie mogli sfruttando l'assenza per la battaglia. Alla personale difesa di Oreste segue il verdetto di condanna. L'opinione proposta dal cattivo oratore risulta più seducente, riesce a conquistare il favore dell'adunanza: Oreste e Clitennestra vengono condannati a morte.

Il circolo virtuoso fra parrèsia e democrazia, quel vincolo che le lega inscindibilmente, sembra potersi spezzare sotto i colpi della cattiva parrèsia: l'uso delle forme predisposte da quest'ordine politico per introdurre il conflitto nel discorso per un fine diverso da quello del bene comune. La democrazia si presenta ora come quel sistema politico che “rende possibile questo discorso vero e che al tempo stesso lo minaccia senza posa”<sup>51</sup>. Di fronte a questa frattura interna prodottasi in seno alla parrèsia democratica, la questione del legame tra *nomos* e *aletheia* si fa sempre più problematica. Non si tratta più di stabilire le condizioni che legittimano il dir-vero dell'uomo in un contesto politico, ma capire altresì come poter supplire alla mancata definizione istituzionale della facoltà concernenti la verità tramite leggi formali. Non è più sufficiente il coraggio, si richiede anche una formazione adeguata, una buona educazione. La parrèsia ha bisogno di un sistema in grado di separare il vero dal falso,

<sup>50</sup> Euripide, *Oreste*, in Foucault 2008 [2009]: 161.

<sup>51</sup> Foucault 2008 [2009]: 180.

cosa di cui la democrazia, ammettendo tutti al discorso, non sembra in alcun modo capace. È ipotizzabile che essa possa spostarsi in un differente contesto istituzionale e continuare a svolgere il suo ruolo al cospetto di un'altra forma di potere, quello autocratico.

#### 4. Verità e crisi delle istituzioni democratiche

La crescente diffidenza nel riconoscimento dell'assetto democratico quale terreno istituzionale adatto all'esercizio della buona *parresia*, diritto-dovere nella forma del privilegio capace di apportare in modo univoco benefici alla vita politica della città, determina, tra la fine del V e l'inizio del IV secolo a.C., la tematizzazione in ambito filosofico di un motivo etico atto a differenziarla dalle forme rozze del dire-vero politico.

L'*isegoria*, l'ammissione indiscriminata di chiunque faccia parte del *demos* alla parola, una delle caratteristiche essenziali della costituzione ateniese, che un tempo appariva come l'unica dimensione possibile del parlar franco, inizia ad essere guardata con sospetto. Viene considerata una fonte di pericolo secondo due prospettive. Dal punto di vista pubblico, la polifonia costituzionale democratica sembra escludere un *logos* comune capace di organizzare la convivenza dei cittadini in modo ordinato. È Platone nella *Repubblica* a esprimere queste perplessità per bocca di Socrate. Noto il suo paragone della costituzione democratica ad un mantello variopinto, che potrebbe essere apprezzato solamente da chi è sprovvisto di *logos* politico, donne e bambini. Un sistema che ammette al suo interno che ciascuno possa determinare in completa autonomia il *logos* guida della propria esistenza è destinato al caos, all'anarchia. Il *logos* politico deve darsi in forma unitaria. La disgregazione del principio ordinatore comune determina la creazione di molteplici città stato, autonome, conflittuali.

“Ognuno è dunque per sé stesso la propria unità politica di riferimento”<sup>52</sup>. Nelle vicende genetiche della democrazia, ricostruita da Platone come l'assetto risultante dall'imposizione violenta, guerresca, del popolo sulle oligarchie, è inscritta probabilmente la debolezza di un regime in cui non governano i migliori e la cittadinanza è concessa in egual misura a tutti. Produzioni di un rapporto di forza, *isonomia*, *isegoria* ed *eleutheria*, conservano i segni di questa guerra. Non è diversa la *parresia*, il miglior strumento per trascinare la folla nella direzione voluta, acquisire il comando della città e contribuire alla sua rovina. Se il rapporto tra libertà di parola e dimensione pubblica appare in tutta la sua criticità, la situazione non è migliore dal punto di vista del parlante. Il dir-vero disinteressato, quello orientato al bene, non piacerà ai più, sarà quasi sicuramente motivo di persecuzione, metterà a rischio la vita del *parresiasta*. Il rapporto tra democrazia e verità è sovvertito. Pronunciare parole vere apre la strada alla persecuzione a chiunque non dica ciò che l'assemblea vuole sentirsi dire. Che la *parresia* sia stata totalmente bandita dai discorsi pubblici<sup>53</sup> è quanto sostiene Demostene nella terza Filippica, vedendo nella *parresia* democratica ormai una parola rivolta unicamente a blandire e adulare l'uditorio. Gli fa eco Isocrate che, all'inizio della sua orazione *Sulla pace*, contrappone polemicamente la tendenza degli ateniesi a consultare persone assennate e ben educate per ricevere consigli nella sfera privata e a dare spazio a ubriaconi, stupidi, approfittatori senza scrupoli per le attività pubbliche. In un contesto del genere gli adulatori, *kôlakes*, incontreranno i favori del popolo, i buoni oratori, quelli che hanno a cuore l'interesse della città non trovano alcuno spazio, se non in forma comica al di fuori della vita politica. La forma teatrale della commedia rappresenta l'unico spazio democratico capace di ospitare la parola libera<sup>54</sup>. Il perversimento della democrazia ateniese, ormai sinonimo di mancanza di autocontrollo, è sottolineato da Isocrate anche nell'*Areopagitico*, opera in cui il termine *parresia* è usato in modo dispregiativo per indicare la degenerazione

<sup>52</sup> Foucault 2008 [2010]: 193.

<sup>53</sup> “Avete totalmente bandito la libertà di parola dai discorsi politici”, così si legge in: Demostene 1993 [1930]: 163.

<sup>54</sup> In proposito della *parresia* comica si guardi Jaeger 1978 [1945].

dell'isonomia, uguaglianza di fronte alla legge, mentre la libertà si è tramutata in arbitrio e la felicità nella possibilità di fare qualunque cosa. L'idea che la democrazia impedisca la separazione dei discorsi, renda impossibile la definizione di una pratica di veridizione genuina, ricorre anche in un altro testo dello stesso periodo attribuito per molto tempo a Senofonte. *La costituzione degli ateniesi*, proveniente da ambienti aristocratici e conservatori, è una satira nella forma del panegirico, in cui si mette in scena un finto elogio della democrazia, pronunciato da un democratico ateniese. La sua difesa appassionata delle carenze e delle disfunzioni democratiche, suona in realtà una feroce critica delle istituzioni atenesi e della sua *politeia*. Nelle città dotate di altri assetti istituzionali l'*eunomia*, la buona costituzione, il regime virtuoso, assicura siano i più competenti a dare le leggi, gli onesti a deliberare, ai folli invece non è concesso neanche di parlare in pubblico. La *parresia* si configura ora come quel dispositivo pubblico che consente ai folli e ai più numerosi, assimilati ai peggiori tramite un'“isomorfismo etico-quantitativo”<sup>55</sup>, di far prevalere le loro istanze, che non possono che essere dannose per la città. La città ha ancora “bisogno della verità per poter esistere ed essere salvata”<sup>56</sup>, ma perché venga detta è necessario riconfigurare la struttura politico-istituzionale della forma “aleturgica”.

## 5. La parresia filosofica

La diffidenza nutrita dalla cultura greca nei confronti della tirannia non esclude la configurazione di uno spazio per l'irruzione della verità nel suo perimetro. Il compito di rendere l'anima del sovrano aperta al buon consiglio, mite, sensibile alla verità e non all'adulazione e incline alla filautia, diviene impresa parresiastica. La *parresia* deve svolgere un ruolo pedagogico, rivolgersi alla formazione del Principe, orientarsi alla sua persona, implicare un *ethos*.

“Il dire-il-vero può trovare il suo spazio nel rapporto al capo, al Principe, al re, al monarca, per il semplice fatto – voglio dirlo brutalmente e grossolanamente – che essi hanno un'anima: che quest'anima può essere persuasa ed educata e che si può, tramite il discorso vero, inculcarle l'ethos che la renderà capace di intendere la verità e di comportarsi in maniera conforme ad essa.”<sup>57</sup>

L'utilizzo del termine *parresia* nell'*Etica Nicomachea*<sup>58</sup> come una delle caratteristiche proprie dell'uomo magnanimo, *megalòpsychos*, capace di riconoscere la verità, è sintomatico della torsione etico morale alla quale il concetto va incontro nel corso della sua evoluzione. La libertà di parola inizia attorno al IV sec. a.C. a relazionarsi ad un contesto istituzionale monarchico, in cui il Principe assicura l'unità del *logos* politico. La sua superiorità morale lo rende adatto al comando e allo stesso tempo gli attribuisce un'attitudine “aleturgica” eticamente differenziata, inconcepibile in democrazia, una sensibilità alla verità qualificata dallo spessore morale. Questa predisposizione non è sufficiente a garantire che il sovrano faccia buon uso del suo potere, ammetta la parola di sfida, tolleri che il suo potere venga discusso criticamente e indirizzato verso il bene comune e in qualche modo limitato. Perché ciò accada, è necessario che le sue qualità personali lo inducano ad esercitare il potere in modo non dispotico, che sia capace di riconoscere ed allontanare gli adulatori, in loro alberga la cattiva *parresia* monarchica, che la sua attività si svolga sotto la guida di uno o più consiglieri di alto spessore. La corte e non l'*agorà* diventa il luogo della *parresia*.

<sup>55</sup> Foucault 2009 [2011]: 54.

<sup>56</sup> Ivi: 55.

<sup>57</sup> Ivi: 68-69.

<sup>58</sup> Cfr. Aristotele 1999.

La torsione psicagogica cui la parresia va incontro nel contesto monarchico, non le sottrae una funzione politica, seppur mediata<sup>59</sup>. Anche nella sua forma pedagogica, assicura che la città sia ben governata indirizzando il sovrano verso l'arte del buon governo e della prudenza. Perché la vita della comunità possa svolgersi in modo adeguato, però, è necessario coinvolgere i cittadini. È necessario che intrattengano un rapporto con la verità e che intervenga una figura capace valutare la corrispondenza della loro esistenza all'*aletheia*, attraverso un esercizio supplementare di parresia, rispetto a quella legata al piano di governo. Di questo "alto funzionario morale"<sup>60</sup> della città a cui è demandata la guida degli individui ci parla Platone, riferendosi alla figura di Socrate in diverse opere<sup>61</sup>. L'attività del filosofo, col compito di verificare la rispondenza della vita di una persona alla verità, è sintomatica di uno spostamento del punto in cui verità e *logos* trovano una nuova articolazione; dal *nomos*, della parresia euripidea, al *bios*, della parresia socratica. La missione di cui Socrate era stato incaricato a Delfi<sup>62</sup> consisteva nell'interrogare quanti incontrasse nella città per analizzare il livello di conoscenza che avevano di sé stessi, valutare la corrispondenza delle conoscenze riscontrate allo stile di vita concretamente condotto. Operando come una pietra di paragone utilizzata per esaminare l'oro, *bàsanos*, Socrate accerta "la vera natura del rapporto tra *logos* e *bios* che si realizza in quanti entrano in contatto con lui"<sup>63</sup> tramite una prova d'anima. La parresia filosofica dismette i panni della pratica agonistica per assumere le vesti di incontro dialogico di anime in cui è in gioco la questione dell'autenticità, della verità dell'anima, dell'*aletheia* come disvelamento compiuto dal *logos*, "apparizione dell'ente nel suo "come" del suo essere svelato"<sup>64</sup>. La verità dell'esistenza, "la più originaria e cioè la più autentica schiusura, in cui l'esserci, in quanto poter essere, possa essere"<sup>65</sup>, si dà nella corrispondenza armonica tra *logos* e *bios* che Socrate è in grado di cogliere negli altri essendo la sua vita di *mousikos aner* scandita da un'armonia dorica tra il dire, il fare, il pensare e il parlare liberamente che ha il suono del coraggio. Nella sua figura confluiscono le quattro forme di veridizione che compongono il rettangolo della verità proprio della Grecia classica<sup>66</sup>: quella del profeta, che indica il destino in nome della divinità, quella del saggio, capace di pronunciarsi sull'essere e sulla natura, quella del tecnico e del professore, che tramanda un complesso di nozioni per garantire la sopravvivenza del sapere e quella del parresiasta, la cui verità, pronunciata a proprio nome con coraggio rispetto a individui e situazioni concrete, riguarda l'*ethos*. Socrate possiede il complesso di virtù tecniche necessarie alla guida spirituale.

La parresia inizia a configurarsi come una pratica o un insieme di pratiche rivolte a convincere qualcuno circa la necessità della cura di sé, *epimeleia eautou*<sup>67</sup>, a ingenerare in lui un cambiamento che possa portarlo verso una forma di vita artistica, verso un'"estetica dell'esistenza"<sup>68</sup> in cui bellezza e verità sono reciprocamente implicate. L'approssimazione del complesso delle tecniche parresiastiche ad un'arte stocastica che può essere esercitata in contesti pubblici, in circoli privati e anche nelle relazioni di amicizia, diventa evidente presso le comunità epicuree e in ambito stoico e cinico. Filodemo<sup>69</sup> la considera una *techne* paragonabile alla navigazione e alla medicina, arti nelle quali bisogna avere riferimento a regole, principi generali ma avere riguardo altresì alle circostanze e al *kairos*, il momento decisivo, in cui un soggetto dotato di competenze particolari può dare istruzioni alle quali i subordinati devono attenersi. Durante il periodo ellenistico la pratica parresiastica nelle

<sup>59</sup> Sul punto si guardi Monoson 2000.

<sup>60</sup> Foucault 2008 [2009]: 200.

<sup>61</sup> Cfr. Apologia, Critone, Repubblica, Leggi.

<sup>62</sup> Cfr. Platone Apologia di Socrate, 21<sup>o</sup>-23b, 33c.

<sup>63</sup> Foucault 1985 [1996]: 64

<sup>64</sup> Heidegger 2001 [1927]: 311.

<sup>65</sup> Ivi: 314.

<sup>66</sup> Cfr. Foucault 2009 [2011]: 40.

<sup>67</sup> Foucault 1985 [1996]: 60. Per una lettura normativa della "cura di sé" di Foucault e una sua utilizzazione nel rapporto fra cittadini e istituzioni cfr. Colombo 2022.

<sup>68</sup> Foucault 2009 [2011]: 161.

<sup>69</sup> Cfr. Filodemo 1914.

relazioni comunitarie dei circoli epicurei assume la connotazione di una guida spirituale, arte filosofica di governare sé stessi e di agire come guida spirituale di altre persone, tecnica delle tecniche, “la più significativa tecnica clinica”<sup>70</sup>. In questo ambito alla parrèsia è connesso il dovere di obbedire del discepolo. Il rapporto pedagogico, che in Socrate era configurato come un prendersi cura amorevole improntato al raffronto tra *bios* e *logos*, acquisisce fra gli epicurei una sfumatura autoritaria, poiché l’accesso alla vita buona (salvarsi gli uni con gli altri, *sozestai*) fra gli epicurei poteva avvenire tramite la scoperta della verità su sé stessi, alla quale era possibile accedere solo grazie alla relazione comunitaria del gruppo, dotato di una certa organizzazione gerarchica. La confessione<sup>71</sup> inizia a prendere la forma dell’obbligo. Esistevano, infatti, momenti in cui ciascuno era tenuto collegialmente a rendere partecipe i membri della comunità dei propri errori. La pratica della confidenza era considerata di grande importanza anche nelle relazioni individuali di amicizia. “Da capacità pubblica però la parrèsia si fa progressivamente, nella crisi della cultura civica della *polis* attica, facoltà tutta privata”<sup>72</sup>.

Una caratteristica che Foucault riconosce essere permanente e fondamentale nel dire vero filosofico rapportato alla politica, cioè che

il discorso filosofico nella sua verità – all’interno del ruolo che gioca necessariamente in politica per trovare, in quell’ambito, la sua verità – non ha il compito di progettare ciò che deve essere un’azione politica<sup>73</sup>,

si teatralizza in relazione alle forme parresiastiche praticate dai filosofi cinici. Essi non ritengono sufficiente che la vita si mantenga fedele a determinati principi, considerano la forma di vita una condizione del dir-vero. Ascesi e scandalo della verità, “la forma d’esistenza come scandalo vivente della verità”, non sono soluzioni politiche, né prassi offerte alla politica, ma pratiche in grado di trascenderla.

La derisione di istituzioni false e ingiuste, la denuncia del materialismo, il tentativo di smascherare l’ipocrisia dei codici morali esistenti, l’attacco ai comuni canoni del pudore, fa della vita di personaggi come Diogene, Antistene, Cratete, terreno di sperimentazione, invenzione e creazione di forme di convivenza rinnovate e libere. Di uno stile di vita naturale e ascetico che si spinge fino all’animalità, in cui il corpo si manifesta come teatro della verità resistente a privazioni e sofferenze e l’*autarkeia*, l’indipendenza da ogni struttura sociale, costrizione culturale e istituzionale, è l’unico criterio che può indirizzare la vita dell’uomo verso la felicità.

Una vita veridica preferisce l’esempio a qualunque formulazione teoretica che non venga convalidata dal modo in cui si vive, praticata come un esercizio ed esposta nelle forme di uno scandalo, smaschera l’ipocrisia di ogni comunità incapace di tollerare comportamenti posti in essere in ossequio agli stessi principi che dice di ammettere.

“Insomma, il cinismo fa della vita, dell’esistenza, del *bios*, ciò che potremmo chiamare un’aleturgia, una manifestazione della verità”<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> Foucault 1985 [1996]: 74.

<sup>71</sup> Il tema sarà poi sviluppato nelle Lezioni a Lovanio del 1981. Cfr. Foucault 2013.

<sup>72</sup> La Torre 2021: 48.

<sup>73</sup> Foucault 2008 [2010]: 542.

<sup>74</sup> Foucault 2009 [2011]: 332.

BIBLIOGRAFIA

Abenosur M. 2008, *La democrazia contro lo stato*, Napoli: Cronopio.

Adorno F. 2008, *Introduzione a Platone*, Roma-Bari: Laterza.

Anders G. 2007, *L'uomo è antiquato, vol. I, Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale*, trad. it. di L. Dallapiccola, Torino: Bollati Boringhieri.

Aristotele 1991, *La costituzione degli ateniesi*, a cura di G. Lozza, Milano: Mondadori.

Aristotele 1999, *Etica Nicomachea*, trad. it. C. Natali (a cura di), Roma-Bari: Laterza.

Aristotele 2001, *L'anima*, Milano: Bompiani.

Aristotele 2017, *Metafisica*, Roma-Bari: La Terza.

Aristotele 1973, *Politica*, in Id., *Opere*, vol. 9, Roma-Bari: Laterza.

Castoriadis C. 1995, *L'istituzione immaginaria della società*, a cura di F. Ciaramelli, Torino: Bollati Boringhieri.

F. Colombo 2022, *Verità e democrazia. Sulle orme di Michel Foucault*, Milano-Udine: Mimesis.

De Sanctis G. 1912, *Atthis. Storia della repubblica ateniese dalle origini all'età di Pericle*, Roma: Fratelli Bocca.

Demostene 1993 [1930], *Terza Filippica*, in *Filippiche Oliantiache*, a cura di S. Aproso, Milano: Mondadori.

Euripide 1991, *Tutte le tragedie*, trad. it di F. M. Pontani, I e II, Roma: Newton Compton Editori.

Euripide 2010, *Fenicie*, trad. it. di E. Medda, Milano: Rizzoli.

Euripide 2016, *Ione*, trad. it. di M. S. Mirto, Milano: Rizzoli.

Fassò G. 1959, *La democrazia in Grecia*, Bologna: Il Mulino.

Filodemo 1914, *Perì parresias*, Lipsia, Teubneri.

Finley M. I. 1965 [1963], *Gli antichi Greci*, trad. it. di F. Codino, Torino: Einaudi.

Finley M. I. 1985 [1973], *La democrazia degli antichi e dei moderni*, trad. it. di G. Di Benedetto e F. De Martino, Milano: Mondadori.

Foucault M. 1979 [1971], *L'ordine del discorso*, Torino: Einaudi.

Foucault M. 2003 [2001], *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981- 1982)*, Milano: Feltrinelli.

- Foucault M. 2008 [2009], *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*, tr. it. di M. Galzigna, Milano: Feltrinelli.
- Foucault M. 2009 [2011], *Il coraggio della verità. Il governo di sé e degli altri II. Corso al Collège de France (1984)*, trad. it. di M. Galzigna, Milano: Feltrinelli.
- Foucault M. 1985 [1996], *Discorso e verità nella Grecia antica*, Roma: Donzelli.
- Foucault M. 1977, *Microfisica del potere*, Einaudi: Torino.
- Foucault M. 1999, *I corsi al Collège de France. I Résumés*, Milano: Feltrinelli.
- Foucault M. 1985 [1978], *La cura di sé*, Milano: Feltrinelli.
- Foucault M. 2013, *Mal fare, dir vero. Funzione della confessione nella giustizia. Corso di Lovanio (1981)*, Torino: Einaudi.
- Fronterotta F. 2001, *Methexis. La teoria platonica delle idee e la partecipazione delle cose empiriche. Dai dialoghi giovanili al Parmenide*, Pisa: Scuola Normale Superiore.
- Jaeger W. 1978 [1945], *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, Firenze: La Nuova Italia.
- Heidegger M. 2011 [1927], *Essere e tempo*, Milano: Mondadori.
- Illich I. 2019 [1971], *Descolarizzare la società*, Milano-Udine: Mimesis Edizioni.
- La Torre M. 2021, *Libertà di parola. Cittadinanza e avvocatura*, Roma: Carocci.
- Lefort C. 1986, *La question de la démocratie*, in *Essais sur le politique, XIX-XX siècle*, Parigi: Seuil.
- Meier C. 1988, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, Bologna: Il Mulino.
- Momigliano A. 1973, *Freedom of speech in antiquity*, in *Dictionary of the history of ideas*, II, New York: Charles Scribner's Sons.
- Monoson S. S. 2000, *Plato's democratic entanglements. Athenian politics and the practice of philosophy*, Princeton: Princeton University Press.
- Platone 1979, *Opere Complete*, Bari-Roma, La Terza.
- Radin M. 1927, *Freedom of speech in ancient Athens*, *The American journal of philology*, 48.
- Rancière J. 2007 [1995], *Il disaccordo: politica e filosofia*, Roma: Meltemi.
- Scarpat G. 1964, *Parrhesia. Storia del termine e delle sue traduzioni in latino*. Brescia: Paideia.
- Scarpat G. 2001, *Parrhesia greca, parrhesia cristiana*, Brescia: Paideia.

Sluiter I. Rosen, R. M. 2004, *Free speech in classical antiquity*, Leida: Brill.

Spina, L. 1986, *Il cittadino alla tribuna. Diritto e libertà di parola nell'Atene democratica*, Napoli: Liguori.

Tincani P. 2022, *Raccontare la società*, Milano: Mondadori.

Tommaso D'Aquino 1986, *Quaestiones disputatae. De veritate, I*, Genova: Marietti 1820.

Vegetti M. 2017, *Chi comanda nella città. I Greci e il potere*, Roma: Carocci.

Weil S. 2012, *La persona e il sacro*, Milano: Adelphi.

Weil S. 1990, *La prima radice*, Milano: SE.

# Note

Guido Alimena\*

*Il primato del soggetto nella politica. Presentazione di Virtù umane virtù politiche, a cura di G. Cotta 2020, Milano-Udine, Mimesis, 273 pp.*

#### ABSTRACT

The book that I present in this article stems from the intention of its authors to tackle the problem of the subject starting from that of virtues, in view of a possible rethinking of subjectivity centered on a relational dimension in which it still makes sense to talk about identity and human nature. “Without a subjective and relational dimension”, Botturi observes, “the experience of the good would remain limited to an objective correspondence of certain realities to certain needs – as happens in animal life – and would not be inscribed on the path of identification and realization of the subject as such. Any good supplied or obtained outside this horizon would even become bad. And it is the reason why on a social level a well-being enjoyed outside a horizon of hospitality and reciprocity, devoid of appropriate human measure, inevitably leads to obtundation and degradation”.

#### KEYWORDS

Subjectivity; Virtue; Identity; Empathy; Human Nature.

#### INDICE

Introduzione – 1. Le virtù nella riflessività relazionale – 2. Condizioni e limiti della soggettività – 3. Il soggetto come unità di senso da realizzare.

#### Introduzione

[...] la politica mette in atto, oggi più che mai, un uso strumentale delle passioni per mantenere il proprio potere e garantire la propria sopravvivenza attraverso forme di manipolazione invisibile delle più elementari pulsioni: paura, ira, risentimento. La scommessa allora si gioca tutta nella possibilità di rivitalizzare dal basso quella sfera pubblica nella quale le patologie dell’individualismo possono essere corrette e sconfitte dalla riattivazione di passioni empatiche e motivazioni solidali che ispirino le lotte collettive per il bene comune (Pulcini).

Con queste parole di Elena Pulcini, tratte dal libro *Virtù umane virtù politiche*, desidero anzitutto ricordare la filosofa accademica, scomparsa il 9 aprile 2021.

Le stesse parole, inoltre, offrono lo spunto per chiarire subito che il volume qui presentato non è propriamente una *collectanea*. Gli undici saggi che lo compongono ne fanno un lavoro di ricerca unitario, a partire dalla scommessa indicata da Pulcini e, in particolare, da due basilari convergenze: il ruolo delle virtù – “ricostituire ciò che oggi manca drammaticamente alla politica” (Cotta) – e la radice comune di esse, vale a dire la struttura empatica e relazionale del soggetto umano, quale espressione di un suo *sostrato identitario* ovvero di un *io non-indifferenziato* che supera i tradizionali paradigmi della naturale socievolezza e dell’originaria conflittualità, insieme all’identitarismo ideologico e neoliberista, caratterizzato da chiusura, fissità e discriminazione (Cusinato). Francesco Botturi, significativamente, parla di identità *in-evidente/in-apparente*, alludendo a un centro identitario

---

\* Avvocato e cultore della materia presso la cattedra di Filosofia Politica, Università degli Studi di Roma la Sapienza, nonché dottorando di ricerca in Scienze Politiche presso l’Università di Teramo.

dell'uomo che si costituisce e misura non nel suo manifestarsi ma *in progress*, e per l'esattezza nella "interazione in cui si gioca la cosoggettività condizionata ma libera dei soggetti"<sup>1</sup>.

L'ambiziosa finalità appena focalizzata trova ottime argomentazioni già nel saggio introduttivo di Gabriella Cotta, specialmente nella parte dove si espone l'intento programmatico del libro: considerare il soggetto umano fuori dalla persistente opposizione tra individualismo autoreferenziale – che trasforma la giusta richiesta di autonomia in quella di indipendenza da tutto e da tutti – e fluidificazione dell'individuo in differenza tra le differenze. Il libro, in altri termini, si propone di *ripensare il soggetto per ripensare la politica* (Cotta) ripensando la "rigida dicotomia tra agire strumentale e agire disinteressato" (Alici), tra razionalità puramente strategica, sintomo di autoreferenzialità, e indifferenza verso i *bisogni concreti* dell'uomo, esito inevitabile della anzidetta fluidificazione<sup>2</sup>. Il tutto mosso dall'idea che la *responsività*, "intesa come capacità di sentire empaticamente e di agire in risposta a un bisogno urgente" – connotato alla fragilità dell'umano –, possa congiungersi saldamente alla *riflessività sostanziale*, "capace di sviluppare ragionamenti su beni e virtù" orientati alla cooperazione, piuttosto che al solo perseguimento di fini individuali (Maletta), sia pure nell'ambito di una realtà assai problematica: l'uomo non può vivere la perfezione del riconoscimento, poiché l'atto di aprirsi agli altri è inevitabilmente pervaso dall'angoscia di perdere qualcosa o se stessi (Botturi)<sup>3</sup>.

Questa idea viene elaborata nel libro da varie angolazioni prospettive, che nelle pagine seguenti saranno passate in rassegna nei punti che ritengo maggiormente utili per evidenziare e sostenere, tanto sul piano teoretico, quanto sul piano etico-pratico, la proposta *anti-decostruttiva* degli autori. Mi riferisco al processo di decostruzione della soggettività umana denunciato a più riprese nel volume. Ciascun angolo visuale, infatti, potrebbe costituire il tassello di un progetto unitario di ripensamento della soggettività centrato su attitudini e comportamenti dell'uomo, per come essi si sostanziano in richieste, scelte, atti. Occorre quindi "partire dal soggetto che agisce" (Brezzi) per provare a individuare la *strutturale unità*. Occorre, di riflesso, superare anche le cc.dd. *teorie dell'azione*, nelle quali si fa strada l'idea di una struttura non unitaria dell'identità del soggetto agente<sup>4</sup>. Come dice Francesco

<sup>1</sup> Nel corso della presentazione, gli undici saggi saranno citati richiamando soltanto i rispettivi autori. Qui di seguito l'elenco completo: G. Cotta, *Ripensare il soggetto per ripensare la politica*, pp. 7-34; F. Botturi, *Paradossi e virtù del riconoscimento*, pp. 35-56; E. Pulcini, *Passioni: un problema o una risorsa sociale?*, pp. 57-74; P. Donati, *Che cosa trasforma la virtù individuale in virtù relazionale?*, pp. 75-108; G. Cusinato, *Beni indivisi. Le aporie della comunità estatica di Nancy e la forza dell'esemplarità*, pp. 109-142; L. Alici, *La fiducia come bene relazionale. L'habitat "naturale" come habitus virtuoso*, pp. 143-158; B. Montanari, *Reattività e riflessione: il tempo del pensiero*, pp. 159-178; I. Cucco, *Il pensiero simbolico come fondamento della relazionalità*, pp. 179-196; F. Brezzi, *Philia e dono, virtù fragili? Dall'identità singolare verso un nuovo legame sociale*, pp. 197-210; V. Sorrentino, *La compassione tra etica e politica*, pp. 211-232; M. Fortuzzi, *Verità e virtù dell'espressione. Una prospettiva a partire da Merleau-Ponty*, pp. 233-250; S. Maletta, *Pratiche sociali e teoria critica. Idee per una proposta normativa non formale*, pp. 251-268.

<sup>2</sup> In merito alla questione della soggettività, si rammenti il carattere rivoluzionario della posizione di Hegel rispetto a quella di Kant, riassumibile nell'attenzione rivolta dal filosofo di Stoccarda ai bisogni concreti degli uomini. Cfr. Biasutti 2004: 100: con Hegel, "è possibile parlare di uomo per la prima volta e propriamente soltanto dal punto di vista dei bisogni concreti"; "Il bisogno costituisce un limite alla assoluta negatività dell'io ed al suo potere di astrazione: il soggetto non può astrarre assolutamente, completamente dai bisogni, ma deve di necessità venire a patti con essi, cioè soddisfarli; ciò significa rapportarsi in modo non conflittuale con la sensibilità".

<sup>3</sup> Il libro in esame è attraversato dalla consapevolezza che le relazioni umane sono spesso problematiche o conflittuali perché accompagnate dalla grande antinomia tra la legge etica della *gratuità*, che nell'esperienza del riconoscimento *dell'altro presso di sé* scopre la propria realtà fondamentale e paradigmatica, ma che nessuno sembra in grado di garantire, e l'aspettativa della *convenienza*, la quale, se ragionevole, dovrebbe fondare ogni legame sociale rispondendo al bisogno di riconoscimento e sostanziano la gratuità, ma che di fatto si rivela inconciliabile con essa (Botturi).

<sup>4</sup> Cfr. in questi termini De Rose 2001: 134. Significativa è anche la critica di Cusinato al concetto di comunità elaborato da Jean-Luc Nancy nella sua opera del 1986, *La comunità inoperosa*: "Al contrario del 1986, attualmente il rischio non è rappresentato solo dai rigurgiti dell'identitarismo totalitario novecentesco, ma anche da quelli tipici dell'ideologia neoliberista della liquidità e della *deregulation* non solo economica, ma anche etica. Di fronte a questa *deregulation* etica, la proposta di Nancy risulta sguarnita e priva di mordente. È possibile recuperare un concetto d'appartenenza e di radicamento senza che queste caratteristiche comportino una 'eticizzazione della politica' e una chiusura identitaria, traducendosi in categorie etniche e culturali ideologicamente discriminatorie?" (Cusinato).

Viola, “ogni identità postula una certa unità”. Bisogna perciò chiedersi: “quale unità sarà mai possibile nella situazione presente? Su quali basi potrebbe mai essa essere fondata?”<sup>5</sup>

### 1. Le virtù nella riflessività relazionale

È un dato incontrovertibile la problematicità di cui è portatrice ogni relazione umana, a causa dell’impotenza di vivere la perfezione del riconoscimento. Ma questa impotenza, spiega Botturi, rinvia a una realtà ulteriore inclusiva, che egli identifica nella *relazione riconoscente*, dimensione dell’umanità non astratta e non depersonalizzata, poiché originariamente cosoggettiva, interpersonale e di per sé orientata alla generazione: “La sintesi del significato antropologico del riconoscimento è esprimibile allora nella categoria della *generazione*, presa nel suo senso più proprio, originario e metaforizzante il suo uso naturalistico”. *La specifica nascita dell’uomo riposa quindi nell’istituzione della sua soggettività ad opera del riconoscimento*, “forma archetipa dell’esperienza buona e insieme *esperienza primaria del bene*” (Botturi)<sup>6</sup>.

Tuttavia, come avverte Botturi, la dimensione in discorso può rivelarsi degenerativa e destituente. Pertanto, se da un lato è vero che ogni soggetto dipende strutturalmente dal riconoscimento d’altri, per il suo permanente bisogno di istituzione – “il riconoscimento è via di accesso alla sua stessa soggettività” –, dall’altro lato è innegabile che la moralità della relazione tra gli uomini dipende anche dalla *responsabilità di lavoro* in essa assunta (Botturi). Il che significa, in sostanza, che la verità di ogni relazione “non è consegnata a un’istantanea spontaneità, ma dipende dal lavoro impegnato nel rapporto stesso”<sup>7</sup>. L’intenzione morale, essendo collocata entro un processo in divenire (la relazione umana), “è veramente attiva se mobilita un’energia di trasformazione della relazione stessa per adeguarla costantemente al suo *ideale antropologico*” (Botturi – corsivo mio)<sup>8</sup>.

Siamo dinanzi a una visione ampia e ricca dell’individuo, non riducibile a una dimensione strumentale e utilitaristica (Pulcini), quale è la dimensione dell’individualismo, ove l’altro è solo strumento e interesse<sup>9</sup>. Oltre che dall’egoismo, l’uomo è mosso dall’*empatia*, movente eminentemente sociale e principio naturale che ci spinge a preoccuparci per il *bene comune*. L’empatia è infatti partecipazione, capacità di *sentire* l’altro, le sue emozioni e il suo vissuto, e come tale essa implica la scoperta dell’altro e il riconoscimento della sua esistenza (Pulcini), fermo restando che l’empatia non deve essere confusa con la *simpatia*, nel senso di *con-sentire* ciò che provano gli altri (Cusinato)<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Viola 1999: 51.

<sup>6</sup> “Il bene del riconoscimento non è, di conseguenza, un bene tra i beni, nel senso d’essere uno tra i contenuti buoni che possono favorire il *flourishing* dell’esistenza umana, bensì è *iperbene* – direbbe Ch. Taylor –, bene che risponde a un bisogno la cui soddisfazione è condizione di possibilità di molte altre soddisfazioni, e in questo caso di tutte” (Botturi).

<sup>7</sup> Sull’importanza del nesso *responsabilità-identità*, cfr. Lévinas 1984 [1982]: 115: “la responsabilità è ciò che mi incombe in modo esclusivo e che, *umanamente*, io non posso rifiutare. [...] Questa è la mia inalienabile identità di soggetto”.

<sup>8</sup> “L’identità del soggetto contemporaneo è aperta, nel senso che egli ha una notevole capacità di trasformarla nelle diverse fasi della sua vita e, cosa più importante, ne è piacevolmente consapevole, arrivando quasi a vantarsene”. Parmiggiani 1997: 57. Sia chiaro, però, quanto osserva Botturi nel suo saggio: il riconoscimento autentico – che non è fondativo in senso ontologico, perché attiva e fa *esistere da soggetti* – “è quello per il quale ciò che appare è appreso nella sua pregnanza di segno dell’identità inapparente, giudicata a sua volta come densa soggettività autoconsistente, conoscente e desiderante; e questo è opera di un *giudizio ontologico* che afferma l’appartenenza dei segni a un centro identitario in-evidente/in-apparente”. Botturi, quindi, ritiene che il soggetto abbia una *inviolabile identità*.

<sup>9</sup> In vista di quello che si dirà fra poco, è opportuno richiamare l’ottica comunitaria di Charles Taylor: l’altro è anche “un elemento della mia identità interiore”. Taylor 1994: 42.

<sup>10</sup> La confusione tra l’una e l’altra, secondo Cusinato, è “il passo falso che caratterizza le attuali filosofie dell’empatia: *sentire* e *con-sentire* sono profondamente diversi per il semplice fatto che il *sentire*, fortunatamente, implica anche il *dis-sentire*. Posso sentire quello che sente l’altro nella forma della compassione, della simpatia, dell’amare, ma anche dell’indignazione, dell’invidia, della repulsione, dell’odio, oppure posso sentire quello che prova l’altro, vivendolo però in modo diverso o addirittura opposto, tanto che posso gioire per l’infelicità altrui o rattristarmi per la sua felicità. Le conseguenze di questa confusione fra il sentire e il con-sentire sono catastrofiche. Il sentire non comporta necessariamente l’altruismo e neppure l’etica”.

Anche Pulcini, infatti, avverte che i sentimenti morali – testimoni di “vincoli profondi e forti dal punto di vista motivazionale verso gli altri” – possono essere negativi o conflittuali oppure avere risvolti problematici. Nelle passioni virtuose comunitarie o di appartenenza, per esempio, “si annida a volte il pericolo della distruttività e della violenza”. Ecco allora la necessità per l’uomo di *coltivare le passioni*, al fine di contrastare quelle negative e alimentare quelle positive. Educare la democrazia educando le proprie emozioni, dice Pulcini, consapevole del fatto che il perseguimento di detta finalità si impara dalla *dinamica sociale*, piuttosto che dalla natura umana:

È infatti dal confronto con l’altro, come Smith ci mostra con chiarezza, che impariamo a liberarci della dannosa illusione della nostra atomistica sovranità, e a riconoscerci, senza negare il conflitto, come soggetti in relazione, capaci di un agire virtuoso: il quale tuttavia non è mai dato una volta per tutte come una dotazione naturale, ma che trova piuttosto la sua linfa vitale nel costante e dinamico rinnovarsi delle passioni empatiche e nella nostra capacità di coltivarle (Pulcini).

Realistica è altresì la visione di Francesca Brezzi, con riguardo alla *philia*, definita come apertura a una politica della relazione in cui etica e politica non si scontrano, ma si intrecciano. Brezzi afferma ciò nel corso di un’indagine sulla *philia* tanto concisa quanto illuminante, grazie alle due caratteristiche di quel sentimento che ella trae dai testi aristotelici: la *reciprocità* e l’*indipendenza*, “che determinano come necessaria conseguenza la mutua consapevolezza di tali sentimenti”. Brezzi, dunque, propone di leggere la *philia* come *virtù pubblica* lungo un percorso concettuale realistico, cioè capace di “salvaguardare le asimmetrie, le differenze, ineliminabili in uno stato, e insieme garantire l’uguaglianza e le istanze universali”. L’itinerario che la studiosa vede nella *philia* si pone così in linea con l’itinerario delineato negli altri saggi del volume: *dalla differenza alla non-indifferenza*, sotto la spinta di apertura all’altro dettata dalla fragilità umana e, pertanto, dal *bisogno*: “Da una parte, il bisogno è tale in rapporto a una certa mancanza categorialmente definibile ma, dall’altra, è bisogno entro l’orizzonte dell’istituzione storica della soggettività stessa e quindi della sua relazionalità” (Botturi)<sup>11</sup>.

Citando Arendt e Weber, anche Brezzi sottolinea che l’instabilità dell’ordine pubblico racchiude proprio nel livello politico una grande forza: “la responsabilità dei cittadini ai quali è affidata tale fragilità estrema delle democrazie moderne, private di ogni garanzia assoluta”. L’aprirsi dello spazio politico, evidentemente, non può che essere determinato da un *agire politico morale*, posto che nella dimensione della pluralità la responsabilità comporta attività di relazione (Brezzi)<sup>12</sup>.

Le solite istanze moralistiche e utilitaristiche sembrano effettivamente superabili. Guido Cusinato rileva che il c.d. *salto etico*, consistente nel riconoscimento della pari dignità fra il proprio valore e quello dell’altro, in cui è radicato il sentimento del *rispetto*, diventa possibile se l’uomo, dopo aver sperimentato la propria non auto-autosufficienza nella crisi, nel fallimento, nel dolore, si auto-trascede appoggiandosi all’*esemplarità* di altri:

---

<sup>11</sup> Nel volume in esame viene criticata, implicitamente, anche la concezione heideggeriana della soggettività. Se c’è un *a priori*, secondo Heidegger, “questo è la temporalità in cui l’esserci è sempre immerso”. De Biase 2005: 114.

<sup>12</sup> Il tema della fragilità abbraccia ormai tutti i livelli: “La situazione di fragilità, non più specifica di categorie di persone o di segmenti di popolazione, ma potenzialmente condivisa con l’intera popolazione mondiale, da una parte solleva questioni di imputabilità e di responsabilità pregresse e future, dall’altra restituisce con forza la percezione della vulnerabilità come generale condizione umana e la coscienza di un rischio definito e incombente, ma suscettibile di essere combattuto. Fragilità e vulnerabilità si concretizzano così ben diversamente rispetto a una generica e inafferrabile coscienza di personale inadeguatezza, interrogando su questioni capaci di colpire non solo i singoli, ma anche i meccanismi di un sistema politico-economico-comunicativo interconnesso, interrompendone le vitali sinapsi e aprendo a cascata crisi fino ad ora del tutto impensabili” (Cotta).

L'individuo esce al di fuori di sé e prende forma solo nello spazio che gli offre maieuticamente l'esemplarità di un'altra singolarità. Uno spazio concreto, intessuto antropogeneticamente dal sentire-con nella forma di un *emotional sharing* in cui ad essere messa in comune è la fame di nascere del tutto (Cusinato)<sup>13</sup>.

La *fame antropogenetica* è il bisogno dell'uomo di nascere completamente, andando oltre il proprio orizzonte autoreferenziale, intimistico, là dove la forza di attrazione dell'esemplarità maieutica crea spazio aperto, comunità viva, e innalza la singolarità senza uniformarla ad altre singolarità: si tratta infatti di una forza che invece di imporsi dall'alto e sedurre – come fa il *modello sociale* quando è pervaso soltanto da logiche uniformanti e oppositive (Cusinato)<sup>14</sup> – proviene dal basso, produce differenziazioni e può instradare all'esercizio solidaristico della condivisione di beni divisibili, la quale sarebbe fortemente limitata in uno spazio di mera uniformità o aggregazione: “L'etica consiste nel far diventare indivisivo un bene divisibile grazie alla forza dell'esemplarità maieutica che originariamente nasce in riferimento alle pratiche di condivisione solidaristica dei beni indivisibili (Cusinato)<sup>15</sup>”.

Il tema della logica solidaristica qui toccato è di grande importanza. Esso consente di individuare nella dinamica sociale della condivisione dei beni divisibili non uno spazio di puro accadimento (consumistico) ma uno spazio in cui l'uomo, tramite la sollecitazione *materiale* (non moralistica) dell'esemplarità, esce in concreto dall'orizzonte autoreferenziale, per vivere attivamente la partecipazione alla sfera pubblica creando ricchezza:

La caratteristica principale dell'esercizio solidaristico di condivisione è che in esso, ogni volta, viene implicitamente ripetuto l'atto antropogenetico originario che, innalzandoci dal gettarci sul cibo, ha dato forma alla nostra umanità. Questo esercizio richiede uno sforzo creativo, perché implica un autotrascendimento, una presa di distanza critica da sé stessi. Ma in tale sforzo si crea ricchezza partecipativa. Al contrario, il consumo di un bene per appagare immediatamente una pulsione annulla il bene stesso senza produrre ricchezza (Cusinato)<sup>16</sup>.

Alla dinamica della ricchezza partecipativa si coordina il tema della *fiducia* trattato da Luca Alici: anche la fiducia produce ricchezza – anzitutto emotiva –, dischiude la singolarità dell'individuo, porta alla condivisione di beni e può non rispondere a mere costrizioni moralistiche. Non ne possiamo fare a meno “perché essa segna la differenza tra la potenza della vita e la sua negazione, tra generazione e sterilità, tra delirio di onnipotenza e senso del limite”. Fare a meno della fiducia “significherebbe rinunciare alla dimensione di fragilità e fallibilità che contraddistingue la condizione umana: in tal

<sup>13</sup> Cusinato intende superare la filosofia dell'*essere-con* di Nancy mediante una filosofia del *sentire-con*. Nella prima “non condivido ciò che fa parte della mia irriducibile singolarità, ciò che mi caratterizza in modo unico e inconfondibile, ma solo ‘ciò che ho in comune’ con tutti gli altri”, mentre nella seconda condivido “la fame di nascere del tutto, fame che costituisce la fisionomia di ogni singolarità umana, in quanto ogni umano viene al mondo senza aver finito di nascere” (Cusinato).

<sup>14</sup> In un simile modello sociale la relazionalità è puramente *meccanica*, cioè governata da mode o abitudini culturali capaci soltanto di generare *abiti* di risposta automatici e transitori: meri flussi *del tempo* (Donati e Cotta).

<sup>15</sup> Cusinato propone l'esempio del pane, quale bene tendenzialmente divisibile e diviso: “Ecco che, ad un certo punto della sua storia, l'umano, invece di precipitarsi sul pezzo di cibo che gli veniva gettato dal capo clan, ha ideato l'atto di spezzare il pane e di dividerlo, cioè l'esercizio della condivisione solidaristica, qualcosa di molto diverso dalla spartizione di una preda seguendo la logica dell'istinto gregario. È attraverso questo esercizio che propriamente è nato l'essere umano. Tale atto non è psicologico, ma antropogenetico. Non rappresenta una *evoluzione*, ma una *rivoluzione*”.

<sup>16</sup> Conformemente a ciò, la singolarità, secondo Cusinato, “non è un'identità costante nel tempo, non è riducibile all'equazione  $A=A$ , bensì è il risultato d'un percorso espressivo, unico e inconfondibile, di auto-trascendimento del proprio sé autoreferenziale che prende forma rinascendo nell'incontro con un'altra singolarità”. Un auto-trascendimento da non confondere con l'auto-negazione nietzscheana, in quanto negazione di sé, ovvero rimozione, da parte del soggetto, dei legami che lo definiscono, allo scopo di salvaguardare la possibilità di crearne di futuri e dare seguito alla storia. Cfr. in questi termini Cassinari 2005: 193.

modo, le buone pratiche imploderebbero e risponderrebbero a un'antropologia dell'infallibilità molto distante dalla realtà" (Alici)<sup>17</sup>.

Anche Alici, come si vede, elabora una concezione realistica delle virtù, considerando egli veramente virtuoso "colui che fa consistere la sua finitudine nel riconoscimento di un limite connesso all'apertura fiduciaria". Questa apertura genera, di riflesso, "una forma di impegno e ingaggio condiviso, da subito, strutturalmente, all'interno di una reciprocità che è l'intenzionalità dell'inter-esse", nel senso di *comunanza* di interessi, ossia spazio in cui bisogni e desideri individuali si armonizzano con la cooperazione e la solidarietà. Perfino il mercato "può allora diventare luogo di autentica relazionalità e di creazione di beni relazionali e di beni di natura relazionale":

in questo senso il mercato ha a che fare con l'uomo tutto senza ambire a dire tutto dell'uomo o a dare tutto all'uomo. Ciò avviene quando il mercato non è più luogo dell'io, nella modalità del "per sé", ma rete di relazioni del sé, nella modalità del "con e per altri". Ciò rompe l'idea che lo scambio sia necessariamente scambio di equivalenti e quindi infrange una logica *mainstream*, legata, anche su questo terreno, a due tirannie: una volontà di saturazione (tutto è quantificato) e di potenziamento (massimizzazione del profitto). Il bene relazionale, dunque, apre lo spazio di un'incommensurabilità, legata alla natura non oggettivabile della relazione; per questo fiducia, inter-esse e reciprocità sono tre beni relazionali così importanti e quindi "fragili" e "preziosi" incubatori di buona relazionalità (Alici).

Ancora una volta la relazione tra gli uomini – quella avviata dalla fiducia intenzionale – trova un preciso fondamento strutturale nella loro precarietà antropologica e, di conseguenza, nella *riflessività* implicata da questa ineluttabile condizione: la riflessività è infatti destinata a uscire dalla dimensione intimistica dell'io, per entrare nella relazione con il mondo, dove la coscienza prende *forma*<sup>18</sup>.

Pierpaolo Donati sottolinea come la relazione interpersonale innesca e promuove la *riflessività relazionale* (sulla relazione), che consiste essenzialmente nel prendersi cura della relazione come tale, essendo una potenzialità che appartiene strutturalmente all'uomo: è da essa soltanto che possono derivare in un secondo momento le virtù come beni relazionali, i quali, operando sui meccanismi sociali, informano poi la dimensione politica<sup>19</sup>.

Questa riflessività consente all'uomo di trascendere sé stesso non in una tensione virtuosa individuale – un simile trascendimento sarebbe una "fallacia individualista" – ma piuttosto nei rapporti entro cui egli agisce: uno *spazio-tempo* che intesse le relazioni tra individui grazie all'opera della riflessività, nutrita dai cc.dd. *feedbacks relazionali*<sup>20</sup>. Da qui la possibilità di cogliere intellettualmente

---

<sup>17</sup> Si può aggiungere che fare a meno della fiducia significherebbe anche rinunciare all'essere *persona* della modernità. Mi sembra emblematico, a tal proposito, il concetto giusnaturalistico di *persona morale*, decisivo per lo sviluppo del personalismo giuridico moderno. La persona morale presuppone un *movimento morale* (simile al moto in natura) attraverso cui diventa possibile costituire un'entità comune (*gemeine Wesen*), nel senso di spazio (morale) di libertà condivisa, posto che nel mondo morale "talvolta anche la stessa solidità viene penetrata". Basti pensare al concetto di servitù ripensato nel secolo XVII alla luce dell'idea di *penetration* appena accennata. Secondo tale ripensamento, l'essenza della potestà morale (*Moralische Macht*) non sta nel fatto che il suo detentore attrae a sé l'obbligato con la forza, perché è l'obbligato stesso ad avvicinarsi spontaneamente alla *potestas*, in virtù di una spinta ad aprirsi verso di essa guidata da "parole" e "fiducia" – da dialogo intersoggettivo e fiducia relazionale, diremmo oggi. Tra potestà (del signore) e obbligazione (del servo) si inserisce perciò la libertà (del soggetto), qualità morale grazie a cui l'uomo, in certi tratti, procede liberamente. Cfr. su tutto Weigel 1674: 65-72, 93-94, 98-99, 135-136.

<sup>18</sup> L'agire individuale, in sé stesso, "è una potenzialità condizionata dal doversi relazionare ad altri" (Donati). Cfr. Donati 2012: 165: "Come ogni fenomeno sociale, anche la coscienza ha una sostanza relazionale, in quanto realtà 'relazionata'. Ma ciò non significa che la relazione 'crei' la coscienza, ma solo che contribuisce a darle una forma".

<sup>19</sup> "L'agire individuale genera certamente delle relazioni, ma non è detto che le relazioni abbiano le qualità e gli effetti corrispondenti alle intenzioni degli individui che le hanno generate. Di conseguenza, io sostengo una tesi differente, e cioè che *la generatività sociale è un prodotto riflessivo di reti di relazioni che operano favorendo certi meccanismi sociali*. Lo stesso avviene per tutte le virtù sociali ('politiche'), le quali sono, per dirla in breve, una costruzione riflessiva delle forme sociali che si organizzano come beni relazionali" (Donati).

<sup>20</sup> "Il feedback relazionale è il feedback (FB) attraverso cui gli agenti operano *sulla varietà e variabilità delle forme, stati o condizioni della loro relazione* (R), non già sulle singole azioni degli agenti" (Donati).

una *morfogenesi della società dell'umano* che inizia, per l'appunto, all'interno delle relazioni, attraverso le quali si producono nuove forme sociali capaci di *rigenerare* e *attualizzare* l'umano, sulla base però delle sue specifiche qualità e proprietà relazionali (Donati), come, ad esempio, la *compassione*.

Tale sentimento, secondo Vincenzo Sorrentino, ha un carattere riflessivo e trasformativo, in quanto molla emotiva – a-mondana e prepolitica, ma non antipolitica – capace di sconvolgere la vita e di sovvertire le gerarchie. La compassione apre lo spazio della condivisione e dell'immaginazione, e nel fare ciò lascia una traccia nell'interiorità – “una sorta di riserva di significato che trascende e sopravvive all'esperienza emotiva” – da cui possono scaturire interrogazioni sull'esistenza e addirittura mutamenti, il primo dei quali è il superamento del *principium individuationis*, come sottolinea Sorrentino citando Schopenhauer:

Sin dai Manoscritti giovanili, 1804-1818, il filosofo [prussiano] metteva in guardia circa l'inganno del *principium individuationis*, tramite il quale le altre individualità appaiono come diverse dalla propria (e così pure le loro sofferenze). Soltanto affrancandosi dalla conoscenza secondo il principio di ragione sufficiente è, infatti, possibile penetrare il *principium individuationis* e riconoscere per questo che la distinzione tra me e gli altri è solo apparente, e la volontà di vivere, che me stesso sono, costituisce l'in sé della mia come dell'altrui apparenza<sup>21</sup>.

Sorrentino intuisce che le complesse dinamiche della compassione sono in grado di arricchire anche il contesto politico, prima attraverso l'immaginazione partecipativa – quella che ci fa mettere nei panni dell'altro – proiettata dagli individui compassionevoli nelle istituzioni, poi attraverso l'imprescindibile ruolo di mediazione (educativa e protettiva) che le istituzioni possono svolgere nelle situazioni di sofferenza sociale. La compassione “conduce l'individuo fuori dal mondo”, ma “la traccia che essa lascia dentro di lui può orientare la sua azione all'interno del mondo” (Sorrentino):

Come ha osservato la Nussbaum, il rapporto è duplice: ‘gli individui compassionevoli costruiscono delle istituzioni che incarnano ciò che essi immaginano; e le istituzioni, a loro volta, influenzano lo sviluppo della compassione’. Le istituzioni possono evitare che si creino o si accentuino quelle rigide separazioni tra gli individui, che impediscono l'empatia e il giudizio di analoghe possibilità; inoltre, possono insegnare ai cittadini determinate concezioni dei beni fondamentali, della responsabilità e dell'appropriato interesse per gli altri, che contribuiscono a configurare la loro esperienza della compassione; infine, possono promuovere o scoraggiare quelle emozioni che ostacolano la compassione, come la vergogna, l'invidia o il disgusto (Sorrentino)<sup>22</sup>.

A questo punto, non può che essere affermativa la risposta alla domanda formulata nel saggio introduttivo di Cotta: “Vale dunque la pena dedicarsi ad un'analisi delle ‘virtù’ nel duplice senso proposto, antropologico e politico, per di più tentando di riproporre un collegamento strutturale tra le due dimensioni?”<sup>23</sup>

Dalle considerazioni svolte sembra che l'apertura all'altro e al mondo, quintessenza delle virtù umane e politiche, *sia già inscritta nella struttura antropologica dell'uomo*. Depone in tal senso la sua indubbia fragilità. Essa dischiude l'azione necessaria “per affermare l'apertura al fuori [all'altro] ‘di cui ogni istituzione vive’” e a cui il sé è “costitutivamente legato” (Fortuzzi): condizione adeguata

<sup>21</sup> Marci 2013: 197-198, con riferimento a Barbera 1996.

<sup>22</sup> “Cercare di mettere in luce il valore etico e politico della compassione non significa rifugiarsi in un normativismo astratto, fondato su un'antropologia filosofica cieca di fronte ai tratti più oscuri e terribili degli esseri umani. Significa, invece, considerare realisticamente il terreno antropologico, culturale e politico, in cui affondano le proprie radici l'indifferenza e la violenza nei confronti dell'altro, cercando però, per così dire, di dissodarlo. Non con l'intento utopistico di rimuovere definitivamente tali radici, ma con l'obiettivo di aprire lo spazio per il possibile emergere della compassione” (Sorrentino).

<sup>23</sup> La proposta di collegare strutturalmente le due dimensioni, con riguardo al tema delle virtù, mira a contrastare l'attuale antropocentrismo, il quale cerca sì di “resistere alla disumanizzazione dell'umanesimo che conclude nell'equiparazione dell'uomo all'animale, ma è assai dubbio che vi riesca senza una presa di contatto con prospettive non materialistiche”. Possenti 2013: 12, ove l'autore, inoltre, ricorda che in Occidente si aggira il *nichilismo antropologico*, “volto a decostruire con tutti i mezzi l'essere umano, sino a dissolvere la frontiera tra uomo e animale”.

dell'azione di una autocoscienza e (quindi) del suo sapersi come soggetto è *necessariamente un'altra autocoscienza*, alla quale la prima si apre in ragione della propria finitudine. Cos'altro implica la finitudine dell'uomo se non il *bisogno* di trovare fuori di sé – nel cammino della realizzazione – una concreta conferma della propria soggettività *come tale*, cioè nella sua *identità differenziale*, radicata nel proprio sé ma originariamente e costitutivamente legata all'altro da sé: “L'altro è quella dimensione nascosta e sconosciuta che fa parte di me, e che io, quando penso in una certa forma, vedo come esterna a me stesso” (cfr. infra, § 3)<sup>24</sup>.

A sua volta, il tema della finitudine umana evoca la questione dell'apparire originario della verità, che nel pensiero post-moderno traspare come *storia aperta* a una *produzione di senso originale*: “l'atto di dirsi-dire il vero, che nel nostro ragionamento assume sempre più i caratteri della parresia, può spezzare il circolo soggettivazione/assoggettamento producendo frattura, discontinuità”, “all'interno delle maglie della storia già fatta, nella trama delle determinazioni che producono delle configurazioni nelle quali si inscrivono gli eventi” (Fortuzzi)<sup>25</sup>.

Nelle pagine che seguono si cercherà di approfondire gli aspetti problematici del processo di soggettivazione/assoggettamento, in funzione del ripensamento degli elementi costitutivi della soggettività.

## 2. Condizioni e limiti della soggettività

Si può adesso formulare la seconda impegnativa domanda posta dal volume in esame: è ancora possibile una *meta-fisica* della relazione, delle virtù e quindi del soggetto? Per Bruno Montanari la risposta è positiva, purché si riabiliti la capacità simbolica, la riflessione e il pensiero critico: il simbolo, poiché abbraccia e lega costitutivamente i due poli del reale (l'oggetto e il soggetto), permette di rompere la dicotomia tra essi e di trascendere la conoscenza di tipo oggettivante<sup>26</sup>, delineando così la possibilità per i due poli di accedere a una *relazione* osservabile, tramite il pensiero critico, *al di là* di ciò che di essa appare nella contingenza.

Nell'attualità contemporanea, secondo Montanari, si verifica un passaggio epocale, destinato a dissolvere le relazioni umane in *eventi a-temporali*: l'avvicinarsi del concetto di *ordine* con quello di *equilibrio*. Il primo, “sia sotto il profilo della sua origine sia sotto quello della sua struttura, implicando la ‘causalità’, rinvia ad una temporalità costitutiva”, la quale si esplica secondo altre due categorie provenienti dall'esperienza ed elaborate dalla ragione: mutamento e durata. “Viene istituito così, tramite la sequenza ordine-sistema-temporalità, il senso della memoria e del progetto”. Al contrario, la situazione di equilibrio (tanto nei fenomeni fisici quanto nei fenomeni sociali) “coincide, sotto il profilo temporale, con una osservazione puntuale, la cui stabilità si apprezza solo in quanto già così si offre all'osservatore. Proprio in quanto è solo osservabile, non è possibile produrla o progettarla. La temporalità della progettabilità del ‘fatto’ è sostituita dalla osservazione a-temporale dell'accadere”<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> Panikkar 2009: 236. Torna qui in primo piano anche la lezione di Hegel: “Che il fondamento del soggetto stia al di fuori di esso non significa però la messa in discussione dell'idea di soggetto”. Cortella 2004: 204-205.

<sup>25</sup> Ricordando ciò che differenzia Merleau-Ponty da Foucault con riguardo al sorgere originario della verità – che il primo filosofo colloca nella tensione fra l'orizzonte *percettivo* e quello *istituito* –, Matteo Fortuzzi spiega il circolo soggettivazione/assoggettamento come “necessità di pensare insieme, in maniera indissociabile e simultanea, in forma [logico-] *chiasmatica*, l'essere dato e l'evento, ‘le determinazioni e la libertà, la storia già fatta e l'apertura del presente, l'assoggettamento e la soggettivazione, il ‘già-li’ del mondo e la sua prosa – insomma, lo stato presente delle cose e la ‘differenza possibile’”.

<sup>26</sup> Cfr. in questi termini Calabrese 2012.

<sup>27</sup> Il concetto di *ordine*, ricorda Montanari, sottintende una visione del mondo e un approccio cognitivo di tipo *meta-fisico*: “l'ordine fa pensare immediatamente a qualcosa che si offre come un dato, che, a sua volta, rinvia a qualcosa di posto e, in più, come ulteriore ed immediata domanda logica, ‘posto’ da qualcuno”.

Va da sé che in uno scenario di puro accadimento lo spazio-tempo della relazionalità che sta fra gli individui, di cui parla Donati, sarà connotato prevalentemente dalla mancanza di riflessività relazionale, in luogo della quale si avranno feedback positivi o negativi sui singoli comportamenti, non sulle relazioni come tali. Il mondo della a-temporalità, infatti, “modifica alla radice due categorie proprie della filosofia moderna: *libertà e responsabilità*”:

La loro coniugazione, che struttura ed orienta l’agire umano, sia personale che sociale, dell’uomo “moderno” nei campi della politica, del diritto e dell’etica, si converte nel binomio asciutto: divieti–concessioni, che trasforma l’uomo in un mero tassello funzionale di un meccanismo pragmatico-funzionale (Montanari).

Bisogna allora combattere “la pervasività delle tecnologie, mostrando in modo comunicativamente diffusivo il danno che esse producono nella costruzione della personalità umana, che è causa di profondi e drammatici dissesti sociali e personali”: esse, con i loro linguaggi, incidono sul modo di funzionare della *mente*. Bisogna insomma ricorrere a “una nuova ‘antropologia’ filosofica, ancorata ad una meta-fisica ancora possibile” (Montanari), che consenta all’uomo – aggiungo io – di *vedere* non solo gli individui ma anche le relazioni, nel loro “principio” basilare (cfr. *infra*, § 3)<sup>28</sup>.

Richiamandosi all’antropologia lévi-straussiana – “che assume come suoi cardini fondamentali le nozioni di comunicazione, scambio e reciprocità” –, Ishvarananda Cucco propone di superare (senza obliterarlo) il tradizionale paradigma della natura pulsionale e conflittuale dell’uomo, per concentrare l’attenzione su un dato antropologico di grande importanza: l’inconscio imprime negli oggetti del pensiero una “spinta teleologica in direzione della comunicazione”. La cosa pensata, scrive Cucco, è una cosa simbolizzata, o meglio una *sintesi simbolica*, grazie all’operazione sintetica dell’inconscio. Con essa l’oggetto pensato diviene idea, concetto, immagine mentale, parola, una *nuova entità* plasmata, per l’appunto, dal pensiero simbolico, il quale imprime ad essa un movimento originario:

essa [la cosa pensata] nel momento stesso in cui diviene sintesi simbolica risponde a una nuova natura, che ha una consistenza teleologica: la cosa nel momento stesso in cui viene pensata è resa disponibile per la *comunicazione*. La sintesi simbolica – nel momento stesso in cui viene concepita – è *in sé* comunicabile, è cioè un oggetto nuovo, il cui fine in sé è lo scambio con l’altro, indipendentemente dal fatto che questo scambio si compia. La natura di questo nuovo oggetto, potremmo dire, coincide col suo *telos*, ed è indipendente dalla volontà (Cucco).

L’analisi di Cucco mette a fuoco che l’alterità “sarebbe in un certo senso intrinseca alla struttura stessa dell’inconscio”, come condizione universale di ogni rapporto intersoggettivo, se non addirittura come una vera e propria *struttura universale dell’intersoggettività*. La relazione, dunque, “non è una conseguenza dell’agire dell’uomo ma è a *fondamento* dell’umano stesso” (Cucco)<sup>29</sup>. Un fondamento opaco, e ciò malgrado *vitale*.

Con una densa analisi dell’ontologia relazionale di Merleau-Ponty, Fortuzzi ricorda che del processo istitutivo della soggettività – consistente nel movimento di negazione della propria fissità generato dall’altro, dal *fuori* – non si conoscono pienamente le *molle*: esiste una “inerenza mai compiutamente trasportabile a livello della riflessione” (oggettivante), sicché le persone “partecipano a numerosi sistemi simbolici che vanno incontro a rotture e cambiamenti senza che ciò diventi oggetto di una specifica tematizzazione intellettuale da parte loro”.

<sup>28</sup> “Il motivo per cui manca la distinzione fra virtù dell’agire e virtù della relazione derivata dall’agire è un tema complesso. Grosso modo, questa assenza è dovuta al fatto che la nostra cultura vede gli individui, ma non vede le relazioni, che rimangono invisibili e latenti. [...] Noi vediamo le persone e le situazioni mediante le relazioni, ma non vediamo le relazioni stesse. Prendiamo, ad esempio, una coppia in cui i due partner siano persone dedite ad aiutare gli altri: lo sarà anche la loro relazione? Non è detto, perché i due partner potrebbero esercitare il loro agire virtuoso verso altri, ma non farlo assieme, e neanche farlo fra di loro” (Donati).

<sup>29</sup> Si può notare qui una precisa distanza dalla *Fenomenologia dello spirito* di Hegel. La stessa identità dell’autocoscienza, scrive Cortella interpretando quell’opera, “è propriamente il risultato dell’incontro-scontro con quella alterità che la condiziona e la fa essere”. Dunque, prosegue Cortella, *non è la soggettività l’originario*: “essa non può costituirsi perché è invece costituita, non è incondizionata perché solo la dipendenza dall’altro la fa essere”. Cortella 2004: 203-204.

Per spiegare meglio quest'ultima idea, provo a riassumere alcuni ulteriori passaggi del contributo di Fortuzzi: dall'*inerenza* al mondo, la cui verità è istituita dalla storia, in quanto verità vissuta, ma non pienamente intellettualizzabile (trasparente), dipende la continua *aderenza* del corpo – e della comunicazione che esso veicola – alle situazioni del mondo circostante, ove la pratica virtuosa del dirsi-dire la verità, intesa come pratica di conoscersi e riconoscersi *attorno* una verità istituita, può generare una *verità più vera*, che trascende l'immanenza di quella istituita rendendo l'ambiente in cui viviamo una struttura aperta alla trasformazione. Si tratta, scrive Fortuzzi, di porre il rapporto tra il soggetto e l'oggetto culturale in termini di storia, superando così il relativismo, “giacché in questo caso l'oggetto è costituito dalle tracce lasciate da altri soggetti e il soggetto, l'intelletto storico, preso nella trama della storia, è appunto per questo capace di autocritica”<sup>30</sup>.

Anche le virtù, allora, sarebbero soggette a trasformazione. L'opaco fondamento della verità e delle virtù da essa generate andrebbe quindi ricercato nel tempo storico, il che equivale a dire nel *mio* rapporto con le cose e, di conseguenza, “nell'apertura di ogni momento di conoscenza a quei momenti che lo riprenderanno e lo cambieranno nel suo significato”. Fortuzzi, in tal modo, sottolinea il contributo di Merleau-Ponty per la ricerca incessante verso la verità (più vera), di cui sono veicoli la *parola* e gli *altri*: “il nostro rapporto con la verità passa attraverso gli altri. O andiamo verso la verità con loro, o non è verso la verità che andiamo”, fermo restando che “non è sufficiente essere con loro per raggiungere la verità”. La virtù più propriamente politica dell'uomo, in Merleau-Ponty, è allora “agire per affermare l'apertura al fuori ‘di cui ogni istituzione vive’, nel difficile rapporto che intrattiene con gli altri uomini e col rigido assoluto, preso per naturale, di cui sovente essi gli forniscono l'immagine” (Fortuzzi)<sup>31</sup>.

Come dice Sante Maletta, del resto, per rendere possibile un'interpretazione autentica dell'azione sociale occorre considerarla non dall'esterno, secondo uno sguardo oggettivante, bensì dal *punto di vista dell'agente stesso*: in tal modo, nelle *pratiche sociali*, quali la vita familiare, i mestieri e le professioni, l'attività musicale, sportiva e scientifica – in ciò consistono le pratiche sociali secondo MacIntyre –, gli altri diventano ricchezza partecipativa, nel corso di una dinamica dove non sarebbe perciò utopico immaginare l'accettazione dei fini delle pratiche come *fini propri*. Ben può accadere, dunque, che all'interno delle pratiche sociali maturino le condizioni per esercitare virtù morali e intellettuali non imposte dall'alto, all'insegna di una “razionalità pratica aristotelicamente intesa”, cioè capace di sostenere la competizione razionale in merito al bene e al male, al giusto e all'ingiusto. La generazione di forme di vita comunitaria, sottolinea Maletta, pur se veicolata da pratiche sociali, *eccede* le possibilità umane di progettazione politica:

Il politico poggia insomma su un pre-politico – le pratiche generatrici di forme di vita comunitarie – che quello sciaguratamente erode. L'esercizio della responsabilità individuale – che abbiamo inizialmente indicato come la principale risorsa etica della tardo-modernità – contempla come sua condizione necessaria il riconoscimento e la salvaguardia di ciò che gode di una precedenza e di un'alterità rispetto al politico e che costituisce contemporaneamente il limite e la condizione di possibilità della politica (Maletta).

---

<sup>30</sup> A istituire i soggetti, in definitiva, provvede non la ragione ma una *potenza invisibile* che precede e sopravanza la ragione: “Ogni istituzione è un sistema simbolico che il soggetto incorpora come stile funzionale, come configurazione globale, senza aver bisogno di concepirlo espressamente” (Fortuzzi).

<sup>31</sup> “Siamo così al nodo problematico, già presente al cuore della parresia, del confronto solitario dell'io con la verità, che acquisisce valore tragico nel momento in cui una civiltà non crede, al di là di questo mondo, in un altro mondo eterno dove il bene prevale sul male, per cui l'uomo non è solo, ma è ministro di una Provvidenza di cui deve trovare la trama nelle cose” (Fortuzzi).

### 3. Il soggetto come unità di senso da realizzare

La soggettività non è scolpita nell'uomo come qualcosa di statico e definitivo, ma neppure rappresenta un artefatto sociale. In un'ottica anti-decostruttiva come quella che affiora dalle pagine precedenti, l'unità (-identità) del soggetto potrebbe allora essere chiamata *unità-progetto*, poiché volta – paradossalmente – tanto alla scoperta quanto alla generazione del suo *presupposto*:

Il nucleo più intimo e personale di ognuno, dunque, non viene alla luce come un dato semplicemente da “scoprire”, ma come qualcosa di inedito e imprevedibile, che si genera nell'incontro con l'altro, che viene, per così dire, “fecondato” dalla sua presenza. Vi è qualcosa di “sporgente” nell'identità del singolo, qualcosa che ha bisogno di essere attinto da “fuori” per costituire, “dentro”, il nucleo più intimo e personale: invece di essere una minaccia, l'alterità fonda lo stesso *principium individuationis*, dimostrando così che il singolo non è fatto per chiudersi nella propria autosufficienza, ma, appunto, per espandersi oltre sé stesso<sup>32</sup>.

Sottolineando l'importanza della soggettività anche all'interno della dimensione pubblica, Cotta ravvisa in certe attitudini dell'uomo, appartenenti strutturalmente alla sua natura, la capacità di produrre o prodursi in relazioni generative, cooperative, co-esistenziali, unitive, capaci di “forgiare il Politico” e le sue azioni almeno quanto le tendenze disgiuntive, autoreferenziali e oppositivo-conflittuali. L'avvio di una nuova riflessione sulle virtù rivolte allo sviluppo cooperativo e al riconoscimento dell'altro, intrapreso in tutti i saggi del libro, spinge allora a riflettere anche sul rapporto, nell'uomo, tra ciò che è in *atto* e ciò che è in *potenza*, tra *realtà* e *possibilità*, con l'obiettivo di recuperare quel che la postmodernità ha neutralizzato: la *coscienza dell'unità del reale*; la necessità di riconoscere azioni e pratiche guidate da una *comune direzione* (Cotta), senza però lasciare irrisolto il problema del rapporto tra l'intersoggettivo e il soggettivo (cfr. infra).

Il volume non vuole ricondurre il tema delle virtù alla psicologia comportamentistica, positivista, la quale, “eliminando ogni riferimento alla coscienza, e negando ogni validità all'introspezione, riduce l'esperienza a ciò che è oggettivamente osservabile”<sup>33</sup>. Né intende riproporre una filosofia del soggetto di tipo idealistico, dove la coscienza di sé è considerata, problematicamente, come il fondamento assoluto che rende possibile dedurre l'intersoggettività. Piuttosto, l'approccio alla questione della struttura del soggetto, da parte degli autori del libro, tende sostanzialmente a trovare un punto di incontro, su basi onto-fenomenologiche e onto-antropologiche, tra la filosofia della soggettività e quella dell'intersoggettività, muovendo da un carattere radicato nel *sentire* umano che riepilogo così:

ciò che è caratteristico della conoscenza di sé riflessiva è che essa non produce [soltanto] contenuti introspettivi, ma una sorta di consapevolezza di sé fondata sul sentire, cioè orientato allo stesso tempo verso qualcosa di condiviso. La consapevolezza di sé non scaturisce da uno splendido isolamento, bensì solo attraverso la riflessione su ciò che abbiamo [e sentiamo] in comune con altri<sup>34</sup>.

Nel volume in esame, non a caso, è sottolineata l'importanza dell'intreccio fra *empatia* e *possibilità cognitiva*. La cooperazione, scrive Cotta, fa “strutturalmente parte della costituzione del soggetto,

<sup>32</sup> Ottone 2018, dove si legge anche: “Edith Stein riconosce nell'empatia la sorgente originaria, il principio ispiratore, la radice nativa di quell'atto che permette di superare l'orizzonte chiuso del proprio ego, ma non semplicemente per vedere quello che sta all'esterno, bensì per scoprire e con-generare, attraverso l'incontro con l'altro, ciò che vi è di più intimo e più proprio” (cfr. infra). Sulla nozione di *unità-progetto*, cfr. Perini 2005: 145: “Solo in virtù di un'unità di senso, o di un'ideale totalità, il soggetto reale può dunque giungere a ‘progettare’ se stesso, o la propria esistenza: e ciò significa che il molteplice delle determinazioni coscienziali è unificato organicamente, in quanto è teleologicamente orientato alla costituzione di un tutto (anche solo intenzionale) di significato”. Cfr. infra, nt. 52.

<sup>33</sup> Perniola 2004: 210.

<sup>34</sup> Cacciatore 2004: 58, con riferimento al pensiero di Rudolf Adam Makkreel, il quale ha cercato di riavvicinare Dilthey a Kant sul terreno della filosofia pratica. In Dilthey, secondo il filosofo americano, sono inseparabili i contenuti individuali del sé, e quindi anche il carattere morale personale, dal carattere condiviso dei contesti sociali e culturali: lo spirito soggettivo dell'esperienza individuale è inseparabile dalla sfera comune dello spirito oggettivo. Cfr. ivi: 57-59.

fondandone il momento conoscitivo, pur senza alcun *obbligo* di trasformazione in azioni simpatetiche, ascrivibili all'autonomia della libertà umana" (Cotta)<sup>35</sup>.

Se presa nel significato datole da Stein, l'*Einfühlung* è fondativa non solo dell'esperienza del Tu ma anche dello stesso Io, nel suo rapporto con il corpo proprio e con *ciò che vi è di più interiore*<sup>36</sup>. L'empatia è allo stesso tempo "*principio dividuationis e individuationis*", poiché "profondamente radicata nella corporeità vivente del *Leib*"<sup>37</sup>. Come puntualizza Cotta, dalle riflessioni sulla struttura comunicativa ed empatica del soggetto in Husserl e in Stein si ricava "la stretta contiguità nel soggetto umano delle dimensioni fisiche e spirituali – conoscitive – in un'interazione solidale tra capacità percettiva ed empatia che è riconosciuta originaria e generativa. Qui prende corpo il profilo onto-fenomenologico relazionale del soggetto umano, in cui il carattere fondativo dell'empatia per quanto riguarda l'autoconoscenza chiarisce anche la struttura conoscitivo/comunicativa dell'io in un processo intersoggettivo di apprendimento dell'altro, di sé in rapporto all'altro, e del reale"<sup>38</sup>.

Il conoscere implicato nell'empatia significa, com'è noto, *rinascere* insieme alla cosa conosciuta, capirla, afferrarla, affinché diventi parte di me. Un conoscere, dunque, non riducibile al mero concettualizzare, nel senso di analizzare, sperimentare, dividere in parti per vedere cosa sia più o meno intelligibile<sup>39</sup>. Ciò equivarrebbe alla coscienza volgare (empirica, non-filosofica) criticata da Gentile, capace soltanto di cogliere l'oggetto e il soggetto come indipendenti e contrapposti<sup>40</sup>; mentre l'empatia afferra l'altro non "come oggetto delle nostre cogitazioni, ma nella sua esistenza 'per noi', in quanto influenza il nostro essere concreto"<sup>41</sup>.

Si noti, però, che nel pensiero di Stein l'empatia non si risolve in una percezione analogica, in mere proiezioni psicologiche, in processi soggettivi per associazione o imitazione: "è solo l'incontro a permettere ad ogni individuo di creare il *sensu*, ma [...], nello stesso tempo, è *l'individuo e solo lui a produrlo*"<sup>42</sup>; e "anche nel momento della massima partecipazione e immedesimazione l'io non scompare, non si 'fonde' nell'io dell'altro, ma gli resta accanto, intimamente solidale eppure diverso"<sup>43</sup>. La corporeità vivente, considerata oltre l'aspetto puramente organico (oltre la sensazione),

<sup>35</sup> Cotta sottolinea che "la struttura empatico-relazionale dell'io, pur caratterizzata, nel pensiero di Stein, da implicazioni 'correttive' e proiettata sulla dimensione dei valori, non garantisce di per sé che le azioni successivamente poste in essere dalla libertà di ciascuno si conformino alla situazione di cooperatività originaria e di reciproco apprendimento scaturita dalla costituzione psicofisica dei 'corpi viventi' tra loro relazionati. [...] Certamente, tuttavia la relazionalità empatica e cooperativa inscritta nella struttura dell'io viene svelata da Stein come l'origine di ogni *possibilità cognitiva*". Quest'ultimo punto assume grande importanza dinanzi al problema della riflessività segnalato da Montanari (cfr. sopra, § 2). Il valore cognitivo dell'empatia, dato dal "rendersi conto dell'essere in relazione", dal "viversi come non autosufficienti, come limitati e aperti a qualcosa d'altro" (Boella e Buttarelli 2000: 71), non può non costituire un tema *vitale* nell'epoca della c.d. "a-temporalità del post-pensiero". In essa, attraverso "il linguaggio delle tecnologie digitali, fatto di affermazioni 'sparate' in frasi brevi e icastiche che tutti noi ormai conosciamo, si realizza una *forma mentis* conformata alla *immediatezza a-temporale della reazione*, la quale mette in discussione la possibilità stessa di una comprensione riflessiva dei fenomeni sociali, che possa definirsi ancora 'critica'" (Montanari).

<sup>36</sup> Cfr. Pinotti 2011, insieme a Pezzella 2003: 74.

<sup>37</sup> Pinotti 2011.

<sup>38</sup> Cotta non manca di ricordare che l'analisi di Stein, intorno alla strutturazione empatica di ciascun *io*, approfondisce e innova il tema rispetto a Husserl: "Stein coglie, in questa attitudine, il momento primo e imprescindibile dell'autoconoscenza, scaturita dal e nel rapporto con l'altro e, in sequenza, della possibilità di avere esperienza gli uni degli altri".

<sup>39</sup> Cfr. in generale Panikkar 2009: 235-236, senza specifico riferimento al tema dell'empatia.

<sup>40</sup> Cfr. Berlanda 2007: 179.

<sup>41</sup> Schütz 2021: 19, ove Schütz critica la fenomenologia dell'intersoggettività di Husserl, nella parte in cui essa non riesce a evitare il solipsismo, poiché limitata "a comprendere l'alterità di altri solo tramite la modalità cognitiva, senza prendere in nessuna considerazione quella ontologica ed esistenziale". Si ricordi però la distanza tra Schütz e Stein circa il ruolo dell'empatia nell'esperienza dell'alterità, sebbene anche il soggetto schütziano non sia una "realtà frammentata al suo interno, fluida, dispersa in un qualche 'dove' lontano". Sacchetti 2013: 121-122.

<sup>42</sup> Lazzarini 2002 [1999]: 310-311 (corsivo mio).

<sup>43</sup> Stein 1985 [1917]: 37. L'empatia non si confonde "con la percezione esterna di un comportamento (dove manca ogni forma di riempimento consapevole di senso), con l'analogia (dove al fondo estendo me stesso), con l'associazione (dove colloco un gesto dal mio punto di vista in un contesto relazionale), con l'imitazione (dove perdo me stesso nell'altro) o con l'unipatia (dove fondo in unità due soggettività distinte)". Cipolla 1995: 39. Sotto il profilo in esame, è degno di nota

diventa così il luogo reale – e quindi non utopico, né eterotopico – di un *dato originario ed esclusivo del singolo soggetto umano*, “che attiva la nostra autocomprensione e quella dell’altro, facendole riverberare l’una nell’altra, attivando e arricchendo contestualmente, nel reciproco confronto, quella del mondo” (Cotta). L’empatia è insomma un atto di conoscenza (-esperienza) *sui generis*<sup>44</sup>.

Si fa strada la possibilità di ripensare il soggetto umano come struttura empatico-relazionale (etica, dinamica, plurale e insieme unitaria)<sup>45</sup> *non indifferente all’essere-per-sé e all’essere-con*, e come tale non consegnato irrimediabilmente a una spontaneità egoistica e arbitraria (che determina l’altro solo a partire dal sé), né a una spontaneità di sottomissione (che determina il sé solo a partire dall’altro). Ciò grazie all’empatia in quanto “principio” di trascendimento *inoggettivabile e intrascendibile*, consistente in una sorta di *inerenza empirica* non del tutto trasparente e intellettualizzabile (cfr. sopra, § 2), perché racchiusa in un luogo della corporeità di cui non è possibile avere piena percezione. Essa, in tal modo, impedisce di rendere pienamente oggettivabile non solo il sé ma anche l’altro, trattandosi di principio che *porta già al suo interno, originariamente, sia una relazione con l’alterità*<sup>46</sup>, *sia una distanza dall’alterità*, la quale gioca un ruolo decisivo per l’attività conoscitiva del soggetto. Senza distanza, infatti, non può esservi atteggiamento critico, che vuol dire capacità di accedere a una relazione osservabile *al di là* di ciò che di essa appare nella contingenza (cfr. sopra, § 2)<sup>47</sup>.

La linea interpretativa da seguire è prossima a quella proposta da Dieter Henrich, discussa nel saggio di Cotta. Nel pensiero del filosofo tedesco, la tesi idealistica della originarietà assoluta del soggetto è superata dalla tesi post-metafisica della *co-originarietà* di soggettività e intersoggettività, di *universale e particolare*: l’intersoggettività è un momento costitutivo della soggettività, che a sua volta è sempre presupposta nella prima “come ciò che la costituisce strutturalmente”. Ma è anche vero, secondo lo stesso Henrich, che la priorità genetica dal lato dell’intersoggettività non esclude la *preminenza* strutturale (di principio) della dimensione della soggettività – da intendere necessariamente come *singularità*, non come l’*io anonimo* di Fichte – e dell’autocoscienza, “attraverso cui la soggettività si sa”. Solo partendo dall’autocoscienza individuale (del singolo) “si possono collegare tra loro corporeità, linguaggio e intersoggettività”<sup>48</sup>, e solo partendo da questi elementi co-originari – nel senso che compaiono allo stesso tempo e non possono essere sviluppati indipendentemente l’uno dall’altro<sup>49</sup> – le facoltà umane di immaginare, rappresentare, trascendere e deliberare svolgono una

---

il rapporto tra Stein e Bergson intorno al flusso degli stati di coscienza: “La differenza d’impostazione tra i due filosofi consiste nel fatto che mentre per Bergson non si possono individuare le parti di questo continuo [di movimenti qualitativi che è la psiche], per la Stein, invece, ci troviamo dinanzi a un fluire di stati qualitativi riconoscibili nella loro struttura essenziale”. Caruso 2012: 109. Si ricordi che in Bergson “i dati immediati della coscienza costituiscono una durata che è compenetrazione ed eterogeneità. Il tempo è la successione degli stati di coscienza e quindi è essenzialmente *durata* e non può essere ridotto a spazialità. Non è un insieme di stadi che si succedono, ma è un processo in continuo arricchimento e non è perciò divisibile”. Mondin 1998: 526.

<sup>44</sup> Cfr. Stein 1985 [1917]: 64. La peculiarità dell’empatia, in Stein, deriva dal fatto di essere un atto (movimento) unitario articolato in tre momenti fondamentali di matrice non intellettualistica. Cfr. Capezzuto 2012: 38.

<sup>45</sup> L’espressione *struttura etica dinamica* trae spunto da Lévinas 1983 [1978]: XVII.

<sup>46</sup> “La buona coscienza empatica è costituita dalla tensione *verso l’altro* compreso come universo personale. [...] La buona coscienza, infine, intende l’altro come mai pienamente oggettivabile [...]. L’esperienza etica irriducibile è pertanto, nello stesso tempo, esperienza *ontologica* originaria, una caratteristica risonanza del senso dell’essere”. Bellingreri 2005: 178.

<sup>47</sup> Le “dure lezioni che la contingenza ci sta impartendo” rendono addirittura necessario “riprendere contatto a livello sociale e politico – pubblico, dunque – con quelle intenzioni e azioni virtuose la cui importanza non negheremmo mai a livello personale e interrelazionale”. Dopodiché sarà altrettanto necessario verificare la “consistenza” del possibile “rapporto strutturale” tra virtù umane e virtù politiche, “*al di là* della contingenza che ha reso evidente l’importanza del loro ruolo” (Cotta – corsivo mio).

<sup>48</sup> La soggettività riveste un primato “non perché da essa si possa derivare, dedurre, o far discendere l’intersoggettività, ma perché si rivela come strutturalmente dominante nei riguardi di quest’ultima”: “non si dà alcun essere-con senza che ciascuno di coloro che sono l’uno con l’altro sia per-sé. Ma si dà un essere-per-sé senza un essere-con”. Perone 2008: 11, 71, 94.

<sup>49</sup> Cfr. in questi termini ivi: 93.

funzione conoscitiva identificante *non astratta*, data l'impossibilità di astrarre da ciò che è irriducibilmente *mio* (cfr. sopra, nt. 2)<sup>50</sup>.

Se così non fosse, la potenziale capacità di orientarsi al bene comune, connaturata al soggetto umano, altro non sarebbe che un *condizionato* (inesplicabile) immanente nelle condizioni reali della coscienza (i fattori sociali, culturali, la storia). Il che priverebbe di significato ogni discorso sull'identità<sup>51</sup>. Cogliere la struttura della soggettività solo fenomenologicamente, senza alcun riferimento a un qualche centro o tessuto identitario soggettivo non esclusivamente storico o biologico o psichico, significherebbe ridurre l'uomo a una "finitezza integrale", in cui la sua identità, per quanto posta, sfuggirà di continuo, fino al suo totale dissolvimento<sup>52</sup>.

Si potrebbe obiettare che questa condizione corrisponde proprio allo stato dell'identità postmoderna, frammentata, fluida, indeterminata, se non irrilevante:

L'individuo liberale della modernità è un soggetto indifferenziato e distaccato, governato dal meccanismo dell'auto-interesse e da una capacità di calcolo razionale. Questo soggetto rende possibile pensare il mercato come uno scambio di beni a somma zero e lo Stato come fondato sul meccanismo della minaccia di svantaggi o della promessa di vantaggi. Il problema dell'identità di questi soggetti è irrilevante o, almeno, deve essere reso irrilevante<sup>53</sup>.

Potrebbe perciò sembrare vano il tentativo di ripensare la soggettività all'insegna dei concetti di senso e unità. È più che mai attuale il dilemma, per il soggetto, di come dirigere il proprio modo di vivere, il proprio bisogno di senso e quindi la propria identità *in-evidente/in-apparente* (cfr. sopra, Introduzione): "Il soggetto umano vive il suo essere-nel-mondo nella continua ambivalenza tra una possibilità e una situazione, ed è perciò caratterizzato dall'inquietudine, da uno smarrimento che necessita il prendersi cura di sé"<sup>54</sup>. Ancora una volta torna utile l'esempio del mercato, spazio di socialità dove "ognuno trova la misura del suo 'valore', tanto economico (il *quantum* prodotto ed acquisito) che etico (l'approvazione e la stima riscosse)"<sup>55</sup>. Come già evidenziato, il meccanismo dell'auto-interesse e il calcolo razionale, che distinguono l'individuo liberale anche nel mercato, rendono irrilevante il problema dell'identità. Ma la vita sociale, osserva Donatella Simon ricordando Simmel, non è riconducibile a una mera logica di scambi, fondati sulla ragione e sull'interesse: "Esiste sempre

---

<sup>50</sup> "L'ultimo è in filosofia il principio; infatti ci si costituisce solo infine come soggetti nella condizione fattuale dell'intersoggettività. Ma quest'ultimo cui si è pervenuti è la condizione di possibilità del processo che abbiamo constatato. [...] In tedesco il *Grund* è fondamento (*fundamentum*) e ragione (*ratio*) al tempo stesso. Il fondamento, come dice la parola, viene al fondo: l'ultimo è il primo. Ma il modo in cui il fondamento fonda è una ragione che non dà luogo a un rapporto autoesplicativo di dipendenza causale (nel senso che non lo produce)". Ivi: 11.

<sup>51</sup> Come si evince dalla prospettiva teorica (materialistica) di Erving Goffman, l'immagine di un soggetto concepibile come un individuo ben definito, dotato di una propria personalità distintiva radicata nel proprio sé, perde ogni significato quando la sua identità viene considerata come "espressione di una rappresentazione basata sui ruoli assegnati socialmente e che assumono significati specifici nelle situazioni (o *rituali*) di interazione". De Rose 2001: 133.

<sup>52</sup> Il c.d. soggetto finito o effettuale, scrive Perini, è "*l'esistenza reale della contraddizione* [...] di dover intendere o porre se stesso come ciò che non è (attualmente), e di non poter essere (attualmente) ciò che di sé intende, ovvero di *non* essere la propria stessa identità, di *non essere* dunque *se stesso* se non come *necessità* di essere, mai compiutamente realizzabile": un "inesauribile *porre nella relazione*, in cui si riproduce la scissione dei termini identificati"; ma soprattutto una "identità impossibile", poiché la soggettività sussisterà concretamente "*solo nell'intervallo incolmabile* tra identificazione e identità". Perini 2005: 79-80. Perini, per evitare di ricadere nel *per-sé* sartriano – limitato a "modo di non essere la propria coincidenza, di sfuggire alla propria identità, pur ponendola come unità" –, propone di individuare le condizioni logiche di possibilità del soggetto, "riconducendolo così al suo principio ultimo, al fondamento", intendendo con ciò non una teleologia immanente all'originario, impenetrabile e ingiustificabile, ma "l'esigenza di una condizione logica che risulta necessaria solo *a parte post*, ovvero in relazione al condizionato e una volta che questo sia *dato*". Ivi: 80, 105.

<sup>53</sup> Viola 1999: 6.

<sup>54</sup> Santambrogio 2008, con riferimento alla filosofia di Heidegger.

<sup>55</sup> Simon 2009: 158.

un ‘quid’ nei rapporti umani a cui la forma giuridica è del tutto estranea e che coinvolge invece – anziché una parte – la totalità dell’essere personale”<sup>56</sup>.

Ebbene, ritengo che il tentativo di ripensare la soggettività, all’insegna dei concetti di senso e unità, non abbia grandi ostacoli dinanzi a sé, eccetto la confusione tra *possibilità* e *situazione*. Il soggetto, osserva Castoriadis, “è sempre stato qui, non certo però come sostanza, ma come problema e come progetto”<sup>57</sup>. Un *progetto di senso* – aggiungo io – che fa dell’uomo *qualcuno*, non uno qualsiasi, un qualcuno in sé e per sé non autocentrato<sup>58</sup>. Tale progetto prende infatti *corpo* in un suo atto originario avente, tuttavia, un contenuto *non-originario*: chi empatizza vive effettivamente in sé lo stesso contenuto del vissuto altrui, sia pure come non-originario, perché è il vissuto di un altro<sup>59</sup>. Che l’uomo poi, nella vita, si manifesti come socievole o chiuso in sé stesso non compromette l’idea di un *fondamento inoggettivabile* della sua soggettività, che mi spingo a chiamare *originaria unità relazionale in sé distinta*.

Come il fondamento della soggettività teorizzato da Henrich, anche quello appena indicato si sottrae al conoscere oggettivante. L’essere-per-sé deve “sorgere spontaneamente da un fondamento di cui non si può disporre”, come tale insuscettibile di “identificazione”, dal momento che “la vita trova in esso l’ultimo significato e la sua piena realizzazione” (cfr. sopra, nt. 50)<sup>60</sup>. Occorre allora distinguere tra il fondamento *presupposto* e il fondamento *realizzato*, tra la *possibilità* della vita e la *realtà* delle relazioni con altri soggetti – nelle quali la possibilità *potrebbe* realizzarsi pienamente –, ma senza contrapporre l’un termine all’altro:

La soggettività non è autoesplicativa ed è in sé una compagine di momenti irriducibili gli uni agli altri, ma che si modificano gli uni con gli altri, e pertanto sono tra loro legati. Inoltre la soggettività non è chiusa in sé, ma rimanda in duplice modo oltre se stessa: al suo fondamento e al mondo. Eppure questa molteplicità costituisce una pregnante unità, perché essa si mostra nel suo complesso nell’autorelazione conoscitiva in quanto tale<sup>61</sup>.

Le questioni in campo richiedono approfondimenti destinati a spazi diversi da quello qui a disposizione. Il mio contributo, comunque, dovrebbe aver afferrato un dato intorno al quale gli approfondimenti potrebbero svolgersi: se completamente *indistinto*, il rapporto tra i contenuti storici dell’oggettivazione e la comprensione del nucleo originario del sé finirebbe per ridurre l’uomo al c.d. *soggetto economico*, incapace come tale di produrre altro senso che non sia quello della vita materiale stessa o dell’utile<sup>62</sup>. Non solo. Una completa indistinzione finirebbe anche per negare la biologia umana. Si rifletta sui *neuroni specchio*, la cui scoperta ha portato vari studiosi ad avvalorare il pensiero di Stein rispetto a quello di Husserl:

<sup>56</sup> Ivi: 159. Cfr. *ibidem*: “La forma ‘giuridica’ ha infatti più il carattere del ‘fatto sociale’ durkheimiano e non le pertiene un’intuizione di senso, che connota invece il ‘sentimento’ simmeliano”.

<sup>57</sup> Castoriadis 1998: 97.

<sup>58</sup> Cfr. *ivi*: 131-132: “Esser soggetto, ed essere soggetto autonomo, è ancora esser qualcuno e non tutti, qualcuno e non uno qualsiasi, qualcuno e non qualunque altra cosa. Esser soggetto è inoltre e soprattutto investire oggetti determinati e investire la *propria* identità, la rappresentazione di sé come soggetto autonomo”. Sull’espressione *progetto di senso*, cfr. Perini 2005: 145.

<sup>59</sup> Cfr. in questi termini Braga 2003: 65.

<sup>60</sup> Henrich 1999 [1977]: 25-26.

<sup>61</sup> Ivi: 27.

<sup>62</sup> Cfr. Battistrada 1999: 217-218, sulla critica di Placido Cherchi al materialismo storico e alla dottrina dell’*ethos* di Ernesto De Martino, avendo questi affermato “in modo inequivocabile che la prima forma in cui si esplica l’*ethos* del trascendimento (oppure, a piacere tra le tante definizioni, ‘la necessità specificamente umana di vivere il movimento della vita sotto il segno di un senso valorizzante’) è l’economico, l’utile, l’utilizzo valorizzante”. Secondo Cherchi, al contrario, è la *produzione di senso* l’autentica valorizzazione *inaugurale*, come insegna la moderna etnologia. Ivi: 219.

[i neuroni specchio] mostrano che i meccanismi neuronali ci consentono di rappresentare il sé e l'altro con una certa quota d'interdipendenza anche quando è in atto un rispecchiamento. [...] Il ruolo dei neuroni specchio nell'intersoggettività può essere definito con maggior precisione come un "consentire l'interdipendenza", più che un mero "appaiamento"<sup>63</sup>.

Sembra insomma rispondere a una certa competenza naturale e innata dell'uomo saper distinguere da sé "quell'evento, quella certa condizione pervasiva che senz'altro ci appartiene, ma che non esaurisce le propensioni della nostra identità, in sé intimamente distinta e, per questo, sempre e ancora feconda, nonostante tutto"<sup>64</sup>. L'identità della persona, dice Donati, "non può fare a meno della relazione, ma non si esaurisce nella relazione. [...] In breve, l'identità è *costituita di* relazioni, ma non è costituita *dalle* relazioni, perché l'identità è *causata* dalla persona [fisica o sociale] che opera con/su/attraverso le sue relazioni". Né relazionismo (relativismo), né fondamentalismo, dunque, ma una *inter-dipendenza* e una *inter-penetrazione* tra identità e relazione<sup>65</sup>.

Certo, l'empatia "è solo il presupposto dal quale si diramano molteplici passioni"<sup>66</sup>, le quali, ricorda Cusinato, ben possono essere passioni della *singularità*, cioè dell'utile e della gloria dell'Io – da superare attraverso la forza concreta dell'esemplarità maieutica, affinché si costituisca realmente una comunità aperta (cfr. sopra, § 1)<sup>67</sup>. Ma ciò non impedisce di cogliere nell'empatia la chiave – non puramente idealistica – per l'interpretazione del rapporto tra soggettivo e intersoggettivo in termini non conflittuali<sup>68</sup>. Come i poli dell'essere e dell'agire nella filosofia della vita di Guardini, anche quelli del soggettivo e dell'intersoggettivo stanno in *tensione*, non in contraddizione:

Se la nostra identità è da sempre costituita dalla relazione con altri, un atto complesso come l'empatia rischia di diventare superfluo oppure di tornare a essere il sinonimo generico di socialità e intersoggettività. Il senso comune sulla nostra natura di esseri legati originariamente agli altri, ha sicuramente spiazzato il pensiero sull'empatia, ma rende anche possibile il rilancio di un tema tanto ambiguo e complicato quanto vitale<sup>69</sup>.

Per raffigurare il concetto di identità finora discusso potrebbe sembrare pertinente la topologia möbiusiana. Il nastro di Möbius, infatti, "presenta due dimensioni (interno ed esterno) che appartengono alla medesima faccia, così che si dà un'interiorità *dell'esterno* e un'esteriorità *dell'interno*"<sup>70</sup>. A ben vedere, però, una topologia del genere rischia di minare il *dato* più importante della riflessione fin qui svolta, ossia il fatto che dentro di noi non ha luogo una mera implicazione (tensione) tra interno ed esterno – non c'è una sola faccia come il nastro di Möbius. Alla radice della possibilità e del senso (soggettivo) del nostro agire sociale primeggia uno spazio vitale *internamente* orientato all'altro<sup>71</sup> – oltre che all'io –, secondo una "primordiale e reciproca *afferenza*" di logos e pathos, "plesso ontologicamente omogeneo di attività e passività". Ne deriva "la consapevolezza che una soggettività razionale finita, situata in un corpo, è pensabile a partire dalla presenza della ragione *negli affetti*"<sup>72</sup>.

Gli artifici con i quali la razionalità è sovente congiunta (dall'esterno) alle passioni e alle virtù<sup>73</sup> – si pensi all'apparente "simpatia" nei rapporti mercantili (in senso ampio), compresi quelli tra politica e comunità – dovrebbero allora lasciare il posto a una basilare quanto illuminante *presa di coscienza*:

<sup>63</sup> Iacoboni 2008: 226-227.

<sup>64</sup> Carella 2014: 268.

<sup>65</sup> Donati 2021.

<sup>66</sup> Graziani 2018: 132.

<sup>67</sup> "Le passioni empatiche e le passioni per il riconoscimento non sono sufficienti a costituire una comunità aperta per il semplice motivo che non portano a compimento l'epochè dell'egotismo" (Cusinato).

<sup>68</sup> Cfr. Perone 2008: 26: "non c'è alcun buon motivo [dice Henrich] per affermare l'esistenza di un insolubile antagonismo tra la filosofia della soggettività e la comprensione dell'intersoggettività".

<sup>69</sup> Capezuto 2012: 42. Sulla relazione tra essere e agire in Guardini, cfr. Magrì 2013: 65-66.

<sup>70</sup> Gomasasca 2007: 219.

<sup>71</sup> Cfr. le analisi del rapporto tra *vitale* e *intenzionale* in Simon 2009: 159, con riferimento a Weber e Simmel, e in Gomasasca 2007: 211, con riferimento a Husserl.

<sup>72</sup> Gomasasca 2007: 251.

<sup>73</sup> Cfr. *ibidem*.

nell'uomo, come già rilevato in questo paragrafo, l'empatia costituisce un *principio* di trascendimento inoggettivabile e intrascendibile, grazie al quale l'altro è afferrato non come oggetto delle nostre cogitazioni ma nella sua esistenza per noi, senza però possibilità di confusione tra noi e *lui*. Con tale consapevolezza, le relazioni tra uomini, da quelle familiari a quelle commerciali, fino ad arrivare al rapporto tra governanti e governati, avranno meno possibilità di trasformarsi in relazioni tra oggetti. Prendendo spunto dall'analisi di Simmel sul sentimento della fedeltà, si può infatti dire – andando oltre la smithiana simpatia e la mera *abitudine* – che la coscienza del principio in discorso possiede, in virtù della sua inafferrabile (eppure vitale) radice onto-antropologica, la forza di pervadere la relazione diventandone “non solo una coloritura genericamente sentimentale ma un dato fondativo del suo stesso *permanere*, al di là delle inevitabili fluttuazioni cui è soggetto ogni rapporto sociale”<sup>74</sup>. Come detto in apertura del presente articolo con le parole di Pulcini, occorre quindi rivitalizzare la sfera pubblica dal *basso*:

“i passi incommensurabilmente piccoli producono la connessione dell'unità storica, e le azioni reciproche, *altrettanto impercettibili, tra persona e persona* producono la *connessione* dell'unità sociale”, qualunque siano le sue dimensioni e i suoi spazi per l'azione<sup>75</sup>.

Dai paragrafi precedenti emerge che il pensiero di Stein non è la matrice comune dei saggi che compongono *Virtù umane virtù politiche*. Tuttavia, grazie ad alcuni concetti chiave della discussione contemporanea sul tema del soggetto, ricorrenti nel volume e dettati da una puntuale osservazione (non a-temporale) delle dinamiche dell'agire virtuoso privato e pubblico, si può ricavare, dall'insieme dei contributi, una coesa proposta di ripensamento del rapporto tra politica, intersoggettività e soggettività in cui il tema dell'empatia è senz'altro indispensabile. La proposta consiste infatti nel prendere atto, proprio in considerazione di quelle dinamiche, della insidenza nell'uomo di una peculiarità “ultima” (onto-antropologica): la capacità di condurre una vita non solo cosciente e libera ma anche orientata dalla differenza alla non-indifferenza. Un'apertura al fondamento e al mondo inscritta nella soggettività umana come *ideale antropologico da realizzare* (cfr. sopra, § 1), che di conseguenza non può non assurgere a limite e condizione di possibilità dell'agire politico: cos'altro può orientare questo agire se non la *comune direzione*?

## BIBLIOGRAFIA

- Alici L. 2020, “La fiducia come bene relazionale. L'*habitat* ‘naturale’ come *habitus* virtuoso”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 143-158.
- Barbera S. (ed.) 1996, *Arthur Schopenhauer. I manoscritti giovanili. 1804-1818*, Milano: Adelphi.
- Battistrada F. 1999, *Per un umanesimo rivisitato*, Milano: Jaca Book.
- Bellingreri A. 2005, *Per una pedagogia dell'empatia*, Milano: Vita e Pensiero.
- Berlanda M. 2007, *Gentile e l'ipoteca kantiana*, Milano: Vita e Pensiero.
- Biasutti F. 2004, “Soggettività e nichilismo. La comprensione hegeliana della modernità”, in Bodei R. et al. (eds) 2004, *Ricostruzione della soggettività*, Napoli: Liguori: 81-101.
- Boella L. e Buttarelli A. 2000, *Per amore di altro. L'empatia a partire da Edith Stein*, Milano: Cortina.
- Botturi F. 2020, “Paradossi e virtù del riconoscimento”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 35-56.
- Braga P. 2003, *Dal personaggio allo spettatore*, Milano: Franco Angeli.
- Brezzi F. 2020, “*Philia* e dono, virtù fragili? Dall'identità singolare verso un nuovo legame sociale”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 197-210.

<sup>74</sup> Simon 2009: 159 (corsivo mio), con riferimento a Simmel 1998 [1908]: 502.

<sup>75</sup> Ivi: 158 (corsivo di Simon, che cita Simmel 1998 [1908]: 506), ove è sottolineato che “la dimensione ‘micro’ entra di prepotenza nelle considerazioni sociologiche simmeliane, antesignane di successivi ‘trends’”.

- Cacciatore G. 2004, “Commento a Rudolph Makkreel”, in Bodei R. *et al.* (eds) 2004, *Ricostruzione della soggettività*, Napoli: Liguori: 55-61.
- Calabrese A. 2012, *Il paradigma accogliente. La filosofia interculturale in Raimon Panikkar*, Milano-Udine: Mimesis.
- Capezzuto E. 2012, *La molteplicità condivisa. L’empatia come cognizione sociale*, Pomigliano d’Arco: Diogene.
- Carella S. 2012, “Recensione a Guido Traversa, L’identità in sé distinta. Agere sequitur esse. Editori Riuniti University Press 2012”, *Lo Sguardo*, 14: 267-272.
- Caruso R. 2012, *L’“io che vive a partire dalla sua anima”. Empatia e mistica nella filosofia fenomenologica di Edith Stein*. Ph.D. diss., Palermo: Università di Palermo.
- Cassinari F. 2005, *Tempo e identità*, Milano: Franco Angeli.
- Castoriadis C. 1998, *L’enigma del soggetto. L’immaginario e le istituzioni*, Bari: Dedalo.
- Cipolla C. 1995, *Teoria della metodologia sociologica*, Milano: Franco Angeli.
- Cortella L. 2004, “Commento a Virgilio Melchiorre”, in Bodei R. *et al.* (eds) 2004, *Ricostruzione della soggettività*, Napoli: Liguori: 201-206.
- Cotta G. 2020, “Ripensare il soggetto per ripensare la politica”, in Id. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 7-34.
- Cucco I. 2020, “Il pensiero simbolico come fondamento della relazionalità”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 179-196.
- Cusinato G. 2020, “Beni indivisi. Le aporie della comunità estatica di Nancy e la forza dell’esemplarità”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 109-142.
- De Biase R. 2005, *L’interpretazione heideggeriana di Descartes*, Napoli: Guida.
- De Rose C. 2001, *Il soggetto situato*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Donati P. 2012, “Il soggetto relazionale: definizione ed esempi”, *Studi di sociologia*, 2: 165-187.
- Donati P. 2020, “Che cosa trasforma la virtù individuale in virtù relazionale?”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 75-108.
- Donati P. 2021, *Lo sguardo relazionale. Saggio sul punto cieco delle scienze sociali*, Milano: Meltemi.
- Fortuzzi M. 2020, “Verità e virtù dell’espressione. Una prospettiva a partire da Merleau-Ponty”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 233-250.
- Gomasasca P. 2007, *La ragione negli affetti. Radice comune di logos e pathos*, Milano: Vita e Pensiero.
- Graziani E. 2018, “La democrazia ad ostacoli: linee di sviluppo e prospettive future”, in Graziani E. (ed.) 2018, *Percorsi di filosofia politica*, Roma: Nuova Cultura: 115-168.
- Henrich D. 1999 [1977], “Soggettività come principio”, *Il pensiero*, 1-2: 13-27.
- Iacoboni M. 2008, *I neuroni specchio. Come capiamo come ciò che fanno gli altri*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Lazarini G. 2002 [1999], *Razionalità e senso in un passaggio d’epoca*, Milano: Franco Angeli.
- Lévinas E. 1983 [1978], *Altrimenti che essere o al di là dell’essenza*, Milano: Jaca Book.
- Lévinas E. 1984 [1982], *Etica e infinito. Dialoghi con Philippe Nemo*, Roma: Città Nuova.
- Magrì G. 2013, *Dal volto alla maschera. Rappresentazione politica e immagini dell’uomo nel dialogo tra Guardini e Schmitt*, Milano: Franco Angeli.
- Maletta S. 2020, “Pratiche sociali e teoria critica. Idee per una proposta normativa non formale”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 251-268.
- Marci T. 2013, “Ospitalità impossibile. L’integrazione sociale nell’ordine dell’ospitalità”, in Cotta G. (ed.) 2013, *Concordia discors. La convivenza politica e i suoi problemi*, Milano: Franco Angeli: 172-203.
- Mondin B. 1998, *Storia della metafisica*, vol. III, Bologna: ESD.
- Montanari B. 2020, “Reattività e riflessione: il tempo del pensiero”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 159-178.
- Ottone R. 2018, *La chiave del castello. L’interesse teologico dell’empatia di Gesù*, Bologna: EDB.

- Panikkar R. 2009, *Pluralismo e interculturalità*, Milano: Jaca Book.
- Parmiggiani P. 1997, *Consumo e identità nella società contemporanea*, Milano: Franco Angeli.
- Perini R. 2005, *Della soggettività finita*, Perugia: Morlacchi.
- Perniola M. 2004, “La rivalutazione della nozione di “profondità”, in Bodei R. *et al.* (eds) 2004, *Ricostruzione della soggettività*, Napoli: Liguori: 207-219.
- Perone U. (ed.) 2008, *Dieter Henrich. Metafisica e modernità*, Torino: Rosenberg & Sellier.
- Pezzella A.M. 2003, *L'antropologia filosofica di Edith Stein*, Roma: Città Nuova.
- Pinotti A. 2011, *Empatia. Storia di un'idea da Platone al postumano*, Roma-Bari: Laterza.
- Possenti V. 2013, *Il nuovo principio persona*, Roma: Armando.
- Pulcini E. 2020, “Passioni: un problema o una risorsa sociale?”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 57-74.
- Sacchetti F. 2013, “Il problema dell'identità nel pensiero di Alfred Schütz”, *Società Mutamento-Politica*, 8: 99-124.
- Santambrogio A. 2008, *Introduzione alla sociologia*, Roma-Bari: Laterza.
- Schütz A. 2021 [1970], *Husserl e il problema dell'intersoggettività*, Brescia: Scholé.
- Simmel G. 1998 [1908], *Sociologia*, Milano: Comunità.
- Simon D. 2009, “Reciprocità e relazione umana nella sociologia di Georg Simmel”, *Sociologia*, 1: 157-160.
- Sorrentino V. 2020, “La compassione tra etica e politica”, in Cotta G. (ed.) 2020, *Virtù umane virtù politiche*, Milano-Udine: Mimesis: 211-232.
- Stein E. 1985 [1917], *L'empatia*, Milano: Franco Angeli.
- Taylor C. 1994, *La malaise de la modernité*, Paris: Cerf.
- Viola F. 1999, *Identità e comunità. Il senso morale della politica*, Milano: Vita e Pensiero.
- Weigel E. 1674, *Arithmetische Beschreibung der Moral-Weißheit von Personen und Sachen*, Jena: Bielcke.

Martina Violante<sup>1</sup>

*Riflessioni a partire dal volume ‘Laws of transgression: the return of Judge Schreber’*

ABSTRACT

The note aims to provide a critical reading of the volume ‘Laws of transgression: the return of Judge Schreber’. After a brief introduction, aimed at placing the object of the analysis, a subdivision by subject line of the authors’ contributions is offered, which proposes different reinterpretations of Judge Schreber’s case. Subsequently, we proceed with a comparison between these positions and that of Professor Peter Goodrich in order to identify interesting connections between the dimensions of the body, law and literature. Finally, some personal considerations are reported, with particular attention to the psychoanalytic slant, through Freudian and Lacanian interpretation.

KEYWORDS

Memoirs, transition, identity, nervous illness, legal scene

INDICE

1. Avvicinarsi a Schreber. 2. Il Giudice da diverse angolazioni. 3. Una cornice d’insieme. 4. Una quinta angolazione: ‘corpo’, ‘diritto’ e ‘letteratura’. 5. Una riflessione

1. Avvicinarsi a Schreber

Col presente contributo ho cercato di fornire una rilettura critica del volume ‘*Laws of transgression: the return of Judge Schreber*’ al fine di favorire l’accostamento ad un testo originale e denso di riferimenti extra-giudici. Attraverso la sapiente introduzione del Prof. Peter Goodrich e della Prof.ssa Katrin Trüstedt, vengono infatti proposte ben nove interessanti interpretazioni della vicenda giudiziaria che ha interessato il Giudice ottocentesco Daniel Paul Schreber, a testimonianza della ricchezza e della varietà dei profili contenutistici e disciplinari attraverso cui la stessa può essere approcciata.

Il volume muove dalla fattuale premessa della secolare sottovalutazione, da parte del panorama accademico e giurisprudenziale, del resoconto autobiografico schreberiano e fa emergere la necessità, mi pare, fortemente avvertita dagli Autori, di rivalutarne attentamente le implicazioni e di farne emergere le problematichità in chiave storica, estetico-giuridica e filosofico-psicoanalitica.

Desidero evidenziare come già l’accostamento riportato nel titolo dei termini “laws” e “transgression” incarni perfettamente tale intento, permettendo di cogliere subito la dimensione ‘conflittuale’ che attraversa l’intero volume e che induce a indossare i panni di un giudice schizofrenico del XIX secolo affetto da disforia di genere e mosso da desideri di transizione; il successivo termine “return” trovo che già consenta di intuire l’attualità di questa figura e l’importanza di analizzarne il lascito con lo sguardo del giurista e del filosofo degli anni ’20, rilevandone il carattere ‘avanguardista’ e, di fatto, precursore, con ben oltre un secolo di anticipo, di temi centrali per il dibattito politico contemporaneo.

<sup>1</sup> Cultrice di ‘filosofia del diritto’ presso l’Università del Piemonte Orientale, UPO.

## RIFLESSIONI A PARTIRE DAL VOLUME 'LAWS OF TRANSGRESSION: THE RETURN OF JUDGE SCHREBER'

Lo sforzo immaginativo richiesto al lettore mi pare che faccia da eco, in un certo senso, all'utilizzo dell'immagine che il Giudice Daniel Paul Schreber fa nella stesura delle proprie *Memorie*, in cui racconta l'esperienza vissuta nel manicomio di Sonnenstein. Tale manoscritto, contenuto in ben ventitré quaderni, venne incluso nel fascicolo d'ufficio della causa tenutasi innanzi alla Corte d'Appello di Dresda che, con sentenza del 26 luglio 1902<sup>2</sup>, accolse il ricorso presentato avverso il provvedimento di interdizione. Sul punto, mi pare calzante l'osservazione di Trüstedt, la quale rileva come il Giudice abbia saputo coniugare la finalità endo-processuale con il carattere autobiografico, assumendo le vesti sia di 'soggetto' sia di 'oggetto' della procedura, da un lato prendendo le distanze dalla posizione femminile e mostrandosi ancora capace di sostenere le proprie difese in giudizio, attività ai tempi attribuibile solamente agli uomini, e, dall'altro, pretendendo il riconoscimento della nuova identità 'in trasformazione'.

L'importanza della vicenda processuale, non solo per la vita di Schreber che riacquistò la capacità giuridica e la libertà, ma anche per la portata della decisione rispetto ai tempi e al contesto sociale in cui venne presa, fu tuttavia accantonata e l'apporto dello scritto venne relegato all'ambito medico e psicoanalitico, leggendolo come il mero resoconto dell'evolversi di un caso di paranoia<sup>3</sup>. Sul punto, Goodrich precisa come la compromissione della portata giuridica originaria si evinca già dalla traduzione inglese del 1988 per mano di Ida Macalpine e Richard A. Hunter, i quali tradussero il titolo "Denkwürdigkeiten eines Nervenkranken" eliminando invece completamente il sottotitolo "Unter welchen Voraussetzungen darf eine für geisteskrank erachtete Person gegen ihren erklärten Willen in einer Heilanstalt festgehalten werden?"<sup>4</sup>. Non solo, ma aggiunge che rispetto all'originale tedesco del 1903, anche la qualifica di "Dr. Jur." e "Senatpräsident" venne omessa, riportando solamente il nome di battesimo e il cognome. Il Professore evidenzia, inoltre, come nella medesima traduzione inglese le parole "nervous illness" fossero riportate in rosso e in un carattere grassetto quattro volte più grande della parola "Memoirs" determinando, come schizzi di sangue in una cella manicomiale, "a mutation, a change of meaning, a different drama and secularisation of the judge's text"<sup>5</sup> e svelando un atteggiamento più interessato a drammatizzare la malattia mentale piuttosto che ad accettare la complessità e i molti risvolti possibili della narrazione.

---

<sup>2</sup> Per la sentenza integrale si rimanda a Schreber 1974: 464.

<sup>3</sup> Lacan precisa come Freud riduca la "questione delle psicosi" alla distinzione fra 'paranoia' – disturbo entro cui colloca anche il caso Schreber e che costituisce il nocciolo duro della teoria freudiana sulla psicosi – e 'parafrenia' – nozione entro cui all'inizio del '900 rientravano, residualmente, i disturbi non paranoici. Si precisa che quando Freud era vivo il 70% dei malati internati nei manicomi erano definiti 'paranoici' (il termine 'psicosi' si sarebbe diffuso solo diversi anni dopo) con cui si indicavano pazienti caratterizzati da "malumore, orgoglio, diffidenza, suscettibilità, sopravvalutazione di sé". Prima dell'intervento freudiano le patologie psichiatriche venivano ricondotte a un certo numero di 'patterns' definiti e le categorie che si usavano per valutare il comportamento in generale erano le medesime che si applicavano alla follia che veniva considerata, sulla scorta di autori come Wernicke e Kretschmer, un "delirio di riferimento". Un merito freudiano, tributato da Lacan, è di aver rilevato l'inadeguatezza di tale metodo, che non teneva conto delle variazioni dei sistemi deliranti e della struttura differenziata di ogni delirio, facendone qualcosa di "dedotto" anzi che un "fenomeno elementare" al pari di tutti altri. Lacan prende distanza dall'approccio 'psicologico', che severamente equipara a quello etologico, mettendo altresì in guardia da quello 'psicogenetico' sostenendo che "il grande segreto della psicoanalisi è che non c'è psicogenesi": ciò che desta il maggior interesse nello studio del fenomeno paranoico, è infatti che esso si situa sul piano della comprensione, ed è proprio "a partire da qui che nasce l'illusione: trattandosi della comprensione, noi comprendiamo. Ebbene, invece no". Dall'impossibilità di una "relazione di comprensione" discende l'eclissi dei molti 'miti' che avevano connotato gli studi psichiatrici sin dalla fine del XVIII secolo, come quello dell'unità della personalità, della sintesi, dell'automatismo e delle funzioni superiori e inferiori. Lacan 1985 [1981]: 20-26.

<sup>4</sup> L'originale tedesco è così traducibile: "in quali condizioni una persona considerata malata di mente può essere trattenuta in un istituto psichiatrico contro la sua volontà dichiarata?". Si rimanda alle figure nn. 2 e 3 in Goodrich 2018: 17.

<sup>5</sup> Ibidem: 18.

Credo emerga in modo indiscusso l'originalità del volume che, tramite un taglio duttile e poliedrico, riesce a coniugare contributi fra essi anche molto differenti, in quanto legati, come premesso, dal comune intento di dare più ampio respiro al racconto schreberiano. È mia intenzione proporre il commento da diverse angolazioni, che ho così suddiviso per chiarezza espositiva: una prima, evidenziata da Werner Gephart, W. J. T. Mitchell e Ludwig Schmitz, che indaga il nesso fra il contesto sociale ed il sorgere o l'evolvere della follia, anche operando un raffronto con differenti figure del passato e contemporanee; una seconda, rilevata da Mark Sanders, Patricia Gherovici, Rajgopal Saikumar e Davide Tarizzo, che rintraccia nelle *Memorie* diverse possibili riletture estetiche dell'origine della legge e del rapporto col Padre, a partire dall'interpretazione freudiana e da quella lacaniana; una terza, sostenuta da Daniela Gandorfer, che intravede nelle contemporanee implicazioni 'transumaniste' lo stesso pericolo evidenziato da Schreber di una legge priva di attenzione per la dimensione corporea; infine, una quarta, sostenuta da Katrin Trüstedt, che vi ravvede la potenzialità per una riflessione sulla nozione di 'procedura', tanto di quella giuridica quanto di quella narrativa.

## 2. Il Giudice da diverse angolazioni

Da una prima prospettiva e anche alla luce della funzione 'endo-processuale' di cui, benché ignorata per lungo tempo, le *Memorie* si fanno portatrici, mi pare che non possa trascurarsi il nesso fra il tipo di professione svolta da Schreber ed il sorgere della follia in quanto, se così non fosse, si dovrebbe considerare tanto il diritto quanto chi lo esercita come avulsi dal contesto storico, geografico e culturale in cui sono collocati e già la 'svolta ermeneutica' occidentale ha mostrato le carenze di un simile ragionamento. Non solo, ma sono convinta che escludere tale rilevanza implicherebbe ignorare la dimensione 'inconscia' del soggetto e pensare i diversi spettri della vita come compartimenti 'stagni', errore in cui non si può più incappare dopo l'insegnamento psicoanalitico.

È Werner Gephart ad avvicinare la figura del Giudice a quella del sociologo Max Weber, entrambi vissuti in Germania a cavallo tra la seconda metà del XIX e l'inizio del XX secolo, ponendo il lavoro di ciascuno in relazione alla medesima compagine sociale, caratterizzata da un clima di isolamento generalizzato in cui l'emozione veniva presa in considerazione solamente quale movente degli atti criminosi. L'esistenza dell'individuo poteva dirsi 'virtuosa' solo laddove rispondente a un atteggiamento "opportuno" nelle relazioni sociali e ad un comportamento "ragionevole"<sup>6</sup>, come espressamente richiamato nella motivazione della sentenza del 1902 dalla Corte d'Appello.

Al fine di accertare la connessione esistente fra il malessere provato nel ricoprire l'Ufficio di giudice ottocentesco e il sorgere della psicosi, temo che sarebbe quindi ingenuo approcciare il testo schreberiano ignorando la cronologia degli eventi: in particolare, il fatto che la prima crisi psicotica si sia manifestata in concomitanza alla mancata elezione al Reichstag – poi seguita da un ricovero di sei mesi presso la casa di cura di Lipsia gestita dal Dottor Flechsig, fra il 1884 e il 1885 – e che la seconda sia seguita alla nomina a *Senatpräsident* della Corte d'Appello di Dresda, nel giugno del 1893, comportando il ricovero presso la clinica di Sonnenstein, sino al 1901. Risale a tale secondo episodio il noto sogno "ipnopompico" descritto come "la rappresentazione che dovesse essere davvero bello essere una donna che soggiace alla copula"<sup>7</sup> e le visioni dai tratti 'mistici' in cui il

<sup>6</sup> Nella motivazione della sentenza del 26 luglio 1902 la Corte precisò come non ricorressero i requisiti per disporre la misura dell'interdizione, che era disciplinata al comma I dell'art. 6 B.G.B. e prevista unicamente per il malato "incapace di provvedere ai propri affari": si legge dell'innocuità dei décolleté, degli abiti femminili e dei gioielli, che Schreber usava indossare, in quanto costituenti mero "capriccio". È interessante rilevare, al fine di delineare la *forma mentis* degli interpreti del tempo, che la capacità giuridica venisse rintracciata in qualità come la "ponderatezza e il riguardo per tutte le circostanze" e l'"inalterata purezza del carattere". Ibidem: 494.

<sup>7</sup> Schreber 1974: 56.

## RIFLESSIONI A PARTIRE DAL VOLUME ‘LAWS OF TRANSGRESSION: THE RETURN OF JUDGE SCHREBER’

malato, tramite un delirio di sottomissione fisica alla divinità, rappresentò in diverse forme la ‘persecuzione’ del diritto e del sistema razionalistico vigente nonché l’asprezza della vita nel manicomio, sino ad accusare il proprio medico, nella lettera allo stesso indirizzata, di aver commesso un “assassinio dell’anima”<sup>8</sup>.

Non credo sia possibile ignorare che, nonostante la successiva chiusura dei manicomi e degli ospedali psichiatrici giudiziari, permanga ancora oggi, a livello di *ratio* giustificativa degli istituti, una mentalità ispirata al passato, volta a limitare il diverso, il pazzo o il disabile entro spazi ristretti sia dal punto di vista architettonico sia dal punto di vista delle concrete possibilità di scelta, coerentemente con una concezione ‘abilista’, ancora troppo poco attenta alle esigenze delle minoranze. Tale considerazione mi ha indotta a riflettere sulla rilevanza del caso del giudice ottocentesco ai nostri giorni ed a raffrontarlo con alcune figure contemporanee.

A tal proposito, Ludwig Schmitz analizza le *Memorie* in relazione alla corrispondenza intercorsa tra Chelsea Manning e Adrian Lamo, resa pubblica dalla rivista statunitense *Wired* nel 2010, sostenendo che le due narrazioni possano leggersi in relazione a un comune processo di ‘sogettivazione’ intrinsecamente paranoico. Secondo l’Autore, Schreber e Manning, entrambi in transizione, ritengono di detenere la conoscenza di una verità personale che, qualora rivelata, potrebbe acquisire portata universale e, per tale ragione, vivono un disordine interiore che va di pari passo con quello esterno: “Schreber seems to have discovered that his transition is not a transgression and that he, in his transition, generates a new norm without contradicting an existing one”<sup>9</sup> mentre Manning alterna ad una prima crisi, in cui si accorge di stare dalla parte sbagliata della politica mondiale durante le operazioni militari americane in Iraq, una seconda in cui, una volta rivelati i segreti di stato che deteneva mentre svolgeva l’incarico di analista di *intelligence*, scopre il carattere non liberatorio di tale gesto, incorrendo, peraltro, in gravose sanzioni disciplinari e scontando una pena in condizioni considerate lesive dei diritti umani. Un ulteriore raffronto è fornito dal contributo personale di W.J.T. Mitchell che racconta l’esperienza del figlio schizofrenico Gabriel che, come Schreber, desiderava produrre un resoconto della propria malattia nervosa e l’ha fatto lasciando un notevole archivio di film, poesie e disegni.

Trovo che comune a tali posizioni sia la presa in considerazione del fenomeno della follia in relazione al contesto giuridico, storico e sociale: Schmitz considera le *Memorie* – così come i dialoghi di Manning – come una rappresentazione dell’indebolimento di un ‘senso’ di ordine normativo, in un caso trattandosi di oneri ed onori di un giudice ottocentesco, nell’altro di quelli di un militare statunitense; Gephart vede in Schreber il promotore di istanze moderniste e del principio di separazione delle sfere, di fatto riconoscendo l’illegittima ingerenza – ai tempi, istituzionalizzata – del diritto in questioni private e personali; Mitchell, evidenziando l’importanza di considerare la schizofrenia non come una deviazione, bensì, come una particolare posizione che il soggetto può assumere nota come “sovereign subjectivity”<sup>10</sup>, mostra la cecità e la sordità – purtroppo, temo, tristemente attuale – delle istituzioni rispetto alle esigenze individuali, talvolta determinando così anche un peggioramento della malattia.

“She, Schreber or Manning, must therefore insist on the contradiction that the only way to restore order in the world is to address her revelation to the whole world without having a name to sign it with: eventually the tutelage will be rescinded, the thirty-five-year sentence commuted”<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Ibidem: 18.

<sup>9</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 108 kindle.

<sup>10</sup> Ibidem: 182.

<sup>11</sup> Ibidem: 118.

L'estratto riportato mi sembra adatto a tracciare un collegamento fra la prima angolazione che ho individuato, di tipo storico-comparativo, e la seconda, di critica psicoanalitica, introducendo il problema del 'nome', quello in cui il soggetto si riconosce al termine della propria transizione e durante la stessa, ma anche quello che viene trasmesso dal *ghenos*, dalla famiglia, a cui Lacan attribuisce grande importanza per il sorgere del diritto e del 'senso' di ordine normativo, individuale e collettivo. Seppur, come ho anticipato nell'introduzione, la lettura psicoanalitica delle *Memorie* non sia di per sé sufficiente a rendere giustizia al testo schreberiano, credo sia tuttavia innegabile – come tributato dallo stesso Lacan – il merito freudiano di aver decifrato in maniera “champollionesca”<sup>12</sup> diversi passaggi sibillini, spesso arricchiti da metafore complesse e da riferimenti a dei, astri, complotti e stravolgimenti naturali e che sia, quindi, importante soffermarvisi.

In merito a ciò, l'incapacità di imprimere la firma rilevata da Schmitz mi pare, forse, assimilabile a quella del bambino del celebre caso freudiano *L'Uomo dei lupi* che, una volta scoperto il proprio dito mozzato, non riesce a comunicare alla nutrice il dolore che prova, incappando in quello che Lacan definisce un blocco “simbolico”<sup>13</sup>. Questo riconduce l'origine della psicosi alla mancanza di un significante primordiale, quello dell'interdetto, del “Nome-del-Padre”<sup>14</sup>, ossia della Legge, facendo da ciò derivare il mancato accesso, da parte di Schreber, alla dimensione ‘scenica’ primordiale – in forza della traccia che tale ‘scena’ mantiene nel diritto – e, dunque, la sua impossibilità di apprendere la differenza sessuale posta alla base di un ordinamento sociale binario. Lo Psicoanalista francese ritiene, quindi, che la lettura del *Manuale di ginnastica da camera*, scritto dal padre Moritz Schreber, serva al figlio non solo per assimilare la posizione che l'uomo e la donna devono tenere durante il sonno e durante il rapporto sessuale, ma anche per rintracciare delle ‘istruzioni’ su come essere una donna, su come trovare una collocazione di genere durante la transizione.

Da una seconda prospettiva, il volume in commento mi pare offrire, quindi, quattro interessanti ‘riletture’ della tesi psicoanalitica. Una prima è fornita da Mark Sanders che rileva come Lacan, nel postulare la mancanza del significante primordiale, non tenga conto della ripetizione dello sforzo che fa Schreber per significare – si pensi ai vari tentativi di riconoscersi allo specchio nello stesso modo in cui si ripete il sogno del dito mozzato ne *L'Uomo dei Lupi* – e non accordi all'immagine ricorsiva il carattere ‘irriducibile’ che ha per la Legge. Non solo, questi riscontra anche come Schreber ‘risolva’, attraverso l'osservazione del proprio corpo allo specchio, agghindato in abiti femminili, l'impossibilità registrata al livello “simbolico”, in virtù del carattere ‘normativo’ che assume l'immagine in sé e dell'inserimento di un fittizio ‘altro’ – un ‘chiunque’ – che rende possibile accedere alla scena e, dunque, all' “Altro”<sup>15</sup>, all'Assoluto, alla Legge, “whereas his mirror, allowing a short circuit that bypasses language and the structures of kinship, makes identification possible and produces the ‘consolation and comfort’ of the image”<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Lacan 1985 [1981]: 13.

<sup>13</sup> Si rimanda alla distinzione dei tre registri dell'“immaginario”, del “simbolico” e del “reale” che corrispondono ai “tre piani in cui può impegnarsi la nostra cosiddetta comprensione del fenomeno elementare”. Ibidem: 11.

<sup>14</sup> Ibidem: 221.

<sup>15</sup> Lacan (ibidem: 44) specifica che “parlare è anzitutto parlare ad altri” e che l'Altro assoluto “vuol dire che è riconosciuto ma non è conosciuto” in quanto la parola “è far parlare l'altro come tale”.

<sup>16</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 51-52 kindle.

## RIFLESSIONI A PARTIRE DAL VOLUME ‘LAWS OF TRANSGRESSION: THE RETURN OF JUDGE SCHREBER’

Davide Tarizzo offre una seconda innovativa ‘rilettura’, proponendo di tradurre la lacaniana “Verwerfung”<sup>17</sup> con “malediction”<sup>18</sup>, anzi che con “forclusione” per evitare di incappare in una contraddizione logica in quanto sostiene che, diversamente, se il significante fosse ‘forcluso’, non si comprenderebbe come il paziente potrebbe rievocarlo all’esplosione della psicosi, non avendovi mai avuto accesso prima. Questi ritiene, inoltre, che la metafora delirante che accosta alla figura del Sole quella di una prostituta e che, secondo l’interpretazione lacaniana, implicherebbe di accostarvi anche la figura divina, attestata, in quanto sperimentata e poi rinnegata sino al delirio, una maledizione mai del tutto assente, segno dell’*impasse* del Giudice che resta intrappolato in una “divine monosexuality”<sup>19</sup>, di cui non può dare conto a livello identitario perché imperniata sul ‘non senso’ di un’idea mancante. Per Tarizzo tale è non solo quella della binarietà, come rilevato da Lacan, ma anche quella della ‘differenza’ in quanto tale<sup>20</sup> che mantiene il Giudice imprigionato in una dimensione in cui si immagina uomo e donna ‘in Uno’<sup>21</sup>, dunque portatore di una sessualità non riconducibile né entro l’omosessualità, come sostenuto da Freud, ma neppure entro tendenze transgender.

Ad offrire una terza ‘rilettura’ della ‘scena’ originaria è, poi, Rajgopal Saikumar, che propone di sostituire al mito freudiano del ‘Totem’ una diversa narrazione in cui la Legge assume le forme di una “nurturing mother”<sup>22</sup>, garante di un ideale di giustizia pluralista, rivolta a figli binari e non binari, abili e diversamente abili “as a trans\* multitude”<sup>23</sup>, in cui le differenze vengono sintetizzate in un ‘terzo’ corpo che consente di ripensare le condizioni di legittimità dell’Ordinamento. In tal modo, il divenire di “Miss Schreber”<sup>24</sup> può, secondo l’Autore, essere letto come il tentativo di risolvere il problema del ‘nome’ e della ‘firma’, superando tanto il patronimico quanto il patriarcato eteronormativo, lacanianamente rappresentato dal rapporto del Padre con il figlio.

Una quarta ed ultima ‘rilettura’ è proposta da Patricia Gherovici che attribuisce alla donna una posizione ‘nuova’ rispetto a quella assunta nella teorizzazione freudiana e lacaniana, ritenendo che, in mancanza della pronuncia paterna del nome del bambino e della sua collocazione nella genealogia

---

<sup>17</sup> Con tale termine Lacan si riferisce al “processo primordiale di esclusione da un interno primitivo, che non è l’interno del corpo, ma quello di un primo corpo di significante” e che costituisce il meccanismo fondamentale posto alla base della paranoia. Infatti, “l’impressione primitiva della famosa scena primordiale è rimasta lì per anni” e “il significante è dunque dato primitivamente, ma non è niente finché il soggetto non lo fa entrare nella sua storia (...). Il desiderio sessuale è infatti ciò che serve all’uomo per storicizzarsi, in quanto è a questo livello che si introduce per la prima volta la legge”. Lacan 1985 [1981]: 173-180.

<sup>18</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 196 kindle.

<sup>19</sup> Ibidem: 192 kindle. Si legge nelle *Memorie* come Schreber passi dal credere di essere la ‘prostituta’ di Dio al ‘prescelto’ capace di operare una redenzione nell’ “Ordine del Mondo”, seppur non riuscendo a dare un senso compiuto a tale identificazione.

<sup>20</sup> Sul nesso fra il significante mancante e il concetto di ‘differenza’ pare d’interesse l’affermazione lacaniana secondo cui “il significante in se stesso non è definibile altrimenti che come una differenza da un altro significante. È l’introduzione della differenza in quanto tale nel campo che permette di estrarre dalla lingua quanto concerne il significante”. Lacan J. 1983 [1975]: 136.

<sup>21</sup> Schreber (1974: 296-299) afferma: “devo rappresentare me stesso come uomo e donna in una persona, che copulo con me stesso, compiendo certe azioni con me stesso che mirano all’eccitazione sessuale”.

<sup>22</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 60 kindle. Tale metafora si colloca nel solco del mito inglese classico della Corona che legge il ruolo del Re come un “nursing father” o quello della Regina come una “nurturing mother”, come precisato da Goodrich 1995: 6. Sul punto, si rimanda alla figura n. 7.5 rappresentante un pellicano che allatta i propri cuccioli “*pro lege et pro grege*”, riportata da Goodrich 2014:222.

<sup>23</sup> Ibidem: 64 kindle.

<sup>24</sup> Goodrich 2018: 99.

familiare<sup>25</sup>, stia alla donna configurarsi “as a supplement, a stand-in for the missing phallic signifier in the Symbolic”<sup>26</sup>, come parrebbe comprovato dal fatto che la ‘trasformazione’ permanga anche dopo la liberazione dal manicomio e dopo la vittoria legale. Non solo, ma l’Autrice ritiene che la ‘spinta’ verso la donna di Lacan, lungi dal costituire un ripetersi del complesso edipico, confuti completamente l’ipotesi freudiana di un’omosessualità inconscia e dimostri che il ‘Padre’, in quanto “function of being a father”<sup>27</sup>, può anche incarnarsi in un corpo femminile, aprendo così a una nuova prospettiva sull’*autoritas* e sulle sue implicazioni rispetto all’Ufficio che si va a ricoprire, nonché determinando una ‘revisione’ della ‘scena’ originaria, similmente, mi pare, a quanto sostenuto da Saikumar.

“Woman amounts to a myth similar to that of the father in Freud’s analysis of the primal horde of ‘Totem and Taboo’. (...) Both the father of the primal horde and Woman are a mythical starting point of unbridled fullness whose “primordial repression” constitutes the symbolic order. By placing Woman (the one that Lacan argues does not exist) as one of the names-of-father, castration is repudiated because Woman represents a position unencumbered by any prohibition. Schreber’s transformation into a Woman is his strategy of survival when the Law fails”<sup>28</sup>.

Le posizioni sin qui esaminate possono raggrupparsi entro quelle che ho definito ‘due angolazioni’, una prima dal taglio comparativo, attenta al contesto storico e sociale, una seconda concentrata sulle implicazioni psicoanalitiche della lettura freudiana e di quella lacaniana del ‘caso’ Schreber. Da una ‘terza’ angolazione muove Daniela Gandorfer, intravedendo nelle *Memorie* la preoccupazione – con un secolo e mezzo di anticipo rispetto all’affermarsi del movimento “transumanista”<sup>29</sup> – per la riduzione del pensiero a modalità rappresentative del calcolo e del ragionamento e facendosi portatrice di una riflessione sul rapporto tra ‘corpo’ e ‘diritto’ in relazione alle modalità di esistenza che la tecnologia rende possibili e a quelle che esclude<sup>30</sup>. Nell’incessante costrizione, operata sul Giudice dalle voci delle entità allucinate, a ripensare nello stesso modo pensieri già formulati e a completare clausole già iniziate, rintraccia l’antesignano di una pratica di pensiero basata su una “law without bodies”<sup>31</sup>, di assoluta attualità in tempi in cui si assiste alla progressiva rilevanza per il diritto dell’intelligenza artificiale, delle tecniche di apprendimento automatico, delle tecnologie di contabilità distributiva e di *hashing*. Se, infatti, il Giudice ‘in transizione’ rimane antropocentrismo nella propria critica del legalismo, compatibilmente con l’Ufficio ricoperto nel XIX secolo, Gandorfer rileva l’attualità delle *Memorie* che indicano “the

<sup>25</sup> In particolare, Heritier (2009: 169) nota come attraverso il “principio genealogico” venga notificato al figlio un certo meccanismo di affermazione del potere, che poggia su “uno scarto, una differenza di ruoli, da cui deriva la coscienza del proprio essere limitato prodotta nel soggetto, ma anche della propria singolarità nella differenza: riprodurre significa produrre qualcosa di simile, non l’uguale”.

<sup>26</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 157 kindle.

<sup>27</sup> Lacan precisa che tale funzione non implica la necessaria presenza del padre biologico di Schreber o di un uomo in particolare, essendo sufficiente che il soggetto acquisisca la funzione paterna, la sua ‘dimensione’. Nello specifico, Moritz Schreber non assumeva la posizione di un altro ‘sbarrato’, in quanto era egli stesso portatore di una legge assurda, quella della “ginnastica da camera” che non legittimava nulla e non consentiva al figlio quel nesso con la soggettività che l’avrebbe collocato socialmente e giuridicamente. L’impossibilità di cui scrive il Giudice di pesare il proprio corpo e di soppesare le decisioni nel proprio lavoro in quanto sfornito di una bilancia va, quindi, di pari passo con l’incapacità di introiettare il senso dell’*auctoritas* per lo squilibrio al livello del significante e di accedere alla Legge, liberatrice dall’arbitrio del Padre primordiale e legittimante della soggettività. Ibidem: 153 kindle.

<sup>28</sup> Ibidem: 161 kindle.

<sup>29</sup> Il significato di tale nozione è spiegato da Gandorfer come segue: “the term ‘transhuman’ speaks to the struggle against the body and denotes the interim state between mortal human (*Anthropos*, Man) and the post-biological, immortal posthuman”. Ibidem: 137 kindle.

<sup>30</sup> In merito al rapporto fra ‘scena’ del diritto e ‘algoritmo’ si rimanda a Campo 2021: 39-41.

<sup>31</sup> Ibidem: 132 kindle.

complexity of a living, transforming, and becoming subject in law”<sup>32</sup> gettando luce sull’importanza di una riflessione critica costante, in virtù del carattere mutevole delle nozioni di ‘normatività’ e di ‘senso giuridico’ con l’affermarsi delle nuove tecnologie.

Infine, ho ravvisato una ‘quarta’ angolazione nel pensiero di Katrin Trüstedt che rileva come il Giudice apra ad un’alterità capace di mettere in discussione la nozione di ‘razionalità’ a tutto tondo sul piano giuridico, testuale e scientifico e che individua due diversi ‘strati’ di ‘procedure’: quello del divenir donna, consistente nell’alternanza fra ‘attrazione’ e ‘ritiro’ dei “nervi di voluttà”<sup>33</sup>, e quello della riorganizzazione testuale nel narrare la propria trasformazione, valutandone le implicazioni legali al fine dell’ottenimento della sentenza favorevole della Corte. Da tale angolazione, quindi, merito di Schreber è di aver fatto emergere la tensione ‘endemica’ presente nel carattere ‘procedurale’ del diritto, responsabile del sacrificio della singolarità a favore della ripetitività e della performance e di aver corroso tramite “a General Theory of Procedure”<sup>34</sup> la logica binaria responsabile della rigidità categoriale legalista, operante nelle opposizioni ‘sano-folle’, ‘uomo-donna’, ‘generale-specifico’ e ‘astratto-concreto’.

Posta la diversità e la ricchezza argomentativa dei contributi, credo si possa comunque rintracciare un comune intento di attualizzare il pensiero schreberiano e che, a tal scopo, gli stessi necessitino di una lettura congiunta.

### 3. Una cornice d’insieme

Per provare a delineare le implicazioni filosofico-giuridiche delle riletture del ‘caso’ Schreber proposte dagli Autori, mi pare opportuno fare un breve rimando all’insegnamento del Professor Peter Goodrich, non solo perché questi è colui che introduce il volume in commento assieme alla Professoressa Trüstedt ma anche perché, in tal modo, è possibile collocare le *Memorie* nel più ampio panorama del *common law* e di una rilettura della sua origine in termini iconico-estetico-psicoanalitici.

A tal fine mi sembra che la questione della disforia schreberiana vada anch’essa collocata, in chiave ‘decostruttiva’, entro quel lungo processo di rimozione<sup>35</sup>, avvenuto nel panorama anglosassone durante gli anni della Riforma, che ha condotto alla costituzione dell’identità inglese: essa affonda le proprie radici nel mito istituito dai riformatori della Chiesa Anglicana che assurge ad un tempo ‘pre-romano’ e che colloca il *common law* in linea di continuità con un’ideale sintesi di Ragione e Natura, originarie e pre-cattoliche. Per tutelare l’impianto dogmatico, giuridico e sociale costituito da ogni possibile minaccia, tanto territoriale quanto religioso-ideologica, e di affermare in modo perentorio un ‘certo’ modo di essere inglesi, precisa il Professore come sia stato necessario incardinare una ‘lotta’ contro ogni distrazione operata dalle immagini, prima fra tutte quella femminile, sinonimo ai tempi di lascività, sfrenatezza e infantilismo, anche a testimonianza dell’impegno costante della Legge nella normazione del desiderio, nella riduzione entro canoni moralmente ‘legittimi’ e socialmente ‘accettati’ del ricorso all’invisibile e all’inconscio.

<sup>32</sup> Ibidem: 144 kindle.

<sup>33</sup> Schreber 1974: 27. Tale procedura è a sua volta connessa al duplice sistema ad ‘annotazione’ ed a ‘esami costanti’, il primo volto a sorvegliare il giudice tenendo traccia di tutti i suoi pensieri, il secondo volto a distinguerli dai momenti di vuoto mentale causati da attimi di inattendibilità dettati dalle interferenze, a loro volta generate dalle registrazioni imposte dal sistema.

<sup>34</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 70 kindle.

<sup>35</sup> Sul punto, si veda Goodrich 1995: 11.

Attraverso un'analisi dettagliata degli emblemi giuridici diffusi nella prima età moderna, Goodrich svela il carattere 'fanzionale' del mito inglese di una "primitive faith"<sup>36</sup>, mostrando come si sia trattato – in realtà – della mera 'rinnovazione' delle tradizioni romane e cattoliche precedenti – proprio quelle da cui si pretendeva di distaccarsi mostrandone il carattere 'postumo' e 'secondario' – e come la stessa sia stata determinata dall'intento di legittimare l'appena nato *Commonwealth* nella propria posizione di indipendenza da Roma. L'Autore precisa come la struttura di percezione del sociale, trinitariamente ripartita fra 'persone', 'cose' ed 'azioni', venga ereditata dal diritto consuetudinario al pari delle strutture imperiali di emanazione del potere, ove il principio "*omnia iura habet in scrinio pectoris sui*"<sup>37</sup> del *Pontifex* viene traslato nella *absoluta potestas* della Corona.

In merito al diritto, ritengo sia particolarmente interessante soffermarsi sullo "scheme di Chasseneuz"<sup>38</sup> ove dottrina, *scientia canonica* e *scientia legalis* sono raffigurate poggiare ciascuna sopra una 'colonna' di altre discipline. A supporto della giurisprudenza sono poste, partendo dal basso, l'astronomia, la geometria, la grammatica, e, all'apice, la retorica, che Goodrich delinea come "the premodern form of psychoanalysis (...) a methodology of symptomatic reading or of interpretation of the unconscious of law"<sup>39</sup>: trovo che tale definizione mostri il legame fra estetica e retorica negli ambiti più vari, dall'*argot* poetico all'arringa in Tribunale, e come entrambe queste dimensioni si ricolleghino a una logica più ampia, che le ricomprende, quella della psicoanalisi.

Precisa il Professore come, proprio per imbrigliare le categorie del desiderio e dell'inconscio, il diritto abbia operato uno 'spostamento' di senso nell' "istituire"<sup>40</sup> la distinzione fra una "rhetoric of affectivity" ed una "rhetoric of negation" laddove "the praise of the identical, the similar, the like or proportionate is accompanied by denunciation, denial, or negation of the strange, the unlike, disproportionate or heteroclitic"<sup>41</sup>. In tal senso, mi pare che la narrazione schreberiana si collochi, con un potenziale 'effervescente' e 'disturbante' non trascurabile, proprio nel solco dell'attrito istituito fra parola e immagine, fra visibile e invisibile, su cui il *common law* si è edificato per secoli.

Le forme della satira giuridica e della poetica possono allora opporsi alla 'glossa' con la mediazione dalla psicoanalisi legendriana, che Goodrich espressamente richiama e che attualizza nel panorama accademico anglosassone. In tal modo, questi sviluppa una 'critica' psicoanalitica del diritto che, se ad un primo livello mostra i meccanismi 'interni' al soggetto, destinatario e promotore della coazione giuridica, ad un secondo implica un rimando del testo letterale ad un 'altro' testo, che affonda le radici nell'estetica e nell'insegnamento freudiano e lacaniano.

#### 4. Una quinta angolazione: 'corpo', 'diritto' e 'letteratura'

Alla luce della 'rimozione' che il *common law* ha operato, come menzionato, tanto della romanità quanto dell'immagine, mi sembra che non possa ignorarsi il 'fastidio' che una narrazione come quella schreberiana possa aver suscitato all'epoca della pubblicazione delle *Memorie*, che implicano di riconsiderare la posizione della donna e, più in generale del 'genere', all'interno della società e dell'Ordinamento e che si fanno testimoni del modo in cui "the repressed returns, in other words, and is repeated in displaced forms"<sup>42</sup>. Goodrich, sul punto, osserva come lo stesso Freud, forse temendo

<sup>36</sup> Ibidem: 83

<sup>37</sup> Per una completa trattazione dello 'spostamento' del Riferimento, dell' "in nome di", si rimanda ad Heritier 2012: 17.

<sup>38</sup> Goodrich, 2014: 210.

<sup>39</sup> Goodrich 1995: 181-182. Per un approfondimento della retorica forense si rimanda a Manzin: 2014.

<sup>40</sup> Si rimanda alla nozione legendriana di "Référence" come introduttiva della dimensione 'teatrale' del diritto quale "mise en scène" di una dimensione 'altra' in Avitabile, Ferri 2000: 6.

<sup>41</sup> Goodrich 1995: 187.

<sup>42</sup> Ibidem: 12.

di dover riformulare le proprie teorie in un momento in cui il movimento psicoanalitico di Vienna viveva le prime scissioni interne, neppure accetti di visitare il paziente, sebbene ai tempi ancora in vita, e costruisca la propria intera speculazione sulla base della sola lettura delle *Memorie*. Questi, implicitamente, giustifica le lacune presenti nella propria analisi adducendo in diversi passaggi le scarse conoscenze circa le dinamiche familiari del Giudice: come precisa il Professore, ciò non può che destare qualche perplessità, posto che i rimandi schreberiani al padre risultano sporadici e che il figlio si era impegnato a negoziare un nuovo contratto per la pubblicazione del *Manuale di ginnastica da camera*, dimostrando in tal modo di tenere alle sorti della propria famiglia. Tali elementi portano Goodrich a leggere l'interpretazione di Freud come un "counter-transference"<sup>43</sup> delle sue ansie, pulsioni e aspirazioni e a rintracciarvi una 'strumentalizzazione' del testo atta a corroborare la sua "Teoria della carica libidica"<sup>44</sup>.

Mi pare superfluo sottolineare che la lettura freudiana, nonostante i molteplici riferimenti ordalici e totemici<sup>45</sup> ed il successivo dialogo con Hans Kelsen, non colga ancora appieno il nesso fra psicoanalisi e diritto e che sia merito di quella lacaniana, semmai, aver indagato il sorgere di tale connessione entro la famiglia, precisando che "quanto è stato rigettato dal simbolico riappare nel reale"<sup>46</sup>. Tuttavia, è mia intenzione evidenziare come anche tale seconda prospettiva limiti, in realtà, l'intento schreberiano originario, in quanto si concentra esclusivamente sull'aspetto linguistico, sulla retorica e sulla sintassi e taglia completamente fuori l'apparato immaginativo, ridotto a mero 'indicatore' della fantasia psicotica del paziente: considerare l'allucinazione priva di 'oggetto' ed inserire la figura del 'Padre' assente nello spazio che potrebbe essere occupato da una 'pluralità' di

---

<sup>43</sup> Goodrich 2018: 48.

<sup>44</sup> Freud 1994: 276 -281. Tale teoria è meglio espressa nei *Tre saggi sulla teoria sessuale*, apparso nel 1905, in cui è analizzato l'evolversi della pulsione dalla "fase orale" e "anale" della prima infanzia, attraverso la "fase fallica" successivamente al terzo anno di età - col sorgere nel bambino dell'"angoscia di castrazione" - sino alla "fase genitale" adolescenziale. Secondo tale teoria, espressamente richiamata da Freud cinque anni dopo nell'analisi del 'caso' del Giudice, quando sorge un problema in una fase della crescita il soggetto vi rimane bloccato senza riuscire ad accedere a quella successiva. In particolare, è opinione di Freud che la psicosi maschile andasse ricondotta entro un desiderio omosessuale articolato nella triplice fase di "fissazione" - in tal senso, l'erotismo nei confronti del Dott. Flechsig quale figura sostitutiva è il risultato della nostalgia esasperata per il padre e per il fratello che ne impone la sublimazione nella figura di 'Dio' e in quella del 'Sole' - "rimozione" - tramite l'iniziale distacco della libido dalla figura del medico e la ricomparsa, con segno negativo, in seguito all'esplosione del delirio - nonché, ritorno e "regressione" dello sviluppo della libido sino al punto di rimozione - nel caso clinico concretizzatosi nell'idea di essere divenuto il solo umano superstite in seguito all'eclissi del Mondo. La centralità della libido muta nel pensiero freudiano successivo con la pubblicazione nel 1920 di *Al di là del principio di piacere*: il soggetto appare ivi diviso tra *eros* e *thanatos*, in uno stato di perenne tensione verso l'inanimato. Il "Principio di piacere" cambia quindi significato venendo a configurarsi come il tentativo di un decremento di tale tensione e come la ricerca di uno stato di omeostasi al fine di contrastare il "Todestrieb", la pulsione di morte.

<sup>45</sup> Già ne *Il caso di Schreber* Freud opera un parallelismo fra la figura del 'fanciullo' e quella del 'selvaggio' nonché fra la credenza delirante di Schreber per il 'Sole' e il procedimento applicato dall'aquila ai propri piccoli che, secondo alcuni studi di storia naturale dell'antichità, venivano obbligati a guardare il Sole senza sbattere le palpebre, come 'prova' per essere riconosciuti parte del nido. Tale passaggio richiama i modi di pensare ordalici e totemici dei popoli primitivi, responsabili della creazione della credenza e implica di attribuire importanza alle *Memorie* sul piano mitologico: "le forze, artefici di miti, dell'umanità non sono estinte, ma a tutt'oggi generano nelle nevrosi gli stessi prodotti psichici che generavano nelle età remote". Nel successivo volume di *Totem e Tabù*, apparso nel 1913, Freud avvicina, in un certo senso, lo spazio 'del divano' a quello 'del tribunale' in virtù di un'attenzione, comune al diritto e alla psicoanalisi, per la questione della 'colpa', quella che l'accusato cerca di negare nel giudizio penale e quella dell'orda cannibalica dei fratelli nei confronti dell'assassinato Padre totemico, a cui il paziente inevitabilmente rimanda in modo problematico quando incappa nella resistenza inconscia alla verità durante le sedute di terapia. Freud 1994: 288-289.

<sup>46</sup> Lacan 1985 [1981]: 53. Sul punto si rimanda a Lijoi, Trincia 2015: 95-113.

immagini di paternità<sup>47</sup>, implica per Goodrich operare una ‘seconda preclusione’, da parte degli interpreti, e continuare a collocare il discorso entro categorie sessuali e sociali binarie. Inoltre, questi puntualizza che a non essere minimamente presa in considerazione tanto da Freud quanto da Lacan – a riprova, peraltro, del pregiudizio con cui l’originale tedesco è stato approcciato – è anche la consapevolezza che il Giudice potesse avere dell’eccentricità delle proprie raffigurazioni, nonché dell’operata inversione dell’ordine “simbolico” attraverso l’inserimento in quello “reale” di elementi immaginari atti a farsi portatori di una trasformazione del corpo sociale e giudiziario che posa sull’allegoria di un corpo fisico ‘in transizione’. Stante la vasta cultura che Schreber deteneva, immagino infatti che probabilmente conoscesse la storia del diritto e che non gli fossero estranei i “transfert successivi”<sup>48</sup> che hanno determinato uno ‘spostamento’ – posta l’endemicità di tale fenomeno al giuridico, costruito, come spiegato da Goodrich ed accennato *supra*, sull’alternanza di retorica dell’affezione e della negazione – dalla nozione di “*corpus iuris*” del diritto romano e del diritto canonico a quella di “*systema iuris*”<sup>49</sup> e che implicano il carattere ‘duttile’ e ‘mobile’ che assume il Riferimento col mutare dei tempi: in tal senso, mi pare assolutamente calzante l’osservazione di Gephart che legge nella differenziazione dei ruoli e delle sfere di cui le *Memorie* si fanno promotrici “the expression of the very trait of modernity”<sup>50</sup> e che non possa escludersi che Schreber fosse consapevole del potere ‘decostruttivo’ che la propria esperienza personale avrebbe assunto per i posteri.

Enucleati i principali limiti dell’interpretazione freudiana e di quella lacaniana, non posso che constatare come si renda necessaria una ricollocazione delle stesse entro la ‘cornice’ filosofico-giuridica contemporanea e come le ricostruzioni ‘alternative’ fornite da Sanders, Gherovici, Saikumar e Tarizzo forniscano a tal fine interessanti spunti di riflessione che meriterebbero di essere singolarmente approfonditi in futuro. Per quanto concerne l’interpretazione del ‘caso’ Schreber offerta da Goodrich, invece, mi sembra che la stessa possa autonomamente costituire una ‘quinta’ angolazione in quanto consente di collegare il commento psicoanalitico al discorso storico, estetico e mitico sull’origine della legge.

Sul piano storico, Goodrich affianca ad una “first revolution of interpreters”, che fa coincidere con la Rivoluzione pontificale del XI secolo nella crescente affermazione, a partire dal pontificato di Gregorio VII, dell’autonomia della Chiesa dall’aristocrazia romana e che ha contribuito al sorgere della professione forense occidentale per come oggi intesa, una “second revolution of the interpreter”<sup>51</sup>, che fa coincidere con quella freudiana, quale portatrice di una ‘liberazione’ delle forze

<sup>47</sup> A tal proposito si rimanda all’origine ‘fanzionale’ del diritto che per Goodrich non si risolve esclusivamente entro la cornice del significante del “Nome-del-Padre” ma include una pluralità di immagini non necessariamente binarie. Circa la rilevanza della componente ‘estetica’ per il diritto, si rimanda alla nozione di “figura” formulata da Enrico di Robilant che, seppur finalizzata a ‘rappresentare’, di fatto costituisce essa stessa una ‘nuova’ realtà, “intesa come sostitutiva dell’idea stessa di *teoria*, in senso epistemologico e normativo”. Heritier 2012 (vol. I): 67.

<sup>48</sup> Per un approfondimento delle nozioni di “*corpus*” e di “*systema*” si rimanda a Heritier 2012 (vol. II): 91-101.

<sup>49</sup> Sul punto, è interessante rilevare come lo stesso Freud si riferisca al diritto romano e al nesso con il concetto di ‘divinità’, esprimendo già in epoca pre-costantiniana il bisogno di un nesso fra il concetto di ‘Assoluto’ e gli uomini: “per i Romani era abituale divinizzare gli imperatori defunti e l’imperatore Vespasiano, uomo abile e di buon senso, quando venne colto dal male, esclamò: ‘Ahimè! Credo che io stia per diventare un dio!’”. Freud 1994: 269.

<sup>50</sup> Goodrich, Trüstedt 2022: 33 kindle.

<sup>51</sup> Goodrich 2018: 72-73. Il concetto di “rivoluzione” è definito da Berman (1983: 21-116) come “rapid, discontinuous, violent change that bursts the bonds of the legal system”. In particolare, il termine viene utilizzato per riferirsi alle Rivoluzioni Russa, Francese, Americana, Inglese e Protestante. La sesta, la Rivoluzione Papale del XI secolo, si è in particolare caratterizzata per un carattere di totalità, avendo investito ogni sfera della vita fra cui anche quella giuridica promuovendo “a concept of law as an autonomous, integrated, developing body of principles and procedures” e una nuova classe di interpreti e giuristi. Per la ‘seconda’ rivoluzione degli interpreti si rimanda invece a Heritier 2012 (vol. II): 41 ed a Heritier 2023: 68-82. Sul punto, si rimanda alla lettura della “seconda rivoluzione dell’interprete” riportata in Legendre 2009.

motrici dell'inconscio e del desiderio, in tempi dominati da rigidità e formalismo: in tal modo, specifica l'Autore, Freud non ha preso il posto dell'interprete, bensì quello del *Princeps* e del *Pontifex*, in linea di continuità con quella serie di 'spostamenti' retorici e 'affettivi' così fortemente negati dalla giurisprudenza anglosassone, a cui ho fatto riferimento *supra*. Ciò premesso, si giunge all'elemento che trovo maggiormente innovativo della critica goodrichiana del 'caso' Schreber e che più di tutti, ritengo, consente di restituire a tale figura la centralità che merita: è proprio il Giudice, infatti, a farsi portatore di una "third revolution of the interpreters"<sup>52</sup> che si qualifica come la completa 'inversione' della precedente affermazione della supremazia papale, soffermandosi non solo sulla necessità della separazione fra le sfere, fra pubblico e privato, ma anche sul carattere 'corporeo' e 'fenomenologico' del diritto.

In altri termini, mi sembra che ad esser importante per Goodrich non sia tanto il significante mancante del Padre, come vorrebbe Lacan, quanto il rifiuto del figlio/a 'in transizione' e che esso incarni una vera e propria 'Teoria' giurisprudenziale, atta a mettere in discussione il rapporto 'secolarizzato' tra 'rappresentati' e 'rappresentanti'<sup>53</sup>, nonché l'azione stessa del 'giudicare', che concepiva il ruolo di giudice ottocentesco come unicamente maschile e che impediva a chiunque avesse sperimentato un periodo di internamento la possibilità di esercitare nuovamente la professione, anche a fronte del successivo intervento di una sentenza favorevole della Corte. Se l'interpretazione psicoanalitica del diritto, come mediata da Pierre Legendre, ha infatti dato una lettura del "come se"<sup>54</sup>, posto alla base della costruzione 'finzionale' dell'Ordinamento, nei termini di uno spazio 'terzo' garantito dal significante mancante, Schreber ha invece sostituito alla pretesa purezza positivista una serie di caratteri 'impuri', 'tellurici' ed 'immaginari' auto-fondanti.

Mi pare che il 'passaggio' goodrichiano al femminile si faccia portatore di un'istanza politica 'riformista', volta ad affermare quello che il filosofo politico Paul Preciado definisce come il "diritto di esistere al di fuori della norma"<sup>55</sup>, coerentemente con una Teoria critica del diritto capace di lasciarsi ispirare da Schreber e di includere al proprio interno satira, poesia, parabole, miti e "imaginary solutions"<sup>56</sup> con una progressiva rilevanza, anche psicoanalitica, della dimensione 'retorica'. Suggestivo come questa riflessione possa trovare un riscontro 'pratico' ove giunga all'attenzione del giudice di *common law* quando fa ricorso, come nelle molte pronunce americane analizzate da Goodrich in modo puntuale, a 'fonti' extra-legali per integrare il ragionamento giudiziario laddove la regola del 'precedente' risulti carente. Attraverso il rimando ad una "*justissima tellus*"<sup>57</sup>, ad un *nomos* della terra, il diritto risulta costantemente in evoluzione, di pari passo al variare del costume, del rapporto fra i corpi e di quello fra i corpi e la terra, che tali 'fonti' riflettono.

<sup>52</sup> Goodrich 2018: 74. Secondo Goodrich, Schreber sostituisce 'Cristo' con 'Adamo' e la 'Chiesa' con l' 'umanità' in una teoria giuridica auto istituyente che svolge la stessa funzione già svolta dalla "*Grundnorm*" kelseniana o dal "Grande Altro" lacaniano, quale esternalizzazione della fonte del potere e del diritto.

<sup>53</sup> Si ritiene opportuno precisare come tale rapporto si ponga in soluzione di continuità con la distinzione medievale tra "due classi di interpreti gerarchicamente differenziati", 'chierici' e 'laici', poi secolarizzatasi anch'essa di pari passo alla secolarizzazione del concetto di 'sacro' e riflessa nelle coppie giuristi-cittadini, tecnici-profani, *management* e consumatori. Si rimanda sul punto alla lettura legendriana del quadro *La flagellazione di Cristo* di Piero della Francesca e al concetto di "ermeneutica giuridica delle immagini". Si rimanda ad Heritier 2012 (vol.I): 52 e a Legendre 2005: 141.

<sup>54</sup> Sul punto, precisa Lacan (1985 [1981]: 221) che "il meccanismo del 'come se' (...) è un meccanismo di compensazione immaginaria dell'Edipo assente, che gli avrebbe dato la virilità non già nella forma dell'immagine paterna ma nella forma del significante, del Nome-del-Padre".

<sup>55</sup> Santanelli 2015.

<sup>56</sup> Tale espressione (Goodrich 2021: 12) è utilizzata per introdurre il concetto di "pataphysics", preso in prestito dallo scrittore Alfred Jarry ed inteso come "science that 'examines the laws governing exceptions and ... explain[s] the universe supplementary to this one'" attraverso cui Goodrich rimanda alla nozione di "jurisliterature".

<sup>57</sup> Ibidem: 12.

Chiaramente, per quanto anche nella storia del *civil law* si possano rintracciare connessioni fra ‘poesia’ e ‘diritto’ – si pensi, ad esempio, alle leggi romane delle XII tavole che erano incise in versi e che venivano cantate dai bambini – ritengo necessario ricordare come il ricorso a ‘fonti’ diverse da quelle normate non possa essere incluso nelle motivazioni delle sentenze, ma ben possa influenzare la predisposizione mentale del giudicante ed il suo background culturale e ‘precomprensivo’, per richiamare Gadamer.

Alla luce di quanto riportato e della connessione, da Goodrich evidenziata, fra ‘corpo’, ‘diritto’ e ‘letteratura’, mi sembra possa evincersi una ‘rilettura’ della transizione di Schreber: se, infatti, nella mentalità dei giudici ottocenteschi l’attendibilità processuale della donna veniva considerata al pari di quella del testimone non corroborato o del narratore di storie, tale accostamento risulta interessante, in quanto proprio i poeti, i giullari, i trovatori e i comici, attraverso la dimensione retorica del racconto e dello scherzo, operarono quali primi risolutori delle controversie in forme pacifiche, dimostrando, così, l’anteriorità della dimensione ‘extra-giuridica’ rispetto al contratto sociale, e giustificandone la permanenza nella demagogia politica. In tal senso, il ‘femminile’ può incarnare il desiderio di un diritto ‘altro’, che, seppur non potendo prescindere dalla normazione dei corpi, ne rispetti tutti i generi, binari e non binari.

## 5. Una riflessione

Fra i molti spettri presi in considerazione dal volume in commento, mi pare che sia proprio il problema della ‘scena’ e della sua ricostruzione a richiedere particolare attenzione: nell’esempio dell’orda cannibalica che uccide il Padre freudiano, nel sacrificio di Cristo sulla croce, in Abramo che lega Isacco davanti all’altare sacrificale, oppure nell’“omicidio dell’anima” da parte del Dott. Flechsig, scorgo un elemento comune, ossia il fatto che la Legge – nell’ultimo caso, quella che Schreber vuole istituire in seguito alla dissoluzione dell’“Ordine del Mondo”<sup>58</sup> – origini sempre da un atto violento. In tal senso, desidero porre l’accento su come la poesia, la mitologia, la religione e la psicoanalisi da sempre veicolino, istituzionalizzandola, una “metaforizzazione del sacrificio, funzionante come parola che dice il limite” e come essa implichi “il passaggio dall’atto alla parola grazie allo scarto che viene istituito passando per il luogo terzo”<sup>59</sup>.

I contributi di critica lacaniana riportati propongono diverse ricostruzioni della ‘scena’ originaria e sapienti riletture del luogo ‘terzo’, ciascuna delle quali meriterebbe, come ho anticipato, un ulteriore approfondimento. A mio avviso, sarebbe particolarmente interessante indagare il modo in cui è possibile mantenere la dimensione del ‘comando’ e quella della ‘sanzione’ nella misura in cui non si tiene più conto del significante mancante del “Nome-del-Padre” e, riducendo l’importanza del “simbolico”, si elimina così il ‘riferimento’ violento originario.

Mi pare che il volume metta con chiarezza in risalto il carattere ‘duttile’ e ‘mobile’ del ‘Terzo’ e della ‘finzionalità’ in generale, posta alla base dell’Ordinamento, sia di *common law* sia di *civil law*, mostrando come, tanto il rimando a una ‘scena’ diversa dall’‘interdetto’, quanto l’incapacità dell’individuo di rimandare ad esso, comportino una destabilizzazione interna al diritto ed alle istituzioni: tramite il costante riferimento corporeo, Schreber mostra l’importanza che assume l’immagine per il mantenimento di una determinata forma di potere e dell’ordine sociale che lo legittima, smascherando l’imbarazzo del Pretore, che ne dispose l’interdizione, di fronte alle sue fattezze in abiti femminili.

---

<sup>58</sup> Schreber 1974: 31.

<sup>59</sup> Heritier 2009: 201.

## RIFLESSIONI A PARTIRE DAL VOLUME ‘LAWS OF TRANSGRESSION: THE RETURN OF JUDGE SCHREBER’

Seppur Schreber non venga effettivamente ‘sacrificato’ e seppur l’“assassinio dell’anima” sia metaforico e frutto di un delirio schizofrenico, è mia opinione che questi si faccia comunque portatore di una ‘radicalità’ antropologica che si colloca nel difficile rapporto fra ‘diritto’ e ‘libertà’ e che attesta una disposizione d’animo capace di contrastare il potere oppressivo del manicomio. Suggestivo che il corpo ‘in transizione’, in quanto capace di ‘istituire’ una nuova giurisprudenza che guarda all’‘altro’ in tutte le sue declinazioni pluraliste, più o meno vulnerabili, non possa che richiamare la dinamica sacrificale, intesa nell’accezione di *sacrum facere*, dando origine ad un ‘Riferimento’ nuovo, erede tanto del ‘Totem’ psicoanalitico quanto del ‘*Corpus iuris*’: in tal senso, mi pare indicativa l’ossessione di Schreber per l’ideale di ‘corpo’ veicolata dal padre, che incarnava ideali di perfezione e sportività di stampo quasi ‘neoclassico’, del tutto coerenti con le contemporanee concezioni ‘abiliste’.

In conclusione, mi sembra che l’esempio schreberiano si faccia portavoce di una più ampia riflessione non solo sul rapporto tra ‘diritto’ e ‘follia’, ma sulla soggettività in generale, in quanto, come sostenuto da Lacan, il tentativo di approdare ad un’identità definita costituisce, in realtà, il punto di avvio della psicosi, che consta nella non accettazione della mancanza prima, del ‘meno uno’ costitutivo. Il ‘caso’ Schreber risulta, a mio avviso, emblematico di come il comportamento umano vari in funzione della mobilità dialettica dei desideri e dei valori e che questi, a loro volta, mutino in funzione della piega che prende il dialogo, tanto con l’analista quanto con la società e con il diritto.

Se ogni individuo nell’atto del parlare è anche ascoltatore del proprio discorso, come nell’atto di osservare è osservante ma anche osservato, emittente e ricevente, soggetto che parla con un ‘io’ che continuamente ricerca, allora, suggerisco, anche la significazione – prodotta dal rapporto tra significante e significato – può in ogni momento subire un’inversione di segno.

Temo che perdere di vista questa dimensione ‘dialettica’ della soggettività rischi di far cadere l’ascoltatore nello stesso errore del paranoico, che crede di potersi aggrappare ad un’identità in modo definitivo. Non posso esimermi, quindi, dal porre l’accento sull’importanza dell’‘impurità’ – per richiamare Goodrich – che può essere, certo, ciò che sconvolge l’ordine, attraverso un’estetica della ‘transizione’, ma anche ciò che lo salva declinandolo diversamente, con uno sguardo più attento alle esigenze delle minoranze: “se guarire significa identificarsi una volta per tutte, sanare la propria scissione da se stessi, guarire significa, allora, andare contro la propria soggettività. Guarire equivale, cioè, ad ammalarsi”<sup>60</sup>.

### BIBLIOGRAFIA

Avitabile L., Ferri G.B., 2000, *Pierre Legendre – Il giurista artista della ragione*, Torino: Giappichelli.

Berman H. J., 1983, *Law and revolution – the formation of the western legal tradition*, Cambridge, London: Harvard University Press.

Campo A., 2021, “Dati e algoritmi. Dal rapporto tra validità ed effettività a una questione antropologico-giuridica (tramite la norma)”, in *Teoria e Prassi dell’informatica giuridica – Per una riflessione filosofica* - TCRS 2 (23), 2021: 29-44. Available at: <https://www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/article/view/2035/1592> (accessed: March 21, 2023).

---

<sup>60</sup> Lacan 1985 [1981]: 57.

- Freud S., 1994, *Casi clinici*, Roma: Newton Compton Editori.
- Goodrich P., 1995, *Oedipus Lex – Psychoanalysis, History, Law*, Berkeley, Los Angeles, London: University of California Press.
- Goodrich P., 2014, *Legal emblems and the art of law: obiter depicta as the vision of governance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Goodrich P., 2018, *Schreber's Law – Jurisprudence and Judgment in transition*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Goodrich P., 2021, *Advanced Introduction to Law and Literature*, Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing Limited.
- Goodrich P., Trüstedt K. 2022, *Laws of Transgression: The Return of Judge Schreber*, Toronto, Buffalo, London: University of Toronto Press, edizione kindle.
- Heritier P., 2009, *Società post-hitleriane? – Materiali didattici di antropologia ed estetica giuridica 2.0*, Torino: Giappichelli.
- Heritier P., 2012, *Estetica giuridica – A partire da Legendre: il fondamento finzionale del diritto positivo - Vol. II*, Torino: Giappichelli Editore.
- Heritier P., 2012, *Estetica giuridica – Primi elementi: dalla globalizzazione alla secolarizzazione - Vol. I*, Torino: Giappichelli Editore.
- Heritier P. 2023, “La perspective d’esthétique juridique de Pierre Legendre: Pierro della Francesca, Vico, Warburg” in Becker K., Musso P., *Introductions à l’œuvre de Pierre Legendre*, Paris: Édition Manucius: 68-82.
- Lacan J., 1983 [1975], *Il Seminario – Libro XX – Ancora 1972-1973*, Torino: Giulio Einaudi Editore.
- Lacan J., 1985 [1981], *Il Seminario – Libro III – Le Psicosi 1955-1956*, Torino: Einaudi.
- Legendre P., 2005, *Della società come testo: lineamenti di un’antropologia dogmatica*, Torino: Giappichelli.
- Legendre P., 2009, *Leçon IX. L’autre Bible de l’Occident. Le monument romano-canonique: Étude sur l’architecture dogmatique des sociétés*, Paris: Fayard.
- Lijoi F., Trincia F.S., 2015, *L’anima e lo Stato – Hans Kelsen e Sigmund Freud*, Brescia: Morcelliana.
- Manzin M., 2014, *Argomentazione giuridica e retorica forense – Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino: Giappichelli.
- Schreber D. P., 1974, *Memorie di un malato di nervi*, Milano: Adelphi.

RIFLESSIONI A PARTIRE DAL VOLUME 'LAWS OF TRANSGRESSION: THE RETURN OF JUDGE  
SCHREBER'

Stancanelli E., 2015, *Paul Preciado: da donna a tecno-uomo, sono il genere sintetico*, Repubblica,  
Available at: [https://www.repubblica.it/cultura/2015/11/06/news/paul\\_preciado\\_da\\_donna\\_a\\_tecno-uomo\\_sono\\_il\\_genere\\_sintetico\\_-126777919/](https://www.repubblica.it/cultura/2015/11/06/news/paul_preciado_da_donna_a_tecno-uomo_sono_il_genere_sintetico_-126777919/) (accessed: September 29, 2022).

Angela Condello<sup>1</sup>

Figure e temi esemplari.

Per una filosofia del diritto dentro e fuori dal canone

#### ABSTRACT

This essay presents a critical overview of the *Manuale multimediale di filosofia del diritto* (2022) by Thomas Casadei and Gianfrancesco Zanetti. Starting from some specific key-points that (should) characterise all handbooks, the essay deals with mainly three aspects: the structure of the *Manuale* and how it guides the reader in the discipline of philosophy of law both within and outside its canon; the use of exemplary figures aimed at contextualizing historically the problems and the relative choice of the themes to be discussed; the function not only illustrative but also explicative played by figures and exemplary themes, which allow to circulate a certain knowledge.

#### KEYWORDS

Exemplarity, philosophy of law, canon.

#### INDICE

1. *Orientarsi*. – 2. *Esemplificare*. – 3. *Spiegare*.

### 1. *Orientarsi*

La scrittura di un manuale è una di quelle imprese con le quali molti studiosi, a un certo punto della carriera e a ragione, potrebbero avere voglia o sentire la necessità di misurarsi. Di fronte a una simile impresa i punti fermi da cui partire e attraverso i quali orientarsi nel lavoro sono sostanzialmente due: bisogna avere ben chiaro a chi si vuole parlare (*i*) e come lo si vuole fare (*ii*). Il recentissimo *Manuale multimediale di filosofia del diritto*<sup>2</sup> di Thomas Casadei e Gianfrancesco Zanetti chiarisce subito, rispetto al primo punto, che (*i*) non vuole parlare soltanto ai cosiddetti ‘iniziati’<sup>3</sup> cioè a coloro che arrivano agli studi giuridici dopo la formazione liceale e comunque con una certa dimestichezza filosofica. Gli autori intendono, al contrario, rivolgersi a un pubblico più vasto: ‘anche a persone interessate’, non solo e non necessariamente a studenti in formazione o a colleghi già esperti sui temi trattati. In secondo luogo e relativamente all’altro punto (*ii*), la scelta di metodo vincente compiuta dai due autori è strettamente connessa al pubblico a cui vogliono parlare (i due punti fermi sono perciò correlati). Essendo quest’ultimo (il pubblico) ampio, vario e non necessariamente specialistico, Casadei e Zanetti optano per un linguaggio molto chiaro e una

---

<sup>1</sup> Ricercatrice in Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Messina, email [angela.condello@unime.it](mailto:angela.condello@unime.it).

<sup>2</sup> Casadei e Zanetti 2022.

<sup>3</sup> Casadei e Zanetti 2022: XIV.

ricostruzione lineare dell'oggetto – invece potenzialmente sfuggente – e cioè della filosofia del diritto. In linea con questi presupposti l'impianto del *Manuale* è costruito attorno a *figure esemplari* o, per dirla in maniera più neutrale, ad autori che hanno contribuito a definire temi, contenuti e campo semantico di questa disciplina dall'antichità all'età contemporanea.

Il testo presenta una successione cronologica di profili – uomini, donne (e.g. Olympe de Gouges), personaggi mitologici (e.g. Antigone), profili prettamente filosofico-giuridici (e.g. Hart, Fuller) accanto a grandi pensatori (e.g. Marsilio da Padova, Hobbes, Marx) – e intervalla questa lunga successione con alcuni meritevoli approfondimenti. Questa edizione aggiornata al settembre 2022 è inoltre integrata con immagini, cartine geografiche, mappe concettuali, strumenti per l'autoverifica: sempre nell'intento di parlare (bene) al più ampio pubblico possibile, permettendo così un orientamento agevole in un quadro complesso, il lavoro presenta insomma uno strumentario vero e proprio composto da un ricco materiale testuale organizzato intorno a profili esemplari che contribuiscono a definire il campo della filosofia del diritto, da un lato, e da una serie di utili dispositivi visuali che agevolano sia la comprensione sia lo studio della materia, dall'altro. La multimedialità permette infatti di lavorare a livello cognitivo tramite strumenti di varia natura che agiscono a livelli diversi: *vedere* rappresentato il collegamento fra un nome e un sistema di concetti e problemi non è infatti la stessa cosa di *leggere* la spiegazione dello stesso collegamento.

Il *Manuale* segue ordinatamente un'alternanza tra figure e approfondimenti. Questi ultimi vertono su temi come il mondo islamico, il colonialismo e la schiavitù, il femminismo, i totalitarismi – stimolando la riflessione critica (un 'fuori' rispetto al canone) sempre accanto all'apparato di testi necessari a coprire lo statuto della disciplina attraverso temi, tempi e problemi necessariamente disomogenei (un 'dentro' rispetto al canone). Il doppio registro – figure esemplari (capitoli principali) e approfondimenti – crea un sistema riconoscibile per il lettore, che nella simmetria fra diversi registri può muoversi appunto 'dentro' e 'fuori' dal canone. Un altro elemento strutturalmente simmetrico e che agevola dunque l'orientamento infradisciplinare è interno ai capitoli principali: a ciascuna figura è associato un tema. Così, per citare alcuni esempi, ad Antigone si affianca la radice del diritto naturale; a Locke i temi della proprietà e della resistenza; a Montesquieu la separazione dei poteri; a Paine il rapporto fra rivoluzione e costituzione; a Jhering la lotta per il diritto; a Radbruch lo scarto fra giustizia e certezza; ad Hart l'esercizio di concettualizzazione del diritto. C'è infine una bibliografia per ogni sezione e spesso i testi sono integrati da intelligenti scelte antologiche che permettono di accedere al linguaggio delle figure esemplari considerate e cioè al sistema di parole chiave e ai loro usi tipici di un determinato tempo, permettendo così anche una contestualizzazione storica più ravvicinata ed efficace.

Non sono quindi solamente i dispositivi di accompagnamento al *Manuale* a supportare l'orientamento del lettore ma è la struttura stessa attorno a cui esso è costruito a permettere di muoversi agevolmente fra tempi e codici distanti fra loro: riprendendo quanto detto finora, l'organizzazione su capitoli dedicati a figure esemplari (cui sono affiancati altrettanti temi esemplari) e l'alternanza con gli approfondimenti scandiscono una regolarità che garantisce sia all'occhio esperto sia all'occhio meno esperto di navigare con chiare coordinate all'interno di un territorio variegato. Uno dei meriti principali degli autori, a mio avviso, è insomma aver lavorato tenendo sempre a mente il tipo di prodotto che si voleva offrire ai diversi utenti, una consapevolezza che si riflette in un lavoro senza dubbio fruibile su diversi gradi di approfondimento. In questo modo, dove il giovane studente vedrà un percorso storico di ricostruzione delle questioni importanti da conoscere per dimostrare di saper maneggiare la materia, lo studioso leggerà delle scelte di campo piuttosto nette, come ad esempio: l'apertura a culture filosofiche diverse da quella occidentale, l'attenzione a temi come il colonialismo e la schiavitù, l'evidente e sacrosanta sensibilità verso temi politicamente delicati della filosofia del diritto come il femminismo, la bioetica, le varie declinazioni della vulnerabilità.

Alla luce di queste caratteristiche il *Manuale multimediale di filosofia del diritto* è un'utilissima bussola per muoversi all'interno della disciplina, nella quale accediamo armoniosamente grazie alle vite e alle idee individuali precisamente collocate all'interno di chiare coordinate spazio-temporali.

Già scorrendo l'indice si ha dunque l'impressione di attraversare un sapere, di camminarci dentro: dal mondo antico, con l'immane apertura su Antigone, fino a ciò che viene "dopo Hart", con le principali sfide del presente (corpi – bioetica e diritto; soggetti – conflitti e lotte per il riconoscimento dell'identità; reti – intelligenza artificiale e informatica giuridica). Non era semplice riuscire a tenere insieme epoche, linguaggi, questioni, ma Casadei e Zanetti ci sono riusciti davvero bene e questo successo a mio avviso è riconducibile alla scelta metodologica di adottare uno schema simmetrico che viene tendenzialmente iterato nei vari capitoli: una figura in carne e ossa a cui si affiancano una o due questioni, o temi, altrettanto esemplari.

Tornando ai due punti che ho introdotto in apertura – l'aver chiaro in mente a chi si parla e come si intende farlo – direi dunque che Casadei e Zanetti hanno il merito di averli mantenuti saldi anche in questa versione multimediale metodologicamente più elaborata. D'altra parte ogni discorso sul metodo è anche, allo stesso tempo, un discorso relativo all'oggetto stesso del metodo e in questo caso un discorso relativo allo statuto e al futuro della filosofia del diritto. Sembra in effetti che ci sia una domanda sottostante alle pagine del *Manuale* (che cos'è la filosofia del diritto, che cosa crediamo debba essere la filosofia del diritto?) ed è anche per questo che ci tengo a insistere sull'importanza del modo in cui il testo è costruito sia nella sua architettura generale sia all'interno dei singoli capitoli: perché dietro alla scelta rispetto a come presentare questa disciplina c'è un'idea (forte) della disciplina stessa. Lo si vede chiaramente da questo lavoro come anche dall'altrettanto recente *Dimensioni del diritto* curato da Alberto Andronico, Tommaso Greco e Fabio Macioce:<sup>4</sup> dietro il progetto di un manuale risiede anche il "sottinteso politico" del metodo giuridico, che è *metodo in quanto scelta sul metodo*.<sup>5</sup> È anzi proprio questo il compito della filosofia del diritto,<sup>6</sup> rendere chiara la scelta intorno al metodo che caratterizza questo sapere a cavallo fra considerazioni storicistiche ed esperienza giuridica, muovendosi fuori e dentro il canone per provare a definirlo tramite (appunto) il suo stesso confine.

## 2. Esemplificare

Già nella *Premessa* gli autori sottolineano l'importanza dei contesti, nei quali siamo condotti attraverso l'esperienza particolare delle figure esemplari e dei rispettivi temi: il testo lavora in questo senso su un livello *macrofigurale*, cioè si fonda su alcune ampie figure (una serie di *exempla* in funzione metaforica) che percorrono l'architettura definendo l'incedere della disciplina dal mondo antico all'era contemporanea. Direi che a maggior ragione, quindi, la scelta di lavorare a partire da figure esemplari è sensatissima ed efficace, perché attraverso lo sguardo individuale si ha un accesso privilegiato direttamente *dentro* ai contesti, attraverso gli interrogativi specifici e i codici utilizzati per affrontarli. Al tempo stesso, accedendo ai temi tramite vite e profili prevalentemente singolari, anche i temi fondamentali della filosofia del diritto acquistano la 'forza dell'esempio'<sup>7</sup> che è propria della figura a cui sono accostati. Sebbene le *figure*, i profili personali, siano 'esemplari' in maniera più ovvia, essendo degli individui che si fanno portatori di valori e istanze universali, anche i *temi* lavorano armoniosamente in un quadro che è fondato sull'esemplarità: così, la scelta di quel tema specifico e non di un altro, oltretutto affiancando il tema-problema al profilo individuale di un autore, o un personaggio paradigmatico, fa acquistare al tema stesso (per esempio: il femminismo) il valore

<sup>4</sup> Andronico, Greco e Macioce 2019.

<sup>5</sup> Scarpelli 1971: 564.

<sup>6</sup> Scarpelli e Luzzati 2000.

<sup>7</sup> Ferrara 2008.

di un tassello fondamentale nella costruzione di una disciplina, che si chiama così perché dovrebbe accogliere chi intende imparare un sapere (da *discere*: ammaestramento, educazione o insegnamento).

In tal senso il *Manuale* risuona con l'idea rousseauiana presentata nell'*Emilio* e cioè l'educazione per mezzo dell'esempio, tramite l'imitazione e non con l'imposizione di norme astratte e generali.

Per mezzo degli esempi, il *Manuale* conduce anche dentro un'esperienza che si può definire (per molti versi) estetica. È infatti questo il livello su cui agisce l'esempio: così come apprezziamo una sinfonia o siamo toccati da un dipinto o un tramonto, nel testo Antigone, Dante, Marsilio o Fuller lavorano tramite una risonanza che è facilmente identificabile perché relativa al tempo stesso sia a un contesto che a un'esperienza individuale e così porta il lettore nel cuore delle idee astratte (il costituzionalismo, il decisionismo, il normativismo) attraverso il concreto e il singolare, e cioè prima di tutto attraverso ciò che è dato sensibilmente e che possiamo apprezzare nella sua limitatezza. Considerando Dante, Hobbes o Locke come singolarità esemplari possiamo apprezzarle non solo nel loro carattere individuale e determinato spazio-temporalmente, ma anche e soprattutto come rappresentazioni di qualcosa di ulteriore (rispettivamente: il problema della volontà, il progetto del Leviatano, una teoria sulla libertà e la proprietà privata). Leggendo il *Manuale* (ma già scorrendone l'indice) ci si rende insomma conto di quanto l'esemplificazione svolga una funzione illustrativa. Eppure la funzione dell'esemplarità non è, in verità, esclusivamente illustrativa: già in Baumgarten e poi in modo ancora più significativo in Kant, la storia dell'estetica ha testimoniato che la funzione illustrativa è soltanto una fra varie funzioni svolte dai casi esemplari. In effetti, con gli esempi si comprende e si spiega; si illustra non solo per dimostrare ma anche per invitare alla mimesi e comunicare qualcosa, trasferendo un sapere, come accade nell'opera d'arte che è per eccellenza una generalità individuale (*ein individuelles Allgemeines*, nei termini di Schleiermacher) non tanto per una sua caratteristica intrinseca (la scelta di Locke di lavorare sul tema della proprietà privata, ad esempio), ma perché diventa paradigmatica tramite l'interpretazione e l'uso (il fatto che in un determinato contesto storico la teoria di Locke abbia funzionato da volano per ulteriori riflessioni o per stravolgimenti storici).

L'organizzazione *per esempi* del *Manuale* fa dunque, complessivamente, riflettere sull'importanza dell'immaginazione nella definizione del campo di competenza della filosofia del diritto: in questo senso gli esempi sollecitano nello sguardo di chi incontra queste figure l'esigenza di un giudizio che ha valenza anche cognitiva, un giudizio cioè individuale che solleva una pretesa di validità universale.<sup>8</sup> I profili esemplari sono assai utili perché mettono in relazione la dimensione individuale e quella universale tramite l'interconnessione fra dimensione percettiva e dimensione concettuale. Oltretutto, la scelta di utilizzare dei profili individuali esemplari agevola i rimandi fra i diversi capitoli e dunque anche fra contesti spazio-temporali disomogenei perché le individualità si riferiscono a determinati temi tramite la rappresentazione che sintetizza dentro un profilo individuale uno o più temi di carattere universale, superando lo scarto fra unità e molteplicità dell'essere.<sup>9</sup> In un certo senso, la scelta di organizzare il *Manuale* a partire dai profili può dunque dirsi vincente perché agevola l'ibridazione fra dimensione percettiva e dimensione concettuale: i profili individuali permettono una più rapida identificazione da parte del lettore e sono più facilmente associabili a concetti astratti (giusnaturalismo, giuspositivismo, normativismo, decisionismo, etc.).

### 3. *Spiegare*

Attraverso le figure esemplari, i temi: lo scarto fra giusnaturalismo e giuspositivismo; la relazione fra diritto legge e giustizia; la ricerca dei migliori modelli di governo; il rapporto fra diritto e forza;

---

<sup>8</sup> Lo Giudice 2019.

<sup>9</sup> Condello 2015: 135.

l'elaborazione ciceroniana del concetto di *ius*; il passaggio dalla tradizione medievale – agostiniana e tomistica – tra dimensione interiore ed esteriore della vita (con un capitolo anche su Dante e la volontà) e il rapporto fra consenso e laicità; la specificità della tecnica politico-giuridica; il diritto naturale e il suo ruolo nello sviluppo dello *ius gentium*; il progetto filosofico sottostante il *Leviatano*; la scelta fra pensiero immanente e trascendenza; la vita, la libertà (la resistenza) e la proprietà privata in Locke; l'opposizione e la conciliazione fra piano dei fatti e piano dei valori; il passaggio attraverso l'umanesimo; la dottrina della separazione dei poteri; l'interconnessione fra l'individuo e la volontà generale; la spiegazione razionale dello Stato di diritto; lo scarto fra regole scritte, costumi e consuetudini; l'intersezione fra l'era delle grandi rivoluzioni e la tradizione del costituzionalismo moderno; l'ingresso della matrice femminista nella storia del diritto e dei diritti; l'idealismo e la teorizzazione dello Stato contemporaneo; la critica marxiana del diritto e della sua riduzione alla legge; le varie forme del costituzionalismo; le origini della tradizione liberale e il rapporto fra libertà e limite del diritto; la tradizione del giuspositivismo attraverso alcuni dei fenomeni più rilevanti nella storia giusfilosofica; la giurisprudenza degli interessi; gli approcci normativisti, realisti e decisionisti al rapporto fra diritto, politica e valori morali; la crisi novecentesca del positivismo in particolare dopo il secondo conflitto mondiale; il lavoro di concettualizzazione del diritto fra metodo e scienza giuridica, attraverso diverse tradizioni. Per finire, gli Autori descrivono, in maniera assai esaustiva, lo statuto della disciplina dagli anni Sessanta a oggi, fra teorie dell'interpretazione, teorie della giustizia, neo-giusnaturalismo, teorie delle istituzioni, decostruzione, femminismo giuridico e analisi economica del diritto.

Per concludere, dunque, possiamo affermare che l'architettura del *Manuale*, basata su figure e temi esemplari, permette non soltanto di *mostrare* dei contenuti ma anche di *spiegare* il loro significato rispetto allo statuto della filosofia del diritto, nella prospettiva storica e rispetto al futuro. I casi esemplari (formati dalla fusione delle figure, gli individui, in rapporto ai loro temi di riferimento) sono come degli *exempla* in retorica: mostrano dei fatti (ad esempio, che Hobbes avesse una determinata teoria sul governo) a cui sono connesse delle questioni più ampie di quel fatto (ad esempio, il fatto che storicamente ci siano state numerose teorie sul governo e che quella di Hobbes ne rappresenti una declinazione specifica, contestuale e rilevante per ragioni precise).<sup>10</sup> Grazie a questa struttura, i capitoli mostrano dei temi entrando direttamente nel vivo della loro elaborazione in contesti determinati, con una grammatica e con degli interrogativi specifici.<sup>11</sup>

Se è vero che “la capacità di riconoscere e articolare paradigmi definisce il rango del ricercatore non meno della sua abilità nell'esaminare i documenti di un archivio”,<sup>12</sup> allora questo lavoro è meritevole per aver saputo leggere la storia della filosofia del diritto ed averci consegnato una ricostruzione con una netta scelta prospettica, sia attraverso la ricostruzione dei paradigmi essenziali per approcciarsi al canone sia attraverso la predisposizione di alcune utilissime vie d'uscita fuori dal canone.

A questa logica dell'esemplarità sottostante il *Manuale* dobbiamo la possibilità di associare parole fondamentali per una ricostruzione esaustiva del campo disciplinare e ampiamente circolanti nel dibattito filosofico-giuridico (positivismo, naturalismo, normativismo, etc.) – a specifici contesti e autori,<sup>13</sup> perché “le dottrine e le categorie non crescono in un *vacuum*, e il loro senso non è indipendente da vari fattori di tipo contestuale, sia di tipo teorico e dottrinale sia di tipo istituzionale, politico e culturale”.<sup>14</sup>

Le figure e i rispettivi temi poggiano su una struttura ordinata, come si è detto, che a suo modo sembra far presa sulla predisposizione umana a pensare per prototipi,<sup>15</sup> un meccanismo fondamentale

<sup>10</sup> Zorzetti 1980: 33.

<sup>11</sup> Goodrich 1990.

<sup>12</sup> Agamben 2008: 33.

<sup>13</sup> Velotti 2014: 344.

<sup>14</sup> Casadei e Zanetti 2022: XII.

<sup>15</sup> Rosch 1973.

nei processi tramite cui categorizziamo il sapere (e dunque essenziale per chi si avvicina a una disciplina per la prima volta) e nello stesso tempo essenziale per tracciare delle analogie e dei collegamenti rilevanti fra contesti disomogenei. Sulla tipizzazione degli argomenti e delle loro connessioni sono anche costruite le mappe che integrano questa nuova edizione, uno strumento utile che fornisce anche un'indicazione su come ricostruire le nozioni e su come collegarle. Ciò si vede ad esempio in modo significativo nella mappa relativa alle nuove sfide della filosofia del diritto, nella quale viene rappresentato un quadro complesso attraverso l'uso di etichette e di concetti chiave e attraverso la loro specificazione. Così i macro-temi "corpi" "soggetti" "reti" sono legati alle problematizzazioni rispettive (bioetica e biodiritto, conflitti e lotte per il riconoscimento dell'identità, intelligenza artificiale e informatica giuridica). La scelta di operare questo collegamento e di farlo in questa maniera richiede una teoria che tenga insieme categorie e fenomeni, attraverso degli *schemi* (nel senso kantiano) e cioè delle figure, delle forme che rappresentano un certo modo di essere delle cose, degli oggetti nella mente che riflettono la realtà.

Casadei e Zanetti sono insomma riusciti nell'impresa complessa di offrirci un manuale che è qualcosa di più di un manuale, restando nello stesso tempo pienamente in linea con ciò che ci si attende da un manuale: sono dunque riusciti a sorprenderci, portandoci appunto dentro e fuori dal canone grazie (da una parte) all'architettura ordinata e alle simmetrie strutturali e (dall'altra) alle scelte tematiche e alla posizione – a un tempo critica e canonica, innovativa e inclusiva – da cui hanno scelto di guardare alla nostra disciplina per offrire alle generazioni future il miglior risultato possibile, a partire dall'idea che l'accademia abbia anche, e forse anzitutto, un funzione *civile*.

#### BIBLIOGRAFIA

Agamben G. 2008, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino: Bollati Boringhieri.

Andronico A., Greco T., Macioce F. (a cura di) 2019, *Dimensioni del diritto*, Torino: Giappichelli.

Casadei T., Zanetti G. 2022, *Manuale multimediale di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.

Condello A. 2015, *Casi esemplari*, «Mélanges de l'École française de Rome - Moyen Âge», 127-1 | 2015.

Ferrara A. 2008, *La forza dell'esempio. Il paradigma del giudizio*, Milano: Feltrinelli.

Ferraris 2011, *Estetica Razionale*, Milano: Raffaello Cortina.

Goodrich P. 1990, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, Cambridge: CUP.

Lo Giudice A. 2019, *Gudizio. Lo scarto tra intelletto e volontà*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino: Giappichelli, pp. 249-272.

Rosch E. 1973, *Natural categories*, «Cognitive linguistics», 7, pp. 532-547.

Rousseau J. J. 2003 (1762), *Emilio o dell'educazione*, Roma-Bari: Laterza.

Velotti S., *Dare l'esempio. Cosa è cambiato nell'estetica degli ultimi trent'anni?*, «Studi di estetica» 1-2 (2014), pp. 339-367.

Scarpelli U. 1971, *Il metodo giuridico*, «Riv. dir. proc. civ.», pp. 553-571.

Scarpelli U., Luzzati C. 2000, *Compendio di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.

Zorzetti N. 1980, *Dimostrare e convincere: l'exemplum nel ragionamento induttivo e nella comunicazione*, «Mélanges de l'École française de Rome, 92-1», pp. 33-65.

Enrico Lanza<sup>1</sup>

*Recensione del volume di Dario Alparone dal titolo Il cervello, il crimine e l'inconscio. Una prospettiva psicoanalitica su diritto e neuroscienze, Orthotes, Napoli-Salerno, 2021.*

#### ABSTRACT

This contribution contains the review of the book by Dario Alparone, entitled *Il cervello, il crimine e l'inconscio. Una prospettiva psicoanalitica su diritto e neuroscienze*. The central object of the analysis is the influence exerted by neuroscience on traditional juridical categories, especially penal ones. The problem that is addressed is the possible dialogue between criminal law and neuroscience from the psychoanalytic point of view (specifically Lacanian): the convergence of the psychoanalytic approach with the juridical discourse is expressed through the consideration that in psychoanalysis the subject has a logical and not a psychological function. The basic idea is that the psychoanalytic perspective places the subject in a network of relationships with respect to which the biological dimension is secondary.

#### KEYWORDS

Neuroscience, Responsibility, Lacanian Psychoanalysis, Criminal Law, Subjectivity

In questo suo pregevole lavoro Dario Alparone esprime il carattere inter-disciplinare della sua formazione. Da psicologo, ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in Scienze politiche nel Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università degli Studi di Catania, ove ha potuto sperimentare percorsi formativi altamente eterogenei, seppur complementari: filosofici, politologici, sociologici, giuridici.

Non solo.

Nell'ambito del Piano per la ricerca di Ateneo 2020-2022 (c.d. PIACERI) è entrato a far parte di un gruppo di colleghi del medesimo Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università degli Studi di Catania, anch'essi di eterogenea appartenenza disciplinare (giuristi, economisti, sociologi, filosofi), con i quali si è impegnato proprio nell'analisi del tema affrontato in questo libro: che costituisce lo sviluppo, il completamento e l'approfondimento della sua tesi di dottorato. Il progetto di ricerca, intitolato *Responsabilità, neuroscienze, processi di predeterminazione sociale*, ha, fra i suoi molteplici obiettivi, proprio lo studio del contributo delle neuroscienze alla definizione e comprensione della nozione di responsabilità<sup>2</sup>. E questo è pure lo scopo perseguito da Dario Alparone nel suo libro.

Oggetto centrale dell'analisi è l'influenza esercitata dalle neuroscienze sulle categorie giuridiche tradizionali, soprattutto penali. Il problema che viene affrontato è il (la possibilità di) dialogo fra il diritto penale e le neuroscienze dal punto di vista psicoanalitico (specificamente lacaniano): attraverso la considerazione che nella psicoanalisi il soggetto ha una funzione logica e non psicologica, è un

<sup>1</sup> Ricercatore confermato di Diritto penale nel Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università degli Studi di Catania, ove insegna Diritto penale e minorile nel corso di laurea in Sociologia e Servizio Sociale e Diritto penale e criminologia nel corso di laurea magistrale in Management della pubblica amministrazione.

<sup>2</sup> Gli studi di questo gruppo di colleghi sono confluiti in un volume collettaneo che esprime la metodologia di analisi inter- e multi-disciplinare indicata. Cfr. Aleo (ed.) 2022. In particolare, si possono vedere i saggi di Aleo 2022, Centonze 2022, Tigano 2022a, Negro 2022, Vignera 2022, Condorelli 2022, Giammanco 2022. Lo stesso Alparone ha scritto un saggio in questa collettanea, dal titolo "Riduzionismo neurobiologico e diritto penale. Un approccio psicoanalitico".

soggetto di diritto e non di fatto, si esprime la convergenza dell'approccio psicoanalitico con il discorso giuridico. L'idea di fondo è che la prospettiva psicoanalitica collochi il soggetto in una rete di relazioni rispetto alle quali la dimensione biologica risulta secondaria.

Il punto di partenza – metodologico – è l'esperienza clinica di Alparone a orientamento psicoanalitico. Alparone vuole fornire «una lettura psicoanalitica al rapporto tra responsabilità penale e neuroscienze»<sup>3</sup>. Come Giuseppe Craparo ha posto in evidenza nella *Prefazione* del volume, «Se la psicoanalisi pone al centro il ruolo della soggettività, come un'organizzazione psichica caratterizzata da una mancanza strutturante e strutturale introdotta dalla parola dell'Altro, il diritto considera la soggettività in rapporto alla volontà cosciente e alla responsabilità personale». E questa differenza non deve essere considerata, nella impostazione di Alparone, meramente divisoria, quanto, piuttosto, occasione di confronto e di rinvenimento di spazi di dialogo, appunto.

In maniera molto schematica, le problematiche poste dalle neuroscienze in ambito penalistico sono essenzialmente due: innanzitutto, il superamento o meno dell'idea del libero arbitrio (e, correlativamente, della categoria dell'imputabilità), tramite la comprensione dei processi che portano alle decisioni (peculiarmente, per esempio, l'ipotizzabilità della capacità eziologica del c.d. cromosoma dell'aggressività nella genesi del comportamento violento); inoltre, la possibilità di leggere la mente e di fornire un sostrato empiricamente rilevabile all'elemento soggettivo del reato, particolarmente alla nozione di dolo.

Il profilo del libero arbitrio è certamente quello più significativo rispetto all'impalcatura sistemica perché l'eventuale dimostrazione della sua insussistenza – della etero-determinazione delle condotte umane o della loro ingovernabilità – comporterebbe lo stravolgimento della nozione di responsabilità e degli istituti che su di essa si fondano: dell'imputabilità (della capacità di volere dell'agente razionale), della colpevolezza, della finalità preventiva della pena (sia generale, nel senso della sua attitudine pedagogica, di orientamento culturale, sia speciale, soprattutto dal punto di vista rieducativo), dei tipi, dei contenuti e della durata delle sanzioni; in sintesi, della medesima funzione penale.

Un tentativo di ridimensionamento del ruolo della libertà cosciente nella genesi del crimine era stato avanzato dalla scuola positiva nella seconda metà del diciannovesimo secolo, con influssi, per la importanza culturale di alcuni suoi esponenti, anche nella definizione dell'impalcatura del codice penale del 1930, senza riuscire, però, a scardinare il convincimento circa l'esistenza del libero arbitrio. La scuola positiva ha contribuito, viceversa, a guardare al soggetto del diritto anche in modo 'alternativo': costituendo – potremmo dire – una delle premesse culturali dell'approccio neuroscientifico.

Le neuroscienze, dal canto loro, con le tecniche avanzatissime di cui si avvalgono (il *neuroimaging*), promettono di fornire la spiegazione dei comportamenti e per questo riscuotono successo, al di là dell'ambito prettamente scientifico. Prospettano l'esame dei fatti psicologici alla stregua dei fatti fisici, consentendo l'accesso del metodo sperimentale in psicologia.

Ampio spazio è dedicato nel libro di Alparone al c.d. 'programma forte' delle neuroscienze, all'analisi del pensiero degli autori più importanti che costituiscono questo filone, che è fondato sulla centralità epistemica delle neuroscienze in confronto con le altre scienze umane: per la priorità della comprensione dei meccanismi neurobiologici di funzionamento del *cervello* su ogni elemento qualitativo afferente alla *mente*. Il riduzionismo, che connota questa corrente di pensiero, supera il binomio cartesiano mente-cervello per preferire un approccio monistico in cui è rilevante la sola dimensione fisica come oggetto di analisi e misurazione (quantitativa).

<sup>3</sup> Alparone 2021: 60.

Il riduzionismo impone, come corollario, il ripensamento del sistema penale perché, come si è detto, le categorie su cui esso tradizionalmente si fonda (imputabilità, colpevolezza, libero arbitrio) sono ciò che il riduzionismo confuta: modificando la stessa idea di responsabilità<sup>4</sup>.

Altrettanto spazio è dedicato nel volume, condivisibilmente, all'individuazione dei limiti di questo approccio riduzionista.

E l'approccio riduzionista (che esprime il convincimento che ogni aspetto del *mentale* possa essere spiegato ricorrendo alla dimensione neurocerebrale, mediante la mappatura, l'individuazione di un 'luogo' del cervello in cui si colloca la funzione – o, meglio, il circuito di funzionamento – di cui si discute) è oggetto di critica esplicita, di parzialità e insufficienza del metodo scientifico utilizzato; per l'irriducibilità della dimensione psicologica al sostrato cerebrale:

«[...] allorquando si pretende, come nel caso del “programma forte”, di ridurre il mentale al cerebrale, le “scienze dello spirito” alle neuroscienze, non si può far altro che constatare una perdita di una parte del sapere, di parte di ciò che potrebbe essere implicato nello studio dell'oggetto in questione [...]»<sup>5</sup>.

Alparone si chiede, dedicandovi il secondo capitolo della prima parte del libro, se abbia legittimazione la ricerca di un ancoraggio delle scienze psicologiche nelle neuroscienze, in fondo secondo un approccio che si ritrovava già in Freud. Nell'analizzare questo «bisogno epistemologico di ancorare il sapere psicologico alla scienza biologica»<sup>6</sup>, per rinvenirvi un fondamento ontologico, l'Autore, però, sottolinea come la psicoanalisi punti “piuttosto al vuoto pulsante che sta al cuore del soggetto”.

Secondo Alparone, l'approccio neuroscientifico di tipo riduzionista alle scienze umane e sociali costituisce, innanzitutto, un equivoco di carattere logico. Come argomentazione di tale affermazione ricorre alla psicoanalisi di Lacan e, attraverso di essa, alla filosofia di Wittgenstein: quest'ultima per definire la differenza fra il *cerebrale*, che richiede una spiegazione causale e meccanicistica, e il *mentale*, che comprende la dimensione di senso implicata nell'evento umano.

Alparone critica l'approccio seguito dalla psicologia cognitiva e il modello di linguaggio su cui essa si fonda: ove «la parola coincide con l'oggetto che designa, senza alcuna distinzione tra i due livelli»<sup>7</sup>. Nel rapporto con le neuroscienze, infatti, la psicologia cognitiva trova conferme, nel senso che il binomio interiorità-esteriorità che la connota viene 'avvalorato' dalla ricerca neuroscientifica, che dichiara di potere 'verificare' gli stati mentali interiori, di renderli oggettivabili (misurabili), invece di operare tramite inferenze:

«In questa prospettiva, il paradigma forte delle neuroscienze è all'opposto di ciò che la psicoanalisi rileva nella sua pratica, in cui ci si confronta piuttosto con una oggettività intesa come estranea a se stessa e non come parte armonica dell'interiorità psicologica [...]»<sup>8</sup>.

Alparone sottolinea la vicinanza fra Lacan e Wittgenstein nella maggiore rilevanza che entrambi hanno attribuito alla logica strutturale, «cioè agli aspetti formali delle relazioni tra gli elementi che compongono un discorso»<sup>9</sup>, piuttosto che ai suoi contenuti. Un ruolo centrale, nella impostazione di Wittgenstein, assume il linguaggio (il contesto culturale, di origine sociale) come elemento essenziale di struttura dell'esperienza umana, superiore alla stessa dimensione biologica: il linguaggio come

<sup>4</sup> Cfr. Lanza 2022a.

<sup>5</sup> Alparone 2021: 54.

<sup>6</sup> Ibid: 69.

<sup>7</sup> Ibid.: 86.

<sup>8</sup> Ibid.: 89.

<sup>9</sup> Ibid.: 94.

fattore di costruzione del vissuto psicologico. Il linguaggio non è mero strumento di comunicazione, ma elemento preesistente al soggetto, mezzo di costruzione (strutturazione) dell'esperienza soggettiva. Il linguaggio in Wittgenstein dà forma alla realtà, compresa quella interiore.

La vicinanza fra la filosofia di Wittgenstein e la psicoanalisi lacaniana è individuata altresì nella idea comune secondo cui vi è uno «scarto tra reale e linguaggio», nel senso che esiste «un qualcosa che non permette la coincidenza mente-realtà e la pienezza riflessiva dell'esperienza cosciente»<sup>10</sup>.

Dal (mio) punto di vista prettamente penalistico, rilievo peculiare assume l'analisi dell'intenzione psicologica (presupposto 'normale' per fondare l'affermazione della responsabilità giuridica), che nella impostazione di Wittgenstein, però, è vista «come un'istanza immanente all'azione stessa e non come un'interiorità che precede l'azione»<sup>11</sup>. L'intenzione, cioè, con riferimento a un'azione, risponde a un uso sociale e si immedesima con essa; non vi preesiste:

«[...] l'intenzione individuale non è uno stato mentale interno, ma un atteggiamento che connota delle pratiche sviluppate da un insieme di persone e nel momento in cui sono state soddisfatte alcune condizioni in un determinato contesto»<sup>12</sup>.

Il 'senso' dell'azione, e della sua intenzionalità (e della soggettività, quindi), nella lettura di Alparone, è data dalla dimensione sociale, dal contesto di riferimento: piano logico del tutto diverso in confronto con quello delle neuroscienze, con l'obiettivo di descrizione dei funzionamenti cerebrali cui esse tendono.

L'intenzione è considerata come il risultato dell'attribuzione di senso a un'azione (nel contesto di riferimento)<sup>13</sup>. È necessario, allora, per ritenere un'azione intenzionale, che il soggetto conosca già le regole sociali (il contesto di riferimento), perché ne possa tenere conto nel decidere.

Il banco di prova dell'analisi, di questo confronto fra neuroscienze e diritto penale dal punto di vista psicoanalitico, è la psicopatìa<sup>14</sup>: disturbo della personalità caratterizzato dalla tendenza alla recidivazione dei comportamenti, dal senso grandioso del sé, dalla propensione alla menzogna, dalla carenza di empatia e, soprattutto, dalla attitudine alla manipolazione, che pone un problema di compatibilità con il disposto dell'art. 85 del codice penale, relativo alla «Capacità d'intendere e di volere»: per la frequente lucidità cognitiva che connota le condotte degli psicopatici, cui, per questo, i giudici tendono a non disconoscere l'imputabilità (neppure parzialmente)<sup>15</sup>. Tema di grande interesse anche per il penalista in ragione della possibilità di leggere la psicopatìa come espressione della pericolosità sociale del soggetto.

Le tesi (riduzioniste) neuroscientifiche indurrebbero ad argomentare l'esclusione della capacità d'intendere e di volere sulla base della «significativa compromissione delle aree neuronali preposte al controllo degli impulsi e alla coscienza morale» che connota gli psicopatici<sup>16</sup>. Questa soluzione appare 'riduttiva' non solo perché tali alterazioni sono presenti in altri disturbi (antisociale, borderline, narcisistico) di personalità, ma per la sua debolezza epistemologica: se è certo che esiste una connessione, anche forte, fra biologico e mentale, questo non implica che il secondo possa essere

<sup>10</sup> Ibid.: 112-113.

<sup>11</sup> Ibid.: 126.

<sup>12</sup> Ibid.: 128.

<sup>13</sup> Cfr. Anscombe 1957.

<sup>14</sup> Attenzione è dedicata altresì alle nevrosi, con rimandi soprattutto a Freud (nei confronti del quale sono costanti i riferimenti in tutta la monografia) e ad Alexander e Staub.

<sup>15</sup> Sul tema della capacità parziale di mente cfr., di recente, Tigano 2022b.

<sup>16</sup> G. Craparo 2021: 6.

ridotto al primo: che questo sia sufficiente per spiegare il mentale. In tale quadro un ruolo centrale assume la psiche, in cui è essenziale la capacità, tipicamente umana, del parlare. In questo senso si comprende la differenza fra la nozione di responsabilità giuridica (normalmente definita *personale*, legata alle ‘scelte coscienti’) e quella di responsabilità *soggettiva*, più ampia della precedente perché comprensiva delle ‘scelte inconse’ e oggetto di interesse della psicoanalisi: il cui terreno di indagine è per questo più esteso di quello prettamente giuridico, ove il riferimento è, appunto, alla ‘volontà cosciente’.

Nel primo capitolo della seconda parte del volume Alparone analizza il concetto di autonomia, anche in rapporto al contesto giuridico: partendo dall’idea di autonomia come libertà sociale di Axel Honneth. Ne consegue una idea di soggettività come ‘costruzione sociale’, come processo di riconoscimento da parte dell’altro e delle istituzioni. Il riconoscimento dell’altro come strumento di miglioramento delle condizioni individuali è fondamentale nella prospettiva – penalistica, culturale, sociale, istituzionale – di dare (un auspicio di) effettività alla funzione rieducativa della pena<sup>17</sup>.

In questo quadro, «la psicoanalisi offre una prospettiva in più perché irrealizzando il crimine, cioè cogliendolo al di là della sua fattualità (in questo caso nei suoi aspetti biologici) e nei suoi aspetti di funzione simbolica nell’esistenza del soggetto, non disumanizza il criminale: non ne riduce la portata della responsabilità soggettiva implicata nell’atto»<sup>18</sup>.

Anche per chi, come me, ha una formazione non psicologica questo libro rappresenta occasione di esplorazione di territori alieni, ma ben definiti, ricchi di spunti di riflessione e di stimolo all’approfondimento.

Per chi, come me, poi, ha una formazione giuridica, in particolare penalistica, lo stimolo diviene bisogno di chiarimenti, di contaminazione, di superamento della lettura tutta intra-penalistica con cui di norma si affrontano, giudiziariamente ma anche scientificamente, i profili della ‘capacità d’intendere e di volere’, il costruito su cui essa si fonda. Il modo con cui nel libro è analizzato il tema del dialogo fra diritto e neuroscienze conferma la necessità dell’approccio multi-disciplinare come metodo del progresso scientifico: la ‘complessità’ intesa come integrazione di saperi diversi.

Alparone, d’altronde, non è ‘insensibile’ al bisogno scientifico del penalista anche perché, come psicologo, ha vissuto l’esperienza carceraria: del confronto con chi il carcere lo vive da condannato, con misure umane che collocano sovente i detenuti nel ruolo di ‘pazienti’.

Alla fine, attraverso la lettura di questo volume, sembra trovare conferma l’idea che la responsabilità giuridica costituisca, primariamente ed essenzialmente, una necessità sociale, della convivenza umana.

Il problema, dal punto di vista penalistico, allora, non dovrebbe essere tanto di comprendere fino in fondo (e sempre che ciò sia possibile) lo spazio di libertà dell’agire umano, ma, piuttosto, di predisporre un sistema di responsabilità (o, meglio, di responsabilizzazione) che sia rispettoso della dignità di ognuno e al contempo efficace nella realizzazione delle istanze di difesa sociale: occorre una pena, ovvero, che abbia contenuti e modalità operative davvero individualizzate, in cui la ‘psicologia’ di ognuno non costituisca alibi per escludere la responsabilità, ma caratteristica per definire il migliore intervento possibile sulla persona<sup>19</sup>. La non coincidenza del soggetto del diritto con il soggetto della psicoanalisi, che viene confermata in questa monografia, per l’interesse psicoanalitico verso la dimensione inconscia che è parte della soggettività, più che dividere gli ambiti disciplinari, dovrebbe essere stimolo al confronto e alla collaborazione, per il rinvenimento di soluzioni intanto operative, ma anche teoriche, in grado di affrontare il comune problema della delittuosità: e della risposta da fornire alle *persone* che ne sono coinvolte.

<sup>17</sup> Cfr. Aleo & Di Nuovo 2011.

<sup>18</sup> Alparone 2021: 264.

<sup>19</sup> Cfr. Lanza 2022b.

In sintesi, questo lavoro di Alparone appare particolarmente apprezzabile per il modo in cui è stato approfondito l'esame della letteratura scientifica nel rapporto fra neuroscienze, psicoanalisi e diritto e per gli esiti che questo rapporto può produrre dal punto di vista criminologico. Ed è il profilo della 'responsabilità soggettiva' che costituisce l'aspetto certamente più interessante, perché consente di guardare al nucleo della penalità con una diversa prospettiva.

## BIBLIOGRAFIA

- Aleo S. (ed.), 2022, *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica.
- Aleo S., 2022, “Diritto penale e neuroscienze. Recenti modi di fare diritto”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 15-40.
- Aleo S., Di Nuovo S., 2011, *Responsabilità penale e complessità. Il diritto penale di fronte alle altre scienze sociali. Colpevolezza, imputabilità, pericolosità sociale*, Milano: Giuffrè.
- Alparone D., 2021, *Il cervello, il crimine e l'inconscio. Una prospettiva psicoanalitica su diritto e neuroscienze*, Napoli-Salerno: Orthotes.
- Alparone D., 2022, “Riduzionismo neurobiologico e diritto penale. Un approccio psicoanalitico”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 211-250.
- Anscombe G. E. M., 1957, *Intention*, trad. it. *Intenzione*, 2016, Roma: EDUSC.
- Craparo G., 2021, *Prefazione di D. Alparone, Il cervello, il crimine e l'inconscio. Una prospettiva psicoanalitica su diritto e neuroscienze*, Napoli-Salerno: Orthotes.
- Centonze A., 2022, “Scienze, neuroscienze e accertamento multifattoriale delle infermità psichiche”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 121-135.
- Condorelli R., 2022, “Neuroscienza cognitiva e Pensiero sistemico. La Neurofenomenologia di Francisco Varela”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 311-333.
- Giammanco M. D., 2022, “Abbiamo un modello soddisfacente del cervello umano? Alcuni spunti critici offerti dal dibattito in ambito neuroeconomico”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 335-360.
- Lanza E., 2022a, “Il contributo delle neuroscienze al sistema penale: tendenze giurisprudenziali e implicazioni ordinamentali”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 41-120.
- Lanza E., 2022b, “Neuroscienze e tendenza a delinquere: la possibile rivitalizzazione dell’art. 108 c.p.”, *Indice penale*, 1: 253-294.
- Negro M., 2022, “La forma dell’umano, le neuroscienze e la libertà di agire”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 251-265.
- Tigano S., 2022a, “Infermità di mente e pericolosità sociale alla luce delle evoluzioni scientifiche”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 137-210.

Tigano S., 2022b, *La seminfermità di mente. I diversi piani del giudizio*, Pisa: Pacini Giuridica.

Vignera R., 2022, “Diritto, neuroscienze e titolarità d’agire”, in S. Aleo (ed.), *Evoluzione scientifica e profili di responsabilità penale*, Pisa: Pacini Giuridica: 267-310.