

# SAGGI E NOTE

ANNO 2024



**TCRS 2024**

**Teoria e Critica**

**della Regolazione Sociale**

# **SAGGI E NOTE**

Questo volume raccoglie in ordine cronologico gli articoli già pubblicati, durante il 2024, 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  
<https://mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/index>

## Indice

Saggi	1
<i>Francesca Di Pietro</i> Il pacifismo giuridico: dall'idea cosmopolita al pacifismo attivo	2
<i>Elvio Ancona</i> Quale antropologia per l'IA? Prospettive di ricerca	25
<i>Paolo Silvestri</i> Libertà fiscale. Alcune chiarificazioni filosofico-giuridiche	39
<i>Attilio Alessandro Novellino</i> Filosofia della pena e teoria della società nel pensiero anarchico classico	60
<i>Tommaso Mauceri</i> Riconoscimento dello sport in Costituzione e ricadute nel diritto sportivo	79
<i>Tommaso Gazzolo</i> "Anatomia di una caduta". La dis-edipizzazione della testimonianza	92
<i>Casimiro Coniglione</i> Brevi riflessioni sullo stato della legislazione e sull'attività dei giuristi a partire da alcune intuizioni di Uberto Scarpelli	109
<i>Claudia Atzeni</i> Liberalism and Ecology: Brief Reflections on Compatibility and Limits in the Context of European Union	121
<i>Ludovico Ercole</i> Contributo alla disambiguazione del concetto di giustizia predittiva. Chiarimenti propedeutici per una critica della certezza del diritto	129
<i>Torquato G. Tasso</i> Common Law e Civil Law: le convergenze parallele tra due mondi (non) comunicanti. Ricostruzione di un ardito percorso dalla Scuola del Diritto Libero alla "Natur der sache"	147
<i>Pietro Ramellini</i> Tra teoria politica e biologia: la crisi della rappresentanza politica	173
<i>Giulio Donzelli</i> "Justice Machines" e la ricerca del precedente	185
<i>Gianluca Tracuzzi</i> Platone "rivoluzionario". Sull'amore omosessuale nel Simposio	192
<i>Giorgio Lorenzo Beltramo</i> <i>Institutio iuridica</i> : strumenti e figure di didattica del diritto a partire da Quintiliano. L'esercizio delle <i>Summer School in Law and Humanities</i>	204

Note	222
<i>Nicolás Salvi</i>	
Il giudizio come iperdramma: dalla riflessione filosofica alla critica radicale	223
<i>Benedetta Rossi</i>	
Diritti umani e condizioni di vulnerabilità: tra filosofia del diritto e diritto internazionale. Note al volume: Vincenzo Lorubbio, Maria Giulia Bernardini (a cura di) “Diritti umani e condizione di vulnerabilità”	232



# Saggi

Francesca Di Pietro<sup>1</sup>

*Il pacifismo giuridico: dall'idea cosmopolita al pacifismo attivo*

ABSTRACT

This paper traces the genesis of pacifism in Kant's "Perpetual Peace", outlining his proposal for international harmony through principles of republican governance and cosmopolitan law. Kant emphasized the moral imperative of peace as foundational for the progress of humanity. Expanding this idea, Norberto Bobbio's theory of nonviolence is explored, highlighting the importance of promoting the futility of warfare.

Luigi Ferrajoli's hypothesis of global constitutionalism is a key element in the discussion. He proposes a "Constitution for the Earth" to guarantee justice and peace worldwide beyond national boundaries. However, significant challenges must be addressed to achieve its implementation.

The paper's conclusion emphasizes the need for active political engagement to promote unity and brotherhood among people worldwide. It suggests that developing a feeling of global kinship is crucial to prevent future conflicts and create a harmonious world based on mutual respect.

KEYWORDS

Cosmopolitanism, Neoconstitutionalism, Pacifism

INDICE

1. Origini del pacifismo giuridico nel Settecento – 1.1. Il pacifismo giuridico, tra guerra e sovranità, nel Novecento – 2. Ritorno al pacifismo giuridico – 3. Difficoltà attuative del *Weltrecht* – 3.1 Aspetti di natura strutturale - 3.2. Aspetti di natura contenutistica – 4. Verso un pacifismo attivo.

1. Origini del pacifismo giuridico nel Settecento

Nonostante le istanze razionaliste, il Settecento fu un secolo che conobbe la catastrofe della guerra e dei conflitti religiosi.

Dapprima si trattò di guerre di successione. Si pensi a quella seguita alla morte di Carlo II di Spagna o a quella scoppiata in Polonia alla morte di Augusto II, cui seguì, dopo qualche anno, la guerra di successione austriaca conclusasi poi con il trattato di Aquisgrana che cementò l'alleanza tra Austria e Gran Bretagna.

Pochi anni dopo il trattato, però, scoppiò quello che venne definito il primo vero conflitto mondiale<sup>2</sup>: la Guerra dei sette anni. Gli schieramenti videro da una parte l'alleanza tra Gran Bretagna, il Regno di Prussia ed alcuni stati della Germania e dall'altra la coalizione formata dal Regno di Francia, dalla Monarchia Asburgica, dalla Sassonia, dall'Impero Russo, dalla Svezia e in ultimo anche dalla Spagna.

---

<sup>1</sup> Dottoranda di ricerca in Scienze giuridiche presso l'Università degli Studi di Messina, email francescadipietro97@gmail.com

<sup>2</sup> Churchill 2003 [1956]: 121

Per la prima volta, il conflitto ebbe tutte le caratteristiche tipiche delle future guerre moderne: impiego totale delle risorse economiche e militari e la distruzione degli eserciti nemici, entrambi volti alla conquista del predominio commerciale.

Le perdite, civili e militari, furono ingenti: si trattò, secondo il parere degli storici, del conflitto più sanguinoso del XVIII secolo.

Forse è anche per questa ragione se alcuni - allora pochissimi - studiosi illuminati<sup>3</sup> ripresero a riflettere, come altri prima di loro<sup>4</sup>, sulla necessità di eliminare per sempre la guerra dalla scena mondiale.

Com'è noto, uno tra i progetti per la pace perpetua fioriti in quel tempo fu quello pubblicato dall'Abate di Saint-Pierre in due volumi tra il 1712 ed il 1713 (*Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe*); cui seguirono, nel 1717, il *Projet de traité pour rendre la paix perpétuelle entre les souverains chrétiens* e nel 1729 l'*Abrégé du projet de paix perpétuelle*.

Il progetto prendeva le mosse dal *Grand dessein* (o "Grande disegno") di Enrico IV che fu elaborato e redatto nel 1603 dallo scrittore francese Massimiliano di Béthune, Duca di Sully<sup>5</sup>. L'idea, così come concepita dall'*Abbè de Saint-Pierre*, sebbene con l'impiego di concetti tipici ancora dell'Ancien Régime, può considerarsi per il tempo comunque d'avanguardia.

Secondo l'Abate, i trattati venivano facilmente disattesi dagli Stati e i mezzi impiegati per mantenere la pace si rivelavano costantemente inefficaci. Per questa ragione, l'unica strada da poter percorrere per ottenere la pace era rinvenibile nella stipula di un trattato diverso da tutti i precedenti. Bisognava, preliminarmente, convincere i sovrani che fosse nell'interesse loro ed in quello delle generazioni future accettare un tribunale indipendente da qualsiasi sovranità, nonché un Congresso di deputati e senatori quali guardiani e custodi della pace. L'idea merita di essere considerata rivoluzionaria perché connotata da una tensione verso l'apertura e l'inclusività insolita per il tempo; un'unione, infatti, dapprima siglata entro un ristretto numero di stati, poi volta all'inclusione di altri.<sup>6</sup>

Le critiche al progetto non si fecero attendere. Tra i tanti, Rousseau fu particolarmente duro e, nelle sue *Confessioni*, derise la semplicità e l'utopia dei progetti definendoli "utili ma inattuabili"<sup>7</sup>; ciò in quanto l'Abate, secondo Rousseau, non tenne sufficientemente in considerazione la natura umana che, col solo uso della buona volontà e di un concorso di saggezza, non riesce ad anteporre il bene di tutti al bene per sé.

Rousseau non mancò di sottolineare, nell'*Estratto del progetto di pace perpetua del signor abate di Saint-Pierre*, come nel territorio europeo i conflitti tra sovrani fossero ancor più insensati, stante la comune matrice culturale e politica e i medesimi valori. Il limite intrinseco a questo tipo di progetti, a suo avviso, risiedeva nella difficoltà di realizzare un cambiamento radicale nelle "modalità di dominio interne agli stati"<sup>8</sup>.

Nonostante le critiche, però, ne riconobbe il valore ritenendolo un progetto sin troppo nobile perché potesse essere realmente adottato.

<sup>3</sup> Tradizionalmente si riconducono esclusivamente all'opera kantiana le radici del pacifismo giuridico, sebbene questo affondi le sue radici già nelle opere dei primi giusnaturalisti moderni, padri di quell'impalcatura istituzionale "indispensabile a superare il conflitto tra gli uomini e tra gli Stati". In tal senso Greco 2022 <https://www.rivistaimulino.it/a/bobbio>.

<sup>4</sup> Si pensi al *De Jure belli ac pacis* di Grozio del 1625 o ancora al *Nuovo Cinea*, l'opera speculare di Emeric Crucè del 1623. Quest'ultima, seppur poco democratica nella struttura, presenta un vero e proprio progetto pacifista condannando qualsiasi "guerra giusta".

<sup>5</sup> A questo progetto, basato sull'idea di equilibrio tra i sovrani europei, si riferirono William Penn, John Bellers ed anche Rousseau. Si trattava, però, di un pacifismo strumentale che doveva essere raggiunto mediante l'utilizzo della forza.

<sup>6</sup> In tal senso, diffusamente cfr. Spoltore 1994: 220

<sup>7</sup> Rousseau 2014 [1782]: 287

<sup>8</sup> Archibugi 1989: 57

Anche per Voltaire la realizzazione della pace perpetua non poteva affidarsi ai principi – alla cui bramosia lui stesso nel *Dizionario Filosofico* attribuisce le cause di tutte le guerre.

Nelle riflessioni proposte da Del Vecchio sul punto si legge che

“se anche, ad esempio, il disegno del Saint-Pierre avesse potuto giungere all’attuazione, l’alleanza da lui proposta si sarebbe distinta solo per il maggior numero degli stati suoi componenti, non certo per la sua attitudine a garantire una pace eterna invece che temporanea”<sup>9</sup>.

Probabilmente, le condizioni storiche e politiche non erano ancora mature perché si manifestasse la necessità di una convergenza tra gli interessi degli Stati.

D’altra parte, è opportuno considerare che i termini in cui venne proposta questa riflessione vennero poi precisati e corretti nella celebre opera kantiana, pubblicata nel 1795 sulla scia dell’entusiasmo dovuto alla pace di Basilea siglata tra la Francia rivoluzionaria e la Prussia.

Sin dalla sua pubblicazione, l’opera divenne da subito un termine di riferimento imprescindibile nei dialoghi sulla pace, sulla guerra e sulle relazioni internazionali.

Il testo *Per la pace perpetua* (ri)propose, quindi, il medesimo progetto ambizioso: eliminare la guerra come possibilità politica. Perché questo potesse considerarsi pensabile, ancor prima che possibile, Kant riprese analogicamente la soluzione contrattualista hobbesiana al conflitto tra gli uomini – il contratto sociale – e la estese ai rapporti tra gli Stati.

Le condizioni, necessarie ma non sufficienti, per dar vita a questo accordo vennero inserite nella Parte Prima che contiene i sei articoli preliminari. Secondo il primo articolo, un trattato di pace non può valere come tale se viene fatto con la riserva segreta di una futura guerra, “se così fosse si tratterebbe soltanto di una tregua e non di pace”<sup>10</sup>. Questa prima apparentemente semplice differenza è già un punto di riflessione. La tregua è solo una parentesi tra due guerre, mentre la pace è per sua natura perpetua, tant’è che “aggiungere l’aggettivo perpetuo è già un sospetto pleonasma”<sup>11</sup>.

Ogni tregua, infatti, nasconde in sé delle riserve, delle ambizioni, delle future pretese che, per il solo esistere, impediscono il crearsi delle precondizioni per realizzare la pace.

Il secondo articolo preliminare è figlio del Settecento, momento in cui le acquisizioni di Stati tramite eredità, vendita o scambio erano molto frequenti soprattutto al momento conclusivo dei conflitti. Secondo Kant, era fondamentale porre fine a questa prassi. Infatti, uno Stato non è *patrimonium*, ma una società composta da uomini di cui nessuno ha la possibilità di disporre. Il *milieu* che caratterizza ciascuno Stato, come un tronco con le proprie radici, non può essere innestato in un altro senza contraddire l’idea di patto originario con cui *omnes et singuli* nel popolo depongono la libertà esterna per riprenderla come membri di un corpo comune<sup>12</sup>.

Nella costruzione della pace perpetua è fondamentale il terzo articolo che prevede la scomparsa – con il tempo - degli eserciti permanenti. La permanenza e l’incremento degli eserciti e degli armamenti non può che stimolare la competizione tra i sovrani che vorranno superarsi in quantità e in tecnica.

L’accumulo di grandi eserciti o armamenti bellici o, addirittura, del “tesoro statale”<sup>13</sup> sarebbe sempre considerato dagli altri Stati una minaccia latente che li costringerebbe “ad aggressioni preventive”<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> Del Vecchio 1959: 47

<sup>10</sup> Kant 2017 [1795]: 45

<sup>11</sup> Idem.

<sup>12</sup> Mori 2016: 169-178

<sup>13</sup> Kant, cit.: 47

<sup>14</sup> Ibidem.

È altresì evidente che nessuno Stato *motu proprio* avrebbe eliminato ciò che da un punto di vista esterno veniva considerato un'arma, ma che da un punto di vista interno rappresentava anche una difesa. Lo strumento da utilizzarsi, secondo Kant, era rappresentato da una rinuncia concordata e reciproca. Perché fintanto che uno Stato avrà a disposizione un'arma, sarà portato a preferire il suo utilizzo alla diplomazia nella soluzione dei conflitti. Sarebbe come continuare a favorire le inclinazioni belliche dei potenti, i quali, con facilità dichiarano le guerre. Kant, nel commento al quarto articolo, scrisse che questa inclinazione che “sembra innata nella natura umana, costituisce dunque un grande ostacolo alla pace perpetua”<sup>15</sup>.

Un'altra condizione necessaria è quella che potrebbe essere ricondotta al moderno principio di non-ingerenza. Non è plausibile immaginare una condizione di pace se ad uno Stato è consentito intromettersi nella costituzione o nel governo di un altro, perché questo minerebbe l'indipendenza statale e “renderebbe insicura l'autonomia di tutti gli Stati”<sup>16</sup>. Questo articolo assume particolare rilevanza se letto avendo chiaro il fine del progetto kantiano, ovvero un accordo tra gli Stati; perché possa esserci un accordo, un contratto, deve esserci rispetto e fiducia tra le parti che, indipendenti ed egualmente sovrane, non possono interessarsi e intromettersi in questioni di politica interna di altri stati. Infatti, “in base alla prospettiva morale kantiana, nessuno Stato può ledere la dignità dei cittadini di un altro Stato se non a rischio di compromettere gravemente la politica indirizzata alla pace.”<sup>17</sup>

Infine, l'ultimo articolo preliminare, il sesto, attiene ai rapporti tra Stati in guerra che in nessun caso possono essere disonorevoli. Diviene così importante *come* si guarda al nemico e, secondo Kant, bisogna farlo con fiducia, altrimenti nessuna pace sarebbe mai possibile. Se in tempo di guerra gli Stati avessero violato la capitolazione, la resa, o se avessero istigato il tradimento, la fiducia tra questi sarebbe minata per sempre e, come già ribadito, con essa sarebbe sfumata ogni possibilità di accordo. Queste prime riflessioni si inseriscono come tasselli nelle riflessioni morali kantiane, in cui si manifesta l'intangibilità della sacralità della persona umana e della sua dignità<sup>18</sup>. L'insieme degli uomini è, infatti, definito nella *Fondazione della metafisica dei costumi* come il ‘regno dei fini’, ovvero un sistema di relazioni interpersonali che esclude ogni forma di strumentalizzazione dell'uomo da parte di un altro uomo<sup>19</sup>. Ma, per far questo, è necessario edificare la pace tramite i tre articoli definitivi che, diversamente dai preliminari, non sono procedurali, non indicano come comportarsi o come non comportarsi, ma esprimono delle idee puramente filosofiche.<sup>20</sup>

L'unica possibilità per aprire la strada alla pace perpetua è ripensare i rapporti tra i cittadini e lo Stato, tra gli Stati, e i rapporti con gli stranieri non già con le categorie tipiche della politica, ma secondo le categorie e i concetti della filosofia.

In tal senso, primo presupposto è che ogni costituzione civile debba essere repubblicana, contrapposta ad una costituzione dispotica governata dal mero arbitrio. Viceversa, una costituzione repubblicana prevede un esercizio legittimo del potere, secondo la volontà del popolo, presupposto rousseauiano ampiamente accettato da Kant. All'interno di quest'argomentazione è così possibile affermare

“la coesistenzialità di due momenti: l'affermazione dello spirito repubblicano dentro gli Stati consentirà la costruzione di un modello per la convivenza tra popoli secondo concordia e diritto; viceversa senza un patto

---

<sup>15</sup> Ivi: 48

<sup>16</sup> Ivi: 49

<sup>17</sup> Gagliano 2015: 110

<sup>18</sup> Mori 1995: 113-137

<sup>19</sup> Mori 2008: 150-172

<sup>20</sup> Come, d'altra parte, indicato nel sottotitolo completo dell'opera “Per la pace perpetua. Progetto filosofico”, nonché nella premessa in cui Kant esprime quella che definisce ‘clausola salvatoria’ nei confronti del politico pratico.

politico di pacificazione esterna, non potranno svilupparsi, nemmeno nelle vicende interne delle genti, le virtù della repubblica”<sup>21</sup>.

E allora se, come “non può non accadere in questa costituzione”<sup>22</sup>, per far scoppiare una guerra fosse richiesto l’assenso dei cittadini, è lecito ritenere che essi – dovendo sopportarne le gravose calamità- rifletterebero a lungo prima di iniziarla.

Eppure, la storia ha dimostrato come questo legame diretto tra la volontà popolare e la volontà di pace non sia sempre stato così univoco. Anzi, in ispecie con riferimento al primo conflitto mondiale, la maggioranza dei popoli europei ha appoggiato e fomentato in un primo momento le ragioni della guerra.

Tuttavia, ciò che rileva ai fini della presente riflessione, è la differenza che intercorre tra uno Stato dispotico in cui chi decide ‘sulla’ guerra non ne subisce gli effetti devastanti e uno Stato in cui il popolo, che concordemente decida sulla guerra, è consapevole di essere l’unico destinatario delle conseguenze: in questa seconda ipotesi, infatti, è più improbabile che si scatenino conflitti, in quanto una valutazione costi/benefici farà propendere per una soluzione compositiva tramite le vie diplomatiche. Al contrario, “chi comanda, proprio in quanto più forte degli altri, avrà sempre la tentazione di erigersi al di sopra delle leggi, provocando così un ritorno al regno della violenza”<sup>23</sup> e questa perenne tensione verso la violenza costituisce una fonte costante di instabilità per la vita stessa della comunità. Il nucleo morale del pacifismo kantiano porta a ritenere “antiumanitario”<sup>24</sup> ogni atto militare imposto dall’alto; questo, infatti, esclude categoricamente la possibilità di “utilizzare gli uomini come strumenti di violenza e di morte a danno di altri uomini”<sup>25</sup>.

“Il modello kantiano di pace perpetua deriva dall’estensione del modello giusnaturalistico dei rapporti fra gli individui ai rapporti fra gli stati”<sup>26</sup>: ad esempio, si è già detto della condizione naturale di conflitto tra gli uomini, così come della necessità di istituire una pace artificiale raggiunta grazie ad una costrizione da parte di un’ autorità terza. Dunque, il conflitto esistente tra gli uomini si riflette anche nei rapporti interstatali. Eppure, “per gli Stati non può valere secondo il diritto internazionale proprio ciò che vale secondo il diritto naturale per gli uomini che sono nello stato della mancanza di leggi, cioè il ‘dovere di uscire da questo stato’”<sup>27</sup>. Di conseguenza, sebbene Kant prediligerebbe la creazione di quello che viene definito uno Stato di popoli<sup>28</sup>, perché solo così si realizzerebbe la pace in quanto comando della ragione pura, consapevole delle difficoltà attuative nella cessione della sovranità statale, ripiega – “se non si vuole che vada tutto perduto”<sup>29</sup> – sul surrogato negativo di un’alleanza permanente contro la guerra nel costante pericolo che il torrente delle ostilità dilaghi.

Infine, il terzo articolo definitivo sancisce il diritto cosmopolitico ovvero il diritto ad essere cittadino del mondo. Secondo la ricostruzione kantiana, ritenuti tutti i cittadini egualmente proprietari della terra, la casualità con cui si è realizzata in origine la spartizione dei territori non può giustificare una diversità di trattamento tra i popoli: “la violazione di un diritto commessa in una parte del mondo viene sentita in tutte le altre parti”<sup>30</sup>

---

<sup>21</sup> Silvestrini 2013: 64

<sup>22</sup> Kant 2017 [1795]: 56

<sup>23</sup> Andronico 2023: 64

<sup>24</sup> Gagliano 2015: 110

<sup>25</sup> Ibi.

<sup>26</sup> De Capua 2015: 126

<sup>27</sup> Kant 2017 [1795]: 62

<sup>28</sup> Ivi: 64

<sup>29</sup> Ibi.

<sup>30</sup> Ivi:68

Sulla base di queste premesse, sarebbe naturale immaginare che Kant proponesse un'estensione massima del diritto cosmopolitico; invece, questo venne limitato al solo diritto di visita escludendo così l'accoglienza – *gastrecht* – perché quest'ultima presupporrebbe un accordo peculiare per consentire ad un estraneo di essere riconosciuto al pari di un abitante.

Queste ultime precisazioni lasciano forse un po' delusi, però è ciò che accade – soprattutto nella lettura dei classici - quando non si compie una corretta opera di contestualizzazione. Infatti, questa apparente chiusura fu dettata dal fenomeno del colonialismo:

“se a ciò si confronta la condotta inospitale degli Stati civili, soprattutto quelli commerciali, della nostra parte del mondo, l'ingiustizia, di cui essi danno prova visitando paesi e popoli stranieri (visite che essi immediatamente identificano con la conquista), è tale da rimanere inorriditi”<sup>31</sup>.

È questo 'diritto ad occupare' che Kant volle esser sicuro di escludere limitando il diritto di accoglienza.

Per questa ragione, ogni attualizzazione rischia di essere fuorviante, quindi sebbene l'impianto concettuale kantiano meriti di essere ripreso, non si può esigere che esso risponda in toto alle attuali istanze di pacifismo giuridico.

Una parte imprescindibile della riflessione kantiana, che ritengo possa dare respiro e forza alle riflessioni odierne, è, invece, data dalla consapevolezza della divergenza tra l'ideale ed il reale<sup>32</sup>. Questo scarto è e resterà incolmabile: il dover essere non si trasformerà mai in essere, l'ideale non troverà mai compiuta realizzazione. La pace perpetua è un'idea impraticabile<sup>33</sup> ma è necessario lavorare come se quel dover essere fosse possibile. L'insegnamento kantiano da custodire si concretizza allora nella superiorità del pensiero normativo sul politicismo pragmatico, affinché la realtà possa essere condotta oltre i suoi limiti intrinseci così da renderla sempre più prossima all'ideale pacifista<sup>34</sup>.

### 1.1 Il pacifismo giuridico, tra guerra e sovranità, nel Novecento

Il Novecento è stato un secolo che ha messo a dura prova la resistenza dell'insegnamento kantiano.

Il secolo che sembra più difficile conciliare con i concetti di 'pace' o 'pacifismo'. Ciò in quanto, diversamente dal passato, i conflitti novecenteschi hanno messo in pericolo la sopravvivenza del genere umano.

Per questa ragione i 'pacifisti' - pur connotati da diverse sfumature ideologiche e pur seguendo percorsi diversi – sono approdati inevitabilmente alla difesa della pace come valore universale “da difendere a oltranza”<sup>35</sup>.

---

<sup>31</sup> Ivi: 66

<sup>32</sup> Mori 2008: cap. IV

<sup>33</sup> Mori 1995: 113-137. “La pace perpetua appare qui nel suo significato schiettamente trascendentale di idea regolativa, sulla quale occorre agire indipendentemente dalla sua realtà. ‘Dunque non si tratta più di sapere se la pace perpetua sia una cosa reale o un non senso, se non ci inganniamo nel nostro giudizio teorico [...] noi dobbiamo agire sul fondamento di essa, come se la cosa fosse possibile.’”

<sup>34</sup> Molti degli spunti kantiani sviluppati in questo paragrafo sono seguiti alla lezione tenuta da Massimo Mori al Festival di Filosofia tenutosi a Modena a settembre 2019.

<sup>35</sup> Veltri 2017: 509

Con la presa di coscienza degli effetti devastanti della deflagrazione della bomba atomica e con il permanente timore dell'esplosione di un conflitto nucleare <sup>36</sup>, ogni precedente dissertazione sulla guerra sembra perdere di senso compiuto. Ogni guerra contemporanea sarà esclusivamente distruttiva e priva di qualsiasi giustificazione morale. In realtà, non si dice nulla di nuovo affermando l'inutilità della guerra, ma, allo stesso tempo, non può negarsi che le armi nucleari hanno certamente posto il problema con diversi termini. Secondo Bobbio:

“vi sono due modi, dicevamo, di considerare la guerra come una via bloccata: ritenerla o impossibile o ingiustificabile. L'equilibrio del terrore o la coscienza atomica. Per il primo atteggiamento, la guerra non può più accadere; per il secondo, non deve.”<sup>37</sup>

Si realizza, grazie al secondo atteggiamento, a livello istituzionale un'inversione del rapporto tra l'impossibilità e l'indesiderabilità. La guerra indesiderata è per ciò solo resa impossibile. Al contrario, assumendo il primo atteggiamento mentale, ritenuto che la guerra è diventata impossibile (è un'asserzione, un fatto), allora finisce anche per essere indesiderabile.

Un'altra differenza tra i due abiti mentali attiene, continua Bobbio, al “differente giudizio che gli uni e gli altri danno sulla possibilità dell'evento, per gli uni essendo già sin d'ora diventato impossibile, per gli altri essendo ancora possibile”<sup>38</sup>. Se così fosse, allora chi prende atto dell'impossibilità del conflitto atomico ‘per il sol fatto che ne sono note le conseguenze’ si può dire che si ritenga soddisfatto del beneficio attuale, senza interrogarsi “innanzi al malefizio potenziale”<sup>39</sup>.

L'equilibrio del terrore ha in sé gli elementi della sua disfatta: è proprio la condizione di equilibrio di partenza a renderne ignota la durata o la perduranza nel tempo. Il paradosso che genera chi si adagia su questo equilibrio – coloro i quali hanno tendenzialmente una visione ottimistica della storia – è che dal supremo dei mali, la bomba atomica, si generi il supremo dei beni, la pace perpetua. Tuttavia, si realizza così un ossimoro: se il grado di temibilità è ciò che giustifica la dissuasione dall'uso delle armi atomiche, allora sarà efficace solo fintanto che la guerra sia considerata possibile. Se una delle parti “ritenesse impossibile la guerra, cioè il passaggio dallo stato di dissuasione attraverso la minaccia alla realizzazione della minaccia, la dissuasione avrebbe finito di operare”<sup>40</sup>. Quindi, il funzionamento dell'equilibrio del terrore non può che basarsi sulla impossibilità della guerra dovuta al fatto che, invece, questa sia materialmente possibile. A questo punto, Bobbio precisa “la teoria dell'equilibrio del terrore non è una teoria della fine della guerra [...] bensì una teoria della continuazione dello stato di tregua”<sup>41</sup>.

La maggior parte delle teorie di giustificazione della guerra, in particolare le teorie della c.d. guerra giusta, quelle che ritengono tutte le guerre giuste o giustificabili in forza del progresso, quelle che leggono la guerra come male necessario, sono state giustiziate dall'invenzione della bomba atomica.

La strada aperta da Bobbio è quella del pacifismo attivo, punto di arrivo raggiungibile solo attraverso la costruzione di una “coscienza atomica”<sup>42</sup>. Il pacifismo attivo di Bobbio si realizza cercando di sovvertire l'ordine tramite una rivoluzione.

---

<sup>36</sup> Zolo 1998: 106

<sup>37</sup> Bobbio 1984 [1979]: 50

<sup>38</sup> Ivi: 51

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> Ivi: 55

<sup>41</sup> Ibidem.

<sup>42</sup> Ivi: 77

“Il pacifismo attivo si pone di fronte alla guerra, come il comunismo di fronte alla proprietà (individuale) e l'anarchia di fronte allo stato. Guerra, proprietà, stato possono essere accettati nella loro realtà anche crudele [...]. Possono essere accettate ma insieme limitate, vale a dire accettate sotto condizione [...]. Infine, quando ci si rende conto che ogni limitazione non serve a modificare la natura selvaggia delle istituzioni oppure ogni limitazione è caduca ed effimera [...] si apre un nuovo cammino, quello che conduce non alla limitazione ma alla negazione totale: il comunismo rispetto alla proprietà, l'anarchia rispetto allo stato, il pacifismo rispetto alla guerra”<sup>43</sup>.

Anche il pacifismo, come il comunismo e l'anarchia, diviene così una teoria rivoluzionaria volta alla realizzazione di uno dei fini ultimi della società umana: la pace.

Nel pacifismo ‘strumentale’ si agirà sui mezzi: la distruzione delle armi in primo luogo e, secondariamente, la sostituzione del mezzo violento con uno non violento che conduca al medesimo risultato. Probabilmente, si tratta della più basilare e superficiale forma di pacifismo perché non agisce sulle condizioni di fondo, né condanna moralmente l'agire violento.

Il pacifismo istituzionale invece, nelle diverse forme di pacifismo giuridico e di pacifismo sociale<sup>44</sup>, scende più in profondità e indaga sulle condizioni che rendono possibile la guerra. Naturalmente, la prima tipologia ritiene che si tratti del ‘modo’ di risolvere le controversie tra stati, la seconda vede nella guerra “la conseguenza di conflitti generati [...] dalla politica internazionale di alcuni stati”<sup>45</sup>.

La differenza tra le forme di pacifismo istituzionale assume rilevanza dal momento che le soluzioni proposte sono diverse: per il pacifismo giuridico è l'istituzione di uno stato mondiale o un superstato – conclusione kantiana-, mentre per il pacifismo sociale è la soppressione dello stato, quale espressione di forza.

Se si agisse, in luogo dei mezzi o delle istituzioni, sugli esseri umani ‘che fanno la guerra’, allora si giungerebbe ad un'ulteriore forma di pacifismo: il pacifismo finalistico. Interrogandosi sui ‘perché’ della guerra, presto si approderebbe alla consapevolezza che da un punto di vista utilitaristico questa serve ormai a ben poco. E allora per dirla con Einstein “Perché la guerra?”

Evidentemente sono da ricercarsi ragioni più profonde trovate talvolta – da un punto di vista etico- nella deficienza morale o nel dominio delle passioni, talaltra negli istinti primitivi o tendenze ostili che biologicamente appartengono alla natura umana. Naturalmente, questa seconda ipotesi, a lungo indagata dalla psicoanalisi di matrice freudiana, potrebbe giungere a postulare la soluzione dei conflitti in termini di “guarigione”<sup>46</sup> grazie ad una terapia.

Nel celebre carteggio tra Einstein e Freud del 1932, sollecitato dalla Società delle Nazioni, il primo sostenne che per eliminare la fatalità della guerra si sarebbe potuta immaginare “un'autorità legislativa e giudiziaria col mandato di comporre tutti i conflitti”<sup>47</sup>. Ma fu lo stesso Einstein ad ammetterne le difficoltà: essendo il diritto ed il potere strettamente connessi, realizzare un tribunale ed uno Stato mondiale significherebbe conferire ad un ente sovranazionale un'autorità incontestata che imponga con la forza l'esecuzione dei suoi precetti. Si apre così la voragine del problema della sovranità statale – a cui ciascuno stato in un dato momento dovrebbe rinunciare – tema che qualche

---

<sup>43</sup> Ivi: 78-79

<sup>44</sup> Questo invece ritiene la guerra il risultato di un certo tipo di stato che adopera la violenza a livello interno ed internazionale.

<sup>45</sup> Bobbio 1984 [1979]: 84

<sup>46</sup> Ivi: 89

<sup>47</sup> Einstein, Freud 1979 [1932]: 290

anno prima aveva affrontato Kelsen in *Das Problem der Souveränität*, anche questa opera di matrice kantiana.<sup>48</sup>

Nella teoria kelseniana, ispirata da una concezione monista, l'ordinamento interno e quello internazionale fanno parte del medesimo "sistema conoscitivo"<sup>49</sup> e il rapporto tra i due si può dire connotato dalla dinamica formale di 'superiore-inferiore'. Così, la validità dell'ordinamento inferiore è garantita e derivata da quello superiore. Si potrebbe ritenere, infatti, che Kelsen ponga in essere uno sforzo vigoroso per marcare la sovranità internazionale (probabilmente anche al fine di evitare derive stataliste quali quelle di Treitschke e Lasson). Con il medesimo retaggio kantiano che separa la forma – oggetto della conoscenza giuridica- dal contenuto, Kelsen dà vita ad un sistema autofondato, "autoreferenziale e autoprodotta e perciò totalmente immanente. [...] Secondo le più pure abitudini del positivismo e del formalismo è il metodo a costituire l'oggetto, non è l'oggetto a presentarsi"<sup>50</sup>; ciò però non pregiudica la bontà dell'idea di un ordine giuridico universale sovraordinato cui tutti (gli Stati, gli uomini politici e i cittadini) sono chiamati a rispondere.

La debolezza argomentativa della teoria kelseniana risiede proprio nell'impossibilità di superare il problema della sovranità solo attraverso il diritto e nella "marginalizzazione della via politica"<sup>51</sup>.

A quasi cento anni di distanza, non si possono non considerare le ulteriori criticità che sarebbero emerse se a prevalere fossero stati invece proprio gli ordinamenti interni. Si sarebbe fomentata l'istituzione di Stati nazionali forti e favorita la pratica imperialista verso altri popoli più deboli. È certamente vero che le concezioni stato-centriche nel corso della storia non hanno fatto altro che ergere barriere, laddove invece si sarebbero dovuti costruire ponti.

All'obiettivo del superamento della sovranità si sono, però, interposte storicamente delle valutazioni di non poco conto.

Prima tra tutte una valutazione strettamente di tipo storico: considerata la perduranza del fenomeno statale, si potrebbe dedurre che la pluralità degli stati non sia una contingenza storica transeunte, bensì una esigenza propria della ragione<sup>52</sup>.

In secondo luogo

"La fusione delle diverse unità politiche, se pure fosse possibile [...] non sarebbe – secondo l'opinione predominante – nemmeno desiderabile: poiché significherebbe la cessazione di ogni sviluppo della cultura che si alimenta appunto della feconda varietà dei caratteri nazionali; significherebbe lo scomparire di tutte le concrete e spontanee forme di vita, per fare luogo a un rigido e monotono meccanismo, esiziale alla libertà non meno che alla dignità del genere umano."<sup>53</sup>

Si concretizzerebbe in questo modo il timore paventato da Leopardi, sia nello *Zibaldone* che nella *Storia del genere umano*. Se si elimina l'amore per la propria patria, senza che una vera passione attiva vi sostituisca l'amore cosmopolita, allora si capisce perché "l'amor patrio di Roma, divenuto cosmopolita, divenne indifferente, inattivo e nullo: e quando Roma fu lo stesso che il mondo, non fu più patria di nessuno, e i cittadini Romani, avendo per patria il mondo, non ebbero nessuna patria"<sup>54</sup>. L'amor patrio, quale unica esperienza di solidarietà tra estranei, può essere superato a condizione che un sentimento sia in grado di fondare un nuovo senso di appartenenza ad una collettività più grande.

<sup>48</sup> In tal senso diffusamente cfr. Calabrò 1983: 87-92

<sup>49</sup> Marras 2019: 12

<sup>50</sup> Possenti 2006: 64

<sup>51</sup> Ibi.

<sup>52</sup> Del Vecchio 1959: 9-10

<sup>53</sup> Del Vecchio 1959: 10-11

<sup>54</sup> Leopardi 1898: 458

Tra le altre cose, per quanto sia sovente stato accettato il riconoscimento della soggettività giuridica in capo agli altri stati, quasi mai questo ha condotto a riconoscere la fraternità e l'uguaglianza di tutti gli uomini e dei popoli, quale "vincolo spirituale che implichi l'obbligo del rispetto reciproco"<sup>55</sup>.

Il Novecento ha lasciato questa eredità di vedute - alcune utopistiche ma tutte nobili - e di critiche valutazioni a margine i cui valori fondanti si sono iscritti in molte delle carte costituzionali.

Queste eredità - che si sostanziano nei progetti ma anche negli interrogativi - sono state prese in mano dai molti studiosi che ritengono ancora oggi il pacifismo giuridico l'unica via per la sopravvivenza del genere umano.

## 2. Ritorno al pacifismo giuridico

Il costituzionalismo sovranazionale<sup>56</sup> si pone così come una tra le risposte offerte dalla dottrina a questo "insensato suicidio di massa dovuto all'attività irresponsabile degli esseri umani"<sup>57</sup>.

Tuttavia, prima di essere collocato nella sfera sovranazionale, è necessario chiarire la natura del (neo)costituzionalismo, termine che sorge nel lessico teorico-giuridico solo in tempi recenti.<sup>58</sup>

L'identificazione concettuale dei caratteri costitutivi del neo-costituzionalismo risulta invero complessa. A ciò contribuisce l'uso polisemico del vocabolo stesso che indica ora una forma di stato, ora una cultura giuridica, talvolta una teoria del diritto o un insieme di tesi filosofico-giuridiche o ancora un atteggiamento ideologico e assiologico di adesione morale ad un diritto che abbia alcune specifiche caratteristiche.<sup>59</sup>

Per questa ragione, talvolta è sembrato più semplice definirlo in chiave negativa, individuando ciò che il neo-costituzionalismo 'non è', invece di ciò 'che è', o guardando ciò che contesta, piuttosto che ciò che afferma<sup>60</sup>.

All'eterogeneità del termine neocostituzionalismo corrisponde un'eterogeneità delle posizioni degli autori spesso ricondotti all'interno di questa cornice. In quest'ottica, secondo Schiavello, inscrivere autori quali, ad esempio, Ronald Dworkin<sup>61</sup> e Luigi Ferrajoli, all'interno della medesima tradizione filosofico-giuridica, nonostante le evidenti differenze, pone certamente qualche dubbio dal punto di vista della coerenza sistematica dell'orientamento in oggetto.

---

<sup>55</sup> Del Vecchio 1959: 184

<sup>56</sup> In tal senso si legga Ferrajoli 2020.

<sup>57</sup> Ferrajoli 2022: 11

<sup>58</sup> Pino 2011: 965-997

<sup>59</sup> Per un più esaustivo approfondimento terminologico si veda Pino, Op. cit. Per un approfondimento sul termine usato per indicare una forma di stato si legga Mazzaresse 2002: 9 secondo la quale "può essere usato, nel linguaggio dei giuristi, per indicare quegli ordinamenti giuridici in cui un catalogo di diritti fondamentali sia stato esplicitamente enunciato nella costituzione e/o in leggi di livello costituzionale congiuntamente alla previsione e/o predisposizione di una pluralità di misure giuridiche, diverse secondo i casi, che ne garantiscano l'attuazione e la protezione giuridica". Relativamente all'uso del termine come cultura giuridica si veda Pino 2006: 7-9. Per approfondire il neo-costituzionalismo inteso come teoria del diritto Comanducci 2002 e come filosofia del diritto Barberis 2012: 153 e ss.

<sup>60</sup> In tal senso, un'analisi delle critiche mosse dal neocostituzionalismo contro il positivismo giuridico metodologico è fornita in Schiavello 2016.

<sup>61</sup> Per il quale i principi, morali e giuridici, sono di fatto riconducibili a diritti individuali, anche - eventualmente- contro le derive autoritarie della politica. Si ricordi, infatti, che quando scrisse i *Diritti presi sul serio* il filosofo americano era fortemente influenzato dalle spinte libertarie degli anni Sessanta. In tal senso si legga Messina 2007:533, nonché Dworkin stesso 1987: 90

Tra le tante, l'opera di Ferrajoli rappresenta uno dei tentativi più elaborati di unificazione delle tesi fondanti il neocostituzionalismo<sup>62</sup>: vi troviamo, infatti, alcuni tra gli elementi più caratteristici della contemporaneità giuridica “il costituzionalismo, il cosmopolitismo e l'universalismo dei diritti individuali”<sup>63</sup>.

Se, per un verso, grazie all'approccio razionalistico al diritto e all'avalutatività metodologica, Kelsen, Bobbio e Ferrajoli sono considerati illuministi giuridici<sup>64</sup>; per altro verso, se per tali si intendono coloro i quali attribuiscono un'efficacia pratica a tali assunti teorici, allora “è molto diversa la proporzione in cui Bobbio, Kelsen e Ferrajoli possono farvisi rientrare”<sup>65</sup>.

Invero, è possibile trovare un nesso nella concezione della sovranità quale attributo non esclusivamente statale (sebbene poi nella riflessione bobbiana la critica alla sovranità sia più di stampo politico che non logico).

La visione di Ferrajoli presa in esame dalla presente riflessione è condensata nel suo ultimo testo *Per una costituzione della Terra. L'umanità al bivio*, di esplicita matrice kantiana.

Le premesse, rispetto ai precedenti progetti, sono indubbiamente mutate: la pandemia, la guerra in Ucraina, in ultimo finanche l'ipotesi che possa esserci un futuro senza esseri umani. Questi eventi hanno svelato per un verso una fallacia istituzionale senza precedenti e per un altro “il valore insostituibile dello Stato, dal quale tutti [...] pretendono letteralmente tutto: cure gratuite e fiumi di denaro alle aziende in difficoltà, salvataggio delle vite umane e salvataggio delle imprese, limitazione dei contagi e ripresa economica”<sup>66</sup>.

Negli stati occidentali le legittime – e a volte illegittime – pretese dei cittadini sono insolitamente accompagnate da una generale disillusione verso le figure istituzionali nei vari livelli incapaci di fornire ciò che si richiede. Infatti, sembra parecchio diffusa la consuetudine di guardare al rapporto tra il cittadino e il pubblico, invece che come uno scambio reciproco, come un flusso unidirezionale.

Si è raggiunta una soglia tale per cui le “gigantesche omissioni di soccorso”<sup>67</sup> non preoccupano, perché, pur facendo parte della società civile planetaria ed essendo sempre connessi, il confine territoriale rappresenta ancora una linea di separazione tra dentro e fuori, tra amico e nemico.

Questa omissione di soccorso a livello governativo, assolutamente rimproverabile, rappresenta, d'altra parte, il riflesso di una generale apatia politico-sociale e di un appiattimento del dibattito pubblico insensati

“se si pensa ai terribili effetti che ne conseguono – i crescenti flussi migratori, l'odio per l'Occidente, il discredito dei suoi valori politici, lo sviluppo della violenza, delle guerre civili, dei razzismi, dei fondamentalismi e dei terrorismi – e alla facilità con cui essi potrebbero essere evitati con vantaggio di tutti”<sup>68</sup>.

Nella proposta di Ferrajoli, per ciò che attiene ad una concreta realizzazione del pacifismo giuridico, il ruolo dei cittadini, tuttavia, è consequenziale ad un primo passo da compiere a livello governativo.

In senso bobbiano, pertanto, si potrebbe parlare di pacifismo giuridico in cui si lavora sulle istituzioni, e non sugli uomini, come vorrebbe invece il pacifismo finalistico.

---

<sup>62</sup> Messina 2007: 537

<sup>63</sup> Ivi: 538

<sup>64</sup> Zolo 1993: 450

<sup>65</sup> Messina 2007:539

<sup>66</sup> Ferrajoli 2022: 23

<sup>67</sup> Ivi: 40

<sup>68</sup> Ivi: 33

Questo primo passo, comunque, è rinvenuto da Ferrajoli nel disarmo nucleare. Naturalmente, “nessun paese meno che mai quelli dotati di armamenti nucleari procederà a un disarmo unilaterale”<sup>69</sup>.

Quindi, la rinuncia deve essere - anche qui hobbesianamente - contestuale e reciproca. La ragione, che dovrebbe spingere gli stati a convergere verso soluzioni universali, anziché contingenti e particolari, è la consapevolezza della irreversibilità delle catastrofi.

Difatti, il diritto è per sua natura artificiale in quanto prodotto dell'evoluzione politica. Allora così come artificialmente ci si conforma e ci si sottopone alla sua supremazia come scelta della ragione, tanto può accadere scegliendo il costituzionalismo globale quale mezzo di realizzazione del pacifismo giuridico. Questa scelta, seguita alla valutazione razionale, deve considerare tra i tanti fattori anche l'indeterminatezza e la indeterminabilità degli autori e delle vittime delle moderne catastrofi “consistenti di solito in popoli interi e talora nell'intera umanità”<sup>70</sup>. Queste catastrofi e queste emergenze globali, però, sul piano giuridico sono di difficile qualificazione. Chi può essere incolpato ed imputato del riscaldamento climatico o della diffusione degli armamenti?

Muovendosi all'interno della cornice penalistica – che connette la responsabilità alla previa imputabilità della condotta in capo ad un soggetto giuridico- la risposta sarebbe: nessuno. Una risposta può rinvenirsi solo con riferimento all'insieme del sistema economico-politico all'interno del quale si esplicano una pluralità di condotte talmente complesse e interdipendenti da difettare dei requisiti tipici del diritto penale.

Per questa ragione, continua Ferrajoli, sarebbe necessario autonomizzare la imputabilità meramente penale dalle responsabilità politiche, economiche e sociali accertate tramite “giudizi di verità”<sup>71</sup>, seguendo il modello della *Truth and Reconciliation Commission* istituita in Sudafrica per i reati aventi una matrice ideologico-politica. Il concetto di ‘verità’, specialmente se inserito in un contesto processuale, è sempre scivoloso. Non solo con riferimento alla distinzione verità fattuale e verità processuale, ma anche e soprattutto all'idea che questo dualismo venga riassunto nella c.d. verità relativa, concetto che a sua volta presuppone l'esistenza di una verità assoluta. Senza poi considerare che i tribunali, anche se istituiti come immaginato nel testo di Ferrajoli, continuerebbero a funzionare tramite il processo per come lo conosciamo (“il risultato di simili giudizi, che dovrebbero essere promossi da apposite procure, oltre che dai soggetti legittimati ad agire per conto delle popolazioni lese”<sup>72</sup>). L'unica differenza sarebbe nel risultato. Infatti, nell'impossibilità di ricondurre una determinata catastrofe alla responsabilità di un soggetto individuato, si stigmatizzerebbe la condotta generale analizzando le responsabilità politiche e sociali alla base ed ipotizzando delle misure risolutive.

La pregnanza di queste stigmatizzazioni e di questi giudizi di riprovevolezza sarebbe rimessa ad una consapevolezza morale da parte della collettività.

Questi c.d. crimini di sistema dimostrano, però, almeno due cose: in primo luogo, la persistente violazione delle carte costituzionali e dei trattati internazionali e, più tragicamente, in secondo luogo il fallimento del modello statale che si dimostra - anche in presenza di un costituzionalismo rigido - impotente.

Gli Stati hanno perso di fatto la loro sovranità per l'asimmetria tra il carattere globale dei poteri economici e il carattere locale della politica e del diritto. Un carattere locale in forza del quale il rapporto tra economia e politica ha subito un'evidente torsione. I governi, limitati ad occupare gli spazi ristretti dei loro ordinamenti, non sono stati in grado di generare una sovrastruttura all'altezza

---

<sup>69</sup> Ferrajoli: 64

<sup>70</sup> Ferrajoli: 45

<sup>71</sup> Ferrajoli: 46

<sup>72</sup> Ferrajoli: 47

dell'apparato economico in crescente ascesa. Ciò è dimostrato, ad esempio, dal fatto che non sono più i governi a mettere in competizione le imprese, bensì le imprese a mettere in competizione i governi grazie alla possibilità di avere agevolazioni fiscali o di sottopagare la manodopera senza conseguenze.

La disuguaglianza crescente, l'inaccessibilità all'istruzione e alle strutture sanitarie sono il sintomo di un futuro che non potrà essere pacifico. L'Occidente dà per scontate la fame, la miseria, le malattie e la morte di milioni di esseri umani e questo non fa che condurre nella direzione diametralmente opposta alla pace.

Per invertire il senso di questo cammino viene proposta, da più parti, la risposta istituzionale del costituzionalismo globale che però solleva degli interrogativi che meritano qualche ulteriore riflessione.

### 3. Difficoltà attuative del *Weltrecht*

È fuor di dubbio che la spinta critica che porta verso una pretesa istituzionale transfrontaliera sia condivisibile. È, altresì, condivisibile la consapevolezza sull'inadeguatezza del diritto internazionale e dei trattati a cogliere "la complessità giuridica di una società civile globale"<sup>73</sup>.

Di fronte ad una crisi globale, infatti, l'atteggiamento antropologico diffuso si trova a metà tra un principio di speranza e un principio di disperazione. L'atteggiamento di chi ritiene che tanto (tutto) potrebbe essere diverso, ma può fare poco perché lo sia. È un aspetto tragico l'essere responsabili, senza essere chiamati a rispondere. È ancor più drammatica la consapevole incapacità di dare un'altra forma al corso degli eventi.

La costituzione planetaria, come già evidenziato, è parte di un più ampio percorso inaugurato da Kant, poi ripreso da Kelsen, influenzato a sua volta da Grozio e da Wolff.

Può, dunque, considerarsi una di quelle idee destinate a trovare in ogni contesto storico e politico un terreno fertile in cui svilupparsi.

Tuttavia, questo progetto porta con sé interrogativi di matrice pragmatica che possono definirsi naturali, insiti nella natura stessa dell'idea. Ferrajoli sottolinea come "alle denunce e alle diagnosi è necessario fornire una risposta politica e istituzionale alla loro altezza"<sup>74</sup>.

Non si tratta di argomenti scettici, ma di difficoltà attuative della 'sola' risposta istituzionale (del c.d. pacifismo giuridico *à la* Bobbio) che si possono enucleare in aspetti di natura strutturale e di natura contenutistica.

#### 3.1. Aspetti di natura strutturale

In merito alla prima categoria, un primo aspetto da approfondire è il rapporto tra gli stati quale naturalmente conflittuale.

Infatti, così come accade ai singoli, nel ragionamento politico lo scontro tra il perseguimento della felicità e la sicurezza si conclude a discapito della prima.

Questo perché il bisogno di sicurezza appartiene intimamente all'uomo, tanto da potersi dire che la massa, freudianamente qualificata quale docile gregge, "è talmente assetata di obbedienza da

---

<sup>73</sup> Benhabib 2006: 174.

<sup>74</sup> Ferrajoli 2021: 132

sottoporsi istintivamente a chiunque se ne proclami il padrone”<sup>75</sup>. L’esigenza di sicurezza declinata “come richiesta di sopravvivenza, acquista una decisiva funzione legittimante”<sup>76</sup>. E, così, la paura della morte, quale valore normativo, è una “passione politicamente costruttiva poiché determina un calcolo politico che si fonda su una previsione futura (la morte stessa) e sugli strumenti disponibili per poterla rinviare nel tempo”<sup>77</sup>.

Potrebbe allora dirsi che quest’elemento è a sua volta strumentale nel processo di civilizzazione.

Infatti, se si ritiene condivisibile l’accertamento condotto da Hobbes sull’uguaglianza, basata sulla somiglianza delle passioni umane, cui seguono simili azioni e rivendicazioni, è altrettanto condivisibile “l’assenza di una gerarchia naturale”<sup>78</sup>. Ed è proprio “nel diritto di tutti a tutto”<sup>79</sup> che si disvela la conflittualità insita nella “co-esistenza degli individui in assenza di istituzioni comuni”<sup>80</sup>.

Traslando sul piano sovranazionale questa coesistenza, il posto degli individui – nella ricostruzione hobbesiana – viene preso dagli stati. A differenza di ciò che accade con i singoli, però, ciò che innesca il potenziale conflitto, non è la ‘paura della morte’, ma la rivalità, la diffidenza e la gloria.

Allo stesso modo, è la preventiva mancanza di fiducia reciproca tra gli stati a minare le basi per la costituzione di un ordine globale.

Potrebbe dirsi, a riguardo, che se è “il calcolo che induce l’uomo ad essere lungimirante”<sup>81</sup>, e che darà luogo alla nascita delle istituzioni, allo stesso modo potrebbe accadere anche oggi alla luce delle catastrofi odierne. Un semplice calcolo sulla convenienza sarebbe sufficiente a far convergere l’intera umanità verso il fine ultimo, ovvero l’istituzione della pace.

Tuttavia, questo calcolo a livello sovrastatale potrebbe non avere il medesimo significato attribuito ai singoli. Ciò in quanto non può non considerarsi che lo stato di natura nell’artificio hobbesiano è un antecedente logico-concettuale, atto a convalidare e legittimare le istituzioni moderne.<sup>82</sup> Di contro, la sfiducia e la conflittualità, che permeano le relazioni interstatuali, non sono una mera strategia concettuale giustificativa ex post, bensì uno stato concreto delle cose di cui non si può non tenere conto.

Un secondo aspetto che meriterebbe altrettanta attenzione attiene all’adesione alla comunità globale.

Non sarebbe irragionevole immaginare che non tutti – nell’attuale c.d. società dell’inimicizia<sup>83</sup> - vogliano prendere parte a questo progetto.

È inevitabile, ad un certo punto della contrattazione, dover fare i conti con interessi contrastanti: difatti, gli equilibri economici e politici attuali – che hanno favorito qualcuno a discapito di qualcun altro- verrebbero scossi in ottica redistributiva, favorendo un nuovo assetto che potrebbe scontentare chi da questi sinora ha tratto beneficio.

Il consenso all’adesione, infatti, è probabilmente uno degli elementi strutturalmente più difficili da edificare, soprattutto in un’epoca fortemente presentista qual è quella attuale.

Difatti, l’impostazione della reciprocità indiretta, per quanto anch’essa nobile, è ben lontana dall’essere realtà. “L’idea di fondo di tale prospettiva è quella secondo cui ogni generazione di volta

---

<sup>75</sup> Freud [1921] 2022: 201

<sup>76</sup> Lo Giudice 2022: 2

<sup>77</sup> Ibi.

<sup>78</sup> Ivi: 8

<sup>79</sup> Ivi: 9

<sup>80</sup> Ibi.

<sup>81</sup> Ivi :11

<sup>82</sup> Diffusamente cfr. Lo Giudice 2012: 73-77

<sup>83</sup> Così definita da Mbembe 2016

in volta attuale percepisce come obbligo il trasmettere o restituire in misura equivalente alle generazioni future quanto ha ricevuto dalle generazioni precedenti”<sup>84</sup>. Quindi è ‘indiretta’ in quanto l’obbligo di restituzione non è diretto verso coloro da cui si è ottenuto qualcosa – le generazioni passate- ma verso le generazioni future.

Tuttavia, sebbene in questa logica la generazione attuale debba qualcosa alla futura in quanto essa stessa ha ottenuto qualcosa da quella passata, l’idea della reciprocità indiretta non ha una forza cogente tale da “giustificare in modo coerente il richiamo ad un obbligo verso il futuro”<sup>85</sup>. In altre parole, pur riconoscendo i privilegi avuti, le generazioni che attualmente abitano il pianeta non attuano necessariamente pratiche che dimostrino preoccupazione per i posteri.

Così, per un verso “la tirannia del presente”<sup>86</sup> pospone i problemi collocandoli nella sfera del ‘futuro’ e in quanto tali li qualifica come irrilevanti; per altro verso chi è miope a queste emergenze – condizione, secondo Stiegler, straordinariamente pericolosa per il futuro- potrebbe, non riconoscendovi alcun pericolo, non prestare il proprio consenso all’adesione al patto per il futuro globale.

Per sollecitarlo, si potrebbe ricorrere – riprendendo Le Bon<sup>87</sup> - alla c.d. coscienza morale alla cui base risiede l’angoscia sociale. Sfruttando, dunque, il contagio mentale e la suggestionabilità che ne rappresenta l’effetto,

“si può parlare di una moralizzazione del singolo tramite la massa. Mentre la capacità intellettuale della massa è sempre assai inferiore a quella del singolo, il suo comportamento etico può sia superare di molto il livello di quello del singolo, sia esserne di gran lunga inferiore”<sup>88</sup>.

Infatti, stimolando l’influsso della suggestione sarebbe possibile realizzare “l’abnegazione, il disinteresse, la dedizione ad un ideale”<sup>89</sup>.

Non è però così semplice ipotizzare che se gli input meramente razionali e ragionevoli -che sarebbero da soli sufficienti a convenire sulla necessità di un pacifismo giuridico- non riuscissero a far prestare il consenso, il timore dello stigma sociale potrebbe sortire questo effetto.

Un ultimo aspetto attiene all’ormai classico problema della sovranità.

Innanzitutto, una prima questione investe la problematicità della categoria ‘sovranità’.

Infatti, “i detrattori della sovranità devono dunque considerare la possibilità che il concetto possa adattarsi a contesti mutevoli o a nuovi sistemi di valori senza perdere il suo contenuto o la sua funzione”<sup>90</sup>. Quindi, forse, prima di stravolgere il sistema, si potrebbe ipotizzare che questo possa reggere anche ai colpi inferti da un pacifismo globale.

Oggi si rende necessario prescindere dal concetto di sovranità quale espressione dell’illimitatezza e della indipendenza del potere, perché altrimenti si realizzerebbe una *contradictio in adjecto*. Se si riempisse di significato la sovranità solo con queste due categorie, oggi non sarebbe che un contenitore vuoto. Ogni potere, ormai da tempo, si riconosce come tale anche a partire dai confini che lo delimitano e questi non lo rendono ‘meno sovrano’ o ‘un sovrano più debole’.

E allora forse - se già così accade – se la sovranità quale categoria generale non scompare, ma si muove in un andirivieni continuo tra cessioni e ampliamenti, invece che affievolirsi, potrebbe accrescersi grazie alla condivisione tra più titolari.

<sup>84</sup> Menga 2021: 42

<sup>85</sup> Ivi: 43

<sup>86</sup> Ivi: 47

<sup>87</sup> Le Bon [1895] 1970: 56 e ss.

<sup>88</sup> Freud [1921] 2022: 199

<sup>89</sup> Ibi.

<sup>90</sup> Grimm [2009] 2023: 102

Questi soggetti, che normalmente si configurano in autorità parastatali ed enti affini, irrompono in quello schema verticale di legittimazione della sovranità, ma non lo squarciano.

In qualche modo, infatti, la perdita dell'esclusività legislativa statale<sup>91</sup>, in favore di nuove istituzioni giuridiche indipendenti, ha reso possibile una pluripartizione tra le sfere politiche, ma soprattutto giuridiche, dapprima esaurite nel binomio pubblico/privato.

Questi nuovi enti che si frappongono tra gli Stati e le organizzazioni sovranazionali, come un tempo i partiti si sono frapposti tra i cittadini e lo stato, rappresentano delle istanze, delle esigenze che non sempre riescono ad emergere nella sfera pubblica – a causa dell'affanno burocratico- o in quella privata – a causa della corsa al profitto.

Quindi, un terzo spunto di riflessione potrebbe investire semmai, non tanto la sovranità quale categoria generale da espellere, quanto una sua diversa connotazione alla luce del mutato scenario sociale e politico.

### 3.2 Aspetti di natura contenutistica

L'analisi degli aspetti problematici di natura contenutistica è riconducibile alle tradizionali riflessioni in merito all'effettività e all'efficacia degli apparati sovranazionali.

Nella prospettiva neocostituzionalistica, la massima tutela dei diritti potrebbe realizzarsi solo estendendo il costituzionalismo rigido dagli Stati a tutta la comunità internazionale.

Tuttavia, "l'onnipresente dibattito sulla costituzionalizzazione del diritto internazionale"<sup>92</sup> tende a trascurare le differenze tra una carta costituzionale e lo stato del diritto internazionale.

È certamente vero che molti degli stati costituzionali sono modelli di successo, intendendo per tale, in un discorso sul pacifismo giuridico, la vittoria della pace sulla guerra. D'altra parte, però, la storia occidentale si è spesso contraddistinta per la volontà di esportare modelli politici, forme di stato e di governo. Tale espressione talvolta sottintende un imperialismo culturale e l'imposizione di un modello che dà per scontata la comprensione e l'accettazione di questo da parte di altre culture giuridiche.

In realtà, il modello costituzionale non è una formula che si può imporre. È il frutto di processi politici e storici.

La complessa questione del costituzionalismo globale

"- della società civile globale e della *governance* democratica globale - presenta in sé una duplice difficoltà: se la si intende come proiezione planetaria delle democrazie occidentali è oggi parte del problema, non della soluzione; se la si pensa come democrazia oltre gli Stati è oggetto di molte riflessioni ancora molto astratte, dato che la forma-Stato, per quanto indebolita, resta per ora il nucleo dell'esistenza associata"<sup>93</sup>.

Un secondo aspetto contenutistico attiene, invece, alla difesa delle carte dei diritti.

Questa sarebbe affidata ad una Corte costituzionale sovrastale che "varrebbe a far prendere sul serio i principi e i diritti da tante carte internazionali stabiliti ma rimasti finora, letteralmente, sulla carta"<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> Esposito 2021: 97

<sup>92</sup> Esposito 2021: 106

<sup>93</sup> Galli 2008: 493

<sup>94</sup> Ferrajoli 2022:86

Già ne *La pace attraverso il diritto* Kelsen propose di rendere obbligatoria la giurisdizione della Corte permanente di giustizia internazionale fondata nel 1921 e di istituire una Corte penale internazionale.

Eppure, nel 1945 con la Corte internazionale di giustizia prima e poi nel 1998 con la Corte penale internazionale<sup>95</sup> l'adesione o la ratifica del trattato istitutivo è stata rimessa alla libera scelta degli Stati.

Si pone così nuovamente, anche in una fase successiva all'istituzione, il problema del consenso; con la differenza, in questo caso, che in molti si sono già espressi negativamente sulla possibilità di essere giudicati da una corte internazionale, rifiutandone la giurisdizione.

Non solo, anche a volerne fare un'applicazione generalizzata, sono molte le disfunzioni interne (già accertate e note) alle Corti internazionali<sup>96</sup> che andrebbero comunque risolte in vista di una ipotetica Corte costituzionale sovrastatale.

Un terzo aspetto, strettamente connesso alla difesa dei diritti e alla loro efficacia, attiene all'esecuzione dei provvedimenti giudiziari di condanna di queste istituzioni di garanzia.

Un esempio può tornare utile a capire la limitata potenza operativa della Corte penale, nonché la necessità di una cooperazione assoluta a livello territoriale (o, nello schema attuale, statale).

Il caso riguarda Omar Al-Bashir, ex Presidente del Sudan. Venne accusato di crimini di guerra, di crimini contro l'umanità e di genocidio. Pur avendo la Corte penale internazionale spiccato due mandati di cattura, per dieci anni né la polizia sudanese, né le autorità di polizia degli Stati in cui Al-Bashir si è recato – tra i tanti Camerun, Sudafrica, Ciad, Malawi e Giordania- hanno eseguito il mandato di arresto. Hanno tutte giustificato la violazione dell'obbligo con la Corte (Part 9, art. 86-ss, RS "International Cooperation and Judicial Assistance") con l'obbligo di garantire l'immunità ad un Capo di Stato estero previsto dal Trattato di Vienna del 1962<sup>97</sup>. Non solo, arrestato nel 2019 in seguito ad un colpo di stato, è stato detenuto in Sudan dal 2019 sino a maggio del 2023, quando ha definitivamente abbandonato la prigione di Kober a Khartoum.

Nonostante la condanna, nonostante la gravità degli atti compiuti, non si è riusciti a mettere in atto il mandato di arresto: dell'intervento dell'istituzione di garanzia rimane così solo uno sdegno corale della giustizia internazionale. Allora, tra le altre cose, si renderebbe assolutamente necessaria una modifica all'attuale funzionamento delle giurisdizioni internazionali che non hanno, evidentemente, una presa sulla coscienza collettiva ed una forza cogente tali da affermarsi come primato rispetto all'utilitarismo statale.

Nella previsione di una Corte internazionale con giurisdizione obbligatoria a favore della pace<sup>98</sup> non tener conto di queste ulteriori difficoltà potrebbe causare vizi endogeni che la porterebbero, se non alla deriva, certamente all'inefficacia.

Un quarto aspetto da analizzare è il problema della forza che, tra le altre cose, rappresenta una delle principali differenze tra la sovranità statale e quella sovrastatale. Infatti, "il monopolio della forza continua ad essere di competenza degli Stati"<sup>99</sup>. Sulla scia del progetto kantiano, si è detto che gli eserciti permanenti col tempo dovrebbero sparire; quindi, sarebbe paradossale anche solo pensare un esercito mondiale. L'ipotesi di un esercito permanente in difesa della pace, oltre ad avere una

<sup>95</sup> Nello specifico tra i 32 paesi che non hanno aderito ci sono gli Stati Uniti, la Cina, la Russia, Israele.

<sup>96</sup> Alcune segnalate da Cuno J. Tarfusser già giudice della Corte penale internazionale su *Giurisprudenza penale* 2022/3 in merito alla situazione ucraina, tra cui la legittimità delle indagini (in caso di coinvolgimento di paesi terzi) e quindi il valore giuridico e l'utilizzabilità processuale del materiale probatorio raccolto, nonché la speditezza dei processi.

<sup>97</sup> Questo caso, insieme a quello di Laurent Gbagbo, Presidente della Costa d'Avorio dal 2000 al 2010, e quello di Mu'ammarr Gheddafi vengono riportati nell'articolo già citato del giudice incaricato dei casi, Dott. Cuno J. Tarfusser.

<sup>98</sup> Kelsen 1941.

<sup>99</sup> Esposito 2021: 115

componente linguistica ossimorica, sarebbe comunque poco auspicabile poiché sarebbe una costante esposizione al rischio di degenerazioni armate.

Infine, un'ultima questione da affrontare attiene alle deliberazioni prese in seno agli organi globali che sarebbero istituiti.

L'esperienza offerta a livello internazionale dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite ne è un esempio tragico con riferimento ai diritti umani. Il Consiglio di Sicurezza, infatti, per i primi quarant'anni di vita ha lasciato ad altri organismi (l'Assemblea generale, la Commissione per i diritti umani) la questione dei diritti umani.

“Anche nel periodo successivo alla fine della guerra fredda, però, sarebbe difficile considerare l'azione del Consiglio di Sicurezza in materia di diritti umani efficace o omogenea, come ci ricordano i numerosi fallimenti in Bosnia, Rwanda, Darfur e più recentemente in Siria. E anche quando un'azione è stata decisa, come nel caso della Libia, ad un impegno formale spesso non è corrisposto un impegno politico da parte dei membri del Consiglio di Sicurezza a investire capitale politico e risorse necessarie per la soluzione della crisi”<sup>100</sup>.

La questione del veto dei membri permanenti, la cui minaccia è da sola sufficiente ad evitare che le proposte di risoluzione siano presentate, è stata posta sul tavolo dalla Francia. Questa ha proposto un codice di condotta per impedire “l'utilizzo del potere di veto nei casi di crimini contro l'umanità, crimini di guerra e genocidi”<sup>101</sup>. Inutile dire che non è mai stato approvato. L'analisi dei voti su cui si sono registrati i veti – molto più frequenti negli ultimi anni – ha evidenziato da una parte la crescita della conflittualità e dall'altra l'irrigidimento delle posizioni politiche. Quindi per quanto l'unanimità possa apparire il modo più democratico ed egualitario per prendere delle decisioni programmatiche e di governo, ci si espone al rischio – una volta estesa la platea dei soggetti coinvolti- di strumentalizzazioni e di blocchi istituzionali.

Da ultimo, sarebbe importante riuscire a capire come limitare le derive di potere politiche quale riflesso di determinati equilibri economici.

Infatti, “gli asset economici – e in particolare, anche se non solo, la ricchezza – sono anche asset politici”<sup>102</sup>. Il rischio, in questo caso, è che chi investe di più, avrà più influenza politica nonché una difesa più efficace dei propri interessi. Non tenendo in considerazione questa fonte di disuguaglianza, a lungo termine e in nuovo progetto legittimante, si potrebbero fomentare movimenti antisistema che “facendo leva sull'insoddisfazione generalizzata, mettano a rischio l'esistenza stessa di un regime democratico”<sup>103</sup>.

#### 4. Verso un pacifismo attivo

Gli aspetti sin qui sottolineati attengono al piano delle sovrastrutture. Affrontano alcuni tra i fondamenti giuridici posti alla base della rivoluzione istituzionale evocata dai pacifismi. Eppure, il pacifismo finalistico anteposto a quello giuridico, così come ipotizzato da Bobbio, dunque invertito rispetto al progetto di Ferrajoli, ben potrebbe radicare negli abiti mentali una valutazione utilitaristica sulla guerra.

---

<sup>100</sup> Monteleone 2019: 39

<sup>101</sup> Ibi

<sup>102</sup> Melloni, Soci 2014: 1017

<sup>103</sup> Ivi: 1018

Infatti, perché questa sovrastruttura – con tutte le difficoltà attuative e contenutistiche - possa afferire alla sfera del possibile, è necessario promuovere quel “salto di civiltà”<sup>104</sup> attraverso una partecipazione “d’aspirazioni che rasenta l’entusiasmo e che vale sempre a dimostrare il carattere ‘disinteressato’ e, perciò, ‘morale’ della politica alta, perché a sostegno degli interessi generali”<sup>105</sup>. Prima si cerchi di promuovere la riscoperta della morale negli individui, poi si coinvolgano le istituzioni che – non si può non sottolineare- da questi sono composte.

Probabilmente la ricerca dell’agire disinteressato e di una morale che spinga ad agire, invece di sopportare passivamente gli eventi, non è solo il primo passo da compiere in vista del progetto pacifista. Ben potrebbe considerarsi il fine ultimo di una società eticamente fondata.

È possibile ricondurre molte delle attuali distorsioni ad un’incapacità di anteporre il bene comune al bene individuale. Questa disfunzione, riprodotta in scale sociali diverse dalla piccola comunità di periferia alle istituzioni sovranazionali, ha compromesso il corretto funzionamento degli strumenti democratici, laddove presenti (voto, sindacati, partiti). La correlata crisi dello Stato sociale democratico e della forma rappresentativa da esso proposta “coincide con la crisi delle forme istituzionali di stampo solidaristico”<sup>106</sup>.

La solidarietà è un valore implicitamente federativo<sup>107</sup>. In questo senso, l’istanza solidaristica riesce, meglio di altre, a “mettere in comune” le sfide globali da affrontare, avendo come riferimento la dimensione sociale sostanziale.

Forse può attribuirsi anche all’evoluzione patologica della solidarietà il malfunzionamento delle istituzioni, degli organi e delle carte che, in origine, si erano prefissati come scopo il raggiungimento di molti dei precetti oggi ripresi dal pacifismo giuridico.

Pertanto, senza modificare la causa, investire in rinnovate istituzioni, in nuovi organi, e in nuove carte dei diritti - senza aver risolto il conflitto umano che ha portato quelle attuali a non funzionare – condurrebbe al medesimo effetto.

Se l’Europa continua a rappresentare un modello di successo per certi aspetti, lo stesso non può dirsi per il resto del mondo. La guerra, come “profonda patologia e più esattamente una catastrofe antropologica”<sup>108</sup>, è tornata prepotentemente sullo scenario mondiale e gli accordi presi per scongiurare questa ipotesi si sono rivelati vani.

Sebbene ancora in parte operi il ricordo dei sanguinosi conflitti delle due guerre mondiali, la memoria e l’orrore sembrano sfumarsi.

Le guerre – anche se irrompono nei televisori, negli schermi dei telefoni– appaiono lontane, perché non si avverte alcun senso di appartenenza e di coinvolgimento nel semplice osservare quegli accadimenti. Questo rappresenta una frattura per l’umanità. Questa circostanza rivela una frattura, prima ancora che politica o giuridica, di tipo sociale che attraversa l’umanità. Il senso collettivo di fronte a qualsiasi tragedia si ferma allo sdegno perché il mondo è fatalmente diviso tra vite degne di lutto e vite non degne di lutto.

In questo contesto sociale così avvilente per la natura umana, è difficile svegliare sentimenti di comune appartenenza al genere umano o di solidarietà senza i quali è però impossibile riuscire a creare qualsivoglia progetto di pace e tutelare i diritti umani.

Affinché i diritti fondamentali possano davvero realizzarsi (e quindi generare un divieto di lesione effettivo) sarebbero necessarie norme di attuazione e garanzie attualmente inefficaci. Infatti, tra le tante carte di diritti, anche la Carta dell’Onu, sebbene resti “il lascito più prezioso del secolo

---

<sup>104</sup> Ferrajoli 2022: 134

<sup>105</sup> Ibi.

<sup>106</sup> Lo Giudice 2022: 21

<sup>107</sup> Triggiani 2021: 253

<sup>108</sup> Possenti 2006: 58

passato”<sup>109</sup>, sconta il fatto di aver ricondotto la inviolabilità e universalità dei diritti solo al piano meramente linguistico. Riprendendo le parole di Piero Calamandrei agli studenti milanesi nel 1955 sulla Costituzione, che però ben si adattano alle carte dei diritti, egli disse:

“la costituzione non è una macchina che una volta messa in moto va avanti da sé, la costituzione è un pezzo di carta, la lascio cadere e non si muove, perché si muova bisogna rimetterci dentro ogni giorno il combustibile, bisogna metterci dentro impegno, lo spirito, la volontà di mantenere queste promesse, la propria responsabilità”<sup>110</sup>

Senza le azioni, senza l'impegno politico, qualsiasi diritto è lettera morta. Calamandrei parla dello spirito, della volontà di mantenere le promesse (*pacta sunt servanda*), di responsabilità.

Non c'è ancora una collettività globale che riesca a fomentare questi sentimenti. Non c'è ancora un'idea di comunità tale da giustificare la solidarietà tra estranei. Quindi, in assenza forse di un discorso legittimante condiviso, ci si attesta sulla coesistenza sullo stesso “spazio-terra”.

Si condividono i luoghi, gli spazi, anche alcune problematiche mondiali, ma questo non basta a sentirsi “parte”.

In quest'ottica, hanno giocato un ruolo importante le politiche di arroccamento locale rifiorite negli ultimi anni perché hanno rafforzato l'idea di confine quale strumento escludente. Una vecchia e nota divisione tra ‘chi sta dentro’ e ‘chi sta fuori’ nella dialettica dell'amico/nemico. Nella nostra epoca di globalizzazione, l'eredità del cosmopolitismo imporrebbe un riconoscimento reciproco quali potenziali cittadini e membri della società<sup>111</sup>.

La compassione quale sentimento primo è vinta hobbesianamente dalla paura che non consente di guardare al prossimo come soggetto di diritto, ma solo come una minaccia.

In questo modo, “ogni vincolo ‘naturalmente’ comunitario (ogni ‘naturale’, fraterna prossimità) è reciso e sostituito con il vincolo artificiale del diritto posto dal Leviatano”<sup>112</sup>.

Il diritto, invece di fungere da legame, sembra esigere l'eliminazione dell'idea di comunità e l'espulsione della morale dallo “spazio del diritto, per confinarla nel foro interiore”<sup>113</sup>.

Però, in questo caso, il senso di comunità espunto non genera solo conflitto, ma anche disinteresse e distacco. I conflitti nel sistema sociale trovano dei luoghi nella società in cui risolversi. Mentre il disinteresse è una malattia che affligge la società e che va curata dall'interno.

Richiede molti più sforzi e molti sacrifici da parte di tutti.

Il disinteresse, forse, trova la sua causa primaria nel disvelamento dell'artificialità del legame sociale. L'ambigua natura fittizia che sta alla base del concetto di collettività<sup>114</sup> è stata rivelata e con essa l'interesse individuale diviene il protagonista della (messa in) scena comunitaria, unica riserva certa di autenticità. Il “dono di morte inscritto nella comunità”<sup>115</sup> non è più sufficiente a legittimare un'unione. Non lo sono i poteri, le religioni, non lo sono i confini territoriali. Nessuno dei tradizionali elementi è in grado di rappresentare il fondamento di un sentimento di comunità globale nella cui assenza qualsiasi discorso politico è destinato a rimanere sulla carta.

Anche la pace, così come il diritto o la democrazia, è artificiale e, pertanto, andrà costruita.

---

<sup>109</sup> Ferrajoli 2022: 77

<sup>110</sup> Calamandrei discorso del 26 gennaio 1955: <https://www.youtube.com/watch?v=Fw2s-3ELabU>

<sup>111</sup> Benhabib 2010: 32

<sup>112</sup> Danesi 2004: 305

<sup>113</sup> Ibi.

<sup>114</sup> Preterossi 1999: 424

<sup>115</sup> Ivi: 426

E poiché i processi distruttivi sono molto più rapidi dei processi costituenti, un sentimento che riesca a superare ogni barriera, confine e disuguaglianza, va trovato al più presto.

## BIBLIOGRAFIA

- Andronico A. 2023, *Protect me from what I want*, Catania, Libreria Editrice Torre sas.
- Archibugi D. 1989, “Le utopie della pace perpetua”, *Lettera internazionale: rivista trimestrale europea*, Roma, 22/4.
- Barberis M., “Il neocostituzionalismo, terza filosofia del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1/2012.
- Benhabib S. 2006, *I diritti degli altri*, Milano, Raffaello Cortina Editore.
- Benhabib S., “Cosmopolitismo e Democrazia. Da Kant a Habermas”, *Lettera Internazionale: rivista trimestrale europea*, n.106, 4, 2010. Disponibile: <http://digital.casalini.it/10.1400/153973>.
- Biondo F. 2003, “Retorica della guerra, retorica della pace”, *Ragion Pratica*, Bologna, Il Mulino.
- Bobbio N. (ed.) 1984, *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, Il Mulino.
- Bobbio N. (ed.) 1996, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi.
- Bonfiglio S., “Sulla rigidità delle Costituzioni. Il dibattito italiano e la prospettiva comparata”, *Diritto pubblico*, Bologna, Il Mulino, 1/2015.
- Calabrò G. 1983, *Kelsen e il neokantismo*, in C. Roehrsen (a cura di), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, Roma, Treccani.
- Castelli A., “Sul pacifismo giuridico di Hans Kelsen”, *Politics. Rivista di studi politici*, Editoriale A.I.C., 2/2020.
- Churchill W.S. (ed.) 2003 [1956], *L'età della rivoluzione (Vol.3) Storia dei popoli in lingua inglese*, Milano, Rizzoli Editore.
- Comanducci P. 2002, “Forme di (neo)costituzionalismo: una ricognizione meta-teorica”, in Mazzarese T. (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli.
- Danesi G. 2004, “Diritto e differenza”, *Ragion pratica*, Bologna, Il Mulino, n. 1.
- De Capua R. 2015, “Il modello cosmopolitico di pace perpetua kantiano”, *Kant oggi: omaggio a Santino Lo Giudice*, (a cura di) Cicero E. e Coglitore G., Cosenza, Pellegrini, 2015.
- Del Vecchio G. 1959, *Studi su la guerra e su la pace*, Milano, Giuffrè.
- Del Vecchio G. 1967, *Lo stato moderno e i suoi problemi*, Torino, Giappichelli.
- Dworkin R. 1989, *L'impero del diritto*, Milano, Il Saggiatore.
- Einstein A., Freud S. (ed.) 1979 [1932], “Perché la guerra?”, in Freud S., *Opere*, vol. 11, Torino, Boringhieri.
- Esposito R. (ed.) 2006 [1998], *Communitas*, Bologna, Einaudi.
- Esposito R. 2021, *Istituzione*, Bologna, Il Mulino.
- Ferrajoli L. 2010, “Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista”, *Giurisprudenza costituzionale*, n.3.
- Ferrajoli L. 2020, “Per una costituzione della terra”, *Teoria Politica. Nuova serie Annali [online]*, Marcial Pons, n. 10.

- Ferrajoli L. 2021, *Perché una Costituzione della Terra?*, Torino, Giappichelli.
- Ferrajoli L. 2022, "Il futuro del costituzionalismo", *Costituzionalismo.it*, Editoriale Scientifica, n.2.
- Ferrajoli L. 2022, "Per una Costituzione della terra. L'umanità al bivio", Milano, Feltrinelli.
- Ferraresi F., Forti S., Preterossi G. 1999, "Discussione su 'Communitas' di R. Esposito", *Iride*, Bologna, Il Mulino.
- Freud S. (ed.) 2022 [1921], *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, Torino, Bollati Boringhieri.
- Galli C. 2008, *Democrazia: grandezza, miserie, prospettive*, Bologna, Il Mulino.
- Greco T. 2022, *Bobbio e la pace necessaria*, Bologna, Il Mulino [online]. Disponibile: <https://www.rivistailmulino.it/a/bobbio>.
- Grimm D. (ed.) 2023 [2009], *Sovranità. Origini e futuro di un concetto chiave*, Roma-Bari, Editori Laterza.
- Kant I. (ed.) 2017 [1795], *Per la pace perpetua*, Milano, Feltrinelli.
- Kelsen H. 1920, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr; trad. it. 1989 *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè.
- Kelsen H. 1941, *International Peace by Court or Government? in The American Journal of Society*, Harvard University Press.
- Le Bon G. (ed.) 2004 [1895], *Psicologia delle folle*, Milano, Tea Editore.
- Leopardi G. (ed.) 2019 [1898], *Zibaldone di pensieri*, Milano, Feltrinelli.
- Lo Giudice A. 2012, *La democrazia infondata*, Roma, Carocci Editore.
- Lo Giudice A. 2022, "Paura e terrore nella teoria del diritto di Hobbes", *Teoria e storia del diritto privato [online]*, Numero Speciale Anno 2022.
- Lo Giudice A. 2022, "La parabola della governance democratica e il nodo della legittimazione", *Ragion Pratica*, Bologna, Il Mulino, n. 58.
- Marras A. 2019, "Contro la deriva statalista della Rechtsphilosophie "neohegeliana": la sovranità dell'ordinamento internazionale in Hans Kelsen", *Ordines*, n.1.
- Mbembe A. 2016, *Politiques de l'inimitié*, Parigi, La Découverte.
- Mazzarese T. 2003, "Neocostituzionalismo e positivismo giuridico. Note a margine", *Ragion pratica*, Bologna, Il Mulino, n. 2.
- Mazzarese T. (a cura di) 2022, *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, Torino.
- Melloni N., Soci A. 2014, "Crisi economica e oligarchia politica: il ritorno della disegualianza", *Rivista Il Mulino*, Bologna, Il Mulino, n. 6.
- Menga F. 2021, *L'emergenza del futuro*, Roma, Donzelli Editore.
- Messina G. 2007, "Neocostituzionalismo e democrazia", *AFDUDC*, n. 11: 527-559. Disponibile: <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/2497/AD-11-33.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Mori M. 1995, "Pace e pluralità degli Stati in Kant", *Studi kantiani*, Accademia Editoriale, vol. VIII.
- Mori M. 2008, *La pace e la ragione. Kant e le relazioni internazionali: diritto, politica, storia*, Bologna, Il Mulino.
- Mori M. 2016, "Ancora sul cosmopolitismo kantiano", *Studi Kantiani*, Accademia Editoriale, vol. XXIX.
- Monteleone C. 2019, "I diritti umani come tema conflittuale nel Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite", *Ragion Pratica*, Bologna, Il Mulino.

Oliveri F. 2016, “Quale pacifismo giuridico oggi? Una ricostruzione sistematica a partire da Norberto Bobbio”, *Rivista del Centro interdisciplinare Scienze per la Pace*, Università di Pisa, n. 38.

Pino G. 2007, “Conflitto e bilanciamento fra diritti fondamentali. Una mappa di problemi”, *Ragion Pratica*, Bologna, Il Mulino.

Pino G. 2011, “Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici”, *Giurisprudenza costituzionale*, n. 56(1): 965-997.

Pino G. 2014, “Costituzione, positivismo giuridico, democrazia. Analisi critica di tre pilastri della filosofia del diritto di Luigi Ferrajoli”, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, n.14. Disponibile: [http://www.antonioacasella.eu/archiva/Pino\\_2014.pdf](http://www.antonioacasella.eu/archiva/Pino_2014.pdf).

Pizzorusso A. 1999, *La manutenzione del libro delle leggi e altri studi sulla legislazione*, Torino, Giappichelli.

Possenti V. 2006, “Sovranità, pace, guerra. Considerazioni sul globalismo politico”, *Teoria politica*, XXII, n.1.

Rosenboim O. 2023, “Globalismo attraverso il diritto. Kelsen, lo Stato mondiale e la ricerca della pace”, *Storia del pensiero politico*, Bologna, Il Mulino, n.1.

Rousseau J. (ed.) 2014 [1782], *Le Confessioni*, Milano, Mondadori.

Schiavello A. 2016, “Il c.d. neocostituzionalismo e la conoscenza del diritto”, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo. Disponibile: [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2016\\_n16-1/07-momo-07\\_Shiavello.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2016_n16-1/07-momo-07_Shiavello.pdf).

Silvestrini F. 2013, “Repubblicanesimo necessario, cosmopolitismo flessibile. Da Kant all’Unione Europea”, *Historia Magistra Rivista di storia critica*, Milano, FrancoAngeli Editore, anno V, n.13.

Spoltore F. 1994, “Il federalismo nella storia del pensiero”, *Il federalista*, Pavia, EDIF Editore, n. 3.

Tarfusser C.J. 2022, “Le indagini della Corte Penale Internazionale “Into the situation of Ukraine”- Alcune criticità”, *Giurisprudenza penale web*, n.3. Disponibile: [https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/10/gpt\\_2022\\_1.pdf](https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2022/10/gpt_2022_1.pdf).

Veltri F. 2017, “Visioni di guerra. Simone Weil fra pacifismo assoluto ed equilibrio della forza”, *Iride*, Bologna, Il Mulino, n.3.

Zolo D. 1995, *Cosmopolis*, Milano, Feltrinelli.

Zolo D. 1998, “La filosofia della guerra e della pace in Norberto Bobbio”, *Iride*, Bologna, Il Mulino, n. 1.

Zolo D. 1998, “La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen”, *Filosofia politica*, Bologna, Il Mulino, n. 2.

Zolo D. 1998, “Hans Kelsen: International Peace through International Law”, *European Journal of International Law*, n. 9/2: 306–324.

Elvio Ancona\*

*Quale antropologia per l'IA? Prospettive di ricerca*

ABSTRACT

This essay intends to outline a philosophical-juridical research perspective on the anthropological foundation of the design of Artificial Intelligence (hereinafter AI). In particular, it aims to indicate which anthropological conception should guide the solution of the legal problems connected to the instrumental relationships that are established between AI and human subjects. Pursuing this objective, after having examined the main anthropological conceptions of our time, consequentialism, deontologism and natural law theory, it is argued that a personalist anthropology, supported by a philosophical-dialectical justification, is the one that allows us to look at the human being always also as an end and never simply as a means of intelligent systems. In the conclusions, with the aim of promoting the protection of human dignity, it is proposed to reactivate a philosophical anthropology, and more specifically to rediscover the importance of the philosophy of law, especially with reference to the theory of fundamental rights and the conditions of their protection.

KEYWORDS

Artificial Intelligence, Anthropology, Ethics, Personalism, Person

INDICE

1. Introduzione – 2. L'inversione della relazione mezzo-fine – 3. La necessità di un'indagine antropologica – 4. Quale antropologia? – 5. Un approccio (apparentemente) neutrale: il paradigma dei principi – 6. La prospettiva personalista – 7. La sfida riduzionista – 8. Una diversità irriducibile – 9. Quale personalismo? – 10. Conclusioni: il compito della filosofia.

1. Introduzione

Il presente saggio intende delineare una prospettiva di ricerca filosofico-giuridica sulla fondazione antropologica del *design* dell'Intelligenza Artificiale (di seguito IA). Spesso si parla infatti di etica dell'IA, oppure si considerano i problemi giuridici che l'impiego dell'IA pone quando i soggetti umani ne sono a diverso titolo coinvolti, dai programmatori a coloro che ne subiscono gli effetti o ne conseguono vantaggi. Capita raramente invece di vedere trattata e discussa la concezione antropologica fondamentale che di fatto sorregge tale impiego o quella di cui esso dovrebbe auspicabilmente tener conto. Questa questione per lo più non viene affrontata, in quanto

---

\* Professore associato presso l'Università degli Studi di Udine. E-mail: [elvio.ancona@uniud.it](mailto:elvio.ancona@uniud.it)

ritenuta filosoficamente insolubile e fomite di interminabili e inconcludenti dibattiti. Si preferisce occuparsi delle conseguenze, ritenendo sufficiente, quanto alle premesse, riferirsi ad un generico umanesimo, senza rendersi conto del fatto che esso risulterà inevitabilmente insufficiente quando si tratterà di confrontarsi con le visioni riduzioniste, transumaniste e postumaniste, dotate di un impianto ideologico dalla portata sistematica e onnicomprensiva.

Il presente saggio si propone di affrontare la questione antropologica esaminandone un aspetto specificamente giuridico. In particolare, esso si propone di indicare quale concezione antropologica dovrebbe orientare la soluzione delle problematiche giuridiche connesse alle relazioni strumentali che si instaurano tra l'IA e i soggetti umani.

## 2. L'inversione della relazione mezzo-fine

L'evoluzione dell'informatica, soprattutto quella dell'IA, pone il rapporto tra uomo e tecnica davanti ad una nuova sfida. Come tutti gli strumenti, anche il sistema informatico, infatti, replicando sul piano tecnologico la dialettica hegeliana del servo e del padrone<sup>1</sup>, può asservire colui che dovrebbe servire<sup>2</sup>, con tutte le conseguenze che questo comporta, per esempio in tema di violazione di diritti umani fondamentali. Ma in questo caso sembra che un simile esito nefasto possa dipendere, non da un impiego improprio del mezzo tecnologico da parte dell'uomo, ma dalla sua capacità di divenire fine a sé stesso. E con ciò non ci si riferisce appena al caso estremo della 'singolarità'<sup>3</sup>, quanto piuttosto alla logica intrinseca che lo innerva, la logica di un autosviluppo incessante e soprattutto in-definito. Tale logica, in sé tipica della tecnica moderna<sup>4</sup>, in quanto fatta propria dai sistemi informatici e dall'IA<sup>5</sup>, trova ormai riscontro nella capacità di quest'ultima di agire come soggetto decisore<sup>6</sup>, autonomo<sup>7</sup>, determinante se non altro obiettivi intermedi o

<sup>1</sup> Cfr. Hegel 1973 [1807]: 153 ss.

<sup>2</sup> Lo paventa, con riferimento al dispositivo robotico, Fabris 2018: 50.

<sup>3</sup> Si vedano in proposito, almeno, i fondamentali saggi di Vinge 1993 e Kurzweil 2005.

<sup>4</sup> Lo esprime efficacemente, citando Severino (2008: 37-66), Umberto Galimberti: "L'età della tecnica prende avvio quando l'uso della tecnica non ha più in vista alcuna finalità (neppure il profitto), ma solo il proprio potenziamento. E ciò accade quando appare chiaro che il raggiungimento di qualsiasi fine è subordinato alla disponibilità tecnica, per cui il potenziamento di questa disponibilità finisce con il rappresentare l'unico vero fine" (Galimberti 1999: 399).

<sup>5</sup> Lo evidenzia, questa volta con riferimento ad Heidegger (1988 [1984]), Adriano Fabris, notando come per il filosofo tedesco la cibernetica, la "nuova scienza" che farà da incubatrice dell'IA, costituisca "il momento più avanzato, l'esito più evidente di quel dominio della tecnica in cui sfocia l'intera metafisica occidentale" e in quanto tale finisca per ridurre l'attività umana a qualcosa di funzionale e controllabile dalla macchina: "L'uomo stesso diviene 'qualcosa di pianificato', cioè di controllabile e, posto che una tale riduzione non sia possibile, viene messo fra parentesi quale 'fattore di disturbo' nel calcolo cibernetico" (Fabris 1988: 10-11).

<sup>6</sup> Cfr. Simoncini 2019: 69: "Il fatto è che oggi la tecnologia (o per utilizzare la terminologia che propongo, il potere *cibernetico*) non è più soltanto un 'mezzo' per realizzare un corso di azioni deciso da un soggetto agente umano, ma, sempre più spesso, è *essa stessa a prendere decisioni rilevanti per la persona umana e la sua libertà*. Alla macchina non si chiede di realizzare ciò che un soggetto ha deciso, ma le si chiede di decidere, autonomamente".

<sup>7</sup> Per il significato che assume l'"autonomia" nel presente contesto si rinvia ai *consideranda* contenuti nella *Carta della robotica* approvata dal Parlamento Europeo nel febbraio 2017: "l'autonomia di un robot può essere definita come la capacità di prendere decisioni e metterle in atto nel mondo esterno, indipendentemente da un controllo o influenza esterna; [...] tale autonomia è di natura puramente tecnologica e il suo livello dipende dal grado di complessità con cui è stata progettata l'interazione di un robot con l'ambiente" (P8\_TA [2017] 0051). Sulle diverse concezioni e tipologie di "autonomia" delle macchine dotate di IA, cfr. Casadei e Pietropaoli 2021: 228-9. Sulla qualificazione dell'"autonomia" dell'IA come «autonomia funzionale», cfr. Quintarelli (cur.) 2020: 78. Per alcune riserve, infine, sull'applicabilità del termine alle macchine in generale, si vedano le osservazioni di Palazzani 2020: 78-79.

individuante finalità subordinate<sup>8</sup>, e quindi ultimamente in grado di strumentalizzare, almeno entro questi limiti, i soggetti di cui dovrebbe essere lo strumento<sup>9</sup>. Vale la pena di riportare al riguardo l'efficace sintesi di Rosaria Piroso:

“Le teorie critiche sulla tecnoregolazione prefigurano l'avvento di ‘master algorithms’ capaci di orientare i processi decisionali senza l'*input* o il controllo umano verso un'‘algorithmic governance’ o un'‘algocracy’ che, nella dimensione attuale, si manifesta nel fatto che gli algoritmi sono crescentemente utilizzati, a prescindere da una determinazione personale volontaria e più o meno consapevole, per persuadere, presentare parametri di valutazione, guidare e al fine di provocare, controllare, manipolare e coartare il comportamento umano. Emerge, dunque, una normatività diversa da quella giuridica in cui l'algoritmo si estrinseca non soltanto nella sua funzione ‘predittiva’, ma anche, come mostrano gli strumenti computazionali, nella sua portata prescrittiva e, di conseguenza, ‘veridittiva’. L'impiego di reazioni, interazioni e comportamenti umani nel funzionamento algoritmico, infatti, capovolge la relazione ‘utilizzatore-utilizzato’ rappresentando un tassello fondamentale nella complessa dinamica tecnoregolativa”<sup>10</sup>.

Le conseguenze in termini di violazione della dignità e di diritti umani fondamentali cominciano già a manifestarsi chiaramente<sup>11</sup>, aggravate dall'opacità dei processi decisori dell'IA<sup>12</sup>. Scrive in proposito Laura Palazzani: “L'aumento del potere tecnologico sull'umano apre nuove opportunità, ma anche sfide, rendendo l'uomo sempre più vulnerabile, esponendolo a nuove forme di strumentalizzazioni e discriminazioni”<sup>13</sup>. Si parla del resto di ‘nuovi diritti’ che garantiscano una collaborazione uomo-macchina, che non sia sostitutiva o asservente nei confronti dell'operare umano<sup>14</sup>.

Si manifesta dunque, soprattutto da un punto di vista giuridico, la necessità di un'indagine che consideri l'interazione tra sistemi artificiali ed esseri umani nella prospettiva della relazione mezzo-fine. Un'indagine siffatta, però, non può limitarsi solamente agli aspetti tecnologici, giuridici e nemmeno filosofici di una corretta impostazione di questa relazione e delle conseguenze tragiche della sua inversione. Deve essere innanzitutto un'indagine di orientamento antropologico.

### 3. La necessità di un'indagine antropologica

È chiaro, infatti, che il soggetto umano è interessato non solo in quanto programmatore o fruitore delle operazioni svolte dal sistema informatico, ma innanzitutto in quanto, come ogni artefatto, anche questo tipo di sistema, anche l'IA, reca in sé quella che abbiamo chiamato la “traccia indelebile dell'origine”<sup>15</sup>. Per quanto esso sia in grado di operare autonomamente, non può togliersi di dosso il ‘marchio di fabbrica’, la dipendenza dalla mente dell'artefice, colui che gli ha dato vita

<sup>8</sup> Il *modus operandi* dell'IA può essere ben illustrato da quello dei sistemi robotici, come i veicoli a guida autonoma e le armi autonome. Si veda al riguardo l'ampia e variegata casistica esaminata in Tamburrini 2020.

<sup>9</sup> Su questo rischio, cfr. Head 2014.

<sup>10</sup> Piroso 2021: 280-281. Per un approfondimento sul concetto di ‘algocracy’, si veda Danaher et al. 2017.

<sup>11</sup> Si pensi al caso dell'algoritmo dei riders (cfr. Tribunale di Bologna, n.r.g. 2949/2019) o degli insegnanti (cfr. Tar Lazio Sez. III bis n. 3769/2017; n. 9224-0230/ 2018) o all'ancor più celebre caso statunitense dell'algoritmo “Compass” (cfr. State Vs. Loomis, 881 N.W.2d 749 [Wis. 2016]).

<sup>12</sup> Ci si riferisce al fenomeno noto come ‘black box’, per il quale si rimanda, *in primis*, a Knight 2017.

<sup>13</sup> Palazzani 2020: 68.

<sup>14</sup> Cfr. *ivi*: 75 ss.

<sup>15</sup> Cfr. Ancona 2019: 83.

conferendogli il proprio patrimonio genetico, non può liberarsi dal vincolo rappresentato da tale soggettività<sup>16</sup>, non tanto come limite operativo, quanto in relazione alle finalità sue proprie. Questo, se non altro, è esemplificato dalla dipendenza, mediata o immediata, dell'IA dal costruttore umano; così come del resto avviene per qualsiasi altro prodotto tecnologico:

“Sarebbe un grave errore separare il lavoro produttivo dalle convinzioni morali, dai pregiudizi e dalle peculiarità che contraddistinguono la visione del mondo di chi lo svolge. Tra le due sfere – tra ciò che si pensa e ciò che si fa – esiste una relazione complessa e la commistione di caratteri tecnici e etico-sociali è una condizione ineliminabile della produzione di strumenti. Cosa ancora più vera nel caso dell'Intelligenza Artificiale”<sup>17</sup>.

Ma allora diventa indispensabile tornare a interrogarsi sull'essere umano, su ciò che lo caratterizza e lo determina ontologicamente, ma anche su come deve concepirsi per poter continuare a usare le macchine, questa specie di macchine soprattutto, senza divenirne schiavo. “Una cosa è certa: - scrive Remo Bodei - che più si impone l'automatismo, più siamo obbligati a non essere noi automatici e a sviluppare la coscienza accanto alla conoscenza”<sup>18</sup>.

#### 4. Quale antropologia?

Non possiamo a questo punto evitare un cenno alle concezioni antropologiche su cui si basano le principali teorie etiche contemporanee (utilitarismo, deontologismo e giusnaturalismo, per limitarsi alle più importanti)<sup>19</sup> e al differente impatto che possono avere sulla strutturazione dell'interazione tra soggetti artificiali e umani dal punto di vista della relazione mezzo-fine.

Limitiamoci a considerare le principali, a titolo esemplificativo. Tutte sono apparse gravate da importanti criticità e sono state ripensate in modo da poterle superare<sup>20</sup>.

L'*utilitarismo* va incontro ad un'obiezione ormai classica: la più grande felicità del maggior numero di persone può realizzarsi a scapito dell'infelicità di alcuni, dei loro diritti e istanze. A tale obiezione risponde quello sviluppo dell'utilitarismo meglio noto come consequenzialismo: esso, infatti, distingue scopi che sono beni in senso empirico (riguardanti il benessere fisico e materiale) e scopi che sono beni in senso propriamente razionale e morale. Il consequenzialismo tende così a coincidere con il teleologismo, che supera l'obiezione classica nella misura in cui riconosce fini che vanno perseguiti indipendentemente dai vantaggi personali o collettivi che si possono conseguire.

---

<sup>16</sup> Remo Bodei (cfr. Bodei 2019: 299-300, n. 6) ricorda in proposito i versi del coro delle macchine di Kipling: “Anche se il nostro fumo adesso nasconde il cielo ai vostri occhi / Presto svanirà e le stelle torneranno a brillare / Perché con tutta la nostra potenza e il peso e la grandezza che abbiamo / Noi non siamo altro che figlie del vostro sapere!” (traduzione dal poema *The Secret of the Machines*, raccolto in Eliot 1961: 293-294).

<sup>17</sup> Quintarelli (cur.) 2020: 95.

<sup>18</sup> Bodei 2019: 329.

<sup>19</sup> Per un quadro sintetico, cfr. Fabris 2018: 27-28. Secondo una formulazione più diffusa le tre teorie normative fondamentali sono il consequenzialismo, il deontologismo e l'etica delle virtù. Come presto vedremo, le due classificazioni non sono affatto incompatibili, potendosi ritenere consequenzialismo ed etica delle virtù sviluppi o varianti rispettivamente dell'utilitarismo e del giusnaturalismo. Per maggiori approfondimenti sulle concezioni di questo secondo gruppo, cfr. Baron, Pettit, and Slote, 1997. Per una presentazione più ampia e articolata delle molteplici teorie impegnate nel dibattito contemporaneo sull'etica normativa, si rinvia infine ai saggi raccolti in Singer (ed.) 2006: xi-xiii, 159 ss.

<sup>20</sup> Si vedano in proposito, soprattutto in riferimento a quanto segue nel testo, le considerazioni sviluppate in Da Re 2010: 83-106.

Il *deontologismo*, stabilendo il primato della legge e del dovere sul bene, va incontro alle obiezioni del formalismo e, in situazioni morali particolarmente complesse, del rigorismo. A tali obiezioni rispondono le teorie che hanno cercato di riproporre l'impianto deontologico sostituendo a leggi e doveri principi personalistici, come il rispetto della dignità dell'uomo e dei suoi diritti fondamentali.

Il *giusnaturalismo* è spesso visto come richiamantesi a un codice di leggi generali e immutabili, astratto dall'esperienza e pregiudicato da *bias* metafisici o religiosi. Questa è però solo una particolare specie di giusnaturalismo, di impronta essenzialmente normativista. Il giusnaturalismo può anche essere espresso come una teoria dei beni umani e del ragionamento pratico per conseguirli, ovvero come una teoria delle virtù e dell'uomo buono, o ancora come una concezione personalista, basata sul riconoscimento delle caratteristiche di razionalità e libertà dell'essere umano, e della sua capacità di perseguire autonomamente finalità proprie.

Quale tra queste concezioni potrebbe meglio supportare una prospettiva orientata al recupero della centralità del soggetto umano nell'impiego delle tecnologie informatiche e dell'IA? Di quale antropologia abbiamo bisogno? Lasciamo per il momento aperta la domanda, limitandoci a sottolineare la sua essenzialità, e la sua imprescindibilità.

## 5. Un approccio (apparentemente) neutrale: il paradigma dei principi

Proprio la riluttanza a impegnarsi con un preciso orientamento antropologico può aver indotto alcuni autori a propendere per un modello neutro, basato su alcuni principi etici fondamentali, per lo più utilizzati nelle numerose dichiarazioni per lo sviluppo di un'IA socialmente vantaggiosa. Emblematico è il caso di Luciano Floridi che nella sua recentissima *Etica dell'intelligenza artificiale*<sup>21</sup> illustra cinque principi comuni ai sei documenti di maggior profilo da poco elaborati dagli esperti del settore<sup>22</sup>: segnatamente, i principi di beneficenza, non maleficenza, autonomia, giustizia ed esplicabilità<sup>23</sup>.

Anche quest'approccio presenta tuttavia notevoli criticità. In primo luogo, come rileva lo stesso Floridi, questi principi sono ricavati da documenti elaborati "all'interno delle democrazie liberali occidentali", mentre vi sono regioni e culture che non vi sono "attualmente rappresentate o sono sottorappresentate"<sup>24</sup>. In secondo luogo, - è ancora Floridi che lo sottolinea - la loro universalità può essere messa in discussione anche da un altro punto di vista: "il significato di fondo di ciascuno dei principi è contestato, in quanto termini simili sono spesso usati per significare cose diverse"<sup>25</sup>. Infine, come spesso capita nel diritto costituzionale, si possono determinare situazioni in cui due o più principi si trovano a collidere tra loro, facendo insorgere, in relazione ai rispettivi assetti

<sup>21</sup> Floridi 2022.

<sup>22</sup> Floridi (cfr. *ivi*: 94-95) indica le seguenti come "le serie di principi più influenti per l'IA": i *Principi di Asilomar per l'IA* (Future of Life Institute, 2017); i principi contenuti nella *Dichiarazione di Montreal per l'IA responsabile* (University of Montréal, 2017); i principi contenuti nella seconda versione di *Ethically Aligned Design: A Vision for Prioritizing Human Wellbeing with Autonomous and Intelligent Systems* (IEEE, 2017); i principi contenuti nella *Dichiarazione su intelligenza artificiale, robotica e sistemi autonomi* (EGE, 2018) pubblicata dal Gruppo europeo sull'etica della scienza e delle nuove tecnologie della Commissione Europea; i "cinque principi generali per un codice di intelligenza artificiale" offerti nel rapporto *AI in the UK: Ready, Willing and Able?* (House of Lords – Artificial Intelligence Committee, 2017, § 417); i *Principi di partenariato dell'IA* (Partnership on AI, 2018).

<sup>23</sup> Cfr. Floridi 2022: 93-105. Per una trattazione più puntuale e approfondita, si veda Floridi et al. 2018.

<sup>24</sup> Floridi 2022: 102.

<sup>25</sup> *Ivi*: 96.

normativi, un “conflitto di doveri”<sup>26</sup>, o quantomeno di diritti. In questi casi, risulta evidente che non si tratta di stabilire a priori una regola di precedenza, né di riconoscere, all’esito di un bilanciamento, il principio di volta in volta prevalente. Quand’anche fosse, per giustificare una soluzione di questo tipo in modo convincente, occorrerebbe comunque disporre di una concezione unitaria e inclusiva dell’essere umano, dell’umanità nel suo complesso, dei suoi valori e scopi, che sia in grado di garantirne la superiorità e che a sua volta dimostri la propria validità, e preferibilità rispetto alle prospettive concorrenti, precisamente sottoponendosi al *test* circa la capacità di fornire risposte soddisfacenti alle problematiche connesse alla guida dell’IA, secondo una modalità tale per cui – per richiamare una nota formula<sup>27</sup> - la stessa umanità, in tutti i suoi membri e in tutte le sue fasi, forme e condizioni, possa essere trattata sempre anche come fine e mai semplicemente come mezzo.

## 6. La prospettiva personalista

Giunti a questo punto, potrebbe sembrare di trovarci ancora nelle nebbie, data la molteplicità di concezioni antropologiche esistenti e ugualmente adattabili al nostro scopo, parimenti sostenibili con validi argomenti e contestabili con obiezioni altrettanto valide. A ben vedere, tuttavia, qualche indicazione può essere ricavata dalla rassegna che ne abbiamo fatto.

Possiamo ritenere che, in una prospettiva orientata al recupero della centralità del soggetto umano nell’impiego delle tecnologie informatiche e dell’IA, non sembra poter essere adottata un’antropologia derivante da una visione utilitarista (in quanto essa determinerebbe la strumentalizzazione o l’asservimento di almeno alcuni esseri umani<sup>28</sup>), e neppure un’antropologia deontologista, imperniata sul rispetto di determinate regole (in quanto finirebbe per basarsi su un’assiologia particolare e risulterebbe quindi inevitabilmente oppressiva o discriminatoria nei confronti delle altre<sup>29</sup>) o giusnaturalista (perlomeno nella versione normativista, per l’astrattezza che il suo universalismo necessariamente comporterebbe<sup>30</sup>). Si potrebbe piuttosto ipotizzare che un’antropologia *personalista*<sup>31</sup>, sostenuta da una giustificazione filosofico-dialettica<sup>32</sup>, sia quella che consente di guardare all’essere umano non semplicemente come fine, ma come un fine che è

<sup>26</sup> Cfr. Grandi e Scantamburlo 2021: 50.

<sup>27</sup> Ci si riferisce evidentemente alla formula del secondo imperativo categorico kantiano: “Agisci in modo da trattare l’umanità, così nella tua persona come nella persona di ogni altro, sempre anche come fine, mai semplicemente come mezzo” (Kant 1997 [1785]: 91). Si noti come Kant, utilizzando l’espressione “mai semplicemente” (*niemals bloß*), manifesti la consapevolezza accorta e prudente che nelle relazioni sociali l’umanità possa essere trattata ‘anche’ come ‘mezzo’, ma nello stesso tempo escluda ‘categoricamente’ che possa essere trattata ‘semplicemente’ come tale. Circa la convergenza sul punto tra concezione kantiana e concezione aristotelica, si veda ancora Da Re 2010: specialm. 89-90.

<sup>28</sup> Cfr. Fabris 2021: 112.

<sup>29</sup> Cfr. Quintarelli (cur.) 2020: 98.

<sup>30</sup> Cfr. Grandi e Scantamburlo 2021: 50.

<sup>31</sup> Si noti che con questa espressione ci si riferisce ad un’antropologia della persona in generale e non al ‘personalismo’, inteso come corrente di pensiero sviluppatasi in Europa, soprattutto in Francia, nel secolo scorso, tra il primo e il secondo dopoguerra. Riguardo a quest’ultimo vanno richiamate le critiche di Berti, il quale opportunamente sottolinea come i filosofi ‘personalisti’ tendessero a concepire la persona come attività, negandole la sostanzialità, e così escludendo dal suo campo semantico quegli esseri umani che tale attività attualmente non svolgono, o non possono svolgere (cfr. Berti 1993b).

<sup>32</sup> Si veda, quale esemplificazione di tale giustificazione, Berti 1993a: 13-25.

fine a sé stesso, e che quindi è chiamato a realizzarsi finalisticamente<sup>33</sup>. Come ci ha insegnato la tradizione aristotelica, infatti, “la natura umana personale è teleologicamente orientata alla realizzazione di sé”<sup>34</sup> e non può quindi subordinarsi a sistemi tecnologici che in qualsiasi modo, per qualsiasi motivo, precludano, o riducano, questa possibilità. Verso un’antropologia di questo tipo, del resto, sembrano convergere le revisioni delle principali concezioni antropologiche che abbiamo pocanzi richiamato (§4).

## 7. L’insidia riduzionistica

Solo un’antropologia personalista risulta del resto in grado di fronteggiare la più minacciosa insidia del nostro tempo. Per quanto risalente perlomeno agli scritti di Lamettrie<sup>35</sup>, assistiamo infatti oggi al diffondersi ormai quasi onnipervasivo della tendenza a concepire l’essere umano come una macchina, sebbene ancora imperfetta. Come osserva Federico Faggin, uno dei grandi pionieri della civiltà informatica in cui viviamo,

“la maggior parte degli scienziati crede che siamo solo macchine: sofisticati sistemi di elaborazione delle informazioni basati su *wetware*. Ecco perché pensano che sarà possibile realizzare macchine che supereranno gli esseri umani. Credono che la coscienza emerga solo dal cervello, che sia prodotta da qualcosa di simile al software che funziona nei nostri computer. Pertanto, con un software più sofisticato, i nostri robot finiranno per essere consapevoli”<sup>36</sup>.

Ciò di cui parla Faggin, in effetti, è l’esito di una particolare linea di sviluppo della civiltà dell’informazione, precisamente quella che origina dal progetto cibernetico di Norbert Wiener. Come risulta dal suo testo fondativo del 1948, *Cybernetics, or Control and communication in the animal and the machine*<sup>37</sup>, il matematico statunitense riteneva che esseri viventi e macchine fossero accomunati da un’identica struttura informazionale, misurabile e controllabile dalla nuova scienza da lui scoperta. Due anni dopo, in *The human use of human being*, questa tesi verrà estesa alle organizzazioni sociali, in cui le persone si trovano inserite come parti dello stesso meccanismo. L’opera, tuttavia, si conclude con la seguente amara constatazione:

“Ho parlato di macchine, ma non soltanto di macchine che possiedono cervelli di ottone e muscoli di ferro. Allorché le persone umane sono organizzate nel sistema che le impiega non secondo le loro piene facoltà di esseri umani responsabili, ma come altrettanti ingranaggi, leve e connessioni, non ha molta importanza il fatto che la loro materia prima sia costituita da carne e sangue. Ciò che è usato come un elemento di una macchina, è un elemento nella macchina”<sup>38</sup>.

Wiener, dunque, è ben lungi dall’essere un entusiasta propugnatore della ‘civiltà delle macchine’, appare anzi perfettamente consapevole delle tragiche conseguenze che deriverebbero da

---

<sup>33</sup> Si noti qui la convergenza con la prospettiva già richiamata (vedi, *supra*, n. 27) dell’imperativo kantiano, pur basato su un impianto teorico, formalistico-trascendentale, completamente diverso.

<sup>34</sup> Palazzani 1996: 257.

<sup>35</sup> Cfr. Lamettrie 1955 [1748]. Circa le più remote origini cartesiane del paradigma meccanicista, si vedano i saggi raccolti in Bonicalzi (cur.) 2006.

<sup>36</sup> Faggin 2019: 317-318.

<sup>37</sup> Cfr. Wiener 2017 [1948].

<sup>38</sup> Wiener 2012 [1950]: 228-229.

un 'cattivo' "uso umano degli esseri umani". Eppure, è proprio dal suo progetto che ha preso forma un mondo in cui naturale e artificiale tendono sempre più a confondersi, tutto è ridotto a informazione, e il singolo uomo, svuotato della sua corporeità e interiorità, non può essere altro che "uno degli innumerevoli snodi comunicativi della rete globale"<sup>39</sup>. Ciò, del resto, è inevitabile. L'essere umano, concepito come una macchina, non può che subordinarsi alle macchine più potenti, che siano sistemi sociali o le IA più evolute, e questo indipendentemente dal fatto che tale subordinazione si realizzi consapevolmente, come nelle teorie del trans-umanesimo e del post-umanesimo<sup>40</sup>, o inconsapevolmente, come nelle visioni distopiche dei tecnotalitarismi<sup>41</sup>.

### 8. Una diversità irriducibile

Ma l'uomo è solo questo?

Scriva ancora Faggin che se crediamo di essere solo macchine classiche, "rischiamo di diventare sempre più disconnessi dai nostri sentimenti più profondi, dando sempre più validità ai simboli astratti in un mondo superficialmente razionale e meccanico e divorziato sempre di più dal significato e dai valori umani"<sup>42</sup>. Ridotti a sistemi informatici senza significato, insieme al significato perdiamo la capacità di agire coscientemente e liberamente<sup>43</sup>.

Eppure, sta proprio in questo agire cosciente e libero la differenza principale tra il nostro e il modo di essere tipico delle macchine. Esse ne sono prive. Come abbiamo visto<sup>44</sup>, se parliamo di 'autonomia' delle macchine lo possiamo fare solo in senso metaforico e dobbiamo quindi precisare accuratamente cosa intendiamo quando usiamo questa espressione a loro riguardo. Nel presente frangente ci può aiutare a comprenderlo meglio una notazione di Adriano Fabris:

"Potremmo dire che la macchina [...] è certamente in grado di *auto-regolare* i propri processi, ma non è capace di *auto-regolarli*. È questo il significato specifico, e il limite, della sua 'autodeterminazione'"<sup>45</sup>.

Ciò ha importanti implicazioni sotto il profilo giuridico. A differenza di quanto accade nei dispositivi artificiali, perfino nelle IA più evolute, l'essere umano ha la possibilità di aderire o meno alle regole che gli sono date, di metterle addirittura in questione, optando eventualmente per regole differenti. Ma soprattutto, anche quando segue una regola, ha la capacità di farlo consapevolmente e responsabilmente, cogliendone e accettandone il significato, assumendolo come motivazione della propria azione<sup>46</sup>.

Questa peculiarità del modo umano di stare di fronte al diritto richiede indubbiamente un'antropologia personalista per essere giustificata. Solo un'antropologia della persona che garantisca la sua irriducibilità all'operare della macchina, appare in grado di far sì che essa, anche

---

<sup>39</sup> Leonzi e Ciofalo 2017: 21.

<sup>40</sup> Si veda in proposito, per una panoramica, Ranisch and Sorgner (ed.), 2014.

<sup>41</sup> Cfr. sul punto Anders 2003: 58.

<sup>42</sup> Faggin 2019: 281.

<sup>43</sup> "Questo perché – osserva Faggin - l'informazione astratta senza significato che descrive il campo quantistico della fisica non può descrivere l'informazione inseparabile dal suo significato che esiste nei sé coscienti ed è controllata dal loro libero arbitrio" (ivi: 274).

<sup>44</sup> Cfr., *supra*, nota 7.

<sup>45</sup> Fabris 2018: 78.

<sup>46</sup> Insiste su queste implicazioni Fabris 2018: 120-121.

sotto il profilo giuridico, possa continuare ad essere trattata, in tutti i suoi membri e in tutte le sue fasi, forme e condizioni, come fine e non semplicemente come mezzo.

## 9. Quale personalismo?

Proprio a questo proposito si pongono tuttavia ulteriori questioni. Esistono infatti diverse specie di personalismo, ciascuna facente leva su un particolare aspetto della soggettività umana<sup>47</sup>. Di quale personalismo abbiamo dunque bisogno? Appare evidente che ne occorra uno che risulti quantomeno compatibile con la concezione dell'essere umano sopra (§6) delineata. Ma cosa significa questo in concreto? Quali caratteristiche sono necessarie per poter parlare di "persona" nel senso indicato? Un'indicazione importante al riguardo ci viene da Tommaso d'Aquino, il quale rielabora l'antica definizione boeziana, "*rationalis naturae individua substantia*"<sup>48</sup>, sottolineando la suprema eccellenza di un essere così concepito e motivandola con il suo carattere di soggetto *subsistens*, ovvero esistente in sé e per sé:

*"persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura"*<sup>49</sup>; *"modus existendi quem importat persona est dignissimum, ut scilicet qliquid per se existens"*<sup>50</sup>.

Orbene, mentre l'essere *subsistens* indica l'essere in sé, non in altro, quindi l'essere sostanza, soggettività, non l'essere espressione o accidente di altro, viceversa l'essere *per se existens* indica l'essere per sé, l'essere in vista di sé, non in vista di altro, cioè l'essere fine, non mezzo.

La persona umana, dunque, benché dipendente da altro, essendo stata creata da Dio, è sussistente in sé ed esistente per sé, poiché dal Creatore è stata dotata di un essere ad essa proprio (*subsistens*) e di un fine ad essa intrinseco (*per se existens*)<sup>51</sup>.

Notiamo poi che la *perseità* della persona, il suo essere *per se existens*, trova compiuta possibilità di attuazione nella *razionalità* della sua *natura*, ovvero nella sua capacità di riflettersi come essere intelligente e libero, e quindi di autodeterminarsi in vista della propria realizzazione, del proprio compimento, della propria felicità, ovvero, per dirla con una parola, di trattarsi come "fine"<sup>52</sup>.

Dopo la crisi in cui è entrata in epoca moderna<sup>53</sup>, ci si può evidentemente chiedere se la concezione boeziano-tomista della persona sia riproponibile ai nostri giorni, così come si può discutere sull'accettabilità delle nozioni metafisiche implicate da questa concezione. Eppure, proprio dal dibattito contemporaneo<sup>54</sup> sembra emergere la necessità di ricorrere a tali nozioni se si vuole fornire adeguato fondamento ad una concezione dell'essere umano quale soggetto di diritti incompressibili, indisponibile a qualsiasi strumentalizzazione e manipolazione, anche tecnologica<sup>55</sup>.

<sup>47</sup> Si rimanda in proposito a quanto detto *supra* in §6, n. 31. Per ulteriori approfondimenti si veda De Anna 2007.

<sup>48</sup> Boezio 1979: 326 [*Contra Eutychem et Nestorium*: III, 1-6]

<sup>49</sup> Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae* I, q. 29, a. 3.

<sup>50</sup> Tommaso d'Aquino, *De Potentia*, q. 9, a. 4.

<sup>51</sup> Cfr. Berti 1993b: 32. Si veda anche, per una trattazione sistematica, Degl'Innocenti 1967.

<sup>52</sup> Cfr. Berti 1993b: 44-45.

<sup>53</sup> Cfr., per uno sguardo sintetico, De Anna 2007: 95 ss.

<sup>54</sup> Si veda per tutti, nell'ambito della filosofia anglo-americana di tradizione analitica, Strawson 2008: 95-121.

<sup>55</sup> Il punto è sviluppato in Berti 2004.

### 10. Conclusioni: il compito della filosofia

Emerge, in ogni caso, l'importanza di tornare a riflettere sulla natura dell'essere umano: se pensiamo, come si dice spesso<sup>56</sup>, all'IA come “uno specchio in cui guardiamo noi stessi”, allora “la bellezza o la mostruosità dell'immagine riflessa dipende forse interamente da noi”<sup>57</sup>. In fondo, potremmo anche vedere l'IA semplicemente come un'occasione e un banco di prova per una rinnovata ricerca filosofica su chi siamo.

Mai come ora, dunque, occorre capire chi è l'uomo e come deve essere trattato per salvaguardarne la dignità. Da qui la necessità di “rispettare l'ecologia umana»: tenere l'uomo «al centro della riflessione e come fine che qualifica il progresso” delle tecnologie informatiche, come scrivono Paolo Benanti e Sebastiano Maffettone<sup>58</sup>. Da qui anche la necessità di riattivare un'antropologia filosofica, e, più in generale, di riscoprire l'importanza della filosofia. Come scrive Bodei:

“il bisogno di comprendere i fini, oltre che i mezzi delle nuove tecnologie e delle loro ricadute sull'individuo, la società e la storia, sta inducendo le comunità scientifiche e le industrie ad accorgersi, come effetto collaterale, dell'utilità delle discipline umanistiche e, in particolare, della filosofia”<sup>59</sup>.

Soprattutto – potremmo aggiungere – della filosofia del diritto, che assume in questa prospettiva uno specifico rilievo, se non altro con riferimento alla teoria dei diritti fondamentali e alle condizioni della loro tutela.

Non basta semplicemente pensare a un umanesimo digitale, o a un'IA antropocentrica<sup>60</sup>. Già questa ormai non si può considerare più una prospettiva scontata, se solo si pensa alle visioni del transumanesimo e post-umanesimo. Ma anche rimanendo all'interno dell'orizzonte umanista, si tratta di interrogarsi su quale tipo o concezione di essere umano dovremmo adottare come modello di riferimento. Se sia ancora opportuno continuare a perseguire l'ideale utilitarista, inevitabilmente strumentalizzante almeno alcuni dei soggetti umani coinvolti, quello normativista, nelle sue varianti deontologista e naturalista, comunque insoddisfacenti – per parzialità o astrattezza - sul piano operativo, oppure se non sia necessario recuperare la prospettiva personalista, perlomeno in una versione che consenta all'essere umano di venire sempre trattato, in tutti i suoi membri e in tutte le sue fasi, forme e condizioni, anche come fine e mai semplicemente come mezzo.

---

<sup>56</sup> Si veda in proposito, per una disamina dei significati che può assumere questa immagine, Fabris 2021: 26 ss.

<sup>57</sup> Quintarelli (cur.) 2020: 100.

<sup>58</sup> Cfr., su questi temi, Benanti e Maffettone 2022: 29.

<sup>59</sup> Bodei 2019: 308-309.

<sup>60</sup> Sull'argomento esiste già un'ampia bibliografia. Segnalo in generale: Ford, Hayes, Glymour, and Allen 2015; Wei Xu 2019; Zhang, Bellamy, and Varshney 2020. In particolare, sui temi del *machine learning* e dell'*explainability*, si vedano: Riedl 2019; Springer 2019; Ehsan and Riedl, 2020. Può essere utile, infine, consultare il sito dello Stanford Institute for Human-Centered Artificial Intelligence (<https://hai.stanford.edu/>).

BIBLIOGRAFIA

- Ancona E. (cur.) 2019, “Soggettività, responsabilità, normatività 4.0. Profili filosofico-giuridici dell’intelligenza artificiale”, *Rivista di filosofia del diritto*, 8: 81-85.
- Anders G. 2003 [1964], *Noi figli di Eichmann*, trad. di A.G. Saluzzi, Firenze: Giuntina.
- Baron M.W., Pettit P., Slote M. 1997, *Three Methods of Ethics*, Oxford: Blackwell.
- Benanti P., Maffettone S. 2022, “Decisioni politiche e sostenibilità digitale”, in P. Severino (cur.), *Intelligenza artificiale. Politica, economia, diritto, tecnologia*, Roma: Luiss University Press: 9-30.
- Berti E. 1993a [1991], “L’etica alla ricerca della persona”, in E. Berti, *Soggetti di responsabilità. Questioni di filosofia pratica*, Reggio Emilia: Diabasis: 13-25.
- Berti E. 1993b [1992], “Il concetto di persona nella storia del pensiero filosofico”, in E. Berti, *Soggetti di responsabilità. Questioni di filosofia pratica*, Reggio Emilia: Diabasis: 27-49.
- Berti E. 2004, “Persona, scienza e tecnica”, in G. Galeazzi e B.M. Ventura (cur.), *Filosofia e scienza nella civiltà tecnologica*, Milano: F. Angeli: 171-183.
- Bodei R. 2019, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Bologna: Il Mulino.
- Boezio, Severino M. 1979, *La consolazione della filosofia. Gli opuscoli teologici*, Milano: Rusconi.
- Bonicalzi F. (cur.) 2006, *Macchine e vita nel XVII e XVIII secolo*, Firenze: Le Monnier.
- Casadei T., Pietropaoli S. 2021, “Intelligenza artificiale: fine o confine del diritto?”, in T. Casadei, S. Pietropaoli (cur.), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano: Wolters Kluwer: 219-232.
- Da Re A. 2010, *Le parole dell’etica*, Milano: Bruno Mondadori.
- Danaher J. et al. 2017, “Algorithmic Governance: Developing a Research Agenda through the Power of Collective Intelligence”, *Big Data & Society*, 4 (2): 1-21.
- De Anna G. 2007, “Persona: analisi storico-critica di una babele filosofica”, in G. Boniolo, G. De Anna, U. Vincenti, *Individuo e persona. Tre saggi su chi siamo*, Milano. Bompiani: 61-137.
- Degl’Innocenti 1967, *Il problema della persona nel pensiero di S. Tommaso*, Roma: Libreria editrice della Pontificia Università Lateranense.

Ehsan U., Riedl M.O. 2020, "Human-centered Explainable AI: Towards a Reflective Sociotechnical Approach", *ArXiv*, 2002.01092: 1-19.

Eliot T.S. (ed.) 1961, *A Choice of Kipling's Verse*, London: Faber & Faber.

Fabris A. 1988, *Introduzione a M. Heidegger 1988 [1984], Filosofia e cibernetica*, a cura di A. Fabris, Pisa: ETS.

Fabris A. 2018, *Etica per le tecnologie dell'informazione e della comunicazione*, Roma: Carocci.

Fabris A. 2021, *Etica delle nuove tecnologie*, Brescia: Scholé (Morcelliana).

Faggin F. 2019, *Silicio. Dall'invenzione del microprocessore alla nuova scienza della consapevolezza*, Mondadori, Milano.

Floridi L. 2022, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, ediz. it. a cura di M. Durante, Milano: Raffaello Cortina.

Floridi L. et al. 2018, "AI4People – An Ethical Framework for a Good AI Society. Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations", *Minds and Machines*, 28 (4): 689-707.

Ford K.M., Hayes P.J., Glymour C., and Allen J. 2015, "Cognitive Orthoses: Toward Human-Centered AI", *AI Magazine*: 5-8.

Galimberti U. 1999, *Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica*, Milano: Feltrinelli.

Grandi G., Scantamburlo T. 2021, "Apprendimento automatico e decisione umana", in F. Fossa, V. Schiaffonati, G. Tamburrini (cur.), *Automi e persone. Introduzione all'etica dell'intelligenza artificiale e della robotica*, Roma: Carocci: 29-53.

Head S. 2014, *Mindless. Why Smarter Machines Are Making Dumber Humans*, New York: Basic Books.

Hegel G.F.W. 1973 [1807], *Fenomenologia dello spirito*, trad. di E. De Negri, Firenze: La Nuova Italia.

Heidegger M. 1988 [1984], *Filosofia e cibernetica*, a cura di A. Fabris, Pisa: ETS,.

Kant I. 1997 [1785], *Fondazione della metafisica dei costumi*, trad. e introd. di F. Gonnelli, Bari-Roma: Laterza.

Knight W. 2017, "The Dark Secret at the Hearth of IA", *MIT Technology Review (April 11)*. Available at: <https://www.Technology-review.com/s/604087/the-dark-secret-at-the-heart-of-ai/>.

Kurzweil R. 2005, *The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology*, New York: Viking press.

Lamettrie J.O. de 1955 [1748], “L’uomo macchina”, in J.O. de Lamettrie, *L’uomo macchina ed altri scritti*, a cura di G. Preti, Milano: Feltrinelli.

Leonzi S., Ciofalo G. 2017, “Wiener, Goldrake e i Social Media. L’eredità della cibernetica tra scienza, tecnologia e comunicazione”, in N. Wiener, *La cibernetica*, trad. e cur. di S. Leonzi e G. Ciofalo, Roma: Armando: 7-31.

P8\_TA (2017) 0051. *Norme di diritto civile sulla robotica. Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103 [INL])*.

Palazzani L. 1996, *Il concetto di persona tra bioetica e diritto*, Torino: Giappichelli.

Palazzani L. 2020, *Tecnologie dell’informazione e intelligenza artificiale. Sfide etiche al diritto*, Roma: Studium.

Pirosa R. 2021, “I dilemmi della tecnoregolazione: uno sguardo critico”, in T. Casadei, S. Pietropaoli (cur.), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano: Wolters Kluwer: 275-286.

Quintarelli S. (cur.) 2020, *Intelligenza artificiale. Cos’è davvero, come funziona, che effetti avrà*, Torino: Bollati Boringhieri.

Ranisch R., Sorgner S.L. (eds) 2014, *Post- and Transhumanism: An Introduction*, Frankfurt a.M.: Peter Lang.

Riedl M.O. 2019, “Human-centered artificial intelligence and machine learning”, *Human Behavior and Emerging Technologies*: 33– 36.

Severino E. 2008, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, in E. Severino, *La tendenza fondamentale del nostro tempo*, Milano: Adelphi: 37-66.

Simoncini A. 2019, “L’algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà”, *Biolaw Journal – Rivista di BioDiritto*, 1: 63-89.

Singer P. (ed.) 2006, *A Companion to Ethics*, Malden (MA): Wiley-Blackwell.

Springer A. 2019, *Accurate, Fair, and Explainable: Building Human-Centered AI*. PhD Thesis, Santa Cruz: University of California.

Strawson P.F. 2008 [1959], *Individui. Saggio di una metafisica descrittiva*, trad. di E. Bencivenga, Milano-Udine: Mimesis.

Tamburrini G. 2020, *Etica delle macchine. Dilemmi morali per robotica e intelligenza artificiale*, Roma: Carocci.

Vinge V. 1993, “The Coming Technological Singularity: How to Survive in the Post-Human Era”, in *Vision-21. Interdisciplinary Science and Engineering in the Era of Cyberspace. Proceedings of a symposium cosponsored by the NASA Lewis Research Center and the Ohio Aerospace Institute and held in Westlake (Ohio): 11-22*. Available at: <http://www-rohan.sdsu.edu/faculty/vinge/misc/singularity.html>.

Wei Xu 2019, “Toward Human-centered AI: a Perspective from Human-Computer Interaction”, *Interactions*, 26 (4): 42–46.

Wiener N. 2012 [1950], *Introduzione alla cibernetica. L'uso umano degli esseri umani*, trad. di D. Persiani, Torino: Bollati Boringhieri.

Wiener N. 2017 [1948], *La cibernetica*, trad. e cur. di S. Leonzi e G. Ciofalo, Roma: Armando.

Zhang Y., Bellamy R.K.E., Varshney K.R. 2020, “Joint Optimization of AI Fairness and Utility: A Human-Centered Approach”, in *AIES '20: Proceedings of the AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society*, New York (NY): Association for Computing Machinery: 400–406.

Paolo Silvestri<sup>1</sup>

*Libertà fiscale. Alcune chiarificazioni filosofico-giuridiche<sup>2</sup>*

ABSTRACT

This article attempts to shed light on the notion of fiscal freedom by developing two minimalist theses, merely designed to clarify what fiscal freedom is not: a) the relationship between taxation and freedom cannot be thought of in merely economic and merely dichotomous terms; b) negative freedom is a necessary but not sufficient condition of fiscal freedom. To substantiate these claims, it focuses mainly on the fallacies and errors inherent in the way the relationship between freedom and taxation is commonly thought of, starting with the main ontological and epistemological shortcomings of the Indexes of Fiscal Freedom. The “Myth of ownership” versus “Myth of state” debate as well as the problems of fiscal tyranny and legal certainty are then analyzed to show how the notion of fiscal freedom cannot do without a minimal core of negative freedom, and how this is still not sufficient. Finally, it is shown how the economic and empirical literature on tax compliance and tax morale, and the rediscovery of the category of reciprocity, can make a contribution to rethinking the problem of fiscal freedom and tax coercion.

KEYWORDS

Tax freedom; Negative freedom; Indexes of Fiscal Freedom; Tax compliance; Coercion

INDICE

1. Introduzione; 2. I limiti degli Indici di libertà fiscale; 2.1. Indici di libertà fiscale e Tax Freedom Day; 2.2. Limiti ontologici e metodologici, e distorsioni cognitive; 2.3. Misurare la libertà fiscale? Quale libertà? Di chi?; 3. Oltre la dicotomia “Mito della proprietà” versus “Mito dello stato”; 3.1. “Mito della proprietà” versus “Mito dello stato”; 3.2. La circolarità del sistema fiscale; 4. Tirannia fiscale e certezza del diritto; 4.1. Limiti al potere impositivo; 4.2. Caos regolamentativo e certezza del diritto; 5. Coercizione, cooperazione, compliance; 5.1. Imperativismo giuridico e coercizione; 5.2. Tax compliance, tax morale, reciprocity; 6. Conclusioni

1. Introduzione

Cos'è la libertà fiscale? La domanda presuppone un insieme di questioni molto intricate. Se pensiamo allo spettro di posizioni che vanno da “la proprietà è un furto” fino a “la tassazione è un furto”,<sup>3</sup> ci rendiamo subito conto dell'estrema complessità del problema e delle sue stratificazioni. Tuttavia, questa domanda non è stata molto esplorata nelle scienze sociali, nella filosofia e nella filosofia del diritto.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> Ricercatore in Filosofia del Diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Catania. Contatti: [paolo.silvestri@unict.it](mailto:paolo.silvestri@unict.it)

<sup>2</sup> Questo articolo rielabora e sviluppa alcuni paragrafi delle sezioni 1, 2 e 4 di Silvestri (2018).

<sup>3</sup> L'argomento “la tassazione è un furto” ricorre, con diverse sfumature, nel pensiero libertario. Ha origine nella “parabola dello schiavo” di Spencer (1994: 96-97), poi ripresa e modificata da Nozick (1974), che equipara la tassazione al “lavoro forzato”. “La proprietà è un furto” è la celebre tesi di Proudhon (1876).

<sup>4</sup> Basti guardare, ad esempio, su Google Scholar il numero sorprendentemente esiguo di lavori che contengono le parole “tax”, “taxation” “freedom” o “liberty” nel titolo. Fra le poche eccezioni nel panorama della filosofia del diritto italiana

Inoltre, se il problema della libertà fiscale è declinato in chiave normativa: “perché pagare (o non pagare) le imposte?”, cioè interrogandosi sulla legittimità del potere di tassare e della correlata ‘coercizione’ fiscale, esso si sovrappone, ma solo in parte, con il fondamentale e difficile problema filosofico-giuridico-politico dell’obbligazione: “perché obbedire alla legge?”

Che infatti il primo problema sia solo parzialmente sovrapponibile al secondo, lo si può capire facilmente considerando il fatto che i cittadini-contribuenti possono percepire le tasse come limitazione (anche se vaga e indefinita) della libertà, non solo quando il potere di tassare è arbitrario e/o confiscatorio, o la pressione fiscale è troppo alta, ma anche quando le tasse sono ingiuste o inique, non chiaramente collegate a un beneficio percepibile, non discusse pubblicamente/democraticamente, o quando il governo, finanziato con le tasse, promulga leggi o approva politiche contrarie ai diritti umani, come nel caso storico della schiavitù (che spinse Henry David Thoreau a esortare i cittadini a non pagare le tasse nel suo saggio *Resistance to Civil Government* (1849) noto anche con il titolo *Civil Disobedience* (2016)), o quando le tasse redistribuiscono la ricchezza in modo ideologico, vengono sprecate per scopi che non hanno nulla a che fare con il bene comune ma solo con il bene privato dei politici e delle loro clientele, o quando la burocrazia e i regolamenti relativi agli adempimenti fiscali sono tali e tanti da rendere la compliance fiscale eccessivamente onerosa, se non impossibile, anche per il cittadino che è molto rispettoso della legge e paga ‘volentieri’ le tasse. E l’elenco dei problemi annotati sui *cahiers de doléances* del cittadino comune potrebbe non finire qui, tanto più se la percezione di due o più di questi problemi e le loro infinite combinazioni possono coesistere nella mente di cittadini diversi con pesi e misure diverse.

Ancora, il modo in cui concepiamo la libertà fiscale e, quindi, il rapporto tra libertà e fisco dipende, inevitabilmente, da come pensiamo e percepiamo tanto la libertà quanto il fisco. Fra l’altro, ciò che rende complicata una chiarificazione della nozione di libertà fiscale è che i due termini ‘libertà’ e ‘fisco’ sono spesso concepiti in rapporto di coimplicazione reciproca (la concezione di ‘libertà’ retroagisce sulla concezione del ‘fisco’, e viceversa), ed entrambe si stagliano sullo sfondo di un retroterra storico, culturale o filosofico non facilmente generalizzabile.

La difficoltà della domanda “cos’è la libertà fiscale?” richiede, quindi, una preliminare delimitazione del campo di indagine e degli scopi di questo articolo. Mi riterrei soddisfatto se esso riuscisse a sgombrare il campo da alcune concezioni dominanti, riduttive e fuorvianti della libertà fiscale, e se riuscisse almeno a chiarire *cosa la libertà fiscale non è*.

A questo riguardo, le due tesi che vorrei sostenere sono le seguenti: a) *la relazione tra fisco e libertà deve essere pensata in termini non meramente economici e non meramente dicotomici*; b) *la libertà negativa è una condizione necessaria ma non sufficiente della libertà fiscale*.<sup>5</sup>

L’articolo è così strutturato. Nel § 2 muoverò da un’analisi critica del modo più comune di pensare il rapporto tra libertà e fisco come un gioco a somma zero, emblematicamente rappresentato dagli “Indici di libertà fiscale”, i quali incorporano e sintetizzano bene l’approccio economico, quello dicotomico, e di libertà negativa. Nei §§ 3 e 4 proverò poi a mostrare come alcuni dei problemi additati da questi indici possano essere meglio espressi traducendoli in una prospettiva filosofico-giuridica. Cercherò di mostrare come si possa superare l’*impasse* del dibattito, troppo dicotomico, tra “mito della proprietà” e “mito dello stato”, e come il problema della tirannia fiscale e del limite al potere impositivo, e il problema della certezza del diritto, indichino tanto la necessità di un nucleo minimo di libertà negativa nella libertà fiscale quanto la sua insufficienza. Nel § 5 mostrerò come la

---

si v. Di Robilant (1981), i contributi nel volume a cura di Velo Dal Brenta (2018), ma anche D’Agostino (2017), sebbene focalizzato sul tema della giustizia fiscale e non della libertà. Nel panorama internazionale, invece, cfr. Murphy & Nagel (2002) e Holmes & Sunstein (2013) (sui quali torneremo *infra*) anche se il dibattito scaturito da questi lavori si è prevalentemente concentrato su questioni egualitarie e di giustizia fiscale. In ambito filosofico-giuridico e in una prospettiva egualitaria si v. Dworkin (2000).

<sup>5</sup> Per gli scopi chiarificatori di questo articolo mi pare sufficiente la celebre definizione di libertà negativa fornita da Isaiah Berlin in *Two concepts of liberty* ([1969] 1989). Nella prossima sezione vedremo come le concezioni dominanti di libertà fiscali siano riconducibili ad essa. Per un’analisi filosofico-giuridica delle nozioni e del problema della libertà si v. Andronico (2019).

letteratura economica ed empirica sulla *tax compliance* e la *tax morale*, e la conseguente riscoperta della categoria della reciprocità, possano fornire un contributo al ripensamento del problema della libertà e della coercizione fiscale. Il § 6 riassume e conclude le principali riflessioni svolte nell'articolo.

## 2. I limiti degli Indici di libertà fiscale

Una concezione piuttosto comune di libertà fiscale è quella emblematicamente rappresentata, veicolata e diffusa dagli “Indici di libertà fiscale”. In tali Indici, il rapporto tra fisco e libertà è solitamente pensato in termini di reciproca esclusione, come una correlazione negativa o un gioco a somma zero: *più fisco = meno libertà*, o *meno fisco = più libertà*.

Analizzerò prima i più famosi Indici di libertà fiscale (§ 2.1). Evidenzierò poi i loro principali difetti ontologici e metodologici (§2.2), mostrando altresì come la pretesa di misurare la libertà in opposizione al fisco possa condurre ad esiti del tutto paradossali (§ 2.3).

### 2.1. Indici di libertà fiscale e Tax Freedom Day

Uno dei più noti Indici di fiscal freedom è quello sviluppato dalla Heritage Foundation (e pubblicato insieme al Wall Street Journal) nell'orizzonte di una più ampia ricerca volta a fornire una classifica della *libertà economica* in vari paesi del mondo, e su base annua. Poiché la libertà fiscale è una delle dieci libertà ricomprese nella più ampia nozione di libertà economica, conviene partire da quest'ultima per comprendere la prima.

Alcune citazioni basteranno a chiarire come gli autori dello studio della Heritage Foundation intendono la libertà economica, e quindi anche la libertà fiscale, a partire da due premesse correlate (Miller, Roberts 2011<sup>6</sup>): da un lato, la concezione Lockeana dei diritti di proprietà e *self-ownership* (ivi: 20<sup>7</sup>), dall'altro, una corrispettiva concezione negativa di libertà come assenza di “constraints”, “interference” or “coercion” da parte dello stato o governo.

“In an economically free society, each person controls the fruits of his or her own labor and initiative. Individuals are empowered—indeed, entitled—to pursue their dreams by means of their own free choice” (ivi: 19). La concezione della libertà economica “has at its heart consideration of the relationship between the individual and the state. In general, state action or government control that *interferes* with individual autonomy limits economic freedom” (ivi: 20, corsivo aggiunto).

Nel precisare i loro intenti, gli autori sembrano preoccupati di non voler proporre solamente una concezione meramente negativa di libertà, introducendo cioè una non ben precisata nozione di “autonomia” (in verità menzionata solo una volta: *ibidem*): the Index of Economic Freedom is not “a call for anarchy” e “the goal of economic freedom is not simply an absence of government coercion or constraint, but the creation and maintenance of a sense of liberty for all” (*ibidem*).

Tuttavia, la loro definizione di libertà economica e la successiva discussione non fanno altro che appellarsi a una concezione di libertà negativa come assenza di “constraints”, “interference” or “coercion” (termini che invece ricorrono molte volte). Prendiamo la loro definizione di libertà economica:

A comprehensive definition of economic freedom should encompass all liberties and rights of production, distribution, or consumption of goods and services. The highest form of economic freedom should provide

<sup>6</sup> Mi riferisco qui all'edizione del 2011, ma gli studi precedenti e successivi ripetono in maniera identica queste definizioni di libertà.

<sup>7</sup> Gli autori, fra l'altro, si riferiscono anche ad Adam Smith: “The property which every man has in his own labor, as it is the original foundation of all other property, so it is the most sacred and inviolable.” (Adam Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations* (New York: The Modern Library, 1937), 121–122; first published in 1776; cit. in Miller, Roberts 2011: 20n).

## LIBERTÀ FISCALE. ALCUNE CHIARIFICAZIONI FILOSOFICO-GIURIDICHE

an absolute right of property ownership; fully realized freedoms of movement for labor, capital, and goods; and an absolute absence of coercion or constraint of economic liberty beyond the extent necessary for citizens to protect and maintain liberty itself. (ibidem, corsivo nell'originale)

È importante far notare sin d'ora che gli autori devono comunque ammettere che

some government action is necessary for the citizens of a nation to defend themselves, promote the peaceful evolution of civil society, and enjoy the fruits of their labor. This Lockean idea is embodied in the U.S. Constitution. For example, citizens are taxed to provide revenue for the protection of person and property as well as for the common defense. (ibidem)

Sicché essi accettano che alcune tasse dovranno pur essere pagate per quei

public goods [as] police [...], impartial judiciary [necessary to] protect property rights [and] enforce contracts [which] are themselves vital ingredients of an economically free society. [However,] when government action rises beyond the minimal necessary level, it can become corrosive to freedom – and the first freedom affected is often economic freedom (ibidem).

Da questa concezione (negativa) di libertà economica, e dalle sue due premesse, discende la definizione di *libertà fiscale*:

Fiscal freedom is a direct measure of the extent to which individuals and businesses are permitted by government to keep and control their income and wealth for their own benefit and use (ivi: 22).

La libertà fiscale è quindi calcolata tenendo in conto tre parametri (equamente ponderati tra loro): “the total tax burden (including all forms of direct and indirect taxation at all levels of government) as a percentage of total GDP”; “the top marginal tax rate on individual income”; “the top marginal tax rate on corporate income”. In questa prospettiva,

the marginal tax rate confronting an individual is, in effect, the *government's cut* of the profit from his or her next unit of work or engagement in a new entrepreneurial venture; whatever remains after the tax is subtracted is the individual's actual reward for the effort (ibidem, corsivo aggiunto).

Sostanzialmente, il benchmark per il calcolo dell'Indice di libertà fiscale assume che il massimo di libertà fiscale si abbia con una tassazione eguale a zero.

Per completare il quadro della rappresentazione del fisco che emerge da questi studi, è importante ricordare che nell'Indice complessivo di libertà economica è incluso un “Indice del government spending”. Nonostante si premetta che “there are *public goods*, the *benefits of which accrue broadly to society in ways that markets cannot appropriately price*” (Miller, Roberts 2011: 22, corsivo aggiunto), la conclusione è che

all government spending that must eventually be financed by higher taxation, however, entails an opportunity cost equal to the value of the private consumption or investment that would have occurred had the resources involved been left in the private sector (ibidem).

Dunque, il government spending ha un valore o peso negativo per la libertà economica. Il benchmark per il calcolo dell'Indice del government spending assume quindi che il massimo di libertà si abbia con un government spending eguale a zero. In sintesi: *più government spending = meno libertà; meno government spending = più libertà*.

Infine, è importante ricordare che esiste un altro modo, più semplice e più popolare (soprattutto negli Stati Uniti e nel Regno Unito), di calcolare la libertà fiscale, il *tax freedom day*, elaborato dalla Tax Foundation.<sup>8</sup>

Il *tax freedom day* è il primo giorno dell'anno in cui una nazione nel suo insieme ha teoricamente guadagnato abbastanza reddito per pagare le proprie tasse, oppure, come si dice in maniera più ‘efficace’ (da un punto di vista retorico e comunicativo), è il giorno in cui i cittadini smettono di

---

<sup>8</sup> Il calcolo annuale del Tax freedom day lo si trova facilmente sul sito della Tax Foundation: <https://taxfoundation.org>. Ma si veda anche l'indice elaborato dall'Adam Smith Institute: <https://www.adamsmith.org/taxfreedomday/>.

lavorare per il governo e iniziano a lavorare per sé stessi. In questa prospettiva, da quel giorno in poi si è *liberi dal* fisco, semplicemente inteso come carico fiscale.

Si potrebbe pensare che questi Indici di libertà fiscale abbiano almeno il merito di tradurre, rendere visibile e comunicare in forma facilmente comprensibile l'entità del carico fiscale. Essere edotti circa la reale entità e portata di questo carico – tanto più se i cittadini generalmente lo ignorano – sembrerebbe un guadagno in termini di conoscenza, o quanto meno un possibile punto di partenza (tra i tanti) per una discussione sul fisco.

Nondimeno, questi Indici impostano il problema della relazione tra *libertà e fisco* come un *rapporto di reciproca esclusione*, in quanto muovono da una concezione terribilmente semplificata e parziale tanto del 'fisco' quanto della 'libertà'. Alla fine ne risulta una rappresentazione complessivamente sbagliata e fuorviante del rapporto tra cittadino-contribuente e fisco. Cerchiamo di capire perché.

## 2.2. Limiti ontologici e metodologici, e distorsioni cognitive

Un 'indice' 'indica' una certa realtà, ma ciò è vero solo per l'etimo della parola, giacché esso 'costruisce' e 'rende visibile', cioè pone la 'realtà' che rappresenta a partire da una certa luce e angolatura. Come abbiamo iniziato a vedere, gli indici di libertà fiscale sono pensati a partire dalla nozione (normativa) di libertà negativa, e la realtà che illuminano riflette questo punto di vista.

Cominciamo dalla 'realtà' fisco. Gli Indici di libertà fiscale muovono da una concezione negativa del fisco come mero "fiscal *burden*", o come ciò che "cut" le risorse prodotte. Tale concezione è ontologicamente sbagliata: essi guardano al solo lato del 'sacrificio' dell'imposta e non anche al suo (eventuale) 'beneficio'. È come se si guardasse al bilancio pubblico vedendo il solo lato delle entrate, e non anche quello delle uscite. E anche quando tali Indici considerano il "government spending", esso ha un valore puramente negativo, nonostante le ripetute affermazioni riguardanti i "benefici" dei "beni pubblici", seppur di uno stato minimo. Gli Indici di libertà fiscale assumono quindi una *realtà* fiscale *dimezzata* e restituiscono una *rappresentazione* altrettanto dimezzata di questa realtà.

D'altra parte, nella misura in cui insistono solo sul "fiscal-burden", essi concepiscono il rapporto tra cittadino-contribuente e fisco in maniera riduttiva, cioè come un rapporto meramente economico, e non anche e in primis giuridico e politico (si v. anche § 3.2).

Alcune distorsioni cognitive e percettive causate dagli Indici di libertà fiscale possono aiutare a comprendere la natura di questi problemi. Poiché 'rappresentare' significa 'rendere presente' e, quindi, visibile e comunicabile l'oggetto della rappresentazione, tali Indici finiscono con l'influenzare il modo in cui percepiamo il fisco, tanto più se hanno una grande risonanza mediatica. D'altra parte, non si può escludere che essi facciano leva sul fatto che il peso delle imposte è più facilmente percepibile e visibile dei loro benefici. Ad esempio, sappiamo cioè *quando e quanto* dobbiamo pagare (si pensi a quando il commercialista ci presenta il conto), ma faticiamo a *vedere, calcolare ed apprezzare* i benefici, soprattutto se questi sono spalmati nel tempo.

Per spiegare il punto, ripartiamo dal semplice metodo di calcolo del Tax freedom day. Prendendo ad esempio quello calcolato dall'Adam Smith Institute per l'anno fiscale 2016 del Regno Unito, il Tax freedom day coincide con il 3 Giugno. Questo vuol dire che i redditi maturati in 154 giorni di lavoro sono andati allo stato, e che quindi residuano 212 giorni di 'libertà' (366 giorni in tutto, essendo l'anno 2016 bisestile).

Senza modificare minimamente questo metodo di calcolo, qualcuno si è spinto a concepire un *Social solidarity day*. Esso coincide con il 31 Luglio:

For the first 212 days of the year, every penny you've earned you've kept for yourself. In the meantime, you've been enjoying and helping others enjoy the health service, public education, kerbside waste collection, policing, defence, pensions, roads and welfare payments, all for free. Only since Sunday [July

31] have you started to contribute your share to all these and many more benefits of a modern, developed state. (Baggini 2016).

Oppure, potrei arrivare a concepire le ‘celebrazioni’ di un *Tax slavery day*. Perché no? Esso coinciderebbe con il primo giorno dell’anno in cui i cittadini smettono di lavorare per sé stessi e iniziano a lavorare per il governo. Il carattere provocatorio di questa ‘celebrazione’ o giornata di ‘sciopero’ o ‘protesta’ contro il governo è estremamente coerente con la rappresentazione negativa del fisco fornita dagli Indici di libertà fiscale.

Questi esempi mostrano come nulla sia cambiato quanto all’osservazione e alla misurazione ‘oggettiva’ del rapporto fisco/libertà, ma la sua rappresentazione oscilla dalle tinte rosee del Social solidarity day alle tinte fosche del Tax slavery day, alterandone completamente la percezione.

Ovviamente, prima ancora di celebrare alcunché (se mai ci fosse qualcosa da celebrare), si tratta di capire se non vi sia qualcosa di sbagliato nelle concezioni del rapporto tra fisco e libertà (o solidarietà), che stanno a monte di questi metodi di calcolo.

Cominciamo con due notazioni generali. La prima: mentre il Tax freedom day e il Tax slavery day presuppongono una concezione meramente negativa del fisco, identica a quella degli Indici di libertà fiscale, il Social solidarity day rischia di semplicemente rovesciarla in positiva, ma è certamente più ‘realistica’, se non altro perché tiene nel debito conto *anche* i benefici della tassazione. La seconda: tutte e tre le celebrazioni, tuttavia, continuano a presupporre l’esistenza di un *prima* e un *dopo* tra il mondo del fisco e quello della libertà (o solidarietà) (tornerò sul punto nel § 3).

Se si riconosce che la realtà fiscale non può essere dimezzata, che cioè bisogna tenere nel debito conto *anche* i benefici della tassazione, si comprende il grave errore e la contraddizione degli Indici di libertà fiscale: è completamente sbagliato assumere quale benchmark della libertà fiscale (ed economica) tanto una tassazione pari a zero quanto un government spending pari a zero. E ciò tanto più se gli autori stessi di questi Indici ammettono un “minimal necessary level” di beni e servizi pubblici (se non altro per la difesa, la sicurezza della persona, della proprietà e dei contratti), e che questi sono “vital ingredients of an economically free society”. Se tali beni e servizi pubblici sono davvero “necessari” e “vitali”, allora sono la *condizione di possibilità della stessa libertà economica*, cioè di *tutte* le attività e libertà economiche *incluse* nella definizione di libertà economica, e quindi anche della libertà fiscale.

E se questo è vero, allora il benchmark della libertà fiscale, per essere coerente con le summenzionate premesse, dovrebbe essere parametrato e calcolato sulla base di quel “minimal necessary level”, cioè su quel livello minimo di tassazione e government spending “necessari” a produrre quei beni e servizi pubblici, a loro volta “necessari” per le attività e libertà economiche dei privati.

Come se non bastasse, tali Indici presentano altresì non pochi problemi (lato sensu) ‘metodologici’.

Un primo, e importante, problema è che la libertà fiscale è considerata un aspetto o *parte* della più ampia libertà economica, e che il rapporto tra parte e tutto è inteso come correlazione positiva: *più libertà fiscale = più libertà economica; meno libertà fiscale = meno libertà economica*. Ma ciò non è sempre vero.

A questo riguardo, basti ricordare l’esempio dei paesi comunisti dove la pressione tributaria era notoriamente bassa (per evidenti ragioni legate alla collettivizzazione della proprietà privata), ma che certo non erano dei modelli esemplari di libertà economica, per non parlare delle altre libertà.<sup>9</sup>

In secondo luogo, il classico esempio dei paesi scandinavi – con un alto livello di pressione fiscale, e che tuttavia risultano sempre ben posizionati nell’Index of Economic Freedom della stessa Heritage Foundation, al fianco di paesi come gli Stati Uniti o la Gran Bretagna, ha destato diversi dubbi circa i metodi di calcolo degli Indici di libertà fiscale anche tra le posizioni libertarians che vorrebbero che la libertà fiscale abbia un peso relativamente maggiore negli Indici complessivi di libertà economica.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Si v. Del Punta (1981).

<sup>10</sup> Si v. Karlsson (2005).

Infine, ma non da ultimo, si consideri che gli stessi autori degli Indici di libertà economica hanno dovuto paradossalmente ammettere che qualche risultato “perverso” è effettivamente emerso dai calcoli e dalle classifiche della libertà fiscale nei vari paesi:

Perversely, some of the least developed countries in the world receive artificially high scores for fiscal freedom and government spending in the *Index of Economic Freedom*, not because of any particular restraint or virtue by their governments, but rather because they lack the basic information about who is earning income at what levels (Miller, Roberts 2010: 52).

Ammettere questo errore, significa ammettere che c'è bisogno di una amministrazione statale-fiscale, se non altro per la sua necessaria funzione di raccolta di informazioni, coordinamento e di enforcement. Come vedremo, tali funzioni sono necessarie anche a prescindere dalla presenza o meno di un potere coercitivo (§ 5.1).

Soprattutto, questo risultato “perverso” mostra come il problema possa essere non solo il troppo governo, bensì il troppo poco governo.

### 2.3. Misurare la libertà fiscale? Quale libertà? Di chi?

Più in generale, si può discutere se abbia senso un approccio meramente quantitativo alla libertà fiscale. Occorre cioè chiedersi se la libertà fiscale non abbia *anche* aspetti qualitativi che sfuggono alla sua misurazione quantitativa, e se, anche volendo misurarla,<sup>11</sup> abbia senso parlare di massimizzare il “sense of liberty for all”, e chi siano i reali beneficiari di tale libertà. E ciò perché il rapporto fisco e libertà concepito sulla base della pressione fiscale dice poco o nulla riguardo al modo in cui i cittadini-contribuenti percepiscono tanto la pressione fiscale quanto il relativo “senso di libertà” individuale e/o collettiva.

Anzitutto, la percezione di libertà o illibertà in relazione alla pressione fiscale è un fattore soggettivo e culturale estremamente variabile nel tempo e nello spazio. Ciò che oggi è considerato un livello medio di tassazione, poteva essere percepito come confiscatorio in uno stato liberale ottocentesco. Lo stesso dicasi quanto alle diverse culture della tassazione e del welfare state, ad esempio negli Stati Uniti e nei Paesi scandinavi. Se infatti si ammette, ragionevolmente, tale diversità culturale, che senso ha creare una classifica – come quella della Heritage Foundation & Wall Street Journal – volta a *confrontare* i gradi di libertà fiscale presenti nei diversi paesi oggetto di studio? Che senso ha dire che gli Stati Uniti hanno più libertà fiscale dei Paesi scandinavi, se i cittadini di questi paesi hanno culture della libertà, delle tasse e del welfare state completamente diverse tra loro?

Infine, l'impostazione quantitativa di questi Indici di libertà sembra avere un retroterra filosofico di tipo utilitaristico, con tutti i suoi limiti. Se e nella misura in cui gli istituti di ricerca o fondazioni che propongono gli Indici di libertà fiscale chiedono una ‘maggiore’ libertà fiscale, tanto individuale quanto collettiva (massimizzare il “sense of liberty for all”), non è del tutto chiaro chi siano o debbano essere i beneficiari o detentori di questa maggiore libertà fiscale.

Se dovessimo ad esempio ragionare utilitaristicamente in termini di ‘massima libertà (fiscale) per il maggior numero’, arriveremmo a conclusioni piuttosto paradossali. Per intendere il punto, si consideri che nei sistemi fiscali dei paesi occidentali, da un lato, la pressione fiscale totale e le aliquote fiscali marginali più alte gravano solitamente sui più ricchi, che sono una esigua minoranza; dall'altro, tali sistemi fiscali sono generalmente improntati alla progressività e hanno soglie di esenzione sotto un minimo vitale e/o altre forme di deduzioni e detrazioni fiscali per i meno abbienti. Sicché, da queste premesse si dovrebbe concludere che tali sistemi fiscali realizzano certamente una libertà ‘maggiore’ per il ‘maggior’ numero, cioè la maggioranza della popolazione.

---

<sup>11</sup> Non posso qui entrare nel complesso dibattito sulla possibilità e/o sensatezza degli approcci volti a misurare e/o massimizzare la libertà. Si vedano almeno le due principali posizioni, rispettivamente contrarie e favorevoli, di Taylor (1985) e Carter (1999).

Inoltre, in questa prospettiva, coloro che godono della massima libertà fiscale sono coloro che potremmo chiamare i ‘cittadini-non-contribuenti’: coloro che rientrano nella soglia di esenzione e/o che hanno detrazioni tali da non pagare le tasse. Questi cittadini-non-contribuenti sarebbero i più liberi di tutti, proprio perché non soggetti ad alcuna ‘pressione’ tributaria. Sicché, coerentemente con la premessa normativa degli Indici di libertà fiscale, cioè la nozione di libertà negativa, la conclusione paradossale a cui arriveremmo è che quanto più siamo poveri, tanto più siamo liberi (dal fisco).

Dunque: *più miseria = più libertà*. Francamente, mi pare una concezione un po’ ‘misera’ della libertà.

### 3. Oltre la dicotomia “Mito della proprietà” versus “Mito dello stato”

Abbiamo visto come uno dei presupposti degli Indici di libertà fiscale sia una concezione di libertà negativa dipendente da una concezione di proprietà di origini Lockeane, e come uno dei principali errori di questi Indici stia nella concezione meramente negativa del fisco (e delle imposte), come ciò che pesa, “cut” o toglie via.

Mostrando le distorsioni cognitive generate da tali indici abbiamo infine notato come gli Indici di libertà fiscale e il Fiscal freedom day, come anche le finzionali celebrazioni di un Tax slavery day o di un Social solidarity day continuino a presupporre l’esistenza di un *prima* e un *dopo* tra il mondo del fisco e quello della libertà (o solidarietà), o, più in generale, di un *pre-tax world* e di un *post-tax world*, lì dove, tuttavia, il Social solidarity day rischia di semplicemente rovesciare l’ordine del ‘prima’ e del ‘dopo’. Si tratta ora di mostrare la fallacia di queste concezioni.

#### 3.1. “Mito della proprietà” versus “Mito dello stato”

Parte del dibattito filosofico sulla tassazione di questo ultimo quarto di secolo è stato rilanciato da due importanti libri di Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999), *The cost of rights: Why liberty depends on taxes*, e Liam Murphy e Thomas Nagel (2002), *The Myth of Ownership: Taxes and Justice*.

Essi condividono una concezione convenzionalista e costruttivista del diritto e dello stato. “Private property [is] a creation of state action,” e solo le “leggi” create dallo stato permettono ai detentori dei diritti di proprietà “to acquire and hold what is ‘theirs’” (Holmes, Sunstein, 1999: 66, 230).

Per Murphy e Nagel “the myth of ownership” dipende dall’errata idea di un “pre-tax world” o un “pre-tax income”: “the idea of a prima facie property right in one’s pre-tax income – an income that could not exist without a tax-supported government – is meaningless” (Murphy and Nagel 2002: 36). Poiché il diritto di proprietà non è un diritto naturale, ma una convenzione stabilita per legge, la ricchezza e il reddito individuali dipendono dal governo e dalle leggi che esso applica. Senza il governo, non esisterebbero né il mercato né la proprietà.

Questo argomento è molto problematico perché può essere facilmente capovolto. Come notato da Schoenblum

it overvalues at 100% the government’s contribution to wealth production and maintenance. Without individual contribution, there would be nothing for law to protect. Thus, the authors [Murphy and Nagel] appear to undervalue grossly individual contributions, while greatly inflating the government’s contribution (Schoenblum 2003: 562-63).

Tra l’altro, Schoenblum nota come le implicazioni di questo argomento possano essere piuttosto pericolose: “if the government can claim 100% of all wealth because it makes private property possible, then it can also circumscribe or deny all civil rights that it also makes possible through the enforcement of law” (*ibidem*).

Riformulando leggermente l'argomentazione di Schoenblum, si potrebbe sostenere che senza il contributo dei cittadini-contribuenti non esisterebbe il governo. Tuttavia, capovolgere l'argomentazione di Murphy e Nagel non è affatto sufficiente, poiché porta semplicemente a una situazione del tipo 'uovo o gallina', o a un regresso infinito alla ricerca di chi ha contribuito per primo: l'individuo o lo Stato?

Mi pare evidente che il problema sia mal posto da entrambe le parti del dibattito. La circolarità c'è, ma deve essere pensata in altro modo.

### 3.2. La circolarità del sistema fiscale

Già più di un secolo fa, gli studiosi della tradizione italiana di scienza delle finanze avevano criticato la concezione meramente negativa e 'sacrificale' del fisco, particolarmente radicata nella tradizione di scienza delle finanze anglosassone, e ancora oggi prevalente, in quanto trova il suo addentellato costituzionale nel principio dell'*ability to pay* piuttosto che nel *benefit-received principle*.

Limitandomi solamente alle riflessioni critiche di Luigi Einaudi,<sup>12</sup> il più illustre esponente della tradizione italiana, egli sosteneva che:

[alla parola 'imposta'] fa d'uopo togliere di dosso la taccia di qualcosa che 'pesa', che 'grava', che 'porta via'. L'imposta, se propria di uno stato organizzato per il servizio dei consociati, non pesa, non grava non porta via nulla; anzi aumenta il reddito, cresce la quantità delle cose buone che gli uomini cittadini hanno o ricevono, cresce il reddito nazionale totale. L'imposta pesa, grava, porta via, diventa taglia se i governi sono tirannici, oppressivi; se, rispettate le forme legali, la somma delle cose è caduta nelle mani del tiranno, di una oligarchia. (Einaudi 1959: xii).

Per Einaudi il processo fiscale va inteso nella sua interezza di entrate e uscite e come parte di una complessa istituzione morale-giuridica-politica-economica in cui e attraverso cui i cittadini vivono come membri di una comunità. Pertanto, la tassazione non è mai "un fatto puramente economico" (Einaudi 1959: XVIII), e il 'peso' della tassazione è anche e soprattutto una questione giuridico-politica.

Einaudi aveva inoltre elaborato una concezione dello "*Stato come fattore di produzione*" (Einaudi 1942) (di beni e servizi pubblici, remunerati attraverso le imposte) che è in un *rapporto circolare con l'insieme degli altri fattori di produzione*. L'imposta, quindi, non implica un "taglio", al contrario, "*grazie all'imposta, lo Stato crea l'ambiente giuridico e politico in cui gli uomini possono lavorare, organizzarsi, inventare, produrre*". Ma, aggiungeva, con una importante precisazione e avvertimento, questo *non implica "che tutto il prodotto sociale, tutto il reddito nazionale, sia una prerogativa dello stato"*. Implica solo che in questo processo circolare la "distribuzione del reddito nazionale annuo" sarà tale che ogni fattore di produzione sarà (almeno in linea tendenziale o ideale) remunerato (Einaudi 1940: 199).

La riflessione di Einaudi mostra come ci si possa facilmente liberare tanto dal mito della proprietà quanto dal mito dello Stato, e la summenzionata precisazione indica come si possa evitare di cadere nel pericolo additato da Schoenblum.

Infine, nella visione di Einaudi, il 'pagare' un tributo non è mai un semplice 'pagare', né è riducibile al 'quanto' pagare: la percezione del rapporto tra fisco e libertà può dipendere da fattori culturali e istituzionali non meramente economici. Nella tradizione Italiana di Scienza delle Finanze il fenomeno fiscale era considerato non solo un fenomeno 'economico', ma sempre e anche giuridico, politico e/o sociologico, e la stessa 'pressione tributaria' (pur in tempi di tassazione molto leggera) era sempre concepita come parte di un problema più vasto.

<sup>12</sup> Sulla teoria fiscale di Einaudi, con riferimento ai temi qui trattati, si v. Silvestri (2023). Per un inquadramento di questa teoria nell'orizzonte del suo pensiero filosofico-giuridico e politico, con particolare riguardo ai temi della libertà e del buon governo si v. Silvestri (2008 e 2012).

Come ricordava Einaudi, con le parole di un (non ben identificato) “rappresentante ottantenne della terza generazione di una dinastia di economisti e filosofi”:

sono contribuente a Ginevra, e, a due passi di qui nella Savoia francese; e pago, proporzionatamente ai redditi rispettivi, tre volte più di imposta a Ginevra che in Savoia. Eppure di pagar tanto di più sono contento. *So perché pago. Vedo i servizi che mi sono resi. Ho discusso*, direttamente o per mezzo dei miei rappresentanti, soldo per soldo ogni aumento di spesa ed ogni aumento di imposta. Così, dappertutto, nei nostri cantoni. (Einaudi (1940) 1959: 295, corsivo aggiunto)

Gli aspetti richiamati da Einaudi – conoscere (“so”) le ragioni del “perché pago” le imposte, attraverso sia la “discussione” pubblica e in parlamento delle entrate e delle spese, sia la “visione” dei benefici –, quantunque derivati dal modello cantonale svizzero, dovrebbero condurre a un ragionamento meno riduttivo sulle imposte e sul sistema fiscale in un sistema liberal-*democratico*. Non tener conto di questi aspetti, significa dimenticare che la nascita dei moderni regimi parlamentari è, nel bene e nel male, inestricabilmente legata al principio *no taxation without representation*.

A questo riguardo, mi pare non un caso che alcuni studiosi abbiano provato a proporre un “Index of fiscal democracy” (Streeck, Mertens 2010). Esso è più comprensivo degli Indici di libertà fiscale, in quanto tiene in considerazione il grado di controllo democratico sulle decisioni nelle politiche fiscali.

Tali Indici, fra l’altro, alludono a una concezione di libertà più positiva che negativa. Queste proposte, tuttavia, non pare abbiano avuto un grande seguito, e non mi pare si sia sviluppata una riflessione tra le diverse nozioni di libertà implicite nell’idea di democrazia fiscale e di libertà fiscale.

Mi pare un’occasione sprecata, sulla quale si dovrà prima o poi ritornare se si vogliono comprendere appieno le diverse sfaccettature della libertà fiscale, incluso il suo ‘potenziale’ di libertà positiva, e capire se e in che misura esso confligga o no con la libertà negativa.

#### 4. Limiti al potere impositivo e certezza del diritto

Onde cominciare a precisare meglio la nozione di libertà fiscale, mi pare importante analizzare due questioni: il problema del limite al potere impositivo, particolarmente evidente nei casi di tirannia fiscale o confisca<sup>13</sup> (§ 2.1); e il problema della certezza del diritto, particolarmente evidente quando il diritto tributario è terribilmente caotico, oscuro o complesso (§ 2.2). L’esame di questi due problemi mi pare utile in quanto aiuta a precisare la nozione di libertà fiscale come libertà negativa. Il primo mostra perché la libertà fiscale non può fare a meno di un nucleo, quantunque minimale, di libertà negativa, come divieto di ingerenza (nella proprietà privata). Il secondo mostra perché la libertà negativa non è sufficiente a qualificare la libertà fiscale, nel senso che quest’ultima chiede o richiede qualcosa di più della semplice non ingerenza. Insomma, la libertà negativa è una condizione necessaria ma non sufficiente della libertà fiscale.

##### 4.1. Limiti al potere impositivo

La questione del limite al potere è notoriamente centrale per il pensiero liberale, per il diritto, e per il diritto costituzionale in particolare. Il problema del limite al potere impositivo consiste nella ricerca e determinazione del limite oltre il quale l’imposizione fiscale è ingiustificata e quindi illegittima.

Si noti, anzitutto, che c’è un sostanziale accordo sulla necessità di un *limite minimo* al potere impositivo, vale a dire il limite della base imponibile (reddito, patrimonio o consumo) sotto il quale il cittadino-contribuente non deve essere tassato. Ad esempio, nel caso in cui la base imponibile sia

---

<sup>13</sup> Per un’ampia discussione del problema della tirannia fiscale e dell’imposta confiscatoria da un punto di vista costituzionale e giurisprudenziale e per le altre posizioni della dottrina si rinvia a Falsitta (2008: 217-274).

al di sotto di un certo *minimo vitale*, o la tassazione la porti al di sotto di questa soglia. Questa tutela è generalmente ritenuta essere derivante da una interpretazione minimalista del principio della *capacità contributiva*, variamente riconosciuto, implicitamente o esplicitamente, nelle costituzioni dei paesi occidentali: in mancanza di capacità contributiva il cittadino-contribuente *non può, e quindi non deve* contribuire.

Tuttavia, non c'è un accordo generale sull'esistenza di un *limite massimo* al potere impositivo. Abbiamo visto come la libertà individuale in relazione alla pressione fiscale possa essere percepita come poca o tanta a seconda del contesto storico-culturale in cui si vive. Ma ciò non vuol dire abbandonarsi al relativismo, o asserire che non abbia alcun senso parlare di limiti massimi al potere impositivo e/o cercarne una misura di legittimità/illegittimità. Fissare questo limite, per quanto storicamente contingente possa essere, fa tutta la differenza, per il cittadino contribuente, tra avere o non avere la possibilità di attivare meccanismi giuridici di garanzia o difesa dagli abusi di potere.

Inoltre, l'esistenza di un tale limite, costringerebbe il legislatore a fare i conti con esso ogni volta che intenda proporre un innalzamento delle aliquote fiscali o introdurre nuovi tributi, se non altro perché tali proposte suonerebbero come un campanello di allarme per l'opinione pubblica.

Nondimeno, rimarrebbe comunque aperta la questione della consapevolezza e/o conoscibilità del superamento di un tale limite. Anche in presenza di una norma che stabilisca un limite massimo al potere impositivo, essa funzionerebbe bene solo in presenza di un'opinione pubblica *consapevole* di tali limiti, *vigile e critica*. Ma ciò non è affatto scontato, stante la numerosità e frammentazione dei tributi che rendono difficile avere un'idea della tassazione complessiva che grava sul singolo contribuente. In effetti, molti studi hanno dimostrato che il contribuente medio è generalmente ignaro di quali siano le aliquote di imposta, del livello di tassazione media e del peso delle varie forme di tassazione nel prelievo complessivo. Per non parlare della diffusa ignoranza di aspetti più generali e non meno importanti del sistema fiscale, quali la probabilità di accertamento fiscale, l'entità delle sanzioni, il gettito dei vari tipi di imposte, le fonti della spesa pubblica, la destinazione dei tributi, etc.<sup>14</sup>

La spiegazione più ragionevole di questa diffusa ignoranza va ricercata nell'estrema complessità tecnico-giuridico-economica della materia fiscale in generale e delle leggi tributarie in particolare (v. § 4.2).

Rimane inoltre aperta la questione fondamentale di quale debba essere il fondamento normativo del limite massimo al potere impositivo: il minimo vitale, la proprietà privata, la dignità umana, una certa combinazione tra essi, etc.?

Non possiamo qui affrontare tale problema. Per una futura discussione sul tema sarebbe in ogni caso importante trovare un accordo minimale circa le ragioni che dovrebbero limitare qualunque forma di potere *assoluto* dello stato in materia fiscale, come del resto dovrebbe essere normale in ogni sistema di 'stato di diritto' degno di questo nome.<sup>15</sup>

D'altra parte, non richiede un grande sforzo introdurre, per via costituzionale o giurisprudenziale, norme atte a fissare un limite massimo al potere impositivo, volte a ridurre l'arbitrio e/o limitare il superamento della soglia confiscatoria, norme di fatto vigenti in molti paesi civili.<sup>16</sup>

Dunque il problema del limite al potere impositivo, e, in maniera ancora più evidente, il pericolo della tirannia fiscale o di un potere confiscatorio, mostrano come la nozione di libertà fiscale non possa fare a meno di un nucleo minimale di libertà negativa.

<sup>14</sup> Fra i tanti studi si v. almeno: Lewis (1978); Taylor-Gooby (1983); Kirchler (2007); Auld (1979); Cullis, Lewis (1985).

<sup>15</sup> Ad esempio, Enrico di Robilant (1981: 49) ha sostenuto, con argomenti di matrice hayekiana, che un certo residuo di assolutismo nel potere fiscale dello stato (o la sua renitenza ad accettare limiti) si regge su tre presupposti razionalmente "ingiustificati" e ingiustificabili: "a) la disponibilità totale delle risorse economiche del singolo da parte dello stato; b) la scissione fra persona e libertà economica; c) la maggiore abilità dello Stato, rispetto ai privati nel sapere impiegare le risorse economiche".

<sup>16</sup> Si questo si v. ancora Falsitta (2008: 254ss).

## 4.2. Caos regolamentativo e certezza del diritto

Tuttavia, anche qualora questi limiti massimi al potere impositivo siano di fatto vigenti e ampiamente riconosciuti e sorvegliati da una opinione pubblica critica, non si può escludere che continuino a sussistere comunque ampi margini di ‘arbitrio’ o incertezza, ad esempio legati alla complessità e al caos normativo del diritto tributario.<sup>17</sup>

La battuta, attribuita a Don Nickles, per cui il codice fiscale americano “it’s about ten times the size of the Bible — and unlike the Bible, contains no good news”, va presa sul serio, tanto più se la complessità normativa del diritto tributario e la conseguente ignoranza delle regole del fisco è una situazione piuttosto diffusa nei paesi occidentali.<sup>18</sup>

Il caos normativo di cui è costellato il mondo del fisco è causa di una estrema incertezza del diritto. Tale incertezza, inoltre, retroagisce negativamente sull’obbligazione tributaria, corrompendo cioè la lealtà fiscale e il rapporto fisco-contribuente. D’altra parte, come possiamo obbedire alle leggi (tributarie) se, di fatto, sono inconoscibili e/o incomprensibili? Il fatto che anche un normale cittadino per obbedire alle leggi tributarie debba ricorrere all’aiuto di un esperto, non è già di per sé indice di una relazione patologica tra contribuente e fisco?<sup>19</sup>

Il cosiddetto principio o ‘canone’ della certezza (della tassazione) – uno dei più semplici e fondamentali canoni della tassazione, come già ricordava Adam Smith più di due secoli fa – è talmente importante per l’esistenza di un sano sistema fiscale da avere persino una ‘priorità’ logico-esistenziale sul canone dell’equità.<sup>20</sup> La violazione sistematica della ‘certezza’ ci ha portato ben al di là delle più fosche previsioni di Hayek circa l’uso e l’abuso di norme di organizzazione (o comando).

La cappa asfissiante di regole – estremamente complesse, parcellizzate, a volte retroattive, spesso poco chiare o contorte se non contraddittorie o lacunose – sono anzitutto una violazione continua del principio della certezza del diritto che, comunque lo si voglia intendere o declinare,<sup>21</sup> è pur sempre (anche se non esclusivamente) una garanzia di libertà.

Inoltre, l’incertezza del diritto tributario rende spesso impossibile una qualunque pianificazione economica delle attività imprenditoriali, già a partire dalla conoscenza dell’ammontare delle imposte dovute allo stato, che, insieme alla burocrazia e al numero di adempimenti, costituiscono una ulteriore menomazione della libertà economica. E ciò non riguarda solamente imprenditori e liberi professionisti, più direttamente alle prese con questi problemi e adempimenti. Anche il comune cittadino che dovrebbe compilare una ‘normale’ (si fa per dire) dichiarazione dei redditi non se la cava tanto meglio, se è vero, come è vero, che tali dichiarazioni sono accompagnate da un manuale di istruzioni molto corposi e scritti con un linguaggio tecnico-economico-giuridico che richiede un livello di istruzione e competenze ben sopra la media, e che anche un cittadino con una formazione universitaria fatica a capire.

<sup>17</sup> Il caos normativo ha diverse fonti e ragioni. Esso è in parte dovuto all’abuso di potere legislativo e amministrativo e al conseguente caos applicativo e interpretativo delle norme, e in parte allo stratificarsi di una legislazione molto complessa e in continuo mutamento. Non a caso, le così dette ‘semplificazioni fiscali’ variamente sbandierate dai politici e governi, sono ormai un processo sempre aperto e mai concluso. Ma questo è già di per sé la spia di un malfunzionamento.

In secondo luogo, il sistema fiscale è complesso sia per il numero spesso abnorme dei vari tipi di ‘tributi’ – imposte dirette, indirette, tasse, contributi, dazi, accise, bolli, etc. etc. – sia per la complessa pletora di deduzioni, detrazioni fiscali, sussidi o bonus fiscali vari, la gran parte dei quali sono praticamente ignoti alla stragrande maggioranza dei cittadini.

<sup>18</sup> Si v. ad es., con riferimento agli Stati Uniti, Slemrod, Bakija (2008).

<sup>19</sup> In verità, ci sono stati dei tentativi, come l’Indice della libertà fiscale elaborato in Italia dal “Centro studi Impresa Lavoro”, che hanno adottato una nozione più comprensiva della realtà fisco, includente, oltre alla pressione fiscale complessiva, altri indicatori relativi al ‘carico legale’ o burocrazia del fisco, quali il numero di obblighi legali (adempimenti vari e procedure) e numero di ore necessarie a pagare le tasse. Questi tentativi, tuttavia, paiono non aver avuto seguito, e sembrano fermi al 2016. Si v. <http://impresalavoro.org/indice2016/>.

<sup>20</sup> Adam Smith, *The Wealth of Nations*, V, II, II, II.

<sup>21</sup> Per un’attenta analisi del principio della certezza del diritto applicato al diritto tributario rinviamo ancora al Falsitta (2008: 413-544). In un’ottica più ampia si v. Braithwaite (2002).

Ciò che è ancora più stupefacente, è che questa ignoranza investe la stessa classe politica,<sup>22</sup> con buona pace del principio *no taxation without representation*.

Viene da chiedersi se, in presenza di una violazione sistematica di ogni principio basilare di certezza del diritto, possa ancora valere il principio *ignoranza legis non excusat*.

Tutti questi esempi e problemi mostrano come il tipo di libertà economica implicato dalla libertà fiscale possa essere limitato non tanto e non solo in presenza di una eccessiva ingerenza nella proprietà privata. Potremmo infatti immaginare un livello di tassazione molto basso (sul modello di uno stato minimo), e un cittadino-contribuente ben disposto a pagare le tasse ma impossibilitato a farlo dall'estrema incertezza del diritto tributario, ciò che di fatto rende anche difficile la sua azione e pianificazione economica.

## 5. Coercizione, *compliance*, reciprocità

L'indagine sin qui condotta sulla relazione tra fisco e libertà richiede di prendere in conto la questione della coercizione e della sua giustificazione: l'imposizione tributaria è un atto coercitivo? E, in caso affermativo, come si giustifica la presenza di tale coercizione? Cercheremo di capire la natura del problema analizzando alcuni dei modi in cui esso è stato posto e discusso (§ 5.1). Vedremo poi come la letteratura economica ed empirica sulla *tax compliance* e la *tax morale*, la riscoperta della categoria della reciprocità, possano fornire un punto di partenza per un ripensamento del rapporto tra fisco e libertà, contribuendo ulteriormente a spostare la coercizione fiscale "dal cuore alla periferia del diritto tributario" (§ 5.2).

### 5.1. Imperativismo giuridico e coercizione<sup>23</sup>

È difficile sapere quanto nella diffusa idea che identifica la tassazione con la coercizione vi sia un residuo di imperativismo giuridico duro a morire e/o il residuo di una storica ostilità e diffidenza nei confronti del fisco, risalente all'epoca degli stati assoluti. Tralasciamo l'ipotesi storica per concentrarci soprattutto sulla questione teorica.

L'imperativismo giuridico ha finito con l'identificare il diritto con la coercizione e la minaccia della sanzione, la cui giustificazione rinvia, in ultima istanza, e attraverso un processo autoreferenziale, al principio di sovranità. In questa prospettiva, coercizione e minaccia della sanzione sono la fisiologia e la *condicio sine qua non* del sistema giuridico-politico: senza di esse l'ordine giuridico-politico non sarebbe possibile.

Non ci vuole molto a smontare l'apparato teorico dell'imperativismo giuridico: basterebbe ricordare le obiezioni di Herbert Hart o l'esperimento mentale di Joseph Raz. Hart (1961: 80-81) aveva già mostrato come l'imperativismo giuridico si fondi su una erronea ontologia del diritto. Il diritto non è solo un meccanismo coercitivo-sanzionatorio o un insieme di norme accompagnate da una sanzione. Nel diritto vi sono anche norme che conferiscono poteri, di cui l'imperativismo giuridico non è in grado di rendere conto.

Si può inoltre traslare, nell'orizzonte della riflessione su fisco e libertà, l'esperimento mentale (e controfattuale) proposto da Raz (1975: 157ss),<sup>24</sup> per mostrare come avremmo comunque bisogno del diritto tributario anche se la coercizione non fosse più necessaria. E ciò per dimostrare che la

---

<sup>22</sup> Mi riferisco a uno studio di Schmolders (1959), che riguardava i politici eletti nel parlamento tedesco e i membri della commissione finanza. Per quanto questo studio sia stato effettuato più di mezzo secolo fa, non c'è da ritenere che la situazione sia molto cambiata stante il livello di complessità crescente dei sistemi fiscali.

<sup>23</sup> Riprendo in questa sezione alcuni aspetti del problema della coercizione affrontati in Silvestri (2018), tralasciando l'analisi (svolta in quella sede), dei problemi inerenti alle prospettive contrattualiste volte a ridurre la coercizione al consenso.

<sup>24</sup> Riprendo qui la traslazione dell'esperimento mentale di Raz in ambito fiscale proposto da Menéndez (2001: 142-43).

coercizione non è una caratteristica *essenziale* del diritto tributario. Immaginando cioè un mondo popolato da angeli (o da persone assolutamente desiderose di pagare le tasse e di rispettare tutte le leggi e gli adempimenti fiscali), si potrebbe infatti mostrare come, pur in assenza di coercizione, *il diritto tributario dovrebbe comunque assolvere alcune ineludibili funzioni di coordinamento (e anche se non fosse di matrice statale)*, quali: raccogliere informazioni reddituali per capire chi deve o non deve pagare (si ricordi il risultato ‘perverso’ degli Indici di libertà fiscale), stabilire quanto pagare, come dividere i carichi e i benefici della tassazione, etc.

Vale inoltre la pena ricordare come la coercizione appartenga più alla patologia che alla fisiologia di un sistema fiscale. Come avevano già mostrato i primissimi studi di storia e antropologia fiscale di Einaudi (1940, 2017),<sup>25</sup> da un lato, nessun sistema fiscale può durare a lungo se basato solo sulla coercizione; dall’altro, non ogni volta che obbediamo alla legge percepiamo tale obbedienza come un atto coartato. Se così fosse, vorrebbe dire che la società politica nella quale viviamo inclina pericolosamente verso la patologia e la tirannia.

Infine, come abbiamo già visto, insistere sul lato (negativo) dell’imposta come coercizione finisce con il veicolare, anche già solo da un punto di vista meramente retorico e comunicativo, una concezione sacrificale dell’imposta. Di più: rischia di occultare l’altro lato (positivo) dell’imposta, vale a dire i benefici derivanti da essa in forma di servizi e beni pubblici. Questo punto è stato anche recentemente rimarcato da un libertario, quale Richard Epstein,<sup>26</sup> come una sorta di critica interna alla stessa prospettiva libertaria (spec. Rothbard e Nozick).<sup>27</sup>

## 5.2. Tax compliance, tax morale, reciprocity

Gli studi sulla *tax compliance* analizzano, da un punto di vista empirico, il comportamento e le motivazioni del contribuente di fronte all’insieme degli adempimenti e obblighi fiscali. Il modello dominante della letteratura sulla *tax compliance* muoveva dal cosiddetto “deterrence approach” (Allingham, Sandmo 1972), mutuato dagli studi su *Crime and Punishment* di Gary Becker (1968), che può anche essere letto come la variante economica dell’imperativismo giuridico. In questo approccio, le istituzioni e le leggi, lette con le lenti dell’*homo oeconomicus*, sono concepite come vincoli e/o meccanismi di allocazione di premi e punizioni, incentivi e disincentivi, e l’obbedienza alla legge non sarebbe altro che la risultante di un calcolo di convenienza costi-benefici. In questa prospettiva, il modello di contribuente *razionale* (secondo gli standard dell’*homo oeconomicus*), è costruito ipotizzando una scelta secca tra “pagare le tasse o evadere”. Tale modello, muovendo da alcune assunzioni e parametri – quali la propensione al rischio del contribuente, la probabilità di incorrere nella sanzione, il ‘costo’ di questa (p. es. multa o incarceramento), la probabilità di una eventuale ispezione/accertamento delle autorità fiscali – prevedeva che la scelta più ‘razionale’ del contribuente fosse evadere. La realtà tuttavia smentiva sistematicamente questa previsione, nel senso che il modello non riusciva a spiegare perché così tante persone pagano le tasse, nonostante sia razionale, cioè economicamente conveniente, evadere. Di qui il cosiddetto *tax compliance puzzle*.

<sup>25</sup> Sul punto rinvio a Silvestri (2015, 2017, 2018).

<sup>26</sup> Epstein (2007): “[Libertarians] typically overstate their categorical case against taxation, because they refuse to look at the benefit side of the equation. At one extreme we should condemn those forms of taxation that allow a despot to enrich his private coffers at the expense of the public at large. At the other extreme, we understand that the prevention of theft and the enforcement of contracts requires social institutions strong enough to stop private coercion, but not so strong as to put illicit state coercion in its place. Therefore, if a tax is designed to provide some public good, and we can say all persons who pay some tax receive a benefit that they value in excess of the amount of the tax, then the arrangement is a form of justified coercion, as long as coordination problems make it impossible to achieve that same favorable distribution of cost and benefits through voluntary means”.

<sup>27</sup> Non è qui possibile analizzare tutte le prospettive libertarie che riconducono l’equazione tra tasse e furto a un fondamento giusnaturalista e/o basato sulla libertà privata e/o a una violazione del principio di non aggressione. Si v. almeno Nozick (1974) e Rothbard (2003). Per i limiti di queste prospettive si v. Murphy, Nagel (2002). Per una recente difesa: Feser (2000).

Nonostante i tantissimi studi empirici sviluppati per risolvere questo ‘puzzle’ non presentino risultati univoci, si può tuttavia dire che vi è un sostanziale accordo nel considerare fallito il modello dell’*homo oeconomicus* e nel ritenere che il comportamento del contribuente sia solo in parte determinato dall’effetto deterrente della sanzione, da motivazioni meramente strumentali e dal calcolo costi-benefici.

Si è quindi sviluppata una letteratura, denominata *tax morale*, basata sulla *Behavioral Economics* e sugli studi di psicologia fiscale, che ha da tempo invocato la necessità di un modello antropologico più realistico e complesso, vale a dire l’*homo reciprocans*, in grado di spiegare altre dimensioni del comportamento del contribuente quali: il *rispetto delle norme sociali e delle autorità legali, altruismo e contribuzione volontaria a beni pubblici, percezioni di giustizia/equità e reciprocità nel comportamento cooperativo (o non cooperativo) degli altri contribuenti, motivazioni di gruppo, fiducia, etc.*<sup>28</sup>

Dal nostro punto vista, particolarmente interessante appare lo studio di Feld e Frey (2000) “Trust breeds trust: how taxpayers are treated”. Si tratta di uno studio sulla dimensione *verticale* della reciprocità o “patto fiscale implicito” o “psicologico” tra contribuenti e autorità fiscali, basato sulla logica della fiducia. Gli autori mostrano come in tale patto si sovrappongano la percezione di legittimità tanto del potere politico quanto della tassazione, e come i contribuenti non intendano tale patto come un puro *do ut des* o scambio di equivalenti tra pagare le tasse e ricevere in cambio beni e servizi pubblici, “*as long as the political process is perceived to be fair and legitimate*” (Feld, Frey 2007, corsivo aggiunto). A queste condizioni il patto fiscale genera un circolo virtuoso. Mentre l’inasprimento delle sanzioni o dei controlli sortisce di solito un effetto contrario, o di ritorsione del contribuente, innescando un circolo vizioso di sfiducia tra contribuente e fisco.

Da un punto di vista antropologico, questi studi sulla fiducia e su “come è trattato il contribuente” mostrano altresì come i circoli virtuosi o viziosi del patto fiscale siano dovuti anche al carattere *performativo* delle *concezioni del contribuente assunte dalle autorità fiscali*. Ad esempio, se il contribuente è concepito dalle autorità fiscali come ‘cattivo’ o potenzialmente evasore queste concezioni finiranno prima o poi con assumere il carattere di *self-fulfilling prophecies*.

Fra l’altro, lo stesso potrebbe dirsi delle *concezioni delle autorità fiscali assunte dal contribuente*, ad esempio quando è il fisco ad essere concepito come oppressivo e ‘cattivo’.

Si potrebbe quindi anche pensare che la rappresentazione negativa del fisco che emerge dagli Indici di libertà fiscale e la loro ampia diffusione e divulgazione, più che ‘liberare’ il contribuente dal fisco, possano invece contribuire a un inasprimento del loro rapporto.

Altri celebri studi, quali i *public good games* e più in generale i *social dilemma games*,<sup>29</sup> hanno invece messo in luce l’esistenza di altre dinamiche di reciprocità, vale a dire di reciprocità *orizzontale*, e di conseguenti (e sempre possibili) circoli viziosi/virtuosi *tra* gli stessi contribuenti. Limitatamente ai nostri scopi, preme qui notare come essi abbiano dimostrato: a) la concreta possibilità di contribuzioni volontarie ai beni pubblici, ben oltre le fosche previsioni derivanti dalle assunzioni dell’*homo oeconomicus* e del conseguente comportamento da *free rider*; b) che la decisione di pagare le tasse non dipende solamente dalla minaccia della coercizione, ma anche dal comportamento cooperativo o non cooperativo degli altri contribuenti.

Questi studi permettono altresì di comprendere un altro limite del modo in cui l’imperativismo giuridico tematizza la questione della coercizione come caratteristica *essenziale* del diritto.

L’imperativismo giuridico non è in grado di rendere conto di come il dovere di pagare le tasse possa avere anche questa dimensione di reciprocità orizzontale tra i contribuenti, poiché l’unica

<sup>28</sup> La letteratura è molto cospicua. Si v. almeno: Alm, McClelland, Schulze (1992); Alm (2014); Torgler (2007); Androni, Ennard, Feinstein (1988); Cullis, Lewis (1997); Feld, Frey (2000); Cox (2012); Fehr, Gächter (1998).

<sup>29</sup> La letteratura sui *social dilemmas games* e *public good games*, le dinamiche di reciprocità o *strong reciprocity*, cooperazione e punizione è molto cospicua. Si v. almeno Dawes (1980); Fehr Gächter (1998, 2000); Fischbacher, Gächter, Fehr (2001).

relazione che esso è in grado di concepire è quella verticale e biunivoca tra contribuente e autorità fiscali.

Infine, il fallimento del *deterrence approach*, gli studi sulla *tax morale*, come quelli sulla reciprocità verticale e orizzontale, dovrebbero deporre a favore di un definitivo spostamento del discorso sulla coercizione “dal cuore alla periferia” (Menéndez 2001: 140) del sistema fiscale, e del sistema giuridico nel suo complesso. La coercizione sarà al massimo un meccanismo volto ad assicurare le condizioni fattuali perché le ragioni etico-normative dell’azione possano avere luogo:

any viable tax system must count on the spontaneous compliance of most taxpayers (with two important caveats: spontaneous does not mean enthusiastic, and most does not mean all). Due to the fragility of all obligations which coordinate action in order to achieve a complex social goal (such as the obligation to pay taxes), there is the risk that willing compliance is undermined by the perspective of a good deal of people avoiding their duties, so that individuals might see no point in complying. To prevent this feeling of hopelessness, we complement tax law with coercion. Thus, the law abiding taxpayer is ensured that there is a point in complying with the norms. Coercion reassures people in their tendency towards compliance because it guarantees that the number of recalcitrant citizens will be kept at a minimum, and thus that the goals pursued by the law will be achieved (the system will be efficacious) and fair (because most people will share the burden). But if that is so, coercion is not mainly a matter of providing prudential reasons to action, but of supporting or ensuring the factual conditions under which normative reasons arise. And its main addressee is not the free-rider, but the law abiding citizen. Only in a second step we consider the important role that it plays in providing prudential reasons to act to those who might not pay their taxes voluntarily, either out of weakness of will or because they are exclusively moved by strategic considerations. It is only in the last resort that coercion is intended to create prudential reasons for action for those who will not be moved out of their sense of duty to comply with the law [...]. On such grounds, we can conciliate the claim that in order to be feasible, the tax system needs to have access to coercion *with* the apparently contradictory one that coercion is not at the core, but at the periphery of tax law. (Menéndez 2001: 144-145).

## 6. Conclusioni

Le comuni e più note concezioni della libertà fiscale, quali quelle emblematicamente sintetizzate dagli Indici di libertà fiscale, presentano diversi problemi, ontologici ed epistemologici, di rappresentazione e distorsione della realtà fisco. Il fisco appare solo come ‘pressione tributaria’, come ciò che grava e pesa sul contribuente e la sua libertà, intesa meramente come libertà negativa. Il fisco è rappresentato solo dal lato delle entrate o del gettito, e non anche delle uscite o della spesa. Questa rappresentazione finisce quindi con il trascurare completamente anche i benefici della spesa di uno stato minimo (pur difeso da tali concezioni di libertà fiscale), quali la protezione della proprietà privata e dei contratti. Se la pressione fiscale complessiva diventa confiscatoria, ciò pone sì un problema, ineludibile, di protezione della libertà negativa. Tuttavia, la libertà economica e la libertà fiscale in particolare possono essere messe a rischio non tanto e non solo dal peso della pressione fiscale, ma anche dalla complessità normativa o dall’arbitrio e incertezza del diritto tributario. Una più adeguata e complessa considerazione del problema della libertà fiscale richiede infine di tematizzare meglio il problema della coercizione fiscale come parte del più ampio problema dell’obbligazione filosofico-giuridica, e di spostare lo stesso discorso sulla coercizione “dal cuore alla periferia” del sistema fiscale, e del sistema giuridico nel suo complesso.

Questo articolo si è concentrato sul rapporto tra libertà e fisco, e, in particolare sulle concezioni del fisco derivanti da una certa idea di libertà, intesa prevalentemente come libertà negativa. Una volta ripristinata una idea di fisco non tanto e non solo come ciò che grava e pesa sul contribuente, ma anche come ciò che può creare benefici all’individuo e alla collettività – e ciò, ripetiamolo, vale anche in una forma di ‘stato (fiscale) minimo’ – occorrerà esplorare meglio l’interazione, teorico-concettuale e pratica, nonché la possibile coesistenza, non necessariamente conflittuale, tra le varie

nozioni di libertà, ad esempio tra la libertà negativa, positiva e repubblicana in ambito fiscale. Mi pare, questo, un possibile e fecondo campo di ricerca.

#### BIBLIOGRAFIA

- Allingham, M.G., Sandmo A., 1972, Income tax evasion: A theoretical analysis. *Journal of Public Economics* 1(3-4): 323– 338.
- Alm J., 2014, Expanding the Theory of Tax Compliance from Individual to Group Motivations. In Forte F., Mudambi R., Navarra P.M. (Eds.) *A Handbook of alternative theories in Public economics*. Cheltenham: Edward Elgar, pp. 260-277.
- Alm, J., McClelland, G.H., & Schulze, W.D., 1992, Why do people pay taxes? *Journal of Public Economics*, 48(1): 21-38.
- Andreoni J., Enrard B., Feinstein J., 1988, Tax compliance. *Journal of Economic Literature*, XXXVI (2): 818-860.
- Andronico A., 2019, Libert . La legge come misura. In A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino: Giappichelli, pp. 115-152.
- Baggini J., 2016, Let’s talk about tax as a force for common good, or we lose the debate. *The Guardian*, August 1, 2016, available at: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/aug/01/tax-debate-freedom-day-society-theft>.
- Becker G.S., 1968, Crime and Punishment: an Economic Approach. In: Fielding N.G., Clarke A., Witt R. (eds) *The Economic Dimensions of Crime*. London: Palgrave Macmillan, pp. 13-68.
- Berlin I., 1989 [1969], *Quattro saggi sulla libertà*, tr. it. Milano: Feltrinelli.
- Braithwaite J., 2002, Rules and principles: A theory of legal certainty. *Australasian Journal of Legal Philosophy*, 27: 47-82.
- Brooks N., 2005, *Tax Freedom Day: A Flawed, Incoherent and Pernicious Concept*. Canadian Centre Policy Alternatives, available at: [https://policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National\\_Office\\_Pubs/2005/tax\\_freedom\\_day.pdf](https://policyalternatives.ca/sites/default/files/uploads/publications/National_Office_Pubs/2005/tax_freedom_day.pdf).
- Carter I., 1999, *A Measure of Freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Carter I., M. Ricciardi, 1996, *L’idea di libertà*, Milano: Feltrinelli.
- Cox J.C., 2012, Private goods, public goods, and common pools with *Homo Reciprocans*. *Southern Economic Journal*, 79(1): 1–14.

- Cullis L., Lewis A., 1985, Some hypotheses and evidence on tax knowledge and preferences. *Journal of Economic Psychology*, 6(3): 271-287.
- Cullis J.G. and Lewis, A., 1997, Why people pay taxes: From a conventional economic model to a model of social convention. *Journal of Economic Psychology* 18(2-3): 305-321.
- D'Agostino, F., 2017, La giustizia tributaria tra pubblico e privato. *Teoria e Critica Della Regolazione Sociale / Theory and Criticism of Social Regulation*, 1 (14), 83-88. Available at: <https://www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs/article/view/112>
- Dawes R. M., 1980, Social dilemmas. *Annual review of psychology*, 31(1): 169-193.
- Del Punta V., 1981, Fisco minimo uguale a libertà massima?, in AA.VV., *Fisco e libertà. Un dispotismo mascherato*. Roma: Armando Armando, pp. 61-68.
- Di Robilant E., 1981, L'inaccettabilità del potere assoluto dello Stato in materia fiscale. In AA.VV., *Fisco e libertà. Un dispotismo mascherato*. Roma: Armando Armando, pp. 47-60.
- Dworkin R., 2000, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard: Harvard university press.
- Einaudi L., 1940 [1959], *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino: Einaudi.
- Einaudi L., 1942, Del concetto dello 'stato fattore di produzione' e delle sue relazioni col teorema della esclusione del risparmio dall'imposta. *Giornale degli economisti e annali di economia*, Luglio-Agosto: 301-331.
- Einaudi L., 2017, *On Abstract and Historical Hypotheses and on Value judgments in Economic Sciences*, edited with an *Introduction* and an *Afterword* by Paolo Silvestri. London - New York: Routledge.
- Epstein R., 2007, Voluntary and Coercive Action: A Key Distinction in the Overall System of Liberty. *Cato Unbound*, May 14, 2007, available at: <https://www.cato-unbound.org/2007/05/14/richard-epstein/voluntary-coercive-action-key-distinction-overall-system-liberty>.
- Falsitta G., 2008, *Giustizia tributaria e tirannia fiscale*. Milano: Giuffrè.
- Fehr E., Gächter S., 1998, Reciprocity and economics: The economic implications of Homo Reciprocans, *European Economic Review*, 42(3-5): 845-859.
- Fehr, E., & Gächter, S., 2000, Cooperation and punishment in public goods experiments. *American Economic Review*, 90(4): 980-994.
- Feld L.P., Frey B.S., 2000, Trust Breeds Trust: How Taxpayers Are Treated. *Economics of Governance*, 3(2): 87-99.

- Feld L.P., Frey B.S., 2007, Tax Compliance as the Result of a Psychological Tax Contract: The Role of Incentives and Responsive Regulation. *Law and policy*, 29(1): 102-120.
- Feser E., 2000, Taxation, forced labor, and theft. *The Independent Review*, 5(2): 219-235.
- Fischbacher U., Gächter S., Fehr E., 2001, Are people conditionally cooperative? Evidence from a public goods experiment, *Economics Letters*, 71(3): 397-404.
- Hart H.L.A., 1961, *The concept of law*. Oxford: Oxford University press.
- Hayek F.A., 1960, *The constitution of liberty*. Chicago: University of Chicago press.
- Hayek, F.A., 1976, *The Mirage of Social Justice*, Vol. 2 of *Law, Legislation and Liberty*. London: Routledge & Kegan Paul.
- Heritier P., 2017, Ambivalenze dei circoli del dono e della vendetta: la giustizia come reciprocità. In G. Cuniberti (cur.), *Dono, contro dono e corruzione. Ricerche storiche e dialogo interdisciplinare*. Alessandria-Torino: Edizioni dell'Orso, pp. 627-650.
- Holmes S., Sunstein C., 1999, *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. New York-London: Norton&Company.
- Karlsson S., 2005, The Failings of the Economic Freedom Index. *Mises Daily*, 21 January 2005. Ludwig von Mises Institute, available at: <https://web.archive.org/web/20150214123414/http://mises.org/library/failings-economic-freedom-index>.
- Kirchler E., 2007, *The Economic Psychology of tax behaviour*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Klein D.B., 1997, *Reputation: Studies in the Voluntary Elicitation of Good Conduct*. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press.
- Lewis A., 1978, Perception of tax rates. *British tax review*, 6: 358-366.
- Menéndez A. J., 2001, *Justifying Taxes. Some Elements for a General Theory of a Democratic Tax Law*. Dordrecht-Boston-London: Kluwer.
- Miller, T., Kim, A. B., & Roberts, J., 2010, *2010 index of economic freedom*. Washington, D.C.: The Heritage Foundation and Dow Jones & Company, Inc.
- Miller T., Kim, A. B., & Roberts, J., 2011, *2011 index of economic freedom*. Washington, D.C.: The Heritage Foundation and Dow Jones & Company, Inc.
- Mises L. von, 1949, *Human Action. A treatise on Economics*. San Francisco: Fox and Wilkes.
- Murphy L., 2005, Taxes, property, justice. *NYU Journal of Law & Liberty*, 1(3): 983-986.

- Murphy L., Nagel T., 2002, *The Myth of the Ownership, Tax and Justice*. New York: Oxford University Press.
- Nozick, R., 1974, *Anarchy State Utopia*. New York: Basic Books.
- Proudhon, P. J., 1876, *What is property?: An inquiry into the principle of right and of government*, I, BR Tucker.
- Raz J., 1975, *Practical reasons and norms*. London: Hutchinson&Co.
- Rothbard M., 2003, *The ethics of liberty*. New York: NYU Press.
- Schiavello A., 2010, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e I suoi limiti*. Pisa: ETS.
- Silvestri P., 2008, *Il liberalismo di Luigi Einaudi o del Buongoverno*. Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Silvestri P., 2012, The ideal of good government in Luigi Einaudi's Thought and Life: Between Law and Freedom. In: P. Silvestri, P. Heritier (Eds.) *Good government, Governance and Human Complexity. Luigi Einaudi's Legacy and Contemporary Society*. Firenze: Leo Olschki, 55-95.
- Silvestri P., 2015, Anthropology of freedom and tax justice: between exchange and gift. Thoughts for an interdisciplinary research agenda. *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2: 115-132.
- Silvestri P., 2017, Freedom and taxation between good and bad polity, and the economist-whole-man. In L. Einaudi, *On Abstract and Historical Hypotheses and on Value judgments in Economic Sciences*. London - New York: Routledge.
- Silvestri P., 2018, Libertà e fisco. Come ripensare il patto fiscale?. In D. Velo Dalbrenta (Ed.), *Imposizione fiscale e libertà: sottrarre e ridistribuire risorse nella società contemporanea*. Torino: IBL Libri, pp. 169-198.
- Silvestri, P., 2023, Luigi Einaudi's 'Scienza delle Finanze' or the science of good government. *The European Journal of the History of Economic Thought*, 30(5), 764–790, available at: <https://doi.org/10.1080/09672567.2023.2249295>
- Slemrod J., Bakija J., 2008, *Taxing Ourselves: A Citizen's Guide to the Debate over Taxes*, MIT Press, Cambridge.
- Spencer H., 1994, *The man versus the state and other writing*. Cambridge: Cambridge University press.
- Streeck W., and Mertens D., 2010, An Index of Fiscal Democracy. *MPIfG Working Paper*, 10/3. Cologne: Max Planck Institute for the Study of Societies.
- Taylor C., 1985, On Negative Freedom. In *Philosophy and the Human Sciences: Philosophical Papers*, vol. ii. Cambridge: Cambridge University Press.

**PAOLO SILVESTRI**

Thoreau H. D., 2016, *Civil disobedience*. Broadview Press.

Torgler B., 2007, *Tax Compliance and Tax Morale: A Theoretical and Empirical Analysis*. Cheltenham, UK and Northampton, MA, USA: Edward Elgar Publishing.

Attilio Alessandro Novellino

*Filosofia della pena e teoria della società nel pensiero anarchico classico*

ABSTRACT

The article traces the theoretical lines along which anarchist thought has developed concerning the criminal question and punishment. Every libertarian model of social organization faces the challenges of deviance, responding to crime as an offense against fundamental goods, and conflict. Starting from Stirner, who envisions an informal system of collective defense within the association of the egoists, the author examines arguments at the intersection of criminal philosophy and the theory of the State and society as expressed by Bakunin, Kropotkin, Malatesta, Molinari, Proudhon, Guyau e Godwin.

KEYWORDS

Anarchism; Punishment; Law; State; Society.

INDICE

1. La trasgressione in Stirner 2. Bakunin: per un'etica del ribelle 3. La pena come cura. Kropotkin, Molinari, Malatesta 4. Ulteriori sistemi di risoluzione delle controversie: Proudhon, Guyau e Godwin 5. Conclusioni

1. La trasgressione in Stirner

Per effettuare una ricostruzione del pensiero anarchico in materia di devianza, trasgressione e ordine sociale, può essere utile partire dall'analisi del pensiero di Max Stirner. Il concetto di libertà, intesa come veicolo di espressione delle potenzialità e degli impulsi individuali elaborato dal filosofo tedesco, porta a considerare la trasgressione uno strumento di affermazione dell'io nei confronti dello Stato, della cultura dominante e del diritto, creato ed utilizzato per la sottomissione gerarchica dell'individuo. Nel lungo e tortuoso percorso che conduce l'individuo a ritrovare sé stesso nell'età adulta, dopo aver superato le difficoltà e le incertezze proprie dell'infanzia, caratterizzata dalla centralità delle cose, e dell'adolescenza, nella quale prevalgono le idee, l'io si scopre finalmente spirito dotato di un corpo concentrandosi sul proprio interesse. Tramite l'acquisto di una piena soggettività, l'uomo è finalmente consapevole che idee e concetti sono solamente una creazione del sé e il mondo è dotato del senso che esso gli attribuisce.

Si tratta cioè di accettare il dato che caratterizza la condizione umana: che siamo gettati al mondo come dadi, e che questo mondo non ha per noi nessun senso se non quello che noi stessi siamo capaci di dargli e di scorgere in esso<sup>1</sup>.

Il richiamo al nulla contenuto nell'incipit dell'Unico<sup>2</sup>, sul quale Stirner sostiene di aver fondato la propria causa, esprime il noncognitivistico metaetico di cui è portatrice la sua visione filosofica: non esistono fondamenti assoluti per i giudizi di valore. Non li può esprimere un individuo isolato, né una formazione sociale. La responsabilità per le azioni dell'uomo grava esclusivamente su di esso,

<sup>1</sup> La Torre 2017: 53.

<sup>2</sup> Stirner 1990 [1844].

essendo qualsiasi appiglio ad entità o ordini morali o trascendenti del tutto pretestuoso. L'egoismo stirneriano è il trionfo di una corporeità che non può essere sottomessa ad alcun tipo di spirito, coscienza, divinità o ragione.

In questa prospettiva teorica, la trasgressione e il comportamento deviante appaiono come manifestazioni libere dell'individuo, non suscettibili di valutazione critica, essendo anche le categorie basilari del giudizio, come bene e male, del tutto prive di valore. Se manca un metro oggettivo di giudizio della normalità, anche la trasgressione perde la sua stessa ragion d'essere.

Il sistema di convivenza immaginato da Stirner è un'associazione ad adesione volontaria e dalla quale è possibile allontanarsi in qualsiasi momento. Un'unione di tal genere consente l'espressione delle diversità individuali, senza turbarne il carattere egoistico, ed è rispettosa anche di forme di solitudine e isolamento. Si presenta come una comunità di diversi che rinuncia a prospettare modelli di normalità e di condotte virtuose, ma che esalta i bisogni e la corporeità del singolo, fondata sul riconoscimento e sulla pratica della coesistenza pluralistica più che sul riconoscimento di valori comuni. In un contesto del genere:

L'individuo raggiunge la sua unicità, recupera le sue peculiarità, nel momento in cui demolisce la gerarchia delle rappresentazioni collettive, rifiuta l'ideale, distrugge le istituzioni, e accetta, al momento stesso, di consumarsi e distruggersi in un incontro con altre individualità<sup>3</sup>.

A una simile associazione si potrebbe giungere solo tramite il dissolvimento dello Stato borghese, con la sua opposizione all'affermazione dell'io e alle manifestazioni del potere individuale, represso, criminalizzato, etichettato come delitto. Il diritto, insomma, sarebbe "un velo ideale sovrapposto alla realtà del comando, esso è volontà, esso - quando si manifesta come legge - non si distingue dal potere arbitrario"<sup>4</sup>; una creazione culturale che mira al mantenimento dell'ordine, inducendo le condotte a conformarsi a un modello rigido. La norma penale, espressa nel codice, è per il laico ciò che rappresenta la fede per il religioso: un sistema di valutazione morale degli individui che assolve e condanna, che pensa di poter separare nettamente i buoni dai cattivi, gli dei dai demoni, i giusti dagli ingiusti. Lo Stato, attraverso la normazione, pretende di dettare una morale superiore, nella quale costringe ogni uomo a riconoscersi. È per questa ragione che la commissione di crimine viene valutata più come lesione di un'idea che di un interesse. "Per lo Stato è inevitabilmente necessario che nessuno abbia una volontà propria; se qualcuno l'avesse, lo Stato dovrebbe escluderlo (rinchiuderlo, bandirlo,); se l'avessero tutti si perverrebbe all'abolizione dello Stato"<sup>5</sup>.

La reazione sociale etichetta il delinquente senza tenere conto della sua particolare situazione, senza alcun riguardo all'universo motivazionale dell'agente.

Siamo di fronte a considerazioni simili a quelle espresse della Scuola di Chicago<sup>6</sup>, in particolare la *labeling theory* e alla sua concezione della devianza come comportamento non osservante di una condotta definita e prescritta dallo Stato o dalla società. La scuola americana approda a diverse conclusioni che possono essere avvicinate alla visione di Stirner, in particolare avendo riguardo all'ampliamento della sfera pubblica di indifferenza richiesta nei confronti dei comportamenti devianti, specialmente quelli che non offendono una vittima, e alla liberazione dall'individuo dalla pressione di ogni tipo di rappresentazione ed etichettamento collettivo.

La norma penale, più che garantire la coesistenza degli individui, mira a mantenere intatta l'etica pubblica e ad affermare la sacralità dei modelli di comportamento legittimi. Stirner si avvicina per questa via al funzionalismo di Durkheim, che vede nel delitto uno strumento capace di rafforzare le concezioni comuni e implementare la solidarietà collettiva. La repressione penale è strettamente legata alla sacralità dello Stato, essendo la normativa penale, pur emanata da istituzioni che si

<sup>3</sup> Marconi 1979.

<sup>4</sup> Ivi: 51.

<sup>5</sup> Silvestri 1967: 316.

<sup>6</sup> Per un approfondimento sulla Scuola, si guardino: Anderson 1923; R.E.L. Faris e H.W. Dunham 1939.

professano laiche, riproduzione del sistema religioso di censura del peccato. Viene stabilito un diffuso principio di osservanza che punisce la condotta non ossequiosa del modello definito come normale e contrasta il comportamento ispirato alla diversità e al genuino interesse egoistico. Stirner riconosce che, in un sistema del genere, delitto e trasgressione possono essere considerati come momenti necessari per l'affermazione dell'io. Questi atti rappresentano un tentativo di lacerare il velo di ipocrisia costituito dallo spirito conformistico che, dietro la ragion di stato, nasconde sempre interessi egoistici degli agenti. Così, il fine ultimo è la liberazione dell'uomo.

Nell'associazione tra soggetti liberi non ci sarebbe spazio per la trasgressione, perché, venendo meno la censura, non essendo più rigidamente tracciato il contorno di una condotta normale, ogni tipo di differenza verrebbe accolta<sup>7</sup>. Ciò non implica l'assenza di ogni conflitto. La tendenza egoistica dell'uomo indurrebbe i componenti dell'associazione a collidere, ma la forza e la tendenza alla sopraffazione sarebbero accettate come dato naturale e insopprimibile, insuscettibile di essere controllato. In un assetto sociale finalmente privato della volontà di dominio, di cui le istituzioni di controllo e gli altri strumenti borghesi di sopraffazione sono espressione, il diritto cesserebbe la sua funzione, in sua vece si aprirebbe il campo alla composizione spontanea delle individualità irregolari espresse dalle diverse forze sociali. Al risultato della difesa si può giungere, secondo Stirner, senza dover necessariamente ricorrere alla regola giuridica, né a meccanismi collettivi di difesa, ma semplicemente assecondando l'impulso vitale dell'io nelle sue dinamiche interazionali.

Punizioni o anche metodi terapeutici, diretti a promuovere un miglioramento dell'individuo o indirizzarlo verso un modello di normalità, sono perciò considerati strumenti del tutto inutili, incapaci di promuovere un reale miglioramento dell'individuo o di avvicinarlo ad una presunta virtù. Stirner attacca l'idea stessa di correzione. Giudicare un comportamento come delitto o anche sintomo di uno stato morboso vuol dire esercitare una violenza irrispettosa delle peculiarità dell'uomo.

Solo in alcuni passi della sua opera, e in modo non particolarmente dettagliato, il filosofo tedesco sembra aprire il campo ad un possibile sistema di difesa collettiva informale che, in risposta a particolari attività lesive, possa essere attivato operando sui bisogni o mediante costrizione economica<sup>8</sup> dell'autore della condotta lesiva.

Il pensiero di Stirner, nella sua complessità, rappresenta qualcosa di singolare nel panorama della filosofia libertaria. Altri autori, successivamente, hanno dimostrato di condividere alcune delle sue argomentazioni, ma, in particolar modo riguardo alla trasgressione, si registrano posizioni abbastanza distanti da quelle del Tedesco.

Nella maggior parte dei casi, piuttosto che proporre una comprensione indiscriminata della devianza in quanto espressione delle peculiarità dell'individuo, si prova a capire se il criminale, il cui comportamento viene considerato in qualche modo anomalo e manifestazione di un'opposizione rispetto al sistema borghese, possa essere considerato strumento di lotta utile alla causa dell'abbattimento del potere statale.

La condotta deviante insomma, per ricevere un'approvazione, deve conformarsi ad un sistema di valori e a regole morali, dimostrarsi compatibile con la coesione sociale e la solidarietà su cui si costituirà la società futura.

---

<sup>7</sup> Pe un approfondimento sull'associazione degli egoisti e il valore del comportamento antiggiuridico nel pensiero di Stirner, si rinvia a: Negri 2005; Ferri 1992; Id. 2002; Id. 2021. Cfr., altresì: Newman 2011. Per gli aspetti biografici si rinvia a: Mackay 2018.

<sup>8</sup> “La società decide di far sopportare ai duellanti certe *conseguenze* negative della loro azione, negando loro, ad esempio, il credito di cui avevano goduto fino ad allora. Negare il credito è cosa che può fare chiunque, e se una società lo vuole fare per questo o quel motivo, chi ne è colpito non può lamentarsi che la sua libertà venga pregiudicata: la società fa valere solo la propria libertà. Non si ha la punizione di un peccato, non è la pena per un *crimine*. Il duello in tal caso non è un crimine ma solo un'azione contro la quale la società prende contromisure, stabilisce una *difesa*. Lo Stato invece colpisce il duello con il marchio del delitto, cioè di una violazione di una legge sacra: ne fa un caso criminale”. Stirner 1990 [1844]: 545.

## 2. Bakunin: per un'etica del ribelle

La dimensione dell'eticità è fondamentale nella configurazione del concetto stesso di libertà che propone un pensatore di capitale importanza per il pensiero anarchico come Bakunin.

Secondo il filosofo russo, infatti, la libertà non può esplicitarsi pienamente nella dimensione individuale, essendo infatti intimamente collegata all'uguaglianza, intesa come riconoscimento reciproco dei membri della società dotati da medesima dignità. Non è configurabile alcuna libertà fra disuguali, perché, in una situazione di asimmetria non può compiersi quel peculiare movimento che oppone riconoscimento e negazione dell'altro da sé, nel quale si esplica la dialettica della socialità. Ciò che consente all'individuo di conquistare la propria indipendenza è l'esposizione al rapporto con l'altro e alla possibile negazione dello stesso.

Solo nella socialità, dunque, possono svilupparsi ed essere condivise le capacità che caratterizzano l'uomo come essere libero, autonomo e pienamente razionale:

Razionalità ed autonomia sono il prodotto di un processo di interazione con la comunità e di sviluppo dialettico dell'animalità mediante il percorso di negazione reso gli possibile mediante l'astrazione, il linguaggio e la rivolta. Il soggetto non nasce uomo, ma si fa tale nella storia che è lo spazio e il tempo della socialità<sup>9</sup>.

È la dimensione sociale a consentire lo sviluppo della personalità umana, la società costituisce il presupposto stesso della sua esistenza e della definizione di soggettività, rappresentandone momento genetico piuttosto che manifestazione conclusiva.

Pensare l'uomo al singolare è, per Bakunin, un'operazione concettuale del tutto estranea alla realtà, un'astrazione che conduce a risultati assimilabili alla creazione di una divinità dotata di caratteristiche paragonabili a quelle del Dio di una religione monoteistica.

Siamo lontani dall'individualismo individuato da Stirner come mezzo capace di offrire espressione agli attributi del sé; è la società stessa a generare principi morali e l'egoista, colui che si sottrae alla legge naturale della solidarietà, contraddice la legge naturale, insita nella materia e nell'uomo stesso.

La legge sulla quale si fonda lo Stato borghese, che si esprime nella forma del comando e che esige obbedienza, mal si concilia con l'individuazione di una morale naturale. Ogni uomo, seguendo il suo istinto naturale per la libertà, innato e coerente con la legge di natura, antecedente e migliore di qualsiasi produzione normativa artificiale, raggiunge la propria pienezza morale e intellettuale e asseconda il fine della storia praticando la solidarietà economica e sociale<sup>10</sup>.

Stato e legge sono quindi produzioni del mondo borghese finalizzate a sottomettere il popolo e perpetuare gli interessi della classe egemone<sup>11</sup>. La norma giuridica è espressione di forza, formalizzazione dell'arroganza di un potere dispotico, anche quando assume le forme di un ordinamento giuridico democratico, un dispositivo che costituisce espressione delle mire autoritarie di una minoranza intellettuale.

Non c'è costituzione politica, dalla monarchia assoluta a quella liberale, dalla democrazia rappresentativa a quella diretta, che non rappresenti tradimento del naturale principio solidarietà umana a vantaggio di interessi particolari.

<sup>9</sup> La Torre 2017: 127.

<sup>10</sup> “Nella morale privata, se non viziata dai dogmi religiosi, c'è un fondamento eterno, più o meno riconosciuto, compreso, accettato e realizzato in ogni società umana. Questo fondamento non è che il rispetto umano, il rispetto della dignità umana, del diritto e della libertà di tutti gli individui. Rispettarsi reciprocamente, ecco il dovere di ognuno; amarsi, ecco la virtù; violare tali dettami, ecco il delitto. La morale dello Stato è del tutto opposta a questa morale umana. Lo Stato s'impone a tutti i suoi sudditi come lo scopo supremo. Servire la sua potenza, la sua grandezza con tutti i mezzi possibili e impossibili anche se contrari alle leggi umane e al bene dell'umanità, ecco la virtù, perché tutto ciò che contribuisce alla potenza e all'ingrandimento dello Stato è il bene; ogni cosa contraria, sia pure l'azione più virtuosa, più nobile dal punto di vista umano, è il male”. Bakunin [1871] 2015: 7.

<sup>11</sup> Cfr. Maximoff 1953.

Contro ogni forma di governo, di codice normativo che pretende di tradursi in dettato assoluto sottratto alle possibilità di negazione, contro ogni trasposizione positiva di entità divine, “l’anarchia risulta allora l’esito e la forma politica della lotta per il riconoscimento”<sup>12</sup>.

La strada indicata da Bakunin è quella di un ordine fondato sulla solidarietà naturale, nel quale non ci sia alcuno spazio per le espressioni di dominio politico: “Sì, sarà l’anarchia dal punto di vista politico e governativo; ma sarà l’organizzazione dell’ordine, della giustizia, della libertà, dell’uguaglianza, cioè dell’umana solidarietà”<sup>13</sup>.

La rivoluzione è concepita come strumento necessario per contrastare e sovvertire un ordine statale che adopera la forza militare per imporre il proprio dominio. Utili alla causa della rivolta possono essere, perciò, anche i briganti, i violenti e tutti coloro che per una qualunque ragione si oppongono all’ordine borghese, sebbene Bakunin sia molto critico nei confronti dei soggetti che assumono comportamenti di tal genere.

A riguardo il giudizio del filosofo russo è netto: “per ciò che mi riguarda non tollero né il brigantaggio, né il furto, né qualsiasi altra violenza fatta dall’uomo sotto qualsiasi altra forma”<sup>14</sup>. In diverse occasioni il rivoltoso viene invitato a cercare nel brigante, nel fuorilegge comune, nel ladro o nel vagabondo un potenziale alleato. L’ottica è quella di cercare alleati avvicinandosi ai briganti tramite un’opera di propaganda che sia fonte di moralizzazione. I delinquenti e i devianti vengono considerati soggetti demotivati, brutali, operanti in contesti miseri o degradanti, delusi dalla vita o frustrati, ma comunque puri e incontaminati, ai quali la partecipazione a un progetto rivoluzionario può conferire spessore morale e fornire nuova linfa vitale. Un bacino selvaggio dal quale attingere mediante un’attività di profondo coinvolgimento morale, che non si riduca a sterile indottrinamento ideologico.

Queste posizioni emergono chiaramente dalla lettera a scritta Nečaev, presa di distanza di Bakunin dalle posizioni espresse nel “Catechismo del rivoluzionario”, notevole opera nel panorama anarchico della seconda metà dell’Ottocento. La paternità del lavoro, che può essere considerato una sorta manuale di teoria e tecnica dell’insurrezione, è incerta. La tesi più accreditata vede in Nečaev l’autore unico del lavoro. È possibile, però, che Bakunin stesso abbia contribuito alla stesura del Catechismo o che ne sia perfino l’unico responsabile<sup>15</sup>.

In ogni caso, nella lettera, Bakunin contrappone alla visione machiavellica del Catechismo, insofferente ad ogni tentativo di assoggettare la ragione politica a considerazioni morali, un sistema di valori preesistente rispetto alla rivoluzione e in grado di orientarla, espressione del suo pensiero maturo. Segnando un distacco dal suo pupillo – l’infatuazione per il giovane Nečaev fu molto intensa<sup>16</sup> – Bakunin condanna i metodi amorali e manipolatori che il Catechismo esplicitamente raccomanda ai rivoluzionari e che sembrano offrire supporto incondizionato a qualsiasi comportamento funzionale all’interesse della sovversione, aprendo indiscriminatamente il campo a condotte delinquenziali, in una prospettiva quasi stirneriana.

Censurati raggiri e brutalità della manipolazione, Bakunin non trascura di indicare un sistema sottratto al controllo, al quale è attribuito il compito di indicare i criteri per l’individuazione della devianza, ossia della condotta irrispettosa del principio di solidarietà umana. Le condotte egoistiche, e quindi criminali, possono essere individuate da un corpo di interpreti non riconoscibile e non dotato di particolari segni distintivi e contrastate attraverso forme di coazione economica, soppressione dei privilegi e riduzione all’uguaglianza. La società non ha il diritto di infliggere pene, poiché i criminali

---

<sup>12</sup> La Torre 2017: 128.

<sup>13</sup> Bakunin 1976 [1871]:183.

<sup>14</sup> Bakunin 1977 [1870]:134.

<sup>15</sup> Sul tema si guardi: Confino 1976.

<sup>16</sup> La natura molto intensa del legame col giovane Nečaev emerge chiaramente dalle parole che Bakunin scrive nel 1870, epoca nella quale eventi storici, vicende personali e differenze filosofiche e di temperamento avevano ormai minato quasi irrimediabilmente il sodalizio fra i due: “Vi amavo profondamente e vi amo ancora, N[ečae]v”. Bakunin, 1977 [1870]: 32-33.

vengono considerati prodotti sociali<sup>17</sup>. Il Russo esprime una totale contrarietà a forme di “giustizia giuridica, sia penale che civile”<sup>18</sup>, esaltando invece il ruolo del processo educativo nel plasmare la coscienza individuale elevandola e guidandola verso la scelta morale:

grazie a questa facoltà d’astrazione, l’uomo [...] si eleva al di sopra dei propri movimenti, dei suoi istinti, dei suoi sentimenti, delle sue molteplici tendenze e differenti appetiti, la qual cosa gli fornisce un’altra possibilità, quella di comparare tra di loro gli oggetti esteriori e prendere partito per gli uni contro gli altri, secondo l’ideale che l’educazione ricevuta nel suo ambiente sociale ha formato nel suo spirito: ecco l’origine della coscienza, sentinella e direttrice della volontà<sup>19</sup>.

La centralità che riveste la solidarietà sociale nel concetto di società elaborato da Bakunin consente di avvicinare, da un lato, la sua visione al funzionalismo di Durkheim<sup>20</sup>, dall’altro, l’attenzione prestata all’analisi dei meccanismi che evidenziano il ruolo svolto dal conteso sociale ed educativo nella genesi della devianza, rivela una sensibilità comune fra il filosofo russo e i principali filoni di studio che avrebbero animato la ricerca sociologica negli anni a venire.

### 3. La pena come cura: Kropotkin, Molinari, Malatesta

Se le concezioni di Stirner e Bakunin subivano la pesante influenza del pensiero di Hegel, in particolare nell’interpretazione della sinistra hegeliana, alla cultura positivista e al darwinismo sociale bisogna guardare per accingersi ad esaminare le idee di Kropotkin in merito a società e devianza. Secondo Kropotkin, l’applicazione del metodo scientifico alla società conduce necessariamente alla teoria anarchica<sup>21</sup>, l’unica in grado di rappresentare in modo corretto il modello di funzionamento naturale della società.

L’anarchismo è una concezione dell’universo basata sull’interpretazione meccanica dei fenomeni, che comprende tutta la Natura, include le vite delle società umane e i loro problemi economici, politici e morali. Il suo metodo è quello delle scienze naturali, e ogni conclusione a cui arriva deve essere verificata da questo metodo se pretende di essere scientifica<sup>22</sup>.

Il positivismo scientifico ottocentesco applicava anche agli esseri umani la visione cartesiana degli animali, considerati come automi biologici; il comportamento umano, in misura analoga a quello degli altri animali, deve essere spiegato in modo meccanico.

La convivenza fra tutte le diverse forme di vita animale è retta dalla regola del mutuo appoggio, che opera naturalmente coesistendo con quella della lotta, poiché è capace di garantire alla specie la sopravvivenza. Alla battaglia per la sopravvivenza che determina, per Darwin, il trionfo del più adatto e quindi del più forte, il filosofo russo aggiunge un elemento di mutuo appoggio che, con un minore impiego di forze, sarebbe in grado di condurre gli appartenenti a una specie verso un elevato grado di benessere e soddisfazione dei bisogni, quindi di adattamento alla vita. La lettura della spietata concorrenza su cui si fonda il darwinismo è temperata dall’individuazione di una cooperazione funzionale ad un migliore adattamento e foriera di vantaggi per i membri di un gruppo.

---

<sup>17</sup> “Così, ormai, convinti che per moralizzare gli individui bisogna moralizzare, umanizzare, uguagliare l’ambiente sociale, abolendo ogni privilegio sia economico che politico, i socialisti rivoluzionari hanno oggi questa parola d’ordine: pace e pietà per gli uomini, ma guerra spietata alle loro posizioni sociali e ai rapporti attuali degli uomini e delle cose”. Bakunin 1977 [1871]: 245.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Ivi: 153.

<sup>20</sup> Cfr. Durkheim 1893; Id. 1897.

<sup>21</sup> Cfr. Woodcock 2002.

<sup>22</sup> P. Kropotkin 1973[1897]: 208-209.

Queste osservazioni portano Kropotkin a rintracciare un fondamento naturalistico anche nella convivenza umana, che deve preferire la spontanea solidarietà alla legge scritta alle istituzioni e alle altre costruzioni artificiali.

Lo Stato impedisce lo sviluppo della solidarietà sociale. Deve, perciò, essere abolito mediante una rivoluzione che, assecondando un movimento naturale, si ponga l'obiettivo di ripristinare l'armonia dell'ordinamento sociale, provvisoriamente scosso dalla rigidità della struttura istituzionale. Sono le leggi naturali dell'universo, che la volontà umana deve solamente seguire con determinazione, a determinare il corso degli eventi e a scrivere la storia. "Punto di vista personale", ossia interessi, desideri e inclinazioni personali, e "punto di vista impersonale"<sup>23</sup>, interesse collettivo e interesse complessivo del genere umano, in questa prospettiva finiscono necessariamente per coincidere.

In una società edificata su questi presupposti non c'è alcuna necessità della mediazione normativa, nella forma giuridica della legge scritta, e di quella politica espressa nelle forme dell'istituzione. La legislazione borghese, secondo il principe russo, esprime unicamente la posizione di privilegio conseguito da un gruppo sociale che ha bisogno di tutelare proprietà e ricchezze, accumulate tramite lo sfruttamento dei lavoratori, e proteggere la macchina governativa. Le norme, che riflettono tradizioni e costumi di convivenza pacifica prodotte per nascondere le reali finalità della legislazione, sono inutili e quelle dettate a tutela della persona occupano uno spazio marginale.

Kropotkin ritiene superflue anche queste ultime giacché, una volta eliminata la proprietà privata ed estirpata la pratica del dominio dell'uomo sull'uomo, la maggior parte degli atti di criminalità verrà meno, essendo indirizzati questi ultimi, perlopiù, al tentativo di impadronirsi di ricchezze e beni materiali altrui. I residui istinti antisociali e devianti non potrebbero essere scoraggiati utilmente dalla legislazione penale, che Kropotkin ritiene incapace di determinare un effetto deterrente e considera causa di demoralizzazione e abbruttimento ulteriore del criminale attraverso lo strumento detentivo. La strategia proposta dal Russo per fronteggiare la devianza è duplice. In prima battuta deve operare la prevenzione. La vita comunitaria basata sulla solidarietà è capace di contrastare l'insorgenza delle pulsioni devianti in modo efficace, riducendo nettamente i comportamenti aggressivi nei confronti di persone o cose. Qualora neanche il clima di solidarietà diffusa fosse sufficiente a scoraggiare il compimento di atti pericolosi per gli altri membri della comunità, il criminale dovrebbe essere ricondotto alla socievolezza mediante una terapia condotta tramite l'utilizzo di metodi morbidi, non offensivi e fraterni. Kropotkin ritiene che la devianza residua, in una società anarchica, sarebbe determinata esclusivamente da malattia. In questo si avvicina alle teorie bio-antropologiche della criminalità, seguite anche dal positivismo criminologico. Molto diverso però è il trattamento proposto per curare la patologia che affligge il malato di mente. Al controllo rigido e privo di pietà preconizzato dagli alfieri della chirurgia sociale della scuola positiva e alla segregazione, viene sostituita una terapia libertaria del trasgressore, basata sull'amore e sulle cure della società, che dovrebbero essere sufficienti a ricondurlo sulla retta via semplicemente accettandolo nella comunità.

La discussione in merito alla prevalenza delle cause esterne, sociali, o interne e biologiche della devianza ha interessato anche la scuola positiva e animato il dibattito tra i maggiori esponenti della stessa, tra i quali Ferri, Garofalo e Lombroso<sup>24</sup>.

Se Lombroso aveva dato prevalenza nello studio dei fattori che spingevano alla criminalità agli aspetti biologici, Ferri si concentrò maggiormente sulle cause sociali ed economiche, oltre che sulle caratteristiche psicologiche che egli considerava determinanti nello sviluppo delle tendenze criminali. Questa teoria definiva la psicologia criminale come una scarsa resistenza alle tendenze e tentazioni criminali, dovuta a una impulsività squilibrata tipica dei bambini e dei selvaggi. Anche Garofalo critica l'assunto lombrosiano, secondo il quale le caratteristiche fisiche esterne possano essere indici di tendenza a delinquere del soggetto, e sostiene il primato della psicologia criminale nell'ambito dell'antropologia criminale e della necessità di abbinare l'indagine psicologica allo studio dell'anatomia. Gori, che fra gli anarchici italiani è probabilmente quello che ha dedicato maggior

<sup>23</sup> Terminologia adoperata da Nagel 1991:10.

<sup>24</sup> Ferri 1990 [1884]; R. Garofalo 1885; Lombroso, Ferri, Fioretti 1886; Lombroso 1876; Id. 1893; Gori 1968 [1911].

spazio al problema del delitto e della pena, ritiene che il crimine, nelle sue diverse espressioni, sia il prodotto delle strutture e delle istituzioni delle società che sovrastano le spontanee relazioni umane, corrompendone il carattere genuino e positivo attraverso l'imposizione di gerarchie orientate a far prevalere interessi di singoli o gruppi ristretti.

L'avvocato siciliano, nell'affrontare il problema sociologico generale, cerca di adottare una posizione filosofica libertaria che potrebbe dirsi quella del metodo maieutico: tramite lo studio scientifico dei fatti sociali, vuole provare a fornire strumenti teorici e tecnici idonei a indurre la modifica radicale delle modalità attraverso le quali si svolgono le relazioni sociali<sup>25</sup>. Gori promuove un percorso collettivo di auto-cura e ristrutturazione sociale, teso a rimuovere gli ostacoli che limitano il libero e naturale sviluppo dei processi cognitivi ed evolutivi in ambito relazionale<sup>26</sup>.

Molto diversa la visione di un altro importante membro della scuola positiva italiana, forse il più famoso: Cesare Lombroso.

Lombroso, medico, antropologo e criminologo vissuto tra la metà dell'Ottocento e gli inizi del Novecento, rivolge la sua attenzione allo studio degli anarchici, in particolare analizzando quanti fra di essi si resero protagonisti di atti violenti. La sua teoria, che pone alla base della criminalità fattori biologici<sup>27</sup>, caratteristiche o alterazioni fisiche capaci di influenzare il comportamento sociale<sup>28</sup>, tra cui lesioni ed alterazioni morbose dei tessuti cerebrali, trova applicazione anche nei confronti dei protagonisti del pensiero libertario. Nel suo libro "Gli anarchici", Lombroso sostiene che questa categoria di attivisti, così come quella dei briganti, fosse costituita da soggetti disadattati accomunati da alcune caratteristiche fisiche<sup>29</sup>.

I fautori dell'idea anarchica erano nella maggior parte dei casi malati di mente o criminali, o avevano entrambe le caratteristiche<sup>30</sup>. Attraverso un'osservazione della fisionomia di questi soggetti, potevano essere individuati diversi indizi che Lombroso riteneva essere sintomatici di personalità criminale<sup>31</sup>, come attestavano i ritratti di Ravachol, anarchico e terrorista francese, e di Vittorio Pini, rivoluzionario libertario e individualista nato a Reggio Emilia.

---

<sup>25</sup> "L'istinto di socievolezza, sviluppatosi man mano nell'uomo con l'incalzare della civiltà, è divenuto bisogno fondamentale della specie, nel suo ulteriore sviluppo, e riconosce ormai nel principio di associazione la leva più salda e pronta che per gli sforzi di ciascuno e di tutti possa sospingere l'umanità sul cammino ascendente dei suoi destini migliori.

Donde la concezione tutta moderna e sociologica della libertà, che se trova nella mutua dipendenza dei rapporti tra individuo e individuo, una piccola limitazione alla indipendenza assoluta di ciascuno di essi, nel tempo medesimo trova nella rafforzata e viepiù complessa solidarietà sociale, la sua difesa e la sua guarentigia - per modo che invece d'essere sminuita, essa sentesi accresciuta". Gori 2010 [1904]: 11-12.

<sup>26</sup> "Noi studieremo con tutta serenità l'evoluzione della sociologia criminale, questa nuova terapeutica sociale, che mira a sopprimere ogni attività criminosa dell'uomo contro l'uomo, togliendone via le cause generatrici. [...] Se la sociologia criminale non è che la clinica di un morbo morale, - noi dobbiamo analizzare pazientemente i sintomi antropologici, psichici, sociologici del tragico male. [...] La sociologia criminale è chiamata a compiere, fra le scienze sociali, la funzione compiuta, nelle scienze naturali, dall'igiene. Questa, prima che sia necessaria l'opera del medico, insegna i mezzi di prevenire le malattie che distruggono e deteriorano la vita fisica dell'uomo. Quella, - vera igiene morale positiva, - cerca i mezzi, prima che la penalità compia il suo triste ufficio negativo, di eliminare le cause delle malattie morali che, dalla pazzia al suicidio e al delitto, deteriorano e distruggono nel delinquente e nella vittima la vita fisica e giuridica". Gori 1968 [1911]: 8-35-134.

<sup>27</sup> Cfr. Gibson 2004.

<sup>28</sup> Cfr. Siegel 2013.

<sup>29</sup> Cfr. Pick 1986.

<sup>30</sup> "Dopo ciò si capisce come i fautori più attivi di questa idea anarchica siano (salvo poche eccezioni, come Ibsen, Beclus e Krapotkine) per la maggior parte o criminali o pazzi, o qualche volta e l'una e l'altra cosa insieme." Lombroso 1895: 37.

<sup>31</sup> Di Ravachol dice: "La faccia, che presenta un'asimmetria spiccatissima, si distingue per un'enorme stenocrotafia e per la esagerazione degli archi sopraciliari, pel naso deviato molto verso destra, le orecchie ad ansa e collocate ad altezze differenti, ed infine per la mascella inferiore enorme, quadrata e sporgente, che completa in questa testa i caratteri tipici del mio delinquente-nato". Quanto a Pini: "poca barba, fronte sfuggente, enormi archi sopraccigliari, mascelle enormi, orecchie lunghissime". Ivi: 44.

Ulteriori caratteristiche che accomunavano gli anarchici, costituendo indizio di criminalità, erano il particolare gergo utilizzato<sup>32</sup>, i tatuaggi spesso impressi sui corpi dei libertari<sup>33</sup>, la carenza di senso morale<sup>34</sup> che li contraddistingueva e l'uso di particolari liriche<sup>35</sup>.

Lombroso, tuttavia, riconosceva anche il concorso di cause economiche e sociali nella genesi del fervore anarchico di alcuni individui.

In parte le battaglie degli anarchici erano dirette a contrastare l'iniqua distribuzione delle ricchezze che caratterizzava il continente europeo nell'Ottocento. Sebbene molti degli agitatori anarchici fossero benestanti, infatti, la miseria continuava a condizionare la vita del popolo. Inoltre, il criminologo notava che il sistema dell'educazione classica della borghesia ottocentesca fosse basato su una sorta di adorazione della violenza e sul culto della personalità di figure violente, carismatiche o che avevano capeggiato insurrezioni e moti di rivolta, come Roberespierre e Cola di Rienzo.

Altri fattori che avevano concorso a spingere diversi individui ad abbracciare l'ideale anarchico erano il sistema di governo parlamentare, considerato da Lombroso assolutamente deleterio, il tramonto degli ideali religiosi e una sorta di disgregazione sociale e allontanamento diffuso da situazioni di trasparenza e onestà nella dimensione pubblica.

Sebbene lo studioso italiano non ritenesse che le risposte offerte dalla dottrina anarchica fossero valide o percorribili, soprattutto sulla base dell'assunto che nessuna riforma drastica poteva essere introdotta in maniera repentina senza risultare dannosa o contraria al progresso dell'uomo, riconosceva l'onestà intellettuale dei libertari.

Pur non arrivando a giustificarli, Lombroso dimostrava di poter comprendere l'origine della determinazione per le loro battaglie<sup>36</sup>.

Testimoni viventi della protesta contro la falsità e l'ingiustizia che dileggiavano verità e rettitudine, spesso "rei per passione" più che veri e propri criminali, gli anarchici erano considerati soggetti sensibili al dolore altrui<sup>37</sup> e particolarmente onesti: "Il primo carattere dei delinquenti per passione è l'onestà, un'onestà portata talvolta fino all'eccesso e l'eccessiva iperestesia (sensibilità ai dolori propri e altrui)"<sup>38</sup>. Perciò Lombroso escludeva il ricorso alla pena capitale, alla galera e anche alle pene più dure per questo genere di devianti, individuando nella detenzione in manicomio la terapia più indicata per il trattamento di quanti potessero essere considerati veri e propri malati, come nel caso dei mattoidi o degli affetti da epilessia politica, nell'esilio o la coazione economica le misure adeguate alla difesa della società dagli altri anarchici.

La sua antropologia criminale, una "scienza positiva" incentrata più sul soggetto criminale che sul crimine, e in cui il delitto era considerato come un fenomeno positivo, rilevabile e misurabile, che arrivava a etichettare il "delinquente nato" come espressione degenerata della specie umana, da eliminare attraverso la pena di morte oppure rinchiudere in prigione perché irrecuperabile. Questa visione veniva temperata nei confronti degli anarchici. Per loro non poteva dirsi pienamente operante l'assunto fondamentale della teoria criminale lombrosiana, ossia l'atavismo, una sorta di darwinismo capovolto che metteva in luce i caratteri regressivi, che facevano arrestare lo sviluppo e degenerare alcuni individui fino a renderli simili ad animali feroci.

<sup>32</sup> "Gergo - E che siano spesso criminali, lo dimostra l'uso del gergo, e del gergo speciale ai criminali". Ivi: 38.

<sup>33</sup> "Tatuaggio. - Nè vi manca quel segno così frequente del reo nato, che è il tatuaggio. Nei moti anarchici di Londra nel 1888 un testimone oculare notava fra i dimostranti il gran numero di tatuati, il che vuol dire di criminali. «Hanno (scriveva) dei cuori, delle teste di morto, delle ossa incrociate sul dorso-della mano, delle ancore e dei ricami». Ho veduto una corona d'alloro disegnata sulla fronte di un giovanotto, e su quella d'un altro: *J love you* (Io vi amo)". Ibidem.

<sup>34</sup> "Senso etico. - La loro criminalità ben risulta, poi, dalla mancanza generale di senso morale, per cui loro pare semplicissimo il furto, l'assassinio, quegli atti che a tutti paiono orribili". Ivi: 39

<sup>35</sup> "Liriche. - Un'altra prova ne è l'abuso di quelle liriche ciniche in gergo, che son comuni ai veri criminali nati". Ibidem.

<sup>36</sup> "Idee giuste di alcuni anarchici. - Dopo questo si può, non dico giustificare, ma capire come sia sorta l'anarchia, l'idea della protesta di un'anima sincera o pazza contro la menzogna e l'ingiustizia che ci dominano sovrane calpestando il vero e l'onesto". Ivi: 26.

<sup>37</sup> Calafato 2013.

<sup>38</sup> Ivi: 82.

Gli autori della scuola positiva, da un lato, consideravano la devianza e la tendenza a compiere crimini il risultato necessario di una costituzione biologica o di particolari condizioni di vita, riducendo di molto lo spazio della determinazione individuale e del libero arbitrio; dall'altro, proponevano forme di segregazione o di punizione per l'autore di un comportamento del quale non può dirsi pienamente responsabile.

Il delinquente è un ammalato - questo dice la scienza - questo dice l'evidenza - questo dice l'esperienza. E allora che ne facciamo dei Codici Penali? A che servono questi monumenti mastodontici se non a dimostrare la nostra grassa e brutale ignoranza?<sup>39</sup>.

Questa la critica mossa ai criminologi di impostazione positivista da Luigi Molinari, avvocato anarchico condannato nel 1894 a ventitré anni di carcere, poi ridotti a sette, per associazione a delinquere e istigazione ed eccitamento alla guerra civile, in relazione ai moti insurrezionali in Lunigiana. Nel suo saggio *Il tramonto del diritto penale* criticò aspramente l'ordinamento giudiziario vigente, considerato un sistema istituzionale di vendetta sociale basato su norme costrittive e su pene di natura diseducativa. Analizzò il rapporto tra istruzione e criminalità e prese le distanze dalla politica autoritaria dello Stato in materia, presentando un programma di politica criminale del movimento anarchico basato su argomentazioni non distanti da quelle di Kropotkin, incentrato sulla diffusione del sapere scientifico e dell'istruzione popolare come strumento privilegiato per la prevenzione dei reati. Secondo Molinari, la difesa sociale non può esercitarsi nelle forme della coazione del deviante o tramite altri meccanismi afflittivi, ma deve consistere nella cura, nell'educazione, nell'accoglienza del delinquente in una comunità amorevole. Il criminale non deve essere segregato e tenuto coattivamente al di fuori della collettività. Le analogie con la visione di Kropotkin sono evidenti.

L'avvocato lombardo si sofferma sull'analisi del delitto, mettendone in discussione l'esistenza stessa. La variabilità con la quale nelle diverse culture e nei diversi sistemi sociali i comportamenti penalmente rilevanti vengono distinti dalle condotte consentite o considerate espressione di fisiologia sociale, riflette i rapporti di forza esistenti sulla scena sociale. La classe dominante, ovviamente, tende a censurare condotte contrastanti con i valori e gli interessi caratterizzanti la propria posizione egemone.

In coerenza con l'impostazione positivista che caratterizza la sua visione, Molinari ritiene che la trasgressione di una norma sia influenzata anche da fattori biologici e sociali. Oltre che dalla malattia, la devianza può essere ricondotta al contrasto tra le norme espresse dall'ordinamento, gli imperativi del costume, la prassi dominante e l'etichetta pubblica e i bisogni intimi dell'uomo. Il codice etico al quale aderisce un individuo può indurlo a non riconoscersi nelle norme espresse dalla società, conducendolo verso la devianza e la ribellione<sup>40</sup>.

Secondo Molinari, è la società stessa a creare un sistema degli esclusi, un gruppo di individui estromessi dal consesso civile sulla base di norme penali ispirate al brutale e primordiale sentimento di vendetta. La normativa penale non fa che riproporre, in un contesto laico, le medesime pratiche punitive di antichi sistemi basati sulla legge del taglione, sull'espiazione e sull'autorità di entità di carattere divino. A Dio si è sostituita l'autorità del Potere.

Oltre ad essere ispirata ad una forma arcaica di religiosità rituale e superstiziosa la pena, praticata nella forma della coercizione, non è in grado di apportare alcun beneficio in termini di rieducazione o deterrenza. La segregazione del reo favorisce il suo ingresso in una subcultura criminale, quella composta dall'esercito dei fuoriusciti.

---

<sup>39</sup> Molinari 1995 [1904]:15.

<sup>40</sup> Ivi: 39.

Tanti altri al suo posto, esacerbati, avviliti, imbestialiti, si danno al vizio nel modo più abietto. Cercano consolazione e distrazione nell'alcool, nel gioco, nel bordello e finiscono in prigione. Così la società umana prima crea i delinquenti poi li condanna!<sup>41</sup>

Molinari mette in luce la genesi culturale della devianza, avvicinandosi in alcuni passaggi della sua analisi alle teorie delle subculture criminali, elaborate da autori statunitensi quali Cohen<sup>42</sup> e Goodman<sup>43</sup> agli inizi del Novecento.

Secondo Cohen, ad esempio, il fondamento della delinquenza delle bande, della violenza giovanile e dell' irrazionalità degli emarginati era da ricercare nelle pressioni contrastanti alle quali si trovavano esposti i giovani appartenenti alla classe operaia, a maggior ragione se immigrati, cresciuti sotto una cultura improntata alla reciprocità, allo spirito comunitario e poi disorientati dal richiamo alla competizione sfrenata e ai valori contrattualistici, che costituiscono il modello dominante della società americana.

Per Molinari, l'accettazione arbitraria di criteri morali unita alla definizione sociale di un gran numero di comportamenti come criminali, trova espressione nella pratica penale, saldamente radicata nel bisogno popolare, quasi atavico, di stigmatizzazione della devianza. Un progetto di riforma del sistema penale serio e scientifico, invece, deve partire dalla rimozione della pretesa di censura morale della condotta del deviante. La cura, concetto scientifico, si differenzia dalla colpevolizzazione, espressione di rozzi impulsi selvaggi. Sebbene siano concepibili degli istituti di cura nei quali ricoverare il malato e sottoporlo a trattamenti amorevoli e gentili, è soprattutto nella libertà naturale che il criminale troverà sollievo. Molinari, in modo mirabile, sul valore terapeutico della libertà:

Si trasformino i ceppi infami in strumenti di agricoltura e l'odiato delinquente non più torturato, non più avvilito ma fraternamente amato, fraternamente soccorso, troverà nella libertà, nella quiete dolce dei campi e nella rude bellezza del mare, la cura rigeneratrice del male che lo tormenta<sup>44</sup>.

Ricorre un certo naturalismo comunitaristico, già emerso nel pensiero di Kropotkin, che allude a una società affrancata da ogni rapporto economico e da categorie di sfruttamento proprie della mentalità borghese, nella quale convivono individui liberi in perfetta armonia con le leggi basilari che regolano il funzionamento di ogni sistema biologico.

Sopprimete le centinaia di norme che costringono il pensiero e la parola e la stampa al freno di una tirannica censura e lasciate libero campo ad ogni manifestazione del pensiero umano - sopprimete le ignobili gare che spingono l'uomo a sopraffarsi per conquistare il dominio sul suo simile - sopprimete tutti i vincoli che inceppano l'evolversi dell'individuo, come ente in se stesso e come membro della sua famiglia o dell'umanità, date insomma all'uomo la libertà di cui godono gli uccelli nel cielo, i pesci nel mare e la delinquenza non sopravvivrà che in qualche disgraziato mentecatto<sup>45</sup>.

Quasi opposta, invece, la visione della natura nel pensiero di Errico Malatesta, che si discosta nettamente dal determinismo armonico di Kropotkin. Per l'anarchico italiano, la storia è il risultato di una continua tensione tra l'uomo e la natura, il cui rapporto, lontano dalla placida armonia individuata dal Russo, si esprime in termini marcatamente conflittuali. Il volontarismo scettico di Malatesta porta a capovolgere la tesi di Kropotkin, secondo la quale, una volta che sarà instaurata una

---

<sup>41</sup> Ivi: 50.

<sup>42</sup> Cohen 1963.

<sup>43</sup> Per la tesi di Goodman sulle cause della devianza giovanile, cfr. Goodman 1971: 207. Sul pensiero politico di Goodman si rinvia, invece, a Kinna, *Paul Goodman: Prefiguring the Past*, in Chiarella 2019

<sup>44</sup> Molinari 1995 [1904]:72.

<sup>45</sup> Ivi: 56 -57.

società libertaria, l'armonia della legge naturale riuscirà ad armonizzare ogni condotta meglio di ogni altro strumento artificiale basato sulla coercizione e la conflittualità sarà relegata a spazi marginali<sup>46</sup>.

Secondo Malatesta, invece, solo l'ostinata lotta contro la natura può cercare di indirizzare il corso della storia verso un fine che non è iscritto nella materia.

Vi è, però, una visione ottimista di fondo nella concezione dell'anarchico italiano, che permette di considerare possibile la convivenza fra uomini, retta oltre che dalla volontà, dalla convergenza di interessi, bisogni e da un certo immaginario comune. Nonostante gli uomini abbiano un interesse all'incontro delle volontà, è da considerare l'eventualità della collisione delle stesse, soprattutto in relazione a micro-conflitti, ipotesi di scontro cioè che non riguardano questioni fondamentali per la sopravvivenza della comunità stessa.

In modo simile a molti altri pensatori anarchici, Malatesta riduce la criminalità fondamentalmente a manifestazione di malattia da trattare con terapia di tipo medico.

Nel delinquente, cioè in colui che commette atti antisociali, non vedremo già lo schiavo ribelle, come avviene al giudice di oggi, ma il fratello ammalato e necessitoso di cura, così non metteremo odio nella repressione, ci sforzeremo di non oltrepassare la necessità della difesa, e non penseremo a vendicarci ma a curare, a redimere l'infelice con tutti i mezzi che la scienza ci insegnerebbe<sup>47</sup>.

E ancora sul punto:

Si può dire così, che i delitti derivano o da cause naturali (difetti di costituzione congeniti o acquisiti) o da cause sociali (miseria, ignoranza, vizi ecc.), e che i primi debbono essere affidati alle cure dei medici o degli alienisti, mentre i secondi spariranno con una migliore organizzazione sociale<sup>48</sup>.

A tale considerazione segue il rifiuto di ogni corpo specializzato nella repressione, delle galere e di ogni altro istituto destinato alla segregazione in favore di una forma diffusa di autodifesa sociale, irrisultantemente esercitata dall'intero corpo sociale.

Per Malatesta non si può ignorare l'esistenza del crimine<sup>49</sup>, far finta che ipotesi di aggressioni anche particolarmente violente e drammatiche dell'uomo su un suo simile non possano riguardare una società libertaria<sup>50</sup>. A titolo di esempio, vengono ipotizzati crimini particolarmente efferati, episodi di violenza sessuale nei confronti di minorenni, contro i quali è necessaria una forma di reazione collettiva. La difesa della pubblica incolumità in casi come questo dovrebbe essere affidata all'intero corpo sociale, a tutti coloro che vivono in società: "tutti debbono vigilare, tutti debbono mettere all'indice il prepotente ed intervenire in difesa del debole". E ancora: "i compaesani, i vicini, i compagni di lavoro debbono all'occorrenza farsi giudici"<sup>51</sup>.

La società anarchica deve basarsi integralmente sul contributo volontario, continuo ed esteso degli individui, la capacità di controllo e la volontà devono essere talmente intense da reggere l'intera

---

<sup>46</sup>Al riguardo, Kropotkin: "Noi siamo dunque a favore di una società di uguali, senza alcuna coercizione di sorta, e malgrado quest'assenza di coercizione non temiamo affatto che gli atti antisociali di alcuni individui possano assumere in una società di uguali proporzioni pericolose. Una società di uomini liberi saprà salvaguardarsi meglio delle nostre società attuali, che demandano la difesa della moralità sociale alla polizia, alle spie, alle prigioni (università del crimine), agli aguzzini, ai carnefici e ai loro complici. Soprattutto, essa saprà prevenire tali atti". Kropotkin 1973[1897]: 70.

<sup>47</sup> E. Malatesta 1973 [1891].

<sup>48</sup> Malatesta 1975 [1921].

<sup>49</sup> Ferma la presa di distanza di Malatesta dalla giustificazione del crimine in quanto tale e, in particolare, del furto commesso esclusivamente per sottrarsi alla necessità di lavorare: "Come gli anarchici non ammettono la proprietà, che è il furto riuscito, consolidato, legalizzato e fatto mezzo di sfruttamento del lavoro altrui, così non possono ammettere il furto che è la proprietà in formazione" E. Malatesta 1935: 125.

<sup>50</sup> Sul diritto di difesa della società anarchica di Malatesta nei confronti dei fatti antisociali, si guardi: Cossutta 2015, pp. 166-170.

<sup>51</sup> Malatesta 1973:166.

struttura rendendo superflua qualsiasi genere di istituzione, come la magistratura o i corpi di polizia<sup>52</sup>. Francesco Saverio Merlino, invece, pur ipotizzando una netta modifica delle funzioni tradizionalmente svolte dai corpi polizieschi e della magistratura nella società borghese, ritiene necessaria la presenza di entrambe le componenti in una comunità libertaria. Merlino concorda nell'attribuire all'opera di difesa sociale una connotazione quasi medica e una riduzione della devianza a infermità, tuttavia quest'attività – qui sta la differenza di vedute rispetto a Malatesta – deve essere svolta da organi appositamente costituiti, non ammettendosi deleghe al volontarismo spontaneo degli attori sociali. Probabilmente, Malatesta è consapevole che la soppressione di ogni autorità alla quale sia delegata la difesa sociale e lo scioglimento di ogni corpo armato possa comportare alcune conseguenze negative e prestarsi ad abusi e arbitri, ma dimostra di preferire il profilarsi di questo scenario rispetto a qualsiasi ipotesi di organizzazione repressiva: “meglio, in tutti i casi, l'ingiustizia, la violenza transitoria del popolo che la cappa di piombo, la violenza legalizzata dello Stato giudiziario o poliziesco”<sup>53</sup>.

La radicalità pugnace del pensiero di Malatesta è confermata dalla considerazione che, qualora avessero luogo delitti connotati da valore politico o espressione di volontà di dominio di classe, la reazione sociale dovrebbe assumere caratteristiche ben diverse da una semplice attività di controllo diffuso, trasformandosi, da atto di opposizione a tentativi di inquinamento della vita quotidiana mediante violenza, sopraffazione, a forma organizzata di lotta politica in un contesto assimilabile a quello della guerra civile:

se poi i delinquenti fossero troppo numerosi e potenti, se fossero per esempio quello che oggi sono la borghesia e il fascismo, allora non si tratta ancora di discutere quello che faremo in anarchia: si tratta di lottare e vincere. E quando si lotta bisogna fare tutto quello che occorre per vincere<sup>54</sup>.

In vero, il richiamo estremamente frequente a situazioni di vera e propria guerra, come strumento di risoluzione delle controversie sociali, fa sospettare, quanto meno, una sottostima da parte di Malatesta dell'effettivo costo umano che qualsiasi conflitto implica necessariamente.

#### 4. Ulteriori sistemi di risoluzione delle controversie: Proudhon, Guyau e Godwin

Alla proposizione di un sistema di risoluzione delle controversie simile ad un arbitrato perviene anche Proudhon, al termine di un lungo percorso teorico che lo porta, da un iniziale favore verso l'espansione del sistema repressivo basato su pene progressivamente più dure, a una seconda fase nella quale, contestato il diritto dello Stato di punire, prefigura un sistema di sanzioni istituzionalizzate, determinate in modo tassativo e svincolate da giudizi di tipo morale.

In un primo momento, Proudhon sembra aderire a quelle correnti che vedono nella pena uno strumento retributivo, utilizzato con l'intento di punire e infliggere dolore al colpevole, con la finalità di preservare la pace e l'armonia sociale. Attraverso questo meccanismo repressivo, si scoraggia il ricorso alla vendetta privata da parte dei cittadini e si scongiurano situazioni di disordine che potrebbero aprire il campo a guerre civili. Addirittura, Proudhon arriva ad invocare l'utilità dell'applicazione pubblica e solenne della pena, ritenendo che un simile procedimento gioverebbe tanto al condannato, che avrebbe la possibilità di mostrare a tutti il suo reale pentimento, quanto a coloro che assistono alla somministrazione della pena. In tal modo, alla pena principale potrebbe aggiungersi una sanzione ulteriore, consistente nel rimprovero solenne da parte della società.

---

<sup>52</sup> “E io credo che, abolita la proprietà individuale e il governo, distrutta cioè la possibilità di sfruttare e opprimere gli altri sotto l'egida delle leggi e della forza sociale, gli uomini avranno interesse, e quindi la volontà, di accordarsi e risolvere i possibili conflitti, pacificamente, senza ricorrere alla forza. Se ciò non fosse, evidentemente l'anarchia sarebbe impossibile”. E. Malatesta, F. S. Merlino 1976: 132-133.

<sup>53</sup> Malatesta 1975 [1921]: 205

<sup>54</sup> Malatesta 1966: 167.

Morale e diritto convergono; la punizione afflittiva, la censura morale di un comportamento e quella giuridica procedono all'unisono. Una pena configurata in questi termini riflette la concezione di un uomo visto come agglomerato di impulsi e istinti selvaggi, essere capace di condotte virtuose quanto di bassezze riprovevoli. La visione rousseauiana di una naturale innocenza e bontà dell'uomo, progressivamente corrotta e degradata dalla società, non viene accolta. Per Proudhon, gli elementi negativi connaturati alla dimensione umana non possono essere ignorati e devono essere contrastati attraverso il culto della giustizia e della scienza. L'esito di questo scontro, del conflitto tra il bene e il male che alberga nell'uomo, può portare al progresso. Il concetto di delitto e quello di peccato qui sono molto vicini.

In questa visione della questione penale troviamo i riflessi dell'idea di Stato nella sua accezione negativa, configurato come un'organizzazione gerarchica della società capace di perturbare le forze sociali nel loro libero dispiegarsi, fino ad impadronirsi delle stesse, svuotandole di contenuto e rinchiudendole in una costituzione. È proprio lo Stato a creare le classi sociali, innescando così la miccia per la deflagrazione di conflitti di gruppo.

Nella società Proudhon vede un essere vivente, che pur con le dovute differenze costituzionali, è assimilabile in tutto e per tutto ad ogni altro essere umano e non necessita di affidare ad altri soggetti compiti direttivi. Un organismo sociale del genere, al rapporto di dominio tra autorità centrale e soggetti sottoposti, sostituisce la cooperazione basata su un contratto<sup>55</sup>. Questo contratto, sottoscritto da ogni membro del corpo sociale e che deve necessariamente essere sinallagmatico, comportare un'obbligazione reciproca, e commutativo, equilibrato nello stabilire gli obblighi di dare o fare di ciascuna parte, rappresenta un

momento federativo, dispositivo deliberativo adottato nella prassi da soggetti che discutono e decidono rispetto a una condivisa forma di convivenza, un patto positivo, effettivo, che è stato realmente proposto, discusso, votato, adottato, e che si può modificare regolarmente a volontà dei contraenti<sup>56</sup>.

In questo modo viene profilato un sistema federativo a cerchi concentrici; si configura un rapporto paritetico fra organi, individui e livelli di azione basato su situazioni di parità giuridica, nel quale le interazioni equivalgono a rapporti di diritto privato. Tutte le controversie si riducono a controversie fra cittadini. La struttura federativa individuata da Proudhon necessita, quindi, di organi, commissioni, uffici e altri dispositivi propriamente organizzativi, che consentano il dispiegarsi dell'azione politica e il raccordo tra i diversi momenti federativi, operanti perlopiù in una dimensione legata al quartiere.

Si comprende come i riferimenti di Proudhon relativi alla persecuzione della giustizia<sup>57</sup> nei rapporti intersoggettivi facciano riferimento al concetto di giustizia commutativa tra soggetti con pari dignità e perfettamente equivalenti. Non alludono, invece, al concetto distributivo della giustizia, la quale prefigura un potere centrale che elargisce benefici paternalisticamente e operando da una posizione di superiorità.

In questo quadro, è più facile comprendere il cambio di atteggiamento di Proudhon sulla pena e sulla questione criminale, espresso nella seconda parte della sua produzione<sup>58</sup> e che diventa palese dopo un periodo di detenzione alla quale il filosofo francese fu sottoposto. La pena viene considerata un atto di pura tirannia, espressione di vendetta atroce e bestiale; il diritto, se non rappresenta il risultato del patto federativo precedentemente espresso, rischia di diventare esclusivamente uno strumento di persecuzione del povero, dell'eccentrico, del deviante.

Alla costruzione della pena bisogna necessariamente procedere attraverso un meccanismo di contrattazione e di adozione di obbligazioni sinallagmatiche. Solo in un sistema in cui ad ogni dovere

<sup>55</sup> Cfr. Proudhon 2001 [1863].

<sup>56</sup> La Torre 2017: 86.

<sup>57</sup> Per un approfondimento sul punto, cfr. Andreatta, *Giustizia e potere in Proudhon*, in Chiarella 2019.

<sup>58</sup> Proudhon 1923 [1851].

corrisponde un diritto<sup>59</sup>, ad ogni prestazione una controprestazione, la norma penale può considerarsi giusta. Sempre che essa sia accettata e sottoscritta da tutti i contraenti. La finalità della pena è esclusivamente quella di rispondere all'esigenza di difendere la società e garantirne la sopravvivenza, rimanendo il giudizio morale sulla condotta esclusivamente affidato all'agente.

La natura della sanzione è prevalentemente restitutoria e risarcitoria, poiché la coercizione è ammessa solo nel caso di mancata ottemperanza dell'obbligo. L'organo deputato all'amministrazione di un sistema penale di tal genere non è un gruppo di giudici, ma un collegio arbitrale formato da individui posti in posizione di parità rispetto alle parti in causa; sottoposto ad una regolamentazione più vicina a quella del giudizio civile che a quella del procedimento penale. In proposito, osserva Proudhon:

tra il querelante e l'accusato, tra il litigante e la controparte, non ci sarà bisogno di altro intermediario che non siano gli amici dei quali essi invocheranno l'arbitrato. Dal momento in cui, secondo il principio democratico, il giudice deve essere l'eletto del giudicabile, lo Stato si trova escluso dai giudizi<sup>60</sup>.

Un sistema di sanzioni prevalentemente riparatorio e marcatamente laico, ripulito da qualsiasi considerazione morale o religiosa, tassativamente determinato e lontano tanto da ipotesi di terapia o cura del malato, invocate da molti altri filosofi libertari, quanto dal concetto di autodifesa.

Nel pensiero filosofico di Proudhon, che si dichiara infatti allo stesso tempo grande amico dell'ordine e anarchico, l'anarchia è compatibile con un complesso sistema di organizzazione e con la definizione di garanzie giuridiche.

Consapevole della coesistenza di interessi individuali, collettivi e generali e dei rischi che la prevalenza dell'uno o dell'altro comporta nella configurazione di un sistema sociale, Proudhon individua nell'equilibrio fra le diverse forze l'assetto ideale verso il quale una società virtuosa deve tendere. Il bilanciamento degli individui realizza un momento sociale ottimale che, pur non essendo raggiungibile mai in modo pieno e stabile, deve essere continuamente ricercato da individui liberi e uguali, attraverso un sistema di relazioni e interazioni che favorisca la stipulazione di un contratto.

La previsione di norme e procedure è rivolta alla risoluzione dei conflitti considerati non eliminabili.

Siamo di fronte, in sostanza, al riconoscimento del carattere fisiologico del conflitto e dell'antagonismo in una società che rinuncia a definire un modello normale di condotta, rispetto alla quale ogni divergenza viene considerata devianza, e che lascia spazio all'espressione di eventuali tendenze innovative, rinunciando a giudicarle attraverso criteri morali.

L'idea di una morale "senza obblighi né sanzioni"<sup>61</sup>, che faccia riferimento all'autoconsapevolezza dell'individuo, caratterizza anche il pensiero del filosofo francese Guyau<sup>62</sup>, nel quale la categoria del dovere, lungi dal tradursi in imposizione, viene ridotta a espressione di un sentimento di responsabilità connesso alla consapevolezza individuale delle risorse vitali. L'anomia, termine che Durkheim riprenderà attribuendogli una connotazione negativa, rappresenta per Guyau apertura, terreno per il possibile arricchimento sociale e non presupposto di disgregazione.

Il filosofo francese contesta l'idea dell'esistenza di un rapporto tra morale e sanzione penale, radicato nel pensiero ottocentesco, che attribuisce alla società, con una presunta legittimazione divina o naturalistica, il compito di compensare il male prodotto da ogni comportamento immorale tramite l'inflizione di una sanzione. Un sistema basato sul binomio punizione-ricompensa svilisce la moralità, rendendola orientata unicamente all'utile, conducendo la volontà morale da una dimensione di purezza spirituale a un piano materiale.

---

<sup>59</sup> Un'analisi della dimensione etica della giustizia propria della prospettiva dell'anarchismo, visto come estremo opposto del positivismo giuridico e politico, è contenuta in Höffe 1995.

<sup>60</sup> Ivi: 314.

<sup>61</sup> Guyau 1999 [1885].

<sup>62</sup> Per un approfondimento sul pensiero di Guyau si rinvia a Ferraguto 2010; Baruchello 2010.

Il trattamento del deviante rispettoso della sua sfera individuale dovrebbe consistere in un semplice allontanamento dal contesto sociale, una forma di difesa che non coincide propriamente con le pratiche di assistenza medica proposte da altri pensatori anarchici, né con le forme di segregazione ipotizzate dalla scuola positiva.

La pratica indirizzata ad ottenere la guarigione del criminale non può pretendere di spingersi fino alla correzione della sua volontà, la normativa penale non può imbrigliare il libero arbitrio, né pensare di indicare un comportamento morale.

La protezione sociale prospettata da Guyau, con qualche analogia rispetto alla visione di Godwin – un ruolo di primo piano riveste, anche in questo caso, l'esempio come guida e strumento orientativo verso un miglioramento morale – lascia spazio a ipotesi di intervento sociale di difesa basate esclusivamente sul sospetto di possibili violazioni. La mancanza di una dettagliata formulazione teorica della normativa che regolamenti la difesa sociale, rende possibili forme di inquisizione e pericolose attività finalizzate a indagare la tendenza a delinquere di un soggetto o ipotizzarne le potenzialità.

Dell'inutilità di un sistema di norme generali ed astratte per giudicare le condotte devianti è convinto anche Godwin, filosofo riconosciuto da Kropotkin stesso come precursore del pensiero anarchico moderno<sup>63</sup>.

Godwin, che pure appare preoccupato della ricerca di una proporzione tra offesa a un bene o interesse arrecata dalla condotta lesiva e intensità e natura della risposta afflittiva, non individua nella normativa penale lo strumento adatto a tale finalità. Il filosofo inglese non ritiene possibile misurare in modo esatto l'intensità della responsabilità e definire le pene in misura corrispondente ai diversi gradi della stessa.

Nel sistema penale delineato nell'“*Enquiry*”<sup>64</sup> non trovano posto la costrizione fisica né l'uso della forza. La punizione esprime esclusivamente il comando dell'autorità indirizzato ad ottenere la sottomissione del condannato, non lasciando alcuno spazio invece alla persuasione e disinteressandosi completamente delle motivazioni che hanno portato l'individuo a delinquere. Una società che si lascia andare all'uso della forza rinuncia a promuovere un miglioramento morale dei suoi membri, raggiungibile unicamente attraverso l'uso della ragione, espresso tramite esempio e convincimento. Un sistema sociale formato da un insieme di comunità minori permetterebbe di sollecitare la libertà e le virtù individuali, facendo venire meno l'impulso alla trasgressione e ed esercitando, allo stesso tempo, un controllo morale efficace<sup>65</sup>. Sebbene esempio ed educazione siano gli strumenti deputati a contrastare la trasgressione e la coercizione esuli dai compiti statali, Godwin sembra aprire, in alcuni passaggi della sua opera, qualche spazio all'autodifesa individuale come reazione a un'aggressione. Da un punto di vista collettivo, l'unica reazione compatibile con la norma di ragione è un controllo esercitato irrualmente dai membri della comunità, reso possibile dalla circoscritta estensione delle dimensioni della comunità. Godwin parla in proposito di vita sociale che si svolge “sotto l'occhio pubblico” o di “disapprovazione dei vicini”<sup>66</sup> delle condotte devianti. Questa attività metterebbe il trasgressore di fronte all'alternativa di modificare la sua condotta, conformandosi ai criteri espressi dalla società e necessari ad assicurare condizioni di vita serene per la comunità, o emigrare e quindi recidere il proprio legame con il gruppo sociale.

L'individuo che compie un atto criminoso commette un errore, interpreta in modo errato le circostanze. Il richiamo pubblico costituisce un tentativo, effettuato dal circolo dei vicini, dagli amici, dall'ambiente circostante, di ammonire l'individuo e aiutarlo nella risoluzione di un problema pratico che lo mette in difficoltà, scongiurando moventi individualistici ed egoistici. Si prova a sollecitare in lui l'autoriflessione per giungere a una scelta morale, rispettosa dei criteri impressi nella natura

<sup>63</sup> Sulle caratteristiche della struttura politica di una società fra liberi immaginata da Godwin cfr. Adamo, *William Godwin e la società libera*, pp. 1-55, in Chiarella 2019.

<sup>64</sup> W. Godwin 1946 [1793].

<sup>65</sup> Cfr. Philp 1986.

<sup>66</sup> Ivi: 340.

dell'uomo. Si tratta di un supporto che la collettività offre al singolo nel lungo cammino verso la giustizia più che dell'imposizione di un'autorità.

## 5. Conclusioni

La modalità di trattamento della devianza ipotizzata da Godwin, analizzata nell'ultimo paragrafo, può essere ricondotta nella categoria delle terapie comunitarie che ricorrono nel pensiero di diversi pensatori anarchici. Come Godwin, anche Kropotkin, Molinari e Malatesta ipotizzano un sistema diffuso per il trattamento del deviante attraverso la somministrazione di cure prestate in un contesto comunitario, tendente a stimolare lo sviluppo di istinti sociali e atteggiamenti di solidarietà, in cui sono bandite l'utilizzo della forza e ogni forma di segregazione coercitiva. Quest'impostazione mette in primo piano le cause sociali della devianza, ascrivibile in gran parte a una società borghese criminogena, lasciando a ipotesi residuali e circoscritte il fondamento bio-antropologico dell'atto aggressivo.

Nelle teorie di altri filosofi anarchici come Bakunin o nelle posizioni espresse dal "Catechismo del rivoluzionario" è possibile scorgere, come detto, un'altra forma di trattamento terapeutico, questa volta con un indirizzo ideologico piuttosto che medico.

Si ipotizza che il criminale possa essere coinvolto in processi rivoluzionari e che ciò, unito ad un'attività di preparazione ideologica, possa apportare benefici sul piano individuale, che gli istinti rozzi e anti-sociali vengano temperati e che l'egoismo delinquenziale divenga lotta per un interesse comune. Ben distinte dalle ipotesi che prefigurano una terapia per i devianti sono invece le posizioni di Stirner e Proudhon.

Se il Tedesco è fautore "dell'indifferenza collettiva nei confronti della diversità", funzionale alla libera espressione degli impulsi individuali, alla liberazione dalla pressione esercitata dalle rappresentazioni collettive sugli esseri umani e non paragonabile a nessuna tesi criminologica vera e propria o filosofia penale moderna, il Francese prefigura un sistema nel quale la sanzione opera come strumento di difesa sociale nei confronti della trasgressione, indispensabile per regolare quella porzione residuale di conflitto che, anche una società impostata sul mutualismo, fisiologicamente, produce.

## BIBLIOGRAFIA

Anderson N. 1923, *The Hobo: The Sociology of the Homeless Man*, University of Chicago Press: Chicago.

Bakunin M. 2015 [1871], *La comune e lo stato*, Anarchismo Edizioni: Trieste.

Bakunin M. 1976 [1871], *La teologia politica di Mazzini*, in *Opere Complete*, Edizioni Rivista Anarchismo: Catania.

Bakunin M. 1977 [1870], *Lettera a Sergej Nečaev*, in *Opere complete*, Edizioni Rivista Anarchismo: Catania.

Baruchello G. 2010, *A Philosophical Critique of Empiricism: Some Guyanese Perspectives*, Lambert Academic Publishing: Saarbrücken.

Calafato T. 2013, *Gli Anarchici and Lombroso's Theory of Political Crime*, in Knepper P., *The Cesare Lombroso Handbook*, Routledge, London - New York.

Chiarella P. (a cura di) 2019, *Diritto e potere nel pensiero anarchico*, Cedam: Milano.

Cohen A.K. 1963, *Ragazzi delinquenti*, Feltrinelli: Milano.

Confino M. 1976, *Il catechismo del rivoluzionario. Bakunin e l'affare Nečaev*, Adelphi: Milano.

Cossutta M. 2005, *Errico Malatesta. Note per un diritto anarchico*, Edizioni Università di Trieste: Trieste.

- Durkheim É. 1893, *De la division du travail social*, Félix Alcan: Paris.
- Durkheim É. 1897, *Le Suicide: Étude de sociologie*, Félix Alcan: Paris.
- Ferraguto F. 2010, “Guyau e la morale senza obbligo né sanzione”, in *Rivista di Filosofia*, 2 (101): 241-259.
- Ferri E. 1992, *L'antigiuridismo di Max Stirner*, Giuffrè: Milano.
- Ferri E. 2001, *La città degli unici: individualismo, egoismo, anomia*, Giappichelli: Torino.
- Ferri E. 2021, *Studi su Stirner. L'unico e la Filosofia dell'Egoismo*, La Fiaccola: Ragusa.
- Ferri E. 1990 [1884], *Sociologia criminale*, Bocca: Torino, Bocca.
- Faris R.E.L., Dunham H.W. 1939, *Mental Disorders in Urban Areas*, The University of Chicago Press: Chicago.
- Garofalo R. 1885, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, Bocca: Torino.
- Gibson M. 2004, *Nati per il crimine. Cesare Lombroso e le origini della criminalità biologica*, trad. di G.a Agrati, M.L. Magini, Paravia, Bruno Mondadori, Milano, 2004.
- Goodman P. 1971, *Gioventù assurda*, Einaudi: Milano.
- Godwin W. 1946 [1793], *Enquiry Concerning Political Justice and Its Influence on Morals and Happiness*, F.E.L Priestley: Toronto.
- Gori P. 1968 [1911], *L'evoluzione della sociologia criminale*, in ID., *Scritti scelti*, vol. II, Antistato: Cesena.
- Gori P. 2010 [1904], *Le basi morali dell'anarchia*, Edizione digitale Liber Liber, <https://liberliber.it/autori/autori-g/pietro-gori/le-basi-morali-dellanarchia>.
- Guyau M. 1999 [1885], *Abbozzo di una morale senza obbligo né sanzione*, a cura di F. Andolfi, Paravia:Torino.
- Höffe O. 1995, *Giustizia politica. Fondamenti di una filosofia critica del diritto e dello Stato*, Il Mulino: Bologna.
- Kropotkin P. 1973 [1897], *La società aperta*, Edizioni Antistato: Cesena.
- La Torre M. 2017, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei moderni*, DeriveApprodi: Roma.
- Lombroso C. 1895, *Gli anarchici*, Fratelli Bocca, Torino.
- Lombroso C. 1876, *L'uomo delinquente*, Hoepli: Milano.
- Lombroso C., Ferri E., Fioretti G. 1886, *Polemica in difesa della Scuola criminale positiva*, Zanichelli: Bologna.
- Mackay J. H. 2018, *Max Stirner. La sua vita e la sua opera*, Rubbettino: Soveria Mannelli, 2018.
- Malatesta E. 1975 [1921], *Ancora del diritto penale nella rivoluzione*, in “Umanità nova” 27 agosto 1921, ora in *Id., Scritti (1919-1932)*, vol. I, Edizione a cura del Movimento Anarchico Italiano.
- Malatesta E. 1975 [1921], *La difesa sociale contro il delitto*, in “Umanità Nova” del 2 settembre 1921, ora in *Id., Scritti (1919-1932)*, vol. I, Edizione a cura del Movimento Anarchico Italiano.
- Malatesta E. 1973 [1891], *L'anarchia*, La fiaccola: Ragusa.
- Malatesta E. 1935, *Pagine di lotta quotidiana*, Edizione del Risveglio: Ginevra.
- Malatesta E. 1966, *Scritti scelti*, a cura di G. Cerrito, Giulio Savelli Editore: Roma.
- Malatesta E., Merlini S. 1976, *Gli anarchici e la questione elettorale*, Savelli: Roma.
- Marconi P. 1979, *La libertà selvaggia. Stato e punizione nel pensiero libertario*, Marsilio Editori: Venezia.
- Maximoff G.P. 1953, *The Political Philosophy of Bakunin. Scientific Anarchism*. Free Press: New York.
- Molinari L. 1995 [1904], *Il tramonto del diritto penale*, Edizione digitale Liber Liber, <https://liberliber.it/autori/autori-m/luigi-molinari/il-tramonto-del-diritto-penale>.
- Nagel T. 1991, *Equality and Partiality*, Oxford University Press: New York.
- Negri A. 2005, *Il filosofo e il lattaio. Stirner e l'unione degli egoisti*, Spirali: Milano.
- Newman S. 2011, *Max Stirner*, Palgrave Macmillan: Londra, 2011.
- Philp M. 1986, *Godwin's Political Justice*, University of Toronto Press: Toronto.

- Pick D. 1986, “*The Faces of Anarchy: Lombroso and the Politics of Criminal Science in Post-Unification Italy*”, in *History Workshop Journal*, 21, 1: 65.
- Proudhon P. J. 1923 [1851], *Idée générale de la Révolution au XIX siècle*, in *Oeuvres complètes de P.J.P.*, M. Rivière: Parigi.
- Proudhon P. J. 2001 [1863], *Du Principe fédératif: et de la nécessité de reconstituer le Parti de la Révolution*, Adamant Media Corporation: Boston.
- Siegel D. 2013, *The Methods of Lombroso and Cultural Criminology*, in Knepper P., *The Cesare Lombroso Handbook*, Routledge: London - New York.
- Silvestri M. 1967, “*Filosofia e politica nell’opera di Stirner*”, in *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, (2) 4: 303-326.
- Stirner M. 1990 [1844], *L’unico e la sua proprietà*, trad. it. di C. Berto, Mursia: Milano.
- Woodcock G. 1996, *Pierre-Joseph Proudhon. A Biography*. Black Rose Books: Montreal.
- Woodcock G. 2002, *The Anarchist Prince. A Biographical Study of Peter Kropotkin*, Dover Publications: Mineola.

Tommaso Mauceri\*

*Riconoscimento dello sport in Costituzione e ricadute nel diritto sportivo*

ABSTRACT

The recognition of sport within the Italian Constitution has had a strange fate: much desired before and much debased after. The essay focuses, beyond the symbolic aspect, on some possible practical implications.

KEYWORDS

Sport - health - social education - shared values

INDICE

1. La possibile incidenza della novella costituzionale su problemi di diritto sportivo. 2. Questioni giuridiche da esaminare sotto una nuova, diversa luce. Sport pericolosi e scelte familiari. 3. (segue). Rapporti tra giustizia sportiva e ordinamento statale. 4. (segue). Sul diritto del professionista sportivo a praticare un'attività di valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico.

1. La possibile incidenza della novella costituzionale su problemi di diritto sportivo

Il riconoscimento dello sport in Costituzione<sup>1</sup> ha sollecitato un vivace dibattito all'interno del quale, sottolineato il rapporto di tale riconoscimento con i preesistenti pertinenti principi costituzionali<sup>2</sup>, sono stati posti all'attenzione vuoi il significato simbolico e politico della scelta normativa<sup>3</sup>, vuoi il contenuto e la portata della novella<sup>4</sup>, con particolare riferimento all'interrogativo circa la configurabilità di un nuovo diritto individuale di cittadinanza<sup>5</sup>.

Alla luce delle indicazioni provenienti dalle riflessioni accennate, intendo qui rivolgere specificamente l'attenzione su alcune possibili ricadute applicative che dovrebbero consistere, a mio avviso, non tanto nella declaratoria di incostituzionalità di leggi esistenti e neanche nella diretta

\* Professore associato di diritto privato presso il Dipartimento di Giurisprudenza di Catania, email: tmauceri@lex.unict.it.

<sup>1</sup> L'art. 1 della legge cost. 26 settembre 2023, n. 1 (in Gazz. Uff. n. 235 del 7 ottobre 2023), ha previsto che "all'articolo 33 della Costituzione è aggiunto, in fine, il seguente comma: 'La Repubblica riconosce il valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva in tutte le sue forme' (...)"

<sup>2</sup> Si tratta di uno dei vari aspetti chiaramente illustrati, nel confronto con la storia dei precedenti riconoscimenti del valore costituzionale dello Sport, dal Maestro che qui onoriamo: Liotta 2023: 1 e ss.

<sup>3</sup> Per una ricostruzione in ottica valorizzatrice v. ad esempio Melica 2023: 5 e ss. In senso critico v., invece, Ferrara 2023, il quale profila l'effetto paradossale di uno snaturamento delle libertà implicate dal fenomeno sportivo.

<sup>4</sup> V. Santoro 2023: 9 e ss., la quale, dopo un'attenta disamina della gestazione della norma (durata più di venticinque anni) attraverso il raffronto dei vari disegni di legge e l'immediatamente percepibile degradazione "dal piano precettivo del riconoscimento del 'diritto all'attività sportiva' al piano programmatico del riconoscimento del 'valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva'" si interroga sul contenuto e la portata della novella. Per un'altra indagine che assegna centralità al valore educativo sancito nella nuova norma, "scommettendo" sulla idoneità dello sport ad incidere positivamente sulla società per il radicamento della cultura della pace, dell'inclusione e del rispetto reciproco, Battelli 2023.

<sup>5</sup> V. Santoro 2023: 20 e ss., la quale, in conclusione, facendo anche leva sul contesto problematico e storico-politico e, in particolare, sulle rivendicazioni di "uno 'Sport per tutti', 'Sport di tutti' e 'Sport di cittadinanza'" auspica un'interpretazione virtuosa della norma che riconduca il riconoscimento costituzionale "dal piano programmatico del 'valore allo sport' al piano precettivo del 'diritto allo sport'".

fondabilità di puntuali regole, bensì nella determinazione di nuovi orientamenti interpretativi nella soluzione di questioni più o meno dibattute del diritto sportivo, esaminate dall'angolazione del privatista<sup>6</sup>. Rispetto a tali tematiche ci si dovrà qui limitare a qualche indicazione bibliografica e a brevi cenni rivolti principalmente a fare emergere la dialettica degli interessi in gioco e a evidenziare come essa assuma una nuova fisionomia grazie al riconoscimento dello sport nel suo costitutivo ruolo educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico.

In primo luogo, il comma aggiunto all'art. 33 della Costituzione impone di analizzare con lenti diverse tematiche classiche come il problema dei rapporti tra giustizia sportiva e ordinamento statale ovvero il profilo della meritevolezza degli interessi perseguiti con sport estremi e pericolosi, anche da parte di neofiti minorenni.

Un ulteriore, possibile impatto inerisce a ordini di problemi connessi con lo sfruttamento mediatico e economico del fenomeno sportivo e, cioè, a dinamiche che si sono palesate a partire dagli anni '70 del secolo scorso, senza tuttavia dare adito a un significativo contenzioso, al di là dell'attenzione della dottrina<sup>7</sup>. Con la novella costituzionale, tuttavia, siffatte dinamiche dovrebbero essere sottoposte a maggiori controlli. In tal senso, pare di poter mettere a profitto il riconoscimento del valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico dell'attività sportiva "*in tutte le sue forme*". Con riferimento a quest'ultima, non scontata precisazione si è opportunamente richiamata l'attenzione su situazioni di handicap sociale e naturale, sull'esigenza di avversare disparità di trattamento<sup>8</sup>, sull'importanza di preservare, prima e ancor di più delle manifestazioni sportive 'di punta', gli sport 'di base'<sup>9</sup>.

Il senso delle nostre riflessioni risiede, però, nella convinzione che d'ora innanzi occorra sottoporre al vaglio della norma (sia pure alla ricerca di un'interpretazione costituzionalmente orientata) anche le questioni che riguardano gli sport di grande rilevanza mediatica e economica (c.dd. "sport di punta") e gli sportivi professionisti. Il giurista dispone di un nuovo importante metro di valutazione della dialettica etica sportiva/logica del profitto e deve, quindi, impegnarsi in una riconsiderazione circa la meritevolezza e il recepimento di prassi rispetto alle quali sempre più ci si è rassegnati, in tempi recenti, alla inesorabile vittoria della seconda sulla prima.

## 2. Questioni giuridiche da esaminare sotto una nuova, diversa luce: sport pericolosi e scelte familiari

Non pare che nel riferimento al valore di "promozione del benessere psico-fisico" si possa cogliere un limite di operatività all'attività sportiva che sia realmente proficua per il bene salute inteso in senso stretto né, più precisamente, che si debba ravvisare un giudizio di disvalore nei confronti degli sport

<sup>6</sup> Nella dottrina recente ricordiamo D'Amico 2016: 443 ss.; Balestra 2018: 245 ss.; Rizzo 2019: 912 ss. Più in generale v. Luciani 2016: 391 ss.

<sup>7</sup> Tra gli studi nei quali è stata richiamata maggiormente l'attenzione sul rischio che le regole del c.d. merchandising corrompano l'etica della prestazione agonistica v. Prelati 2003: 345 ss. e *passim*. Trattando delle "condizioni anomale della prestazione sportiva" l'A. stigmatizza le negative influenze delle pratiche pubblicitarie sul fenomeno sportivo e revoca in dubbio la validità di alcuni di tali contratti (388-396). In senso opposto, si rileva agevolmente come l'attività sportiva professionistica si sia autonomamente conformata e rappresenti ormai essa stessa un settore di mercato fortemente correlato (se non del tutto coincidente) con quello dello spettacolo e come comunque sia riconosciuto per legge (e istituzionalizzato in varie norme federali) il compito in capo alle federazioni sportive di garantire il regolare svolgimento dei campionati e delle attività agonistiche, attraverso adeguati organi e procedure di controllo: ad esempio, BRUNO: 139 ss.

<sup>8</sup> V. ad esempio Busacca, *Verso una ulteriore valorizzazione dello sport al femminile*, relazione al Convegno *Sport in Costituzione: quali prospettive per l'Ordinamento sportivo?*, webinar organizzato dalla Scuola Palermitana di Diritto Sportivo.

<sup>9</sup> Al di là della connotazione in parte pubblicitaria che viene ad assumere la costruzione di queste tematiche, il privatista non può restare indifferente e astenersi dal dare il proprio contributo e v. ancora, esemplarmente, Santoro 2023: 20 ss. e Battelli, 2023 cit.

più pericolosi, come quelli da combattimento, che la salute fisica mettono inevitabilmente a repentaglio<sup>10</sup>. Proprio il riferimento al benessere prima di tutto “psichico” rimanda alla nozione di salute come omnicomprensiva e non soltanto come assenza di malattie e/o lesioni medicalmente accertabili<sup>11</sup>. Si tratta, peraltro, della nozione di salute ormai da tempo accreditata anche presso l’Organizzazione mondiale della sanità, in linea col progresso delle scienze medico-sociali che hanno posto sempre più in evidenza il momento psicologico-relazionale nell’equilibrio (correlativamente anche somatico) della persona umana<sup>12</sup>.

Invero, sono chiari il senso e l’origine dell’indicazione testuale sul benessere psico-fisico del nuovo art. 33, co. 7, Cost., che si riconnette alle acquisizioni della medicina sui danni da vita sedentaria e alla correlata importanza della diffusione della cultura dello sport e dell’attività fisica<sup>13</sup>. Piuttosto, il riconoscimento del valore dell’attività sportiva come valore sociale ed educativo, insieme al riferimento al momento psicologico, sembrano qui rafforzare quel punto di vista secondo il quale, già sulla base dell’art. 2 della Costituzione, l’interesse allo svolgimento di sport pericolosi e l’accettazione del relativo rischio hanno un fondamento in grado di reggere al contrapposto vincolo di tutela dell’integrità fisica e di prevenzione di probabili danni permanenti (art. 32, Cost.)<sup>14</sup>.

Un connesso ordine di problemi che esige una riconsiderazione riguarda le scelte familiari con riguardo alle inclinazioni e alle aspirazioni che i giovani coltivano e che a volte entrano in conflitto con le valutazioni dei genitori. In linea, del resto, con l’evoluzione del diritto di famiglia e delle persone verso un’accentuazione della rilevanza del consenso dei minori, la nuova formulazione dell’art. 33, Cost., dovrebbe ulteriormente ridimensionare il potere di veto tradizionalmente riconnesso alla responsabilità genitoriale<sup>15</sup>. Ciò può ritenersi sicuro quando l’alternativa è tra la pratica sportiva e l’inattività ovvero un’altra attività non sportiva. La questione diventa più problematica quando l’alternativa è tra un’attività sportiva più pericolosa desiderata dal minore e un’attività sportiva meno pericolosa verso la quale i genitori o altri esercenti la relativa responsabilità vorrebbero spingere il minore. In ogni caso occorrerà d’ora in poi tener conto che si discute di un’attività a valenza costituzionale. In tale ottica sarà bene prendere le mosse da un’appropriata ricostruzione dell’accezione di “attività sportiva” recepita nell’art. 33, Cost., e, più precisamente, se debba farsi riferimento al vocabolario in uso nella recente normazione statale o se invece debba guardarsi al significato di attività sportiva all’interno del fenomeno sportivo. Nel primo caso l’accento è posto sullo svolgimento della personalità dell’esercente l’attività; nel secondo sul tono competitivo

<sup>10</sup> Sul significato dell’espressione “sport da combattimento” (da preferire a sport a violenza necessaria), Agrifoglio 2018: 753 ss.

<sup>11</sup> Sulla spiegazione in tal senso, che si ritrova anche nella relazione alla legge, *recte* nel dossier 17 luglio 2023 (A.C. 715-B Cost.) intitolato “Modifica all’articolo 33 della Costituzione, in materia di attività sportiva” v. Santoro 2023: 14 ove si dà ampiamente conto delle ragioni esplicitate nel medesimo dossier circa vari profili della formulazione della norma.

<sup>12</sup> Ecco il primo principio della Costituzione dell’Organizzazione Mondiale della Sanità nella lingua ufficiale: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”. Sulla storia di tale acquisizione ed il relativo profondo significato nella storia delle scienze mediche e psicosociali v. Kickbusch 2003: 383 ss. e già Breslow 1972: 347 ss.

<sup>13</sup> Si pensi ad esempio alla recente intensa attività di “Sport e salute” spa (“società dello Stato e struttura operativa del Governo”) la cui preminente finalità consiste proprio nel coordinare una serie di attività volte a promuovere la diffusione dello sport di base incrementando la pratica sportiva e valorizzando il ruolo di territorio, scuola, volontariato, federazioni, associazioni e società sportive dilettantistiche, oltre che promuovere (insieme con l’Istituto Superiore di Sanità e con il CONI) studi di settore dalla cui divulgazione si orienti sempre più la collettività verso un corretto stile di vita. A quest’ultimo proposito, basti qui accennare alle acquisizioni, ormai notorie, secondo le quali l’inattività fisica è la quarta causa principale di morbilità e mortalità in tutto il mondo. L’attività fisica regolare è estremamente utile per la gestione primaria, secondaria e terziaria di molte condizioni croniche comuni. Esistono evidenze scientifiche sui benefici dell’attività fisica per malattie cardiovascolari, diabete, obesità, condizioni muscoloscheletriche inclusa l’artrosi del ginocchio (Musumeci).

<sup>14</sup> Agrifoglio 2018 cit.

<sup>15</sup> Sulla rilevanza dell’interesse dei minori alla pratica sportiva (e, correlativamente, dell’interesse collettivo a che i minori pratichino lo sport) v. di recente Rende 2021: 21 ss.; Busacca 2022: 1124 ss.;

dell'attività<sup>16</sup>. Non è detto, tuttavia, che l'ambiguità richiamata (certamente rilevante ad altri fini), limitatamente alla risoluzione del quesito se debba prevalere la volontà del minore o dell'esercente la responsabilità sia, in realtà, rilevante. Sia che si voglia puntare l'attenzione sull'esigenza di fare esprimere appieno la personalità del minore sia che si intenda tutelare la genuinità della competizione, pare qui che si debba ormai senz'altro dare prevalenza alla volontà del diretto interessato piuttosto che a quella degli esercenti la responsabilità genitoriale.

### 3. (segue). Rapporti tra giustizia sportiva e ordinamento statale

La recente norma costituzionale si presta a svolgere un ruolo prezioso per la ricerca di appropriate soluzioni alla questione dei rapporti tra giustizia sportiva e ordinamento statale<sup>17</sup>. Rispetto alla ricostruzione operata dalla Corte Costituzionale<sup>18</sup>, la norma pare destinata a incidere sia sotto il profilo dell'*an* (se debba darsi luogo o meno all'ingresso) di un sindacato di un giudice statale, sia sotto il profilo del *quomodo* (in che modo il giudice statale debba intervenire sull'operato del giudice sportivo).

Giova ricordare che la Corte costituzionale ammette sempre, in via di principio, la giurisdizione del giudice statale e, tendenzialmente, uno spazio abbastanza ampio per un intervento effettivo, per tutti i casi in cui taluno "ritenga di essere stato leso nelle sue posizioni soggettive"<sup>19</sup>. Tuttavia, la

<sup>16</sup> Si veda l'attenta ricognizione di Santoro 2023: 18 la quale, al fine di ricostruire il linguaggio in uso nella recente legislazione non si limita alla recente c.d. riforma dello sport (legge delega 8 agosto 2019, n. 86, correlati d.lgs. 28 febbraio 2021 nn. 36-42 e successive ulteriori modifiche e integrazioni) ma prende altresì in considerazione altre recenti normative (segnatamente le leggi nn. 107/2015, 205/2017 e 234/2021) nelle quali è riposta particolare attenzione all'esigenza di espressione della personalità del minore. Più in generale, sull'esigenza di ricostruire il "significato proprio delle parole" (art. 12, preleggi) utilizzando in primo luogo il vocabolario speciale in uso presso la cultura giuridica al tempo della emanazione della norma v. esemplarmente Belfiore 2008: 421 s. Ma proprio seguendo la prospettiva dell'A. il quesito accennato nel testo rimane problematico dato che "posta la distinzione tra sapere comune e saperi particolari, su cui si strutturano le grandi comunità, il vocabolario dell'ordinamento è necessariamente destinato ad inglobare sia il vocabolario generale della comunità dei destinatari del precetto giuridico sia i vocabolari speciali correlati a quella pluralità di saperi (e di funzioni particolari) che assicurano la gestione-organizzazione della complessità sociale". Il che dovrebbe condurre verso una correzione, o quanto meno integrazione, da parte del dizionario specialistico in uso presso la comunità degli sportivi del dizionario redatto di recente, in modo alquanto artificioso (v. ancora Santoro 2023) dal legislatore statale.

<sup>17</sup> Andando a ritroso, ricordiamo Liotta, *La giustizia sportiva* Santoro 2023: 372 e specialmente 413 ss.; Pittalis 2022: 739 ss.; Mauceri 2019: 36 ss.; Sandulli 2018: 151 ss.; Sanino 2018: 220 ss. e 2016, specialmente 139 ss.; Facci 2018: 207 ss.; Sandulli 2017: 107 ss.; Frattarolo 2017: 33 ss.; D'Onofrio 2016: 267 ss.; Ferrara 2010: 506 ss., Femia 2009: 235 ss.; Verde 675 ss.; Manfredi 2007: 222 ss. e 283 ss.; Morzenti Pellegrini 2007: 195 ss. Nella dottrina meno recente v. Luiso 1975: 266 ss.

<sup>18</sup> Corte cost., 11 febbraio 2011, n. 49, con nota di Blando 2011: 664 e 919 ss., con note di Manfredi e Di Todaro 2011: 1543 ss., con nota di Scoca 2011: 417 ss., con nota di Facci 2011, con nota di Palmieri 2011; con nota di Piazza 2012: 188, Pescatore 2012: 1009 ss.; Lubrano 2011: 63 ss. In senso conforme v. poi Corte cost., 25 giugno 2019, n. 160, cit. *infra*, nella nota che segue.

<sup>19</sup> Corte cost., 25 giugno 2019, n. 160, con nota di Sandulli 2020: 810. Ecco il passo completo con il quale la Corte ribadisce la presa di posizione assunta già nel 2011 osservando che "la sentenza n. 49 del 2011 esclude che delle menzionate disposizioni costituzionali vi sia stata lesione, dal momento che la normativa contestata, nell'interpretazione offerta dal diritto vivente e fatta propria da questa Corte, tiene ferma la possibilità, per chi ritenga di essere stato leso nei suoi diritti o interessi legittimi da atti di irrogazione di sanzioni disciplinari, di agire in giudizio per ottenere il risarcimento del danno e che questa forma di tutela per equivalente, per quanto diversa rispetto a quella di annullamento in via generale assegnata al giudice amministrativo, risulta in ogni caso idonea, nella fattispecie, a corrispondere al vincolo costituzionale di necessaria protezione giurisdizionale dell'interesse legittimo. La scelta legislativa che la esprime è frutto, infatti, del non irragionevole bilanciamento operato dal legislatore fra il menzionato principio costituzionale di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale e le esigenze di salvaguardia dell'autonomia dell'ordinamento sportivo – che trova ampia tutela negli artt. 2 e 18 Cost. – 'bilanciamento che lo ha indotto [...] ad escludere la possibilità dell'intervento giurisdizionale maggiormente incidente' su tale autonomia, mantenendo invece ferma la tutela per equivalente". La Corte però non chiarisce, nemmeno stavolta, in forza di quali criteri la pretesa di "chi ritenga di essere stato leso nelle sue posizioni soggettive" sia da reputarsi fondata.

Corte ha imposto un limite all'ampia tutela riconosciuta in via di principio, quanto meno sul piano del *quomodo*, sancendo che non sono ammissibili forme di tutela in forma specifica bensì soltanto risarcitorie. Al contempo, occorre sottolineare la refrattarietà della giurisprudenza a sindacare le decisioni dei giudici sportivi<sup>20</sup> e, con riferimento alle tecniche impiegate (nei rari casi in cui il sindacato ha avuto ingresso), un impiego del rimedio risarcitorio assai controverso<sup>21</sup>, con esiti a volte del tutto anomali rispetto alle categorie ordinarie<sup>22</sup>.

Orbene, del nuovo art. 33, co. 7, Cost. va rimarcata l'importanza del "riconoscimento", alla stregua di una realtà preesistente, del valore dell'attività sportiva in tutte le forme<sup>23</sup>; riconoscimento che, per di più, si accoppia idealmente alla legge ordinaria con la quale "la Repubblica riconosce e favorisce l'autonomia dell'ordinamento sportivo nazionale, quale articolazione dell'ordinamento sportivo internazionale facente capo al Comitato Olimpico Internazionale"<sup>24</sup>. Più precisamente, tale riconoscimento, accentuando la rilevanza che, in sede di giudizio di bilanciamento, deve riconoscersi al principio dell'autonomia sportiva<sup>25</sup>, pare idoneo a orientare l'interprete, da un lato (sotto il profilo dell'*an*), verso una restrizione dell'ambito di intervento del giudice limitatamente a casi di

<sup>20</sup> V. ad esempio Cass., Sez. Un., 23 marzo 2004, n. 5775, con nota di Vidiri 2005: 1625; Tar Lazio 19 marzo 2008, n. 2472, in *Foro it.*, 2008, III, c. 599 ss.; Tar Lazio 3 novembre 2008, n. 9547 e Cons. Stato 25 novembre 2008, n. 5782, in *Foro it.*, 2009, III, c. 195 ss., con nota di Palmieri; Tar Lazio 9 giugno 2011, n. 5177 e Cons. Stato 27 aprile 2011, n. 2485 edite (insieme ad altre) in *Riv. dir. sport.*, 2012: ss., con nota di Romano 2008: 119; Cons. Stato 24 gennaio 2012, n. 302, in *Foro it.*, 2012, III, c. 213 ss.; Cons. Stato 31 maggio 2013, n. 3002, in *Resp. civ.*, con nota di Saltieri 2013: 1579; Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2018, n. 32358, in *Foro it.*, 2019, I, c. 134 ss.

<sup>21</sup> Tra le tante sentenze espressione dell'orientamento che sembra qui di dover mettere in discussione v. Tar Lazio 9 marzo 2016, n. 3055, in *Foro it.*, 2016, III, c. 289 ss., con nota di Pardolesi e Cons. Stato 22 giugno 2017, n. 3065, cit. (che si occupano entrambe di una sanzione comminata a un'atleta affiliata alla federazione pallavolo); Tar Lazio 10 novembre 2016, n. 11146, con nota di Turchini 2016: 417 ss., Tar Lazio 23 gennaio 2017, n. 1163, illustrata da Sandulli 2017: 19, e Cons. Stato 22 agosto 2018, n. 5019, in *giustizia-amministrativa.it* (che si occupano tutt'e tre di una sanzione comminata a un atleta affiliato alla federazione di ginnastica e dei conseguenti danni allo stesso e al suo gruppo sportivo).

<sup>22</sup> V., in particolare, Cons. di Stato, 22 giugno 2017, n. 3065, cit. (c.d. "caso Cigolari"), che ha riformato la sentenza del Tar Lazio, 9 marzo 2016, n. 3055, cit., che aveva condannato la Federazione responsabile dell'ingiusta decisione al pagamento, in favore di un'atleta ingiustamente squalificata al pagamento "di complessivi euro 208.500,00 a titolo di risarcimento del danno (pari ad euro 61.500,00 per la risoluzione di contratti, euro 55.000,00 perdita di chance per la interruzione di trattative, euro 42.007,00 perdita di chance per premi che non riceverà e euro 50.000,00 per danno all'immagine liquidato equitativamente)". Il Consiglio di Stato ha invece ritenuto che "[le] caratteristiche generali [dell'ordinamento sportivo] si riflettono sul perimetro della tutela risarcitoria, che rileva solo come tutela dell'eventuale lesione interna ad un ordinario e corretto sviluppo dell'attività sportiva". Diversamente, arrivando a voler includere nell'oggetto di questa tutela per equivalente monetario voci per loro natura diverse da quelle proprie di quell'ambito ed estranee alle dette finalità eminentemente pubblicistiche dell'ordinamento sportivo, si finirebbe per contraddire il rammentato vincolo di strumentalità funzionale che è proprio della giurisdizione condizionata nonché quello di stretta proporzionalità degli strumenti integrati di tutela. E si finirebbe per trasformare l'espressione dello sport in un'ordinaria fenomenologia individuale di mercato dove il sostegno pubblico perderebbe ragione o diverrebbe locupletativo". In deroga ai criteri ordinariamente seguiti nell'accertamento del danno all'immagine (in particolare all'idea che si tratti di danno intrinseco, sussistente *in re ipsa* nel fatto stesso della lesione), Cons. Stato 22 agosto 2018, n. 5019, cit.

<sup>23</sup> Pare qui da condividere la netta presa di posizione di Santoro 2023 cit., che, se da una parte apprezza la scelta di "riconoscere" lo Sport come fenomeno preesistente, dall'altra critica e prende le distanze dalla nota illustrativa del dossier secondo la quale sarebbe riconosciuta una realtà preesistente "pregiuridica". Al contrario, e a prescindere dalla valenza economica che, come rimarca l'A. non è l'unica misura della giuridicità, "occorre, invece, osservare il fenomeno sportivo dalla prospettiva dell'ordinamento sportivo nel quale non è il fine di mercato che spiega la rilevanza giuridica dell'attività sportiva, bensì il fine proprio dello stesso ordinamento sportivo, che consiste nel raggiungimento del miglior risultato in ogni singola disciplina sportiva, il quale è di per sé avulso dal contesto economico" (p. 16). Non sono dunque scindibili il profilo dell'originaria autonomia e quello della giuridicità.

<sup>24</sup> Si tratta dell'esordio dell'art. 1 del d.l. 19 agosto 2003, n. 220 ("disposizioni urgenti in materia di giustizia sportiva") convertito dalla legge 17 ottobre 2003, n. 280, normativa che prosegue con l'affermazione della disciplina dei rapporti tra ordinamento sportivo e statale "in base al principio di autonomia" e riservando espressamente al primo alcune materie.

<sup>25</sup> Già prima della novella la Corte faceva leva sulla rilevanza costituzionale di tale valore grazie al collegamento, sia pure indiretto, con i valori espressi negli artt. 2 e 18 Cost. (con gli argomenti richiamati *supra*, in nota 14). Al riguardo v. le perspicue notazioni di Liotta 2023: 4

eccezionale abnormità, e, dall'altro (sotto il profilo del *quomodo*), verso una rimeditazione circa la messa in disparte di forme di tutela correttive o caducatorie.

Sotto il profilo dell'*an* dell'intervento del giudice statale è ora finalmente possibile contrapporre, o quanto meno affiancare, al principio di imprescindibilità della tutela statale sancito dall'art. 24 della Costituzione un concorrente principio di autodichia implicitamente riconosciuto nell'art. 33<sup>26</sup>. Si ricordi che l'autodichia (connessa alla c.d. "giustizia del campo") è una delle prioritarie connotazioni del fenomeno sportivo. Quindi, nel novero di "tutte le forme" di cui all'art. 33, Cost., occorre, in primo luogo tenere conto della forma organizzata autonomamente mediante un sistema di regole e di giustizia autoreferenziale. Il che non significa che si debba restringere la (potenzialmente illimitata) giurisdizione bensì che, alla stregua del giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco<sup>27</sup>, le clausole di rinuncia alla tutela statale sono valide e che il sindacato da parte di un giudice dell'ordinamento della Repubblica deve trovare spazio soltanto in casi limite, di fronte a condotte abnormi (connotate da dolo specifico o comunque abusive), così come del resto si ritiene, in nome anche del principio generale espresso dall'art. 833, c.c.<sup>28</sup>, in caso di scontri tra atleti, quanto meno negli sport praticati con elevato tono agonistico<sup>29</sup>.

D'altra parte, passando al profilo del *quomodo*, proprio in considerazione del fatto che deve trattarsi di condotte abnormi che hanno provocato una disfunzione del sistema di autonomia da cui è stata condizionata (quando non compromessa) un'attività cui la Costituzione riconosce ormai specificamente un valore, l'art. 24, coordinato con l'art. 33, co. 7, impone di non limitare la tutela a forme risarcitorie di incerta consistenza e di valorizzare piuttosto la costitutiva valenza delle decisioni del Tar (e del Consiglio di Stato) a rimuovere/correggere la decisione degna del relativo sindacato<sup>30</sup>.

Del resto, se invece si ritenesse di insistere sul rimedio risarcitorio, si dovrebbe poi anche tenere conto degli orientamenti giurisprudenziali (sia pure in realtà discutibili) secondo i quali, se a esser leso è un diritto costituzionalmente garantito, sarebbe sempre risarcibile il danno non patrimoniale<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> Osserva di recente Melica 2023: VII s., dopo aver richiamato le prime elaborazioni sull'ordinamento sportivo come ordinamento giuridico autonomo (in particolare il Cesarini Sforza e il Giannini), come "in definitiva, 'riconoscere' l'attività sportiva significa riferirsi a questo ampio sistema di norme [comprese le pertinenti normative statali], con l'avvertenza che le istituzioni sportive devono adottare le proprie decisioni calibrando i diritti delle associazioni con quelli delle Federazioni sportive e i diritti di entrambe con quelli degli atleti, soprattutto se minori, nel rispetto dei diritti degli utenti – gli spettatori – i quali, per la rilevanza sociale del fenomeno sportivo, devono poter assistere gratuitamente ad alcuni specifici eventi di interesse generale".

<sup>27</sup> Si ricordi che già prima della novella dell'art. 33 della Costituzione, la Corte Costituzionale, nelle richiamate sentenze n. 49/2011 e n. 160/2019 citt. ha ritenuto di dover fare salvo il principio di autonomia sancito dalla l. n. 280/2003 in esito a un giudizio di bilanciamento tra l'interesse a una tutela giurisdizionale effettiva sancito dagli artt. 24, 103 e 113 della Costituzione e l'interesse all'autonomia dell'ordinamento sportivo indirettamente tutelato dagli artt. 2 e 18 della Costituzione (v., in proposito, tra gli studi più recenti Sandulli 2020, cit.). Circa il giudizio di bilanciamento v., in generale, Morrone 2008: 185 ss.

<sup>28</sup> Per l'argomentazione della tesi richiamata nel testo v. Mauceri 2019: 49 ss., con i necessari riferimenti bibliografici tra i quali preme qui richiamare l'avvertita, precedente disamina di Pescatore 2012 cit.

<sup>29</sup> Dell'amplissima letteratura in argomento ricordiamo: Alpa 1984: 472 ss. Busnelli - Ponzanelli 1984: 283 ss.; Scialoja 1999: 410 ss.; Bona-Castelnuovo- Monateri 2002: 215 ss.; Tassone 2002: 1179 ss.; Santoro L. 2008: 23 ss. e *passim*; Santoro P. 2008: 321 ss.; Lepore 2009; Franzoni: 145 ss.; Frau 2011: 1141 ss.; Alcini 2018: 348 ss.; Mauceri 2021: 74 ss.; Agrifoglio 2021: 88 ss.; Lucisano 2021: 107 ss.; Torroni 2021: 123 ss.; Valenza 2021: 209 ss.; Travan 2022: 1571 ss.; Pittalis 2019: 403 ss.; Liotta (Santoro 2023): 330 ss.

<sup>30</sup> In tal senso, già prima del riconoscimento dello sport in Costituzione, Mauceri 2019: 49 ss. Con rilievi consimili v., da ultimo, Maione 2022: 377 ss.

<sup>31</sup> A proposito della 'resilienza' dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, a determinare la fondabilità in via interpretativa di un caso di risarcibilità del danno non patrimoniale non previsto dalla legge, sarebbe la rilevanza costituzionale dell'interesse leso v. di recente Cass. civ., sez. III, 9 ottobre 2023, n. 28244, in *Ced Cass.* ove, a seguito di un disservizio provocato da un ritardo di un treno regionale, si conferma la condanna di un Giudice di Pace della "società ferroviaria al pagamento della somma di cinque euro e venticinque centesimi a titolo di indennizzo da ritardo, e della somma di euro quattrocento a titolo di risarcimento del danno esistenziale". Ecco l'argomentazione della Corte di Cassazione: "La tutela riparatoria del danno non patrimoniale, estesa a situazioni giuridiche soggettive di rango costituzionale lese senza condotte integranti reato, può nel caso essere avallata proprio perché ciò che sostanzialmente era stato allegato, risponde alla tutela della libertà di autodeterminazione e di movimento che trova riconoscimento nella

4. (segue). Sul diritto del professionista sportivo a praticare un'attività di valore educativo, sociale e di promozione del benessere psicofisico

Un importante ruolo di civiltà giuridica e insieme sportiva sarà realmente svolto dalla nuova formulazione dell'art. 33 della Costituzione se, in nome del principio in essa racchiuso, verranno sottoposte a controllo prassi di particolare rilevanza economica, ad esempio nell'ambito del calcio delle massime serie dei campionati, in cui frequentemente le esigenze agonistiche vengono assoggettate a logiche mercantili. Tra i casi più paradigmatici (ma anche trascurati) v'è l'usanza dei club sportivi di precludere ai propri atleti di svolgere un'appropriata preparazione atletica precampionato pur di esibirli in stucchevoli competizioni (c.dd. tournée) estive imposte da cinici sponsor interessati a vendere più maglie possibili<sup>32</sup>. Ancora, non abbastanza discusso è il tema della moltiplicazione delle date e degli orari di gara che molto spesso comporta la sottoposizione degli atleti a ritmi frenetici o a contesti climatici proibitivi (troppo caldi d'estate o troppo freddi d'inverno), cui segue a volte il ricorso a terapie farmacologiche assai rischiose<sup>33</sup>. V'è poi la questione, assai dibattuta e mai sopita, del mancato utilizzo in campo del giocatore non già per finalità tattico-agonistiche bensì in forza di strategie aziendalistico-imprenditoriali; questione che spesso viene etichettata (con formula che non sempre risulta felice) di mobbing degli atleti<sup>34</sup>. In una nuova prospettiva può vedersi anche la dialettica, spesso fonte di contenziosi, tra sportivo professionista e agente sportivo<sup>35</sup>, sulla quale è di recente intervenuto il legislatore ordinario non senza lasciare pressanti interrogativi all'interprete<sup>36</sup>. Così anche, nella redazione dei contratti di sponsorizzazione,

---

superiore normativa della Carta costituzionale". Sulle ragioni per le quali, in realtà, il riferimento alla rilevanza costituzionale dell'interesse leso (che peraltro nel corso del tempo ha svolto funzioni diverse, di apertura, prima, e di rigore, poi, nei confronti delle istanze risarcitorie, salvo a quanto pare il caso da ultimo richiamato) costituisce un artificio retorico v. Mauceri 2013: 2 ss. e *passim*. Con un reciso rifiuto dell'illusione della "magia" della Costituzione, come "argomento retorico-persuasivo" v. già Monateri 1986: c. 2977 ss.

<sup>32</sup>Nel corso di un'intervista del 2015 (Simone Folletti, "dalla Spal alla Juve il preparatore delle stelle", in *www.periscopio*) uno dei preparatori atletici più quotati nel campionato di calcio di serie A italiano, ha dichiarato candidamente: "non di rado la preparazione atletica viene messa alla prova da fattori esterni che fanno sì che non ci sia continuità di lavoro. Se uno potesse scegliere credo che la montagna sarebbe il luogo più adatto: le temperature di lavoro più miti riescono a far rendere meglio gli atleti visto che sono previsti doppi allenamenti ogni giorno. Purtroppo però gli sponsor e le tournée all'estero, sempre finalizzate ad acquisire introiti, non sempre agevolano il nostro lavoro durante la preparazione estiva".

<sup>33</sup>Tra i casi più eclatanti ricordiamo il malore che accusò Ronaldo, proprio per eccesso di farmaci, il giorno della finale Francia-Brasile del mondiale del 1998 e il suo forzato impiego in campo a poche decine di minuti dalle dimissioni dall'ospedale. Ecco la sintesi della vicenda in un recente articolo di P. Catucci, *Ronaldo il fenomeno compie 46 anni su corriere.it*: "Uno dei più grandi misteri sulla vita di Ronaldo è datato 12 luglio 1998, giorno della finale del mondiale di Francia tra i padroni di casa e il Brasile. Nel pomeriggio della partita, mentre guardava in tv il gran premio di Silverstone di Formula 1, Ronaldo ha le convulsioni e perde conoscenza per quattro minuti. Edmundo e Cesar Sampaio lo salvano dal soffocamento e viene portato in ospedale. Nella prima distinta della partita risulta in panchina, poi parte regolarmente da titolare, ma è solo il fantasma del campione che aveva trascinato i verdeoro fin lì. Non si è mai saputo perché abbia giocato quella sera, anche se lui si è assunto tutte le responsabilità e l'inchiesta parlamentare partita subito dopo in Brasile (si temeva che dietro quella scelta ci fosse la volontà dello sponsor di non rinunciare alla sua presenza in finale) non ha portato ad alcunché".

<sup>34</sup>Con una ricostruzione dei termini del problema che rende marginale la figura del c.d. mobbing v. Mauceri 2016: 857 ss. In precedenza v. Mazzamuto 2008: 571 e, per un quadro aggiornato, Tulissi 2021: 91 ss.; Liotta - Santoro 2018: 255 ss.

<sup>35</sup>A proposito di una vicenda riguardante il rapporto tra un calciatore e un avvocato al contempo agente sportivo la Corte di Cassazione ha invocato "ragioni di ordine pubblico sportivo, secondo una lettura costituzionalmente orientata dagli artt. 2 della Costituzione in relazione ai diritti inviolabili del calciatore professionista" concludendo per la nullità di un accordo in deroga ai regolamenti federali: Cass., 20 settembre 2012, n. 15934, con nota di Gaspari 2013.

<sup>36</sup>Proprio con riferimento alla prospettività di un diritto di revoca del c.d. mandato sportivo, che era uno dei profili cruciali della controversia richiamata nella nota che precede, la nuova legge sull'agente sportivo risulta di incerta

non si dovrebbe prescindere dal valore costituzionale dell'attività sportiva nella sua essenza costitutiva spesso in realtà degradata a mera occasione di ribalta mediatica dello sponsor<sup>37</sup>.

Nel senso della irrilevanza giuridica delle questioni accennate sarebbero a prima vista invocabili due distinti (ma correlati) ordini di ragioni che riguardano, per un verso, il profilo soggettivo degli operatori coinvolti e potenzialmente pregiudicati e, per l'altro, la connotazione obiettiva che il fenomeno ha assunto.

Sotto il primo profilo, gli sportivi professionisti vengono a volte rappresentati come soggetti privilegiati che percepiscono introiti spropositati e che, quindi, in un'ottica di correlazione tra rischi e profitti, non vantano interessi degni di tutela.

Sotto il secondo profilo, occorre rilevare che le imprese sportive sono ormai imprese di spettacolo di grandi dimensioni<sup>38</sup> per quanto riguarda sia la struttura e l'organizzazione societaria sia l'interesse sociale, ormai emancipatosi dall'attività sportiva in quanto tale<sup>39</sup>.

Orbene, è proprio a partire da tale assunto che la nuova norma della Costituzione è chiamata a favorire un processo di revisione degli assetti dati, dovendo d'ora innanzi tutte le imprese sportive (comprese le spa quotate) tenere conto che l'attività sportiva da loro organizzate (sia pure a scopo di lucro) deve rispondere a un interesse sociale, educativo e di promozione del benessere psico-fisico; deve tenere fede alle proprie radici che devono ancora rimanere ben salde nello spirito agonistico e nell'ordinamento sportivo che è posto a tutela dello stesso. Al di là del monito ai manager delle imprese, verso la cui efficacia è lecito coltivare dubbi, non pare un'ipotesi di scuola che uno sportivo, benché professionista, possa invocare tutela giuridica per la ragione che il proprio club, anziché consentirgli di fare un'adeguata preparazione precampionato, lo abbia portato all'estero per partecipare a un campionato estivo e, in realtà, per promuovere la vendita delle nuove maglie<sup>40</sup>. Un giudice (vuoi sportivo vuoi statale) che si vedesse oggi sottoposto una questione del genere non potrebbe prescindere dall'art. 33 della Costituzione.

Del resto, l'idea che i professionisti sportivi sono soggetti privilegiati che devono sottostare alla logica *eius commoda et eius incommoda* è in larga parte frutto di pregiudizi ideologici che

---

interpretazione. V., tra i primi commenti, Fimmanò 2023: 131 ss.; Mauceri 2024. In precedenza, Santoro (in *Eur. dir. priv.*) 2018: 925 ss.

<sup>37</sup> Nell'amplessima letteratura in tema di sponsorizzazione sportiva, con particolare riferimento alla dialettica tra logica del profitto e etica sportiva, v. in vario senso Inzitari 1985: 248 ss.; Frattarolo 1986: 327 ss.; De Giorgi 1988: 31 ss.; Gatti 1990: 512 ss.; Prelati 2003: 1002 ss.; Bianca 2009: 543 ss.; Facci 2011: 46 ss.; Nazzaro 2012: specialmente 98 e 116 ss.; Mauceri 2014: 1 ss. e *passim*; Calisai 2015: 613 ss.; Torrisi 2020: 62 ss.; Pittalis 2019: 275 ss.; Santoro 2010: 263 ss.

<sup>38</sup> Libertini 2006: 567 ss.; prima della sentenza c.d. Bosman e delle connesse varie riforme ricordiamo dubitativamente Spada 1993: 92 ss.

<sup>39</sup> Sulla svolta rappresentata dalla c.d. "sentenza Bosman" e la conseguente riforma della legge sui rapporti tra società e professionisti sportivi (legge 23 marzo 1981, n. 91 novellata dalla legge 18 novembre 1996, n. 586), v. Mauceri 2016: 857 ss. Per un quadro aggiornato e un bilancio a vent'anni dalla sentenza v. i contributi raccolti in *Riv. dir. sport.*, 2017, 2.

<sup>40</sup> Di grande interesse la vicenda Pogba-Juventus. Il 12 luglio 2022 il giocatore, dopo aver superato le visite mediche annuncia il suo nuovo contratto con la Juventus dopo la cessazione del conflittuale rapporto con il Manchester United, club nel quale, nell'ultimo periodo, aveva giocato assai raramente. Durante la conferenza stampa mostra la nuova maglia numero 10 e promette grandi successi. Il 20 luglio è già in viaggio con la Juventus alla volta degli Stati Uniti dove il club dovrà disputare tre partite in nove giorni rispettivamente con Deportivo Guadalajara, Barcellona e Real Madrid nei giorni 22, 26 e 30 luglio. Il 24 luglio il giocatore, che ha accusato un fastidio al ginocchio destro, viene sottoposto a nuovi esami che evidenziano una lesione del menisco laterale del ginocchio destro. Lo staff medico della Juventus è orientato all'operazione, ma il francese decide di prendere tempo e di proseguire con una terapia conservativa. Segue un'odissea con il giocatore che torna in campo a settembre ma ha una grave ricaduta. Si sottopone quindi all'intervento chirurgico e, al rientro, dopo mesi di riabilitazione, subisce un nuovo infortunio. Ricorre nuovamente alle cure mediche e, infine, viene sanzionato con una squalifica a lungo termine per abuso di farmaci assunti all'insaputa del club. A prescindere se vi sarà un contenzioso tra le parti questa storia dimostra come il mancato rispetto delle regole minime di una sana preparazione atletica prima dell'impiego in campo (e v. *supra*, nota 31 le dichiarazioni di Folletti) sia nociva non soltanto allo sport, com'è evidente, nel suo valore educativo, sociale e di benessere psicofisico, ma anche alla logica del profitto e della migliore allocazione delle risorse economiche.

sconfessano l'evoluzione del diritto sportivo oltre che dati di comune esperienza come soprattutto le percentuali di successo e, soprattutto, gli ingaggi medi dei professionisti al di là dei fenomeni di nicchia<sup>41</sup>. Peraltro, non va trascurato che al di là dell'interesse individuale dello sportivo professionista è oggi ancor più imprescindibile la considerazione dell'interesse collettivo al valore educativo e sociale dei relativi modelli di comportamento.

L'altro tema di enorme rilevanza sul quale la norma costituzionale pare destinata ad incidere riguarda il c.d. "mobbing" dei calciatori che non si prestano alle scelte societarie. Anche in tal caso non si tratta di fondare regole nuove bensì di orientare gli approcci risolutivi delle già discusse questioni interpretative. Il caso del mobbing in senso proprio è, in realtà il meno frequente e anche il meno interessante, configurandosi in esso un sicuro inadempimento degli obblighi discendenti sia dalla legge (già dall'art. 2086, c.c.) sia dagli accordi di categoria e dai codici di autodisciplina<sup>42</sup>. La questione interpretativa che, già in sé di grande interesse, si presta ora ad essere letta sotto una nuova luce riguarda invece il fatto in sé considerato dell'impiego di un calciatore affermato per meno del dieci per cento delle gare stagionali. Per questa fattispecie il Regolamento FIFA sullo status e sul trasferimento dei calciatori appresta in capo al calciatore un diritto di recesso per giusta causa sportiva al quale può essere però riconnesso anche l'obbligo di corrispondere un indennizzo al club (art. 14). Orbene, oltre all'apprezzamento di tutte le circostanze, come richiesto dalla disposizione testé richiamata, non si può più prescindere dalla considerazione della prestazione del calciatore poco impiegato come inerente a un'attività sportiva di rilevanza costituzionale e portatrice di valori sociali, educativi, di promozione del benessere psicofisico. Peraltro, alla luce di ciò, non dovrebbero esservi più dubbio sul fatto che l'impiego oltre la soglia minima del dieci per cento che precluda la nascita del diritto di recesso deve consistere in un utilizzo effettivo e rispettoso della dignità del giocatore a nulla rilevando reiterati ingressi nel finale di partita o simili espedienti. Soprattutto, la norma costituzionale illumina il caso in cui il mancato impiego per almeno il dieci per cento delle gare risponda a strategie di tipo eminentemente aziendalistico-imprenditoriali. In casi del genere, si deve d'ora innanzi negare recisamente un diritto di indennizzo in favore del club sportivo.

Al cospetto della rilevanza sempre maggiore dell'industria dello spettacolo connessa al fenomeno sportivo<sup>43</sup> alcune delle considerazioni che precedono possono suonare anacronistiche o addirittura utopistiche, ma esperienze come il *wrestling* insegnano che lo spettacolo fine a se stesso, senza la genuinità di una competizione veramente agonistica, alla lunga non paga.

Del resto, una delle vicende più proficue nella storia della civilistica moderna è consistita proprio nel valorizzare in ambito economico le norme della Costituzione che tutelano la persona vuoi nell'espressione individuale o nelle formazioni sociali (art. 2, Cost.) vuoi al cospetto della logica proprietaria-imprenditoriale (artt. 41, co. 2 e 42, co. 2 e 3, Cost.)<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> Si veda, ad esempio, lo studio sul calcio relativo agli anni 2006-2020 pubblicato su [www.truenumbers.it](http://www.truenumbers.it) (fonte FIGC): *Stipendi dei calciatori: solo il 10% oltre i 700mila euro*, ove si sottolinea che, nel calcio, i professionisti sono 3.963 di cui 2.216 guadagnano meno di 50 mila euro l'anno e, tra questi ultimi, ben 665 (poco meno del 20% del totale) guadagnano meno di 10 mila euro l'anno. Sulle condizioni di lavoro in larga misura ben più opprimenti che in altri ambiti ricordiamo le notazioni di Martone 2002: 221 ss. Più in generale, sulle contraddizioni e il difficile equilibrio tra valori umani e sportivi da una parte e aziendalistico-industriali, dall'altra, Piantoni 2005 e *passim* (e v. già Piantoni 1999).

<sup>42</sup> V. ancora Mauceri 2016: 857 ss.

<sup>43</sup> Basti pensare alle cifre indicate nella recente ricerca *Deloitte Football Money League 2023* ([www.deloitte.com](http://www.deloitte.com)), ove tra l'altro si rileva che i 20 club con i maggiori ricavi nel calcio mondiale hanno registrato un fatturato complessivo di 10,5 miliardi di euro nella stagione 2022/23. Da ultimo v. anche Bastianon, per un primo commento alle tre recenti sentenze della Corte di Giustizia in materia di attività sportiva che, com'è noto, hanno sindacato la correttezza del sistema UEFA e FIFA imperniato sulla preventiva autorizzazione delle manifestazioni sportive valutandole alla stregua di potenziali imprese in posizione dominante e incrinando, di fatto, il principio di autonomia dell'ordinamento sportivo.

<sup>44</sup> Com'è noto, a partire dagli anni '70 del secolo scorso nella cultura giuridica si è registrato un vigoroso tentativo di valorizzare la matrice ideologica dei limiti e delle forme di indirizzo (sanciti in Costituzione dall'art. 41) dell'autonomia privata insieme al valore della eguaglianza e della solidarietà sanciti negli artt. 2 e 3, ridisegnando in tal modo, nella disciplina contrattuale, i rapporti tra poteri statuali e privati in nome, per l'appunto, dei valori della solidarietà e della tutela della persona. Tra le opere maggiori ricordiamo Rodotà 1969; Liserre 1971; Perlingieri 1972. Con particolare

Soprattutto, il Maestro qui onorato, il quale già nel 1986 ha istituito la prima cattedra di Diritto sportivo in Italia (proprio nella convinzione che l'ordinamento sportivo sia contraddistinto da una propria, inconfondibile valenza assiologica), ed ha fondato scientificamente la solida categoria dogmatica della "lealtà sportiva" (che oggi ritroviamo in tutti i testi di diritto sportivo e nei codici di giustizia endofederale), seguita costantemente a insegnarci a credere nel valore irrinunciabile dello Sport e in un diritto che lo protegga garantendo al contempo l'evoluzione della società.

#### BIBLIOGRAFIA

Agrifoglio G., *Dagli sport a violenza necessaria agli sport ad aggressione regolata* in *Rivista di diritto sportivo*, 2021

Agrifoglio G., *Pugilato e sport da combattimento. Divieto di disporre del proprio corpo o libertà di scegliere il proprio modo di vivere?*, in *Europa diritto privato*, 2018

Alcini J., *La responsabilità civile e sportiva nella genesi del diritto soggettivo rafforzato*, in *Rassegna di diritto ed economia dello sport*, 2018, 13, 2

Alpa G., *La responsabilità civile in generale e nell'attività sportiva*, in *Rivista di diritto sportivo*, 1984

Alpa G., *Stefano Rodotà, innovatore del metodo giuridico*, in *Pol. dir.*, 2017

Balestra L., *Diritto di famiglia, prerogative della persona e Carta costituzionale: settant'anni di confronto*, in *Giustizia civile*, 2018

Bastianon S., *La corte di giustizia e la superlega*, available at: [rivistadirit-tosportivo.coni.it](http://rivistadirit-tosportivo.coni.it)

Battelli E., *Il riconoscimento costituzionale dello sport come valore educativo, sociale e di promozione del benessere: una lettura assiologicamente orientata del fenomeno sportivo*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2023, 2.

Bianca M., *L'autonomia dell'ordinamento sportivo e il ruolo dello sponsor*, in AA. VV., 2009, *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico – atti del III Convegno nazionale 27,28,29 marzo 2008*, III

Blando F., *Sanzioni sportive, sindacato giurisdizionale, responsabilità risarcitoria* in *Danno e responsabilità*, 2011, I

Bona M. - Castelnuovo A. - Monateri P.G., *La responsabilità civile nello sport*, in *Le nuove frontiere della responsabilità civile*, Milano, 2002

Breslow L., *A Quantitative Approach to the World Health Organization Definition of Health: Physical, Mental and Social Well-being* Get access Arrow, in *International Journal of Epidemiology*, 1972

Bruno G., 2012, *Autonomia sportiva e fenomeni negoziali*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane

Busacca A., *Diritti del minore e "diritto allo sport"*, in *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2022

Busnelli F.D. - Ponzanelli G., *Rischio sportivo e responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 1984

Calisai F., *«Dentro e fuori del campo»: profili relativi all'inadempimento e al principio di buona fede nelle sponsorizzazioni sportive*, in *Riv. dir. impr.*, 2015

D'Amico G., *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giustizia civile*, 2016

D'Onofrio P., *Corte Costituzionale e ordinamento sportivo: reale autonomia*, in *Diritto dello sport*, 2016

De Giorgi M.V., 1988, *Sponsorizzazione e mecenatismo. 1. Le sponsorizzazioni*, Padova: Cedam

Di Todaro A.A., *La tutela effettiva degli interessi tra giurisdizione sportiva e statale: la strana "fuga" della Corte dal piano sostanziale a quello per equivalente* in *Giustizia civile*, 2011, I

---

riferimento al lascito del Rodotà v. Alpa 2017: 497 ss. e Roppo 2017: 499 ss. Per l'impatto, sia pure ritardato, della Costituzione sul diritto di famiglia v. Balestra 2018, cit.

- Facci G., *Il risarcimento del danno come punto di equilibrio tra il controverso principio dell'autonomia dell'ordinamento sportivo e l'art. 24 Cost.* in *Responsabilità civile*, 2011, I
- Facci G., *La responsabilità civile delle Federazioni sportive e la vexata quaestio dei rapporti tra ordinamento statale ed ordinamento sportivo*, nota a *Cons. Stato* 22 giugno 2017, n. 3065, in *Corr. giur.*, 2018
- Facci G., *La sponsorizzazione sportiva e la violazione della buona fede: questioni vecchie e nuove*, in *Responsabilità civ. prev.*, 2011
- Femia P., *Due in uno. La prestazione sportiva tra pluralità e unitarietà delle qualificazioni*, in AA. VV., 2009, *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico – atti del III Convegno nazionale 27,28,29 marzo 2008*, III
- Ferrara L., *Lo sport in Costituzione*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2023, 2
- Ferrara L., voce *Giustizia sportiva*, in *Enc. dir., Annali*, 2010, III, Milano
- Filosto R., *Contratto di sponsorizzazione e provvedimenti federali*, in *Contr. impresa*, 2006
- Fimmanò R., *L'agente sportivo: un irrocervo tra professione, mediazione ed impresa alla prova del nuovo regolamento FIFA*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2023
- Franzoni M., *Lo sport nella responsabilità civile*, in AA. VV., 2009, *Fenomeno sportivo e ordinamento giuridico – atti del III Convegno nazionale 27,28,29 marzo 2008*, III
- Frattarolo V., *Quando lo sponsor pretende la promozione della squadra abbinata. Il caso «Buen Café»*, nota a *Pret. Brindisi*, 30 luglio 1985, in *Rivista di diritto sportivo*, 1986
- Frattarolo V., *Riflessioni sul tema della responsabilità delle federazioni sportive per i provvedimenti illegittimi degli organi di giustizia federali*, in *Rivista di diritto e economia sportiva*, 2017, 1
- Frau R., *Nel calcio il collegamento all'azione di gioco esclude la responsabilità civile*, nota a *Trib. Piacenza*, 1° giugno 2010, n. 404, in *Resp. civ. prev.*, 2011
- Gaspari D., *Avvocato e agente di calciatori: una strana coppia* in *Giur. it.*, 2013
- Gatti S., voce *Sponsorizzazione*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1990 in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2023, IV
- Inzitari B., *Sponsorizzazione*, in *Contr. impresa*, 1985
- Kickbusch I., *The Contribution of the World Health Organization to a New Public Health and Health Promotion*, in *American Journal of Public Health*, 2003
- Lepore A., 2009, *Responsabilità civile e tutela della «persona-atleta»*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane
- Libertini M., *Regole sportive e concorrenza sleale*, in Aa. Vv., 2006, *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, IV, Milano: Giuffrè
- Liotta G. - Santoro L., 2018, *Lezioni di diritto sportivo*, Milano: Giuffrè
- Liotta G., *La giustizia sportiva*, in ID.-L. Santoro, *Lezioni di Diritto sportivo*, Milano, 2023, VI
- Liotta G., *Lo sport in Costituzione: assenza formale e presenza sostanziale*, in *Diritto dello sport*, 2023, 2
- Liserre A., 1971, *Tutele costituzionali della autonomia contrattuale. Profili preliminari*, Milano: Giuffrè
- Lubrano E., *La Corte Costituzionale n. 49/2011: nascita della giurisdizione meramente risarcitoria o fine della giurisdizione amministrativa in materia disciplinare sportiva?*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2011, 1
- Luciani M., *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir. – Annali*, vol. IX, Milano, 2016, p. 391 ss.
- Lucisano L., *Danno cagionato ad un minore durante l'allenamento in uno sport a contatto necessario*, *Rivista di diritto sportivo*, 2021
- Luiso F.P., *La giustizia sportiva*, 1975, Milano: Giuffrè
- Maione M., *Per una piena effettività della tutela dei tesserati: note sulla reintegrazione in forma specifica «qualora sia in tutto o in parte (ancora) possibile»*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2022

- Manfredi G., 2007, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale (I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva)*, Torino: Giappichelli.
- Manfredi G., *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa* in *Giustizia civile*, 2011, I
- Martone M., 2002, *Contratto di lavoro e «beni immateriali»*, Padova: Cedam
- Mauceri T., 2013, *Enti collettivi e danno non patrimoniale*, Torino: Editpress
- Mauceri T., 2014, *Sponsorizzazione e attività sportiva*, Torino: Giappichelli
- Mauceri T., *Interesse ad adempiere e professioni sportive*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, I
- Mauceri T., *La nuova figura dell'agente sportivo nell'ordinamento statale*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2024
- Mauceri T., *Sport di contatto e responsabilità*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2021
- Mauceri T., *Sulla rilevanza esterna delle sanzioni sportive*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2019
- Mazzamuto S., *Mobbing e diritto sportivo*, in *Europa dir. priv.*, 2008
- Melica L., *Attività sportiva e persona umana: una riforma ambiziosa e lungimirante* in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2023, 4
- Monateri P.G., *La Costituzione ed il diritto privato: il caso dell'art. 32 Cost. e del danno biologico ("Staatsrecht vergeht, Privatrecht besteht")*, in *Foro it.*, 1986, I, c. 2977
- Morrone A., voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir.-Annali*, II, t. 2, Milano, 2008
- Morzenti Pellegrini R., 2007, *L'evoluzione dei rapporti tra fenomeno sportivo e ordinamento statale*, Milano: Giuffrè
- Musumeci G., *Promozione dell'Attività Motoria per il Wellness, Dossier in collaborazione con Istituto Superiore di Sanità, SISMES e CONI*, available at: [www.sismes.org](http://www.sismes.org)
- Nazzaro A.C., 2012, *Diritto all'immagine e logiche di mercato. Profili di diritto sportivo*, Napoli: Edizioni scientifiche italiane
- Palmieri A., *Tutela giurisdizionale dimidiata* in *Foro it.*, 2011, I, c. 2602
- Perlingieri P., 1972, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, Napoli: Jovene
- Pescatore V., *Corte costituzionale e risarcimento del danno da sanzione sportiva*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2012
- Piantoni G., 1999, *Lo sport tra agonismo, business e spettacolo*, Milano: Rizzoli
- Piantoni G., 2005, *Diritto allo stadio. Sport, costume e valori*, Milano: Vita e pensiero
- Piazza I., *Ordinamento sportivo e tutela degli associati: limiti e prospettive del nuovo equilibrio individuato dalla Corte costituzionale* in *Giur. it.*, 2012
- Pittalis M., 2019, *Sport e diritto*, Padova: Cedam
- Pittalis M., *Sport e diritto. L'attività sportiva fra performance e vita quotidiana*, Milano, 2022, II
- Prelati R., 2003, *La prestazione sportiva nell'autonomia dei privati*, Milano: Giuffrè
- Rende F., *Riforma dell'ordinamento sportivo e protezione dell'interesse del minore*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2021
- Rizzo N., *Note minime sull'uso dei principi costituzionali nel diritto dei contratti, rileggendo Dworkin e Hart*, in *Rivista di diritto civile*, 2019
- Rodotà S., 1969, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano: Giuffrè
- Romano V., *Ordinamento sportivo e risarcimento del danno: di giurisdizioni azzoppate, monstra logici e altre amenità dottrinali* in *Foro it.*, 2008, III
- Roppo V., *Stefano Rodotà, civilista e non civilista*, in *Pol. dir.*, 2017
- Sandulli P., 2018, *Principi e problematiche di giustizia sportiva*, Roma: Aracne
- Sandulli P., *Ancora in tema di legittimità costituzionale della giustizia sportiva* in *Rivista di diritto processuale*, 2020
- Sandulli P., *Discutendo intorno ai limiti della giustizia sportiva ed al vincolo di giustizia* in *Rivista di diritto ed economia dello sport*, 2017, 1
- Sandulli P., *In tema di risarcimento del danno derivante da un'ingiusta sanzione sportiva: tra vecchie questioni e nuovi profili di costituzionalità*, in *Rivista di diritto ed economia sportiva*, 2017, 3
- Sanino M., *Giustizia sportiva*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2016

- Sanino M., *Un ulteriore contributo in merito ai profili di giurisdizione in materia di giustizia sportiva, nota Cons. Stato 10 maggio 2018, n. 3036*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2018
- Santoro L., 2008, *Sport estremi e responsabilità*, Milano: Giuffrè
- Santoro L., *L'inserimento dello sport in Costituzione: prime osservazioni*, in *Diritto dello sport*, 2023, 2
- Santoro L., *La professione di agente sportivo nell'ordinamento italiano a confronto con la normativa federale e il diritto antitrust*, in *Europa dir. priv.*, 2018
- Santoro P., *A gamba tesa su De Coubertin: dall'illecito sportivo alla responsabilità civile, nota a App. Milano, 23 maggio 2007 e a Trib. Napoli, 28 settembre 2006*, in *Danno e responsabilità*, 2008
- Santoro, L., *Contrattualistica sportiva*, in G. Troina (cur.), *Argomenti di tecnica professionale* (pp. 303-356), 2010, Roma: Edizioni Nuova Cultura
- Scialoja A., voce *Responsabilità sportiva*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVII, Torino, 1999
- Scoca F.G., *I mezzi di tutela giurisdizionale sono soggetti alla discrezionalità del legislatore* in *Corr. giur.*, 2011
- Spada P., *Attività artistiche e sportive e diritto dell'impresa*, in *AIDA*, 1993
- Stalteri A., *Il Consiglio di Stato e la pregiudiziale sportiva attraverso l'art. 30 cod. proc. amm.* In *Responsabilità civile*, 2013
- Tassone B., *Sport estremi e responsabilità civile*, in *Danno e responsabilità*, 2002
- Torrisi A., *I contratti di sponsorizzazione sportiva, il rispetto delle regole federali e la distribuzione dei costi generati dal Covid-19*, in *Riv. dir. sport.*, 2020
- Torroni A., *Infortunio dell'atleta nel corso di un allenamento di pugilato: i diversi profili di responsabilità civile e la risarcibilità del danno morale*, *Rivista di diritto sportivo*, 2021
- Travan G., *Sport e responsabilità dell'atleta: una questione di antiggiuridicità o di colpevolezza?*, in *Giur. it.*, 2022
- Tulissi C., *Calcio professionistico e contrasto ai fenomeni di mobbing: a che punto siamo?*, in *Rivista di diritto ed economia dello sport.*, 2021, 2
- Turchini V., *Sanzioni disciplinari, risarcimento del danno e lealtà sportiva: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Rivista di diritto sportivo*, 2016
- Valenza C., *La responsabilità civile dell'atleta, degli insegnanti e degli istruttori*, in Battelli E., 2021, *Diritto privato dello sport*, Torino: Giappichelli
- Verde A., *Sul difficile rapporto tra ordinamento statale e ordinamento sportivo* in *Rivista di diritto sportivo*
- Vidiri G., *Le controversie sportive e il riparto di giurisdizione* in *Giustizia civile*, 2005, I.

Tommaso Gazzolo\*

“Anatomia di una caduta”. La dis-edipizzazione della testimonianza.

#### ABSTRACT

The essay offers a reflection starting from Justine Triet’s film *Anatomy of a Fall*, winner of the Palme d’Or at the 2023 Cannes Film Festival. In particular, the article analyses the role and function of testimony within the film, aiming to demonstrate how Triet critiques the “Oedipal” conception of seeing and having seen in relation to knowledge.

#### KEYWORDS

Testimony, Blindness, Oedipus, Truth, Law

#### INDICE

1. Dis-edipizzare l’Edipo. 2. Vulnerabilità tra norme e ragionamento. 3. Il ruolo delle emozioni della costruzione delle figure vulnerabili. 4. Il valore positivo della sensibilità nell’argomentazione. 5. La retorica per la vulnerabilità. 6. Alcune conclusioni

### 1. Dis-edipizzare l’Edipo

Se in *Anatomia di una caduta* si definisce una triangolazione – quella tra madre, padre e figlio – che non si è esitato a definire “edipica”<sup>1</sup>, occorre però cercare di capirne l’operazione essenziale, che è quella in realtà di *dis-edipizzare*, potremmo dire, non solo, come vedremo, il “familiare”, il rapporto tra i generi ed i sessi, e così via, ma, più in profondità, le procedure di verità, le forme di sapere che sono alla base delle nostre pratiche giuridiche e giudiziarie di formazione del “vero”. Per questo l’Edipo: perché, come aveva già osservato Foucault, la «veridizione edipica» costituisce il modello di quella procedura della ricerca della verità che, messa in luce dalla tragedia di Sofocle, definisce, ancora nella nostra società, i rapporti tra il diritto ed il “vero”, la verità intesa come accertamento di ciò che è *stato*<sup>2</sup>, ed è pertanto alla base della produzione di un certo *soggetto della conoscenza*, perché tale potrebbe costituirsi solo il “testimone”, colui che *ha visto*.

Chi conosce la verità, chi garantisce per essa, chi la esibisce nel processo, è chi ha veduto, ed è in grado di riferire ciò che ha visto. Dovremo, naturalmente, tornare in modo più preciso, su questi temi. Diciamo subito però che, se il film di Justine Triet ci chiama a ripercorrere questa “dis-edipizzazione” non solo dei ruoli familiari, ma della pratica giudiziaria stessa, lo fa proprio a partire da qui: dal rendere *cieco* il testimone, dal rompere la relazione tra la testimonianza e la vista. Tra il vedere ed il sapere – o meglio: tra un certo regime del vedere, nel suo collegamento, legame con la produzione di sapere (secondo la genealogia greca, che fa del sapere un vedere – ἰδεῖν, εἶδος, ἰδέα). Da questo punto di vista, Edipo è il nome di ciò che fa del sapere un aver visto - οἶδα, “io so”, è l’aoristo di ὀράω,

---

\* Professore associato di Filosofia del diritto, Università di Sassari, email: tgazzolo@uniss.it.

<sup>1</sup> Si veda anzitutto il commento Leguil 2024. Cfr., per l’Italia, anche La Fauci 2023.

<sup>2</sup> Le analisi di Foucault sull’*Edipo Re* ci accompagneranno lungo tutta la nostra riflessione. Sull’interpretazione della tragedia come “drammatizzazione del diritto”, Foucault è tornato, negli anni, più volte, a partire dal 1971. Indichiamo qui le tappe principali: Foucault 2015; Foucault 2017; Foucault 2021; Foucault 2013; Foucault 2009.

significa cioè “ho visto”: so perché l’ho visto, l’ho visto e dunque lo so, ed è questo legame che forma Οιδίπους<sup>3</sup>.

Ancora una precisazione, preliminare. Non dovremo in alcun modo aspettarci delle *corrispondenze* univoche tra il triangolo della tragedia – Edipo, Laio, Giocasta – e quello tra Sandra, Samuel e il loro figlio Daniel. Al contrario: proprio perché a saltare sono, anzitutto e visibilmente, i “generi”, i rapporti di genere, *chi* sia qui Edipo, è una domanda che non può porsi. Edipo è piuttosto qualcosa, una funzione, che circola tra i personaggi, è quel tipo di *sapere*, e di *potere*, che si tratterà di mettere in questione.

Certo, la *caduta* è quella di Samuel – che qui trova il proprio legame con Edipo, con il tiranno che una volta «chiamavamo nostro re», ed ora è destituito della sua regalità. *Anatomia di una caduta*, cioè, traduce la destituzione della sovranità di Edipo: è la *caduta* di Edipo, il suo cadere *dall’alto*, «dopo essere giunto in cima»<sup>4</sup>, esattamente come Samuel. Ed allora, ciò di cui si tratterà sarà la caduta dall’alto di Samuel, del padre: suicidio o omicidio che sia, essa indica però, anzitutto, la sua perdita di potere, la fine irreversibile di ogni potere del padre<sup>5</sup>. Del maschio, diremmo anche (non fosse che, a cadere, qui, sono proprio, anche, queste distinzioni di genere)<sup>6</sup>. La caduta di Samuel, l’anatomia di questa caduta, è la scomposizione della funzione paterna “classica”, la caduta del “padre edipico”.

## 2. Aleturgie

Torniamo, però, a quel che ci eravamo proposti di analizzare. Come anticipato, seguiremo per un tratto le riflessioni che Foucault ha dedicato alla storia di Edipo – all’*Edipo Re* di Sofocle – in relazione alla storia delle pratiche attraverso cui si definiscono certi ordini di verità, certi campi del sapere, certe procedure di accertamento del vero. In particolare, secondo Foucault, Edipo è la *drammatizzazione* della formazione del discorso e della logica giuridica che, a partire dalla cultura e dal diritto greco, ha definito una serie di *forme razionali della prova* e della dimostrazione che sono giunte sino a noi<sup>7</sup>. Come si è anticipato, questo ordine della prova sarà incentrato sull’importanza della testimonianza, di un rapporto privilegiato tra il sapere ed il vedere. Edipo stesso è «l’uomo del vedere, l’uomo dello sguardo, e lo sarà fino alla fine»<sup>8</sup>: è Edipo, infatti, colui che non smette di insistere su come egli abbia indagato, scoperto, visto con i suoi occhi. Non solo: come si vedrà, sarà

---

<sup>3</sup> Così Knox 1971: 127. Sul legame tra vedere e sapere nella cultura greca, cfr. Napolitano Valditara 1994; Aronadio 2021; Paquet 1973.

<sup>4</sup> Foucault 2017: 107, il quale traduce ἀκράτησας (*Edipo re*, 1523) con «tu che sei salito fino al vertice e che ora non hai più il potere».

<sup>5</sup> Ma – si noti – la caduta dall’alto è, nella tragedia, anche quella di Laio, del padre, il quale, colpito da Edipo, cade d’alto del suo carro, precipitando così al suo stesso livello. Cfr. Vernant 2001: 39. Il tema della caduta, inoltre, è immediatamente legato anche a quello della cecità – non solo perché nessuno, più del cieco, è esposto alla caduta, ma, soprattutto, perché la cecità è inscritta, in quella tradizione che lega sapere e vista, in una logica dell’errore, del peccato, di ciò che è dell’ordine della caduta intesa come trasgressione della natura e della verità (cfr. Derrida 2003: 23). Ciechi, in questo senso, sono coloro che *non vogliono* vedere o quanti credono di *poter vedere* ben più di quanto in realtà vedano – si pensi, esemplarmente, al tema della cecità nel *Nuovo Testamento*, ai farisei come “guide cieche”, alle parole di *Giovanni* 9, 39-41: «Siamo forse ciechi anche noi?. Gesù rispose loro: “Se foste ciechi, non avreste alcun peccato; ma siccome dite: Noi vediamo, il vostro peccato rimane». Che rapporto c’è, qui, tra questa logica della cecità e Daniel, il figlio? Egli forse è cieco perché *non vuole vedere*? O – al contrario – la sua corrispondenza è piuttosto con la cecità di Tiresia, accecato perché ha *visto ciò che non doveva*? Dovremo tornarvi sopra, nel corso del nostro testo.

<sup>6</sup> Vale la pena ricordare come, nella scena iniziale, quando Samuel costringe la moglie a interrompere l’intervista – e il piccolo *flirt* – in cui è impegnata, mettendo la musica a tutto volume, dovremo ricordare come, inizialmente, Justine Triet avesse pensato di inserire un brano, *Jolene* di Dolly Parton, in cui è una donna che ne scongiura un’altra, di non portarle via il suo uomo. Sarebbe stato Samuel, allora, a implorare Jolen/Zoe di lasciargli il suo “uomo”, Sandra: *Please don’t take him just because you can*.

<sup>7</sup> Foucault 2017: 114.

<sup>8</sup> Foucault 2017: 110.

soltanto la testimonianza a dire infine la verità nella tragedia – una verità che, in realtà, si conosce già, ma che solo i servi, in quanto testimoni, potranno realmente validare, *render vera*.

Come Foucault ricorda, questo ruolo del testimone è, ad esempio, ancora assente in Omero<sup>9</sup>. Nel libro XXIII dell'*Iliade*, si svolgono, in onore di Patroclo, una serie di giochi, tra cui la corsa dei carri. È Achille, viene detto, ad indicare la meta, lontano, nella pianura uniforme: «e invidio il divino Fenice, compagno d'arme del padre, perché sorvegliasse la corsa e riferisse la verità (ὡς μεμνέωτο δρόμους καὶ ἀληθείην ἀποείποι)». Fenice è inviato come σκοπός, “sentinella”, diremo, ma in quanto è colui che è incaricato di vigilare, di *osservare* quanto accade, che è lì apposta per *vedere*. Quando Antiloco arriva per primo, Menelao contesta la regolarità della corsa: lo accusa di aver commesso un'irregolarità, e chiede pertanto di essere decretato lui come vincitore. Ciò che Foucault nota, è che, qui, per stabilire la verità, come si sono svolti i fatti, nessuno si appella a colui che ha potuto *vedere* effettivamente le cose per come sono andate. Nessuno gli domanda alcunché. Questo “testimone”, cioè, non è affatto ascoltato come testimone. Non c'è qui “testimonianza”. La contesa è risolta in altro modo: Menelao sfida Antiloco a giurare di non avere commesso alcuna irregolarità: «Vieni qui, divino Antiloco, e secondo l'uso mettiti davanti al carro e ai cavalli, con in mano la frusta flessibile con cui poco fa li conducevi, e toccando le bestie giura – per Poseidone che scuote la terra – che non hai ostacolato il mio carro di tua volontà, con l'inganno». Menelao non giurerà, ed in tal modo la verità sarà accertata.

Non possiamo, qui, soffermarci sul senso di tale pratica, di questo giuramento che prova la verità attraverso una logica che è quella della sfida, dell'agone, all'interno di un ambito strettamente connesso alla sfera del religioso, del sacramento<sup>10</sup>. Quel che deve, invece, interessarci, è come, nell'*Edipo Re*, essa si ritrovi, invece, in quanto viene destituita di efficacia e di valore, e sostituita dalla testimonianza. Quando Edipo accusa, infatti, Creonte di aver tramato contro di lui, per prendere il potere, questi non reagisce chiedendo che a suo favore venga ascoltato chi lo può scagionare, chi può testimoniare della sua innocenza, ma impegnandosi in un giuramento, alla presenza di Edipo e di Giocasta: «che io non abbia mai bene, che io possa morire maledetto, se ti ho fatto qualcosa di ciò che mi accusi di fare» (*Edipo re*, 644-645)<sup>11</sup>. Giocasta interviene: chiede a Edipo di credergli, di rispettare il sacro giuramento di Creonte, ὄρκος. Anche il coro lo ripete: «rispetta quest'uomo», perché ora «un giuramento lo fa sacro». Se pertanto «Creonte risponde a Edipo secondo la vecchia formula della lite tra guerrieri»<sup>12</sup>, va tuttavia notato come Edipo, in realtà, respinga questa logica, in ultima istanza: a dire il vero, a dimostrare la verità, sarà infatti una pratica diversa, quella dell'*indagine*, dell'ascolto dei testimoni. Non c'è verità se non in quanto accertata attraverso un'indagine: πάντα γὰρ σκοπῶ λόγον (*Edipo re*, 291), dice Edipo, perché per lui si tratta essenzialmente di vedere, osservare, spiare da una posizione elevata, ma anche inferire, trarre conclusioni da ciò che si è visto. E' quello che egli rimprovera al coro, a proposito dell'omicidio di Laio: avreste dovuto indagare, dice, ma non lo avete fatto.

Questa logica *scopica* è ciò che instaura la serie di relazioni tra la vista, il vedere, l'accertamento della verità, di ciò che è stato, ma anche l'accecamento, il *non* vedere la verità stessa. Il dialogo con Tiresia sarà costruito proprio su questa linea. Tiresia è «cieco nelle orecchie, nella mente, negli occhi» (*Edipo re*, 371), e per questo non può *vedere* la verità, per questo la sua «arte profetica» non è affatto, per Edipo, in grado di dire ciò che è vero. Ma è Edipo, come Tiresia risponde, che vede, eppure è cieco, e che per questo presto vedrà le tenebre. Foucault ha, correttamente, insistito su come, qui, ad essere in questione è lo statuto della verità stessa, di ciò che *rende vera* la verità, che assicura, garantisce il dire il vero. Perché la *verità*, il vero, di per sé considerato, è a rigore detto sin da subito: sin dall'inizio della tragedia, cioè, ad Edipo viene detto come le cose sono andate, che cosa occorre fare per liberare Tebe dalla peste, chi è l'assassino di Laio. Il problema, però, è che a dire questa

<sup>9</sup> Foucault 2017: 99.

<sup>10</sup> Per una introduzione al tema, cfr. Calore 1998; Zuccotti 2000; Fiori 2013.

<sup>11</sup> Su tale passo – e per una corrispondenza con Euripide, *Ippolito*, 1030-1031, cfr. Konstantinidou 2014: 31.

<sup>12</sup> Foucault 2017: 100.

verità è una parola che ha uno statuto del tutto particolare: è la parola del dio, di Apollo, dell’oracolo che Creonte è stato incaricato di consultare, completata poi da quella di Tiresia, ossia la parola profetica. L’oracolo ha, infatti, ordinato di cacciare dalla città il colpevole del contagio, che quindi soggiorna ancora a Tebe, il quale è tale perché ha ucciso il re Laio: «il dio ora ci ingiunge chiaramente di punirne per nostra mano gli uccisori, quali che siano» (*Edipo re*, 106-107). Non dice chi è stato, certamente, ma sarà Tiresia, poco dopo, a completare ciò che manca: il «divino profeta, al quale soltanto è connaturata la verità» (*Edipo re*, 297-299), dirà a Edipo che è lui «l’empio che contamina questa terra», che lui è «l’uccisore di quell’uomo, che vai cercando». Tutta la verità è dunque già detta, è già presente, disvelata.

Ma – questo è qui il punto essenziale, per noi – a renderla ciò che è, a renderla vera, è un tipo di discorso, un ordine discorsivo, che non è quello “scopico”, “giudiziario”, diremmo anche, di Edipo. Tiresia dice il vero, τἀληθές, in quanto esso è connaturato in lui, è innato (ἐμπέφυκεν = φύσει ἔνεστι): la parola di Tiresia è *immediatamente* vera, nel senso che la sua verità non è mediata – e quindi costituita – da una serie di procedure, di criteri, che la rendono tale. La parola di Tiresia è parola la cui verità *accade* nel suo essere detta, pronunciata. Ciò che essa “testimonia”, in tal senso, non è tanto la verità di quel che è accaduto (nel passato), quanto la verità che sta accadendo e che inevitabilmente accadrà: Edipo scoprirà, infatti, di essere lui l’assassino di suo padre, e di aver giaciuto con la propria madre. Esattamente come l’oracolo, anche la profezia di Tiresia parla al *futuro*: φανήσεται, «si scoprirà che dei figli suoi è insieme fratello e padre, e della donna da cui nacque figlio e marito; e del padre consanguineo e uccisore» (*Edipo re*, 457-460). Foucault parla di una forma *prescrittiva* della verità<sup>13</sup>, e di una parola che si autorizza a parlare da sé – a differenza del testimone, che giuridicamente è invece *obbligato* a dire ciò che sa – e che è portatrice di per se stessa di autorità<sup>14</sup>. Forse si potrebbe dire, più propriamente, che si tratta di una parola che ha con la verità un rapporto essenzialmente *performativo*: se, come si è ricordato, essa è “vera”, e lo è perché la verità le è “connatura”, è perché qui il vero, la verità, non è dell’ordine di ciò che, accaduto nel passato, viene ora accertato, constatato, bensì dell’ordine di ciò che *accade* ora, di ciò che Tiresia, cieco, “vede” in quanto non si manifesta che nell’atto stesso della sua parola, avviene con esso e per suo tramite<sup>15</sup>. Per questo la parola di Tiresia, e di Apollo, è al *futuro*: perché dice il *farsi* della verità, il suo accadere nelle conseguenze che essa avrà.

Questa prima «produzione di verità», *veridizione*, aleturgia<sup>16</sup>, che avviene fin dall’inizio della tragedia, non è tuttavia accettata, convalidata, legittimata da Edipo, e dal coro, dall’assemblea del popolo, dall’istanza propriamente “giudiziaria” che ha il compito di scoprire la verità<sup>17</sup>. Il coro chiarisce i termini del problema: ἀλλ’ οὐποτ’ ἔγωγ’ ἄν, πρὶν ἴδοιμ’ ὀρθὸν ἔπος, μεμφομένων ἄν καταφαίην – il coro non può credere a Tiresia, «prima di vedere veridico il presagio», prima di verificare, di vedere *provato* ciò che egli dice (*Edipo re*, 504-506). Questo *vedere* implica uno spostamento, rispetto a quello proprio dell’oracolo: è un vedere che si iscrive, infatti, nell’ordine della prova rispetto a ciò che è accaduto, della ricostruzione del passato, e che avrà, pertanto, come pratica privilegiata, la testimonianza, e non la profezia.

<sup>13</sup> Foucault 2017: 101.

<sup>14</sup> Foucault 2013: 58.

<sup>15</sup> Ciò, del resto, è quanto Foucault riconosce e sottolinea in *Del governo dei viventi*: «Se la parola del dio è sempre veridica, vi è buona ragione: perché questa parola è al tempo stesso una potenza che enuncia e una potenza che pronuncia. Essa dice le cose e fa in modo che le cose accadano. Essa dice che stanno per accadere e lega gli uomini, le cose, l’avvenire in modo tale che non può non accadere. [...] La forza del vero dal lato della profezia è ciò che permette a qualcuno di vedere in anticipo ciò che accadrà, è la connaturalità tra il potere di dirlo e il potere di farlo accadere» (Foucault 2021: 46-47).

<sup>16</sup> Il termine *aleturgia* costituisce un neologismo introdotto da Foucault ed adottato da lui stabilmente a partire dal 1980. Foucault recupera l’aggettivo ἀληθουργής – attestato nel grammatico greco Eraclito – per forgiare la parola “aleturgia”, con la quale egli definisce «l’insieme delle procedure possibili, verbali o meno, con cui si porta alla luce ciò che si pone come vero in opposizione al falso, al nascosto, all’indicibile, all’imprevedibile, all’oblio» (Foucault 2021: 18-19).

<sup>17</sup> Foucault 2013: 55.

Fermiamoci, per un attimo, qui – passando nuovamente ad *Anatomia di una caduta*, al film di Triet. Ciò che occorre, infatti, sottolineare fin d’ora, è che nel film ci troveremo di fronte ad una situazione in cui il metodo “edipico” dell’indagine, della prova, ciò che costituisce la pratica giudiziaria per accertare e convalidare la verità, si trova, per così dire, messo in questione a partire da un’impossibilità di fondo: il testimone, l’unico che si trovava in casa – se non al momento della caduta di Samuel, nei momenti immediatamente precedenti –, è cieco. Non ha *visto* propriamente nulla. Il che significa, però, che la sua non può, per definizione, essere una testimonianza, se il testimone è ἰδόντα, colui che ha veduto (*Edipo re*, 293), che *sa* perché ha visto. Se Daniel sa qualcosa, se egli è portatore di un qualche *sapere*, di una “verità” che riguarda i suoi genitori e la caduta di Samuel, questa verità non sarà dell’ordine di ciò che ha veduto. Se sarà lui, infine, a *fare*, a stabilire, la verità, nel processo, ciò implicherà, per noi, un ripensamento, una messa in questione proprio del concetto di “testimonianza”, e della relazione tra processo e veridizione.

### 3. Vedere e dire

Questa considerazione ci permette di sottolineare, qui, un punto importante. Se – come stiamo sostenendo – nel film di Triet ad essere in questione è anzitutto il senso, il valore, ciò che significa “testimoniare”, il ruolo e lo statuto del testimone, il rapporto tra *vedere*, *dire* e *sapere*, ciò implica, credo, alcuni aspetti essenziali.

Il primo riguarda il rapporto tra cinema e diritto. Il cinema, infatti, funziona qui come ciò che *trasforma* l’articolazione di ciò che si vede, ciò che si dice e ciò che si può sapere (la verità) rispetto ai dispositivi propri del diritto. A partire, evidentemente, dal diverso modo che cinema e diritto hanno di pensare la relazione tra visibile e dicibile. Senza poter qui riflettere in generale sulle loro differenze, direi che, in *Anatomia di una caduta*, ciò di cui si tratta è di “dis-edipizzare”, come si è accennato, la logica *giuridica* della testimonianza. Ma ciò avviene a partire da essa, muovendo dal suo funzionamento, mettendola in scena – per questo il carattere giudiziario del film.

Da qui il secondo punto. Se dis-edipizzare la testimonianza significa criticarne, trasformarne il senso del suo rapporto con la verità, il suo essere una pratica di veridizione, bisognerà comunque mantenersi entro la distinzione essenziale tra *testimonianza* e *prova*. La verità, in questo senso, non dipende dal fatto che essa sarebbe dell’ordine di ciò che si può *vedere*: essa è resa possibile, infatti, solo dal suo poter *essere detta*. In altri termini: se il testimone è colui che *ha visto*, che sa in quanto ha visto, la sua testimonianza, tuttavia, dice il vero non in quanto lo mostra, ma in quanto si costituisce come testimonianza credibile, attendibile, veridica. È un punto che ha ben sottolineato Derrida: «essere testimoni consiste nel vedere, nell’intendere, ecc., ma *rendere* testimonianza è sempre parlare, tenere e assumere, firmare un discorso. Non si può rendere testimonianza senza un discorso»<sup>18</sup>.

Un primo paradosso costituisce, pertanto, il senso della testimonianza, del testimoniare. Perché, da una parte, c’è testimone solo se ed in quanto si presume che egli *abbia visto*: è lì, è convocato come testimone, proprio perché ha veduto, per ciò che i suoi occhi hanno visto, attestato. Dall’altra, però, c’è testimone perché non c’è “prova”, *evidence*, e-videnza – *evidens*, *Aussehen*, ciò che rimanda a quel che si vede e si lascia vedere in quanto immediatamente presente. C’è testimone, cioè, perché *non si può vedere*, perché ciò su cui la testimonianza verte non è (più) visibile – neppure per il testimone stesso. Per questo il testimone *parla*: perché egli *non vede* – non vede più – ciò di cui ora testimonia. Il testimone – come dirà Derrida – è sempre, pertanto, per definizione, cieco. Ogni testimone è un cieco, è affetto da cecità<sup>19</sup>. Di ciò che ha visto, non può che parlare. E parla perché non vede più, non vede nulla. Ciò, del resto, che il testimone dovrebbe garantire – ossia *l’aver visto*, l’essere stato lì, presente, il potere dire “sì, *io* ho visto” –, non può che garantirlo sulla *parola*: è cioè

<sup>18</sup> Derrida – Stiegler 1997: 104.. Per la riflessione di Derrida sulla testimonianza, cfr. anche Derrida 2004; Derrida 2001.

<sup>19</sup> Torneremo sul punto. Per una introduzione, si rimanda però sin d’ora a Alloa 2017; Vitale 2007.

solo il suo impegnarsi, con la parola, a *dire* ciò che ha visto, a costituirlo non, propriamente, come quel soggetto che ha visto, ma come quello che *dichiara* di aver visto. Non appena c'è testimonianza, in questo senso, non c'è più visibilità, non c'è più nulla che si possa vedere: c'è soltanto la parola, la dichiarazione, il dire.

Edipo, allora, è cieco proprio di fronte a questo punto cieco: non vede, cioè, che nessun testimone – né il messaggero di Corinto né il pastore del Citerone che viene fatto chiamare – è tale *perché* ha visto, perché era davvero lì, perché il suo sapere è fondato sul vedere. Esso è tale in quanto dichiara di avere visto, in quanto, cioè, il suo sapere – la sua veridicità, attendibilità, credibilità – è assicurato e garantito da ciò che egli *dice*. In questo senso il film di Triet è una riflessione sull'*acceciamento*, la quale dimostra anche che «un testimone, in quanto tale, è sempre cieco. La testimonianza sostituisce il racconto alla percezione, essa non può vedere, mostrare o parlare nello stesso tempo»<sup>20</sup>. Se dunque Daniel sarà il testimone decisivo del film, lo sarà proprio *in quanto* cieco, di una cecità che non è semplicemente contingente, giustificata dalle esigenze della narrazione, ma costitutiva del suo poter testimoniare. Ecco un primo gesto anti-edipico di Triet, dunque: quello di mostrare come la veridizione propria del testimone non implichi affatto, non rimandi ad una inseparabilità tra sapere e vedere, ad un “privilegio” del suo *sguardo*, dell’ “oculare”. Tutto il contrario: la testimonianza, e la sua relazione con il vero, la sua possibilità di fare la verità – su cui dovremo tornare –, non si costituisce se non in quanto, a venire a mancare, è proprio il vedere. Il testimone è un cieco: la verità di ciò che dice non potrà che essere assicurata dalla sua stessa parola, dal suo impegno, dalla fiducia accordatale.

#### 4. Evidenza

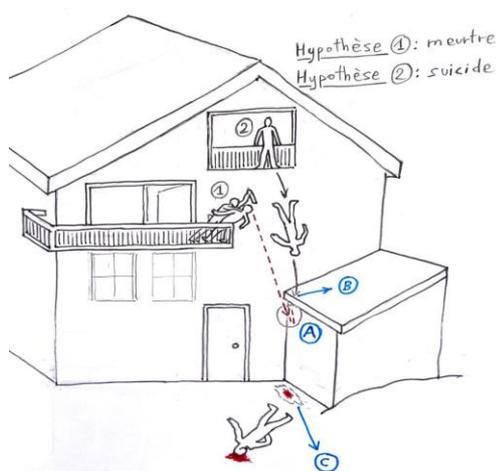
Come, con Derrida, abbiamo sottolineato, laddove c'è testimonianza, non c'è prova, *e-videnza* – e viceversa. Eppure, nel processo a Sandra, c'è – sembra esserci – un punto di svolta. È la registrazione ritrovata dalla polizia della lite che marito e moglie hanno avuto il giorno prima, e che è finita in un episodio di violenza, con urla e vetri rotti. Ma chi ha aggredito chi? Possiamo sentire solo le voci, i rumori. Triet, tuttavia, per un lungo tratto, ri-allinea presente e passato: attraverso un *flashback*, infatti, ci fa *vedere*, a noi spettatori, la scena così come si è svolta. Non solo, allora, ascoltiamo ciò che si sono detti Sandra e Samuel: *vediamo*, adesso, nel presente, quel che è accaduto quel giorno, come se accadesse proprio ora. Tempo del racconto e tempo della storia sembrano finalmente corrispondere: non siamo neppure “testimoni” di ciò che vediamo, ma solo spettatori, dal momento che ciò che vediamo sembra far prova di sé da se stesso – la sua evidenza è sufficiente a *provare* che quello che è stato, che le cose sono andate così come il filmato le mostra. Ma Triet prende un'altra strada: proprio nel momento in cui la registrazione sta per restituire, per attestare la violenza che è accaduta, torniamo nell'aula di tribunale. Siamo nuovamente nel tempo del racconto: come i giudici, gli avvocati, come Sandra e come Daniel, possiamo solo ascoltare i rumori, le urla, ma non vedere ciò a cui corrispondono, ciò che realmente è accaduto. Nuovo punto di cecità, dunque: non c'è mai *evidence*, “prova”, perché non c'è prova che possa rendere nuovamente *presente* il passato in quanto tale, per come esso è effettivamente stato.

Si potrebbe replicare: eppure, se Samuel avesse filmato, di nascosto, quella scena, se avessimo oggi, ora, il file video di quanto accaduto, esso ci farebbe *vedere* ciò che è veramente successo. Sarebbe una prova, una *e-videnza* che garantisce, assicura se stessa: vedere e sapere coinciderebbero perfettamente e *immediatamente*. Qui non ci sarebbe più bisogno di alcun testimone, perché, grazie al filmato registrato, la verità, il passato per come è stato presente, si manifesterebbe, nel presente, come tale. In realtà, ciò che Triet non cessa, nel corso del film, di riproporre, è che non c'è, mai, prova, *e-videnza*: ogni momento in cui, in *Anatomia di una caduta*, il *flashback* ci fa *vedere* il passato, rende *presente* ciò che è stato, lo fa sempre lasciando che qualcosa non torni, che di quel che vediamo

<sup>20</sup> Derrida 2003: 125.

sia sempre possibile *dubitare* – è davvero ciò che è stato, o è quel che chi lo racconta ricorda che sia stato, o, ancora, è quel che vogliamo o dobbiamo vedere rispetto ad esso? Basterebbe, a provarlo, una delle scene finali: quando Daniel testimonia dell'ultimo dialogo avuto con suo padre, Triet, ancora una volta, ci fa *vedere* la scena. Samuel parla al figlio, avvertendolo che il loro cane potrebbe morire quanto prima, e che Daniel deve imparare a prepararsi a tale eventualità, finché capiamo che ciò che Samuel sta dicendo del cane, Snoop, lo sta in realtà dicendo di se stesso, si sta congedando da suo figlio<sup>21</sup>. Ma, se vediamo Samuel che parla, la voce che esce dalla sua bocca è quella di Daniel, di cui stiamo ascoltando la testimonianza. Ed allora resta indecidibile, resta sottratto all'e-videnza, se davvero Samuel abbia parlato così a suo figlio, se questa scena sia mai accaduta.

Non è però solo il cinema che ci insegna, che ci ha insegnato, che l'immagine non garantisce mai la propria verità – che non c'è alcun potere di autenticazione, di auto-certificazione propria di essa. Il diritto non opera altrimenti: ogni riproduzione, registrazione, filmato, non entra nel processo



che in quanto è dell'ordine di ciò che può sempre essere contestato, iscritto nel contraddittorio tra le parti. Sempre se ne deve stabilire la verità – anche quando, come nel caso di una fotografia, o di un filmato, essa sembrerebbe doversi imporre *da se stessa*. La *percezione*, cioè, all'interno della formazione giudiziaria della verità, non è mai per definizione “evidente”, in quanto in grado di far vedere la verità, la verità di un evento passato, per come essa obiettivamente è. Non è un caso – come ha osservato Charles Goodwin – se la prova principale usata dalla difesa dei poliziotti nel caso del pestaggio di Rodney King sia stata proprio il video, il filmato esibito per provare la loro colpevolezza<sup>22</sup>. Anche ciò che si vede, infatti, richiede di essere interpretato, l'applicazione di uno “schema di

codifica”, la sua sequenziazione, l'introduzione di una cornice di riferimento in grado di contestualizzare l'accaduto, e così via. Il rapporto tra la verità e l'immagine, in altri termini, non è affatto trasparente – la tecnica non è, cioè, affatto in grado di restituire il passato per come esso è realmente stato una volta presente. È per questo che anche l'immagine, la “prova”, non passa, nel giudizio, senza la *testimonianza dell'esperto*, senza cioè essere interpretata, codificata, analizzata attraverso, ancora, l'ordine del discorso. È ciò che l'esperto dice, infatti, a organizzare il campo percettivo del giudice e della giuria, a guidare lo sguardo dello spettatore, a *dirgli* ciò che *può e non può* vedere: «facendo uso di uno schema di codifica per dare una coerenza agli eventi oggetti di studio, l'esperto insegna alla giuria in che modo guardare il nastro e in che modo cogliere gli eventi pertinenti al suo interno»<sup>23</sup>.

Per questo nel film di Triet, la “scena del crimine”, la sua ricostruzione, il suo essere stata filmata, fotografata, gli esperimenti giudiziari, non hanno di per sé nessuna e-videnza – sono due le osservazioni sperimentali, attraverso la riproduzione della situazione di fatto e la ripetizione delle sue modalità di svolgimento: il dialogo tra Samuel e Sandra avuto dai due poco prima della morte del marito, e la simulazione con un manichino delle possibili traiettorie della caduta di Samuel<sup>24</sup> (ve ne sarà una terza, in realtà, su cui a breve torneremo). Del resto, esse non entrano nel processo se non in

<sup>21</sup> «Tu te rends compte ce que c'est sa vie? C'est pas juste ton chien, il doit comprendre ce que tu veux, il doit prévoir tes mouvements ou ce qui pourrait te mettre en danger, il passe sa vie à deviner tout ce que t'as besoin, à penser à tout ce que tu vois pas. Peut-être qu'il est fatigué de s'occuper toujours des autres, peut-être qu'à un moment il en pourra plus. [...] Quand il devra partir, il partira, et ce sera comme ça. Tu devrais peut-être te préparer. Ce sera dur mais ce sera pas la fin de ta vie».

<sup>22</sup> Goodwin 2003: 37.

<sup>23</sup> Goodwin 2003: 50.

<sup>24</sup> L'illustrazione è tratta dalla sceneggiatura ufficiale del film, disponibile all'indirizzo <https://deadline.com/wp-content/uploads/2023/12/Anatomy-Of-A-Fall-Read-The-Screenplay.pdf> (ultima consultazione: 1 aprile 2014).

quanto presentate, organizzate, commentate, dal discorso degli esperti. Anche in tal caso, la capacità di *vedere* cosa le fotografie effettivamente mostrano non è presupposta nello spettatore, non è «situata nelle menti degli individui»<sup>25</sup>. È ciò che gli esperti sono in grado di vedere e far vedere, ad essere determinante. La *visione* viene così ricondotta, riportata, re-inscritta nella testimonianza, in ciò che gli esperti *dicono*.

## 5. Accecamento

Come nell'*Edipo re*, anche nel film di Triet, dunque, ad essere decisiva, a poter dire, convalidare, stabilire la verità, potrà essere, infine, solo la testimonianza – salvo che si tratterà, nel caso di Triet, di assumerla proprio per poterla dis-edipizzare, sganciare dalla logica “edipica” che la caratterizza. Nella tragedia di Sofocle, la verità sarà infine, finalmente, riconosciuta dopo la testimonianza dei due servi: il messaggero che da Corinto annuncia a Edipo che Polibio è morto, e che non era in realtà suo padre, ed il pastore del Citerone che rivela di esser stato lui a consegnare al primo quel figlio di Laio e Giocasta che aveva avuto il compito di ucciderlo sul monte. Foucault ha ragione ad osservare come, qui, la verità sia davvero costruita «nella forma dell’interrogatorio dei testimoni» oculari da parte di Edipo, testimoni che vengono *obbligati* a dire ciò che sanno, e che lo sanno in quanto lo hanno veduto, in prima persona<sup>26</sup>. Questo è lo spostamento decisivo: la tragedia di Sofocle determina, definisce lo spostamento da un modo di enunciare e verificare la verità ad un altro, dall’oracolo, dalla profezia, all’ordine retrospettivo della testimonianza.

Nel caso dell'*Edipo re*, come abbiamo più volte sottolineato, questa nuova formulazione della verità, ed il suo valore, dipende da quel dispositivo che fa coincidere, che identifica il sapere ed il vedere, il vero con l’*aver visto*: i testimoni fanno *luce* sulla verità, la rendono visibile, in quanto rendono testimonianza del fatto che tutto ciò che dicono lo hanno visto o fatto di persona, che essi erano lì, presenti, che la loro parola è vera *in quanto* attesta, e così restituisce, rende nuovamente presente, il passato per come esso è accaduto.

La dis-edipizzazione della testimonianza, che Triet realizza, muove proprio da qui: non è l’aver visto, non è la possibilità di restituire il passato per come lo si è visto, a costituire la testimonianza, la quale è sempre – e non solo nel caso esemplare di Daniel – testimonianza di cieco. Nella testimonianza, cioè, non solo la verità dipende dal dire, e non dal vedere o dall’aver visto, ma essa si fonda proprio sull’impossibilità di vedere, sulla “cecità” che è propria di ogni testimone. Ne abbiamo già definito il paradosso costitutivo, che ora possiamo riprendere sotto un altro aspetto. Pensare che la testimonianza sia *fondata* sull’*aver visto* – pensare, cioè, che sia il fatto di aver visto a *dare ragione* di ciò che il testimone si impegna a dire –, implica necessariamente l’idea che una testimonianza sia “vera” quando ciò che il testimone dice di aver visto *corrisponda* a quanto egli ha effettivamente veduto. Ma ciò sarebbe possibile se e solo se vi fosse modo di verificare quanto il testimone ha visto. Il che non solo è impossibile, ma è contraddittorio: se c’è testimone, infatti, è *proprio* perché l’evento, come tale, è sottratto ad ogni possibilità di esser visto, di essere accertato attraverso la vista, lo sguardo. Accertamento impossibile, sia da parte di un “terzo”, che potrebbe così garantire che ciò che è testimoniato “corrisponda” o meno al vero, sia da parte del testimone stesso, il quale non può *vedere* *ciò che ha visto*, ma può solo ricordarlo, e riferirne. Vero e falso, come tali, non si predicano di una testimonianza – perlomeno finché li intendiamo a partire da una concezione “corrispondentista” della verità. Una falsa testimonianza non è lo stesso di una testimonianza falsa, ed una testimonianza non è mai “vera”, ma, al limite, veridica, affidabile, credibile.

È in questo punto che, nel film, avviene la seconda dis-edipizzazione della testimonianza, perché ciò che Triet cerca di fare, è di non rinunciare al rapporto, al legame, tra testimonianza e verità. Si tratterà, però, di pensare la verità non come la *corrispondenza* tra le parole e le cose, come ciò che

<sup>25</sup> Goodwin 2003: 60.

<sup>26</sup> Foucault 2013: 72.

sarebbe proprio dell'enunciato in quanto ciò che dice corrisponde alla realtà così come essa è o è stata. Riprendiamo una delle scene finali del film, quella del dialogo tra Marge e Daniel. Daniel ha appena avvelenato il proprio cane dandogli dell'aspirina, per vedere se la sua reazione corrisponde a quella che Sandra ha detto aver avuto il marito. È un tentativo di *esperimento* – di costringere, cioè, il passato a ri-presentarsi, a rendersi nuovamente visibile allo sguardo di Daniel. Sguardo cieco, sappiamo. Ma cieco perché, anzitutto, il passato, come tale, non può mai tornare ad essere presente. È stata un'illusione di Daniel – l'illusione propriamente *edipica* di poter *vedere* la verità, anziché dirla. Per questo egli cerca in Marge un aiuto. Quando la verità manca di qualcosa – dice Marge –, la sola cosa che si può fare è decidere (*la seule chose qu'on peut faire c'est décider*). Non c'è altra strada, ripete: *Pour sortir du doute, on est parfois obligé de décider de basculer d'un côté plutôt que de l'autre*. Daniel è perplesso, non capisce. Marge insiste: non si può *credere* allo stesso tempo a due verità tra loro in contraddizione. Occorre scegliere. È a quel punto che Daniel chiede: *Il faut inventer qu'on est sûr, c'est ça?* Bisognerebbe inventarsi ciò di cui si è sicuri – nella versione italiana, la domanda è resa con: “occorre cioè credere di essere sicuri?”. E quando Marge risponde che, in un certo senso, è così, Daniel conclude che quindi deve fingere, deve fare finta di essere sicuro di ciò che dice, di saperlo (*j'dois faire semblant?*). Sì, ma solo in un certo senso, dice Marge: si tratta piuttosto di fare in modo, di *decidere di credere* a una verità (*que tu te fasses croire à une certaine vérité* (qui la versione italiana traduce più liberamente: “Ah no, ti ho detto di decidere, non è la stessa cosa”).

Bisogna cercare di capire la differenza che Marge tenta di introdurre tra il *fingere* di essere sicuri e il *decidere* di esserlo – tra l'assumere, cioè, una credenza sapendo di non crederci, di non poterci credere del tutto, e invece il decidere di credere in essa. Tale differenza non si spiega come se si trattasse di opporre, di separare il sapere dalla credenza, dal credere. Per un testimone, “Io so”, infatti, non significa altro che “io sono sicuro”, “credo in ciò che dico”, “credo di sapere” – non si riferisce affatto, cioè, a uno *stato di cose*, ma ad uno stato soggettivo. Ammesso che un testimone possa mai giungere a “sapere” qualcosa, ad essere “certo” di ciò che dice di aver visto, ciò non vorrebbe significare altro se non che egli è sicuro su ciò in cui *crede*. Ciò che Marge tenta di suggerire a Daniel, allora, è anzitutto questo: il suo sapere, la sua possibilità di dire “io so”, “io sono sicuro”, deve anzitutto liberarsi dall'illusione “edipica” che quel sapere sia tale perché corrisponde a ciò che Daniel effettivamente ha visto, o allo stato di cose, alla realtà così come essa era<sup>27</sup>. Il problema sarà allora trasformato, spostato, e consisterà in questo: nel prendere coscienza che, ad una verità, alla propria verità, il testimone può soltanto crederci. Questo è ciò che dice Marge: *que tu te fasses croire à une certaine vérité*, significa: è inutile che ti ostini a cercare di capire *se sai* ciò che hai visto, o se soltanto *credi* di saperlo, è perfettamente inutile che cerchi da qualche parte qualcosa che ti permetta di distinguere, di separare queste due ipotesi, perché esse sono la stessa – per citare ancora Wittgenstein: se è a te stesso che dici di sapere qualcosa, non dici altro se non che sei certo che le cose stanno così, e la certezza è per definizione “soggettiva”. Marge non dice, si noti, che non c'è verità: anzi, è proprio ad una *certaine vérité*, ad una qualche verità che si tratterà di credere. È, cioè, chiaro che ella non sia suggerendo affatto a Daniel di “fingere” di credere – che vorrebbe dire: di credere non in una verità, ma in ciò di cui egli sarebbe certo che non è vero, che non potrebbe dirlo vero. Piuttosto, si tratta di un atto: di decidere, di scegliere, di assumere fino in fondo il fatto che la verità a cui Daniel crederà, infine, non potrà mai essere garantita, assicurata, trovare un “fondamento”, se non dalla parola di Daniel stesso, dal suo impegno a restare fedele alla propria credenza. È inutile che Daniel cerchi di replicare, sul proprio cane, il tentativo di suicidio che Sandra dice che Samuel avrebbe compiuto; è inutile che Daniel chieda a Marge cosa *lei* pensi, creda. Né i “fatti”, né la parola degli altri, potranno *render vero* ciò a cui Daniel deciderà di credere. Solo lui stesso può farlo: ma non – come Edipo –

<sup>27</sup> È esattamente questa concezione, che chiamiamo “edipica”, che viene bene riassunta, per poi criticarla, da Wittgenstein, *Della certezza*, §90: «“Io so” ha un significato primitivo, simile a quello di “Io vedo”, e imparentato con esso (“Wissen”, “vedere”). [...] “Io so” deve esprimere una relazione, non già tra me e il senso d'una proposizione (come “io credo”), ma tra me e un dato di fatto» (Wittgenstein 1999: 17).

perché attraverso un “indagine” egli possa rendersi conto di persona, “vedere” finalmente la realtà per come è, bensì perché saprà rimanere fedele alla propria decisione, alla propria credenza.

Dis-edipizzare la testimonianza, in tal senso, non può non implicare anche una dis-edipizzazione della verità. Come si è notato, il testimone non dice il “vero” in quanto le sue parole *corrispondono* effettivamente alla realtà, alle cose come sono accadute. L’*aleturgia* edipica fallisce, perché il testimone, il rendere testimonianza, si rivela, alla fine, una procedura di veri-dizione molto più vicina, potremmo dire, a quella di Tiresia di quanto Edipo pretendesse. Anche la parola del testimone, infatti, “dice” il vero non perché abbia “visto” la verità, ma in quanto la *fa accadere*. Certo, essa resta rivolta al passato, si iscrive in un movimento “retrospettivo”, in una verità che riguarda ciò che è stato: ma essa è tale non perché saprebbe e potrebbe rendere nuovamente *presente* il passato per come è stato, “restituirlo” per come è accaduto, bensì perché *de-cide* il passato stesso, ne dice, e così ne fa accadere, la verità, una volta per tutte, in tal modo *separandolo* dal presente e dal futuro, come ciò che non può più non essere stato.

## 6. Il sopravvissuto

Che tipo di testimone è Daniel? C’è un aspetto che va notato. La testimonianza di Daniel – l’unica volta in cui egli viene ascoltato dal tribunale – non verte affatto su ciò che dovremmo aspettarci, ossia su ciò che egli ha sentito, in quanto *era presente* sulla scena. Daniel non è chiamato a parlare, e comunque non parla, di quel che di persona ha udito – ossia il presunto litigio dei suoi genitori poco prima della morte di Samuel. Ciò di cui renderà testimonianza, sarà il suo “ricordo” di quella conversazione con Samuel a proposito di Snoop. Del resto, Daniel non è certo un “testimone” nel senso del *testis*, del “terzo” che avrebbe assistito ad un affare, ad una vicenda cui sono interessati due personaggi, due estranei. In quanto presunto “terzo”, chiamato ad attestare ciò che ha “visto” o sentito, egli non avrebbe, ovviamente, alcuna credibilità: quello tra Sandra e Samuel è un affare che non potrebbe essere più *suo* di così, rispetto a cui non potrebbe non essere parte in causa. Daniel è un testimone nel senso che è un “sopravvissuto”, *superstes*: è colui che “sussiste al di là...” dell’evento – ed il termine significa proprio questo, si riferisce non solo all’ «essere sopravvissuto a una disgrazia, alla morte», ma anche «aver attraversato un evento qualsiasi e sussistere *al di là* di questo evento»<sup>28</sup>. È interessante che il cinema non abbia smesso di interrogare questi due modi di pensare il senso del testimoniare – e di de-costruirne così il significato “giuridico”, o meglio ancora “edipico”, che invece la pensa a partire dal suo far riferimento al *testis*, al testimone come “terzo”, autorità imparziale che interviene a garantire la verità – a partire dal sopravvivere.

Si potrebbe dire che, con il recente *La zona d’interesse*, di Jonathan Glazer – peraltro interpretato dalla stessa attrice, Sandra Hüller –, *Anatomia di una caduta* costituisca una doppia interrogazione, una riflessione sul senso del testimone come “sopravvissuto”. E se in Glazer non c’è testimonianza se non in quanto *impossibile*, perché il “vero” testimone è un testimone *mancante*<sup>29</sup> – era già l’intuizione di Claude Lanzmann<sup>30</sup> –, in Triet il testimone è un “sopravvissuto” nel senso che è colui che è chiamato a decidere della propria sopravvivenza, della sua vita *al di là* di un evento che, ormai, l’ha segnata per sempre. È questo che Samuel dice a Daniel (o che Daniel fa dire al proprio padre): io morirò, ma *Tu devrais peut-être te préparer. Ce sera dur mais ce sera pas la fin de ta vie*. Non è

<sup>28</sup> Benveniste 2001: 494-495.

<sup>29</sup> Sul punto, si veda Agamben 2018.

<sup>30</sup> Come Derrida aveva, a suo tempo, osservato, in Lanzmann la Shoah «appare sparendo», e questa «assenza di immagini dirette o ricostruite di ciò che “questo” è stato, ciò di cui si parla, ci mette in rapporto con gli avvenimenti della Shoah, cioè con l’irrappresentabile stesso. Mentre tutti i film, al di là delle loro qualità o dei loro difetti, d’altra parte – non è questo il problema –, che hanno rappresentato lo sterminio, possono metterci in rapporto soltanto con qualcosa di riproducibile, di ricostruibile, ossia con ciò che non è la Shoah. Questa riproducibilità è un terribile indebolimento dell’intensità della memoria. La Shoah deve restare contemporaneamente nel “questo ha avuto luogo” e nell’impossibile che “questo” abbia avuto luogo e sia rappresentabile» (Derrida 2020).

la fine della tua vita: è di questo che Daniel testimonia, nel senso che è rispetto ad essa che egli decide di essere un sopravvissuto, di vivere ancora, al di là di questa fine, di questa morte di suo padre. Ed è per vivere che scagiona, rende innocente sua madre: per avere ancora lei, almeno lei, nella sua vita.

Ma Daniel testimonia, come “sopravvissuto”, anche nel senso indicato da quello che Agamben ha chiamato il «paradosso di Levi»<sup>31</sup>, riferendosi all’idea che il *superstite*, il sopravvissuto, non può che testimoniare *per un altro*, per quel “vero” testimone dell’evento che – tuttavia – non c’è, non può (non ha mai potuto) parlare. Anche Daniel testimonia, infatti, *per suo padre* – la scena che abbiamo già citato lo mostra chiaramente: attraverso la sua testimonianza, Daniel fa parlare, *presta la voce* a Samuel, parlando, come si è detto, “al suo posto” ma anche “in suo favore”. Se, infatti, la testimonianza di Daniel serve a scagionare la madre, essa lo fa “redimendo”, diremo, la vita di suo padre – “salvandone” la morte, facendo di essa il lascito di Samuel a Daniel, qualcosa da ereditare. Ancora Agamben, ha ricordato come testimone, in latino, si dica anche *auctor*, in quanto la sua testimonianza interviene sempre a partire da qualcosa che la precede, al fine di *convalidarla*, certificarla, ma anche integrarla, in quanto porta a compimento, realizza, fa valere ciò che ad essa manca, rispetto cui è insufficiente<sup>32</sup>. Daniel fa esattamente questo: sopravvissuto a suo padre, egli parla “al suo posto”, rendendogli possibile parlare al figlio stesso, trasmettendo a quest’ultimo un messaggio, un’eredità, un lascito, che altrimenti sarebbe stato incapace di dire, che era nell’*impossibilità* stessa di dire.

Ma perché questa impossibilità – che è poi l’impossibilità per Samuel di *lasciar posto* al proprio figlio, di fargli capire che la fine della vita di suo padre non sarà la fine della sua vita, ma, in un certo senso, la sua stessa *condizione* (se è vero che un figlio è tale proprio e alla condizione in cui contribuisca al morire dei suoi genitori, compia quell’ “omicidio amorevole” che è il parricidio<sup>33</sup>)? Triet procede, qui, per allusioni, riferimenti indiretti – perché, in fondo, è proprio la verità di quel rapporto il vero punto “cieco” di questa anatomia di una “caduta” del padre edipico, è ciò su cui non sappiamo, non sapremo mai la realtà. Sarà Daniel, come detto, a farla accadere, a *realizzarla*, compiendola. Ma prima che Daniel de-cida di ereditare comunque, sopravvivendogli, una verità da suo padre, quest’ultima resta in ombra. Certo è che i suoi genitori non potrebbero *dirla*: quando ne discutono, nell’unico caso in cui ne discutono, infatti, essa gli sfugge – e necessariamente, dal momento che Samuel e Sandra non possono parlare *del* proprio figlio, dal momento che ciò su cui discutono è la condizione per parlarne, è cioè la lingua a cui ricorrere per rivolgersi a Daniel, è la lingua che dovrebbe tenere unita la loro famiglia. Ma è questa lingua, come sappiamo, che non c’è. Non è un caso se Sandra e Samuel parlano tra loro in inglese – una lingua che non è di nessuno dei due: non di Sandra, a rigore, la quale è tedesca e nell’inglese vede una lingua “di mezzo”, di compromesso, di negoziazione con il marito, francese (*we create a middle ground. That’s what English is for, it’s our meeting point*); non di Samuel, il quale rimprovera a Sandra di essersi in realtà “appropriata” dell’inglese, di averlo fatto la *propria* lingua, e di imporla così a lui e Daniel: *you even impose the language! Even when it comes to language, I’m the one meeting you on your turf: We speak English at home when Daniel should only hear French.*

È in questa impossibilità di appropriarsi di una lingua “comune”, di potersi, pertanto, davvero parlare, riconoscere nelle parole dell’altro, che è a Daniel stesso che viene tolta la parola, che egli sembra essere privato di una lingua: *Daniel hears you speak in a language that has nothing to do with his life. And you imposed this on him*, accusa ancora Samuel, mentre Sandra replica che Daniel non ha nulla a che fare con tutto questo. Replica, più correttamente, che non c’è alcuna “posizione” che Daniel abbia mai preso, che tutto ciò che Daniel dice, lo dice per “compiacere” i suoi genitori: *Kids want to please their parents. Daniel’s telling you what you want to hear!! He can feel your guilt, and he wants to reassure you. You’ve never stopped feeling guilty about him.* Doppia impossibilità di prendere la parola, dunque, per Daniel: da una parte, a causa del suo essere costretto a parlare una

<sup>31</sup> Agamben 2018: 818.

<sup>32</sup> Agamben 2018: 866.

<sup>33</sup> Così, di recente, Odgen 2021: 138.

lingua non “sua” (lingua che sua madre gli impone, ma che non è la lingua di sua madre, è una lingua di cui ci può “appropriare” solo in quanto non è la propria, solo in quanto essa si appropria del nostro modo di vivere, di parlare); dall’altra, a causa del senso di colpa del padre nei suoi confronti, che lo costringe a non poter far altro che dire ciò che il padre vuole sentirsi dire, e dunque a pronunciare parole che non sono le “sue”, ma quelle di Samuel stesso.

È allora solo nel rendere testimonianza che Daniel *prende*, finalmente, la parola: il suo testimoniare non consiste, cioè, semplicemente in ciò che egli dice, ma nel *fatto* stesso di dirlo, nell’*aver luogo* della parola stessa come parola che, ora, è quella di Daniel, e non dei suoi genitori. Per questo la sua testimonianza è insieme un *omicidio amorevole* sia di Sandra che di Samuel: perché di fronte a Sandra, Daniel prende la parola in francese, in quel francese che – scopriamo – è in fondo la *sua* lingua, è la lingua in cui egli ora si riconosce, dimostrando così di rifiutare l’imposizione, da parte della madre, dell’inglese; ed *al posto* di Samuel, prendendo la parola ora che il padre non c’è più, Daniel fa parlare il padre, gli presta la propria voce, ma non più per ripetere quel che egli voleva sentirsi dire dal figlio, bensì per far dire al figlio ciò che il padre non ha mai potuto dirgli, che non era capace di dirgli, che gli era impossibile dire<sup>34</sup>. Così Daniel sopravvive, facendosi testimone: facendo, cioè, accadere finalmente la propria parola, sopravvivendo al di là di quei giorni, di quel tempo cui gli era impossibile parlare. Prendendo la parola in francese, egli non si limita a dire ciò che dice in quella lingua, ma fa accadere quella parola come la sua, testimonia il fatto di parlare in francese – ed è questa *performatività*<sup>35</sup>, che torna ancora una volta, ad impegnarlo a sopravvivere ai suoi genitori, a entrambi, alle loro impotenze, imposizioni e colpe.

## 7. La funzione “Edipo”.

Sarebbe ovviamente privo di senso pensare che il film di Triet si inserisca all’interno del “genere” o del registro della tragedia – e voler stabilire a partire da qui le corrispondenze con Sofocle, con l’*Edipo Re*, di cui pure abbiamo parlato. Non che esse non vi siano. Ma non è mai questo a contare. Edipo, a rigore, non c’è neppure, nel senso che nessuno dei personaggi di Triet è o “rappresenta” Edipo, o Giocasta, o Tiresia. Siamo al di là della rappresentazione. Edipo è, piuttosto, una funzione, come si è detto, la quale “circola” all’interno di un triangolo – quello tra Samuel, Sandra e Daniel – che non giunge mai a strutturare. Anzi: il triangolo ha come scopo proprio quello di riuscire a liberarsi di questa funzione, la quale – come si è insistito – non va qui intesa nel senso che ha ricevuto dalla tradizione psicoanalitica (“Edipo”, qui, non indica affatto ciò che determina i vettori del desiderio), ma nel suo significato propriamente giuridico-giudiziario: Edipo è una funzione “scopica”, funzione dell’occhio, *in quanto* funzione di sapere, di veri-dizione. Se “circola” tra i personaggi, è perché il film cerca di fare i conti, e di smontare, diremmo, questa epistemologia: l’idea per la quale *sapere è vedere*, o aver visto, e la verità è e-videnza, è suo il farsi presente, rendersi visibile. Per questo tutto il film di Triet induce lo spettatore, fino alla fine, a seguirlo attraverso questa prospettiva: che manchi qualcosa, che manchi ancora qualcosa affinché la verità possa finalmente essere scoperta – e che questa mancanza dipenda da ciò che ancora non stiamo vedendo, da ciò che Triet non ci sta facendo vedere. La cecità di Daniel ha pertanto senza dubbio un carattere *edipico*: per lo spettatore, essa sembra naturalmente simboleggiare questo genere di mancanza, il fatto che Daniel non può sapere la verità sulla morte del padre *perché*, in quanto non può vedere<sup>36</sup>. Come abbiamo notato, è esattamente

<sup>34</sup> Che Daniel uccida, in fondo, suo padre, che ne de-cida, cioè, la morte, è chiaro anche dall’identificazione tra Samuel e il cane Snoop. Essa è stabilita chiaramente quando Samuel, finalmente, parla con il figlio (e con la voce del figlio), e per parlare di sé parla del cane. Il suo aspetto “sinistro”, però, si avverte quando Daniel, per dimostrare che il padre ha tentato una volta al suicidio, non esita ad avvelenare il cane, a *ripetere* sul cane ciò che il padre avrebbe fatto.

<sup>35</sup> Sul punto, cfr. Derrida 1997: 70-71.

<sup>36</sup> Cfr. quanto Triet stessa dice: «Oui, pour moi Daniel malvoyant incarne l’idée de cette zone de manque» (in <https://roadtocoine.ma/index.php/2023/08/23/anatomie-dune-chute-par-justine-triet-travail-chirurgical-intimite-dun-couple-au-scalpel/>).

di questo tipo di “cecità” come *manca*za, *privazione* della vista e, perciò, di sapere che Daniel si libererà, infine, rendendo testimonianza, facendosi testimone – e trasformando, così, il senso stesso del testimoniare: non il dire ciò che si sa o si crede di sapere, ma il parlare in quanto superstite.

Fermiamoci ancora, per un attimo, su questo punto, sulla “dis-edipizzazione” del testimone, del senso del testimoniare, proprio della tradizione giuridica. *Et j’insiste, personne ne devra le questionner sur son témoignage*: Daniel non è un testimone tra gli altri, ma è l’unico testimone – e si tratterà allora, per il Tribunale, di assicurarne con ogni mezzo possibile una presunta “imparzialità”, “neutralità” che, ovviamente, non può avere. Come potrebbe non essere *parte*, dove si tratta della morte di suo padre, di cui ad essere imputata è sua madre? Non solo: Daniel è un testimone che non ha in realtà visto nulla – né avrebbe potuto vedere nulla. Per quale ragione allora la sua testimonianza è considerata da tutti così importante – se essa, peraltro, dovrebbe vertere su un episodio, quello del presunto litigio dei suoi genitori, per il quale ciò che egli ha detto è già stato smentito, confutato, ed egli ha dovuto ammettere di essersi sbagliato?

Non potrebbe esser più chiara di così, Triet, nel farci capire che non si tratterà di pensare Daniel come un *testis*, colui che ha assistito come “terzo” ad un evento rispetto al quale potrà dire “io ho visto”, “ho visto di persona ciò che è successo”. Il senso della testimonianza è tutt’altro: il testimone è tale perché è un superstite, un sopravvissuto, *superstes*, il quale non ha visto nulla, non ha mai veduto alcunché. Non testimonia, cioè, perché *ha visto*: testimonia per prendere la parola, per *far accadere* la sua stessa possibilità di parlare, di *dire*. E questo dire è certamente legato alla verità, è una veri-dizione. Ma dove “vero” non è più, semplicemente, il corrispondere di ciò che Daniel dice alla “realtà” dei fatti che ricorda, bensì il *rendere vero*, il realizzare la verità del rapporto con i suoi genitori, del suo poter essere figlio. Questa verità non implica l’aver visto, ma una cecità, un accecamento essenziale: chi testimonia, chi prende la parola per far avvenire la verità, lo fa in quanto cieco, perché la verità non si può vedere, non è qualcosa dell’ordine di ciò che viene alla presenza, ma è ciò per cui si può solo impegnare, de-cidere, e restare fedeli a tale decisione.

Così Daniel “rovescia” Edipo. Perché Edipo è colui che nutre solo disprezzo per lo “sguardo” cieco del profeta, di Tiresia, di colui per il quale il vero, la verità, non è ciò che si vede, non è dell’ordine di ciò che la parola potrebbe constatare, accertare, all’esito di un’indagine, di un esame, ma – si è già insistito – di quanto la parola fa accadere. Ed Edipo si acceca proprio quando questa verità è accaduta, ed è accaduta a lui. Con la sua testimonianza, Daniel inverte questa logica: è proprio perché cieco che egli può testimoniare, è perché la verità non si *vede* né può essere vista che essa è qualcosa che accade, che si *fa*. Essere “privi” della vista, cioè, non significa più essere privi di sapere – al contrario: essa è la condizione, in Daniel, di un “sapere” che è divenuto realmente “incontrovertibile”, saldo, perché non consiste in un atto di conoscenza, intesa come “corrispondenza” rispetto ad un oggetto ad essa dato, ed esterno, ma nella capacità di rendersi fedeli ad una decisione. Per Edipo, la cecità è pertanto *privazione*, è il suo gesto di privarsi di quella capacità di vedere che – come egli ha sempre creduto – rispecchia ciò che lui è, più di ogni altro: l’indagatore, lo spirito chiaroveggente, colui che sa perché capace di mettere in luce, di vedere (ἐγὼ φανῶ è l’espressione che più caratterizza Edipo: “io farò luce”, renderò chiare le cose, le porterò alla presenza, le costringerò a rendersi visibili<sup>37</sup>).

Per Daniel, si tratta di tutt’altro: se in lui è assente la vista, non significa che ciò vada inteso come una privazione. È una concezione “spinoziana” della cecità, potremmo dire: essa non è privazione, quanto piuttosto negazione. Quando diciamo che un cieco è “privato” della vista, è solo perché «siamo portati a immaginarlo come veggente, per effetto del confronto che ne facciamo sia con gli altri che vedono sia con il suo stato precedente»: per questo affermiamo che la vista «appartiene alla sua natura», ma che egli ne è stato privato. In realtà, però, per Spinoza, se consideriamo ciò che a quell’uomo è “proprio”, ciò che gli è stato assegnato, che esprime la sua natura, allora non ha senso dire che gli è stato “privato” della vista, tanto quanto non ha senso dirlo di una pietra, ad esempio. Chi è cieco esprime, diremmo, il grado di perfezione che gli è proprio: certo esso non implica la vista,

<sup>37</sup> Sul senso di tale espressione, cfr. Vernant 1976a: 94-95.

ma non per questo ha senso dirne che ne è “privo” La vista non conviene alla sua natura, esattamente come non conviene alla natura della pietra. Ma non per questo diciamo che una pietra è “priva” della vista (Spinoza, *Lettera XXI*). Certo, il cieco *non* ha la proprietà della vista, ma non significa che questa sia una “mancanza”, perché ciò significherebbe già assumere che egli *dovrebbe* averla. Ma in base a cosa si effettua questo giudizio, se non pretendendo che la natura propria di quell’individuo sia la stessa di quella di un altro che, invece, è dotato di vista? È questa “comparazione” che occorre spezzare: è la cecità a rendere Daniel ciò che egli è, che ne definisce la sua singolarità. Se vedesse, non sarebbe più Daniel, ma un altro individuo.

In questo senso, Daniel non “manca” della vista, come se fosse tale mancanza a impedirgli di assicurarsi quel sapere che egli sta costantemente cercando, sapere come sono andate effettivamente le cose, che cosa sia davvero successo. Al contrario: Daniel giunge a poter *sapere* proprio perché, per lui, il sapere si scopre come qualcosa che non è più legato a ciò che si è visto, all’ordine dell’autopsia, dell’*αὐτοπτικός* (ciò che è fondato sull’aver visto con i propri occhi). La cecità indica, qui, questa trasformazione del sapere e dello statuto del “vero”, del dire la verità, che riguarda la parola di Daniel: dire il vero, ora, significa farlo accadere, de-ciderlo, e mantenersi fermi, saldi, su tale decisione. Chiariamo però che senso abbia questa *decisione* di Daniel. Se Triet, come abbiamo ricordato, conserva una corrispondenza, un legame con la tragedia classica, con il teatro tragico, è proprio qui: nel fatto che, in essa, il diritto non è mai realmente *separato* dal destino, per quanto gli si opponga e si costituisca proprio opponendovisi. C’è tragedia, cioè, perché diritto e destino sono sì sufficientemente distinti per contrapporsi, ma non ancora in modo tale da apparire *separabili*.

Così, in Triet, avremo certamente l’iscrizione dell’evento all’interno del dramma giudiziario, delle sue procedure, delle sue regole di veri-dizione, in cui non si pretenderà fare in modo che ciascun soggetto *risponda* di ciò che ha fatto in quanto lo ha *voluto*, presupponendo, come il diritto fa, che sia sempre l’agente a *determinare* l’azione, a fare dell’azione ciò che essa è. Ma il dramma resta in sé irrisolto, sfaldato, incapace di trovare da sé il principio del proprio compimento. E se è la decisione di Daniel che, infine, consentirà di chiudere il processo, va detto che essa non si iscrive nella logica del diritto: Daniel non è “padrone”, a ben vedere, del *senso* del proprio atto; al contrario, è l’atto che compie a determinare l’agente, a spiegare chi Daniel è finalmente diventato attraverso di esso. In altri termini: la decisione, più che un’azione compiuta da Daniel – e spiegabile come un suo atto di *volontà*, di cui egli ha piena padronanza –, è in realtà ciò che de-cide del destino di Daniel, di che cosa realmente ha compiuto, di quale sia il senso del suo testimoniare (de-cidere, qui, va inteso nel senso proprio: *de-caedēre*, tagliar via quel “prima” da quel “dopo” in cui egli si costituisce come *superstes*, testimone, sopravvissuto). Come a dire: il diritto non è in grado di dar ragione di sé stesso, di assicurare il suo stesso funzionamento, di fare in modo che il processo che esso inaugura termini, giunga da sé al proprio espletamento. Solo il “destino” – o un atto che è comunque sottratto alla logica giuridica della volontà, della padronanza, della responsabilità – può realmente decidere il processo stesso.

Di cosa, dunque, Daniel è testimone? Non di ciò che è accaduto, di un fatto, della caduta di suo padre – nulla ha visto di essa, nulla ha in realtà davvero sentito. Egli è testimone di quella verità che sola *lo fa essere* il testimone stesso che egli è, un sopravvissuto, un superstite (testimonia, cioè, della *condizione* stessa che gli rende possibile testimoniare): l’unica verità, cioè, che non lo uccida, che non sia per lui troppo insopportabile, che non gli permetterebbe di sopravvivere. Non che Daniel non sospetti che sua madre possa essere colpevole. Ma ciò riguarda soltanto ciò che egli può pensare, può supporre, rispetto a quanto è accaduto. Quel che è essenziale, però, non è ciò che egli crede, rispetto a quanto “effettivamente” successo: è l’atto – che decide di compiere – il quale gli rende possibile vivere *al di là* della morte di suo padre, testimoniare *per* essa (ossia: sopravvivere *ad* essa)<sup>38</sup>. La

---

<sup>38</sup> Nella sceneggiatura del film – versione del 16 febbraio 2022 – il finale prevedeva un ultimo dialogo tra Daniel e sua madre. Daniel è a letto, sta per addormentarsi. Alla madre, fa promettere che lei non scriverà nulla di quanto accaduto, in uno dei suoi romanzi, e le dice: *Je sais jamais ce que tu penses vraiment. Je sais pas ce qui est vrai. Daniel non sa cosa*

testimonianza, la verità che ha luogo con essa, è il sopravvivere di Daniel ai propri genitori, alla “caduta” del loro matrimonio, al fallimento delle loro parole, all’impotenza della loro vita insieme.

## 8. Serpenti che copulano

Rifiutiamo, come abbiamo fatto finora, ogni «contenutismo freudiano» - ossia: l’idea per la quale si tratterebbe, nel far funzionare una certa lettura anche psicoanalitica del film, semplicemente di applicare ad esso i *contenuti* dei modelli freudiani. Lo abbiamo già detto: se è certo che Edipo – l’Edipo di Sofocle – non ha mai sofferto del complesso di Edipo<sup>39</sup>, è altrettanto certo che, nel film di Triet, a poco servirebbe – dal momento che è fin troppo scontato e facile – soffermarsi su quanto “edipico” possa essere la triangolazione Daniel-Samuel-Sandra. Il punto è un altro, invece, e consiste nel lasciare che la logica freudiana, i suoi procedimenti formali, consenta di collegare, mettere in relazione, punti e segmenti del film il cui rapporto resterebbe, altrimenti, taciuto e non indagato<sup>40</sup>. In particolare, non possiamo non interessarci a quella *disgiunzione*, separazione tra vedere e sapere che definisce la strategia anti-edipica di Triet.

Se la dissociazione tra sapere e vedere è ciò che Daniel realizza, nel corso del film, e che definisce la veri-dizione propria della sua testimonianza, sarà pertinente chiedersi: perché proprio Daniel? Perché proprio lui? Certo, egli non può vedere. Ma questa cecità, da cosa dipende? Il fatto di essere cieco sin dall’inizio, e quello di sapere dare alla propria parola un rapporto con la verità diverso da quello “edipico”, autoptico, proprio della concezione *giuridica* del “testimone”, non può non spingerci ad avvicinare Daniel a Tiresia. Della cui cecità sappiamo qualcosa: perché prima dell’accecamento dovuto alla risposta data a Era rispetto alla questione del godimento maschile e femminile, Tiresia ha acquisito quel *sapere* sul godimento della donna in quanto è stato anche donna, dopo aver visto la copula di due serpenti, ed averli calpestati, uccisi o feriti<sup>41</sup>. Tiresia *ha visto*, ed ha saputo – ma di un sapere destinato a condurlo, infine, alla cecità, al suo accecamento. Non ha forse visto ciò che non avrebbe dovuto vedere? Che non si *può* vedere? Ciò che Freud chiama “scena primaria” – osservata o presunta, fantasticata o reale che sia – non è un’esperienza, a rigore, ma una logica dell’*acceccamento*, ossia dell’impossibilità di sapere ciò che si vede, e di vedere ciò che si sa. Perché se c’è rapporto sessuale, se c’è coito, se è questo che si vede, non si vedrà senza interpretarlo come violenza: non c’è sapere di esso, ma *dissociazione*, piuttosto, di «ordine cognitivo tra vedere e sapere», a partire da cui diviene impossibile vedere sapendo e che sapere vedendo<sup>42</sup>.

La “scena primaria”, in altri termini, un dispositivo in cui vista e cecità si articolano già congiuntamente, non sono l’uno l’opposto dell’altra (è già superata, cioè, la concezione “classica” della cecità come *manca* della vista): in essa, infatti, non vedo ciò che vedo, e vedo ciò che non vedo. Vedo violenza, dove c’è rapporto; non vedo il rapporto dove esso ci sarebbe o ci dovrebbe essere. O, per riprendere quanto si è detto: dissociazione tra sapere e vedere, tale per cui non vedo ciò che so (perché il bambino non riesce a vedere il rapporto sessuale, ma *sa* o quantomeno sospetta di esso – ed è proprio per questo che ne “fantastica” o che “spia”), e non so ciò che vedo (perché non saprò come interpretare questa violenza, che significato darle, come fare i conti con questo “coito sadico”).

La cecità di Daniel ha, inevitabilmente, una spiegazione interna alla narrazione: un incidente d’auto, quando Daniel aveva quattro anni, di cui il padre si attribuisce – sembra – la colpa, perché, all’ultimo momento, non è andato lui a prendere il figlio a scuola, facendosi sostituire dalla babysitter.

---

*sia vero*. Il suo non è un sapere, rispetto alla verità. Diversamente, il suo è un *atto*, l’atto con cui pone l’unica verità in grado di consentirgli di essere un *superstite* – e dunque un testimone – della morte del padre.

<sup>39</sup> Su tutto ciò, direi che è definitivo il contributo di Vernant 1976b: 64-87.

<sup>40</sup> Cfr., sul punto, il testo – che mette in gioco esattamente lo stesso problema che qui affronteremo – di Orlando 2022: 85-107.

<sup>41</sup> Sul mito di Tiresia, possiamo solo qui rinviare a Brisson 1976; Loraux 1989: 273-300.

<sup>42</sup> Riprendo qui Orlando 2022: 96-97.

È indicativo, però, il fatto che Daniel rimanga cieco in assenza dei suoi genitori, in un momento in cui nessuno di loro due è *presente*. Come lo è l’insistenza con la quale si dice che, da quando Daniel è cieco, Samuel e Sandra non hanno *più* rapporti sessuali. È come se si volesse a ogni costo separare la sua cecità da qualcosa che sarebbe dell’ordine del sesso, del godimento, del rapporto tra i suoi genitori. Un’ostinazione che è tale proprio perché questa separazione, in realtà, non c’è. Non si può allora evitare di ricomporre, collegare, mettere in relazione l’accecamento di Daniel – il dispositivo proprio della sua testimonianza – e ciò che, in questa coppia, in Samuel e Sandra, fa del sesso un’esperienza traumatica, inseparabile dalla violenza che serpeggia tra i due. Quando Sandra afferma *I can live without sex, but not forever, separa* sesso e violenza: c’è rapporto sessuale, ma è *fuori* dalla coppia, è fuori dalla nostra vista, da ciò che possiamo vedere nel film, mentre *nella* coppia c’è solo violenza. Illusione. Perché Daniel ha visto – è stato accecato – da quel che, qui, non si sarebbe dovuto vedere: che sesso e violenza non sono affatto separati, in questa coppia, secondo l’opposizione dentro/fuori; che, nel loro rapporto, Samuel e Sandra godono della violenza che si infliggono reciprocamente, che sadismo e sesso continuano a intrecciarsi tra loro (basti la prima scena – primaria? – del film, con Samuel che impedisce a Sandra di parlare e forse di “sedurre” la sua intervistatrice, mettendo a tutto volume il misogino P.i.m.p. di 50 Cent).

Nessuno intende, ovviamente, suggerire che Daniel abbia “visto” o anche solo “fantasticato” la scena primaria. Essa – esattamente come l’Edipo – è una *funzione* che, nel film, organizza le relazioni tra sesso e violenza, e tra sapere e vedere. C’è un sesso “buono”, c’è rapporto sessuale, al di là e separato dalla violenza? C’è la promessa di questo *sapere* in grado di de-cidere, di discernere, di discriminare tra i due? Se sì, non fa parte, non cade dal lato di ciò che si può *vedere* – dal momento che ciò che si vede, che si è visto, è sempre la loro identità. L’accecamento di Daniel forse, allora, consiste anche in questo: l’apertura, la possibilità, la promessa di un sapere che non dipenda più dalla vista, che non sia più subordinato all’aver visto. Ma in tal modo, come si è detto, esso non può più essere d’ordine retrospettivo: è un sapere, cioè, che non si rivolge al passato (che pensa, cioè, la verità come riguardante *ciò che è stato*), ma – come la parola di Tiresia – al futuro, alla verità nel suo accadere. È la promessa dell’accadere della separazione tra sesso e violenza, la quale non sarà mai, però, dell’ordine del visibile, bensì del *dire*, della parola che, dicendola, la realizza. Ma questa parola, Daniel non la dice, mai. Se “assolve” sua madre, se la scagiona, non può, però, far accadere, tra i propri genitori, il rapporto sessuale *al posto* della violenza. Sottratta alla vista, la separazione tra sesso e violenza non può essere recuperata neppure sul piano di quella parola “performativa” propria della testimonianza. C’è un punto cieco, qui, che resta tale, su cui non si potrà mai far luce.

## BIBLIOGRAFIA

Agamben G. 2018, *Auschwitz. L’archivio e il testimone*, ora in Id. *Homo sacer. Edizione integrale 1995-2015*, Macerata: Quodlibet: 759-881.

Alloa E. 2017, “Laddove c’è prova, non c’è testimonianza. Le aporie del testimone secondo Jacques Derrida”, *Tropos*, 1: 129-142.

Aronadio F. (a cura di) 2021, *Variazioni sul tema del vedere. Saggi sui verba videndi nella greco classica*, Napoli: Bibliopolis.

Benveniste E. 2001, *Religione e superstizione*, in Id., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. II. Potere, diritto, religione*, trad. it. Torino: Einaudi.

Brisson L. 1976, *Le mythe de Tirésias. Essai d’analyse structurale*, Leiden: Brill.

Calore A. (a cura di) 1998, *Seminari di storia e di diritto. II. Studi sul giuramento nel mondo antico*, Milano: Giuffrè.

Derrida J. – Stiegler B. 1997, *Ecografie della televisione*; trad. it. Milano: Raffaello Cortina.

Derrida J. 2001, *Dimora. Maurice Blanchot*; trad.it. Bari: Palomar.

- Derrida J. 2004, *Poétique et politique du témoignage*, in *Cahier de l'Herne Derrida*, dirigé par Marie-Louise Mallet et Ginette Michaux, Paris: L'Herne: 521-539.
- Derrida J. 2013, *Memorie di un cieco. L'autoritratto e altre rovine*; trad. it. Milano: Abscondita.
- Derrida J. 2020, *Il cinema e i suoi fantasmi*, in Id., *Pensare al non vedere. Scritti sulle arti del visibile. 1979-2004*; trad. it. Milano: Jaca Book.
- Derrida J., 1997, «*Ho il gusto del segreto*», in J. Derrida – M. Ferraris, «*Il gusto del segreto*», Roma-Bari: Laterza.
- Fiori R. 2013, “La gerarchia come criterio di verità: boni e mali nel processo romano arcaico”, in C. Cascione – C. Masi Doria (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli: Satura: 169-249.
- Foucault M. 2009, *Il governo di sé e degli altri. Corso al Collège de France (1982-1983)*; trad. it. Milano: Feltrinelli.
- Foucault M. 2013, *Mal fare, dire vero. Funzione della confessione nella giustizia. Corso di Lovanio, 1981*; trad. it. Torino: Einaudi.
- Foucault M. 2015, *Lezioni sulla volontà di sapere. Corso al Collège de France (1970-1971) seguito da Il sapere di Edipo*; trad. it. Milano: Feltrinelli.
- Foucault M. 2017, “La verità e le forme giuridiche” (1973), ora in *Il filosofo militante. Archivio Foucault 2. Interventi, colloqui, interviste. 1971-1977*, Milano: Feltrinelli: 83-165.
- Foucault M. 2021, *Del governo dei viventi. Corso al Collège de France (1979-1980)*; trad. it. Milano: Feltrinelli.
- Goodwin C. 2003, *Il senso del vedere*, trad. it. Roma: Meltemi.
- Knox B.M. 1971, *Oedipus at Thebes*, New York: Norton.
- Konstantinidou K. 2014, “Oath and curse”, in A.H. Sommerstein – I. Torrance (a cura di), *Oaths and Swearing in Ancient Greece*, Berlin-Boston: De Gruyter.
- La Fauci N., “Anatomia di una caduta: un Edipo paradossale e un conflitto tra lingue”, *MicroMega*, 17 novembre 2023.
- Leguil C., *Aveuglement et consentement avec “Anatomie d'une chute”*, Radio France, 18 febbraio 2024.
- Loraux N. 1989, “Le naturel féminin dans l'histoire/Ce que vit Tirésias”, in Ead., *Les expériences de Tirésias. Le féminin et l'homme grec*, Paris: Gallimard: 273-300.
- Napolitano Valditara L.M. 1994, *Lo sguardo nel buio. Metafore visive e forme grecoantiche della razionalità*, Bari: Laterza.
- Odgen T.H. 2021, *Riscoprire la psicoanalisi attraverso la lettura creativa*; trad. it. Milano: Mimesis.
- Orlando F. 2022, “Sapere” contro “vedere”. Metamorfosi e metafora, ora in Id., *In principio Marcel Proust*, a cura di L. Pellegrini, Milano: Nottetempo: 85-107.
- Paquet L. 1973, *Platon, la médiation du regard. Essai d'interprétation*, Leiden: Brill.
- Vernant J.-P. 1976a, *Ambiguità e rovesciamento. Sulla struttura enigmatica dell'Edipo re*, in J.-P. Vernant – P. Vidal-Naquet, *Mito e tragedia nell'antica Grecia. La tragedia come fenomeno sociale estetico e psicologico*, Torino: Einaudi: 88-120.
- Vernant J.-P. 1976b, “Edipo senza complesso”, in J.-P. Vernant – P. Vidal-Naquet, *Mito e tragedia nell'antica Grecia*, cit.: 64-87.
- Vernant J.-P. 2011, *Il tiranno zoppo: da Edipo a Periandro*, in J.-P. Vernant – P. Vidal-Naquet, *Mito e tragedia due. Da Edipo a Dioniso*, trad. it. Torino: Einaudi: 31-64.
- Vitale F. 2007, “Parola al testimone”, in G. Dalmaso (a cura di), *A partire da Jacques Derrida. Scrittura, decostruzione, ospitalità, responsabilità*, Milano: Jaca Book: 163-174.
- Wittgenstein L. 1999, *Della certezza*; trad. it. Torino: Einaudi.
- Zuccotti F. 2000, *Il giuramento nel mondo giuridico e religioso antico*, Milano: Giuffrè.

Casimiro Coniglione<sup>1</sup>

*Brevi riflessioni sullo stato della legislazione e sull'attività dei giudici a partire da alcune intuizioni di Uberto Scarpelli.*

#### ABSTRACT

Uberto Scarpelli, in an essay published posthumously, analysed the crisis of the judge, or rather of the codified model of the judge, attributing this crisis to contractualism which assimilates the law to a large collective contract between the parties. The philosopher, in a certain sense, prophesied the entry into the scene of new and different actors that hold equal or even greater power than the legislator, stimulating new and different complexities to the legal system. In this context, the legislator has tried to balance the interests of all parties involved, resulting in laws that take the concepts of generality and abstractness to extremes, resulting in 'mere formula legislation'. Starting from such premises, the essay will dwell, on the one hand, after describing the Enlightenment and codicic models of the judge, on the crisis of the codicic model, on the hyperlegification and the judge's 'supplative' activity, also probing the risk of a technocracy on the part of the judiciary and, on the other hand, various solutions that Scarpelli adopts to restore the centrality of the legislator in the legislative process will be considered, thus guaranteeing a care for language and greater democratic nature of the rules.

#### KEYWORDS

Interpretation; Judges; Legislation of mere formula; Techocracy; Language.

#### INDICE

1. La nascita e la crisi del modello codicistico del giudice. 2. La legislazione di mera formula. L'iperlegificazione e l'attività dei giudici. 3. Il rischio di una tecnocrazia giudiziaria. 4. La cura del linguaggio e la democraticità delle norme.

#### 1. La nascita e la crisi del modello codicistico del giudice.

Lo scritto *Modelli di giudice* di Uberto Scarpelli (1924-1993) – inedito ma di recente pubblicato postumo<sup>2</sup> – rappresenta indubbiamente la massima espressione del positivismo giuridico scarpelliano e consente di soffermarsi sull'attuale attività dei giudici, nonché sull'attuale stato di salute della legislazione, poiché è ricco di spunti di riflessione assai pionieristici.

Lo studioso, prima di soffermarsi sulle criticità della legislazione e delle attività dei giudici, analizza con grande lucidità due modelli di giudice: l'illuministico e il codicistico.

---

<sup>1</sup>Dottorando di ricerca in Lavoro, Sviluppo e Innovazione presso l'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, e-mail: [casimiro.coniglione@unimore.it](mailto:casimiro.coniglione@unimore.it)

<sup>2</sup> Il contributo è stato pubblicato nella rivista *Lo Stato* (20) 2023: 191-241, con una nota redazionale a cura di Jori, Pintore, Di Lucia e Zorzetto: 191-194. Lo scritto – come evidenziato dall'accurato lavoro dei curatori – era una relazione che Scarpelli doveva presentare a un convegno all'Università di Parma nel 1984 sul tema della *Istituzione giudiziaria nel XXV anniversario dell'entrata in funzione del Consiglio Superiore della Magistratura*. Lo studioso al convegno non partecipò, ma continuò nel corso degli anni a scrivere le proprie riflessioni su tale argomento.

Da una parte, il modello illuministico del giudice è rappresentato con l'iconica espressione di *'bouche de la loi'* in cui il sillogismo<sup>3</sup> giudiziale è una precisa scelta politica, evitando così che l'applicazione della legge subisca gli orientamenti e le passioni dei giudicanti; in questo modello l'unica interpretazione concessa al giudice è quella letterale, dal momento che il giudice è subordinato solo ed esclusivamente alla legge. Un siffatto monopolio epistemologico (in sostanza, una forma di deduttivismo stretto), come messo a fuoco da Maurizio Manzin, risultò necessario data

“la sua capacità d'interferire una conclusione senza alcuna aggiunta di elementi cognitivi che non siano quelli fissati nelle premesse, la maggiore delle quali [...] è stabilita *ex ante* dal legislatore”<sup>4</sup>.

D'altra parte, con l'emanazione dei codici, che darà una significativa spinta per la razionalizzazione<sup>5</sup> del diritto e della società, il giudice ricorrerà all'interpretazione codicistica-sistematica che sarà percepita come la continuazione del precetto legislativo e ciò necessiterà di una costante uniformità interpretativa fra i giudici<sup>6</sup>.

L'uniformità interpretativa, com'è noto, è chiamata 'funzione nomofilattica' ed è svolta dall'organo deputato alla legittimità delle leggi, ovverosia la Suprema Corte di Cassazione<sup>7</sup>. La nomofilachia, ad avviso di Scarpelli, è essenziale al modello di giudice codicistico dato che l'applicazione del diritto – tesa a dare forma alla pretesa di giustizia avanzata dalle parti – non può (né deve) seguire le visioni soggettive e individuali dei giudici per la risoluzione delle controversie, ma è essenziale creare un'unica regola legislativa per i casi uguali. Difatti, nei propositi di Scarpelli la generalità della legge

“realizza l'eguaglianza fra i cittadini: il trattamento giuridico di un soggetto rispetto ad una fattispecie ed un'azione è eguale al trattamento giuridico di ciascun altro soggetto rispetto ad una fattispecie ed un'azione, quando soggetti, fattispecie ed azioni rientrano nelle medesime classi logiche”<sup>8</sup>.

Da questo punto di vista, la riflessione dello studioso vicentino sembra in armonia con il criterio interpretativo della giustizia di Gustav Radbruch (1878-1949), secondo cui la giustizia – e quindi l'eguaglianza – risiede nel garantire il trattamento del simile in modo analogo affinché a ciascuno siano attribuiti i diritti che concretamente gli spettano<sup>9</sup>. Pertanto, il codice e l'interpretazione giudiziale assolvono a questo importante e fondamentale compito.

<sup>3</sup> Com'è noto, il sillogismo è una forma di ragionamento deduttivo della logica aristotelica, costituito da una premessa maggiore affermativa o negativa, da una premessa minore e da una conclusione necessariamente derivata. La logica si sganciò dal sillogismo aristotelico grazie al filosofo e logico austriaco Ludwig Wittgenstein (1889-1951). Come rappresentato da Massimo La Torre, “La logica, per secoli, rimane dunque una logica sillogistica fondamentalmente strutturata secondo la relazione, il rapporto, sussistente tra vari enunciati. Nella formalizzazione matematica di Wittgenstein diventa, però, una logica funzionale non più sillogistica: più che una logica del rapporto tra gli enunciati si dà come una logica tra le parti dell'enunciato”. La Torre 2023: 60.

<sup>4</sup> Manzin 2019: 159-60. Si vedano, entro un analogo orizzonte argomentativo, le riflessioni di Federico Puppo, il quale propugna l'idea che questa forma di deduzione logica sia stata necessaria per eliminare ogni forma di incertezza e ambiguità del diritto, stabilendo così uno dei principi fondamentali degli ordinamenti giuridici: la certezza del diritto. Puppo 2023: 20.

<sup>5</sup> Da ultimo, per una ricostruzione squisitamente weberiana del termine razionalizzazione, Marra 2022: 63-121.

<sup>6</sup> Scarpelli 2023: 2018.

<sup>7</sup> Ai sensi dell'art. 65 del R.D. 12/1941 (Legge sull'ordinamento giudiziario) la “Suprema Corte di Cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo [...]. Per il dibattito più recente sulla funzione nomofilattica della Suprema Corte di Cassazione si rinvia alle puntuali argomentazioni di Silvia Zorzetto, che rileva come “la funzione nomofilattica risponde all'esigenza strutturale di stabilire ‘punti fermi’ o ‘gerarchie’ tra le possibili opzioni ermeneutiche”. Zorzetto 2022: 192.

<sup>8</sup> Scarpelli 2023: 202.

<sup>9</sup> Radbruch 2021 [1932]: 40; Avitabile 2021: 233; Carlizzi 2022: 11-12; Lo Giudice 2023 117-121. Per una panoramica sulla filosofia del diritto di Radbruch si veda, *ex multis*, Casadei e Zanetti 2022: 429-433.

Ciò nonostante, Scarpelli osserva che il modello codicistico del giudice sta attraversando una crisi senza precedenti. Tale mutamento, a parere del filosofo, può essere ascrivibile a diversi fattori che includono sia gli atteggiamenti dei giudici sia alcune correnti filosofico-giuridiche.

Sul primo punto, vale a dire l'atteggiamento dei giudici, Scarpelli critica la giurisdizione d'equità: l'ammissione di una siffatta forma di giurisdizione giustificerebbe una giustizia del caso singolo e del singolo giudice, svuotando i concetti di generalità e astrattezza della legge<sup>10</sup>.

Sul secondo punto, ossia le posizioni di alcune correnti filosofico-giuridiche che tendono a estrarre i valori dalle fonti extra-testuali, lo studioso guarda con sospetto al marxismo e all'istituzionalismo: da una parte, il marxismo ha una visione ristretta del diritto, dato che lo qualifica come una sovrastruttura nonché come *pars costruens* dei rapporti di dominio e sfruttamento; dall'altra parte, l'istituzionalismo, adottando una diversa costruzione delle fonti del diritto e riconoscendo la pluralità degli ordinamenti giuridici, fornisce la legittimazione teorica ai giudici per fornire una natura giuridica alle istituzioni sociali non previste e/o non regolate dalla legge<sup>11</sup>.

È sintomatica l'elencazione di quest'ultima causa di crisi del modello codicistico del giudice dal momento che Scarpelli – con una grande intuizione – mostra chiaramente due problemi filosofico-giuridici dell'età contemporanea: 'l'abdicazione' del legislatore a favore del giudice che, a sua volta, interpreta, integra e definisce le disposizioni legislative, rischiando di andare oltre al ruolo assegnatoli dalla classica divisione dei poteri<sup>12</sup>; e l'emersione compulsiva di una legislazione speciale che si sostituisce al codice (la legge).

In questo contesto e riprendendo alcune riflessioni di Norberto Bobbio (1902-2004), lo studioso vicentino evidenzia come lo Stato sia sempre più "caratterizzato dal continuo insorgere di conflitti fra le grandi organizzazioni che lo costituiscono"<sup>13</sup> e ciò si ripercuote sulla legislazione, che è diventata sempre di più un contratto collettivo<sup>14</sup> socioeconomico<sup>15</sup>, compensando così gli interessi di tutte le parti in gioco<sup>16</sup> e svuotando la 'centralità' del legislatore<sup>17</sup> nella fase di formazione delle leggi.

Attualizzando le considerazioni di Scarpelli si pensi, ad esempio, all'ascesa delle c.d. *big tech* (conosciute anche con l'appellativo di *robber barons*<sup>18</sup>) le quali, con la loro imponente forza economica, incidono, sia direttamente sia indirettamente, sul procedimento legislativo. Più

<sup>10</sup> Scarpelli 2023: 223.

<sup>11</sup> Ivi: 231.

<sup>12</sup> Si specifica sin da adesso – ma sarà elaborato meglio all'interno del par. 3 – che in realtà i giudici operano una forma di creazionismo 'improprio' o 'debole', poiché se fosse qualificabile come una forma di creazionismo in 'senso proprio e forte', vale a dire l'introduzione in via giurisdizionale di nuovo diritto, sarebbe decisamente illegittimo. In quest'ultimo senso, Ferrajoli 2024: 80-81.

<sup>13</sup> Scarpelli 2023: 237.

<sup>14</sup> Alessio Lo Giudice fa presente che le moderne teorie contrattuali modificano il significato originario del contratto: non è più quindi l'accordo per costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale tra le parti, bensì è la precisa intenzione di produrre un nuovo stato di cose. Si veda, a questo proposito, Lo Giudice 2012: 60.

<sup>15</sup> Il neologismo vuole indicare la natura del diritto, posto che quest'ultimo prova tendenzialmente a soddisfare gli interessi esistenziali del *démos*. Per l'analisi del neologismo è fondamentale il rinvio a Cotta 1991 [1981]: 41.

<sup>16</sup> Del resto, con la comparsa di nuovi e diversi attori sociali nel procedimento di formazione delle leggi, è "molto difficile accertare in maniera sufficientemente precisa un'unica volontà sia in un organo come assemblea costituente sia a livello infra-costituzionale, in virtù delle divisioni politiche e culturali; proprio per questo vengono raggiunti accordi". Pino (2008: 402).

<sup>17</sup> In differenti contesti e forme argomentative sia Santi Romano (1875-1947) sia Widar Cesarini Sforza (1886-1965) evidenziarono la crisi del legislatore agli inizi del secolo scorso e, in modo particolare, del suo potere di formazione delle leggi. Romano affermò che "il legislatore non è, così, il creatore della legge nel senso pieno ed assoluto della parola, cioè il primo creatore; donde la mancanza in lui di annullarlo completamente"; Cesarini Sforza, dal canto suo, sostenne come "la chiave di volta dell'ordinamento statale è ancora il potere legislativo, nella forma che caratterizza lo Stato rappresentativo, invece, la funzione creatrice del diritto non è più, nella realtà concreta, monopolio di questo potere". Romano 2018 [1917]: 82-83; Cesarini Sforza 1936: 25.

<sup>18</sup> Con questa espressione si indicavano nell'Ottocento i grandi attori economici, che esercitavano un potere pari (o superiore) a quello statale, imponendo con le forme economiche del monopolio e dell'oligopolio i loro *desiderata*. Si rinvia per questi decisivi aspetti, e con una comparazione con l'attuale periodo dell'economia *data driven*, Betzu 2022: 76-82.

specificatamente, l'incontro di molteplici volontà e la formazione di un accordo collettivo che possa soddisfare gli interessi di tutte le parti può provocare nella legislazione imprecisioni, difetti formali e sostanziali, termini ambigui o non facilmente interpretabili.

Ciò potrebbe comportare la formazione di lacune legislative, che possono (*rectius*, devono) essere colmate dall'interpretazione e dal ragionamento giudiziale. I giudici, quindi, sono chiamati a svolgere una 'supplenza' legislativa (dovrebbero colmare e definire i contenuti di una norma legislativa) e questo per una motivazione assai semplice: i giudicanti sono obbligati a decidere i casi sottoposti alla loro attenzione, non potendo giustificare in nessun modo il loro inadempimento con l'inerzia del legislatore, con la presenza di norme poco chiare, ovvero con la mancanza di norme nell'ordinamento<sup>19</sup>.

Se dunque, come preconizzato da Scarpelli, si sta assistendo a una perdita di centralità del codice<sup>20</sup> (in poche parole, della legge) a favore di una sempre più pressante legislazione speciale – infarcita di principi vaghi ed elastici e diretta alla composizione dei diversi interessi delle parti in gioco – quale è la situazione attuale della legislazione e dell'attività dei giudici?

## 2. La legislazione di mera formula. L'iperlegificazione e l'attività dei giudici.

La crisi del modello codicistico del giudice concede di svolgere ulteriori riflessioni che sono strettamente collegate alle brillanti intuizioni di Scarpelli: quanto è comprensibile la legislazione ai consociati? Fino a che punto i giudici possono spingersi nell'attività interpretativa-integrativa?

Nel tentativo di fornire una risposta al primo quesito, vale a dire la comprensibilità della legislazione, può essere utile illustrare il concetto di 'legislazione di mera formula'.

Gianluigi Fioriglio – ispirandosi alle riflessioni di Giovanni Tarello (1934-1987) – ritiene che l'attuale legislazione sia sempre più concentrata a rispondere a una domanda (o ad una pretesa) senza, però, fornire i contenuti della risposta; in conseguenza di ciò, i contenuti delle risposte verranno riempiti non dal legislatore, bensì dai giudicanti con l'attività interpretativa<sup>21</sup>. Pertanto, come nelle scienze matematiche, fisiche o chimiche, sarà enucleata una formula generica che verrà riempita a discrezione dell'interprete.

Una siffatta tipologia di legislazione, tra l'altro, estremizza i concetti di generalità e astrattezza, portando a molteplici e/o contrastanti interpretazioni nonché al sacrificio della *ratio* della funzione nomofilattica. Detto in altri termini, si configura la c.d. opacità delle disposizioni giuridiche: un fenomeno nel quale i legislatori decidono di non conoscere e/o non comprendere la *ratio* della disposizione emanata<sup>22</sup>.

La legislazione di mera formula è, molto probabilmente, il risultato di due aspetti: da un lato, il superamento della concezione piramidale delle fonti del diritto e, dall'altro lato, la perenne formazione di nuove materie e di leggi speciali che aumentano esponenzialmente il fenomeno della iperlegificazione.

Sul primo aspetto, è utile evidenziare che il sistema delle fonti di matrice kelseniana – ovvero sia un ordinamento giuridico unitario in cui non rileva la differenza fra creazione ed applicazione del

<sup>19</sup> Questo, com'è noto, è il principio del *non liquet*, la cui *ratio* risiede nell'art. 12 delle Preleggi del codice civile dove i giudicanti hanno delle coordinate di massima per l'interpretazione delle norme. In aggiunta a ciò, l'art. 3, comma uno, della l. 117/1988 (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), iconicamente intitolato "Diniego di giustizia" dispone che "Costituisce diniego di giustizia il rifiuto, l'omissione o il ritardo del magistrato nel compimento di atti del suo ufficio, trascorso il termine di legge per il compimento dell'atto [...]". Per un'esauritiva e completa analisi dell'art. 12 delle Preleggi si rinvia, anche per l'ampissima bibliografia, a Velluzzi 2013: 57-75.

<sup>20</sup> Scarpelli 2023: 240; nel medesimo senso, col noto concetto di 'decodificazione', Irta 1986.

<sup>21</sup> Cfr. Fioriglio 2015: 8-9.

<sup>22</sup> Sull'opacità del diritto si vedano i contributi di Canale 2015: 93-124; ID. 2021: 509-534; ID. 2022: 157-162.

diritto<sup>23</sup> – non è più in grado di cogliere la profonda articolazione pluralistica degli ordinamenti contemporanei<sup>24</sup>. Per comprendere le attuali dinamiche degli ordinamenti, si possono presentare quest’ultimi con il modello della rete<sup>25</sup> o dell’arcipelago<sup>26</sup>. Dunque, indipendentemente dalle definizioni prescelte (rete o arcipelago), si assiste a un disordine delle fonti<sup>27</sup>, cui segue una crescente complessità (anche di natura linguistica) per i consociati nella comprensione delle norme giuridiche.

Quest’ultimo passaggio permette – seppur brevemente – di soffermarsi sul fenomeno della iperlegificazione, che è strettamente collegato alla descrizione della complessità degli ordinamenti e con la conseguenziale emersione della legislazione speciale.

Più nel dettaglio, la sempre più crescente complessità degli ordinamenti fa sì che il legislatore regolamenti compulsivamente ogni aspetto della vita socio-politica del *demos*, aumentando ulteriormente le fattispecie che – a primo impatto – appaiono nuove o modificative rispetto a quelle già previste. In forza di ciò, come bene rappresentato da Tarello, viene meno

“l’idilliaco quadro che molti oggi si immaginano di un giurista che si diletta di tranquille e raffinate esercitazioni su poche, stabili, durature norme, non ha mai avuto rispondenza nella realtà”<sup>28</sup>.

Spiros Simitis (1934-2023), negli anni Settanta del secolo scorso, percepì in questa inflazione legislativa una mancanza di progettualità da parte del legislatore, al punto tale da affermare che

“le varie leggi di modifica e completamento, che si succedono l’una all’altra, non tengono alcuna considerazione del contesto sistematico e si concentrano perciò di interventi occasionali e contingentati”<sup>29</sup>.

Una siffatta eccedenza legislativa, vale a dire l’iperlegificazione, può far vacillare il delicato equilibrio tra la conservazione e l’innovazione, con il rischio di esasperare il dinamismo tra il varo della legislazione speciale e l’emanazione di nuove normative senza, però, verificare la concreta realizzabilità di queste ‘innovazioni’. In questo modo, si genera l’illusione di aver dato l’impulso al soddisfacimento di nuovi interessi, quindi ciò che interessa non è il risultato in sé bensì ‘l’apparenza’<sup>30</sup>.

Considerato quindi l’elevato livello di tecnicismo della legislazione, gli unici soggetti in grado di stare ‘a passo con i tempi’ sono i giudici che si ritrovano a riempire i contenuti delle norme attraverso i loro ragionamenti.

A questo punto, rispondendo al secondo quesito, vale dire fino a che punto i giudici possono effettuare l’attività interpretativa-integrativa, va precisato che l’applicazione del diritto è il necessario completamento dell’opera del legislatore. Questo, tuttavia, a condizione che la ‘creatività’ giudiziaria risulti vincolata al compito che è stata assegnato al potere giudiziario: applicare e realizzare nel singolo caso il dettato normativo voluto dal legislatore.

Per tale motivo l’interpretazione può ritenere legittima allorquando sia

<sup>23</sup> Su questo cruciale aspetto si rinvia a Kelsen 1994 [1945]: 133-136; ID. 1990 [1960]: 263-264. Cfr. anche Andronico 2017; Bobbio 2014 [1982]; Casadei e Zanetti 2022: 368-379.

<sup>24</sup> Cfr. Pastore 2014: 28-29.

<sup>25</sup> È imprescindibile il riferimento a Ost 2013: 29-48.

<sup>26</sup> Sono assai rilevanti, in quest’ultimo senso, le argomentazioni di Zaccaria 2012: 56.

<sup>27</sup> Questo è il risultato, ad avviso di Vittorio Villa, di un cambiamento ontologico in quanto i principi sono diventati – e qui sta l’imprescindibile l’intuizione originaria di Scarpelli negli anni Ottanta del secolo scorso sulla vaghezza e incertezza dei principi – la componente essenziale dei sistemi giuridici, dando vita al pluralismo giuridico. Villa 2013: 379-398; oltre a ciò, come argomentato da Francesco Viola, il crescente pluralismo giuridico dà vita a delle sovrapposizioni normative, senza delle distinguibili gerarchie delle fonti, Viola 2013: 100-101; Schiavello 2023: 59-60.

<sup>28</sup> Tarello (1957: 15).

<sup>29</sup> Simitis (1977: 11).

<sup>30</sup> Cfr. Serra 2001: 26.

“riconducibile in forme metodologicamente corrette ai testi legislativi, sì da effettuare gli scopi fondamentali del postulato del vincolo alla legge, riconducibile alla certezza del diritto, all'eguaglianza del trattamento, alla controllabilità della decisione”<sup>31</sup>.

Ciò nondimeno, come analizzato in precedenza, è possibile asserire che i giudici esercitano con attività di creazionismo ‘debole’ o ‘improprio’ la funzione di ‘supplenza’, mettendo a repentaglio la certezza del diritto.

Fra l'altro, questa ‘sostituzione’ del potere giudiziario nei confronti del legislatore – oltre a significative ripercussioni sul sistema di *check and balance* di un ordinamento – può portare alla risoluzione di casi che non siano aderenti allo spirito della legislazione ovvero con esiti imprevedibili, per cui gli effetti di quella determinata decisione travalicano il singolo procedimento giudiziario, svuotando la *ratio* di una determinata legislazione e della certezza del diritto.

### 3. Il rischio di una tecnocrazia giudiziaria.

Tra il disordine delle fonti e l'inconoscibilità delle disposizioni legislative, il soggetto più indicato per risolvere tale situazione e orientare le condotte dei consociati sembra essere proprio il giudice. Pertanto, è lecito domandarsi se la prevalenza del potere giudiziario possa sfociare – anche in via indiretta – in una tecnocrazia.

Per rispondere a tale quesito, è fondamentale sottolineare che il giudice è sostanzialmente un tecnico – per meglio dire, possiede una conoscenza tecnica – che corre il rischio di assumere le vesti del tecnocrate<sup>32</sup>. In particolare, vista la perdita di centralità del codice (la legge), il rigetto della figura del giudice come mera bocca della legge e la presenza di una legislazione di mera formula, il giudice si ritrova a compiere delle interpretazioni giurisprudenziali creative.

Sulla nozione di ‘creatività’, a questo punto della trattazione, pare necessario fare una doverosa precisazione: Luigi Ferrajoli, nel recente volume *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, preferisce discutere di forme di ‘creazionismo debole o improprio’ da parte dei giudici, perché i giudicanti non possono creare in alcun modo diritto (pena l'illegittimità). Ciò non toglie, però, che le decisioni dei giudici possano avere effetti generali<sup>33</sup> (si pensi, ad esempio, all'elaborazione delle massime di diritto, specialmente della Suprema Corte di Cassazione).

Perciò, i giudici fanno ricorso una maggiore ‘discrezionalità’ nel momento in cui si ritrovano innanzi a una legislazione di mera formula ovvero – per dirla *à la* Frederick Schauer – di *standard*<sup>34</sup>. Gli *standard*, ad avviso dello studioso americano, più sono vaghi e più aumentano la discrezionalità degli interpreti nel momento delle decisioni; la redazione di normative con la tecnica degli *standard* è sia una precisa scelta di tecnica normativa sia la possibilità di concedere ampi margini di discrezionalità interpretativa in alcuni settori dei sistemi giuridici<sup>35</sup>. Se, da una parte, la presenza di *standard* permette la flessibilità dei sistemi giuridici, dall'altra parte, può inficiarne la loro stabilità<sup>36</sup>.

Le attività dei giudici possono definirsi ‘creative’ quando il significato delle disposizioni legislative è ‘indeterminato’. In sostanza, più una norma (o un'eccezione) sarà inespressa, maggiore

<sup>31</sup> Pastore 2015: 75.

<sup>32</sup> Il tecnocrate, seguendo le argomentazioni di Domenico Fisichella, è colui che fissa su “esclusive basi di competenza, non solo i mezzi ma anche i fini dell'azione sociale”. Fisichella 1997: 54.

<sup>33</sup> Ferrajoli 2024: 83. L'autore, inoltre, descrive nel volume cinque versioni del ‘creazionismo giudiziario’. Ivi: 84-90.

<sup>34</sup> Gli *standard* sono fondamentalmente dei sintagmi che contengono delle proposizioni affette volutamente da vaghezza. Nel nostro sistema giuridico prendono il nome di ‘clausole generali’. Sulle clausole generali si veda Velluzzi 2010.

<sup>35</sup> Schauer 2016: 259-260. Fra l'altro lo studioso, proveniente dal sistema giuridico del *common law*, fa presente che “[...] la creazione di norme non è appannaggio delle sole assemblee parlamentari. Se riconosciamo che le corti, così come il Parlamento o le agenzie amministrative, creano diritto, possiamo cominciare a pensare che la creazione di norme da parte dei giudici sia un compito che merita un'attenzione assai maggiore di quanta non ne abbia ricevuta sinora”. Ivi: 260.

<sup>36</sup> Ibidem: 252-254.

sarà la discrezionalità interpretativa giurisprudenziale<sup>37</sup>. Del resto, Tarello ammoniva sull'eccessiva presenza di *standard* (o di mere formule) nella legislazione, sostenendo come

“più sono elastiche, generiche, aperte a possibilità di interpretazioni plurime, le leggi da applicare, maggiore è il potere dei giudici”<sup>38</sup>.

Alla luce di ciò, è plausibile sostenere che, nel momento in cui sussistono delle disposizioni legislative con fini impliciti o inespressi, i giudicanti non solo individuano il diritto ma – in un certo senso – lo ‘creano’. Ciò è l'effetto di una loro precisa conoscenza tecnica, della metodologia seguita e del linguaggio adoperato, che è sconosciuto alla maggioranza del *démos*.

La discrezionalità interpretativa, quindi, è un'attività tecnocratica, in quanto è sottratta al processo dialogico e alle conseguenze sostanziali di tale discrezionalità decisionale-interpretativa<sup>39</sup>. Una siffatta affermazione è validata dalla circostanza che i giudici non sono obbligati a seguire l'unicità d'indirizzo interpretativo delle Corti superiori, specialmente della Suprema Corte di Cassazione, sacrificando così la *ratio* della funzione nomofilattica. Difatti, è stato precisato che la mancata osservanza dell'unicità d'indirizzo interpretativo non ha ripercussioni sullo stato professionale dei giudici, visto che

“l'avanzamento professionale avviene secondo automatismi, con la conseguenza di non vincolare assolutamente i magistrati di rango inferiore all'orientamento di quelli superiori, sacrificando ulteriormente l'unicità d'indirizzo”<sup>40</sup>.

La tecnocrazia, com'è noto, è un ideale di governo in cui la supremazia dei tecnici nella vita sociale, politica ed economica è assai significativa ed esige, a sua volta, di essere una forma neutrale. Eppure, è assai difficile avvalorare la tesi della neutralità nell'attività delle corti, posto che i giudici – nonostante siano dei tecnici con specifiche conoscenze – sono pur sempre soggetti ai propri orientamenti e alle proprie passioni<sup>41</sup>.

‘Il governo del potere giudiziario’<sup>42</sup> – e, dunque, l'affermazione della tecnocrazia da parte dei loro membri – potrebbe far vacillare uno dei principi fondamentali dei sistemi giuridici: la certezza del diritto. Quest'ultimo principio, ad avviso di autorevoli studiosi<sup>43</sup>, può essere declinato in diversi modi: conoscibilità *ex ante* delle conseguenze giuridiche del comportamento dei consociati; prevedibilità degli interventi e delle decisioni degli organi giudiziari; fedeltà delle decisioni ai precedenti giurisprudenziali ovvero congruenza delle decisioni con i precedenti; conoscibilità della legge nonché chiarezza della stessa; precisione e intellegibilità delle direttive imposte; tutela dall'arbitrio nei confronti dei poteri.

È evidente che tutte queste qualità della certezza del diritto possono essere pregiudicate dall'eccessiva discrezionalità interpretativa, perché con la giustificazione dell'inconoscibilità del diritto – o con l'eccessiva presenza di *standard* (o formule) nella legislazione – si potrebbe svuotare la *ratio* di una determinata legislazione, con il rischio di imporre i propri *desiderata*. Il rischio, nemmeno tanto velato, potrebbe essere quello di far diventare la giustizia (il diritto) come ‘l'utile del

<sup>37</sup> Si vedano, in tal senso, le riflessioni di Diciotti 2022: 57-59.

<sup>38</sup> Tarello 1970: 19.

<sup>39</sup> Fioriglio 2017: 194-195.

<sup>40</sup> Fioriglio 2015: 9.

<sup>41</sup> Le attività delle corti e dei giudicanti difficilmente potranno essere considerate neutrali. La discrezionalità interpretativa, in modo particolare nei giudizi costituzionali o nell'applicazione dei diritti sociali, farà ricorso ad argomenti di tipo morale, che sono esplicitamente di natura soggettivo-individuale. Pino 2017: 207-208.

<sup>42</sup> Si rinvia alle puntuali argomentazioni di Pintore 2010: 46-48.

<sup>43</sup> Senza pretesa di esaustività si rimanda, *ex multis*, a Guastini 1986: 1090-1102; Jori e Pintore 1995; Gometz 2012: 308-343; Pino 2018: 517-544; Avila Bergmann 2023.

più forte' che è, in sostanza, l'argomentazione di Trasimaco nella *Repubblica* di Platone<sup>44</sup> (428/427 a.C. - 348/347 a.C.).

Tale condizione è certamente imputabile alla crisi del modello codicistico del giudice, a una scarsa cura del linguaggio nonché alla trasformazione degli organi legislativi a mere camere di composizione degli interessi delle parti in gioco<sup>45</sup>. È necessario, dunque, concludere questa breve riflessione riprendendo le intuizioni di Scarpelli e le cure che aveva individuato, in tempi non sospetti, a queste problematiche.

#### 4. La cura del linguaggio e la democraticità delle norme.

L'impellente necessità da parte del legislatore di compensare ogni interesse delle parti – e qui sta la grande capacità intuitiva di Scarpelli nei suoi scritti – ha fatto sì che il codice (la legge) perdesse progressivamente la sua centralità, riducendo la legislazione (di mera formula o di *standard*) a un mero compromesso in cui è frequente l'impiego di parole ambigue e di principi vaghi. In forza di ciò, la cura del linguaggio è venuta sempre meno<sup>46</sup>.

Scarpelli, com'è noto, ricorre all'approccio analitico, analizzando il diritto a partire dal linguaggio. Come efficacemente osservato dallo studioso vicentino, le problematiche investono i diversi modi con cui l'interpretazione giuridica si rapporta ai tanti segni e insiemi segnici da interpretare. Più specificamente, lo studioso ha osservato come

“l'uso di un linguaggio comune o tecnico, di un linguaggio deontico o teleologico o misto, di un linguaggio qualitativo o quantitativo, di un linguaggio lineare o scarsamente o altamente lineare, influenzerà intensamente lo stile interpretativo, allargando o restringendo gli spazi di scelta dell'interprete, profilando la materia delle scelte, indirizzando le scelte verso taluni esiti piuttosto che altri. I problemi dell'interpretazione, in breve, risultano essere una serie di sotto-problemi nella problematica generale della normazione, o più specificatamente della legislazione, e dell'interpretazione”<sup>47</sup>.

La necessità di una costante cura e aggiornamento del linguaggio è una componente fondamentale nel pensiero di Scarpelli. Difatti, in un'altra sua opera, *Filosofia analitica, norme e valori*, viene rievocata la significativa importanza del linguaggio, dal momento che

“La necessità dell'aggiustamento e del miglioramento del linguaggio deriva dal cambiamento negli uomini e nelle circostanze, ossia deriva dal trasformarsi di situazioni vitali e l'aggiustamento e il miglioramento servono a restituire il mezzo per affrontare nuove situazioni vitali”<sup>48</sup>.

<sup>44</sup> “Credi davvero, o Socrate, che i pastori mirino al bene delle pecore e dei buoi? Che li nutrano e li ingrassino e li curino per uno scopo diverso da quelli dei padroni dal proprio? E allo stesso modo pensi che i governanti ignorino il loro profitto? La giustizia! La giustizia è un bene utile a chi è più forte e governa, ma è un danno per chi obbedisce e serve. I sudditi fanno il bene del padrone e lo rendono felice servendolo, ma non riusciranno mai a rendere felici loro stessi. La tirannide porta via i beni altrui, sacri, profani, pubblici, privati. A coloro che si macchiano di simili misfatti di solito si dà il nome di sacrileghi, di schiavisti, di rapinatori, di ladri... e invece quando uno, oltre che delle sostanze dei loro cittadini, si impadronisce anche delle loro persone e se ne serve come di schiavi facendosi tiranno, ecco che viene dato il nome di felice e beato, nonostante abbia realizzato l'ingiustizia assoluta. Ecco, l'ingiustizia è assai più degna di un uomo libero di quanto lo sia la giustizia”. Platone 2007: 338e-339a. Per un'analisi dettagliata e specifica dell'argomento di Trasimaco, in un'ottica di argomentazione normativa, si rinvia alle puntuali osservazioni di Zanetti 2015: 94-95; Casadei e Zanetti 2022: 13-15.

<sup>45</sup> Scarpelli 2023: 239.

<sup>46</sup> Scarpelli 2023: 240.

<sup>47</sup> Ibidem: 236-237.

<sup>48</sup> Scarpelli 1962:18.

Riprendere le idee di Scarpelli e le sue teorie sulla cura del linguaggio<sup>49</sup>, può significare la possibilità di raggiungere la certezza del diritto, da intendersi come comprensibilità, conoscibilità, prevedibilità del diritto e delle decisioni giudiziarie. Il linguaggio non può (né deve) essere insignificante o meramente formale<sup>50</sup> nei testi legislativi, ma sostanziale, curato nonché comprensibile al *demos* e poi ai tecnici.

Dato che la legge si è gradualmente trasformata in un mero contratto collettivo fra le parti, il risultato è stato un maggior tecnicismo del legislatore nonché un aumento delle litigiosità presso le Corti. Nel contempo, però, proprio quest'ultimi fattori hanno fatto sorgere un sentimento di rifiuto del processo da parte dei consociati, preferendo il ricorso ai mezzi alternativi per la risoluzione delle controversie come, per esempio, l'arbitrato<sup>51</sup>. Strettamente collegato a tale argomentazione è l'emersione di una regolamentazione privata per disciplinare le condotte dei consociati, ossia la *policy*.

La *policy* è sostanzialmente

“*a set of ideas or a plan of what to do in particular situations that has been agreed to officially by a group of people, a business organization, a government or a political party*”<sup>52</sup>.

Siffatti aspetti, come messo in evidenza da Scarpelli, fanno perdere importanza alla centralità del legislatore e alla legge come strumento principale di regolamentazione. Questo potrebbe essere l'indice di contrasti non risolti nella descrizione del diritto, spiegabili con la presenza di significative divergenze etico-politiche ovvero sull'utilizzo di concetti parzialmente diversi del diritto e di teorie delle fonti surrettiziamente diverse<sup>53</sup>.

Ritornare alle centralità del legislatore<sup>54</sup> significa rafforzare l'idea che il diritto deve essere il frutto di pratiche democratiche nella formazione delle leggi e, in modo particolare, nei processi di formazione degli organi chiamati a produrle. Appunto per questo, è necessario rispettare il valore della certezza del diritto, condividendo politiche e tecniche linguistiche esplicite – per di più determinate – sulla base di precise regole metodologiche<sup>55</sup>.

Nelle intenzioni di Scarpelli, il diritto è un'impresa collettiva, una pratica sociale comune a tutti i consociati<sup>56</sup> e tale deve continuare ad essere.

<sup>49</sup> Del resto, Scarpelli fece notare che nel diritto è fondamentale lo studio del linguaggio sia per il giurista sia per il filosofo, dal momento che è un *incipit* imprescindibile per lo studio di qualsivoglia fenomeno. Infatti, lo studioso fece notare come ci siano “alcuni filosofi del diritto non giuspositivisti (alcuni, non tutti) i quali procedono come chi, volendo studiare e far studiare il corpo umano, non avesse voglia di indugiare nelle noiose distinzioni fra apparato osseo, muscolare, nervoso, circolatorio, etc. e pretendesse di studiare e far studiare tutto insieme [...] Una scuola di medicina così orientata potrebbe avere per slogan quello di ‘esperienza medica’. Ma chi andrebbe a farsi curare da un medico di simile scuola?”. Scarpelli 1967: 78.

<sup>50</sup> Cotta 1991 [1985]: 21. La questione linguistica deve essere presa sul serio, perché i significati delle parole evocano immagini e concetti che, a volte, sono assai diversi fra di loro. Su questi decisivi aspetti si veda Pattaro 1998: 21. Per una recente trattazione Zanetti 2019: 61.

<sup>51</sup> Lo Giudice 2023: 28-29.

<sup>52</sup> <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/policy> (accessed: February 29, 2024). Recenti studi di Gianluigi Fioriglio, che si innestano attorno alle riflessioni di Serenella Armellini (1944-2019), evidenziano come il fenomeno del feticismo della legge – che è un estremismo del positivismo giuridico – si sia gradualmente trasformato nel feticismo della *policy*. Sul feticismo della legge: Armellini 1994: 39-69. Per un primo inquadramento sul feticismo della *policy* si rinvia a Fioriglio 2017: 166-167; ID. 2023:295-311; Pupolizio 2019: 229-238.

<sup>53</sup> Jori 2003: 12.

<sup>54</sup> È interessante notare che il richiamo alla ‘centralità del legislatore’ sia significativo anche nel dibattito anglosassone: Jeremy Waldron – partendo da una serrata critica nei confronti della *judicial review* – sostiene la fondamentale importanza del legislatore e, più in generale, del ruolo dei parlamentari, dato che quest'ultimi “convergono insieme per determinare in modo solenne e palese schemi e misure comuni”. Waldron 2001: 9.

<sup>55</sup> Cfr. Jori 2003: 13.

<sup>56</sup> Velluzzi e Schiavello 2022: 19-20.

In forza di ciò, lo studioso vicentino declina la concezione imperativistica del diritto, perché la fedeltà non è intesa come una mera obbedienza, bensì come un sentimento di appartenenza a norme che sono figlie di un ordinamento giusto e democratico, diventando un *unicum* con

“il desiderio di una politica ragionevole, col ravvivarsi delle responsabilità sociali, con il forte accentuarsi della preoccupazione per una buona organizzazione sociale”<sup>57</sup>.

I valori ispiratori delle scelte politiche dello Stato non risiedono né nella natura né nella morale, ma in ciò che è in grado di assicurare i caratteri formali della certezza del diritto e della coerenza del sistema, senza sacrificare l'affermazione dei principi e dei diritti sostanziali, perché

“il livello superiore delle norme costituzionali e le relative cautele e garanzie, esprimono quell'impegno solennemente e con il dargli forma lo rafforzano ed hanno pure loro efficacia per evitare trasformazioni subdole e improvvisi colpi di mano [...] e quando una Costituzione è così consacrata al sommo di un sistema di diritto positivo la soggezione al diritto positivo può essere intesa prima di tutto come fedeltà alla Costituzione: dove una società scrive i suoi valori più alti, foggia il modello più alto di sé”<sup>58</sup>.

Sforzarsi di razionalizzare il codice, che deve tornare ad essere il perno centrale del sistema giuridico, richiede uno sforzo che può essere compiuto solo dal legislatore, senza scendere perennemente a ‘compromessi’, facendo in modo che la legge torni ad essere – ancora una volta – l'espressione della volontà generale e non – come avviene oggi, specialmente con l'emersione delle *big tech* – l'espressione di una minoranza.

In tutto ciò, Scarpelli ha delineato le coordinate di massima affinché la legislazione – con precise e sane tecniche linguistiche – torni ad essere patrimonio comune, senza far prevalere particolarismi o interpretazioni eccessivamente discrezionali dei giudici che possono svuotare la *ratio* di una determinata legislazione.

Opinare diversamente, ovvero restare nell'attuale stato delle cose che comprende un ‘predominio’ della funzione giudicante, la riduzione della legge a mero contratto collettivo fra le parti nonché la scarsa cura per linguaggio, indica l'accettazione di un preciso modello di umanità e di un certo tipo di giurisprudenza oppure – per dirla *à la* Scarpelli – di un preciso “sottointeso politico del mondo e del metodo giuridico”<sup>59</sup>.

## BIBLIOGRAFIA

Andronico A. 2017, *Dalla norma all'ordinamento. Una lettura della dottrina pura del 34*, Catania: Libreria Editrice Torre.

Armellini S. 1994 “Legge ed interpretazione: considerazioni sul «feticismo della legge», in *Bollettino Filosofico*, 11: 39-69.

Avila Bergmann H. 2023, *Teoria della certezza del diritto*, Torino: Giappichelli.

Avitabile L. 2021, *Legalità e giustizia. I Feurbach e Radbruch*, Torino, Giappichelli.

Betz M. 2022, *I baroni del digitale*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Bobbio N. 2014 [1984], *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Greco T. (cur.) e Carrino A. (intr.), Torino, Giappichelli.

Canale D. 2015, “Norme opache. Il ruolo degli esperti nel ragionamento giuridico”, in *Rivista di Filosofia del diritto*, numero speciale: 93-124.

<sup>57</sup> Scarpelli 1955: 91.

<sup>58</sup> Scarpelli 1997 [1965]: 150.

<sup>59</sup> Scarpelli 1971: 554. Anche Condello 2022: 20.

- Canale D. 2021, “The opacity of law: On the Hidden Impact of Experts Opinion on Legal Decision Making”, in *Law and Philosophy*, 40 (5): 509-543.
- Canale D. 2022, “Quando gli esperti creano il diritto: deferenza, opacità, legittimità”, in *Analisi e diritto*, 3: 153-180.
- Carlizzi G. 2022, “Profili della filosofia del diritto di Gustav Radbruch”, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* (numero speciale a cura di Mancuso F. e Giordano V.): 1-15.
- Casadei Th. e Zanetti Gf. 2022, *Manuale multimediale di Filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Cesarini Sforza W. 1936, “La crisi delle fonti”, in *Archivio giuridico*, 1: 18-43.
- Condello A. 2022, *Il diritto come metodo e la scienza algoritmica. Una critica a partire da Bobbio e Scarpelli*, Pisa: Edizioni ETS.
- Cotta S. 1968, *La sfida tecnologica*, Bologna: il Mulino.
- Cotta S. [1991], *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontogenomologia giuridica*, Milano: Giuffrè.
- Diciotti E. 2022, *Le attività creative dei giudici*, Modena: Mucchi Editore.
- Ferrajoli L. 2024, *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Bari-Roma: Laterza.
- Fioriglio G. 2015, “La legislazione di mera formula. Considerazioni a partire da alcune intuizioni di Giovanni Tarello”, in *Nomos. Le attualità del diritto*, 3: 1-11.
- Fioriglio G. 2017, *Trasformazioni del diritto. Alla ricerca di nuovi equilibri nell'esperienza giuridica contemporanea*, Torino: Giappichelli.
- Fioriglio G. 2018, “Il pluralismo assiologico quale limite del potere fra anti-giuridicismo e iperlegificazione”, in De Giorgi R. (cur.), *Limiti del diritto, prospettive di riflessione e analisi*, Lecce: Pensa Multimediale: 204-233.
- Fioriglio G. 2023, “Riflessioni sul ‘feticismo della legge’ nella società contemporanea”, in Di Giandomenico A. (cur.), *Etsi Deus non daretur ... Scritti in memoria di Serenella Armellini*, Torino: Giappichelli: 295-311.
- Gomez G. 2012, “Indici di certezza giuridica”, in *Diritto & questioni pubbliche*, 12: 308-343.
- Guastini R. 1986, “La certezza del diritto come principio di diritto positivo?”, in *Le Regioni*, 5: 1090-1102.
- Jori M. e Pintore A. 1995, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Jori M. 2003, “L'illuminismo giuridico di Scarpelli”, in *Politeia. Rivista di etica e scelte pubbliche*, 71: 11-13.
- Kelsen H. 1990 [1960], *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.
- Kelsen H. 1994 [1945], *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano: Etas.
- La Torre M. 2023, *Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto*, Roma: DeriveApprodi.
- Lo Giudice A. 2012, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Roma: Carocci.
- Lo Giudice A. 2023, *Il dramma del giudizio*, Milano-Udine: Mimesis.
- Manzin M. 2019, “Primato della legalità e ragionamento processuale. Il sillogismo giuridico nella prospettiva del Rule of Law”, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2: 153-172.
- Marra R. 2022., *L'eredità di Max Weber. Cultura, diritto, realtà*, Bologna: il Mulino.
- Ost F. 2013, “Dalla piramide alla fonte: un nuovo modello per la scienza giuridica?”, in Vogliotti M. (cur.), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino: Giappichelli: 29-48.
- Pastore B. 2014, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova: Cedam.
- Pastore B. 2015, *Decisioni argomenti controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Pattaro E. 1998, *Filosofia del diritto*, Bologna: CLUEB.
- Pino G. 2008, “Il linguaggio dei diritti”, in *Ragion pratica*, 31: 393-408.
- Pino G. 2017, *Il costituzionalismo dei diritti*, Bologna: il Mulino.
- Pino G. 2018, “La certezza del diritto e lo Stato costituzionale”, in *Diritto pubblico*, 2: 517-544.

- Pintore A. 2010, *Democrazia e diritti*, Pisa: Edizioni ETS,
- Platone 2007, *La Repubblica*, Sartori F. (cur.) e Vegetti M. (intr.), Bari-Roma: Laterza.
- Pupolizio I. 2019, *Pubblico e privato. Storia di una grande dicotomia*, Torino: Giappichelli.
- Puppo F. 2023, *Diritto e retorica*, Torino: Giappichelli.
- Radbruch G. 2021 [1932], *Filosofia del diritto*, Carlizzi G. e Omaggio V. (cur.), Torino: Giappichelli.
- Romano S. 2018 [1917], *L'ordinamento giuridico, edizione aggiornata e a cura di M. Croce*, Macerata: Quodlibet.
- Savarese P. 2014, *Diritto ed episteme. Note sullo statuto dello strumento giuridico*, Roma: Edizioni Nuova Cultura.
- Scarpelli U. 1955, *Il problema della definizione e il concetto di diritto*, Milano: Istituto Editoriale Cisalpino.
- Scarpelli U. 1962, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano: Edizioni di Comunità.
- Scarpelli U. 1967, Intervento, in AA.VV. (cur.), Tavola rotonda sul positivismo giuridico - Quaderni della rivista *Il politico*, Milano: Giuffrè: 78-84.
- Scarpelli U. 1971, "Il metodo giuridico", in *Rivista di diritto processuale*, (XXXVI) 5: 553-574.
- Scarpelli U. 1997 [1965], *Cos'è il positivismo giuridico*, Catania A. e Jori M. (cur.), Napoli: Editoriale Scientifica.
- Scarpelli U. 2023, "Modelli di giudice", in *Lo Stato*, 20: 191-241.
- Schauer F. 2016, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, edizione italiana, Ratti G.B. e Velluzzi V. (cur.), Carocci editore: Roma.
- Schiavello A. 2023, *Conoscere il diritto*, Modena: Mucchi Editore.
- Serra T. 2001, *La democrazia redenta. Il cammino senza fine della democrazia*, Torino: Giappichelli.
- Simitis S. 1977, *Crisi dell'informazione giuridica ed elaborazione elettronica dei dati*, Caizzone G. (cur.) e con presentazione di Frosini V., Milano: Giuffrè.
- Tarello G. 1957, *Sul problema della crisi del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Tarello G. 1970, "Stato dell'organizzazione giuridica e tendenze evolutive", in Bessone M. (cur.), *Sullo stato dell'organizzazione giudiziaria. Intervista a Giovanni Tarello*, Bologna: Zanichelli.
- Velluzzi V. 2010, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano: Giuffrè.
- Velluzzi V. 2013, *Le preleggi e l'interpretazione. Una introduzione critica*, Pisa: Edizioni ETS.
- Velluzzi V. e Schiavello A. 2022, Percorsi del positivismo giuridico. Hart, Kelsen, Ross, Scarpelli. Estratto da *Il Positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Torino: Giappichelli.
- Villa V. 2013, "Il problema della scienza giuridica", in G. Pino - A. Schiavello - V. Villa (cur.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al pensiero positivo*, Torino: Giappichelli: 379-390.
- Viola F. 2013, "Il rule of law e il pluralismo giuridico contemporaneo", in M. Vogliotti (cur.), *Saggi sulla globalizzazione giuridica e il pluralismo normativo*, Torino: Giappichelli: 95-125.
- Waldron J. 2001, *Principio di maggioranza e dignità della popolazione*, Pintore A. (cur.), Milano: Giuffrè.
- Zaccaria G. 2012, *La comprensione del diritto*, Bari-Roma: Laterza.
- Zanetti Gf. 2015, *Eguaglianza come prassi. Teoria dell'argomentazione normativa*, Bologna: il Mulino.
- Zanetti Gf. 2019, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma: Carocci editore.
- Zorzetto S. 2022, "I precedenti giurisprudenziali nell'argomentazione giudiziaria", in *Diritto & questioni pubbliche*, 2: 179-206.

Claudia Atzeni<sup>1</sup>

*Liberalism and Ecology: Brief Reflections on Compatibility and Limits in the Context of European Union.*

#### ABSTRACT

The aim of my contribution is to analyse the extent to which liberalism and ecology are compatible. First, we will briefly analyse some concepts that could be problematic for the theoretical dimension of liberalism (such as the obligation towards future generations). Then I will focus on the difficulties of environmental protection and climate justice within contemporary liberalism, especially in the practise of one of its most complete forms: the process of European integration. I will mention the European Green Deal, the European Union's action plan that aims to make Europe the first climate-neutral continent by 2050. Finally, I will try to justify the doubts about the compatibility of the normative ideal of liberalism with climate justice.

#### KEYWORDS

Anthropocene, Liberalism, Climate Crisis, European Green Deal, Climate Justice.

#### INDEX

1. The 'Problem' of Liberalism. 2. Liberalism and the Process of European Integration. 3. Ecological Crisis in the European. 4. Concluding remarks.

#### 1. The 'Problem' of Liberalism.

In recent years, new, meaningful words have found their way into our legal lexicon. Ecology, sustainability, climate crisis and climate justice have burst into the scientific debate, partly because of the importance that these terms take on in government decisions.

They are concepts that create new needs and stimulate reflection on the necessary policies. Scientists are debating on several levels with the aim of outlining a possible balance between economic growth, sustainable development and measures to combat climate change. However, these reflections cannot avoid addressing the problem of social inequalities, which will increase precisely because of the climate crisis.

For all these reasons, it becomes even more urgent to find new lines of legal and ethical discourse. On the one hand, legal rules play a key role in regulating the interactive dynamics between the individual and nature, in a framework that is inevitably changeable and requires the protection of the environmental good. On the other hand, a radical rethinking of the ethical status of the relationship between the individual and the natural world is necessary. Indeed, environmental ethics addresses new moral patients (for example, non-human beings as well as future generations) and forces us to question the anthropocentric philosophical paradigm.

---

<sup>1</sup> Research fellow in Philosophy of Law and General Sociology at the Magna Graecia University of Catanzaro, e-mail: [claudia.atzeni@unicz.it](mailto:claudia.atzeni@unicz.it)

The time in which we live can be defined as the Anthropocene<sup>2</sup>, Capitalocene<sup>3</sup> or Arguriocene<sup>4</sup>: Each term emphasises the impact of human activity on the world and its technological development, especially on the climate and the ecosystem<sup>5</sup>. As Ignatieff says, the moral imperative of the individuals of this era is to take responsibility for having acted as “masters of nature”<sup>6</sup>. In a time of severe environmental crisis, such as the one we are experiencing, it is legitimate to ask whether or not a change in behavioural patterns that can take into account the interdependence between the individual and nature is necessary. Arne Naess’s *ecological self*<sup>7</sup>, Nicolai Hartmann’s *ontology*<sup>8</sup> and Hans Jonas’s *imperative of responsibility*<sup>9</sup> are in this direction: even if they sometimes start from different assumptions, they all have in common the theoretical and ethical rethinking of the natural dimension.

A particularly relevant concept when we talk about these issues is that of climate justice<sup>10</sup>. Although it is a concept with many nuances, it is not always given the importance it deserves in the academic scientific debate. This is because it is a concept that not only sets in motion the idea of a climate emergency in the technical sense, but rather a principle that emphasises how differently the climate crisis affects societies depending on their socio-economic conditions. In this sense, the emergence of climate justice has made it possible to highlight the impact on rights, socio-economic inequalities and power asymmetries. Indeed, the introduction of the concept of climate justice into the scientific debate forces us to reflect on the fact that “we cannot think of solving the crisis of the century without first reducing inequalities, redistributing responsibilities and creating instruments for protection, recognition and reparation”<sup>11</sup>.

However, it would be difficult to look for references to nature as a being with intrinsic value in liberal theories as well as in contemporary authors who invoke utilitarianism or contractarianism<sup>12</sup>.

Looking at the different meanings of the term ‘liberalism’ (philosophical, political and economic) —as well as its recent developments in modern times (ordoliberalism and neoliberalism), certain recurring elements can be recognised from an ethical and legal perspective. These include the central importance attached to the protection of human freedoms, the imposition of limits on sovereign power and the pursuit of a desirable and efficient economic order.

Emphasising this “long-termism”, as well as the issue of intergenerational differences and sustainability requires a kind of politics that finds no conceptual prisms in liberal theories. The complexity of the environmental crisis would require corrections determined by long-term planning, as well as a significant change in the political and economic management of resources. It is in the nature of things that these measures concern interests and preferences that are not directly attributable to the citizens of our time (the so-called future generations) or to living beings (the entire ecosystem).

Through the lens of one of the theoretical foundations of liberalism (the right to property), some of the most important liberal philosophers, such as Edmund Burke<sup>13</sup> and John Locke<sup>14</sup>, viewed the earth as the common property of generations. Those who have looked more closely at the differences between generations today – such as Brian Barry<sup>15</sup> – have tried to see an indirect reciprocity between generations. According to Barry, today’s generations are called upon to leave their children capital

<sup>2</sup> Crutzen, Stoermer 2002: 23.

<sup>3</sup> Moore 2015: 70.

<sup>4</sup> Porciello 2022: 13.

<sup>5</sup> Atzeni 2024: 13-14.

<sup>6</sup> Ignatieff 2020: 23.

<sup>7</sup> Naess 1995: 227.

<sup>8</sup> Hartmann 2012.

<sup>9</sup> Jonas 1985.

<sup>10</sup> Bertuzzi, Imperatore and Leonardi 2021.

<sup>11</sup> See M. Di Pierri, Preface of P. Imperatore and E. Leonardi 2023.

<sup>12</sup> Menga 2023.

<sup>13</sup> Brown Weiss 1990.

<sup>14</sup> Locke 1980.

<sup>15</sup> Barry 1978: 242-244.

of at least equal value because they have inherited it from their parents. There is therefore a kind of obligation of the current generation towards the previous generation. However, as Axel Gossieres stated: “For a state to justify its sustainable development policies by reason of obligations to the dead is a challenge to the liberal requirement of neutrality on the part of the state towards various metaphysical conceptions and views of the good life”<sup>16</sup>.

Furthermore, the endeavour to improve the future situation must be carried out from a liberal perspective, in compliance with fundamental freedoms and in accordance with the individual needs of the present day.

For example, as Robert Nozick<sup>17</sup> points out, it would be unjust to restrict the exercise of property rights in order to promote the welfare of future generations; just as it would be unjust to impose bans on pollution if the individual who is called upon to adopt environmentally friendly practises is not prepared to bear the negative effects because they are uneconomical.

With the *just savings principle* John Rawls<sup>18</sup> looks to future generations by arguing that one of our duties is to guarantee them sufficient material capital savings. However, the so-called “social minimum” is not aimed at protecting and preserving the ecosystem, but rather at leaving future generations what is necessary for the existence of good institutions.

According to Rawls, the status of the natural world and our proper relationship to it are neither essential constitutional elements nor questions of fundamental justice. Therefore, Rawls’ idea leaves environmental protection largely to the individual preferences expressed by the majority: If individuals do not feel a duty to future generations, their protection would be excluded from public policy action.

Two questions arise from this very brief overview: if we strive for an ethics of responsibility, a radical shift of perspective to future generations is required. Therefore, those who act must accept future generations as their “creditors”. As Barry says, we must return to our children a capital that is at least equal to what we have received. However, not because we have received it from those who have gone before us, but as if we had borrowed it from those who will come after us.

Secondly, we need to understand to what extent the protection of freedoms can be combined with a democratic political strategy that takes into account both the danger of the climate crisis and its anthropogenic nature.

## 2. Liberalism and the Process of European Integration.

So what freedoms are at stake in contemporary liberalism? Are they compatible with a philosophy of ecology and nature?

To answer this question, I refer to the process of European integration, which represented the most important attempt at liberal harmonisation between the individual European systems.

This process pursued the ideal of a co-operating community for a free and united Europe (we remember the Ventotene Manifesto). At the same time, this project required a necessary link between supranational and internal structures. From the second post-war period, the union between the European Communities was realised in a positive way by imposing a series of measures based on democratic principles on the Western systems. The same happened with the treaties, charters and conventions that established the recognition of human rights in various forms.

---

<sup>16</sup> Gossieres 2008: 64.

<sup>17</sup> Nozick 2013.

<sup>18</sup> Rawls 2001 and 1971.

However, as many scholars have noted<sup>19</sup>, this particular union between states was realised under the political, legal and economic profile of a “negative” integration<sup>20</sup>, which was thus conceived above all for market freedoms and aimed at their homogenisation.

It is therefore a functional union, in the sense that the efforts of the European institutions are mainly focussed on the economic sphere. And it is precisely for this reason that there has been much discussion in recent years about *neoliberal* or *ordoliberal* Europe<sup>21</sup>. According to Jürgen Habermas<sup>22</sup>, this unique shared sovereignty was not achieved through the ethical and moral constitutionalisation of its inspiring principles, but through the constitutionalisation of the system of economic freedoms. From the creation of the European Coal and Steel Community in 1951 to the signing of the Treaties of Rome in 1957, the realisation of the Customs Union and the Common Market and the Economic and Monetary Union in 1992, the four fundamental economic freedoms were recognised as the main means of achieving European integration. In this way, the “ever closer union of the peoples of Europe” announced in the preamble to the EEC Treaty could be achieved.

Over the last ten years, the constitutionalisation of economic freedoms has been significantly exacerbated by the crises in the European Union (think, for example, of the Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union). These crises have accelerated the consolidation of a series of economic measures that were born as emergencies. But they have also meant that a large part of collective life and political-legislative decisions in the economic sphere have been largely removed from democratic control. For this reason, there is often talk of a European *democratic deficit*, of a tension between liberal ideals and the principle of popular sovereignty<sup>23</sup>.

Although it is plausible to believe that there are objective differences between the theoretical programmes of contemporary liberalism – based on the geographical location of the Austrian School, the Freiburg School and the Chicago School – there is a convergence in the recognition of a worldview between the contemporary forms of liberalism, ordoliberalism and neoliberalism. There is, in fact, a certain order (the “ordo” of which the ordoliberals Franz Böhm and Walter Eucken spoke<sup>24</sup>) and a certain governance, both destined to form the premises of a competitive model outlined by an economic constitution capable of containing the role of economic power and the pluralism of interests expressed in contemporary societies. In this sense, contemporary liberalism – regardless of its names – presents itself as the political-theoretical basis of an economic order with a market that cannot exist without the state. The institutional framework thus becomes an essential instrument of the free economy, capable of ensuring a market policy based on economic freedoms and competition, as Warner Bonefeld<sup>25</sup> explains.

The European management of the ecological crisis seemed to respond perfectly to these needs: in 2019, the European Commission presented the European Green Deal project, a strategy aimed at tackling the environmental problem through a series of measures. In parallel, EU Regulation 2021/241 (establishing the Recovery and Resilience Device<sup>26</sup>) was adopted in response to the Covid-19 pandemic crisis with a focus on the environment. However, one of the main objectives was to equip the European Union with a modern, competitive and resource-efficient economy. One of the most important instruments for reducing gas emissions was certainly the system of Directive 2003/87/EC: a system for the exchange of greenhouse gas emission permits, flanked by a cap-and-trade mechanism centred on the emission allowances allocated to each company. Each limit entitles the company to emit one tonne of carbon dioxide (CO<sub>2</sub>).

<sup>19</sup> Wilkinson 2021; Menéndez, Olsen 2020.

<sup>20</sup> Scharpf 1996; Majone 2006.

<sup>21</sup> Bonefeld 2017.

<sup>22</sup> Habermas 2012: 345.

<sup>23</sup> Goldmann and Steininger 2016: 712.

<sup>24</sup> See Zanini 2022.

<sup>25</sup> Bonefeld 2017

<sup>26</sup> Regulation (Eu) 2021/241 Of The European Parliament And Of The Council [2021] L57/17.

Under the cap, companies receive or buy emission allowances, which they can trade among themselves if necessary. The system does not have the direct effect of imposing a ban on polluting companies (such as multinationals), but allows them to implement a real market, reminiscent of the carbon market and the biodiversity offset system. In this way, the purchase of the right to pollute is facilitated by clearly privileging the most competitive and polluting multinationals. This concept seems to update and concretise Nozick's theory of the sale of transferable pollution rights for certain quantities<sup>27</sup>.

### 3. Ecological Crisis in the European Union.

However, the European Green Deal does not prescribe that environmental protection must be systematically prioritized, but sets out the obligation to balance the various interests: an assessment of environmental protection needs and a reconciliation of these with the economic interests that characterise the Union's policies and actions. Indeed, the Recovery and Resilience Device (5.2) provides for financial support for the adoption of measures to protect the environment and stipulates that only measures that comply with the 'Do No Significant Harm' principle can be financed: the measures described in the national RRP's must not cause significant harm to the environment. However, the threshold is not specified<sup>28</sup>.

As already mentioned, the neoliberal style of climate policy is based on the assumption that climate change can only be effectively combated on the basis of further 'marketisation'. In this sense, the approach of international environmental policy is based on a regulative idea based on prohibitions and sanctions, and the biosphere is positioned as a 'naturalistic' sphere of intervention, separate from the rest of human activities. In this last sense, it emphasises the detachment of the idea of a policy relating to the ecosystem as a sphere separate from other spheres, such as that of industrial policy, to which it ultimately has an obvious subalternity<sup>29</sup>.

While these legal provisions allow governments to intervene to limit individual actions that violate or threaten to violate individual rights, they do not protect the ecosystem. In fact, they appear as simple palliative measures that mitigate the effects of climate change without actually influencing it<sup>30</sup>.

The political initiatives of the European institutions seem to be far removed from contemporary ecological perspectives. They are certainly far removed from Serge Latouche's more radical degrowth paradigm<sup>31</sup>. According to Latouche, industrial civilisation can only avoid catastrophe if it renounces its consumerism and productivism. For the French economist, economic theory must encompass a range of good practises, from the self-management of territories to opulence frugale, which serve environmental sustainability and social justice.

European legal-political practises, however, seem to be far removed from the milder perspective of Herman Daly, who, starting from demographic control, identifies three indispensable conditions for the sustainability of the functioning of the economic system: the balance between the rate of utilisation of renewable resources and their rate of regeneration; the idea that the release of pollutants

<sup>27</sup> Nozick thus introduces Dale's idea of selling transferable rights to pollute in certain quantities. See Dales 1968. The only problem Nozick (2013: ch. 4) points out with this "elegant proposal" by Dale is that it "involves central decision as to the desirable total amount of pollution".

<sup>28</sup> From this point of view, the definition of *nomocene* is interesting. It is a concept that takes into account the extensive environmental regulations. As has been argued, the concept would allow us to provide an adequate theoretical space for reconstructing the impact of environmental law on the environment in substantive terms, i.e. the actual effectiveness of environmental law. See Viola 2024: 2.

<sup>29</sup> Imperatore and Leonardi 2023: ch. 1.

<sup>30</sup> On the possible critical issues of recent legislative interventions, see: Buono 2023.

<sup>31</sup> Latouche 2010.

and waste into the environment must not exceed the carrying capacity (or disposal) of the environment itself; the constancy over time of the stock of non-renewable resources<sup>32</sup>.

Supranational policy, however, is far from both of these points of view: the proposed regulatory models seem to follow a kind of American libertarian model of climate development. Libertarians generally believe that government action should be limited and that the solution to any crisis should lie in the actions of the individual. This also applies to the climate issue - in libertarianism there is an “awareness of the moral problems concerning air pollution”<sup>33</sup>. It has been argued that libertarianism can expect today’s generations, especially in wealthier countries, to correct the excessive emissions caused by their ancestors. The air pollution factor is seen as a threat or harm to individual innocent victims or their private property. However, it is not perceived or considered as harm to the ecosystem as a whole<sup>34</sup>. In such circumstances, the so-called ‘non-aggression principle’ can be activated when individual emissions cross the personal or protected boundaries of others without their consent. When this happens, the victims of the unwanted emissions can be compensated. Torpman argues that libertarianism is not indifferent to climate risks. Libertarians might conclude that these are genuine rights violations against which individuals can exercise a right of self-defence. However, he himself recognises that libertarianism can provide some, if only modest, protection for members of future generations<sup>35</sup>.

This means that for libertarian thinkers, society is fully responsible when it is intersubjectively responsible, i.e. when actions are carried out in awareness of the harm they could cause. The theoretical consequence of this, however, is the idea that individuals can solve the environmental problem themselves. This seems to be a fallacy, also because the actions of the individual are tiny compared to the pollution and exploitation of resources by multinational corporations. Therefore, a reference to libertarianism itself seems insufficient from the point of view of its moral basis<sup>36</sup>.

Rather, any government action to protect the environment at the international level must necessarily take into account the responsibility of industrialised countries for the environmental unsustainability of current economic systems. Since climate change, as we have seen, is a problem that has an indefinite temporal extension, it affects people of different generations who will be affected by the effects of the environmental crisis. It is therefore absolutely necessary to introduce concrete methods of authentically sustainable development into the political and academic debate. At the same time, however, any strategy runs the risk of being completely ineffective if the industrialised countries are not prepared to adopt not only a new way of doing business, but also a new way of organising society.

#### 4. Concluding remarks.

I therefore conclude by saying that the transition to a sustainable system appears more as an opportunity to increase corporate profitability than as a genuine realisation of the environmental crisis. Globalisation is rewriting the balance between the market and politics, creating a clear imbalance in favour of politics. And as Luigi Ferrajoli has repeatedly emphasised – most recently in *Towards a Constitution of the Earth*<sup>37</sup> – market reinforces the valorisation of nature as a productive element rather than mitigating it: In the Anthropocene, nature loses its intrinsic, transcendent and

---

<sup>32</sup> Daly 1999.

<sup>33</sup> Torpman 2016: 9.

<sup>34</sup> See Rothbard 1973: 319: “The vital fact about air pollution is that the polluter sends unwanted and unbidden pollutants [...] through the air and into the lungs of innocent victims, as well as onto their material property. All such emanations which injure person or property constitute aggression against the private property of the victims”.

<sup>35</sup> Torpman 2016: 79.

<sup>36</sup> See the idea of “a morality of individual rights” in Zwolinski 2015: 515-529.

<sup>37</sup> Ferrajoli 2020.

ontological value in order to gain its individual power, which corresponds to the principle of the existence of homo oeconomicus.

As Alessio Lo Giudice<sup>38</sup> emphasizes, climate justice aims to protect the most vulnerable people, as they do not have sufficient resources to cope with the environmental and socio-economic impacts of climate change. The privatisation of common goods, the exploitation of resources for economic growth and the system of financial exchange of polluting capacities, on the other hand, go in a completely different direction. This type of action forces us to reformulate the concepts of responsibility, legitimacy and justice in the light of a contemporary social context that raises profound questions about our development model.

Over the last twenty years, social systems in the West have been confronted with two main problems. On the one hand, the demand for social protection has increased due to new social risks. On the other hand, available resources have decreased due to the economic crises of 2008 and the 2020 pandemic. In this context, the incomes of families and workers have fallen in real terms over the last fifteen years. Poverty and inequality have increased, jeopardising social and democratic stability.

Climate change creates new social risks: it threatens people's health, the sustainability of economies and worsens conditions for vulnerable communities by increasing poverty, inequality and migration.

The concept of climate justice explains the idea that the impacts of climate change are not evenly distributed and that there are significant disparities in the distribution of both responsibility for the climate crisis and its impacts. However, not only do the most vulnerable regions suffer more from the effects of global warming - even though they have contributed less to global emissions - but even within the most industrialised regions, those who pay the price for the crises are most affected by social and structural inequalities<sup>39</sup>.

Therefore, the liberal normative ideal – which aims to prevent excessive interference by institutions in the freedoms and rights of all – is difficult to reconcile with the need for collective, international and intergenerational action now dictated by tackling the climate crisis. Capitalism, the privatisation of common goods, the exploitation of resources for economic growth, the system of financial exchange of polluting capacities are inadequate, and harmful, in the face of the crises in which we find ourselves. In this sense, a set of national and supranational legal rules that integrate humanity and the Earth system and redefine the concepts of responsibility and environmental justice is indispensable.

## BIBLIOGRAPHY

Atzeni C. 2024, L'etica ambientale tra diritto, crisi ecologica e libertà fondamentali: profili giuridico-filosofici, in *Federalismi.it*, 4: 1-20.

Barry B. 1978, Circumstances of Justice and Future Generations, in Sikora R.I. and Barry B. (eds.), *Obligations to Future Generations*, Philadelphia: Temple University Press: 204-248.

Bertuzzi N., Imperatore P. and Leonardi E. 2021, The Fridays for Future in Italy: Constituency, Networks and Frame, in Estanque E. and Neves Costa D. (eds.), *Transformar o capitalismo com utopias reais: Em torno do legado de Erik Olin Wright*, Coimbra: Cescontexto: 272-289.

Bonefeld W. 2017, *The Strong State and the Free Economy*, Lanham: Rowman & Littlefield.

Brown Weiss E. 1990, Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment, in *The American Journal of International Law*, 84: 198-207.

<sup>38</sup> Lo Giudice 2020: 124.

<sup>39</sup> Moore 2023.

- Buono E. 2023, Costituzionalismo ambientale europeo e doveri di solidarietà. Italia e Germania nell'Antropocene, in *DPCE online*, 2: 465-486.
- Crutzen P.J. 2002, Geology of Mankind, in *Nature*, 415:23.
- Crutzen P.J. and Stoermer E.F. 2000, The Anthropocene, in *IGBP Newsletter*, 41: 17-18.
- Dales J.H. 1968, *Pollution, Property and Prices*, Toronto: University of Toronto Press.
- Daly H.E. 1999, *Ecological Economics and the Ecology of Economics: Essays in Criticism*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Ferrajoli L. 2020, Towards a Constitution of the Earth, in *Teoria politica*, 10: 39-57.
- Goldmann M. and Steininger S.A. 2016, A Discourse Theoretical Approach to Sovereign Debt Restructuring: Towards a Democratic Financial Order, in *German Law Journal*, 17 (5): 709-746.
- Gosseries A. 2008, Theories of Intergenerational Justice: a Synopsis, in *SAPIEnS*, 1.
- Habermas J. 2012, The Crisis of the European Union in the Light of a Constitutionalization of International Law, in *The European Journal of International Law*, 23 (2): 345-348.
- Hartmann N. 2012, *New Ways of Ontology*, London: Routledge.
- Ignatieff M. 2020, Liberalism in the Anthropocene, in *Liberties*, 6: 6-23.
- Imperatore P. and Leonardi E. 2023, *L'era della giustizia climatica, Prospettive politiche per una transizione ecologica dal basso*, Napoli-Salerno: Orthotes.
- Jonas H. 1985, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, Chicago: University of Chicago Press.
- Latouche S. 2010, *Pour sortir de la société de consommation. Voix et voies de la décroissance*, Paris: Les Liens Qui Libèrent.
- Lo Giudice A. 2020, Antropocene e giustizia climatica. L'importanza di un'etica della responsabilità, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 2: 109-127.
- Locke J. 1980 [1689], *Second Treatise of Government*, Indianapolis: Hackett Publishing.
- Majone G. 2006, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford: Oxford Academic: 143-161.
- Menéndez A.J. and Olsen E.D.H. 2020, *Challenging European Citizenship. Ideas and Realities in Contrast*, London: Palgrave Pivot.
- Menga F.G. 2023, When the Generational Overlap Is the Challenge Rather Than the Solution. On Some Problematic Versions of Transgenerational Justice, in *The Monist*, 106 (2): 194-208.
- Moore J.W. 2023, On Capitalogenic Climate Crisis: Unthinking Man, Nature and the Anthropocene, and Why it Matters for Planetary Justice, in *Real-world Economics Review*, 106: 123-134.
- Moore J.W. 2015, Putting Nature to Work. Anthropocene, Capitalocene, & The Challenge Of World-Ecology, in Wee C., Schönenbach J. and Arndt O. (eds.), *Supramarkt: The Cancer Stage. How sick is our social defense system?*, Gothenburg: Irene Publishing Sweden: 69-117.
- Naess A. 1995, Self-Realization. An Ecological Approach to Being in the World, in Sessions G. (ed.), *Deep Ecology for the Twenty-First Century*, Boulder: Shambhala: 225-239.
- Nozick R. 2013 [1974], *Anarchy, State, and Utopia*, New York: Basic Books.
- Porciello A. 2022, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Roma: Carocci.
- Ptak R. 2009, Neoliberalism in Germany: Revisiting the Ordoliberal Foundations of the "Social Market Economy", in Mirowski P. and Plehwe D. (eds.), *The Road from Mont Pelerin: The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press: 98-138.
- Rawls J. 2001, *Justice as Fairness: A Restatement*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- Rawls J. 1971, *A Theory of Justice*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press.
- Rothbard M. 2006 [1973], *For a New Liberty: The Libertarian Manifesto*, Auburn: Ludwig Von Mises Institute.
- Scharpf F.W. 1996, Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in Marks G. et al. (eds.), *Governance in the European Union*, Los Angeles: Sage: 15-39.

CLAUDIA ATZENI

Torpman O. 2016, *Libertarianism and Climate Change*, Stockholm: Stockholm University.

Viola P. 2024, Nomocene e costituzionalismo ambientale, in *DPCE online*, 06/06: 1-4.

Wilkinson M.A. 2021, *Authoritarian Liberalism and the Transformation of Modern Europe*, Oxford: Oxford University Press.

Zanini A. 2022, *Ordoliberalismo. Costituzione e critica dei concetti (1933-1977)*, Milan: il Mulino.

Zwolinski M. 2015, Property Rights, Coercion, and the Welfare State: The Libertarian Case for a Basic Income for All, in *The Independent Review*, 17 (4): 515-529.

Ludovico Ercole <sup>1</sup>

*Contributo alla disambiguazione del concetto di giustizia predittiva. Chiarimenti propedeutici per una critica della certezza del diritto.*

#### ABSTRACT

This contribution explores the concept of ‘predictive justice’, which has become established in legal doctrine, by highlighting its semantic ambiguity. Starting from this point, through a process of clarifying (disambiguation) the concept to show the ‘sense’, ‘mode’, and ‘foundation’ of the connection between justice and prediction, the author considers a reformulation of the concept, functional to the principle of legal certainty, to be appropriate for any further theoretical and practical development of the phenomenon.

#### KEYWORDS

Certainty, Method, Predictive justice, AI, Judgment.

#### INDICE

1. Un orizzonte ambiguo e il problema del ribaltamento tra teoria e applicazione. 2. Disambiguazione linguistico-concettuale in due tempi. 3. Riformulazione funzionale. 4. La certezza del diritto: perché “il metodo è ancora il problema del metodo”? La questione del fondamento.

#### 1. Un orizzonte ambiguo e il problema del ribaltamento tra teoria ed applicazione.

Negli ultimi anni si è manifestato un marcato aumento nell'utilizzo della locuzione ‘giustizia predittiva’. La discussione applicativa su questo argomento è ormai pervasiva, non risparmiando alcun settore della dottrina giuridica; al tempo stesso, però, questo fervore male si accompagna con l’alone di ambiguità che avvolge il fenomeno e il suo concetto.

Sul piano pratico, infatti, è riscontrabile un evidente incremento delle iniziative rivolte allo sviluppo e alla realizzazione materiale di soluzioni intitolate, appunto, di ‘giustizia predittiva’. Ma se quelle offerte da un numero crescente di cd. *Legal tech startups*<sup>2</sup> nel settore privato suscitano un sentimento di allerta più mitigato<sup>3</sup>, ben diversa è la sensazione avvertita quando applicazioni di analisi predittiva vengono discusse per l’implementazione nel settore pubblico dell’amministrazione della giustizia. Qui, le cose si fanno più interessanti e problematiche<sup>4</sup>, in quanto chiamano in causa

<sup>1</sup> Adjunct Professor in Filosofia del diritto presso LUISS Guido Carli, Dipartimento di Giurisprudenza, e-mail [lercole@luiss.it](mailto:lercole@luiss.it)

<sup>2</sup> Sul fenomeno si veda fra gli altri Maugeri 2019: 159; Eidenmuller 2017. Per una panoramica dei servizi che il mercato delle cd. “Legal tech Start-ups” propone, si veda Barton 2015; Id. 2014. Agli stessi fini, per un più ampio approfondimento, cfr. Maslej, Fattorini, Brynjolfsson, Etchemendy, Ligett, Lyons, Manyika, Ngo, Niebles, Parli, Shoham, Wald, Clark, Perrault 2023.

<sup>3</sup> D’altronde, la scelta di un operatore giuridico privato di avvalersi di servizi tech offerti sul mercato coinvolge un dominio, quello dell’autonomia privata, in cui la stessa logica mercantile ha la capacità di offrire gli opportuni anticorpi agli interessi coinvolti.

<sup>4</sup> Non è un caso, infatti, che l’attenzione del legislatore europeo si sia rivolta fin dal 2008 alla questione della possibile “colonizzazione” da parte delle nuove tecnologie dell’informazione nel campo della giustizia, Si sono succeduti a cadenza quinquennale, infatti, tre action plans con l’intento evidente di sviluppare una governance efficace del fenomeno. In

## CONTRIBUTO ALLA DISAMBIGUAZIONE DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA PREDITTIVA.

### CHIARIMENTI PROPEDEUTICI PER UNA CRITICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO.

l'esercizio di una funzione sovrana fondamentale secondo modalità nuove rispetto a quelle consolidate da una tradizione di pensiero e azione lunghe svariati secoli.

In ogni caso, il precipitato è stato un gran fiorire di progetti operativi, in moltissimi degli Stati membri dell'Unione<sup>5</sup>. Il panorama delle soluzioni operative, però, si presenta profondamente diversificato. Il caso italiano rappresenta un ottimo campione per dar conto di questa geografia così frastagliata. Basta una rapidissima rassegna dei progetti di giustizia predittiva in atto per rendersi conto di come non vi sia una sostanziale uniformazione degli approcci. Infatti, se da un lato, il panorama nazionale circa i progetti in senso lato di matrice pubblica per lo sviluppo di soluzioni di 'giustizia predittiva' si caratterizza per la costante coordinazione degli sforzi di due attori principali – le università e i tribunali; che affiancano all'analisi e costruzione teorica nei centri di ricerca, la messa in opera pratica nei luoghi di amministrazione della giustizia –, dall'altro lato, è possibile notare come sotto lo stesso *nomen* sia possibile allineare, quantomeno due modelli di sviluppo differenti, al loro interno caratterizzati rispettivamente secondo un ventaglio di modalità operative decisamente differenziato<sup>6</sup>.

Il panorama, dunque, si presenta caratterizzato da un'evidente ambiguità e nel suo insieme la prima sensazione che produce è quella del sospetto di trovarsi immersi in un'ondata di *hype*<sup>7</sup> non del

---

particolare, nell'ultimo action plan (2018-2023), al progetto n. 11 sono previste specifiche azioni rivolte all'implementazione dei sistemi di AI nel settore giurisdizionale. Available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(02)). A riprova dell'importanza problematica delle applicazioni di questo tipo, la recente Proposta di Regolamento sull'Intelligenza artificiale, presentata dalla Commissione europea nell'aprile 2021, definisce “sistemi ad alto rischio” – ossia in grado di creare “un rischio elevato per la salute e la sicurezza o i diritti fondamentali delle persone fisiche” e quindi sottoposti ad una più stringente disciplina di controllo preventivo – i sistemi di AI implementati all'interno dell'area della “amministrazione della giustizia”, per il solo fatto di essere utilizzati in quel settore. Cfr. COM/2021/206 final, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>.

<sup>5</sup> Perfettamente fotografato da uno studio della Commissione Europea del 2020. Cfr. *Study on the use of innovative technologies in the justice field. Final Report September 2020*, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fb8e194-f634-11ea-991b-01aa75ed71a1/language-en>.

<sup>6</sup> Il primo modello, puntando all'obiettivo del miglioramento dell'amministrazione della giustizia nei confronti di una collettività, intende fornire strumenti, da un lato, di previsione degli orientamenti decisorii degli uffici giudiziari da parte dell'utenza e, dall'altro, di coordinamento coerente della funzione decisoria da parte delle giurisdizioni di primo grado. Il risultato sperato, in ogni caso, consisterebbe nella strutturazione di un sistema di determinazione induttiva degli atti di esercizio della funzione giurisdizionale, senza l'utilizzo in questo caso di strumenti di intelligenza artificiale. Al primo gruppo fanno parte il progetto “Prevedibilità delle decisioni” della Corte di Appello di Bari, quello “Giustizia predittiva” sviluppato dalla collaborazione tra la Corte di Appello e l'Università di Brescia, nonché il più recente “Giustizia smart” avviato in Sicilia su impulso dell'Università di Palermo. Le differenze si lasciano apprezzare sul piano delle soluzioni operative individuate per perseguire l'obiettivo indicato: attraverso la redazione di “schede tematiche sulla Giurisprudenza consolidata delle Sezioni” pubblicate all'interno del sito istituzionale della Corte, nel primo caso (“Prevedibilità delle decisioni”, Tribunale di Bari), la creazione di una banca dati “smart” delle decisioni di merito dei tribunali unite alla massima e all'illustrazione degli elementi del caso concreto, nel secondo caso (“Giustizia predittiva”, Corte di Appello e Università di Brescia) e la creazione di modelli/formulari pre-impostati di decisione (Giustizia smart, Università di Palermo). Diverso è il tenore operativo del secondo modello di sviluppo; centrale risulta, infatti, l'implementazione di strumenti di intelligenza artificiale nel contesto della funzione giurisdizionale. I tentativi consistono nella creazione di strutture tecnologiche di supporto all'attività dei giudici, in modo da garantire l'efficientamento della fase decisoria. Il riferimento è al progetto “Predictive Jurisprudence” portato avanti dalla collaborazione tra Università Sant'Anna di Pisa e i Tribunali di Pisa e Genova, al progetto “Giustizia predittiva” dall'Università di Milano e dal Tribunale della stessa città meneghina e al progetto “Iustitia” dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria. Le linee di intervento di questa implementazione delle tecnologie di AI risultano, anch'esse, plurime: dall'analisi, mediante tecniche di machine learning, delle decisioni archiviate nei sistemi informatici dei tribunali per la creazione di un archivio navigabile con modalità semantiche, alla estrazione di massime e principi di diritto dalle sentenze, passando per la valorizzazione a fini predittivi, delle variabili numeriche contenute nelle decisioni, nonché l'utilizzazione di tecniche di NLP (Natural Language Processing) per definire forme strutturate di atti giudiziari e per la predisposizione automatica degli stessi. Per una schematica presentazione cfr. Giordano 2022.

<sup>7</sup> Questo termine, nato nel campo del marketing funzionale ma ormai invalso nell'uso quotidiano, lo si intende tenendo presenti entrambi i fronti del suo significato d'uso. Da un lato, infatti, esso indica il clamore, l'interesse e la conseguente aspettativa per qualcosa che non è ancora presente ma che potrebbe porsi come un *quid novum*; dall'altro, significa

tutto cosciente. Gli interessi economici che ruotano intorno a questo fenomeno sono sotto gli occhi di chiunque e potrebbero essere individuati con facilità come la ragione fondante una sensazione di questo tipo, ma l'ipotesi di questa riflessione intende muoversi su un piano differente, supponendo che lo sviluppo di un mercato rilevante delle soluzioni di 'giustizia predittiva' sia solo il sintomo di una causa più profonda e totalmente eterogenea, consistente nel fatto che i contorni di ciò di cui si parla e su cui si opera, nonché le direzioni e gli obiettivi di questi interventi applicativi, scontino un difetto di indeterminazione di base sul versante teorico<sup>8</sup> ancora troppo marcato.

In effetti, questo è un problema tipico della contemporaneità, opportunamente segnalato<sup>9</sup> come la difficoltà del pensiero teorico a porsi quale fondamento di quello applicativo, una difficoltà che si mostra spesso nella forma di un ribaltamento del rapporto di fondazione. Se la grande esplosione di conoscenza scientifica di cui il secolo breve è stato teatro, con dimensioni quantitative e qualitative inedite rispetto al passato, ancora seguiva una dinamica strutturata sul rapporto di prevalenza del pensiero teorico di base su quello tecnologico applicativo, tale per cui il primo anticipava il secondo che, sui risultati di quello, a posteriori ne concretizzava le potenzialità applicative; oggi, in molti casi – e quello in analisi sembra esserne uno rilevante –, il sapere applicativo si sviluppa autonomamente rispetto a quello teorico, anticipando accadimenti senza che siano disponibili e precedenti teorie in grado di prefigurare le possibilità, i limiti, le conseguenze di una certa applicazione tecnologica concreta. In questa prospettiva, le tecnologie applicative si evolvono con una miriade di prodotti disordinati e scollegati<sup>10</sup>, non preceduti da un ordine di governo preventivo, l'ordine della teoria scientifica.

Diventa incombente un quesito: di fronte a questa riarticolazione del rapporto tra pensiero teorico e pensiero applicativo, o se si vuole tra scienza e tecnologia, quale dovrà essere il ruolo e le possibilità del pensiero teorico? Se la teoria scientifica, come metodologia pre-deterministica, è sempre meno in grado di svolgere il ruolo di traino nei confronti dell'applicazione tecnologica e questa esibisce la capacità di imporsi autonomamente, sarà necessario dover sancire la fine del pensiero a-priori e riconoscere che il famoso titolo<sup>11</sup> di Chris Anderson non fu semplicemente una provocazione? Oppure è ancora possibile ritenere che vi sia una strada, magari anche a posteriori, che permetta la comprensione di ciò che, apparendo, rimane trattenuto e celato?

La strada tentata da questa riflessione segue la seconda direttrice, nella convinzione che sia ancora fruttuosa un'indagine che riconosca al pensiero teoretico una funzione pregnante, quantomeno nella forma di critica. Se le capacità del pensiero scientifico, nella sua conformazione di teoria a priori, di determinare lo sviluppo applicativo diminuiscono, infatti, più che la fine del problema teoretico sembra di assistere ad una sua metamorfosi; la questione teoretica, intesa come domanda di senso ancora inesa di fronte alla priorità applicativa, si riarticola, ora più che mai, come questione pienamente fenomenologica. "Tornare alle cose", in questo caso, significa ri-considerare opportuna la funzione di una teoresi dei fenomeni applicativi, come critica fenomenologica; opera di svelamento. Se così è, l'operazione di una filosofia, anche giuridica, adatta alle sfide del presente può trovare il suo avvio proprio dal fenomeno, sviluppandosi in un'operazione di scavatura del senso celato.

---

letteralmente 'montatura' o 'gonfiamento'. Questa duplicità di senso mostra chiaramente il rischio potenziale di una delusione successiva, quando non di un vero e proprio inganno.

<sup>8</sup> Nella sterminata letteratura, danno conto dell'attualità del dibattito Carleo 2019; Santosuosso, Boscarato, Carleo, 2012: 494; Battelli 2020: 281; Carratta 2020: 491; Zaccaria 2020: 277. Si veda fra l'altro l'interessante fascicolo che "Questione Giustizia" ha dedicato al tema della prevedibilità giuridica v. AA.VV. 2018. Per una ricognizione del panorama internazionale di vedano fra gli altri Altetra, Tsarapatsanis, Preotiuc-Pietro, Lampos 2016. Da una prospettiva di filosofia e teoria generale del diritto, nella crescente produzione sul tema, si veda almeno: Barberis 2022, Andronico 2021.

<sup>9</sup> Si veda a tal fine la pluriennale riflessione di Mauro Ceruti che nel panorama italiano, nel dialogo con Gianluca Bocchi, rappresenta il riferimento obbligato. Cfr. in particolare Ceruti 1995; Id., 1993.

<sup>10</sup> Appare evidente il parallelismo con l'evoluzione della vita biologica: come la storia dei grandi tentativi dell'evoluzione biologica, non si sa chi o cosa vincerà e sopravviverà e chi o cosa, perdente, perirà.

<sup>11</sup> Anderson 2008.

## CONTRIBUTO ALLA DISAMBIGUAZIONE DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA PREDITTIVA.

### CHIARIMENTI PROPEDEUTICI PER UNA CRITICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO.

Il primo fattore, tra quelli concorrenti, in grado di sostenere la sensazione di *hype* come descritta e la necessità di un lavoro di critica fenomenologica, consiste nel rapporto tra parola e cosa.

Infatti, di fronte al *nomen* ‘giustizia predittiva’ non emerge con evidenza la *ratio* e il *quomodo* della connessione che la nuova locuzione ci consegna; il ‘senso’ e il ‘modo’, cioè, per cui possano e debbano pensarsi insieme, secondo la sintassi della locuzione stessa, due mondi come quello della giustizia e quello della predizione. Ma non emerge neanche l’*an*, il ‘fondamento’, di questa connessione, se descrittiva o costruttiva.

Il tentativo, allora, su questo piano, è di avviare un’analisi più accurata. Queste riflessioni mirano a contribuire in un’opera di disambiguazione, rendendo discreto qualcosa che finora appare continuo. Il fondamento come ogni fondamento – di qualsiasi struttura, anche concettuale – viene prima delle questioni sul senso e sul modo ma è solo dando una forma più stabile a queste ultime che, in un’operazione di ingegneria concettuale inversa, si potrà tentare di scoprire il fondamento. Per cui, proprio con l’intento di capire se si tratti solo di malafede pregiudizievole oppure di altro – se quella in parola, sia solo l’ultima moda passeggera oppure l’epifenomeno di qualcosa di più profondo – si argomenterà, invertendo l’ordine logico, in prima battuta il problema del senso e del modo della connessione proposta dalla locuzione ‘giustizia predittiva’ e, sulla base delle risultanze che si raggiungeranno, in seconda battuta, si porrà la questione del suo fondamento.

Operativamente, ad una prima parte rivolta all’opera di disambiguazione, seguirà una seconda parte di riformulazione (igiene) concettuale, infine, quella che appare il necessario posizionamento all’interno del panorama dei problemi di una filosofia del diritto e in generale di un pensiero giuridico che intenda mantenere opportunamente una linea di dialogo con la propria tradizione.

## 2. Disambiguazione linguistico-concettuale in due tempi

Dal punto di vista dell’indagine sul senso quello di ‘giustizia predittiva’ è un *nomen* che va scavato, in quanto, ad opinione di chi scrive, non appare il più felice. Infatti, se con ‘predittività’ si consente il riferirsi alla capacità di predizione di avvenimenti futuri o situazioni conseguenti, inizia ad emergere il rischio di un corto-circuito ponendo una prima domanda: chi è soggetto della predizione?

Un primo approccio, l’analisi logico-grammaticale, consegna una risposta: ‘predittiva’ è un attributo qualificativo del soggetto ‘giustizia’. Quindi, sarebbe proprio la giustizia ad avere il carattere della ‘predittività’, sarebbe la giustizia, in quanto soggetto dell’attributo qualificativo, ad avere la ‘capacità di predire’.

A parere di chi scrive, però, il senso non si palesa: come può immaginarsi che la giustizia sia capace di predizione; che sia, cioè, il soggetto della predizione? Ed anche ammesso che si riesca in questa ‘rappresentazione’ quale sarebbe l’oggetto della predizione; la giustizia cosa predirebbe?

L’unica rappresentazione in tal senso che potrebbe immaginarsi comporta un doppio a-priori implicito: da un lato, la natura totalmente ‘astratto-idealistica’ della giustizia, dall’altro, la sua natura totalmente ‘oggettualistica’. Infatti, solo assumendo la giustizia quale *quid* astratto e ideale ma oggettivamente esistente nel mondo – della natura o della cultura, poco importa – a prescindere da una parola che la dica in atto – quale soluzione di una controversia concreta – essa potrebbe assumere il ruolo di soggetto dell’attributo della ‘predittività’; una sorta di auto-evidente criterio di predizione delle prassi. Qualcosa, fin qui, di molto compatibile, tanto alla concezione giusnaturalistica, come pure alla concezione del positivismo giuridico<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> In questo senso la duplicità rappresenta carattere costitutivo di ambedue le concezioni richiamate, seppur diversi siano i termini che la compongono: a) giustizia naturale quale oggetto conoscibile che permetterebbe la previsione delle corrette manifestazioni storiche; b) giustizia legale quale oggetto conoscibile che permetterebbe la previsione delle corrette manifestazioni applicative del caso concreto. In questa ottica si vedano, nella sterminata letteratura: Scarpelli 1953: 99 e ss.; Fassò 1958: 239-247; Bobbio 2011 [1965]; Villey 1985; Lombardi Vallauri 1987; Cotta 1989: 639 e ss.; Kelsen 2000

Il corto-circuito concettuale emerge definitivamente, infatti, ponendo una seconda domanda: quale è l'oggetto della predizione di cui sarebbe capace il soggetto giustizia? Ammesso e non concesso di trovarlo, questo oggetto della predizione, in ogni caso, risulterebbe, di necessità, qualcosa di diverso dalla giustizia. A dare questo significato, cioè, si finirebbe per escludere dal perimetro semantico di 'giustizia' tutta la dimensione pratica – nel senso di dimensione della prassi – del dire, in quanto non appartenente al contesto della pre-dizione. Si dovrebbe concludere per una distinzione rigida e irrelata tra due piani: la giustizia esisterebbe come soggetto della predizione nel senso greco del verbo *ὁράω*, 'conoscere perché si è visto'<sup>13</sup>, come idea immobile e intuitiva, e la prassi degraderebbe a insignificante brutalità. A dare, invece, questo significato al concetto di giustizia predittiva, *dike* (*δίκη*) finirebbe per coincidere con *ananke* (*ἀνάγκη*); una giustizia come fato, il *sollen* come *müssen*.

A ben guardare, però, questa è una idea che neanche nei momenti della sua massima fortuna è stata autenticamente sostenuta con tanto rigore<sup>14</sup>. Quel che si vuole intendere, cioè, è che, anche nelle concezioni che permettono di svalutare contributo formativo della prassi giuridica nell'enucleazione del contenuto di 'giustizia', quella 'prassi' non è mai totalmente esclusa.

Ma volendo insistere sul sentiero dell'analisi linguistica, risulterebbero altrettanto poco plausibili, se non proprio incredibili, le conseguenze necessitate da questa linea, alla questione del *quomodo*: la via di accesso alla predizione verrebbe ricostituita come una sorta di divinazione arcaica, se non estatica, tipica delle antiche figure sacerdotali degli oracoli<sup>15</sup>.

---

[1956]: 77 e ss. Nel dibattito più recente quanto alle "fine di ogni dualismo" non si può prescindere dalla riflessione delle pagine di Irti 2005: 18 e ss. L'A. sottolinea che la modernità si pone come modo diverso di rappresentare l'esperienza giuridica rispetto alla tradizione dei secoli precedenti in particolare il suo "carattere più fermo e sicuro è nella fine di ogni dualismo, di quella antitesi e distinzioni e alternative [...] il diritto positivo, cioè posto dagli uomini nella storia degli uomini, non era mai lasciato solo. Contro di esso veniva sempre sollevato un altro diritto". Questo "diritto altro" nella riflessione dell'A. viene prima ritrovato nel "dualismo di carattere teologico" per cui "da un lato vi sarebbero le norme dettate dalla volontà o dalla sapienza di Dio; dall'altro le norme poste dalla volontà umana"; poi nelle concezioni laiche in cui al diritto positivo si oppone il diritto di natura o di ragione; infine è la contemporaneità giuridica che esaurisce l'itinerario storico della dualità per consegnare il diritto "alla solitudine della volontà umana". A ben vedere però la duplicità si ripropone nella "circolarità logica fra decidere, giudicare e applicare [...]". La fattispecie è il necessario strumento di questa logica poiché essa contiene la figura anticipatoria di ciò che accadrà", cfr. Irti 2016: 6.

<sup>13</sup> Sul punto è necessario intendersi. L'attributo "ideale" deriva da "idea", che ha la sua radice nella particella fonetica id. Il semantema -ιδ, infatti, in prima battuta, si collega al termine latino video da cui il nostro vedere. Ma vi è di più; l'ascendente etimologico di video è l'aoristo secondo del verbo greco *ὁράω*, *εἶδον*: esso ha significato di conoscere per aver visto. In questo senso, allora, la giustizia ideale sarebbe predittiva proprio in quanto ideale, cioè espressione di una conoscenza immediata per visione. Il riferimento al senso della vista, che l'ascendenza etimologia di idea porta con sé, sembra far risuonare l'immagine descritta nelle pagine di Kelsen nei Lineamenti di dottrina pura del diritto quando l'A. trattando del rapporto fra diritto e giustizia, sottolinea che "di fronte alla presenza d'un ordinamento sociale assolutamente buono risultante dalla natura o dalla ragione o dalla divina volontà, l'attività del legislatore statale sarebbe l'insensato tentativo di illuminare artificialmente la splendente luce solare". Si veda Kelsen 2000 [1956]: 59.

<sup>14</sup> Neanche pensando a Tommaso e all'ordine cosmico della sua concezione naturalistica si riesce a trovare una duplicità distintiva tanto marcata da escludere le dimensioni della prassi dalla circonferenza della giustizia; lo strumento della *recta ratio*, che sostiene la struttura complessiva del pensiero di Tommaso, infatti, rompe quel perimetro introducendo una dimensione fattiva della giustizia. il riferimento è in primis al rapporto fra natura e intelletto (che si ritrova in Tommaso, II Sent, d.38, q.1, a.3, sol.) e in secundis alla conoscenza del diritto naturale che avviene per *connaturalitatem* o per inclinazione (S. Th, II-II, q. 45., a. 2). In questo senso si veda nella sterminata letteratura Pizzorni 2003: 269 e ss. e 349 e ss. Quanto alla essenzialità del riferimento alla *recta ratio* si veda *amplius* Hespanha 1999: 178. Neanche pensando alla precisione astratta del codice post-rivoluzionario francese, archetipo del primo positivismo<sup>14</sup>, ci si riesce a convincere dell'esilio dell'azione di *iuris-dictio* dal mondo della giuridicità e della giustizia; le parole di Portalis sono in questo senso emblematiche: "in tutte le nazioni civili viene sempre in essere, affianco del santuario delle leggi, e sotto la vigilanza del legislatore un cumulo di principi di decisioni e di dottrina che si affina giorno dopo giorno attraverso la pratica e il dibattito giudiziale, che si accresce continuamente di tutte le conoscenze acquisite, e che è stabilmente considerato il vero supplemento della legislazione". Cfr. Portalis 2015 [1841]: 36-38. Si veda inoltre in approfondimento: Bonnacase 1924; Tarello 1969: 75-77; Id. 1976; Ferrante 2002; Chiassoni 2003.

<sup>15</sup> Sarebbe un fuor d'opera riportare la sterminata letteratura che in tutte le epoche ha accompagnato la riflessione filosofica e letteraria sulla figura dell'oracolo, si veda tuttavia per la disarmante attualità del pensiero Plutarco 1983.

## CONTRIBUTO ALLA DISAMBIGUAZIONE DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA PREDITTIVA.

### CHIARIMENTI PROPEDEUTICI PER UNA CRITICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO.

Appare evidente allora che ad immaginare la giustizia, secondo il rigore logico-linguistico della locuzione in esame, come soggetto della predizione si finisce in un corto-circuito teorico, che la teoria giuridica ha da tempo immemore evitato e che sicuramente oggi esclude. L'analisi logico-linguistica della locuzione rivolta alla questione del suo senso e del suo modo conduce, in definitiva, cioè, a un vicolo cieco.

Un risultato diverso può essere trovato seguendo un'altra direzione, percorrendo il sentiero dell'analisi storica dell'uso linguistico della locuzione in esame. Infatti, su questo versante, è facile rendersi conto di come l'uso linguistico della locuzione 'giustizia predittiva' nasca nel solco di quella tradizione di studi che, dagli anni '50 del secolo scorso, ha posto al cuore della propria riflessione il rapporto tra il mondo della giustizia e della tecnologia dei calcolatori elettronici.

Ad una sommaria ricognizione, questo filone di ricerca inizia a svilupparsi alla metà del secolo scorso, ispirato dagli studi di Norbert Wiener<sup>16</sup>. La svolta impressa dal pensiero di Wiener, in termini teorici e pratici, al pensiero scientifico è indiscutibile, in quanto diede nuova e più potente linfa al *calculemus!* sognato da Leibniz<sup>17</sup>. Il cuore tematico radicale della sua proposta, infatti, consisteva precisamente nello stabilire un ponte tra funzioni cognitive (di controllo e comunicazione) naturali e macchiniche; un ponte che da lì in poi verrà attraversato, ripetutamente, in entrambe le direzioni. Proprio una di queste direzioni sollecitate dal 'ponte' cibernetico – quella per cui si dia la possibilità di replicare le funzioni umane di controllo e comunicazione in una macchina – fece nascere l'embrione di un'idea che si svilupperà negli anni successivi e che, parzialmente, oggi vive sotto le spoglie di 'giustizia predittiva'.

Nel 1949, infatti, Lee Loevinger<sup>18</sup> pubblicava sulla rivista "Minnesota Law Review" un articolo in cui veniva proposta, per la prima volta, l'applicazione di metodi quantitativi al campo del diritto attraverso l'uso di calcolatori elettronici; nacque la giurimetria, un campo di applicazione che, negli anni successivi, si stabilizzerà intorno a tre funzioni-obiettivo, tra le quale compare quella dell'analisi comportamentale e della previsione delle sentenze dei giudici<sup>19</sup>. Dagli anni '70, in ambiente italiano, le applicazioni dell'elaboratore elettronico in campo giuridico trovarono una più attenta ed approfondita sistemazione teorica con conseguente nuova denominazione linguistica. Il riferimento è alla "giuscibernetica"<sup>20</sup> di Mario Losano e alla "giuritecnica"<sup>21</sup> di Vittorio Frosini. Ad ogni modo, al netto delle questioni più strettamente interne al tema dell'identità scientifico-disciplinare dell'informatica giuridica, è in questo contesto di idee e metodologie che matura il significato d'uso del fenomeno che oggi chiamiamo 'giustizia predittiva'. Esso rappresenta la concretizzazione

<sup>16</sup> Cfr. Wiener 1969: 204 e ss. Cfr. Fameli 2014: 35-58.

<sup>17</sup> Lo stesso Wiener, a dimostrazione del cosciente collegamento, eleggerà il filosofo tedesco a "santo patrono" della nuova disciplina Wiener 1969: 35-36: "Se dovessi scegliere nella storia della scienza un santo patrono per la cibernetica, sceglierei Leibniz. La filosofia di Leibniz si impenna su due concetti strettamente connessi: quello di un simbolismo universale e quello di un calcolo nel ragionamento. Da questi sono derivate la notazione matematica e la logica simbolica odierne. Ora, come il calcolo aritmetico si presta a una meccanizzazione progressiva, dall'abaco e le calcolatrici da tavolo ai calcolatori ultrarapidi di oggi, così il *calculus ratiocinator* di Leibniz contiene il germe della *machina ratiocinatrix*, la macchina pensante".

<sup>18</sup> Loevinger 1949: 455 e ss.

<sup>19</sup> Cfr. Baade 1963: 270.

<sup>20</sup> Cfr. Losano 1968: 307-325, Id. 1969. Ci si riferisce in modo particolare alle innovazioni classificatorie operate da Losano rispetto alla catalogazione tripartita di stampo loevegeriano. Di fatto l'A. distingue fra modellistica giuridica, che più propriamente si riferisce al fenomeno della giuscibernetica e alla informatica giuridica in senso stretto che si ricollega più propriamente al fenomeno della informatica in senso tecnico e alle diverse forme applicative dei paradigmi tipici della logica giuridica. Cfr. inoltre Losano, 1982: 1077-1098.

<sup>21</sup> Cfr. Frosini 1975: 26-35. Il semantema "giuritecnica" nella riflessione giusfilosofica, rappresenta un "nuovo simbolo semantico, riassuntivo delle istanze emergenti nel dominio della nuova esperienza giuridica". In particolare, il termine giuritecnica sarebbe da ascrivere più alla esperienza della tecnologia che a quella della tecnica (v. *amplius* infra n. 22); il riferimento è, dunque, alle "metodologie operative nel campo del diritto, risultanti dall'applicazione di strumenti e di procedimenti tecnologici". Fondamentali per l'inquadramento del pensiero dell'A. sul punto sono Frosini 1977; Id. 1988. Per una ricognizione della letteratura si vedano fra gli altri Sartor 2012; Amato Mangiameli 2010, Moro 2008; Romeo 2012.

dell'aspirazione alla misurazione del diritto e della giustizia, un'aspirazione che nasce di fronte alle potenzialità operative del calcolatore elettronico. Ma, allora, ben si intende che la giustizia non possa pensarsi quale soggetto della misurazione o predizione, ne è piuttosto l'oggetto; il soggetto della predizione risulta invece essere la tecnologia<sup>22</sup> nella sua concretizzazione tecnica del calcolatore elettronico.

In questo senso, 'predittiva' va tradotto con 'predicibile', per cui la giustizia predittiva non sarebbe altro che una giustizia predicibile, cioè anticipatamente conoscibile. Dunque, non si tratta di una qualificazione interna al soggetto 'giustizia'; la giustizia, nel suo significato, resta giustizia, o meglio ciò che la giustizia è prescinde dal suo essere predicibile; quando parliamo di giustizia predittiva non stiamo parlando di qualcosa che afferisce internamente alla giustizia (ontologia) ma parliamo di un piano diverso, quello di un sapere-conoscere esterno che si occupa di riflettere sull'oggetto 'giustizia' (epistemologia).

Quest'ultima direzione di analisi consente anche di dare una forma accettabile alla seconda questione del *quomodo* della connessione; la considerazione è ovvia ma si ritiene altrettanto opportuna la sua esplicitazione. Il modo in cui 'mondo della giustizia' e 'mondo della predizione' possono esser pensate insieme si condensa nell'idea della resa formale e misurabile, di una meccanizzazione, di quello che si è ridefinito l'oggetto della predizione ossia del mondo della giustizia.

Sembra, finalmente, che si sia raggiunta una ricostruzione stabile.

### 3. Igiene linguistica e riformulazione funzionale del concetto

Nonostante la questione del fondamento sia rimasta aperta, può ritenersi raggiunto un sufficiente grado di stabilizzazione delle questioni sul senso e sul modo tale per cui appare possibile sostenere che quello di 'giustizia predittiva' sia un concetto pensabile per mettere in forma un problema; non è direttamente un fenomeno, è piuttosto un obiettivo che, a questo stadio, va discusso come problema. L'obiettivo è quello di permettere la predizione della giustizia; cioè, attraverso una serie di strumenti realizzare la capacità di predire ciò che sarà giustizia.

Se così è, si ritiene opportuno, proporre una riformulazione della locuzione, ché sia più adatta ad esprimere senso e modo della messa in forma del problema a cui ci si rivolge. La proposta, che qui si presenta come una operazione di igiene linguistica<sup>23</sup>, mira, con più precisione, a esplicitare che la giustizia è 'oggetto' – e non soggetto – della predizione, la quale è 'obiettivo' dell'operare di specifici 'strumenti'. Una ridefinizione, quindi, esplicitamente 'funzionale'.

I confini vanno, però, definiti con precisione; questa riformulazione impone di chiarire ed accordarsi sui termini che la compongono, nonché sul loro significato. Un rapido accenno, allora, è doveroso.

Innanzitutto, l'oggetto: la giustizia.

Questo termine, qui lo si intende come parola che possa dirsi giuridicamente vincolante in relazione ad un evento concreto di controversia. Tornando all'origine, cioè, della riflessione giurimetrica, il riferimento preciso è alle legittime decisioni giuridiche prese dai soggetti e dagli organi titolari del potere di prenderle. La giustizia, quindi, come evento pratico.

Poi, l'obiettivo: la predizione.

<sup>22</sup> In questo senso Frosini 1975; *amplius* Fameli 2014: 47. Il riferimento è più propriamente alla distinzione fra tecnica e tecnologia. In particolare, la tecnologia costituirebbe il raccordo fra mondo della scienza e mondo della tecnica, sviluppando in questo senso una sua propria, per così dire, capacità epistemologica; la tecnica al contrario è il conglomerato delle regole applicative indirizzate ad un determinato scopo pratico.

<sup>23</sup> Nella stessa linea d'intenti di Orlando 2022: 15, dove l'A. sottolinea, seppure in riferimento ad altra questione, "la necessità che sia affidata ad un rigoroso quadro di premesse teoriche l'indagine sul modo in cui agiscono e si comportano tra di loro le masse semantiche sedimentatesi nel corso degli anni per opera (non si sa quanto consapevole) dei legislatori e degli interpreti intorno alle parole".

Conviene riflettere su questo concetto, in quanto costringe a una presa di posizione e ad una sua eventuale sostituzione. Un confronto può aiutare; il riferimento è al contributo di pensiero di uno dei maggiori protagonisti del pragmatismo italiano<sup>24</sup> di primo Novecento, Giovanni Vailati. Questi, in un confronto con Benedetto Croce<sup>25</sup> sul testo di Ludovico Limentani, *La previsione dei fatti sociali* del 1907, ritenendo eccessivamente ardita la “scorreria [...] anti- previsionista” del filosofo napoletano ma, al tempo stesso, criticando il concetto di “previsioni sicure, basate sulla conoscenza di leggi necessarie”<sup>26</sup>, apre un interessante squarcio all’interno dell’epistemologia e del valore di verità delle scienze in generale, ben riassunto nel concetto di legge naturale che propone: “le leggi [nel campo dei fenomeni fisici] non sono che delle specie di macchine che servono ad utilizzare certe date previsioni, o conoscenze, per ottenerne delle altre; esse non ci fanno prevedere nulla se non in quanto noi prevediamo, o sappiamo, già qualche cosa indipendentemente da esse”<sup>27</sup>. Il passaggio è di estremo interesse, in quanto esclude in radice la possibilità di ritenere, ben anche le leggi c.d. naturali, quali vettori di certezza. Il contesto della previsione è, di conseguenza, sempre un contesto di fiducia soggettiva, di opinione; anche in quei campi dove l’uomo può avvalersi di quei particolari strumenti meccanici che sono leggi scientifiche. A parere di chi scrive può inferirsi, allora, una netta distinzione tra predizione e previsione: Con il primo concetto si definisce un atteggiamento del pensiero all’interno di un contesto di certezza riguardo il futuro; attraverso il secondo, invece, come ben messo in luce dalla riflessione di Vailati, si nomina un atteggiamento del pensiero che assume la sfida di muoversi all’interno del contesto dell’incertezza: “l’incerto resta incerto (non ci sono scorciatoie verso la certezza): il futuro non può essere indovinato, la previsione non è predizione”<sup>28</sup>. A meno di non voler *ri-cadere* alla tentazione di affidarsi a un sapere oracolare, che pienamente giustificerebbe la linea critica di Croce, è opportuno, allora, sostituire al concetto di ‘predizione’ quello di ‘previsione’.

Infine: lo strumento.

Tale passaggio concettuale mette in forma una domanda: ‘come fare per’ prevedere la parola di giustizia? Messa in questo modo, la questione che qui si discute combacia quasi perfettamente con il titolo di un importante saggio del 1945 di Gerge Polya, *How to solve it*<sup>29</sup>; l’oggetto di quello studio è, in senso lato, il metodo. Interviene il concetto di ‘algoritmo’. Si ritiene opportuno, visto il frequente uso che se ne fa oggi, fissare quantomeno i connotati essenziali della definizione di tale concetto. Innanzitutto, la sua definizione formale: “nel linguaggio speciale della matematica, l’algoritmo è un “complesso di regole con cui si può operare su certi simboli”; può rappresentare formalmente rendere ‘calcolabile’ un modello (interpretativo, risolutivo, decisionale); può realizzare un procedimento di calcolo (con opportune accortezze)”<sup>30</sup>. Nonostante esso nasca formalmente nel campo delle scienze matematiche, ne va sottolineata la natura di struttura universale del pensiero, venendo utilizzato oltre quel confine, fin dalle origini, anche nel campo giuridico<sup>31</sup>. Da un punto di vista generale, l’algoritmo può definirsi come un procedimento, più o meno preciso nelle fasi che

<sup>24</sup> Il riferimento è al gruppo di studiosi che si formò intorno alla relevantissima figura del matematico e filosofo torinese Giuseppe Peano e che vide nella rivista fiorentina *Leonardo*, pubblicata da Papini e Prezzolini, il più interessante esperimento di opposizione alla dominante lettura idealistica italiana di quegli anni nonché di sviluppo di una “filosofia scientifica autoctona”. Cfr. per approfondire sul punto Parrini 2004: 36-42.

<sup>25</sup> Croce 1907: 235, dove l’A. pone perentoria la domanda: “che cosa significa prevedere? Non c’è, in questo concetto, qualcosa di assurdo che l’etimologia stessa della parola in qualche modo indica accostando e congiungendo il *prae* e il *vedere*? La prima condizione per vedere, cioè per conoscere, un fatto, è che esso sia accaduto, cioè che il fatto sia. Parlare della possibilità del prevedere sembra dunque un discorso a vuoto, su qualcosa che è contraddittorio per definizione e per etimologia”. Cfr. De Felice 2021: 16-17.

<sup>26</sup> Vailati 1907: 199-200.

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> De Felice 2021: 47.

<sup>29</sup> Polya 1945.

<sup>30</sup> De Felice 2021: 8.

<sup>31</sup> Per una storia del concetto si veda Chabert 1999. Cfr. inoltre De Felice 2021: 8 dove l’A. estende la definizione di algoritmo ai “nomodotti” definiti da Natalino Irti”.

esprime e nelle quantità che individua, relativo all'agire per raggiungere un determinato scopo. In questo senso: “È algoritmo una ricetta di cucina (ove l'imprecisione, il pressappoco, si patisce – a esempio – nelle indicazioni ‘un pizzico di sale’, o nel ‘quanto basta’). [...] Il termine è usato quindi come sinonimo di ricettario, processo, metodo (computazionale), tecnica, procedura, routine, rigmarole”<sup>32</sup>.

Tirando le somme, a seguito di questa analisi, la proposta di ridefinizione è la seguente: ‘giustizia algoritmica funzionale alla previsione’. Una giustizia intesa come prassi ed esito dell'operare di algoritmi – la giustizia algoritmica –, in quanto ripetibile sarebbe una giustizia prevedibile, ossia in relazione alla quale possa costituirsi in anticipo un pensiero stabile, quindi conoscenza, e di conseguenza verità, come orientamento dell'azione concreta.

A questo punto, può tentarsi un primo bilancio; tornare al dubbio malevolo di partenza: una montatura concettuale o la possibilità di una innovazione degna di interesse?

In effetti, il contesto concettuale di una previsione attraverso la resa algoritmica delle decisioni giuridiche non sembra affatto un contesto nuovo ed inesplorato; anzi dice immediatamente di un problema ‘antico’ della scienza giuridica occidentale; una questione pienamente ‘moderna’, quella che di tradizione – almeno di una sua parte – va sotto il nome di certezza del diritto.

Ma se così è, allora, sembra proprio che l'ultima frontiera della riflessione teorico-giuridica, la più nuova delle ‘novità’, non sia altro che l'ennesimo tentativo di discutere del problema ‘antico’ della certezza del diritto.

Il ragionamento fin qui condotto conduce, dunque, a rinnovare la domanda: perché la certezza del diritto è ancora un problema? E se lo è, quali i connotati odierni della sua problematicità, in relazione ai quali le soluzioni di giustizia predittiva è opportuno che si articolino?

Questa domanda porta al centro il problema del fondamento.

#### 4. La certezza del diritto: perché “il metodo è ancora il problema del metodo”? La questione del fondamento

Ricostruita la questione del ‘senso’ e del ‘modo’ della connessione dei due mondi della giustizia e della predizione e mostrato, dunque, il legame con la certezza del diritto, la questione del ‘fondamento’ può essere introdotta. Proposta in forma di domanda, la sua articolazione potrebbe esser posta in questo modo: la locuzione ‘giustizia predittiva’ consegna due mondi che ‘sono’ di per sé connessi oppure ‘si vuole che siano’ due mondi in connessione, in quanto magari, per tutta una serie di ragioni, è opportuno che stiano insieme? In altri termini, la giustizia predittiva è un qualcosa di trovato oppure un qualcosa prodotto?

Il tema dello stato contemporaneo del principio di certezza del diritto permette, a parere di chi scrive, di individuare un'utile chiave di lettura per individuare quantomeno l'orientamento per una risposta alla questione appena proposta.

Si proceda per gradi.

<sup>32</sup> In tal senso si veda Pólya 1945: 11-13 e 119-120: “Anche una trascrizione sommaria mostra che lo schema algoritmico dell'*How to solve it* vale in generale (non soltanto per “problemi di matematica”). È “algoritmo” un modo di procedere composto da “fasi”. Prima fase: comprensione del problema – si deve comprendere il problema: qual è l'incognita? Quali sono i dati? Qual è la condizione? Seconda fase: compilazione di un piano – si determinino i legami che intercorrono tra i dati e l'incognita. Può essere necessario ricorrere a problemi ausiliari, quando non si trovi una connessione evidente. Infine, si compili un piano di risoluzione (se non si riesce a risolvere il problema, si sa inventare un problema connesso più accessibile? Si possono trovare altri dati? Sono stati presi in esame tutti i concetti essenziali che intervengono nel problema?). Terza fase: sviluppo del piano – sviluppando il piano, si verifichi ogni passaggio: si può riconoscere manifestamente che ogni passaggio è esatto? Si può dimostrarne l'esattezza? Quarta fase: alla fine – bisogna esaminare attentamente la soluzione ottenuta: si può verificare il risultato? Si può verificare il procedimento? Si può ottenere il risultato in altro modo? Lo si può vedere a colpo d'occhio? Si può sfruttare il risultato, oppure il metodo, per qualche altro problema?”. In questo senso, sostiene De Felice (2021: 7) “George Polya lo collega al ‘ragionamento euristico’, ove con euristico si intenda ‘utile per la scoperta’”.

Nonostante il dato della mutevolezza<sup>33</sup> appaia difficilmente superabile non appena si tenti un approfondimento teoretico, nei confronti di questo tema sembra costante è il riferimento ad un'esigenza – e di conseguenza al tentativo – di stabilità, di fissazione, o comunque di gestione, della mobilità delle relazioni umane. Il concetto di certezza giuridica, cioè, sembra comportare sempre l'idea del bisogno individuale di un ordine delle relazioni tra individui che sia super-individuale; una regolarità che si ripeta, nel suo avveramento e nella sua lettura. In questo senso il concetto di certezza nomina la sfida essenziale contro la casualità del divenire sociale; un bisogno arcaico dell'uomo, connaturato al suo esistere come individuo all'interno di una collettività di individui. Tale bisogno diventa collettivo nell'esistenza del diritto; l'esperienza giuridica come esperienza dell'ordine ne è, cioè, suo soddisfacimento concreto<sup>34</sup>.

A questo livello di definizione così minimale, è innegabile la percezione della profonda vicinanza con il senso filosofico del metodo scientifico come “forma di produzione del vero”<sup>35</sup>. La liminalità della connessione tra certezza del diritto e metodo, per cui può tranquillamente utilizzarsi il brocardo *simul stabunt, simul cadent*, diventa evidenza cosciente rivolgendo lo sguardo alle forme storiche di manifestazione concreta del problema e delle sue soluzioni. La certezza del diritto, in questa prospettiva, infatti, diventa esplicitamente un problema giuridico in un certo momento e, sulla base di uno specifico modo di vedere le cose, trova una sua forma di enucleazione determinata. Questo *incipit* è al cuore della modernità<sup>36</sup>, ed è lì come lunga coda della rivoluzione scientifica, del giro di boa dell'epistemologia in relazione alla questione del metodo.

Infatti, “nell'accezione moderna del termine, il metodo [...] diventa un dispositivo unitario e preliminare, al quale deve sottomettersi la pratica conoscitiva per non soggiacere ai preconcetti e ai pregiudizi della tradizione”<sup>37</sup>. Nasce il fondamentale collegamento tra esperimento e legge scientifica: l'esperimento, quale luogo di purificazione ed estrapolazione del fenomeno e del soggetto che lo percepisce, si pone come il contesto pragmatico della fondazione trascendentale delle leggi scientifiche che, di conseguenza, si impongono come espressione dei rapporti di misura del reale. La conseguenza che una concezione del genere, impone di inferire – e che di fatto sarà inferita con pieno vigore filosofico nel secolo XIX dal positivismo – consiste nella “*reductio scientiae ad mathematicam*”<sup>38</sup>, la riduzione della scienza a pensiero del misurabile. È questa la riduzione fondamentale di Galileo, da cui procede quella di Cartesio, nella forma del celebre dualismo tra *res cogitans* (una mente astratta, decorporeizzata, dematerializzata) e *res extensa* (l'oggetto, la cosa)<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> Essendo una questione trasversale a tutte le province specialistiche della regione “scienza del diritto”, i tentativi di una sua definizione, spesso, permeano la specificità dei punti di vista dei vari settori disciplinari; inoltre, presentandosi come questione generalissima risente fortemente delle differenti concezioni del diritto e dei metodi corrispondenti; infine, tornando ciclicamente nel tempo, sconta ogni volta il mutamento storico della sensibilità dei suoi interpreti. Ciò che risulta è un panorama semantico fortemente mutevole e ambiguo: per una immediata dimostrazione di questa moltitudine intricata cfr. Gometz 2005: 1-2, dove l'A. chiosa icasticamente come, “con qualche ironia, è possibile rilevare come pochi concetti, tra quelli considerati dalla filosofia giuridica, siano incerti come quello di certezza del diritto”. Una pregevole riduzione tassonomica è leggibile nel classico Lombardi Vallauri 1967: 583 e ss., dove l'A. individua quattro diversi gruppi di significato del termine “certezza del diritto”: a) come “sicurezza”, dell'azione per il tramite del diritto; b) come “inviolabilità delle situazioni (soggettive) giuridicamente protette”, che rappresenta una specificazione della prima in senso garantistico nei confronti dei pubblici poteri; c) come “conoscibilità della situazione giuridica individuale (e dunque prevedibilità della norma giurisdizionale individuale) sulla base della norma generale”, quale condizione minimale necessaria ma non sufficiente delle prime due; d) come “certezza diacronica”, ossia della regolamentazione normativa nel tempo.

<sup>34</sup> Tra i molti, imprescindibili sono i riferimenti a Lopez de Oñate 1942; Bobbio 1951: 146-152; Gianformaggio 1986: 157-169;

<sup>35</sup> Condello 2022: 27.

<sup>36</sup> Cfr. Corsale 1988: 3. Inoltre, cfr. Lopez de Oñate 1942: 47.

<sup>37</sup> Ciaramelli 2021: 25-26.

<sup>38</sup> Cfr. Husserl 1965 [1936].

<sup>39</sup> La concezione strumentale del metodo oblitera la propria componente costruttiva dell'oggetto della conoscenza. Lo nota perfettamente Heidegger 1989 [1962]: 128, quando riflettendo sul pensiero di Cartesio sottolinea come questi “non enuncia un luogo comune, quello secondo cui ogni scienza deve avere il suo metodo; egli afferma bensì che il

Il concetto di certezza del diritto che emerge in seno alla modernità – e del quale può correttamente sostenersi l’egemonia nella letteratura filosofico-giuridica dedicata<sup>40</sup> – traduce perfettamente questa assunzione metodologica. Essa si condensa nell’idea di prevedibilità del diritto, come applicazione cogente e concreta di giustizia, sulla base di quella specifica concezione del metodo che risolve definitivamente il problema della rilevanza giuridica attraverso il concetto di forma<sup>41</sup>. Una concezione, come opportunamente è stato chiarito<sup>42</sup>, *de facto* della certezza-prevedibilità che si fonda sul presupposto teorico della natura oggettualistica<sup>43</sup> del diritto nei cui confronti operare metodologicamente la previsione.

A queste condizioni, il livello di compatibilità con il concetto – come qui ri-definito – di ‘giustizia predittiva’ è molto elevato. Il fondamento di quest’ultima, allora, si mostrerebbe nel primo senso precedentemente proposto; come connessione trovata. In sostanza, significherebbe che un mondo di per sé preciso<sup>44</sup>, quello della giustizia, ha tardato a trovare la regola della sua determinazione, della sua messa in ordine; solo quindi una difficoltà del pensiero che se ne occupa e della sua tecnica, nei confronti della giustizia. Le novità messe in campo dal fenomeno giustizia predittiva, cioè, rappresenterebbero l’ultima frontiera del superamento di questa antica difficoltà. Il mondo della giustizia dovrebbe essere pensato secondo un paradigma ‘oggettualistico’ – comune tanto alla concezione giusnaturalistica quanto a quella positivo-formalistica – per cui essa sarebbe un *quid* ‘complicato’ posto di fronte alla sua scienza che ora, finalmente, nel suo porsi come tecnologia, riuscirebbe a consegnarne l’immagine epistemicamente corretta.

L’evoluzione contemporanea della riflessione sulla certezza del diritto, però, sembra indicare una situazione ben diversa.

La concezione strumentale del metodo, infatti, si presenta in forte affanno in quanto le trasformazioni che hanno investito gli ordinamenti giuridici contemporanei – icasticamente descritto attraverso il passaggio dallo stato legislativo a quello costituzionale<sup>45</sup> – hanno determinato una

---

procedimento, il modo in cui andiamo in cerca delle cose, decide in anticipo su ciò che noi, delle verità delle cose, rintracciamo. Il metodo non è uno strumento tra gli altri dell’apparato della scienza, ma è la condizione fondamentale per stabilire anzitutto che cosa può essere oggetto e come lo è”.

<sup>40</sup> Guastini 1986: 1095 e ss., inoltre cfr. Gometz 2012: 310-311.

<sup>41</sup> Irti 2017: 23. La giuridicità risulta all’esito di un movimento unitario del pensiero composto dalla pre-posizione astratta di regole di qualificazione normativa di ipotesi fattuali, la legislatio, e dall’applicazione concreta di quella qualificazione normativa ad un fatto della vita riconosciuto come “caso” dell’ipotesi fattuale astratta, la iurisdiction. È nella duplicità unitaria di questo movimento che emerge il concetto di forma giuridica, che non è mero contenitore di un certo contenuto ma dinamica congiunzione di cosa e parola, in questo caso parola giuridica: “la norma”, generale ed astratta, prodotto della legislatio, “è forma di un processo”, quello del giudizio giuridico della iurisdiction, “che si impone all’evento”, il fatto della vita. L’enucleazione del concetto di forma giuridica è sviluppata, nel confronto con gli studi di A. Pagliaro, a partire da Irti 1998: 63 e Id. 2005: 108. L’incarnazione operativa del concetto di forma giuridica è nel dispositivo logico e operativo della “fattispecie”. Essa rappresenta la chiave di volta che permette la tenuta di una struttura di determinazione della “rilevanza giuridica”. Questa operazione di riconoscimento e classificazione, detta sussunzione, chiude il cerchio della rilevanza giuridica: “giuridico si designa quel fatto, classificato secondo la propria forma giuridica; ossia con-forme alla fattispecie”. Cfr. inoltre Irti 1967.

<sup>42</sup> Gometz 2005.

<sup>43</sup> Cfr. Berteà 2002.

<sup>44</sup> In tal senso si veda Koiré (1967: 111): “proprio attraverso lo strumento, la precisione si incarna nel mondo del pressappoco; proprio nella costruzione di strumenti si afferma il pensiero tecnologico, proprio per la loro costruzione si inventano le prime macchine precise”.

<sup>45</sup> A partire dagli anni ‘50, la “svolta culturale”, impressa dalle Costituzioni contemporanee e dalla loro particolare struttura precettiva articolata in base a norme-principio strutturalmente senza fattispecie, determina la fine del “giacobinismo legislativo”, quel meccanismo così perfetto entra in crisi. Nella copiosissima letteratura sul tema, si veda per la specificità del confronto con le fonti richiamate in relazione alla concezione del metodo giuridico tradizionale: Grossi 2007; Benedetti 2020, Vettori 2020. Una chiara esposizione della dinamica trasformativa nel campo del diritto privato è leggibile in Orlando 2011: 1034, dove l’A. evidenzia che “i fattori che sollecitano il giurista di area continentale a ripensare oggi al ruolo del Tatbestand nella esperienza giuridica del diritto privato sono principalmente quattro: la ‘super-costituzionalizzazione’ del diritto privato; il confronto con la cultura giuridica di common law; l’emersione dei diritti della persona nell’area dei rapporti economici tra i privati; la crescente attenzione verso i rimedi”.

riarticolazione profonda del panorama della giuridicità che mal si accompagna alle soluzioni ereditate dal passato.

Le ragioni sono molto articolate ma non si può evitare una loro, seppur breve e manchevole, presentazione, per proseguire questa riflessione. Ebbene, a questi fini può dirsi che la crisi odierna della capacità di conoscere il diritto non sia tanto un problema di individuazione dei contenuti normativi sul piano astratto<sup>46</sup>, quanto piuttosto della loro concretizzazione materiale.

Dal punto di vista tecnico, sono principalmente le norme-principio a produrre una situazione di questo tipo, in quanto la struttura logico-linguistica di questo particolare tipo di norme nulla dice in modo specifico e puntuale, non fornendo alcuna determinazione di senso materialmente consistente nei confronti di un fatto della vita. Le norme di principio, cioè, non sono il risultato di un processo di astrazione dal basso che fissa condizione e conseguenza e neanche il risultato di un processo di generalizzazione per connessione sistematica dagli elementi di un ordine regolativo<sup>47</sup> ma, in tutta la loro forza riempitiva dei vuoti di senso, si caratterizzano per essere la pura entificazione giuridica di un contenuto valoriale<sup>48</sup> che rimane indeterminato e, quindi, in attesa di concretizzazione<sup>49</sup>. Se, in relazione a un fatto della vita, il paradigma della normatività è una entità valoriale indeterminata, l'operazione di conoscenza, prognostica o diagnostica che sia, circa la rilevanza giuridica concreta di quel fatto è un'operazione altrettanto indeterminata. Sempre più spesso, allora, il decidente si trova nella situazione per cui fatto e valore sono posti l'uno di fronte l'altro senza alcuna mediazione formale di sostegno<sup>50</sup>. Questa ri-qualificazione della giuridicità, dunque, si condensa nel dato di un passaggio che può riassumersi così: la rilevanza giuridica, dall'essere 'forma ex ante' di un processo che si impone all'evento, diventa 'rimedio istantaneo ex post' ad una situazione di vita, reso

<sup>46</sup> Anzi, su questo piano, più che un difetto, si può riscontrare un'abbondanza di "dover essere". In tal senso, si veda Punzi 2016: 83, secondo il quale "il processo di giuridificazione della società, infatti, è oggi un effetto non più solo delle tradizionali fonti del diritto (la legge anzitutto), bensì dell'azione coordinata tra leggi nazionali e comunitarie, orientamenti della giurisprudenza, opinioni dottrinali, principi di soft law, pronunce delle autorità amministrative indipendenti, regole nate dalla prassi dei rapporti privati, ecc.". Da questo punto di vista, le lacune, sotto certi profili e sulla base di una specifica lettura del fenomeno, sembrano essere scomparse proprio grazie alla capacità riempitiva di ogni spazio di senso giuridico esibita dalle norme principio, le quali garantiscono una copertura, praticamente senza limiti, di qualsiasi concretizzazione contingente. Il riferimento specifico è a Pino 2021: 246 n. 69, dove l'A. sottolinea che nonostante la possibilità teorica, "nell'interpretazione prima facie della base enunciativa", di confermare una lacuna, la pratica degli interpreti smentisce questo assunto ammettendo generalmente l'applicazione diretta di principi costituzionali per colmare la lacuna stessa. In ogni caso, il tema delle lacune rappresenta un'istanza centrale nella riflessione giusfilosofica, intorno alla quale il dibattito, tanto giusfilosofico quanto teorico generale, non accenna a stabilizzarsi. Nella vastissima letteratura si vedano almeno: Bobbio 1963: 421 e ss; Corsale 1973: 257 e ss.; Guastini 1995; Chiassoni 2007: 169 e ss.

<sup>47</sup> Come in fondo è la fattispecie, ma anche i cd. "principi desunti". Cfr. Punzi 2016: 92: "I principi generali, infatti, vengono desunti ex post, mediante astrazione e generalizzazione da norme vigenti. Il principio dell'interesse del minore, ad esempio, viene ricavato dalla legislazione in materia di famiglia ed utilizzato in assenza di una disposizione particolare. Significativamente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 6/1956 ha definito i principi come direttive di carattere fondamentale desumibili dalla connessione sistematica e dall'intima razionalità delle norme di un ordinamento giuridico. I principi riflettono la disciplina di determinati settori, per convergere poi in sempre più elevate direttive". Da un punto di vista civilistico, si veda Vettori 2020: 43-55.

<sup>48</sup> Si veda in particolare, Schmitt 2008 [1967].

<sup>49</sup> La teoria del bilanciamento, intesa come logica o argomentazione per l'applicazione delle norme-principio, ben dimostra l'ampiezza della componente deliberativa in merito alla determinazione della rilevanza giuridica di un fatto. Nella sterminata letteratura sul tema, imprescindibili sono i riferimenti ad Alexy 2021 [1985]; Id. 1998; Dworkin 2010. In ambito italiano, si vedano quantomeno: Zagrebelsky 2008, Pino 2010; Bin 1992.

<sup>50</sup> La fattispecie manca strutturalmente nelle ipotesi di principi generali e il sostegno non arriva neanche da soluzioni tipiche di tradizioni diverse; il precedente giudiziale non soccorre: le decisioni per valori non sono costituibili e fruibili come precedenti, non sono idonee a disporsi nella formazione di una tradizione interpretativa e di significato, in quanto applicare il valore significa realizzarlo attraverso una pronuncia giurisdizionale che è irripetibile, chiusa su se stessa e identificata con la specifica situazione di vita, e per questo non confrontabile. Irti 2018: 21.

deliberativamente all'esito di un 'confronto immediato' tra interessi individuali e valori collettivi<sup>51</sup>. Sul piano della certezza del diritto, intesa come capacità di previsione, si può dire che è la trasformazione della diagnosi – intesa nel senso che l'operazione di giudizio da meramente rappresentativa si mostra costruttiva – a determinare l'impossibilità della prognosi. Dunque, che fare?

Il tentativo di evitare il crinale catastrofico, che per molteplici vie il pensiero filosofico del XX secolo ha mostrato di voler compiere sia da un punto di vista generale che da un punto di vista strettamente giuridico, ha determinato una rivalutazione della concezione del metodo e di conseguenza della certezza scientifica. È questo il senso della categoria concettuale della 'complessità', intesa come "sfida": non una semplice riformulazione dell'oggetto ma una ridefinizione, prima di tutto, del soggetto scientifico e del suo approccio alla questione del limite. Un'operazione di ricostruzione del "metasistema del sistema scientifico" nel segno dell'accettazione "del carattere strutturalmente inconcluso di ogni sistema cognitivo"<sup>52</sup>.

La categoria della complessità in ambito giuridico<sup>53</sup>, se si assume in profondità la sfida metodologica che comporta, sollecita una metamorfosi che sia cosciente del fatto che il diritto come campo del 'dover essere' non è più pensabile come un oggetto separabile dall'atto della sua conoscenza, in quanto ogni atto di conoscenza è performativa costituzione del diritto stesso. Sotto questa luce prospettica, infatti, il diritto appare come attività pratica, condivisa e mai esaurita; più che un oggetto dato e identificabile, un processo, in continua formazione<sup>54</sup>, funzionalmente rivolto alla gestione di conflitti pratici attraverso la produzione di decisioni. Certo, una direzione del genere comporta una ri-funzionalizzazione del metodo e, dunque, la trasformazione del risultato che produce la sua applicazione. Con più chiarezza si vuole intendere che la vecchia capacità prognostica, che sostanzialmente la categoria della certezza del diritto, trasfigura in una capacità di critica retrospettiva della scelta diagnostica, aprendo il contesto metodologico della conoscenza alla logica – che è anche etica – democratica del dialogo delle argomentazioni<sup>55</sup> e traducendo la certezza nella

---

51 Irti 2016: 8-9, dove appare con evidenza che la crisi delle forme giuridiche passa per "l'irruzione di criteri di giudizio" ulteriori e differenti "che riposano [...] sull'incontrollabile soggettivismo della decisione. [...] C'è il preannuncio di un soggettivismo vitalistico, che non guarda più alla realtà attraverso gli occhiali della legge, giudicandola conforme o difforme, ma le si pone di fronte, e l'approva o disapprova con immediata decisione".

<sup>52</sup> Morin 1974: 206.

<sup>53</sup> In ambito italiano il riferimento imprescindibile è alla riflessione di Falzea 2007: 201-218. Più di recente si veda l'approfondimento di Benedetti 2020: 103, dove l'A. ben indirizza la fatica del pensiero giuridico contemporaneo: "esso non tende a proclamare la contraddizione come regola, né rimane vittima della fascinazione dell'aleatorio, ma va inteso come critica alla metodologia della scienza tradizionale, che per giungere attraverso il pensiero lineare all'unità del concetto, finisce col nascondere o ghetizzare la complessità, le differenze, la disarmonia, quasi fossero solo un grave impiccio al rigore della fatica scientifica della riduzione ad unità".

<sup>54</sup> Sul punto tanto lavoro è stato fatto dagli studi di fenomenologia giuridica e di ermeneutica giuridica. Per una lettura del concetto di formatività Cfr. Romano 2010; Cananzi 2012. Nella copiosa letteratura sulle concezioni non-oggettualistiche del diritto, si veda almeno Viola, Zaccaria 2004.

<sup>55</sup> Di estremo interesse risulta, a questi fini, il riconoscimento di una "funzione civile della metodologia" rivolta all'obiettivo della "accettabilità sociale della decisione". Cfr. Gianformaggio 2018 [1983]: 93. Il riferimento alla rifunzionalizzazione della metodologia in chiave "civile", nel contesto dello Stato costituzionale, è qui inteso propriamente secondo la lettura presente in Ciaramelli 2021: 101, per il quale "divenuta possibile una verifica dell'istituto, prende corpo l'esigenza d'una messa in discussione di quest'ultimo, cioè d'una interrogazione sulla sua legittimità, che però non si limita né si riduce alla verifica mirante ad attestare la validità delle norme, dal momento che una simile interrogazione prende di mira il modo concreto in cui la vita sociale viene effettivamente orientata, influenzata e governata. Lo specifico della democrazia costituzionale prevede dunque che l'incarnazione delle norme negli aspetti istituiti del sociale sia controllabile soprattutto quanto all'implementazione concreta dei diritti fondamentali. Nel vigilare a che questa esigenza – intrinseca alla vita democratica, ma già intrinseca all'essenza stessa del diritto, almeno nel senso in cui Hart suggeriva di vedere in esso la fuoriuscita dal 'mondo pregiudicato' – sia e possa continuare a essere pubblicamente soddisfatta, consiste l'attualità e la persistenza dell'istanza metodologica, alla quale il diritto come prassi d'una società democratico-costituzionale non può rinunciare, a prescindere dalle necessarie trasformazioni cui oggi giorno non può sottrarsi il metodo giuridico".

## CONTRIBUTO ALLA DISAMBIGUAZIONE DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA PREDITTIVA.

### CHIARIMENTI PROPEDEUTICI PER UNA CRITICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO.

capacità/possibilità del controllo<sup>56</sup>.

Le novità messe in campo dal fenomeno giustizia predittiva, allora, rappresenterebbero un modo di gestire la complessità del mondo mondo. E in relazione alla questione del fondamento, queste considerazioni spingerebbero lungo la seconda direzione, quella per cui la ‘giustizia predittiva’ sia qualcosa di prodotto.

La maturità per una presa di posizione non è ancora stata raggiunta e, dunque, la risposta a questa domanda deve rimanere, allo stato di questa riflessione, inevasa.

Fin da ora può ribadirsi, però, che sia nell’un caso che nell’altro, il mondo della previsione ed il ruolo della tecnica non scompaiano dal mondo della giustizia ma si ricollocano, in questa relazione, secondo strutture differenti. Nel primo, ove si riuscisse a propendere per la prima interpretazione, la tecnica sarebbe ‘artificio solutorio’ che realizza e reitera la conoscenza ‘discreta’, di un mondo ‘complicato’ ma ‘preciso’. Nel secondo, invece, la tecnica si porrebbe quale ‘artificio a sostegno’ che potenzia nella lotta di conoscenza ‘continua’ di un mondo ‘complesso’ del ‘pressappoco’.

In ogni caso, la colonizzazione digitale del mondo della giustizia è un evento rilevantisimo in quanto, nella speranza che questo contributo sia riuscito a spiegarlo, impatta frontalmente sulla concezione del metodo del giurista<sup>57</sup>. Di nuovo può dirsi che “il problema del metodo (giuridico) è ancora un problema”<sup>58</sup>, questa volta sotto una luce nuova quella irradiata dallo sviluppo tecnologico.

Uno sforzo ‘critico’, quindi, non può essere eluso, quanto meno nel senso di una riflessione sulle condizioni di possibilità, di una questione complessa, come quella messa in forma con il nomen ‘giustizia predittiva’. Ecco, è in questa esigenza inesausta del pensiero che si ritiene ineliminabile, ancora oggi e a dispetto di certe prese di congedo, la necessità di una riflessione teoretica al cospetto di preventive applicazioni. Deve ancora farsi molto su questo piano.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV. 2018, *Questione giustizia*, 4.

Abignente A. 2017, *L’argomentazione giuridica nell’età dell’incertezza*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Alexy R. 1998, *Teoria dell’argomentazione giuridica*, Milano: Giuffrè.

Alexy R. 2021 [1985], *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna: il Mulino.

Altetra N., Tsarapatsanis D., Preotiuc-Pietro D. N., Lampos V. 2016, Predicting Judicial Decision of the European Court of Human rights: a natural language processing perspective, in *PeerJ computer science*.

Amato Mangiameli A. C. 2010, *Informatica giuridica*, Torino: Giappichelli.

Anderson C. 2008, The End of Theory: The Data deluge makes the scientific methods obsolete, in *Wired*, 23 Gennaio, consultabile available at: <https://www.wired.com/2008/06/pb-theory/>.

Andronico A. 2021, Giustizia digitale e forme di vita. Alcune riflessioni sul nostro nuovo mondo, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2.

Atienza M. 2019, *Diritto come argomentazione*, Napoli: Editoriale Scientifica.

---

<sup>56</sup> La declinazione del concetto di certezza del diritto come controllabilità è approfonditamente indagata dalle concezioni argomentative del diritto. Per una ricostruzione del dibattito sorto intorno alla crisi del positivismo si veda Berteza 2002. Per un approfondimento critico: Atienza 2019; Abignente 2017. Da una prospettiva di teoria generale del diritto civile ma con efficace sintesi filosofica delle prospettive e dell’ermeneutica e dell’argomentazione si veda ancora Benedetti 2020:160 e ss.

<sup>57</sup> In questo senso si veda la tesi fondamentale sostenuta in Condello 2022: 28 dove l’A. sostiene che se le tecnologie algoritmiche spostano “l’azione di indirizzo”, funzione costitutiva del diritto e del metodo, dall’uomo al calcolatore, questo fenomeno immancabilmente chiama di nuovo alla riflessione sulla funzione del diritto e del metodo.

<sup>58</sup> Irti 2005: 5 e ss.

- Baade H.W. 1963, *Jurimetrics*, New York-London: Basic Books.
- Barberis M. 2022, Giustizia predittiva: ausiliare e sostitutiva. Un approccio evolutivo, in *Milan Law Review*, 2.
- Barton B. H. 2014, The lawyer's monopoly: what goes and what stays, in *Fordham law review*, 82.
- Barton B. H. 2015, *Glass half full. The decline and rebirth of the legal profession*, Oxford: Oxford University Press.
- Battelli E. 2020, Giustizia predittiva, decisione robotica e ruolo del giudice, in *Giustizia Civile*.
- Benedetti G. 2020, *Oltre l'incertezza*, Bologna: il Mulino.
- Bertea S. 2002, *Certezza del diritto e argomentazione giuridica*, Soveria Mannelli: Rubbettino.
- Bin R. 1992, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano: Giuffrè.
- Bobbio N. 1951, La certezza del diritto è un mito?, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1.
- Bobbio N. 1963, voce Lacune del diritto, in *Novissimo Digesto Italiano*, IX, Torino: UTET.
- Bobbio N. 2011 [1965], *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.
- Bonnetcase J. 1924, *L'École de l'Exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi des ses plus illustres représentants*, Paris: Euvrard-Pichat.
- Cananzi D. 2012, *Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Carleo A. 2018, *Decisione robotica*, Bologna: il Mulino;
- Carratta A. 2020, *Decisione robotica e valori del processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 2.
- Ceruti M. 1993, *Origini di storie*, Milano: Feltrinelli.
- Ceruti M. 1995, *Evoluzione senza fondamenti*, Roma-Bari: Laterza.
- Chabert J.-L. 1999, *A History of Algorithms, From the Pebble to the Microchip*, Berlin: Springer.
- Chiassoni P. 2003, Scuola dell'esegesi. Progetto di voce per un "Vademecum" giuridico, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2.
- Chiassoni P. 2007, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna: il Mulino.
- Ciaramelli F. 2021, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, Torino: Giappichelli.
- Condello A. 2022, *Il diritto come metodo e la scienza algoritmica*, Pisa: Edizioni ETS.
- Corsale M. 1973, Lacune dell'ordinamento, in *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milano: Giuffrè.
- Corsale M. 1988, Certezza del diritto, in *Enciclopedia giuridica*, Roma: Treccani.
- Cotta S. 1989, Diritto naturale: ideale o vigente?, in *Rivista di diritto civile*, I.
- Croce B. 1907, [Recensione a] Ludovico Limentani, La previsione dei fatti sociali (Bocca, Torino 1907), in *La Critica*, 5.
- De Felice M. 2021, *La macchina della decisione*, Torino: Aragno.
- Dworkin R. 2010 [1982], *I diritti presi sul serio*, Bologna: il Mulino.
- Eidenmuller H. 2017, The rise of robots and the law of humans, in *Oxford legal studies*, 27.
- Falzea A. 2007, voce Complessità giuridica, in *Enciclopedia del diritto*, Annali I.
- Fameli E. 2014, Il processo di definizione dell'informatica giuridica, in G. Peruginelli e M. Ragona (cur.), *L'informatica giuridica in Italia. Cinquant'anni di studi, ricerche ed esperienze*, Napoli: ESI, 2014.
- Fassò G. 1958, Diritto naturale e storicismo, in il Mulino, *Rivista trimestrale di cultura e di politica*, 4.
- Ferrante R. 2002, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'illuminismo giuridico*, Milano: Giuffrè.
- Frosini V. 1975, La Giuritecnica: problemi e proposte, in *Informatica e diritto*, 1.
- Frosini V. 1977, *Cibernetica diritto e società*, Milano: Edizioni di comunità.
- Frosini V. 1988, *Informatica, diritto e società*, Milano: Giuffrè.
- Gianformaggio L. 1986, Certezza del diritto, in Gianformaggio L. 1986, *Studi sulla giustificazione giuridica*, Torino: Giappichelli.

## CONTRIBUTO ALLA DISAMBIGUAZIONE DEL CONCETTO DI GIUSTIZIA PREDITTIVA.

### CHIARIMENTI PROPEDEUTICI PER UNA CRITICA DELLA CERTEZZA DEL DIRITTO.

- Gianformaggio L. 2018 [1983], Modelli di ragionamento giuridico. Modello deduttivo, modello induttivo, modello retorico in Gianformaggio L., E. Diciotti e V. Velluzzi (cur.) 2018, *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Torino: Giappichelli.
- Giordano L. 2022, Tabella progetti Tribunale/Università in materia di giustizia predittiva, in *La nuova procedura civile*, 3.
- Gometz G. 2005, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino: Giappichelli.
- Gometz G. 2012, Indici di certezza del diritto, in *Diritto e questioni pubbliche*, n. 12.
- Grossi P. 2007, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè.
- Guastini R. 1986, La certezza del diritto come principio di diritto positivo?, in *Le regioni*, 5.
- Guastini R. 1995, Le lacune nell'ordinamento italiano, in Bessone M., Guastini R. (cur.) 1995, *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Padova: CEDAM.
- Heidegger M. 1989 [1962], *La questione della cosa*, Napoli: Guida.
- Hespanha A. M. 1999, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna: Il Mulino.
- Husserl E. 1965 [1936], *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano: Il Saggiatore.
- Irti N. 1967, Rilevanza giuridica, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 1-2.
- Irti N. 1998, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari: Laterza.
- Irti N. 2005, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari: Laterza.
- Irti N. 2005, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.
- Irti N. 2016, *Un diritto incalcolabile*, Torino: Giappichelli, 2016.
- Irti N. 2017, Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica, in Carleo A. (cur.) 2017, *Calcolabilità giuridica*, Bologna: il Mulino.
- Irti N. 2018, Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente), in Carleo A. (cur.) 2018, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna: il Mulino.
- Kelsen H. 2000 [1952], *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.
- Koiré A. 1967, *Dal mondo del pressappoco al mondo della precisione*, Torino: Einaudi.
- Loevinger L. 1949, Jurimetrics. The next step forward, in *Minnesota Law Review*, v. 33, n. 5.
- Lombardi Vallauri L. 1967, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano: Giuffrè.
- Lombardi Vallauri L. 1987, *Diritto naturale*, in *Jus*, 3.
- Lopez de Oñate F. 1942, *La certezza del diritto*, Roma: Gismondi.
- Losano M. G. 1968, Giuscibernetica, in R. Treves (cur.) 1968, *Nuovi sviluppi della sociologia del diritto 1966-1967*, Milano: Comunità.
- Losano M. G. 1969, *Giuscibernetica. Macchine e modelli cibernetici nel diritto*, Torino: Einaudi.
- Losano M. G. 1982, voce "Giuscibernetica", in *Appendice al Novissimo Digesto Italiano*, Torino: UTET.
- Maslej N., Fattorini L., Brynjolfsson E., Etchemendy J., Ligett K., Lyons T., Manyika J., Ngo H., Niebles J. C., Parli V., Shoham Y., Wald R., Clark J., Perrault R. 2023, *The AI Index 2023 Annual Report*, Stanford: Stanford University.
- Maugeri M. 2019, I robot e la possibile prognosi delle decisioni giudiziali, in A. Carleo (cur.), *Decisione robotica*, Bologna: il Mulino.
- Morin E. 1974, *Il paradigma perduto*, Milano: Feltrinelli.
- Moro P. 2008, *Etica, informatica, diritto*, Milano: Franco Angeli.
- Orlando S. 2011, Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4.
- Orlando, S. 2022, Data vs capta: intorno alla definizione di dati, in *Nuovo Diritto civile*, 4.
- Parrini P. 2004, Pragmatismo logico e probabilismo radicale nella filosofia italiana del Novecento Da Vailati e Calderoni a Bruno de Finetti, in Parrini P. 2004, *Filosofia e scienza nell'Italia del Novecento. Figure, correnti, battaglie*, Milano: Guerini.
- Piano d'azione 2019-2023 in materia di giustizia elettronica europea (2019/C 96/05) available at: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52019XG0313(02))

Pino G. 2010, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna: il Mulino.

Pino G. 2021, *L'interpretazione del diritto*, Torino: Giappichelli.

Pizzorni R. 2003, *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso D'Aquino*, Bologna: EDS.

Plutarco 1983, *Dialoghi delfici*, Milano: Adelphi.

Pólya G. 1945, *How to solve it*, Princeton: Princeton University Press.

Portalis J. E. M. 2013 [1841], *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, Napoli: ESI

*Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'unione*, COM/2021/206, available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A52021PC0206>

Punzi A. 2016, *Prudentia iuris: Materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Torino: Giappichelli.

Romano B. 2010, *Filosofia della forma relazioni regole*, Torino: Giappichelli.

Romeo F. 2012, *Lezioni di logica ed informatica giuridica*, Torino: Giappichelli.

Santosuosso A., Boscarato C., Caroleo F. 2012, Robot e diritto: una prima ricognizione, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II.

Sartor G. 2012, *L'informatica giuridica e le tecnologie dell'informazione*, Torino: Giappichelli.

Scarpelli U. 1953, Diritto naturale vigente?, in *Occidente*, IX.

Schmitt C. 2008 [1967], *La tirannia dei valori*, Milano: Adelphi.

*Study on the use of innovative technologies in the justice field. Final Report September 2020*, available at: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/4fb8e194-f634-11ea-991b-01aa75ed71a1/language-en>.

Tarello G. 1969, La «Scuola dell'esegesi» e la sua diffusione in Italia, in *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano: Giuffrè, 1969.

Tarello G. 1976, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna: il Mulino.

Vailati G. 1907, Limentani. La previsione dei fatti sociali, in *Rivista di scienza*, v. II, 3.

Vettori G. 2020, *Effettività fra legge e diritto*, Milano: Giuffrè.

Villey M. 1985, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano: Giuffrè.

Viola F., Zaccaria G. 2004, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari: Laterza.

Wiener R. 1969, *La cibernetica. Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina*, Milano: Il Saggiatore.

Zaccaria G. 2020, Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica, in *Rivista di diritto civile*, 2.

Zagrebelsky G. 2008, *La legge e la sua giustizia*, Bologna: il Mulino.

Torquato G. Tasso<sup>1</sup>

*Common Law e Civil Law: le convergenze parallele tra due mondi (non) comunicanti. Ricostruzione di un ardito percorso dalla Scuola del Diritto Libero alla “Natur der sache”.*

#### ABSTRACT

This article does not intend to identify the criteria that allow communication between the two systems of Common Law and Civil Law but rather to identify if and when in the history of legal philosophical thought there were the precursors for a possible theoretical communication. This moment is identified in the theses of the School of Free Law (Freirechtsbewegung) and, subsequently, of the «Natur der sache» within which the theorists, even the most revolutionary, had found a source of inspiration precisely in the systems of Common Law.

#### KEYWORDS

Common Law, Civil Law, Interpretation, Natur der sache, Natural Law.

#### INDICE

1. Premessa. 2. Common Law e Civil Law. La tradizionale distinzione. 3. Assonanze e dissonanze. La possibile comunicazione tra i due sistemi. L’aequitas come timido tentativo teoretico di avvicinamento. 4. La Scuola del Diritto Libero. La necessaria risposta ad un mondo in evoluzione. Il crepuscolo di un’idea rivoluzionaria. 5. La Scuola del Diritto Libero e il giudice giustiziere in Oscar Bülow e Hermann Kantorowicz. 6. Un’ipotesi ricostruttiva. La “Natura della cosa”. Le teoretiche differenze con le teorie del diritto naturale. 7. La “Natura della cosa”. Lo sviluppo di un’intuizione. 8. Il movimento de la “Natura della cosa” e la naturale convergenza verso la Common Law. Le tesi di Gustav Radbruch. 9. Gustav Radbruch e l’elogio del diritto inglese. La completa adesione alla Common Law. 10. Common Law e Civil Law. Le convergenze parallele.

#### 1. Premessa

La tradizionale distinzione, per non dire separazione, tra i sistemi giuridici di *Common Law* e *Civil Law* induce ad una riflessione. Generalmente gli studiosi di questi sistemi tendono ad evidenziarne le caratteristiche che li differenziano mentre solo una parte della dottrina si è soffermata sull’analisi dei possibili elementi che potrebbero consentirne la comunicazione.

Nel proseguo vogliamo non tanto individuare i criteri che consentano una comunicazione tra i due sistemi ma piuttosto individuare se e quando nella storia del pensiero filosofico giuridico vi siano stati i prodromi per una possibile teoretica comunicazione. Questo momento viene individuato nelle tesi della *Scuola del diritto libero* e, successivamente, del movimento della *Natur der sache* all’interno delle quali i teorici, anche più rivoluzionari, avevano trovato fonte di ispirazione proprio nei sistemi di *Common Law*. Infatti, la figura del giudice, in queste realtà, pur libera e meno vincolata dalle disposizioni di legge, per ovvie ragioni storiche e sistematiche, garantiva comunque un corretto

<sup>1</sup> Ricercatore universitario a tempo indeterminato presso l’Università degli Studi di Padova, Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto della Scuola di Giurisprudenza, e-mail [torquato.tasso@unipd.it](mailto:torquato.tasso@unipd.it)

## COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

### RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

equilibrio delle relazioni intersoggettive e una stabilità dei giudizi che potevano essere visti come espressione di una differente ma altrettanto rilevante certezza del diritto che questo garantiva.

Approfondiremo quindi le teorie di questi movimenti che si diffusero in tutta Europa tra l'Ottocento e il Novecento e che avevano trovato nella *Common Law* la storica e concreta applicazione delle proprie tesi, tesi che non trovarono l'attenzione che, probabilmente, avrebbero meritato.

## 2. *Common Law* e *Civil Law*. La tradizionale distinzione.

Ricordiamo, seppur brevemente, le peculiari caratteristiche e, di riflesso, differenze tra i due sistemi. Negli ordinamenti di *Civil Law*, il diritto viene a coincidere con le disposizioni di legge, che sono intese come la diretta espressione della volontà del Sovrano, ossia dello Stato (moderno), unico ente legittimato a legiferare. Il giudice, secondo questa prospettiva, giunge alla sua finale decisione partendo dalle disposizioni normative, attraverso un'interpretazione sistematica e letterale delle stesse ed utilizzando, nel caso in cui la questione non sia regolata esplicitamente dal diritto, criteri interpretativi integrativi, quali l'analogia od il ricorso ai principi generali del diritto, applicando *sic et simpliciter* la legge al caso. E proprio grazie a questi *criteri* interpretativi, il giudice riesce *sempre* ad individuare una soluzione per il caso, qualsiasi caso, gli venga prospettato.

Questo carattere è strettamente connesso all'idea, pilastro fondamentale dei sistemi continentali del diritto, secondo la quale il giudice non può (come invece poteva fare il giudice romano) pronunciarsi con un *non liquet*, ossia non può rifiutarsi di decidere, sostenendo che non vi è una norma che regoli il caso o, comunque, che la regola individuata da applicarsi al caso non è chiara nel suo significato. Secondo questa prospettiva, il giudice, quindi, deve avere come unico punto di riferimento le disposizioni positive, che costituiscono, contemporaneamente, il suo unico limite. Per converso, nella concreta attività di interpretazione e applicazione della disposizione individuata al caso concreto che gli viene prospettato, egli non è tenuto ad adeguarsi alle decisioni rese da altri giudici in precedenti pronunce, potendo discostarsi, in virtù della sua piena autonomia, dalla loro visione interpretativa<sup>2</sup>.

Il sistema di *Civil Law*, quindi, si basa su un indissolubile legame tra la legge scritta e il giudice, il quale è il necessario interprete della stessa ma della stessa è *umile servitore*<sup>3</sup>. Questi vincoli, nei sistemi di *Civil Law*, hanno certamente origini molto lontane nel tempo, risalenti alle prime codificazioni europee e da allora fanno parte della tradizione giuridica di stampo positivistico<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Sul punto si ricorda Donato Donati che affronta la questione della lacunosità dell'ordinamento, conscio che la soluzione di questo problema influenza in modo determinante la natura e i limiti della funzione giurisdizionale. L'Autore parte dalla considerazione che questa funzione, tranne che nei Paesi anglosassoni, la cui giurisprudenza di *Common Law* è basata su tradizionali regole, radicalmente diverse da quelle della giurisprudenza occidentale di matrice giuspositivistica, si regge su due principi fondamentali, l'obbligo di non denegare giustizia (il giudice deve cioè decidere ogni caso sottoposto al suo esame) e l'obbligo di fedeltà del giudice alla legge (il giudice, cioè, deve risolvere i casi sottoposti al suo esame mediante una norma di legge).

Però, perché il giudice possa adempiere ad entrambi questi obblighi, è necessario che l'ordinamento giuridico sia privo di lacune e sia in grado di offrire per ogni caso una norma da applicare. Secondo la dottrina tradizionale ogni questione giuridica sottoposta al vaglio del giudice trova nell'ambito dell'ordinamento giuridico una norma idonea a dare una soluzione al caso in quanto, se anche non esiste una norma espressa che vi dia espressa disciplina, è comunque possibile trovare (nell'ambito dell'ordinamento) una norma che, mediante l'ermeneutica giuridica, consenta la detta regolamentazione. (Donati 1910)

<sup>3</sup> Kantorowicz 1988 [1908]: 57.

<sup>4</sup> Ci riferiamo al Codice Civile Austriaco del 1812 l'*Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie* (ABGB) che fu importato nell'allora Regno Lombardo Veneto nel 1815. Tali principi hanno trovato concreta espressione in modo così chiaro ad opera di due articoli del Code Civil francese che poi sono stati riportati in Italia dal Codice di Napoleone il Grande per il Regno d'Italia del 1806, ossia l'art. 4 e l'art. 5.

Gli ordinamenti di *Common Law*, invece, non presentano un sistema di disposizioni, generali ed astratte, raccolte in codici e, quindi, non si basano sull'idea secondo la quale il diritto coincide con la legge dello Stato; caratteristica peculiare di questi sistemi è semmai il principio giurisprudenziale dello *stare decisis*, ossia la forza vincolante del precedente giudiziario.

Nella tradizione della *Common Law*, il giudice, non essendo vincolato alla legge positiva, dispone, dunque, di un potere più ampio rispetto ai giudici dei Paesi di *Civil Law*<sup>5</sup>.

Va poi ricordato che nei sistemi di *Common Law* l'evoluzione interpretativa del diritto non è mai stata interrotta da una cristallizzazione storica in un codice, anche solo finalizzato alla raccolta sistematica della normativa creata attraverso le pronunce dei precedenti giudiziari e il diritto è il risultato della sedimentazione secolare di pronunce e decisioni giurisprudenziali<sup>6</sup>.

L'attività del giudice di *Common Law* consiste proprio in un'operazione di confronto delle questioni giuridiche che emergono da due casi, quello su cui un precedente giudice si è pronunciato e quello sul quale viene chiamato a pronunciarsi, con l'intento di individuare punti di convergenza in modo da poter estendere la *ratio decidendi* della decisione anteriore al caso a lui prospettato<sup>7</sup>.

Ne consegue che anche la tipologia di ragionamento seguito dai due giudici è comunque fondamentalmente diversa. Il giudice, dei sistemi occidentali, procede con un ragionamento di tipo deduttivo, in quanto i giudici, piuttosto che scoprire la *ratio decidendi* di un determinato fatto, ne cercano la soluzione all'interno del sistema di leggi scritte. Il giudice, nei sistemi di *Common Law*, invece, opera induttivamente deducendo da una pronuncia precedente la *ratio* applicativa al caso e, quindi, applicandola al caso successivo.

3. Assonanze e dissonanze. La possibile comunicazione tra i due sistemi. L'*aequitas* come timido tentativo teoretico di avvicinamento.

L'ordinamento giuridico inglese pone il sistema giudiziario, ricco di storica tradizione, al centro della sua struttura gerarchica delle fonti<sup>8</sup>. Tale peculiarità è, da sempre, l'elemento principalmente identificativo della diversità dell'ordinamento anglosassone dagli ordinamenti di stampo romano-germanico<sup>9</sup>.

Secondo alcuni, tale differenziazione troverebbe giustificazione anche dal punto di vista geografico, in quanto la conformazione insulare della Britannia, determinandone una sorta di

<sup>5</sup> E questo in quanto il diritto viene a crearsi principalmente grazie ad un processo di sedimentazione di pronunce giudiziali che vengono a formare un solido precedente vincolante. Cfr. Barberis 2004: 22. Egli evidenzia come si sia parlato, sul piano della teoria generale del diritto, dell'affermarsi di una tendenza conoscitiva denominata "giusrealismo radicale", la cui tesi centrale è che "tutto il diritto sia prodotto dai giudici: tanto nel *Common Law* quanto nel *Civil Law*", e pertanto che "il legislatore si limiterebbe a produrre disposizioni, ossia una sorta di *law in books*; mentre il diritto propriamente detto, ossia il *law in action*, sarebbe prodotto dagli organi dell'applicazione".

<sup>6</sup> In realtà, in tali ordinamenti non mancano del tutto atti normativi positivi e, quindi, scritti; le leggi esistono e sono denominate *Acts of Parliaments* o *Statutes*, ma sono emanate quali eccezioni rispetto al diritto di origine giurisprudenziale (*case law*) e, soprattutto, il loro numero è di gran lunga inferiore rispetto alla ipertrofica produzione normativa che caratterizza i Paesi di *Civil Law*.

Bisogna, però, anche sottolineare che la sfiducia nel diritto scritto porta a far sì che gli *Statutes* abbiano ad ogni modo una interpretazione più stretta di quella che ricevono i codici di *Civil Law*, al punto, per esempio, che non sono estensibili per analogia. Si può quindi dire che se gli *Statutes* in qualche modo pongono dei limiti alla libera interpretazione dei giudici, è altrettanto vero che gli stessi sono generalmente ben delimitati e contenuti.

<sup>7</sup> Va però detto che il giudice, laddove ritenga di non condividere l'orientamento consolidato del precedente e la sua relativa *ratio*, per i più diversi motivi quali, solo a titolo di esempio, l'evoluzione storica e la sua rilevanza nel caso di specie, avrà però una alternativa, ossia quello di decidere il caso difformemente attribuendo a tale decisione il valore di precedente vincolante nei confronti del caso successivo, anche se questa decisione dovrà essere, per ovvi e comprensibili motivi, motivata e giustificata.

<sup>8</sup> Antonioli Deflorian 1998.

<sup>9</sup> David e Jauffret-Spinosi 2004.

isolamento rispetto all'Europa continentale, avrebbe consentito e acuito le differenze anche del sistema giurisdizionale<sup>10</sup>.

In realtà, anche di recente, alcuni autori hanno cercato di individuare dei punti di convergenza tra i due mondi che appaiono così lontani, partendo dalla constatazione di alcuni fenomeni di avvicinamento relativamente nuovi.

Un elemento che sembra avvicinare i due mondi è il risultato di una più recente evoluzione della formazione giuridica dei giuristi inglesi in quanto si può riscontrare che, da una formazione squisitamente *pratica* tradizionale del giurista inglese, è iniziata da tempo una integrazione formativa di tipo universitario potremmo dire *a modo* occidentale. "Da cent'anni a questa parte [...] i giuristi inglesi frequentano sempre di più le facoltà di giurisprudenza, per imparare i principi, che oramai sono stati ridotti a sistemi in modo pienamente avvicinabile ai principi dei vari ordinamenti romanistici"<sup>11</sup>.

Infine, un altro aspetto che avvicina le due realtà è dato dal ruolo, che gli ordinamenti occidentali, basati sul modello romanistico-germanico, hanno da tempo riconosciuto alla giurisprudenza nella creazione del diritto<sup>12</sup>: nonostante non sia considerabile alla stregua del peso riconosciuto all'interno della *Common Law*, il sistema giudiziario influenza e innova di non poco l'ordinamento giuridico nei sistemi di *Civil Law*, pur non assurgendo, va precisato, a fonte del diritto<sup>13</sup>. Benché il nostro sistema sia un sistema continentale (e non di *Common Law*)<sup>14</sup>, per dirla con Ronald Dworkin, si assiste ad un sempre più significativo fenomeno di "forza gravitazionale delle decisioni precedenti"<sup>15</sup>.

La possibilità di comunicazioni tra i due mondi, secondo alcuni autori, troverebbe il suo fondamento su una comune origine storica. Alcuni di questi, infatti, evidenziano come le due realtà storiche e geografiche sarebbero riconducibili ad una più ampia tradizione culturale definita "occidentale"<sup>16</sup>: infatti, entrambe le realtà hanno "conosciuto il feudalesimo; la nascita di un forte Stato Nazionale sorretto da un'economia mercantile; la rivoluzione industriale e l'evoluzione verso una concezione sociale dello Stato, il cd. welfare state"<sup>17</sup>.

Lo stesso Oscar Bülow, con una interessante ricostruzione storica, individua una origine comune ai due sistemi, individuando una tradizione in cui anche il mondo cosiddetto occidentale ha conosciuto l'opera creativa del giudice nell'interpretazione, al *modo* anglosassone. L'attività creativa dell'"ufficio del giudice" aveva radici storiche molto profonde risalenti, infatti, alla stessa età romana; la sua prima manifestazione concreta la si può riscontrare nel cosiddetto *ius honorarium* e nello *ius praetorium*, ossia in quel diritto che emergeva dalla quotidiana applicazione ad opera dei giuristi e che si poneva a completamento del (scarso e sacro) diritto legislativo ma che, per adeguarlo alle mutate esigenze sociali, in alcuni casi giungeva a contraddirlo e violarlo<sup>18</sup>.

Sempre ricorrendo all'esperienza storica del diritto romano, vi è stato chi ha cercato di trovare quantomeno un *humus* comune, se non un punto di coincidenza tra i due sistemi, nel concetto di equità (*aequitas*) che verrebbe a caratterizzare l'opera del giudice di entrambi i sistemi. Come è stato

<sup>10</sup> Cfr. Pollock e Maitland 1898.

<sup>11</sup> David e Jauffret-Spinozi 2004.

<sup>12</sup> Zaccaria 2007; Gorla 1969-1970 e id. 1990.

<sup>13</sup> Più precisamente "il valore persuasivo del precedente è un dato sicuramente presente nei sistemi continentali, e la sua diversità alla luce della diversa collocazione istituzionale non deve obliterare l'utilità di sottolineare le analogie con il sistema di Common Law", Antonioli Deflorian 1998

<sup>14</sup> In riferimento alla diversa prospettiva tra la giurisprudenza nei sistemi continentali e nei sistemi anglosassoni si rimanda a Frank 1930; Cardozo, 1961; Criscuoli 1981; Golding 1984.

<sup>15</sup> Dworkin 1898: 4. Interessante analisi della questione della rilevanza del precedente giudiziario si trova in Vincenti 1995; Id. (a cura di) 1998. Tra gli autori che si sono occupati della questione attinente alla vincolatività effettiva o legittima del precedente si ricordano Llewellyn, 2002 [1930], Twining e Miers 1990 [1982], Galgano 1992: 30-33; Antonioli Deflorian, 1993: 133-211; Aarnio 1996: 9-18; Taruffo 1997: 783-801.

<sup>16</sup> Vedi Cannata e Gambaro 1989

<sup>17</sup> In questi termini, Antonioli Deflorian cit.

<sup>18</sup> Bülow von 2001: 227. Il testo è stato tradotto da Paolo Pasqualucci che ha curato anche la postfazione. Oscar Bülow rievoca anche un altro precedente recuperandolo dalla tradizione tedesca del c.d. Collegio Giudicante.

autorevolmente sostenuto<sup>19</sup>, l'equità è qualcosa di concreto e fa riferimento al libero apprezzamento del giudice circa gli elementi della controversia, alla sua coscienza e, se ci fermassimo a questo, si potrebbe individuare una sorta di analogia tra i due mondi.

In realtà, si tratta di un timido tentativo di individuare una connessione tra i due sistemi, in quanto un'attenta ricostruzione storica dell'istituto ci fa comprendere come l'evoluzione del concetto di equità nei sistemi di *Civil Law* sia lontano dal concetto che emerge nel diritto anglosassone.

Ne è prova significativa e tangibile, l'evoluzione storica dell'idea di equità, come è emersa nel Codice Civile Napoleonico. Portalis, uno dei redattori del *code civil* francese, proponeva per la risoluzione delle possibili lacune dell'ordinamento giuridico proprio il ricorso all'equità: “*si l'on manque de la loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positive*”<sup>20</sup>. Le lacune nel sistema sono inevitabili, diceva Portalis, e, quindi, è necessario ricorrere a clausole generali e rinvii a consuetudine ed equità.

Dell'originario progetto che Portalis aveva ideato, solo alcuni spunti rimasero formalizzati nella stesura del testo definitivo del Codice<sup>21</sup>, Portalis fu costretto a rivedere la sua posizione, e giunse ad ottenere il riconoscimento del più limitato concetto di “equità legale”, quale frutto di un'interpretazione *sistematica* delle varie norme del codice nel loro complesso.

Bobbio, sul punto, interviene per evidenziare come “eliminato l'articolo 11 del libro preliminare (che permetteva al giudice di pronunciarsi secondo equità in caso di lacune)”, l'obbligo del giudice di *ius dicere* “venne inteso in modo completamente diverso; esso cioè venne interpretato nel senso che si dovesse ricavare dalla legge stessa la norma per risolvere qualsiasi controversia”<sup>22</sup>.

Data questa evoluzione storica, Bobbio rileva anche la distinzione di significato che l'istituto può avere nel mondo di *Common Law*, ove il giudice, in mancanza, tra l'altro strutturale, di disposizioni di legge, compone la controversia in modo equitativo (in quanto, in questa prospettiva, non è importante che l'ordinamento sia completo dato che viene considerato in qualunque momento completabile), rispetto al significato che ha acquisito l'equità negli ordinamenti continentali, di origine romanistica fondata sul *Corpus Iuris*. Secondo la visione positivista del diritto, all'interno del *Corpus Iuris*, sono rinvenibili tutte le regole di cui l'interprete ha bisogno per risolvere qualsiasi questione giuridica, e questa fiducia porta a privilegiare gli istituti di autointegrazione e, per contro, a rifiutare l'equità, quale supporto dell'organo giudicante, in quanto può essere causa di incertezza e eccessiva discrezionalità (a discapito del principio cardine della certezza del diritto).

L'equità, precisa Bobbio, intesa come capacità di giudicare secondo una giustizia concreta per creare la norma più adatta alla situazione, nei sistemi occidentali di natura positivista, a differenza di quanto accade nella *Common Law*, è fonte del diritto secondaria, cioè valida soltanto se espressamente richiamata da una disposizione di legge. L'equità è applicabile dal giudice solo se la legge espressamente rinvia ad essa e, quindi, se esiste un rinvio normativo all'equità, è escluso quel dubbio che costituisce il presupposto dell'art. 12 per decidere secondo i principi generali<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> Cfr. Bobbio 1966: 887-896. Sosteneva questo metodo la scuola del diritto libero o del diritto vivente. Norberto Bobbio ritiene che sia espressione di questa tendenza l'art. 1 codice civile svizzero, secondo il quale “in mancanza di una disposizione di legge applicabile, il giudice giudica in base al diritto consuetudinario e, in mancanza di una consuetudine, in base alla regole che egli stabilirebbe se fosse legislatore”.

<sup>20</sup> Portalis 1844: 12 e ss.

<sup>21</sup> Più precisamente quelli che poi furono inseriti negli artt. 4 e 5 (obbligo del giudice di *ius dicere* e divieto di pronunce regolamentari a carattere generale); in questo modo si ritenne di poter evitare il rischio di una eccessiva discrezionalità affidata al giudice, che veniva vista come espressione precipua dell'arbitrio che aveva caratterizzato l'*Ancien régime*, abbattuto dalla Rivoluzione.

<sup>22</sup> Vedi Cavanna 2005: 568-569.

<sup>23</sup> Frequente è il richiamo all'interpretazione equitativa nel nostro sistema sia quale canone interpretativo (al punto tale che diviene usuale *modus procedendi* del giudice di Pace in alcuni casi) sia quale espresso richiamo normativo. Cfr. a titolo di esempio Cassazione civile, sez. un., 23 settembre 2008, n. 553, D'Amelio e altro c. Nappi e altro in “Guida al diritto”, 2009, 5, p. 65; Cassazione civile, sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, Sidoti c. Cond. via Di Castro 25, Roma in “Obbligazioni e contratti”, 2006, 5, p. 415.

Va detto che questa interpretazione sembra essere condivisa, attualmente, dalla dottrina maggioritaria<sup>24</sup>.

4. La *Scuola del Diritto Libero*. La necessaria risposta ad un mondo in evoluzione. Il crepuscolo di un'idea rivoluzionaria.

La strutturale differenza tra la figura del giudice dei sistemi occidentali e la figura del giudice dei sistemi di *Common Law* si propose in modo alquanto rilevante alla fine dell'Ottocento, momento storico di profonde trasformazioni sociali ed economiche, dovute alla rivoluzione industriale che aveva visto il livellamento tra le diverse classi sociali, con rilevanti conseguenze anche in ambito giuridico. Il contesto sociale, proprio di una società caratterizzata da rapide trasformazioni e, soprattutto, da una continua diversificazione di gruppi e stati sociali, cominciò a rendere evidenti i limiti del concetto, tipicamente *post* codicistico, della legge positiva, con le sue caratteristiche di generalità e di astrattezza.

Alla luce di questa realtà in costante evoluzione si cominciò a mettere in dubbio anche il centrale (fino ad allora) dogma della completezza dell'ordinamento giuridico, in quanto cominciò a considerarsi un pericoloso freno alla vitale trasformazione della realtà sociale; l'esponentiale sviluppo delle attività e dei rapporti economici continuamente facevano percepire la necessità di corrispondenti nuovi istituti e nuove regolamentazioni dei rapporti giuridici. Lo strumento della legge positiva appariva sempre più uno strumento obsoleto, autentico freno dell'evoluzione in essere.

I tempi erano quindi maturi per iniziare a delineare una diversa e sempre più necessaria idea di *giudice*, in particolare nel tentativo di attribuire un nuovo ruolo a questi. Un giudice, che non doveva essere meramente e semplicemente il meccanico applicatore della legge ma divenire figura centrale del momento giuridico processuale, giudice che, nella sua attività, non si limita a ricorrere a procedimenti puramente logico-formali ma, facendosi interprete delle mutate profonde esigenze, viene a colmare le lacune che nel diritto esistono e non possono non esistere.

La *Scuola del Diritto Libero*, movimento giuridico nato e sviluppatosi in Germania, tra la fine dell'Ottocento e i primi del Novecento, ma che ebbe un significativo successo anche in altri paesi europei, viene ad accogliere queste urgenti istanze e si pone in aperto contrasto e critica nei confronti del mito della certezza del diritto, fortemente sostenuto dal positivismo giuridico.

Tale scuola sosteneva, quindi, che il giudice aveva il compito, nel momento applicativo del giudizio, nell'ipotesi in cui il testo legislativo (c.d. norme *legislative*) non si rivelava corrispondente alle concrete esigenze del caso affrontato, di individuare e applicare le norme *extralegali* (o *extralegislative*). E questo non era solo un *potere* del giurista di ricercare liberamente il diritto e di considerare, nelle sue argomentazioni, quali fonti di produzione normativa anche fatti extralegislativi ma, questo, veniva considerato come un *dovere* dell'organo giudicante, tenuto a dare, nella concreta realtà del fatto dibattuto, giustizia.

Il Diritto libero, che trova la sua fonte nella società e che viene ricostruito dall'opera dei giudici e da questi consacrato nella propria decisione, viene a collocarsi accanto al diritto dello Stato, colmandone le inevitabili lacune e quindi integrandolo laddove si dimostri inidoneo a fornire uno strumento certo per la soluzione della controversia<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Tra questi Rotondi 1972: 27.

<sup>25</sup> La *Scuola del Diritto Libero* viene anche denominata *Movimento del Diritto Libero* in quanto con questo si voleva indicare non tanto un gruppo ben determinato di studiosi ma una tendenza, che si sviluppò in varie e diversificate forme, tra le quali è il caso di ricordare la c.d. giurisprudenza degli interessi e la c.d. giurisprudenza sociologica, e che caratterizzò, nel periodo che va dalla fine dell'Ottocento agli inizi del Novecento, molteplici e diversi settori culturali, che vanno dall'arte alla religione, e che erano accomunati dal comune e solido intento di contrapporsi alla tradizione e al (per certi versi) conseguente, conformismo. Per una attenta analisi delle tematiche trattate, si rinvia a Fassò 2006 [2001]: 188 e ss.

5. La Scuola del Diritto Libero e il giudice *giustiziere* in Oscar Bülow e Hermann Kantorowicz.

Numerosi sono gli autori che si annoverano all'interno della *Scuola del Diritto Libero*, movimento che vede tra i suoi più significativi esponenti Oskar Bülow<sup>26</sup>, Eugen Ehrlich<sup>27</sup> ed Hermann Kantorowicz<sup>28</sup>. Nel suo ambito hanno rivestito un'eco forse minore, ma altrettanto teoreticamente rilevante, i movimenti della c.d. *Giurisprudenza sociologica* e della c.d. *Giurisprudenza degli interessi* e, in particolare, Rudolf Jhering<sup>29</sup> per giungere all'esperienza francese della Scuola c.d. *Scientifica* di Francois Geny. Questa significativa diffusione delle tesi del movimento è il più evidente risultato, in quel contesto storico, dell'importanza sentita e della impellente necessità di una rinnovazione e, dunque, quantomeno parziale, superamento delle tesi positivistiche.

Soffermiamoci ora a rileggere i le pagine più significative dei principali rappresentati della Scuola, soprattutto in relazione proprio alla visione innovativa e rivoluzionaria figura del giudice; questo ci consentirà di percepire, nelle tesi della Scuola, una significativa assonanza per non dire vicinanza alla realtà della *Common Law*.

Tra questi va ricordato sicuramente Oskar Bülow che, con il suo saggio “La legge e l'ufficio del giudice”<sup>30</sup>, ha offerto un importante contributo al tentativo di demolizione del dogma di origine positivista, per cui il diritto è solo la volontà dello Stato racchiusa in un codice.

“La legge – dice l'Autore - non è in grado di produrre immediatamente diritto, essa è soltanto una preparazione, un tentativo per la realizzazione di un ordinamento giuridico. Ogni controversia pone in essere un problema giuridico peculiare, per il quale la legge non fornisce ancora in maniera esauriente la soluzione appropriata, che [...] neanche è possibile dedurre con l'assoluta sicurezza di una conclusione logicamente vincolante dalle disposizioni legislative”<sup>31</sup>.

Secondo Bülow, nella realtà del diritto, non vi è solo la legge statale ma, accanto alla legge positiva, si colloca l'istituto di quello che il filosofo definisce “l'ufficio del giudice”. L'ufficio del giudice, secondo l'Autore, consente di completare il lavoro che l'inevitabilmente limitato ordinamento giuridico statale aveva potuto solo abbozzare.

Bülow si contrappone in maniera evidente alla tradizione giuspositivista e viene a rivalutare il ruolo del giudice. Secondo il filosofo tedesco il giudice non è un mero ed impersonale esecutore o applicatore della legge perché, se così fosse, al giudice per poter giudicare sarebbe sufficiente possedere “una buona edizione dei testi legislativi, saperli leggere e riprodurre il contenuto per il caso concreto”. Con questo Bülow non ritiene che si debba rinunciare al diritto positivo; ma semplicemente sottolinea come la realtà, complessa e costantemente in evoluzione, abbia bisogno di un sistema giuridico che comporti effetti e ricadute diverse nell'ambito processuale.

Altro autorevole esponente della *Scuola del Diritto Libero*, è Hermann Kantorowicz il quale, nella sua più famosa opera, “La lotta per la scienza del diritto” (*Der Kampf um die*

<sup>26</sup> Di questo Autore è il caso di ricordare tra le varie l'opera più significativa Bülow von 1885.

<sup>27</sup> Ricordiamo, sin d'ora, del citato Autore, Ehrlich 1899 e Ehrlich 1888.

<sup>28</sup> Una delle opere che fece maggior scalpore all'epoca fu certamente Kantorowicz 1988 [1908].

<sup>29</sup> Il giurista tedesco, ultimo grande esponente della *Scuola Storica*, studiò ad Heidelberg, Göttingen, Monaco e Berlino dove ottenne il dottorato nel 1845. Si conquistò ben presto la fama di illustre romanista insegnando a Basel, Rostock, Kiel e Giessen. Nel 1868 si stabilì a Vienna. Qui nel 1872, durante la conferenza d'addio alla fine del suo insegnamento, nacque la famosa *La lotta per il diritto* (in tedesco *Der Kampf ums Recht*). È stato suggestivamente definito da Hermann Kantorowicz come “un atleta della scienza del Diritto”. Cfr. Kantorowicz 1988 [1908]: 60, nota 2.

<sup>30</sup> Di questo Autore centrale ai nostri fini è l'opera Bülow von 1885; come già ricordato il testo è stato tradotto in *La legge e l'Ufficio del giudice* in “Quaderni Fiorentini”, 2001, con traduzione e postfazione di Paolo Pasqualucci.

<sup>31</sup> Bülow von 2001: 227.

*Rechtswissenschaft*)<sup>32</sup> sostiene che, prima ancora del diritto statale, esiste, con pari dignità e valore, il diritto libero che viene prodotto dalla delicata e complessa opera della scienza giuridica<sup>33</sup>.

Kantorowicz è certamente più radicale di chi lo ha preceduto. Innanzitutto, l'Autore sostiene che il diritto statale è dipendente dal diritto libero, in quanto il diritto statale recepisce le idee e la produzione giuridica del diritto libero. Ogni singola pronuncia, ogni singolo atto normativo del legislatore nasce già vecchio, in quanto non fa altro che ricalcare una preesistente norma del diritto libero. Nella sua iconoclastica opera, Kantorowicz evidenzia come il giudice non è "il servo" della legge; quando il caso lo permette egli deciderà la questione secondo la chiara parola della legge ma, quando il testo normativo non si rivela sufficiente e la legge non fornisce le soluzioni richieste, allora il giudice *dovrà* decidere il caso concreto conformemente alla regola che, in base al suo libero convincimento, il legislatore avrebbe adottato qualora gli fosse capitato il caso specifico. Nel caso in cui, però, anche questo non risulti possibile, allora, il giudice sentenzierà ricorrendo alla libera dogmatica e recuperando le fonti del diritto libero.

La tesi del filosofo giunge al suo apice quando lo stesso ritiene che, in determinati casi, il giudice debba porsi quale paladino della giustizia, al punto che, nel caso in cui applicando il diritto positivo si rechi una grave ingiustizia, il giudice sarà legittimato ad agire senza seguire il dettato normativo ingiusto e, quindi, *contra legem*<sup>34</sup>.

6. Un'ipotesi ricostruttiva. La "Natura della cosa". Le teoretiche differenze con le teorie del diritto naturale.

Gli spunti di riflessione offerti dalla Scuola del Diritto Libero trovarono significati sviluppi nelle teorie di un altro importante e, sotto una determinata prospettiva, rivoluzionario movimento denominato "Natura della cosa".

"Con natura della cosa<sup>35</sup> s'intende quella dottrina o quelle diverse dottrine che considerano possibile derivare dalla conoscenza dei caratteri rilevanti di alcune realtà sociali la disciplina giuridica più adatta a esse, indipendentemente da atti soggettivi di scelta. Poiché non ci si riferisce a oggetti materiali, bensì a fatti sociali (da cui l'altra formula equivalente di "natura dei fatti"), la loro natura non è data dall'essenza, ma dal complesso dei caratteri empirici presenti nei fatti sociali di un determinato tipo. Tali caratteri sono perciò rilevabili in termini descrittivi e non metaempirici (che risulterebbero "giusnaturalistici"), e nel contempo, rappresentano fonti normative per il contesto cui appartengono"<sup>36</sup>.

Questa lineare definizione del movimento ci fa intuire come, nell'ambito della presente indagine, la posizione di questo movimento possa essere utile per individuare un'ulteriore assonanza da un punto di vista teoretico con le posizioni della giurisprudenza anglosassone.

Preliminarmente si deve dire che è inevitabile che la filosofia della "natura del fatto" presenti, con le teorie del diritto naturale, delle assonanze e sovrapposizioni che vanno quindi doverosamente precisate.

<sup>32</sup> Kantorowicz 1988 [1908]: 57.

<sup>33</sup> Kantorowicz 1988 [1908]: 57.

<sup>34</sup> Per completezza di esposizione si richiama un altro importante scritto politico di Kantorowicz 1927 ora Kantorowicz 2000 tradotto in italiano a cura di G. Pilone Colombo.

<sup>35</sup> Avvertiamo sin d'ora che nella dottrina la denominazione del movimento su spesso tradotta in modo diverso. Così lo stesso movimento trova diverse e similari definizioni di "Natura del fatto", "Natura della cosa", "Natura delle cose". E dato che il nostro percorso utilizzerà citazioni e rimandi a filosofi diversi che hanno usato diversamente tra loro la denominazione del movimento a nostra volta useremo indifferentemente tali diverse denominazioni.

<sup>36</sup> Omaggio 2006: 7759. In relazione alla tematica citata utile sarà la lettura delle seguenti pubblicazioni italiane o traduzioni in italiano: Baratta 1959; Tammelo 1963; Fassò 1999 [1964]; Bobbio 2011 [1965]; Baratta 1968; Passerin D'Entrèves 1980 [1951]; Fassò 1994; Gentile 2005; Barberis 2004; Grossi 2006; Irti 2007.

*In primis*, come è stato autorevolmente sostenuto,

“le teorie del diritto naturale e della natura del fatto pretendono di dedurre il dover-essere (*Sollen*) dall’essere (*Sein*) anziché dall’esistente, e cioè dal soggetto storico (*Dasein*). E dunque sia le une che le altre sono, in quanto antistoriche, *naturalistiche*; in quanto, anziché cercare nel processo spirituale il costituirsi dell’oggettività della norma, cercano di cogliere questa oggettività come precedente e fuori del soggetto stesso, e tale quindi da costituire una *legge di natura* che esso deve riconoscere e rispettare”<sup>37</sup>.

Malgrado questa evidente assonanza, la dottrina della “natura del fatto” deve essere teoreticamente comunque tenuta distinta da una visione giusnaturalistica e dalle relative dottrine<sup>38</sup>. Come è stato osservato<sup>39</sup>, le tesi della *Natur der Sache* si distinguono, infatti, da quelle del diritto naturale “per il loro riferimento non alla normatività di un principio superiore al fatto dell’umana convivenza e ai rapporti di vita nella loro formazione storica, ma piuttosto a quella di un principio o di un ordine inerente a questi stessi”<sup>40</sup>.

Se per le teorie del diritto naturale la norma a cui l’ordinamento giuridico dovrebbe richiamarsi è eterna ed immutabile, al di sopra e al di là della storia, per le teorie della natura del fatto la norma va ricavata dalla natura induttivamente, e conseguentemente presenta un carattere mutevole e intrinseco alla natura e alla storicità dei rapporti umani.

Se per le teorie del diritto naturale questi è espressione di una visione squisitamente razionalistica del diritto, al punto tale che se la norma di diritto naturale è universale e, anche per questo motivo, conoscibile dalla ragione; per le teorie della natura del fatto il diritto è espressione della stessa storicità dei rapporti sociali e conseguentemente la norma che si ricava dalla natura del fatto è sempre riferita a un rapporto empirico e, quindi, presenta un carattere del tutto individuale.

Se per le teorie del diritto naturale, il criterio chiamato a ordinare le regole del diritto positivo si trova e si colloca su un piano superiore, espressione diretta di valori ultraterreni ed eterni, le teorie della natura del fatto individuano quel principio regolativo proprio all’interno dei rapporti sociali che il diritto positivo sarebbe chiamato a regolamentare.

Ne consegue, da quanto siamo venuti a dire, che le teorie del diritto naturale possono essere viste come teorie “rivoluzionarie”, in quanto contrappongono un modello ideale all’ordinamento giuridico positivo il quale è tenuto a rapportarsi alle indicazioni del modello ideale, al punto tale che in mancanza di questo adeguamento l’ordinamento considerato è di poco pregio per non dire, secondo una determinata prospettiva, illegittimo e, per questo, potrebbe essere rifiutato, in maniera appunto rivoluzionaria, dall’uomo. Invece le teorie della *Natur der Sache* possono essere considerate teorie conservatrici, che cercano nella norma espressa dall’ordinamento giuridico il rispetto e la tutela di quelle strutture sociali preesistenti all’ordinamento stesso, strutture sociali dotate di una propria autonoma e storica regolamentazione.

## 7. La “Natura della cosa”. Lo sviluppo di un’intuizione.

“Il problema della natura della cosa è appunto, nel momento presente nella storia dello spirito, abbastanza importante per non essere, come è stato finora, soltanto l’episodico oggetto di una sempre

<sup>37</sup> Baratta 1959: 183.

<sup>38</sup> Sul punto concorde è Patruño: 4 che lo distingue anche dal giusnaturalismo razionalistico: “Il concetto di ‘natura delle cose’ appare in quest’ottica come l’espressione di un giusnaturalismo empirico, quantomai distante, ad esempio, dall’impostazione razionalistica che caratterizzò il ‘diritto di natura’ sei-settecentesco e dal quale presero avvio le spinte alla codificazione e le teorie del contratto sociale”. Nella filosofia dell’illuminismo, infatti, il diritto naturale non nasceva dalle cose di natura, ma da uno o più principi di legislazione universale (postulati della ragione pratica), “da un ordine delle cose che soltanto l’intelletto” poteva “pensare” e “che contemporaneamente” aveva “*sotto di sé tutto il mondo sensibile*” e tutta “l’esistenza empirica” “dell’uomo e dei suoi fini”.

<sup>39</sup> Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 46.

<sup>40</sup> Baratta 1959: 184 citato anche da Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 46.

rinnovata e sempre nuovamente dimenticata ricerca individuale, ma per diventare il tema di una assidua e comune ricerca scientifica<sup>41</sup>.

Prenderemo spunto dalle parole di Gustav Radbruch per spiegare l'originalità dell'approccio della Scuola, preoccupata di recuperare una realtà giuridica che sembrava completamente ignorata dal positivismo e dal formalismo giuridico. Va sottolineato, infatti, che, benché nel linguaggio giuridico si facesse spesso riferimento al termine "natura", una speculazione autenticamente filosofica sulla realtà giuridica naturale (nel senso della *Natur der Sache*) non era stato fino ad allora realmente mai sviluppata. Come è stato sostenuto autorevolmente<sup>42</sup>, le radici della problematica si possono individuare nel diritto greco e nel concetto romanistico di *rerum natura*; non può sfuggire il fatto, però, che un'analisi filosofica puntuale sulla "natura del fatto" la si ha forse proprio solo con questo movimento filosofico che si colloca tra l'800 e il '900 soprattutto in Germania, e che ebbe poi diffusione anche in Italia, grazie e soprattutto ad autori come Alessandro Baratta.

L'obiettivo primario della Scuola è la critica di alcune visioni del diritto, *in primis* il volontarismo giuridico che era caratteristico sia della filosofia di stampo positivistico che di stampo realistico.

Inoltre, il movimento sorse in aperta contraddizione e contestazione delle posizioni squisitamente formalistiche e, in particolare, contro il dilagante legalismo<sup>43</sup>. Affermare, come fa la Scuola della "Natura del fatto" che una regola del diritto nasce partendo dalla natura del rapporto controverso, vuol dire che la principale fonte del diritto non è e non può essere espressione della volontà del sovrano, cosa che finirebbe per limitarne il contenuto esclusivamente all'arbitrio di questo. Natura della cosa, quindi, vuol anche dire che la legge, il diritto non è e non si può intendere come un atto di volontà (o quanto meno in modo esclusivo).

Possiamo dire con Bobbio che

"la dottrina della natura delle cose è un aspetto della rivolta sempre ricorrente dei fatti contro le leggi. In breve, essa si solleva contro il monopolio del diritto da parte della legge, e mira a promuovere una visione più ampia e più articolata delle fonti del diritto, partendo non più da un'ideologia, come quella per cui solo la volontà del legislatore è fonte di diritto, ma da una considerazione oggettiva, critica, spregiudicata dei fatti, che vede scaturire le regole giuridiche dal reale movimento degli individui e dei gruppi in una determinata società"<sup>44</sup>.

Le tesi sostenute dalla dottrina della "Natura della cosa" circostanza di rilievo nel nostro percorso ricostruttivo, poi, si pongono in aperto contrasto con il "fanatismo" legislativo proprio del positivismo giuridico che giungeva non solo a ritenere che l'unica fonte del diritto si dovesse identificare con la legge dello Stato, ma a ritenere che l'opera del giudice si dovesse limitare ad una pedissequa applicazione del dettato legislativo, unico strumento idoneo per la regolamentazione delle relazioni intersoggettive, col conseguente l'obbligo da parte del giudice stesso di applicare una lettura quasi squisitamente letterale del testo normativo.

---

<sup>41</sup> Radbruch 1941: 156.

<sup>42</sup> È comunemente accettato che già nel pensiero greco il rapporto tra l'ordine del cosmo (e della natura quindi) e della *polis* (ossia politico) sia continuo e omogeneo. Lo stesso Maihofer evidenzia "l'importanza della storia bimillenaria di questo concetto che agita lo spirito occidentale fin dall'antichità (si pensi alla dottrina greca del *physei dikaion* e alla dottrina della giurisprudenza romana del *rerum natura*)". Cfr. Maihofer, 2010 [1958]: 316.

<sup>43</sup> Vedi Patruno: 11 "Si ritiene, cioè, che l'opera del giurista possa considerarsi più scientifica, e più rispondente alle condizioni di conoscenza della società contemporanea, appellandosi alla natura dei fatti, alla forza della loro emersione spontanea dal seno degli eventi sociali. Se la società dell'informazione in cui oggi viviamo si struttura sui *data/dati*, allora il metodo giuridico dovrà, a sua volta, poggiare sulla necessità di legittimare l'idea della realtà *hic et nunc*, abbandonando ogni forma di cautela epistemologica. La via da seguire sembra, perciò, la seguente: arretramento della dogmatica giuridica (e, in genere, della riflessione sui concetti giuridici e sulla logica che li tiene in piedi) e contestuale apertura all'empiricità piena – quasi mistica – dell'*esperienza* e del mondo *sans phrase*".

<sup>44</sup> Cfr. Bobbio 2011 [1965]: 205.

La natura della cosa, invece, sostiene l'importanza di ricercare, nella realtà del fatto e nel suo giuridico equilibrio, il criterio interpretativo delle disposizioni normative<sup>45</sup>. Di conseguenza la dottrina della natura del fatto si pone in aperta polemica anche nei confronti del dogmatismo giurisprudenziale, in quanto si ritiene che la giurisprudenza non sia una forma sapienziale fondata sul principio di autorità, che vede nel giudice l'espressione riflessa di quell'autorità che appartiene soltanto allo Stato ma sia l'opera prudente finalizzata alla ricerca della verità del fatto<sup>46</sup>, proposta che evidentemente recupera la tradizione classica<sup>47</sup>.

8. Il movimento de la "Natura della cosa" e la naturale convergenza verso la *Common Law*. Le tesi di Gustav Radbruch.

Alla luce di queste tesi risulta evidente come il movimento culturale della "Natura della cosa" fosse inevitabilmente attratto dal modo di concepire l'ordinamento giuridico e, soprattutto, dal ruolo centrale rivestito dal giudice all'interno del mondo anglosassone.

Tra i vari filosofi che hanno aderito a questa corrente di pensiero, ai fini della nostra ricerca, ci soffermeremo in particolare sul contributo offerto dagli studi di Gustav Radbruch, certamente uno dei più autorevoli filosofi della scuola<sup>48</sup>.

Lasciamo alle parole proprio del filosofo di Lubecca il compito di indicare gli aspetti peculiari delle sue teorie, rileggendo alcune delle sue pagine:

"La natura della cosa come forma giuridica di pensiero ha molteplici funzioni: essa serve all'interpretazione della legge, alle creazioni destinate a colmare le lacune della legge e infine come pensiero direttivo per la legislazione. [...] Natura della cosa è la parola di coloro che contrappongono un monismo al dualismo dell'essere e del dover essere, della realtà e del valore; di coloro che cercano e ritrovano la ragione nelle cose; una parola in quella lotta tra due modi di pensare che divampa sempre nuovamente nella storia dello spirito"<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> In riferimento alla natura di principio giurisprudenziale che deve ispirare applicazione concreta del diritto molti sono gli autori che hanno visto in questo un principio che in qualche modo ben si adattava ai sistemi di *Common Law*. Come è stato sottolineato da Pizzorusso, il diritto comporta nella persona del giudice, o comunque dall'interprete, una particolare consapevolezza nella ricerca della norma ad applicare al caso in quanto, "esso si fonda infatti sull'individuazione e sull'affermazione della razionalità del comportamento che in tal modo si assume dover essere tenuto (e, precisamente, della maggior razionalità di tale comportamento rispetto ad altri ipotizzabili)". Cfr. Pizzorusso 2005: 52.

<sup>46</sup> Come è stato sottolineato da Patrucco: 3 "La dottrina della 'natura delle cose vuole essere un antidoto contro il volontarismo e il legalismo propri del positivismo giuridico. Essa si propone di spiegare come gli uomini agiscano effettivamente e come essi debbano agire seguendo le elementari leggi di causa ed effetto: leggi, cioè, dotate di un'interiore 'necessità', e perciò non soggette all'arbitrarietà del diritto posto da un'autorità politica (sia essa il popolo, il legislatore o il governo)".

<sup>47</sup> Sul punto vedi Baratta 1959: 186. In realtà, anche questa proposta non appare del tutto innovativa. Come ha avuto modo di sottolineare Alessandro Baratta "la natura del fatto come 'topica' (*Topik*) della giurisprudenza, come procedimento che potremmo definire intuitivo - individualizzate di ritrovamento della massima di decisione (*Rechtsfindung*) a partire dalla concreta individualità del caso (fall case), risale alla giurisprudenza classica ed è un tratto caratteristico della virtù giuridica dei Romani, come una compiuta analisi della giurisprudenza romana da questo punto di vista potrebbe mostrare".

<sup>48</sup> Filosofo tedesco del diritto (Lubecca 1878 - Heidelberg 1949). Partecipò alla vita politica nel periodo dopo la Prima guerra mondiale e fu ministro socialista della Giustizia nel gabinetto Wirth e nel gabinetto Stresemann; ma si dedicò soprattutto agli studi e all'insegnamento di materie giuridiche e successivamente di filosofia del diritto nelle università di Heidelberg (1910), Königsberg (1914), Kiel (1919) e di nuovo (1926) Heidelberg, fino a quando nel 1933 non fu allontanato dalla cattedra per il suo atteggiamento antinazista. Influenzato dal neokantismo di Windelband e Rickert, nonché da Weber, nei suoi scritti di filosofia del diritto sottolineò costantemente la distinzione tra "essere" e "dovere", aderendo nel contempo a un relativismo assiologico.

<sup>49</sup> Radbruch 1941: 145.

Queste poche righe sono però sufficienti a delineare i caratteri principali della tesi del filosofo di Lubeca. Secondo Radbruch, infatti, la forma giuridica di pensiero, da questi elaborata, è certamente uno strumento utile per interpretare il testo legislativo, testo che inevitabilmente per sua stessa struttura è generale ed astratto e, quindi, richiede un suo quotidiano adattamento applicativo nel momento dell'interpretazione. Tale adattamento non può essere lasciato all'arbitrio di un giudice, né può, in modo altrettanto arbitrario, essere ritenuto sempre comunque aderente al dettato della volontà del legislatore. Ciò che consente l'adeguamento del rigido testo normativo formale alla realtà pulsante della quotidianità regolata dalla norma è proprio la comprensione di quell'intrinseca giuridicità che il rapporto controverso stesso viene ad esprimere e che la teoria della natura della cosa intende individuare e utilizzare come criterio interpretativo.

Indubbiamente, però, la natura della cosa è anche utile laddove l'attività interpretativa non possa essere utilizzata in quanto non vi sia una disposizione che viene a regolamentare il caso concreto e si sia in presenza di una lacuna. In questo caso l'integrazione deve essere effettuata dall'interprete e, *in primis*, proprio dal giudice attraverso un'opera di creazione normativa, che deve essere ispirata sempre e comunque alla natura delle cose, natura che diviene in questo caso come ideale modello per la creazione della normazione stessa che è chiamata a colmare la lacuna legislativa; in questo caso la normativa così creata sarebbe perfettamente adeguata alla realtà che è chiamata a regolare<sup>50</sup>.

Va detto che Radbruch aderisce, nei primi anni di studio, alla scuola neokantiana, e riceve da questa lo spunto per la soluzione della questione relativa alla tensione tra fatto e diritto, tra realtà empirica e valore, dualismo che viene superato con l'individuazione di un terzo genere che si colloca esattamente tra i due, punto di convergenza dei due opposti, o meglio, di quelli che erano considerati fino ad allora opposti inconciliabili. Radbruch giunge alla conclusione della sua riflessione con la formulazione della tesi del diritto come fenomeno culturale, ossia un fenomeno che non è immediatamente valore ma neppure semplicemente fatto; in quanto fenomeno culturale il diritto finisce per essere un "fatto riferito al valore"<sup>51</sup>. Dice Radbruch, infatti,

"la cultura non è puro valore; è piuttosto un miscuglio di umanità e barbarie, buon gusto e cattivo gusto, verità ed errore, ma sempre in collegamento al valore. Il 'collegamento al valore' indica la modalità che è tipica delle scienze umane"<sup>52</sup>.

La "natura della cosa", nell'affrontare lo storico tradizionale problema del rapporto tra *essere e dover essere*, tra *Sein e Sollen*, lo supera ritenendo che la realtà socio-giuridica sia una realtà unitaria in cui *essere e dover essere* risultano perfettamente incorporati tra di loro<sup>53</sup>, in quanto non vi è nulla di sociale che non sia giuridico e non vi è nulla di giuridico che non sia sociale<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Sul punto interessante lo spunto di Baratta 1959: 178 il quale sottolinea che "poiché la realtà concreta e sempre compiuta, le lacune esistono solo nell'astratto. Esse non fanno parte della considerazione filosofica del diritto quale concreta realtà spirituale, ma della considerazione scientifica di esso quale tessuto di norme oggettive, cioè astratte". In ogni caso, la natura della cosa deve divenire più in generale il criterio esplicativo proprio dell'attività del legislatore, in quanto questa deve essere posta in essere in costante riferimento alla realtà che viene a normare, evitando così di essere eccessivamente arbitraria e soggettiva (intendendo per soggettività quella del legislatore), nella regolamentazione del caso, ma fungendo da previsione normativa orientata rispetto a quella che, a questo punto, viene riconosciuta come una giuridicità intrinseca al rapporto regolamentato.

<sup>51</sup> Nell'intento del filosofo tedesco, in questo modo si evita anche la possibile critica di cadere in una semplice, o meglio ancora, semplicistica soluzione di tipo sintetico.

<sup>52</sup> Radbruch 1956 [1932]: 93 citato da Castrucci 1988: 488.

<sup>53</sup> Il criterio secondo quale leggere la realtà fenomenica viene individuato da Radbruch, nel concetto di Ideal Typus di weberiana memoria, in quanto il filosofo ritiene che per poter valutare i singoli fenomeni sociali si debbano individuare delle strutture costanti alla luce delle quali interpretare i fenomeni; questo vuol dire, però, recuperare i parametri "a priori" cari alla scuola neokantiana, che finiscono, in modo contraddittorio rispetto alle premesse preannunciate da Radbruch, per dover essere accettate ed individuate come presupposto della individuazione della natura delle cose.

<sup>54</sup> Non per nulla, si può dire che Radbruch rappresenti un importante passo in avanti rispetto al dualismo kantiano, venendo ad esprimere l'esigenza sentita in dottrina di superare questa aporetica contraddizione e contrapposizione, ma che l'opera

E questo consente di conciliare gli opposti. Radbruch, infatti, precisa che il diritto “non vuole fare violenza ai fatti con la ragione”, ma “cerca la ragione nelle cose, e la ragione è la ‘natura dei fatti’” e questo non perché si voglia “fondare conclusioni sull’aspettativa dei fatti che si devono ancora verificare; esso aspetta che questi sopraggiungano per giudicare solo quando si sono verificati”<sup>55</sup>.

Come è stato detto<sup>56</sup>, l’opera di Radbruch si caratterizza principalmente per una visione dell’esistenza oggettiva di determinati valori, i quali diventano criterio di valutazione degli accadimenti storici.

#### 9. Gustav Radbruch e l’*elogio* del diritto inglese. La completa adesione alla *Common Law*.

Date le premesse teoretiche appena illustrate, risulta inevitabile individuare nella posizione di Radbruch una fatale convergenza verso la tradizione giuridica anglossassone. E la naturale convergenza diviene ancora più evidente se approfondiamo le modalità con cui il filosofo tedesco è venuto a calare le sue tesi nell’ambito specifico dell’interpretazione giuridica e del ruolo del giudice. Una lettura di alcuni contributi del filosofo di Lubeca ci consentirà di comprendere la stretta connessione delle sue posizioni con le teorie della *Common Law* inglese. Secondo Radbruch, come abbiamo sottolineato, oggetto dell’analisi da parte dell’interprete deve essere la natura del rapporto controverso, nel tentativo di recuperare quella “realtà giuridica naturale ignorata dal positivismo e dal formalismo giuridico”<sup>57</sup>. Essenziale diventa, a riguardo, il concetto di “Natura delle cose” quale criterio di adattamento della norma al caso concreto<sup>58</sup>. L’attività interpretativa viene posta in costante riferimento alla realtà, a servizio della forza dei fatti, in funzione comunque della certezza del diritto<sup>59</sup>.

Parafrasando un’espressione di Maihofer, possiamo affermare come un’interpretazione corretta dovrebbe adeguarsi all’elemento materiale - che in questo caso sarà la realtà fattuale - come l’idea artistica si adatta alla materia e quindi muta a seconda che si realizzi nel bronzo o nel marmo<sup>60</sup>.

Rimane il problema di capire come concretamente sia possibile l’interpretazione attraverso il metodo della natura delle cose. Radbruch evidenzia il fatto che tale procedimento non sia un “puro

---

di questo filosofo finisca per essere ancora incompiuta, al punto tale da richiedere l’intervento di successivi autori, primo fra tutti il Maihofer, per completare e portare alle estreme conseguenze le premesse teoretiche del filosofo di Lubeca al quale va riconosciuto il grande merito di “aver gettato un ponte” tra essere e dover essere. In questo senso Todescan 2013 [2009]: 468.

<sup>55</sup> Radbruch 1962 [1958]: 8. Il diritto, quindi, è concettualmente tenuto distinto dall’attività di conferimento del valore in quanto tale, in quanto non coincide con la realtà che da un punto di vista giusnaturalistico viene definita come morale, ma si pone come elemento esteriore ed esterno rispetto a questo, dimensione giuridica alla perenne ricerca di un collegamento con l’elemento valoriale.

<sup>56</sup> Todescan 2013 [2009]: 467.

<sup>57</sup> Radbruch 1941: 152. Come abbiamo già visto, la natura delle cose, secondo Radbruch, deriva da un substrato considerato come fonte materiale del diritto, anzi, da un triplice substrato dato da “i fondamenti naturali della regolamentazione giuridica, le preforme della regolamentazione giuridica e le regolamentazioni giuridiche”. Secondo Tarantino 2008: 89, nella concezione radbruchiana, il diritto non è mai posto di fronte al fatto *sic et simpliciter*, ma è sempre posto innanzi alle formazioni sociali pregiuridiche, che hanno come loro punto essenziale quelle circostanze di fatto e quelle situazioni naturali. Si tratta di uno “sforzo intellettuale che trae da circostanze di fatto l’idea di una configurazione giuridica connessa a quel fatto”, e che afferma essere il fatto il momento pregiuridico, la fonte materiale di conoscenza e quindi di interpretazione del diritto che regola quel fatto. Vedi inoltre Radbruch 1959: 102 citato da Tarantino 2008: 24-25. Radbruch intende per natura “il senso delle condizioni di vita”. Queste renderebbero possibile, se rispettate dall’interprete nel loro possibile significato, un avvicinamento tra essere e dover-essere. Vedi Radbruch 1941: 151.

<sup>58</sup> Sul punto vedi Mazzei e Opocher 2011.

<sup>59</sup> Vedi Mazzei e Opocher 2011: 8 e 9.

<sup>60</sup> Maihofer 2010 [1958]: 320.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

caso fortunato dell'intuizione<sup>61</sup> ma sia il risultato di un metodo rigorosamente razionale<sup>62</sup>, che permette di "afferrare il senso dei dati di fatto sul versante dell'essere"<sup>63</sup>, attraverso la ricomposizione degli elementi essenziali di un istituto giuridico<sup>64</sup>. La natura delle cose - scrive infatti Radbruch - deve essere ricavata dagli ordinamenti costituiti, nei quali il diritto ha trovato forma in una società. Essa è appunto "il senso che abita dentro gli istituti giuridici"<sup>65</sup>. Secondo il filosofo di Lubeca le preforme della regolamentazione giuridica, *consuetudine, usanza, costume*, sono qualcosa che il giurista, in questo caso l'interprete, deve riconoscere come punti di partenza e con cui deve avere a che fare in ogni caso. Si comprende allora come, in tale prospettiva dottrinale, il significato giuridicamente rilevante di natura delle cose con riguardo alla funzione dell'interpretazione, possa essere dedotto dall'essenza dei rapporti di vita: così la natura delle cose diventa "il senso oggettivo che trova espressione in questi rapporti di vita e soltanto in essi", E il metodo con cui si accerta la natura delle cose è interpretazione come risultato di un "metodo rigorosamente razionale".

Atteso il venir meno dell'importanza e della centralità del diritto scritto, rispetto alla molteplicità delle situazioni<sup>66</sup>, assume allora rilevante importanza la delicata opera del giudice, che è in grado, ponendosi a stretto contatto con la realtà, di trovare il vero nelle cose, portando alla luce una ricchezza di determinazioni e di riflessi giuridici delle relazioni intersoggettive, ignoti al testo normativo, e di porre particolare attenzione all'elemento della certezza del diritto, senza che ciò comporti un cedimento o un piegarsi ad esso da parte della giustizia<sup>67</sup>.

Per cercare di *dedurre* praticamente dalla natura la soluzione del caso concreto, attraverso l'analisi della realtà<sup>68</sup>, si rende necessario far emergere il principio empirico di costruzione della regola, a partire dall'individuazione del problema concreto<sup>69</sup>. Si tratterebbe, da questo punto di vista, di cogliere il principio normativo inerente agli stessi fatti sociali, tale da fungere da principio di interpretazione che consenta il completamento dell'ordinamento<sup>70</sup>; il costante riferimento alla realtà che viene a normare eviterà di rendere arbitrario o soggettivo l'intervento del giudice.

Possiamo quindi affermare con Radbruch che "l'invenzione del diritto, in base alla natura delle cose, è invenzione del diritto concreto [...] essa può non soltanto sviluppare, da una speciale circostanza di fatto, il diritto per quel particolare caso", non regolato dalla legge, "ma costituire anche un istituto giuridico, mediante norme generali, un rapporto di vita comprensivo"<sup>71</sup>.

---

<sup>61</sup> Radbruch aveva inizialmente aderito a questa concezione, nell'edizione del 1932 della *Rechtslehre*.

<sup>62</sup> Cfr. Radbruch 1941: 156.

<sup>63</sup> Radbruch 1941 citato in Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 315 ss.

<sup>64</sup> Sul punto Mazzei e Opocher 2011: 3.

<sup>65</sup> Radbruch 1962 [1958]: cit., p. 35.

<sup>66</sup> Radbruch 1941: 150. Cfr. a questo proposito Tarantino 2008: 91, evidenzia però che il vero fondamento della discrasia fra essere e dover-essere nella dottrina della natura delle cose radbruchiana, si concretizza nell'aver considerato le preforme giuridiche e la loro regolamentazione come fatto giuridico solo se riconosciute o richiamate espressamente dal legislatore.

<sup>67</sup> In questo modo l'interpretazione eviterà di essere eccessivamente arbitraria e soggettiva.

<sup>68</sup> Si tratta come evidenzia Radbruch 1941: 145, di una realtà preformata in modo molteplice, di una formazione sociale piena di senso.

<sup>69</sup> Sul punto vedi Villey 1976.

<sup>70</sup> Cfr. Romano 1995: 50-51, che sottolinea come l'intima unità tra fatto e norma divenga l'oggetto della conoscenza interpretativa del giurista, che muove, dal caso concreto che ha dato luogo al conflitto o a questioni controverse, per giungere alla regola giuridica del caso concreto.

<sup>71</sup> Radbruch 1941: 150. Cfr. inoltre Baratta 1959 cit. in Mazzei e Opocher 2011: 136, il quale sottolinea come lo svolgimento del pensiero radbruchiano sia contrassegnato dal tentativo di diminuire la distanza tra il mondo dei fatti e il mondo delle idee. Egli considera il risultato dell'operazione del pensiero, attraverso la quale viene tratta la natura del fatto, come il risultato di un procedimento razionale, oggettivo, scientifico, non arbitrario.

La normativa creata, mediante il ricorso all'interpretazione basata sulla natura delle cose<sup>72</sup>, diventerà allora in grado di adeguarsi alla realtà che è chiamata a regolare in quanto orientata verso una giuridicità considerata intrinseca al rapporto regolamentato<sup>73</sup>.

Date queste premesse metodologiche, era naturale (per non dire inevitabile) che il filosofo di Lubeca approfondisse con illimitata adesione la realtà giuridica e giurisprudenziale del sistema anglosassone, che diviene la concreta e storica realizzazione delle sue tesi, ad ulteriore riprova della fondatezza delle stesse. Non a caso, in una significativa parte della sua riflessione, il filosofo di Lubeca dedica numerosi riferimenti alla tradizione giuridica inglese. Lo stesso, infine, dedica al tema l'opera dal titolo *Der Geist des englischen Rechts*<sup>74</sup> in cui esprime in maniera dettagliata i motivi e le ragioni della sua ammirazione per il sistema della *Common Law*.

Nella sua opera *Lo spirito del diritto inglese (Der Geist des englischen Rechts* appunto) il filosofo rileva, infatti, una corrispondenza tra la concezione filosofico-giuridica propria degli ordinamenti anglosassoni e il metodo della natura delle cose<sup>75</sup>. Nel descrivere ed elogiare lo spirito del diritto inglese, Radbruch in realtà vuole rivolgersi alla Germania, in quanto auspica la ricostruzione di un nuovo spirito giuridico democratico<sup>76</sup> e rinnova il suo attacco contro una visione prettamente positivista che, soprattutto con l'esperienza dell'ordinamento nazionalsocialista, aveva reso la "giurisprudenza inerme" di fronte alla legge ingiusta<sup>77</sup>.

È doveroso ribadire che, ad ogni modo, in Radbruch è sempre presente l'idea della necessità di contemperare l'esigenza della giustizia materiale con la positività del diritto, avendo ben chiaro quelli che potevano essere i pericoli di una giurisprudenza liberamente affidata ad una interpretazione puramente soggettiva del diritto naturale<sup>78</sup>. È proprio nello spirito del diritto inglese che l'Autore trova l'ideale rifugio e soluzione a questo ventilato pericolo e trova, nella concreta e quotidiana realtà applicativa delle Corti inglesi, le risposte che consentono il superamento del contrasto tra positività e giustizia che "nel sistema giuridico continentale formano un'antinomia insuperabile"<sup>79</sup>.

<sup>72</sup> Ricordiamo come già Reinach affermava l'esistenza di dati extrapositivi, emergenti dalla realtà, o meglio, per utilizzare le sue parole, da una "formazione sociale preformata in modo molteplice", che costituiscono la base a priori di ogni diritto positivo come struttura e ordine essenziale dei concetti giuridici, e attraverso i quali integrare le eventuali lacune. Cfr. Reinach 1989 citato da Maihofer, 2011 [1965]: 66 ss. Egli parla di una realtà sociale la quale attiene ad una "possibilità più profonda" del semplice riferimento ai "molteplici stati di cose", in quanto "penetrando nell'essenza di queste entità, vediamo ciò che in esse è giuridicamente rilevante, troviamo delle leggi in modo analogo a quanto accade per l'essenza dei numeri o delle figure geometriche". Reinach ipotizza un metodo di costruzione dei concetti giuridici, avuto a riguardo la struttura ontologica dei fatti o degli atti sociali corrispondenti, che, secondo Maihofer, è in grado di offrire concetti fondati sulla struttura ontologica della vita sociale, trasformati in elementi normativi per mezzo di una riduzione normativa. Radbruch 1941: 150, prenderà le distanze dalla teoria di Reinach e da ogni analogo tentativo di "individuare e cogliere il senso di un rapporto di vita come una realtà insita in questo stesso".

<sup>73</sup> La natura diverrebbe ideale modello per la creazione della normazione stessa che è chiamata a colmare la lacuna legislativa.

<sup>74</sup> Radbruch 1962 [1958].

<sup>75</sup> Come viene evidenziato da Baratta, nell'introduzione all'opera di Radbruch *Lo spirito del diritto inglese*, diverse volte l'autore utilizza la nozione di "natura delle cose" per qualificare il pensiero giuridico inglese.

<sup>76</sup> Vedi Baratta 1962: X.

<sup>77</sup> Mazzei e Opocher 2011: 1. Come viene sottolineato da Mazzei, Radbruch "sferra un attacco diretto e frontale al positivismo giuridico, inchiodandolo alle sue responsabilità di fronte alla degenerazione autoritaria nazifascista: il positivismo, con la sua concezione che la legge è legge ha di fatto reso il ceto dei giuristi inerme contro leggi dal contenuto arbitrario e criminale".

<sup>78</sup> Vedi Radbruch 1962 [1958]. Baratta rileva nell'introduzione all'opera come in Radbruch fu grande la preoccupazione per la giustizia e vivo il senso della validità di un diritto "soprapositivo", quanto il riconoscimento del valore della positività e della certezza del diritto.

<sup>79</sup> Baratta, 1962: XII. Il diritto inglese è descritto come un esempio di superamento del contrasto tra positività e ideale di giustizia. Secondo la filosofia inglese, critica del positivismo giuridico la distinzione tra diritto e morale non può giustificare alla coscienza dei cittadini un qualsiasi ed indistinto contenuto normativo, in quanto questo deve essere costantemente alimentato e rinvigorito grazie al sentimento popolare di giustizia e continuamente monitorato, consentendo alla coscienza di valutare e giudicare il contenuto del diritto positivo, al fine di poter giungere ad una reale e concreta resistenza contro la legge ingiusta. La tesi inglese sul positivismo giuridico può trovare la sua validità solo in quella virtù dell'autocritica, esaltata da Radbruch, e, come evidenzia Baratta nell'introduzione all'opera "in quel senso di

## COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

### RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Il sistema inglese viene, infatti, proposto come modello del possibile superamento del contrasto tra essere e dover-essere, fatto e valore, giurisprudenza ed esigenza di certezza del diritto<sup>80</sup>.

Radbruch, nella sua riflessione, si sofferma a lungo sul carattere etico del diritto inglese, sulla capacità della sua giurisprudenza di esprimere nell'interpretazione le esigenze etiche e morali proprie del popolo inglese<sup>81</sup>. Tale carattere del diritto inglese trova il suo fondamento nel sistema di *Common Law* e la caratteristica prevalenza del diritto di origine giurisprudenziale e consuetudinario<sup>82</sup>; così il diritto, sedimentato nella storia e nella tradizione e autorevolmente interpretato da parte del ceto dei giuristi secondo i valori profondamente radicati nella coscienza popolare, corrisponderà "continuamente alle situazioni nuove della vita"<sup>83</sup>.

Il metodo d'interpretazione del testo giuridico basato sulla natura delle cose consiste, quindi, nell'individuazione del criterio giuridico che maggiormente corrisponda alla specificità del caso. Da questo punto di vista, quindi, possiamo affermare che la *Natur der Sache* rimane strettamente connessa con il diritto casistico<sup>84</sup> propri degli ordinamenti giuridici di *Common Law*.

Il ritrovamento della massima di decisione, a partire dalla concreta individualità del caso era un tratto che risaliva, come già ricordato, alla virtù giuridica dei Romani<sup>85</sup>, e che viene sapientemente ripreso dagli ordinamenti di *Common Law*.

Il *Case law*, nella lettura di Radbruch, non vuole però essere un metodo di produzione creativa del diritto, ma vuole essere un metodo di ritrovamento empirico induttivo della massima di decisione

---

responsabilità individuale dell'inglese nei confronti della cosa pubblica, che nulla ha a che vedere col senso cieco e fanatico dell'obbedienza al capo o con l'esaltazione dell'autorità". Assistiamo in quest'opera ad un totale rovesciamento del pensiero iniziale di Radbruch. Nelle sue prime opere (*Idea del diritto e materia del diritto, uno schizzo* 1923 *Rechtsphilosophie* 1956 e soprattutto *Natur der Sache*), Maihofer, come viene efficacemente evidenziato in Ciscato e Todescan 2010: 327, fonda la sua teoria sul dogma positivista secondo cui la natura della cosa avrebbe potuto diventare efficace solo laddove non si fosse trovata in contraddizione con lo spirito della legge; anche se la legge avesse violato ogni ragione delle cose, ogni natura del fatto, anche allora resterebbe fermo che il dover-essere che fallisce nella legge avrebbe dovuto prevalere di fronte al dover-essere realizzato nell'essere.

<sup>80</sup> Vedi Baratta, 1962: XII evidenzia come tale tesi sia stata portata in luce anche in Italia da Cattaneo, 1962.

<sup>81</sup> In questo senso Baratta, 1962: XIII.

<sup>82</sup> Nel sistema del *Common Law* prevale, come detto, prevale il sistema del *Judge made law* rispetto al diritto di origine legislativa dello *Statute law*.

<sup>83</sup> Baratta, 1962: XIII, rileva come le due proposizioni apparentemente contraddittorie del Coke "*Nihil quod est contra rationem est legitimum*" e "*Neminem oportet esse sapienterem legibus*" trovino la loro logica armonia.

<sup>84</sup> In questo senso Radbruch 1962 [1958]. Di contro Mazzei e Opocher 2011: 3, che sostengono, invece, come non necessariamente la natura delle cose sia connesso con il diritto casistico.

<sup>85</sup> Baratta 1959: 186. Vedi a riguardo Sanfilippo 2002: 27, il quale mette in rilievo come i giureconsulti, attraverso il fine e profondo esame di innumerevoli casi concreti, procedono ad una completa elaborazione del sistema giuridico. Il metodo di cui essi principalmente si servono è la c.d. *interpretatio iuris*, attività caratteristica, che molto differisce dall'interpretazione del diritto compiuta dal giurista moderno. Oggi l'attività dell'interprete spesso è limitata all'esatta comprensione del contenuto e del valore della legge. Nel mondo romano, invece, interpretare significa, in certi casi, scoprire la regola giuridica dai *mores*. Rispetto ai numerosi casi per i quali mancava una norma scritta il giurista, profondo conoscitore dei *mores*, doveva egli stesso trarre ed elaborare da essi la norma giuridica, inquadrala nel sistema, dedurne tutte le possibili conseguenze teoretiche e pratiche. Vedi inoltre Gioffredi, 1947-48 citato da Robleda 1979: 35, il quale, dopo aver affermato il carattere casistico e pratico dell'attività della giurisprudenza romana, scrive: "Ma al giurista non sfugge il principio che ne regge l'uso (la prassi in cui gli stessi si muovono), e al quale egli è immancabilmente condotto dalla loro applicazione all'infinito numero di casi pratici nel variare di circostanze particolar. Egli procede ad una ricca casistica perché il suo senso pratico trova al tempo stesso che un dato principio, anche se non esplicitamente enunciato, è presente". Possiamo affermare che esso venga tratto dalla natura delle cose. Cfr. a questo riguardo Panzarini 2009: 72 che pone in rilievo la forte connessione tra diritto e natura delle cose nell'ordinamento romano. Cfr. anche Miglietta 2012: 37. Egli rileva come il tratto principale caratterizzante l'attività della giurisprudenza romana, risiede nell'interpretazione "casistica" o "topica". Tale metodo, definito *induttivo*, opera dal particolare, ossia a partire dall'analisi del caso concreto, al generale, con la creazione della regola più adatta a disciplinare il caso stesso. L'utilizzo del metodo induttivo - spiega Miglietta- risiede nel fatto che l'ordinamento giuridico romano, nell'età classica, non abbia conosciuto il fenomeno della codificazione. Vedi Vincenti 1995. Sempre Miglietta 2012: 51, evidenzia la ricchezza dell'ordinamento romano, la quale risiede proprio nel metodo interpretativo, che "qualcosa ancora può offrire al giurista moderno".

a partire dalla natura dei fatti<sup>86</sup>. L'attività del giudice di *Common Law*<sup>87</sup> consiste, infatti, in una operazione di parallelo confronto delle questioni giuridiche dei due casi, quello sul quale viene chiamato a pronunciarsi e quello precedentemente deciso da un altro giudice, con l'intento di individuare punti comuni ed estendere la *ratio decidendi* della decisione anteriore al caso successivo a lui prospettato. Ecco perché si può affermare che il giudice inglese non crea ma *scopre* il diritto, un diritto tradizionale che viene portato alla luce progressivamente, in una attenta analisi e decisione del caso concreto, ed in questo senso si trova strettamente connesso alla natura delle cose<sup>88</sup>.

Radbruch evidenzia, inoltre, come questa attività *creativa* dei giudici inglesi, non ha mai creato problema alcuno né sotto la prospettiva del principio della certezza del diritto né sotto la prospettiva del principio della divisione dei poteri, anche perché il ceto giurisprudenziale inglese è dotato di una forte autonomia nei confronti del potere politico, ma soprattutto è latore di una tradizione secolare e, per questo, depositario dei valori etici e dei principi democratici tradizionali del popolo inglese<sup>89</sup>.

I giudici - evidenzia Radbruch - interpretano il diritto secondo valori profondamente radicati nella coscienza popolare e "difficilmente piegabili a scopi politici contingenti" come avviene spesso nel sistema continentale<sup>90</sup>; per questo in Inghilterra "il primato dato al valore della certezza del diritto si traduce non nel sacrificio, ma nell'affermazione del valore della giustizia"<sup>91</sup>, e rappresenta un principio capace di controllare e limitare l'arbitrio del legislatore senza giungere ad uno speculare arbitrio del giudice<sup>92</sup>. Per questo motivo la maggior parte dei giuristi inglesi è contraria all'idea di codificazione, di poter cristallizzare, racchiudere interi rami del diritto in codici e sono invece favorevoli ad una giurisprudenza che stabilisca il diritto in occasione del singolo caso e solo per questo e per casi simili<sup>93</sup>.

<sup>86</sup> Sul punto Radbruch 1962 [1958]: 34 ss.

<sup>87</sup> Cfr. Mattei 1992: 3, secondo cui il pericolo da quale occorre guardarsi sta nell'avvicinare il *Common Law* con "mentalità statica". Il *Common Law* è, infatti, come ogni struttura giuridica, una realtà antropologica di straordinaria entità, calata in un'organizzazione giuridica dei rapporti umani che muta continuamente. Secondo Mattei, in ogni istante della storia esisterebbe un diverso *Common Law* anche se ciò non significa che siano illegittimi i tentativi di carpire determinate costanti storiche.

<sup>88</sup> Rilevante importanza assume inoltre, in questi ordinamenti, il ruolo dell'*equity* che, contrapposta al sistema chiuso del *Common Law*, rappresenta una molteplicità di principi giuridici correttivi e di istituti giuridici integrative garantendo la forza espansiva dello stesso diritto. Il concetto di equità, coniato da Aristotele, ha il compito di far valere la giustizia del caso singolo di fronte alle leggi. Nel diritto romano rilevante era la funzione dei pretori che concedevano a colui che cercava giustizia *actiones ex equo et bono*; nel dir inglese i cancellieri inglesi concedevano i c.d. *writs* per venire incontro agli inconvenienti del *Common law*. Sul punto P. Moro 2012: 21, secondo il quale diventerebbe necessario "ritornare alla responsabilità del giurista come soggetto che ragiona e agisce in funzione del processo". Questo, secondo Moro potrebbe divenire una soluzione all'attuale crisi del diritto, ancor oggi considerato come "puro sistema oggettivo esteriore di regole e abbandonato al tecnicismo cibernetico del potere legislativo e giudiziale". Cfr. anche Carnelutti 1958: 95 ss., sull'importanza del processo per il rilievo della realtà fattuale. Sul rapporto tra diritto giurisprudenziale e statale vedi Costa 2011: 2 ss.

<sup>89</sup> Cfr. sul punto Baratta 1962: XIII. Secondo Radbruch la più profonda ragione della particolarità del diritto inglese è il senso giuridico, che in questo popolo si è sviluppato con straordinaria purezza.

<sup>90</sup> Baratta 1962: XIII. Radbruch si sofferma sul "carattere etico del diritto inglese, sulla capacità e la consapevolezza della giurisprudenza inglese di interpretare e realizzare le esigenze etiche, la morale, il popolo inglese".

<sup>91</sup> Il diritto inglese rappresenta un modello di superamento del contrasto tra positività e giustizia. Nell'ordinamento giuridico inglese anzi predomina lo scopo della sicurezza del diritto, cioè il diritto non viene lasciato al conflitto delle opinioni ma viene comunque stabilito autoritativamente che cosa debba avere valore di diritto e poi che questo diritto sia riconoscibile in modo univoco e certo.

<sup>92</sup> Le Corti inglesi più volte sottolineano, nelle loro pronunce, quale debba essere il loro compito, quello cioè di "applicare i principi del diritto delle circostanze del caso particolare". Cfr. "The Queen vs Dudley and Stephen, Queen's Bench Division, 14 Q.b.d. 273" (1884), *Model Penal Code Annotated*, www.law-lib.ca.

<sup>93</sup> Radbruch 1962 [1958]: 8-9 e 34. Egli rileva come il metodo del *Case law*, lungi dal rappresentare un metodo di creazione del diritto da parte della giurisprudenza, vuole essere un ritrovamento empirico induttivo della massima di decisione a partire dalla natura dei fatti. Il *Case law*, poi, tratta solo di diritto in stato di contestazione, non di diritto in stato pacifico. La natura delle cose viene ricavata da dall'ordinamento costituito, nel quale il diritto ha trovato forma, "essa è appunto il senso che abita dentro gli istituti giuridici concreti". La magistratura è nel suo complesso più creativa rispetto al sistema continentale ma, rileva Radbruch, il singolo giudice "è invece più legato di quanto non avvenga nella

Il diritto del caso, nel mondo anglosassone, prende il sopravvento anche sulla tentazione di eventuali codificazioni, in quanto il pensiero inglese "non vuole fare violenza con la ragione ai fatti, ma cerca la ragione nelle cose e la ragione è la natura dei fatti". A questo senso inglese dei fatti, ripugna fondare conclusioni sull'aspettativa di eventi che si devono ancora verificare, ma aspetta che essi sopraggiungano per giudicare solo quando si sono verificati. Non si fida né dell'immaginazione, né del calcolo di situazioni che si devono ancora verificare, in quanto la situazione reale è sempre del tutto diversa<sup>94</sup>.

Lo spirito inglese, evidenzia Radbruck, "si mantiene aperto all'imperativo di ogni nuova ora, all'insegnamento di ogni situazione che si presenta e la sua forza consiste nel sapersi ogni volta correggere e modificare a seconda della situazione nuova"<sup>95</sup>. La politica inglese, da questo punto di vista, non guarda lontano, non aspira ad una normazione generale ma è una politica del singolo caso, una giustizia concreta<sup>96</sup>.

Come risulta evidente nei casi esaminati dalle Corti inglesi, il filosofo tedesco elogia ancora un volta i giudici perché, lungi dal creare norme disancorate dal sistema giuridico nel suo complesso, si sono sforzati di ricostruire la razionalità giuridica dei fatti, ricercando il senso che abita all'interno delle relazioni e mirando a riscoprire quella fattualità del diritto del caso concreto che nei sistemi positivistic, ancorati alla pretesa del legislatore di prevedere fatti futuri, spesso rischia di venire tralasciata<sup>97</sup>.

Questo permette alla soluzione di non porsi come arbitraria, ma il più possibile aderente alle circostanze del caso particolare, alla materialità della vita reale e con la responsabilità della decisione presa sul momento, traducendosi cioè, in termini di effettività della tutela<sup>98</sup>.

#### 10. *Common Law e Civil Law*. Le convergenze parallele.

La ricostruzione che abbiamo svolto ci consente ora di trarre delle conclusioni circa il rapporto tra *Common Law* e *Civil Law* soprattutto in relazione al significativo percorso di collegamento che è venuto a delinerarsi a partire dalla *Scuola del Diritto Libero*, chiara espressione di una sentita necessità di una nuova figura di giudice, necessità che ha poi trovato un terreno fertile nel movimento della "*Natura della cosa*" e, in particolar modo, in Radbruck che è giunto ad elogiare la figura di giudice propria della tradizione anglosassone, prendendola chiaramente ad esempio da seguire.

Come abbiamo visto le tesi della *Scuola del Diritto Libero* si erano sviluppate in un'ottica antipositivistica, in un momento storico nel quale veniva sentito come urgente non tanto l'abbandono del sistema formalistico ma, quantomeno, un suo adattamento al veloce mutare della realtà

---

giurisprudenza continentale. Il prof. Goodhart (Oxford) ha accuratamente comparato tra loro il sistema inglese dell'interpretazione giuridica e quello continentale. Nessun altro dei pretesi vantaggi del sistema casistico regge al suo esame e, in particolare, egli nega l'elasticità che viene talvolta lodata dai giuristi del continente nel *Case law* e mette in campo come unico vantaggio, come prerogativa essenziale e unico fondamento del sistema casistico, la sicurezza del diritto".

<sup>94</sup> Radbruck 1962 [1958]: 8, aggiunge che attorno al diritto del caso del mondo anglosassone, a poco a poco viene intessuto uno strato di precedenti giurisprudenziali vincolanti, ma lo spirito inglese non per questo si sente obbligato alla consequenzialità, a continuare in una via sbagliata solo perché la si è presa una volta.

<sup>95</sup> Radbruck 1962 [1958]: 8.

<sup>96</sup> F.W. Maitland, storico inglese del diritto, citato da Radbruck 1962 [1958]: 9, parla di "*stumbling forward in our empirical fashion, blundering in to winds*", e proprio questo "procedere in avanti a forza di inciampi" fino a giungere alla saggezza.

<sup>97</sup> Radbruck 1962 [1958]: 9.

<sup>98</sup> Radbruck 1962 [1958]: 9. La motivazione viene poi sviluppata logicamente in maniera coerente con la natura dei fatti concreti che emergono come rilevanti nel singolo caso, ricostruita all'interno dell'ordinamento giuridico costituito e appare evidente come in ogni decisione non si prescinda dal diritto, ma questo viene riconosciuto, garantendo l'equilibrio giuridico dei rapporti intersoggettivi. Inoltre, le valutazioni dei giudici appaiono logicamente coerenti con il contesto giuridico e con la costruzione affermata dalla dottrina.

quotidiana, in particolare quella economica. Evoluzione che aveva fatto sentire come urgente la necessità dell'ordinamento giuridico di seguire tempestivamente le rinnovate esigenze della società.

Secondo le tesi elaborate dalla Scuola diveniva sempre più necessario un adeguamento del sistema legislativo, per sua natura necessariamente complesso, alla sempre più veloce evoluzione dell'economia e della società di fine Ottocento. E questo ruolo non poteva che essere riconosciuto ed attribuito al giudice il quale, ora come allora, si trova quotidianamente ad essere chiamato all'applicazione del diritto positivo (e cristallizzato) alle sempre nuove e mutevoli realtà che emergono dall'evoluzione sociale.

È quindi inevitabile individuare nelle tesi della *Scuola del Diritto Libero* i prodromi di una adesione ad una realtà giurisprudenziale quale quella di *Common Law*, ove la disposizione, intesa come legge dello Stato, era sostanzialmente inesistente e grande rilievo rivestiva l'opera esperta del giudice nel ricercare il corretto riconoscimento del diritto nelle controversie, con il ricorso ai precedenti giurisprudenziali.

La Scuola, quindi, ha rappresentato proprio il punto di partenza di una linea ideale di collegamento tra il sistema positivistic di *Civil Law* e il sistema anglosassone di *Common Law* perché, come abbiamo visto, la sua filosofia, onde evitare di essere del tutto rivoluzionaria e per questo lontana dalla realtà giuridica del tempo, non abbandonava l'idea che la norma positiva potesse avere e, anzi, per certi versi *dovesse* avere ancora un rilievo nel sistema giuridico.

Già nelle teorie di Bülow è chiara la tesi che il diritto non può esaurirsi nel freddo dettato normativo in quanto nel momento applicativo affiora uno iato tra la disposizione generale e astratta e il caso concreto. L'autore, quindi, sostiene (alla luce di una semplice constatazione di fatto sull'incompletezza strutturale dell'ordinamento giuridico positivo) che accanto alla legge positiva acquista un ruolo centrale quell'istituto che il filosofo definisce "l'ufficio del giudice". Ed è proprio grazie a "l'ufficio del giudice", che risulta possibile "chiudere il cerchio" ossia dare completa regolamentazione alla fattispecie sottoposta alla sua valutazione, in quanto inevitabilmente il legislatore ha potuto solo abbozzare un'ipotesi di soluzione del caso che potrà invece essere definitivamente concretamente risolto solo grazie all'intervento del giudice.

"Ogni controversia - precisa Bülow - pone in essere un problema giuridico peculiare, per il quale la legge non fornisce ancora in maniera esauriente la soluzione appropriata, che [...] neanche è possibile dedurre con l'assoluta sicurezza di una conclusione logicamente vincolante dalle disposizioni legislative"<sup>99</sup>.

La tesi di Bülow si pone, quindi, come ideale punto di partenza della nostra riflessione in riferimento al distacco da una visione esclusivamente positivistic e il necessario riconoscimento al giudice e al suo ufficio dell'opera di completamento del sistema positivo. Il giudice non è *sic et simpliciter* un mero esecutore materiale della volontà del sovrano ma ha un ruolo molto importante che si può ritenere essere per certi versi *creativo* del diritto.

Con questo Bülow non rinnega del tutto il diritto positivo, ma prende atto che la realtà, dinamica e sempre in costante trasformazione, richiede un costante adattamento normativo alle sempre nuove e mutate esigenze sociali. E questo può farlo *solo* il giudice<sup>100</sup>. Per dirla con l'immagine di Bülow, all'interpretazione applicativa del diritto, sono necessari sia la "muta" parola della legge ma anche la "bocca del giudice" che rispetto alla silenziosa espressione del dettato legislativo riesce ad adattarsi al caso concreto.

La prima tappa di questo itinerario, quindi, non può che essere costituita dalla filosofia di Oscar Bülow il quale, in maniera decisa, pur non rinnegando il ruolo del legislatore, viene a spostare il baricentro della creazione del diritto verso il giudice, il cui ruolo acquista, nelle tesi del filosofo tedesco, una chiara e necessaria centralità.

<sup>99</sup> Bülow von 2001: 227.

<sup>100</sup> In questo senso Fassò 2006: 196 e ss.

RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

E questa tesi trova ancor maggiore sviluppo in Hermann Kantorowicz<sup>101</sup>, filosofo, appartenente al medesimo movimento, nato nella Polonia allora tedesca e certamente più radicale rispetto alle posizioni di Bülow. Rovesciando il paradigma tradizionale, questi sostiene che accanto al diritto di origine statale, anzi *prima* di esso, vi è il "diritto libero" che ha il medesimo valore di quello statale, viene prodotto dalla società e, in particolare, dai giudici, e vive indipendentemente dal diritto statale, al punto tale che lo stesso Kantorowicz sostiene che il diritto statale nasce e si nutre del "diritto libero".

Il problema era, secondo Kantorowicz, che il legislatore si trovava quasi inerme di fronte alla veloce evoluzione sociale e che, quindi, nel concreto momento storico, il giudice interveniva e doveva intervenire sempre più spesso a colmare le inevitabili lacune del diritto statale. Ma anche in questo caso, seppur evidentemente rivoluzionario, il filosofo tedesco non si stacca definitivamente dalla tradizione formalistica quando afferma che il giudice avrebbe dovuto decidere il caso concreto non del tutto liberamente ma individuando una regola che, in base al suo libero convincimento, il *legislatore* avrebbe adottato qualora gli fosse capitato il caso specifico. Quindi centralità dell'opera del giudice, che viene a ricucire le lacune inevitabili dell'ordinamento, ma non definitivo distacco dalla tradizione in quanto l'opera dello stesso deve formalisticamente ispirarsi a quella del legislatore statale. Se il giudice è il *legislatore* del caso concreto, questi deve comunque operare come avrebbe operato il legislatore.

La Scuola, quindi, non ritiene che si debba rinunciare al diritto positivo; ma semplicemente sottolinea come la realtà, complessa e costantemente in evoluzione, abbia bisogno di un sistema giuridico attento e tempestivo e, quindi, necessariamente più dinamico. L'importanza, pur riconosciuta alla legge, andava però rivista e la legge non doveva essere intesa come esclusiva fonte di diritto mentre, per converso, andava rivalutato il ruolo del giudice nella delicata opera di regolamentazione delle relazioni intersoggettive che, anche nelle realtà giuridiche forgiate dal formalismo giuridico, non poteva che avere natura, in qualche modo, inevitabilmente creativa.

La *Scuola del Diritto Libero* aveva quindi indicato il cammino, che già teoreticamente sembrava portare molto lontano, con una linea che si poneva come ideale punto di congiunzione tra il sistema positivista occidentale e il sistema di *Common Law*. Nel momento in cui si sostiene che il diritto positivo non è l'unica ed esclusiva fonte del diritto e che il diritto positivo necessariamente viene completato dall'intervento integrativo del giudice, si sta delineando un sistema che, certamente in forme e proporzioni diverse, viene naturalmente ad ispirarsi ad un sistema di *Common Law*.

In entrambe le visioni del diritto vi è un diritto positivo. Ovviamente questa positività è (o quantomeno sembra) molto più marcata nella tradizione occidentale che in quella anglosassone, per naturali storiche ragioni. Ma in entrambe le visioni del diritto, accanto al diritto positivo, emerge come necessario il ruolo integrativo (e per questo per certi versi *creativo*) del giudice. Preso atto che, anche in un sistema occidentale positivista, il ruolo del giudice è comunque necessariamente centrale, si pongono le basi per un dialogo col mondo della *Common Law*.

Ed era proprio relativamente a questa declinazione che nacquero e trovarono sviluppo le posizioni della *Natur der Sache*. Proprio Kantorowicz sembra idealmente annunciare l'arrivo del nuovo movimento, nell'*incipit* della sua opera *La lotta per la scienza del diritto*, ove presenta la propria dottrina "come una resurrezione del diritto naturale in forma cambiata". Questi aveva definito la sua opera, quindi, come un nuovo tipo (*in forma cambiata*) di diritto naturale, intendendo per esso un diritto diverso certamente da quello positivo ma anche diverso dal diritto naturale tradizionale in quanto questo *nuovo* tipo di diritto naturale nasce dalla concretezza della realtà, della storia e della società nel suo continuo e cangiante mutamento. E proprio questo spunto viene colto e sviluppato

---

<sup>101</sup> Kantorowicz 1988 [1908]: 57. Come evidenzia Majetti, l'obiettivo evidente e palese dell'opera complessiva di Kantorowicz, era quello di combattere e abbattere il sistema preesistente, fondato sul vuoto e bieco positivismo, rappresentato dall'immagine "dell'alto funzionario governativo, [...], chiuso nella sua cella ed armato d'una finissima macchina pesante. Unico mobile, uno scrittoio sul quale è posto il Codice statale della legge" per sostituirla con una nuova idea, maggiormente aderente alle esigenze della storia, nella sua costante, irrefrenabile e imprevedibile evoluzione.

dalla *Natur der Sache* che, come abbiamo illustrato, introduce a sua volta *un nuovo tipo di diritto naturale*.

Le tesi della *Natur der Sache*, in particolare, accentuarono il tema della *Scuola del Diritto Libero* circa la centralità del ruolo del giudice nel momento applicativo del diritto e, inevitabilmente, anelarono a loro volta a seguire l'esempio dato dal sistema di *Common Law* in cui i giudici, pur maggiormente liberi e sicuramente meno vincolati da leggi positive, garantivano, grazie alla loro esperienza e alla loro adesione ai principi e ai valori tradizionali che emergevano dalla società, il riconoscimento e la tutela dei diritti dei singoli e con questo, comunque, il rispetto del fondamentale principio della certezza del diritto, centrale nelle visioni positivistiche.

Ecco perché, come avvenne esplicitamente nell'opera di Radbruch, l'attenzione rivolta dai filosofi della *Natur der Sache* alla realtà della *Common Law* divenne centrale nelle teorizzazioni della Scuola, con espressi diretti richiami *ad exemplum* e destinataria di sinceri apprezzamenti ed elogi. Il detto richiamo serviva proprio per dare la prova tangibile di come fosse possibile attribuire maggior potere interpretativo e, anche se in maniera malcelata, *creativo* al giudice, senza però infrangere uno dei pilastri sui quali era stato eretto il sistema giuridico positivisticco, ossia la certezza del diritto.

Questo è chiaramente espresso in Radbruch il quale ritrova, nella tradizione inglese, il superamento del contrasto tra positività e giustizia, antinomia insuperabile nel sistema giuridico continentale. Lo spirito inglese "ha realizzato naturalmente quello che per il sistema giuridico continentale appare a Radbruch l'auspicabile ma problematica quadratura del cerchio"<sup>102</sup>.

Anche Radbruch, infatti, da un lato riconosce la storica importanza del diritto positivo della tradizione continentale ma, per converso, riconosce anche la sua inevitabile lacunosità, con la conseguenza di dover necessariamente integrare il testo legislativo nel momento interpretativo.

Questi però, comprende anche il rilievo che possono assumere le obiezioni sollevate dai positivisti e, infatti, condivide i timori che una eccessiva libertà lasciata ai giudici possa far venir meno il principio cardine della certezza del diritto. Su questo punto, il filosofo tedesco chiarisce che l'applicazione del diritto statale al caso concreto non può essere arbitrario, ossia lasciato all'arbitrio di un giudice; ma, aggiunge, non si può neppure pensare, altrettanto arbitrariamente, che il nudo testo legislativo sia sufficiente alla regolamentazione del caso.

Radbruch, quindi, sostiene che la natura della cosa sia il *sensu oggettivo* che trova espressione nei rapporti di vita<sup>103</sup>, a cui l'interprete deve ispirarsi ed anzi adeguarsi nella sua attività interpretati per evitare tale arbitrio.

Radbruch parte dall'idea della necessità di contemperare l'esigenza della giustizia materiale con la positività del diritto, per evitare i pericoli di una giurisprudenza libera interprete del diritto naturale<sup>104</sup> e, nello spirito del diritto inglese, rinviene il paradigma che consente la conciliazione di questi che possono sembrare opposti inconciliabili. Questo perché, come dice il filosofo tedesco, lo spirito inglese "non vuole fare violenza con la ragione ai fatti, ma cerca la ragione nelle cose e la ragione è la *natura dei fatti*". Questo passaggio è la conferma della perfetta adesione delle teorie della *Natur der Sache* allo spirito giuridico inglese.

Secondo Radbruch questo è concretamente possibile anche nei sistemi di *Civil Law* per una serie di ragioni che hanno trovato conferma negli ordinamenti anglofoni.

*In primis*, da un punto di vista metodologico, in quanto il procedimento, con cui si adegua la normativa al caso concreto, è e deve essere il risultato di un metodo rigorosamente razionale<sup>105</sup>, che permette di "afferrare il senso dei dati di fatto sul versante dell'essere"<sup>106</sup> e, conseguentemente, evitare l'arbitrio.

<sup>102</sup> Vedi Baratta 1962: XIII.

<sup>103</sup> Radbruch 1941: 153.

<sup>104</sup> Baratta 1962. Baratta rileva nell'introduzione all'opera come in Radbruch fu grande la preoccupazione per la giustizia e vivo il senso della validità di un diritto "soprapositivo", quanto il riconoscimento del valore della positività e della certezza del diritto.

<sup>105</sup> Cfr. Radbruch 1941: 156.

<sup>106</sup> Radbruch, *Natur der Sache*, citato in Ciscato e Todescan (a cura di) 2010: 315 ss.

## COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.

### RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".

Inoltre, il rigore del metodo deve trovare applicazione su dei fondamenti, dei formanti del diritto, condivisi e fissi. L'interpretazione ad opera del giudice deve partire dalle *preforme* della regolamentazione giuridica, che sono la *consuetudine*, l'*usanza*, il *costume* e che consentono di orientare e, allo stesso tempo, vincolare l'interpretazione, come appunto avviene nei sistemi di *Common Law*.

Radbruch, inoltre, nella propria ricostruzione, si sofferma con particolare attenzione sull'eticità e l'intima moralità del sistema, elogia il carattere etico del diritto inglese, evidenziando come la giurisprudenza dei sistemi di *Common Law*, rimanendo rigorosamente ancorata alla tradizione e ai costumi del popolo inglese, venga a recuperare, nella sua opera interpretativa, le esigenze etiche e morali proprie del popolo inglese<sup>107</sup>.

Altro punto fondamentale nelle tesi di Radbruch, questo diritto, stratificato nel tempo, che esprime i costumi e la tradizione del popolo inglese, riletto attraverso il prisma dell'etica e della morale del popolo, viene interpretato dai giudici, garantendone comunque l'evoluzione, in quanto attingono, nella ricostruzione e nell'adeguamento dei singoli casi, ai valori profondamente radicati nella coscienza popolare con cui si rapportano "alle situazioni nuove della vita"<sup>108</sup>, anche queste sempre lette attraverso il prisma della consolidata tradizione popolare.

Interpretare per recuperare "la natura delle cose" vuol dire, quindi, individuare il criterio interpretativo che sa cogliere la specificità del caso. E per questo la *Natur der Sache* fa propria il metodo casistico<sup>109</sup>, proprio degli ordinamenti giuridici di *Common Law*.

Il *Case law*, secondo Radbruch, non vuole dire, infatti, creare diritto ma ritrovare empiricamente, attraverso un processo di natura induttiva, la massima di decisione a partire dalla natura del fatto controverso<sup>110</sup>. Esattamente ciò che fa il giudice di *Common Law* che non crea ma *scopre* il diritto, recuperando la soluzione dalla tradizione giuridica.

Questa attività, secondo alcuni, *creativa* dei giudici inglesi, questa *libertà* lasciata ai giudici in realtà non è tale, in quanto realizza comunque, e in questo sussiste la particolarità della loro interpretazione, la certezza del diritto. I giudici di *Common Law*, infatti, sono fortemente autonomi nei confronti del potere politico e quindi non sono condizionabili dal potere costituito e, allo stesso tempo, sono custodi di una tradizione secolare e, in questo, depositari dei valori e dei principi propri della tradizione<sup>111</sup> a cui, *per primi*, rimangono rigorosamente ancorati.

La completa argomentazione del filosofo tedesco diviene il vero manifesto di adesione della Scuola allo spirito del diritto inglese. La Scuola confidava che si potesse seguire l'esempio della *Common Law* in cui i giudici, non vincolati da leggi positive, finivano per sembrare sotto certi aspetti più vincolati dei giudici di *Civil Law* in quanto interpreti fedeli della tradizione giuridica anglosassone così come si era cristallizzata a seguito di secolari sedimentazioni delle pronunce dei giudici che le avevano preceduti. I giuristi appartenenti alla *Natur der Sache* volevano dimostrare come il riconoscimento al giudice di una maggiore libertà, sul presupposto di una responsabilizzazione istituzionale della sua figura, avrebbe consentito un'evoluzione del diritto nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento.

Un'ultima conclusiva riflessione connessa alle considerazioni svolte e che spiega anche la fondatezza della tesi della Scuola circa la compatibilità dei due sistemi di *Common Law* e *Civil Law*, da sempre ritenuti invece lontani e inconciliabili. Si può dire che i due sistemi, in realtà, nel momento interpretativo siano molto più simili di quanto sia stato sino ad ora ritenuto e, per certi versi, siano

<sup>107</sup> In questo senso Baratta 1962: XIII.

<sup>108</sup> Baratta, 1962: XIII, rileva come le due proposizioni apparentemente contraddittorie del Coke "*Nihil quod est contra rationem est legitimum*" e "*Neminem oportet esse sapientiores legibus*" trovino la loro logica armonia.

<sup>109</sup> In questo senso Radbruch 1962 [1958]. Di contro Mazzei e Opocher 2011: 3, che sostiene, invece, come non necessariamente la natura delle cose sia connesso con il diritto casistico.

<sup>110</sup> Sul punto Radbruch 1962 [1958]: 34 ss.

<sup>111</sup> Cfr. sul punto Baratta 1962: XIII. Secondo Radbruch la più profonda ragione della particolarità del diritto inglese è il senso giuridico, che in questo popolo si è sviluppato con straordinaria purezza.

speculari e simmetrici tra loro. Una analisi non superficiale delle due realtà giuridiche disvela come, in entrambi i sistemi, il giudice non viene ritenuto assolutamente libero nel suo operare ma è sempre e comunque vincolato ad un ordinamento giuridico preesistente. Gli studiosi occidentali sostengono che il giudice di *Common Law* è libero nella sua opera interpretativa ma questo, come abbiamo visto, è una opinione infondata.

La vera differenza, quindi, tra i due sistemi, pur strutturalmente diversi, non risiede in realtà in una diversa visione dell'opera dei giudici, in quanto in entrambe le realtà, al loro interno, si individuano dei limiti considerati quasi *invalidabili* per l'attività del giudice. La differenza, quindi, a ben vedere, non consiste nell'esistenza o meno di vincoli all'attività del giudice, come erroneamente si continua a ritenere, vincoli che invece sussistono in entrambi gli ordinamenti, ma riguarda piuttosto la *tipologia* di questi limiti invalidabili. Infatti, in un sistema di *Common Law* il limite posto corrisponde al diritto consuetudinario, alla tradizione sedimentata nel tempo e quotidianamente (ri)conosciuta come tale dal giudice, custode della tradizione e dei valori etici di un popolo, mentre in un sistema di *Civil Law* il limite posto corrisponde all'ordinamento giuridico positivo, frutto di un intervento legislativo del sovrano. Ma, in entrambi i casi, un limite vi è ed è avvertito dagli stessi giudici come un limite *invalidabile*.

Questo ci viene confermato dallo stesso Radbruch che, consapevole di ciò, nel momento in cui valuta l'opera interpretativa dei giudici nel mondo anglosassone, riconosce come vi sia una (a)simmetrica visione della stessa e, infatti, evidenzia come “la valutazione del metodo inglese dell'interpretazione giuridica è assai controversa: mentre i giuristi inglesi rilevano per lo più la sua rigidità, i critici stranieri sono soliti spesso lodare la sua elasticità”<sup>112</sup>. Questo a riprova del fatto che la diversa visione dell'intervento interpretativo del giudice nei due sistemi non è reale ma il frutto di un pregiudizio ideologico, frutto di una non completa conoscenza dell'esperienza giuridica e che, in realtà, i due sistemi possono avvicinarsi. I due sistemi, che la tradizione ci disegna come due mondi paralleli, in realtà possono convergere e il percorso tracciato dalla *Scuola del Diritto Libero* prima e dal movimento della *Natur der sache* poi lo conferma.

#### BIBLIOGRAFIA

Aarnio A. 1996, “I precedenti e la loro validità”, *Ragion pratica*, 6: 9-18.

Antoniolli Deflorian L. 1993, “Il precedente come fonte diritto: l'esperienza inglese”, *Rivista di Diritto Civile*, 1: 133-211.

Antoniolli Deflorian L. 1998, “Il ruolo del precedente giudiziale nel Common Law inglese” in Vincenti U. (a cura di), *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione Europea*, Padova: Cedam.

Baratta A. 1959, “Natura del fatto e diritto naturale”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 36: 177-228.

Baratta A. 1962, “Introduzione” in Radbruch G. 1962 [1958], *Lo spirito del diritto inglese*, trad. a cura di Baratta A., Milano: Giuffrè.

Baratta A. 1968, *Natura del fatto e giustizia materiale (Certezza e verità nel diritto)*, Milano: Giuffrè.

Barberis M. 2004, “Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione” in Comanducci P. e Guastini R. (a cura di) *Analisi e diritto*, 2004, Torino: Giappichelli: 1-21.

Bobbio N. 2011 [1965], “La natura delle cose” in Bobbio N. 2011 [1965], *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Roma-Bari: Laterza.

Bobbio N., 1966, s.v. “Principi generali del diritto”, *Novissimo Digesto Italiano*, XIII: 887-896.

Bülow von O. 1885, *Gesetz und Richteramt*, Leipzig: Duncker & Humblot.

<sup>112</sup> Vedi Radbruch 1962 [1958]: 35.

**COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.**

**RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".**

- Bülow von O. 2001 [1885], "Legge e ufficio del giudice", trad. e postfazione di P. Pasqualucci, *Quaderni fiorentini*, 30: 199-254.
- Cannata C.A. Gambaro A. 1989 [1976], *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, IV ed., Torino: Giappichelli.
- Cardoso B. 1961 [1921] *Il giudice e il diritto*, trad. a cura di Gueli V., Firenze: La Nuova Italia.
- Carnelutti F. 1958, *Diritto e processo*, Napoli: Ed. Morano.
- Castrucci E. 1988, "Rileggendo Radbruck", *Quaderni Fiorentini*, 17: 487-498.
- Cattaneo M. A. 1962, *Il positivismo giuridico inglese*, Milano: Giuffrè.
- Cavanna A. 2005, *Storia del diritto moderno in Europa*, (II), Milano: Giuffrè.
- Ciscato C. Todescan F. (a cura di) 2010, *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, Padova: Cedam.
- Costa P. 2011, "Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incorociati"?", *Quaderni fiorentini*, 15: 1-18.
- Criscuoli G. 1981, *Introduzione allo studio del diritto inglese*, Milano: Giuffrè.
- David R. Jauffret-Spinosi C. 2004, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Padova: Cedam.
- Donati D. 1910, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano: SEL.
- Dworkin R. 1989, *L'impero del diritto*, Milano: Il Saggiatore.
- Ehrlich E. 1888, "Über Lücken im Rechte", *Juristische Blätter*, 17: 447-630.
- Ehrlich E. 1899, *Das zwingende und nicht zwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch*, Jena: G. Fisher.
- Fassò G. 1999 [1964], *La legge della ragione*, Faralli C., Pattaro E., Zucchini G. (ried. a cura di), Milano: Giuffrè.
- Fassò G. 2006 [2001], *Storia della filosofia del diritto. Ottocento e Novecento*, Vol. III, Roma Bari: Laterza.
- Frank J. N. 1930, *Law and The Modern Mind*, New York: Brentano's.
- G. Radbruck, 1956 [1932], *Rechtsphilosophie*, Lipsia: Koehler.
- Galgano F. 1992, "Il precedente giudiziario in "Civil Law"" in Galgano F. 1992, *Atlante diritto privato comparato*, Bologna: Zanichelli: 30-33.
- Gentile F. 2005, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova: Cedam.
- Gioffredi C. 1947-1948, *Ius lex Praetor, forme storiche e valori dommatici in SDHI*, Roma: Apollinaris.
- Golding M. 1984, *Legal Reasoning*, New York: A.A. Knopf.
- Gorla G. 1969-1970, "Il valore del precedente giudiziale e le "autorità" dei dottori in Italia (e altrove) fra i secoli XVII e XX", *Quaderni del foro it.* 1969-1970.
- Gorla G. 1990, voce "Precedente giudiziale", *Enciclopedia Giuridica*, vol. XXIII, Roma: Treccani.
- Grossi P. 2006, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano: Giuffrè.
- Irti N. 2007, "L'immagine della natura nel diritto contemporaneo" in Irti N. 2007, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari: Laterza.
- Kantorowicz H. 1906, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter.
- Kantorowicz H. 1927, *Kaiser Friedrich der Zweite*, Stuttgart, Klett-Cotta.
- Kantorowicz H. 1988 [1908], *La lotta per la scienza del diritto*, trad. a cura di Majetti R., Milano, Forni.
- Kantorowicz H. 2000, *Federico II imperatore*, trad. a cura di Pilone Colombo, Milano, Garzanti.
- Llewellyn K. N. 2002 [1930], "Il sistema dei precedenti" in Castignone S., Faralli C. e Ripoli M. (a cura di) 2002, *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, Giappichelli: 253-268.
- Maihofer W. 1958, "Die Natur der Sache", *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*: 145-174.
- Maihofer W. 2010 [1958], "La natura della cosa", trad. a cura di Berno G. e Mazzei A. in Ciscato C. e Todescan F. (a cura di), *Percorsi contemporanei del diritto naturale*, Padova: Cedam: 315-351.

- Maihofer W. 2011 [1965], *Diritto e natura delle cose nella filosofia del diritto tedesca*, trad. a cura di Todescan F. in Mazzei A. e Opocher T. 2011, *Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”*, Padova: Cedam.
- Mattei U. 1992, *Common Law*, Torino: Utet.
- Mazzei A. e Opocher T. 2011, *Fondazione ontologica del diritto e «natura della cosa»*, Padova: Cedam.
- Miglietta M. 2012, “‘Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso’. I giuristi romani e la formazione della regula iuris” in Moro P. (a cura di) 2012, *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano: Franco Angeli.
- Moro P. 2012, “Il diritto come processo. Una prospettiva critica per il giurista contemporaneo” in Moro P. (a cura di) 2012, *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano: Franco Angeli.
- Omaggio V. 2006, s.v. “Natura della cosa”, *Enciclopedia filosofica*, VIII, Milano, Bompiani: 7751-7752.
- Panzarini G. 2009, *Il diritto naturale quale fonte del diritto*, Padova: Cedam.
- Passerin D’Entrèves A. 1980 [1951], *La dottrina del diritto naturale*, trad. a cura di V. Frosini, Milano: Edizioni di Comunità.
- Patrino L., “La “natura delle cose”” in *Frammenti di un Dizionario per il Giurista*, Dipartimento Scienze Giuridiche, Università di Torino, available at [www.dircost.uni-to.it](http://www.dircost.uni-to.it), p. 3.
- Pizzorusso A. 2005, *Comparazione giuridica e sistema delle fonti del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Pollock F. –Maitland F. W. 1898, *History of English Law*, Cambridge: Cambridge at the University Press.
- Portalis J.E.M. 1844, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code Civil*, Paris: Joubert.
- Radbruch G. 2012 [1923], “Idea del diritto e materia del diritto. Uno schizzo”, trad. a cura di Berno G., Mazzei A. in *Fondazione ontologica del diritto e “natura della cosa”*, Mazzei A. e Opocher T. (a cura di), Padova: Cedam.
- Radbruch G. 1941, “La natura delle cose come forma giuridica di pensiero”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 21: 145-156.
- Radbruch G. 1958, *Der Geist des englischen Rechts*, Gottingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Radbruch G. 1959, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, trad. a cura di Pasini D. e Agnesotti C. A., Torino: Giappichelli.
- Radbruch G. 1962 [1958], *Lo spirito del diritto inglese*, trad. a cura di Baratta A., Milano: Giuffrè.
- Reinach A. 1990 [1989], *I fondamenti a priori del diritto civile*, trad. a cura di Falcioni D., Milano: Giuffrè.
- Reinach A. 2007 [1953], *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts*, Saarbrücken: Verlag VDM Müller.
- Robleda O. 1979, *Introduzione allo studio del diritto privato romano*, Roma: Pontificia Univ. Gregoriana.
- Romano G. 1995, *Interessi del debitore e adempimento*, Napoli: ESI.
- Rotondi M. 1972, “L’equità e i principi generali diritto” in *Studi diritto comparato e teoria generale*, Padova: Cedam.
- Sanfilippo C. 2002, *Istituzioni di diritto romano*, Soveria Mannelli (CZ): Rubbettino.
- Tammelo I. 1963, “La natura dei fatti come topos giuridico”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 11: 655-683.
- Tarantino A. 2008, *La problematica moderna della natura delle cose*, Milano: Giuffrè.
- Taruffo M. 1997, “Precedente ed esempio nella decisione giudiziaria” in L. Gianformaggio e M. Jori (a cura di) 1997, *Scritti per Umberto Scarpelli*, Milano: Giuffrè: 783-801.
- Todescan F. 2013 [2009], *Compendio di storia di filosofia del diritto*, Padova: Cedam.
- Twining W. e Miers D. 1990 [1982], *Come far cose con regole*, trad. a cura di C. Garbarino, Milano, Giuffrè.

**COMMON LAW E CIVIL LAW: LE CONVERGENZE PARALLELE TRA DUE MONDI (NON) COMUNICANTI.**

**RICOSTRUZIONE DI UN ARDITO PERCORSO DALLA SCUOLA DEL DIRITTO LIBERO ALLA "NATUR DER SACHE".**

Villey M. 1976, *De l'indicatif juridique* in *Critique de la pensée juridique moderne*, Parigi: Dalloz.

Vincenti U. (a cura di) 1998, *Il valore dei precedenti giudiziari nella tradizione europea*, Padova: Cedam.

Vincenti U. 1995, *Il valore dei precedenti giudiziari nella compilazione giustiniana*, Padova: Cleup.

Zaccaria G. 2007 *La giurisprudenza come fonte di diritto*, Napoli: Editoriale Scientifica.

Pietro Ramellini\*

*Tra teoria politica e biologia: la crisi della rappresentanza politica.*

#### ABSTRACT

The idea that political representation is in crisis is very widespread, and can be linked to the wider crisis of the very concept of representation, to the identity crisis of the representatives, or to other reasons. Several proposals have been made to overcome this crisis, such as moving from a representative body of citizens to a single representative, or various forms of direct democracy. Being based on the principle of the division of labor, and constituting a mechanism of control and regulation, political representation has clear analogies with biology. In particular, biological regulation is at the very roots of life, thanks to homeostasis and negative feedback. However, care must be taken in overestimating the value of the analogies between biology and politics. That is, when it comes to human freedom and responsibility, biology must withdraw, leaving room for other sciences that deal with the new ontological level of human beings.

#### KEYWORDS

Political representation, biological regulation, sociopolitical regulation, control mechanisms, sociopolitical analogies.

#### INDICE

1. La crisi della rappresentanza politica. 2. Su alcune proposte di risoluzione della crisi. 3. Il contributo della biologia alla riflessione. 4. Del buon uso delle analogie.

#### 1. La crisi della rappresentanza politica.

Che la rappresentanza politica sia oggi in crisi è un fatto scontato e ormai quasi un luogo comune. Volendo essere precisi, visto che la rappresentanza politica – e, più in generale, la democrazia – è da sempre in crisi<sup>1</sup>, bisognerebbe dire che oggi soffre di una crisi *peculiare*, cioè specifica del nostro tempo oltre che dei diversi luoghi e nazioni.

Eppure, da una scorsa anche superficiale della letteratura si evince che non c'è un accordo sostanziale sulle cause di questa crisi, immediate o indirette, determinanti o concomitanti<sup>2</sup>. Alcuni, soprattutto sui mass media, affrontano il problema in modo empirico e passionale, solitamente allo scopo di stanare i colpevoli, siano essi individuali o sociali, storici o metafisici. Altri preferiscono ragionare in modo più distaccato e neutrale, secondo linee argomentative varie e a diverso livello di generalità.

Si potrebbe innanzitutto inquadrare la crisi della rappresentanza nell'ambito della crisi novecentesca del concetto di rappresentazione. Si tratta di un fenomeno che ha interessato i campi più diversi, cui possiamo accennare solo attraverso esempi disparati: in filosofia, prima che il postmodernismo celebrasse la caduta delle grandi rappresentazioni concettuali del passato, già Heidegger aveva denunciato l'illusione di dominare l'*Abgrund* dell'Essere attraverso le

\* Invited Professor presso l'Università Pontificia "Regina Apostolorum" di Roma, email: [ramellini.pietro@inwind.it](mailto:ramellini.pietro@inwind.it)

<sup>1</sup> Manin 1997.

<sup>2</sup> Alonso 2011; Tormey 2015.

rappresentazioni 'oggettive' della scienza moderna; la psicanalisi ha scoperto con Freud che il contenuto manifesto del sogno non è una diretta rappresentazione di quello latente, perché quest'ultimo è andato incontro a processi di condensazione, trasferimento, spostamento, censura; l'antropologia è stata scossa da una salutare crisi della rappresentazione etnografica, che ha posto ad esempio in luce quanto l'ideologia colonialista avesse influito sullo studio delle culture extraeuropee<sup>3</sup>; nella scienza è stata soprattutto la meccanica quantistica a rinunciare all'idea di poter rappresentare in modo classico e intuitivo le proprietà di quanti e campi; in campo artistico abbiamo avuto la grande stagione della pittura astratta, in cui l'emancipazione dal figurativo permette paradossalmente una maggiore concretezza nella pittura<sup>4</sup>, dell'architettura non rappresentativa<sup>5</sup> e più recentemente del teatro postdrammatico, che insiste sulla presenza anziché sulla mimesi rappresentativa<sup>6</sup>; anche la geografia, che della rappresentazione del mondo ha fatto un cavallo di battaglia, recentemente ha conosciuto una svolta nel suo modo di descriverlo e cartografarlo<sup>7</sup>; infine, il poliedrico filosofo Michel de Certeau ha addirittura visto nella crisi della rappresentazione l'atto fondativo della teologia contemporanea<sup>8</sup>. Come si vede, ce n'è per tutti i gusti, né dobbiamo considerare questi passaggi solo in senso negativo: dopo tutto, è una benedizione che la fisica ci stia insegnando a pensare senza rappresentazioni, mentre l'invenzione della fotografia, affrancando la pittura dall'onere di rappresentare, ha spalancato le porte all'immenso potenziale dell'astrattismo.

Ora, se già la rappresentazione concettuale, cioè lo stare di uno schema *astratto* al posto di un'altra entità concreta o astratta, è in crisi su pressoché tutti i fronti, a maggior ragione ci si può attendere un atteggiamento sospettoso verso una persona *concreta* che, in carne ed ossa, stia al posto ed agisca in nome di un'altra persona in carne ed ossa. Tuttavia, la rappresentazione come corrispondenza tra le proprietà di due diverse entità non è immediatamente equiparabile alla rappresentanza politica, tranne forse nella teoria che fa del corpus dei rappresentanti uno 'specchio' statistico del corpus elettorale e sociale<sup>9</sup>.

Volendo allora avvicinarsi maggiormente al campo della politica, si potrebbe ricollegare la crisi della rappresentanza all'allentamento della rete di concetti e immagini che l'Illuminismo aveva costruito intorno alla *master-narrative* della democrazia<sup>10</sup>, o al venir meno degli apparati conoscitivi prodotti dal *pouvoir-savoir* o dalla *gouvernementalité* della democrazia (così come descritti nelle *Lectures* di Foucault). La crisi della rappresentanza è stata anche ricondotta ad una più profonda crisi di identità del rappresentato: secondo Luciani<sup>11</sup>, in situazioni di elevata frammentazione sociale è infatti difficile capire chi o cosa viene rappresentato, per cui la figura del rappresentato tende a sfumare o svanire del tutto; questo spostamento di accento indurrebbe allora a riprendere la ricerca, per individuare stavolta le ragioni della crisi di identità del rappresentato: il predominio della tecnologia e della tecnocrazia, la globalizzazione, la disgregazione del mondo del lavoro come comunità di senso?

<sup>3</sup> Marcus, Fischer 1986.

<sup>4</sup> Kandinsky 1938. A proposito, cosa rappresenta *Portrait of Edmond de Belamy*, ottenuto sottoponendo ad un opportuno algoritmo migliaia di ritratti dal XIV al XX secolo, con cui Christie's si è lanciata come prima casa d'aste a proporre un'opera generata da un programma di *Artificial Intelligence*? Non potrebbe trattarsi dell'analogo di quell'uomo medio inseguito da certa rappresentanza politica che, non sapendo bene chi rappresentare, finisce con il non rappresentare nessuno? Torneremo tra breve su questo punto.

<sup>5</sup> Derrida 1986.

<sup>6</sup> Lehmann 1999.

<sup>7</sup> Dear 2005.

<sup>8</sup> Gruber 2018: 98.

<sup>9</sup> Con il che si ricade immediatamente nella crisi della rappresentazione, in questo caso statistica, in quanto non è di per sé garantito che un campione ristretto possa rappresentare fedelmente l'universo statistico.

<sup>10</sup> Appadurai 1990: 299.

<sup>11</sup> Luciani 2001: 117.

## 2. Su alcune proposte di risoluzione della crisi.

A fianco della riflessione sulle cause della crisi, ci si è ovviamente chiesto come rimediarsi<sup>12</sup>. Tra le varie proposte avanzate, possiamo citarne almeno tre, tenendo però presente che la complessità di molte società e comunità politiche attuali sta rapidamente erodendo i confini tra rappresentanti e rappresentati, tra agenti che hanno una chiara *potestas agendi* e altri che possono solo influenzare – per quanto profondamente – le decisioni politiche, tra discussione pubblica e dibattito parlamentare, e così via; ciò implica che tra le proposte seguenti possono darsi molte sfumature intermedie, che non possiamo ovviamente esaminare nel dettaglio.

La prima via, per così dire verso l'alto, consiste nella tendenza a passare dalla rappresentanza da parte di un corpus di cittadini eletti alla presentazione, rappresentazione e presenza di un singolo rappresentante: un leader cioè che si presenta non solo e non tanto come portatore di un programma politico, ma proprio in quanto persona fisica<sup>13</sup>, che si autorappresenta come uomo nuovo e figura carismatica e che si mostra onnipresente sulla scena mediatica e *social*. In effetti, però, questa via non si pone come alternativa alla rappresentanza politica attraverso l'elezione di rappresentanti, ma come polarizzazione verticistica del ruolo di un singolo rappresentante – il leader – rispetto all'intero corpus parlamentare; tenderebbe invece a diventare alternativa qualora il leader eludesse o evadesse del tutto dal meccanismo delle elezioni, uscendo però in tal modo dal quadro della rappresentanza democratica.

La seconda possibilità, verso il basso, sta nel passaggio dalla rappresentanza alla mobilitazione e alla partecipazione dei cittadini, riducendo o saltando la mediazione dei rappresentanti. In particolare, negli ultimi anni lo sviluppo delle reti informatiche è stato invocato come condizione facilitante su questa via, permettendo la discussione ininterrotta delle questioni del giorno, l'espressione pubblica e pressoché istantanea delle proprie opinioni e un rapido meccanismo di votazione; d'altro canto la partecipazione diretta, quando non si riduca ad un meccanismo più espressivo che strumentale ad uno scopo definito, e qualora non venga soffocata da un *overload* di domanda, tende a riscoprire l'opportunità di istituzionalizzarsi<sup>14</sup>. In ogni caso, anche questa via non si pone di per sé come alternativa alla rappresentazione elettiva, configurandosi di solito come un complemento ad essa, come accade in Italia con l'istituto del referendum; lo diventerebbe però qualora la partecipazione diretta si sostituisse del tutto alla funzione dei rappresentanti.

Esiste infine un terzo movimento, che si potrebbe descrivere *faute de mieux* come uno scartamento laterale rispetto alla rappresentanza, in quanto – in qualunque direzione esso avvenga – comporta comunque una diminuzione del peso specifico del corpus elettorale nella sua generalità, a favore degli interessi e delle ragioni di gruppi e blocchi sociali parziali. Lo scartamento laterale verso l'alto, se così lo possiamo chiamare, è costituito dalla sempre maggior influenza di istituzioni e interessi sovranazionali, internazionali e transnazionali sulle politiche nazionali; quello laterale in senso stretto è dato dalla creazione, da parte di organismi elettivi, di istituzioni pubbliche come le *authority* indipendenti; infine, verso il basso oppure dal basso incontriamo i gruppi di pressione e le *lobby* soprattutto economiche e finanziarie, le organizzazioni non governative e i più vari *contractor* cui lo stato può demandare responsabilità altamente professionali, come la regolazione ambientale.

Tutti questi agenti, che giocano un ruolo sempre più incisivo nelle società e negli stati contemporanei, nella misura in cui avanzano proposte politiche pubbliche per conto di settori sociali

<sup>12</sup> Di nuovo, il problema è come rimediare all'attuale *peculiare* crisi della rappresentanza; altre crisi, *peculiari* di differenti situazioni del passato, sono state già affrontate e gestite. Una soluzione classica è la presenza dei partiti politici come organi di integrazione dell'intera popolazione nelle istituzioni e come mezzo per assicurare a tutti un'adeguata rappresentanza parlamentare; questo è il motivo per cui Leibholz 1929 si è spinto sino a sostenere che attraverso i partiti si giunge ad una vera rappresentazione del popolo, ben oltre la mera rappresentanza.

<sup>13</sup> Questa esibizione di fisicità politica non può non ricordare l'antica nozione del doppio corpo del sovrano in Kantorowicz 1957, che deve essere sempre passibile di esibizione e non può mai far perdere la continuità all'istituto monarchico.

<sup>14</sup> Pasquino 2009.

particolari, “‘parlano’ per, ‘agiscono per’ e possono addirittura ‘stare al posto di’ certi individui entro lo stato-nazione”<sup>15</sup>; di conseguenza, agli eletti vengono sottratte non solo crescenti spazi di rappresentanza, ma anche quella capacità di agire che secondo Pitkin<sup>16</sup> è essenziale per identificare *chi* è un rappresentante. Non solo, ma l'opacità e l'ambiguità che a volte circondano questi agenti rendono difficile stabilire per essi chiari criteri di *accountability*<sup>17</sup>. Per tutti questi motivi, Dryzek e Niemayer<sup>18</sup> hanno proposto il concetto di rappresentazione discorsiva, per sottolineare come particolarmente gli attori transnazionali non rappresentano persone reali bensì discorsi, cioè “un insieme di categorie e concetti che incarnano specifiche assunzioni, giudizi, richieste, disposizioni e capacità”<sup>19</sup>; peraltro, non è sempre detto che questi discorsi siano solo un veicolo di interessi poco trasparenti; essi possono anche contribuire a costruire delle vere e proprie identità cui sono poi associati determinati interessi<sup>20</sup>, come avviene per molte organizzazioni non governative internazionali che si occupano di emergenze umanitarie<sup>21</sup>.

Per l'elusività e la fluidità che spesso caratterizzano questa terza via è difficile giudicarla correttamente, ma sembra quanto mai urgente riflettervi sopra, date le preoccupazioni che comunque suscita.

Quanto alle prime due vie, curiosamente è proprio contro di esse che si è storicamente strutturato il concetto di rappresentanza politica. Secondo Cotta<sup>22</sup> infatti, esso è emerso come una via media tra l'assolutismo e l'autocrazia da un lato, nei quali il potere è assolto-assoluto dal dover render conto dei propri atti, e la democrazia diretta dall'altro, nella quale scompare la distinzione stessa tra rappresentati e rappresentanti. Il senso e il *proprium* della rappresentanza politica consistono perciò nella possibilità di controllare il potere politico da parte di chi non lo può esercitare; da ciò discende la definizione di rappresentanza “come un particolare ‘meccanismo’ politico per la realizzazione di un rapporto di comunicazione e di controllo (regolare) tra governati e governanti”<sup>23</sup>.

Il controllo avviene attraverso elezioni competitive periodiche che permettono di correggere politiche sbagliate, inefficaci o magari poco creative e coraggiose<sup>24</sup>; ovviamente, ciò non toglie che azioni di riforma, cioè di correzione e regolazione, possano essere intraprese *in itinere* tra una tornata elettorale e l'altra. Questi meccanismi possono arrivare a ridisegnare la stessa rappresentanza politica quanto ai suoi limiti, effetti, funzioni e attività, senza dimenticare che qualche forma di rappresentanza può attuarsi a livello governativo e burocratico oltre che parlamentare<sup>25</sup>, e tenendo presente che meccanismi autoregolativi possono emergere anche dalla società civile attraverso istituzioni pubbliche come le *authority* cui abbiamo accennato<sup>26</sup>.

È comunque opportuno mantenere distinti due aspetti: da una parte, la rappresentanza politica come “relazione fra una società e la sua classe politica che agisce *in nome di* e *al posto dei* rappresentati”<sup>27</sup>, sulla base di un elementare principio di divisione del lavoro; dall'altra, le elezioni

<sup>15</sup> Dovi 2017. Ove non diversamente specificato, le traduzioni delle citazioni sono mie.

<sup>16</sup> Pitkin 1967.

<sup>17</sup> Grant e Keohane 2005.

<sup>18</sup> Dryzek e Niemayer 2008.

<sup>19</sup> Ibidem: 481. Così come inteso da Dryzek e Niemeyer, il concetto richiama il *discourse* di Michel Foucault 1969 quanto al merito, e le procedure discorsive di deliberazione di Jürgen Habermas 1996 quanto al metodo.

<sup>20</sup> Ibidem: 482.

<sup>21</sup> Rubenstein 2015: 71.

<sup>22</sup> Cotta 2014: 801.

<sup>23</sup> Ibidem. In un certo senso, in questo continuo aggiustamento si può vedere l'aspetto positivo della crisi nel suo senso etimologico di *krisis*-giudizio; *oportet* dunque che le vicende umane, e non solo la democrazia o la rappresentanza, siano in crisi perenne.

<sup>24</sup> Senza scomodare André Breton o il Maggio '68 con l'*imagination au pouvoir*, è evidente che la politica – e la democrazia in particolare – deve nutrirsi di momenti sia 'freddi' di riflessione distaccata e azione pacata, sia 'caldi' di slancio coraggioso e immaginazione creativa, Luciani 2001.

<sup>25</sup> Pasquino 2009.

<sup>26</sup> Luciani 2001: 113.

<sup>27</sup> Pasquino 2009.

politiche come meccanismo di correzione (o di conferma) dell'azione dei rappresentanti. In un certo senso, autocrazia e assolutismo tendono ad eliminare l'aspetto del controllo, mantenendo magari la parvenza che il governante agisca per il popolo, mentre la democrazia diretta tende a fare a meno della rappresentanza, mantenendo peraltro meccanismi di correzione delle precedenti deliberazioni.

Ebbene, è proprio nel momento in cui si parla di divisione del lavoro e di autocorrezione che il sesto senso del biologo si risveglia.

### 3. Il contributo della biologia alla riflessione.

In tutti gli organismi si assiste infatti ad una divisione del lavoro fisiologico: in quelli unicellulari, come i batteri e i protisti, sono i vari organuli cellulari a occuparsi delle varie funzioni, mentre a ciò provvedono, negli organismi pluricellulari come i vegetali o l'uomo, i diversi organi del corpo. L'origine dei viventi, dunque, e la loro successiva evoluzione, sono avvenute di pari passo con l'emergenza di una divisione di processi e funzioni tra le varie parti del corpo vivente: è per questo motivo che tali parti vengono chiamate organi (oppure organuli, cioè piccoli organi, nel caso della singola cellula), mentre il corpo per lo stesso motivo viene detto organismo (unicellulare o pluricellulare). La suddivisione e la compartimentazione dell'organismo in organi ha comportato alcuni significativi vantaggi, che hanno permesso ai loro portatori di essere positivamente selezionati nell'ambiente in cui vivevano. Ad esempio, concentrando i reagenti nello spazio ristretto di un organulo, anziché diluirli in tutta la cellula, si può aumentare la velocità delle reazioni metaboliche; oppure, immagazzinando le sostanze di rifiuto in singoli organi, come accade nelle foglie durante la bella stagione, si può evitare che diffondano in tutto l'organismo, permettendo inoltre la loro facile eliminazione con la caduta autunnale; ancora, demandando la visione ad un singolo organo specializzato si apre la strada all'incredibile evoluzione dell'occhio dei crostacei o dei mammiferi.

Nelle specie sociali, la divisione del lavoro è presente anche a livello sovraorganismico. La sociobiologia riconosce due picchi evolutivi nell'ambito della cosiddetta eusocialità: i sistemi di casta negli insetti come termiti e formiche, e alcune società di mammiferi come quelle dei ratti talpa (*Heterocephalus*) e ovviamente degli Ominidi. In quest'ultimo caso, i vantaggi della divisione del lavoro sono stati moltiplicati e portati ad un nuovo livello dall'evoluzione dell'intelligenza e dalla genesi dell'autocoscienza, con tutte le croci e delizie della libertà umana e il passaggio dall'ambito sociobiologico a quello sociologico.

Da questo punto di vista, la rappresentanza politica non è che una delle tante manifestazioni di quella divisione (sociologica) del lavoro che caratterizza la maggior parte delle attività umane, soprattutto nelle società più numerose. I vantaggi o almeno le ragioni della divisione del lavoro politico non vanno però misurati solo sulla maggiore efficienza di un sistema in cui alcune persone si specializzano nella funzione di rappresentanza politica, lasciando ad altri il compito di impacchettare spilli. Non si tratta cioè della mera superiorità dell'organizzazione, vero paradigma della contemporaneità e concetto – di nuovo – profondamente legato alla biologia<sup>28</sup>; anche ammettendo che in questo mondo sublunare si possa massimizzare l'organizzazione, e anche cullando il sogno che una società perfettamente organizzata non si riveli un incubo, ci sono altri fattori in gioco. Come aveva già compreso Platone, ognuno nasce con inclinazioni diverse, che lo porteranno a svolgere con maggior abilità e soddisfazione determinate attività: non tutti trovano interessante ponderare i sistemi elettorali o legiferare sul commercio delle zucchine, esattamente come molti politici si annoierebbero a studiare le termiti o a ricamare lenzuola. Mettendo insieme l'aspetto dell'efficienza e quello delle predisposizioni individuali, ecco “allora che ogni attività risulta più

<sup>28</sup> Come ha rilevato lo storico della scienza Georges Canguilhem in 1988: 128, l'emergere stesso della biologia a fine '700 è stato preceduto, e possiamo aggiungere accompagnato, da una proliferazione di termini derivati dal termine 'organo': organulo, organo, organismo, organizzazione, organico. Del resto, era stato Aristotele a comprendere che sono proprio i corpi naturali dotati di organi quelli che possono vivere (*Peri Psychēs*, II, 412a).

fruttuosa, più bella e anche più agevole, se viene compiuta da sola e da un solo individuo, in conformità alla sua natura, al momento opportuno, e in assenza di altri impegni”<sup>29</sup>; possiamo e dobbiamo discutere se i minatori siano naturalmente predisposti e felici di scendere in galleria, ma ciò non toglie che molte persone – giunte all'età in cui potrebbero candidarsi alle elezioni – a seguito dell'intreccio di predisposizioni individuali ed esperienze di vita maturate risultano disinteressate o inadatte tanto a rappresentare l'elettorato quanto a vincere i cento metri ostacoli. Infine, al di là degli aspetti sociobiologici e sociologici, sono state accampate ragioni squisitamente politiche per sostenere la superiorità della rappresentanza su quelle forme di democrazia diretta in cui tutti i cittadini sono chiamati a partecipare a tutte le decisioni che li riguardano, diventando così 'cittadini totali'; come notoriamente scriveva Norberto Bobbio

“il cittadino totale non è, a ben guardare, che l'altra faccia non meno minacciosa dello stato totale (...). Il cittadino totale e lo stato totale sono le due facce della stessa medaglia, perché hanno in comune, se pur una volta considerato dal punto di vista del popolo, l'altra volta dal punto di vista del principe, lo stesso principio: che tutto è politica, ovvero la riduzione di tutti gli interessi umani agli interessi della *polis*, la politicizzazione integrale dell'uomo, la risoluzione dell'uomo nel cittadino, la completa eliminazione della sfera privata nella sfera pubblica, e via dicendo”<sup>30</sup>.

Possiamo ora passare al secondo punto che può interessare il biologo, ovvero il concetto di correzione.

Ma prima vediamo qualche considerazione generale. Da un po' di tempo mi vado persuadendo che se c'è una via regia alla convivenza umana, questa sta proprio nella correggibilità delle teorie e delle pratiche umane; ovviamente, la correzione non va intesa sempre o solo come eliminazione della deviazione da uno *status quo*, ma in molti casi piuttosto come distacco dallo *status quo* stesso. Che così intesa la correggibilità sia uno strumento prezioso lo dimostrano alcune tra le più grandi *success story* dell'umanità, ben al di là del discorso sulle forme politiche e al di qua di ogni giudizio di valore su tali storie.

Pensiamo ad esempio agli incredibili risultati ottenuti dalla scienza moderna con l'adozione del motto *provando e riprovando*, in cui il verbo 'riprovare' è da intendere sia nel senso dantesco (respingendo) sia nel senso dell'Accademia del Cimento (provando di nuovo); metodo che è stato poi codificato nell'epistemologia novecentesca sotto la rubrica del falsificazionismo<sup>31</sup>, e che ancora oggi permette di sottoporre a controllo logico, osservativo e sperimentale ogni ipotesi, senza rinunciare all'audacia nel proporre le idee più creative o controintuitive.

Passando all'ambito delle applicazioni tecnologiche, possiamo citare l'esplosione delle *information technologies*; infatti, la cibernetica da cui sono sorte, e che, come parola, ha la stessa radice etimologica di 'governo', è stata definita proprio come arte del pilotaggio (*steermanship*)<sup>32</sup> e scienza del controllo e della comunicazione nell'animale e nella macchina (come recita il sottotitolo di Wiener 1948). Dobbiamo però fare i conti con la denuncia di Heidegger<sup>33</sup>: la cibernetica sta diventando la scienza che regola le altre scienze, determina l'uomo come essere sociale pianificandone il lavoro e riduce linguaggio e arti a scambio di informazioni; contro il suo carattere di moderna tecnologia, accusata di degradare la natura e l'uomo a strumenti da usare e manipolare a piacere, Heidegger<sup>34</sup> proponeva di recuperare l'aspetto poietico e poetico che la *techne* aveva anticamente, riscoprendone la capacità di portare la verità a presenza. Ebbene, questo invito non è poi così isolato: si pensi a Le Corbusier, che proprio contro i menestrelli che “cantano periodicamente le lodi delle vecchie città e

<sup>29</sup> Reale 2014: *Politeia*, II 369-370.

<sup>30</sup> Bobbio 1984: 34, 35.

<sup>31</sup> Sto pensando, in particolare, non tanto alla versione standard di Karl Popper 1959, quanto piuttosto al falsificazionismo moderato proposto dal fisico e filosofo Mario Bunge 1983b.

<sup>32</sup> Ashby 1956: 1.

<sup>33</sup> Heidegger 1966, in Krell 2011: 311.

<sup>34</sup> Heidegger 1954.

delle antiche campagne” sosteneva che la vita felice è oggi contemporaneamente meccanizzata e poetica<sup>35</sup>, oppure a Hans Jonas quando proponeva un controllo (e dunque una cibernetica) della tecnologia di natura etica<sup>36</sup>; d'altro canto, la teoria generale dei sistemi cibernetici non può essere la panacea dei mali sociali, ad esempio perché non è detto che le analogie tra sistemi diversi siano sostenute da identici meccanismi causali.

Vorrei poi citare l'avventura del Cristianesimo, che nonostante tutte le infedeltà nei confronti del fondatore e a dispetto di tutti i danni che ha combinato, è sopravvissuto nei secoli proprio perché è riuscito a porre in atto - faticosamente ma caparbiamente - il motto *ecclesia semper reformanda*; il caso più interessante è quello della Riforma luterana, con la conseguente Controriforma o Riforma cattolica, che ha costituito uno stimolo formidabile a recuperare la freschezza e la semplicità delle origini, nonché a confrontarsi gradualmente con la modernità<sup>37</sup>.

Più complessa appare la storia del successo planetario dell'economia di mercato: da una parte, la mano invisibile di Adam Smith si è rivelata – per dirla con l'economista Joseph Stiglitz<sup>38</sup> – alquanto paralitica nella sua capacità di autoregolarsi (né del resto Smith, a differenza di molti suoi nipotini, la pensava in modo tanto semplicistico); dall'altra, il mercato internazionale si è ad esempio ripreso dalla crisi del '29 proprio grazie a robusti meccanismi keynesiani di correzione pubblica dell'eccesso di risparmio privato; e dunque, più che il mercato *sua sponte*, è stata la società nel suo complesso ad autocorreggersi.

Venendo all'ambito che più ci interessa, ovvero quello politico, la democrazia prospera esattamente nella misura in cui teme l'ora delle decisioni irrevocabili, accettando piuttosto di camminare passo passo, controllando costantemente i risultati ottenuti e modificando se necessario il cammino prima che sia troppo tardi, secondo i dettami del *piecemeal social engineering* di Karl Popper<sup>39</sup>. Forme di controllo e autocorrezione possono darsi anche in sistemi non tanto antidemocratici quanto piuttosto non-democratici; così, nella Cina del Celeste Impero vigeva l'idea di un *check and balance* spontaneo tra *ying* e *yang*, e la sacralità stessa dei governanti era soggetta ad un mandato celeste (*tian ming*) revocabile in caso di inadempienza<sup>40</sup>. Peraltro, l'ideale politico confuciano sembra prevedere una regolazione *ex ante* anziché *ex post*: in altri termini, è nella misura in cui i cuori-menti (*xin*) del governante e dei cittadini vengono costantemente rettificati che le famiglie sono regolate e lo stato prospera tranquillo e felice<sup>41</sup>; nel momento in cui invece il governo decade e la società si corrompe, gli uomini retti si ritirano e attendono, preservando la *Via pro rebus secundis* senza collaborare con malvagi e inferiori<sup>42</sup>.

Se vogliamo spingerci sino in fondo, possiamo infine ricordare la concezione dell'antropologo Clifford Geertz, secondo cui la cultura stessa va concepita

<sup>35</sup> Le Corbusier 1997 [1963]: 44.

<sup>36</sup> Jonas 1979, in Scharff e Dusek 2003: 201.

<sup>37</sup> Il fatto che la Riforma sia, per dirla con Charles Taylor 2007, alle origini della società disciplinare, in cui la singola persona - sempre più intesa come individuo individualista - ha introiettato il dovere di autocontrollarsi e autoregolarsi, non è di per sé in contrasto con il fatto che l'esigenza perenne di riformarsi abbia salvato più volte il Cristianesimo, o determinati suoi settori, dall'estinzione. Circa la questione del controllo e della normalizzazione dell'individuo in epoca moderna sarebbero poi da esaminare le posizioni di Michel Foucault; tuttavia, i frequenti cambi di direzione del suo pensiero rendono problematico fornirne una sintesi che proceda dalla concezione della soggettività come assoggettamento degli anni '70 a quella della cura di sé e della vita come opera d'arte personale degli anni '80.

<sup>38</sup> Stiglitz 2001.

<sup>39</sup> Popper 1971. Ovviamente, persino un tirannicidio o una guerra civile possono essere considerati come forme di correzione e regolazione politica, ma in questo momento stiamo pensando ad una cibernetica non violenta del potere politico; non per nulla lo stesso Popper ha più volte descritto la democrazia come il regime politico che permette di cambiare governo senza spargimento di sangue.

<sup>40</sup> Ni 2011: 28.

<sup>41</sup> Gardner 2007: 5.

<sup>42</sup> Jaspers 2013 [1964]: 102.

“come un serie di meccanismi di controllo – progetti, prescrizioni, regole, istruzioni (quello che gli ingegneri informatici chiamano 'programmi') – per orientare il comportamento ... meccanismi grazie ai quali l'ampiezza e l'indeterminatezza delle sue [dell'uomo, ndr] capacità intrinseche sono ridotte alla ristrettezza ed alla specificità delle sue azioni effettive”<sup>43</sup>.

Ora, questi meccanismi di controllo, regolazione e limitazione hanno un corrispettivo e radici profonde nella sfera biologica, nell'alveo della quale è comparsa la vita umana e sono emerse le sue dimensioni sociali e politiche. La vita degli organismi infatti ha un carattere autocorrettivo, grazie a quei processi omeostatici e omeorretici che il fisiologo e cibernetico Walter Cannon riassumeva nel concetto di *wisdom of the body*, la saggezza del corpo<sup>44</sup>. Nell'omeostasi viene mantenuto costante il valore di una grandezza (come la glicemia) oppure uno stato (come l'equilibrio nella stazione eretta); nell'omeorresi assistiamo invece al mantenimento di una traiettoria nel tempo (come nello sviluppo); i meccanismi biologici di autocorrezione non servono dunque solo a mantenere uno *status quo*, ma possono accompagnare anche il cambiamento, la metamorfosi e lo sviluppo<sup>45</sup>; ovviamente, sia l'omeostasi sia l'omeorresi, che hanno luogo a fronte delle più varie perturbazioni, sono efficaci solo entro certi limiti.

Più problematico è il discorso a livello evolutivo, in cui la selezione elimina la variazione svantaggiosa conservando quella adattativa, e dunque appare come un meccanismo correttivo e regolativo. Da un lato, occorre evitare di introdurre surrettiziamente un'intenzionalità immanente nei processi evolutivi, in base alla quale l'evoluzione avverrebbe al fine di correggere gli incidenti di percorso; dall'altro, è proprio attraverso i processi di variazione e selezione che la vita si è configurata come fenomeno autocorrettivo. Ciò non significa che l'evoluzione avviene al fine di garantire l'autocorrettività dell'organismo; piuttosto, quegli organismi in cui sono comparsi e si sono evoluti meccanismi autocorrettivi hanno mostrato una capacità maggiore di automantenimento e riproduzione, e sono stati positivamente selezionati; la capacità di autocorrezione ontogenetica degli organismi si è tradotta quindi nella persistenza e nella durata filogenetica delle loro stirpi.

#### 4. Del buon uso delle analogie.

Abbiamo dunque tra le mani due nozioni che ricorrono parallelamente in biologia e in politica, cioè la divisione del lavoro e i meccanismi correttivi. Che significato ha questo parallelismo, e che uso possiamo farne? È qui che il biologo ha qualche consiglio da suggerire.

Se si tratta di analogie e metafore, l'argomento è delicato, perché il prezzo di una metafora è la continua vigilanza<sup>46</sup>. Dal discorso di Menenio Agrippa sull'Aventino e dall'ecclesiologia del corpo

---

<sup>43</sup> Geertz 1998 [1973]: 58, 59.

<sup>44</sup> Cannon 1932.

<sup>45</sup> Si potrebbe obiettare che la vita non è solo mantenimento, sia pure di una traiettoria di sviluppo; essa incorpora anche processi di amplificazione, innovazione e riproduzione, che il biblico "crescite e moltiplicatevi" o il vitalismo nietzscheano ben mettono in evidenza, seppure da prospettive antitetiche. Ma se i processi di mantenimento locali e l'automantenersi generale dell'organismo costituiscono solo il minimo vitale, essi sono comunque necessari come fondamento di ogni possibile espansione. Non tanto l'insufficienza, quanto la parzialità dei meccanismi cibernetici di controllo può essere dunque individuata a vari livelli: in biologia, nei processi a *feedback* positivo, in cui la deviazione da uno standard prestabilito viene amplificata anziché annullata, o nei processi riproduttivi; nelle *information technologies*, con l'idea dei suoi pionieri - McCarthy et al. 1955 - che ad una genuina intelligenza artificiale occorre richiedere non solo la monotonia del controllo cibernetico ma l'automiglioramento, cioè creatività e capacità di trovare nuove strade; e nella teoria politica quando si sostiene che una vera democrazia non può vivere solo grazie alla procedura formale di controllo tramite elezioni, altrimenti rischia la rousseauiana libertà di un giorno solo.

<sup>46</sup> (Rosenblueth e Wiener 1950). Sarebbe anche interessante riflettere sul carattere per così dire metonimico della rappresentanza politica e della legislazione, secondo il noto aforisma del giurista Ulpiano "*refertur ad universos, quod publice fit per maiorem partem*" (D. 50.17.160.1); il problema è però che, mentre esiste una letteratura sterminata sulle metafore, è assai carente quella sulle metonimie. Per una prima rassegna delle metonimie, oltre che delle usuali metafore, nella riflessione sul concetto biologico di vita si veda Ramellini 2013.

mistico di Paolo di Tarso in poi, il transfer metaforico tra le riflessioni sulla vita e sull'uomo è stato costante<sup>47</sup>, mostrando la doppia faccia tipica di ogni strumento potente: da una parte, si è rivelato euristicamente utile, fornendo ad esempio modelli politici alla nascente teoria cellulare nell'Ottocento; dall'altra ha comportato dei pericoli, perché ad esempio si è argomentato che come è bene che la cellula dannosa venga eliminata dall'organismo biologico, così è bene prevedere la pena di morte per il criminale nell'organismo sociale.

Già da questi esempi si comprende come si possa fare un uso molto vario delle analogie tra biologia e politologia<sup>48</sup>. Esse possono essere impiegate innanzitutto per giustificare certi istituti politici, in un certo senso estendendo la tradizione del *mos maiorum* sino ai nostri antenati pre-umani. All'estremo opposto, vi è chi ritiene di dover respingere queste analogie per evitare la fallacia naturalistica, con il passaggio indebito dall'essere al dover essere; in altri termini, un fatto biologico non può dettar legge né alla legge (e meno che mai alla legge positiva), né alla teoria politica, né a una qualsiasi assiologia. Ad un livello più basso e pragmatico, si possono utilizzare le analogie a scopo euristico: se si scopre che un fenomeno nuovo e ancora poco noto ha una proprietà in comune con un altro fenomeno ben conosciuto, si può controllare se anche altre proprietà del secondo siano possedute dal primo, facilitandone così il processo di comprensione; inoltre, si può sfruttare l'analogia per illustrare il valore e l'efficacia di un certo meccanismo tanto in biologia quanto in politica; infine, si può a volte trarre conforto dalle analogie, nel senso che quando sembra che certi meccanismi politici siano inefficaci o dannosi, la vita biologica è lì a testimoniare il contrario.

In ogni caso, comparando campi diversi è consigliabile procedere con prudenza e ponderazione, per non appoggiarsi ad analogie tanto limpide in apparenza quanto fuorvianti nella sostanza; come già abbiamo accennato, nulla garantisce che una somiglianza nell'aspetto o nel comportamento sia il riflesso di meccanismi causali identici o analoghi. Non sembrano esservi regole generali che possano dirci dove fermarsi; solo un accurato esame dell'analogia, la valutazione di quanto sia profonda e un certo *esprit de finesse* possono guidarci.

Essenziale, in ogni caso, è evitare di accogliere acriticamente le analogie biologiche a favore di una certa teoria politica. Al di là del fattore dell'onestà intellettuale, il biologo sa bene che la varietà della vita è tale che si possono trovare tutte le analogie che si desiderino. Ad esempio, si potrebbe argomentare che il *quorum sensing* nei batteri, in cui un processo biologico viene innescato solo quando un certo numero di cellule emettono un segnale appropriato, costituisca una forma di democrazia diretta, rudimentale quanto si vuole ma di provata efficacia, vista l'antichità del gruppo. Oppure, vi sono casi in cui mancano meccanismi di limitazione e regolazione senza che ciò comporti l'estinzione delle specie interessate; ad esempio, l'accrescimento delle popolazioni di locuste diviene in certi periodi esponenziale, provocando un'esplosione demografica seguita invariabilmente dal crollo numerico degli insetti; al contrario, la maggior parte delle specie (tra cui, si spera, quella umana) segue una curva di accrescimento sigmoide, in cui ad un periodo iniziale di veloce incremento demografico segue un rallentamento fino a raggiungere un *plateau* compatibile con la capacità portante dell'ambiente.

L'approccio migliore è controllare se l'analogia rifletta una comunanza di origini, cause o meccanismi tra i fenomeni che le mostrano, tenendo ovviamente presente che tale similarità può essere difficile da accertare. Ad esempio, la divisione del lavoro che una lunga pazienza selettiva ha cablato nel 'programma' genetico e di sviluppo delle api, nell'uomo dipende piuttosto dall'evoluzione di un sistema nervoso che permette valutazioni intelligenti, libere scelte ed eventualmente deliberazioni politiche; in questo caso, dunque, i processi evolutivi che hanno condotto alla divisione del lavoro sono gli stessi, ma hanno operato selezionando meccanismi diversi per attuarla, l'uno rigido e l'altro plastico, il primo non razionale e il secondo intelligente; è ovviamente possibile che anche nella divisione del lavoro umano permanga una componente prerazionale residua, ma durante

<sup>47</sup> Per una panoramica focalizzata sul versante scientifico della questione si veda Schlanger 1995; per quello politico Briguglia 2006, per quello sociologico Levine 1995.

<sup>48</sup> Per una discussione su pregi e limiti delle analogie come strumento di ragionamento di veda Bunge 1983a: 210-214.

l'ominazione la componente razionale è divenuta predominante. L'analogia tra le caratteristiche dell'uomo e quelle di altre specie va dunque scomposta, se non a livello osservativo almeno a livello teorico, nelle sue componenti, dando all'ape quel che è dell'ape e all'uomo quel che è dell'uomo.

In altri termini, per quanto prezioso sia il suo servizio, la biologia deve ad un certo punto cedere il passo ad altre discipline, o meglio integrarsi ad esse: non si può spingere al di là di un certo limite - assai difficile, lo ripetiamo, da determinare - l'analogia tra gli organismi biologici e i sistemi sociopolitici, né tra le società umane e le altre società biologiche; la teoria biologica dei sistemi viventi deve fermarsi rispettosamente di fronte all'uomo, riconoscendo che vi sono dimensioni di personalità, cioè di autopossesso e libertà, che non permettono sino in fondo di filare le metafore organiciste in sociologia e politica. Con l'uomo compare sulla scena dell'universo un nuovo livello ontologico, che non può essere facilmente rimosso come un'illusione più o meno consolatoria<sup>49</sup>. L'alternativa non sarebbe tanto pesare con il bilancino le proporzioni tra rappresentanza politica e partecipazione referendaria, quanto domandarsi se un assassinio non consista in fondo nel fatto che qualcosa come una sovrapposizione di stati quantistici (illusoriamente detta assassino) nell'evoluzione quadridimensionale non relativistica della sua funzione d'onda (colpo di pistola) abbia comportato il collasso (morte) di un'altra sovrapposizione di stati quantistici (vittima).

La risposta potrebbe allora essere che, in un modo indubbiamente piuttosto misterioso, l'uomo è una sovrapposizione di stati quantistici, la più fragile di tutte le sovrapposizioni, ma è una sovrapposizione pensante.

### Ringraziamenti

Desidero ringraziare Patrizio Ivo D'Andrea (Velletri e Roma) per i suoi incisivi commenti al manoscritto di questo lavoro.

### BIBLIOGRAFIA

- Alonso S., Keane J., Merkel W. and Fotou M. (eds) 2011, *The Future of Representative Democracy*, Cambridge: Cambridge U. P.
- Ashby W. R. 1956, *An Introduction to Cybernetics*, London: Chapman & Hall.
- Bobbio N. 1984, *Il futuro della democrazia*, Torino: Einaudi.
- Briguglia G. 2006, *Il corpo vivente dello Stato*, Milano: Bruno Mondadori.
- Bunge M. 1983a, *Treatise on Basic Philosophy*, v. 5, Dordrecht-Boston-London: Reidel.
- Bunge M. 1983b, *Treatise on Basic Philosophy*, v. 6, Dordrecht-Boston-London: Reidel.
- Canguilhem G. 1988, *Idéologie et rationalité dans l'histoire des sciences de la vie*, Paris: Vrin.
- Cannon W. B. 1932, *The Wisdom of the Body*, New York: Norton.
- Cotta M. 2004, "Rappresentanza politica", in Bobbio N., Matteucci N. and Pasquino G. (eds) 2004, *Dizionario di politica*, Torino: UTET: 897-903.
- Dear M. J. 2005, *The Postmodern Urban Condition*, Oxford: Blackwell.

---

<sup>49</sup> Da già che ci siamo, l'idea che l'autocoscienza o la personalità degli esseri umani sia un'illusione non ha rilevanza solo quando li si confronta con sassi e zebre; già ora, e sempre più nei prossimi anni, ci si domanda se a certe macchine si dovrà prima o poi riconoscere lo statuto di persone senzienti e autocoscienti; l'argomento è che non c'è modo di stabilire senza ombra di dubbio se un essere umano o una macchina che affermano di essere autocoscienti lo siano davvero o si illudono di esserlo. La domanda, sollevata soprattutto nell'ambito della versione forte dell'*Artificial Intelligence*, ha ovviamente notevoli addentellati ai fini delle nostre concezioni politiche e giuridiche; da parte mia, prima di rispondere chiederei lumi non tanto su cosa si intenda per coscienza o libero arbitrio, quanto su cosa significhi *illudersi* di essere coscienti o liberi. Per un'introduzione a questi problemi si rimanda a Kaplan 2016; soprattutto interessanti, ai nostri fini, sono le pagine su futuribili programmi informatici in grado di votare per conto e al posto dell'elettore umano, ivi: 98-100.

- Derrida J. 1986, *Architecture Where the Desire May Live. Domus*, 671: 17-25.
- Dovi S. 2017, "Political Representation". Available at: <https://plato.stanford.edu/entries/political-representation/> (accessed June 1, 2021).
- Dryzek J. and Niemeyer S. 2008, "Discursive Representation", *American Political Science Review*, 102(4): 481-493.
- Ferrajoli L. 2010. "Il processo di decostituzionalizzazione del sistema politico italiano". Available at: [www.didaweb.net/handicap/norme/materiali/dossetti/ferrajoli%20bologna.doc](http://www.didaweb.net/handicap/norme/materiali/dossetti/ferrajoli%20bologna.doc) (accessed: June 1, 2021).
- Foucault M. 1969, *L'archéologie du savoir*, Paris: Gallimard.
- Gardner D. K. (ed.) 2007, *The Four Books*, Indianapolis: Hackett.
- Geertz C. 1998 [1973], *Interpretazione di culture*, Bologna: il Mulino.
- Grant R. and R. O. Keohane 2005, "Accountability and Abuses of Power in World Politics", *American Political Science Review*, 99: 29-44.
- Gruber J. 2018, *Intercultural Theology*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht.
- Habermas J. 1996, *Die Einbeziehung der Anderen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Heidegger M. 1954, *Vorträge und Aufsätze*, 13-44, Pfullinger: Günther.
- Heidegger M. 1969, *Zur Sache des Denkens*, Tübingen: Niemeyer.
- Jaspers K. 2013 [1964], *Socrate, Buddha, Confucio, Gesù*, Roma: Fazi.
- Jonas H. 1979, "Toward a Philosophy of Technology", *Hastings Center Report*, 9(1): 34-43.
- Kandinsky V. V. 1938, "L'art concret", *XX<sup>e</sup> Siecle*, 1: 9-16.
- Kantorowicz E. H. 1957, *The King's Two Bodies*, Princeton: Princeton U. P.
- Kaplan J. 2016, *Artificial Intelligence*, New York: Oxford U. P.
- Krell D. F. 2011, *Heidegger. Basic Writings*, London-New York: Routledge.
- Le Corbusier. 1997 [1963], *Maniera di pensare l'urbanistica*, Bari: Laterza.
- Lehmann H.-T. 1999, *Postdramatisches Theater*, Frankfurt am Main: Verlag der Autoren.
- Leibholz G. 1929, *Das Wesen der Räpresentation unter Besonderer Berücksichtigung des Repräsentativsystem*, Berlin-Leipzig: De Gruyter.
- Levine D. N. 1995, "The Organism Metaphor in Sociology", *Social Research*, 62 (2): 239-265.
- Luciani M. 2001, "Il paradigma della rappresentanza di fronte alla crisi del rappresentato", in Zanon N. e Biondi F. (eds) 2001, *Percorsi e vicende attuali della rappresentanza e della responsabilità politica*, Milano: Giuffrè: 109-117.
- Manin B. 1997, *The Principles of Representative Government*, Cambridge: Cambridge U. P.
- Marcus G. E. and M. J. Fischer 1986, *Anthropology as Cultural Critique*, Chicago: U. Chicago P.
- McCarthy J., Minsky M., Rochester N. and Shannon C. E. 1955, "A Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence", *Funding request submitted to the Rockefeller Foundation*, August 1955, typescript.
- Ni P. 2011, Classical Confucianism I: Confucius, in Garfield J. L. and Edelglass W. (eds) 2011, *The Oxford Handbook of World Philosophy*, New York: Oxford U. P.: 26-36.
- Pasquino G. 2009, "I problemi della rappresentanza politica" in *Treccani XXI Secolo*. Roma: Ist. Encicl. Ital. Available at: [https://www.treccani.it/enciclopedia/i-problemi-della-rappresentanza-politica\\_%28XXI-Secolo%29/](https://www.treccani.it/enciclopedia/i-problemi-della-rappresentanza-politica_%28XXI-Secolo%29/) (accessed June 1, 2021).
- Pitkin H. F. 1967, *The Concept of Representation*, Berkeley: U. California P.
- Popper K. R. 1959, *The Logic of Scientific Discovery*, London: Hutchinson.
- Popper K. R. 1971, *The Open Society and Its Enemies*, Princeton: Princeton U. P.
- Ramellini P. 2013, "Life: Science, Philosophy, Theology", *Studia Bioethica*, 6(2-3): 53-74.
- Reale G. (ed.) 2014, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Rosenblueth A. and Wiener N. 1950, "Purposeful and Non-Purposeful Behavior", *Phil. Sci.*, 17(4): 318-326.
- Rubenstein J. 2015, *Between Samaritans and States*, Oxford: Oxford U. P.
- Scharff R. C. and V. Dusek (eds) 2003, *Philosophy of Technology*, Oxford: Blackwell.
- Schlanger J.-E. 1971, *Les métaphores de l'organisme*, Paris: Vrin.

**TRA TEORIA POLITICA E BIOLOGIA: LA CRISI DELLA RAPPRESENTANZA POLITICA.**

- Stiglitz J. E. 2001, "Information and the Change in the Paradigm in Economics". Available at: <https://www.nobelprize.org/prizes/economics/2001/stiglitz/lecture> (accessed June 1, 2021).
- Taylor C. 2007, *A Secular Age*, Cambridge, MA: Belknap P.
- Tormey S. 2015, *The End of Representative Politics*, Cambridge: Polity P.
- Wiener N. 1948, *Cybernetics*, New York: John Wiley & Sons.

Giulio Donzelli\*

“Justice Machines” e la ricerca del precedente.

ABSTRACT

The paper focuses on the process of enhancing the nomophylactic function of the Italian Supreme Court, drawing on Jacques Charpentier’s fictional short story *Justice 65*, written in 1954, as a starting point. The paper highlights the increasing relevance of legal precedents, particularly in the context of the growing use of predictive algorithms and artificial intelligence systems. An anthropocentric approach to algorithmic justice emerges, avoiding unfounded technophobia and instead fostering digital humanism. This approach acknowledges the vast potential of these new systems while being aware of their associated risks.

KEYWORDS

Justice Machines, Jacques Charpentier, Nomofilachia, Precedent, Stare decisis.

INDICE

1. Justice 65. 2. La funzione nomofilattica. 3. Justice Machines e giustizia predittiva.

1. Justice 65

Nel 1954, Jacques Charpentier<sup>1</sup>, *bâtonnier* dell’*Ordre des avocats de Paris* negli anni della guerra e dell’occupazione, aveva dato alle stampe *Justice Machines* (il titolo originale è *Justice 65*), pubblicato in poche copie e da allora pressoché scomparso<sup>2</sup>. Si tratta di un insolito esempio di utopia o distopia giudiziaria, e il 65 del titolo allude all’anno dell’affermazione di un nuovo ordine, sorto da una rivoluzione di cui l’Autore non precisa i contorni. La formula è quella del *conte philosophique* settecentesco, dell’apologo parodistico e satirico sull’esempio di Voltaire e di Diderot, ma l’antenato diretto, debitamente omaggiato in una pagina, è più antico: il celebre giudice Bridoye descritto da Rabelais nel libro terzo di *Gargantua e Pantagruel*, che prende alla lettera la metafora dell’*alea iudiciorum* ed emette le sentenze lanciando i dadi.

Il racconto è ambientato nel 1965. Un giovane avvocato si sveglia in un letto d’ospedale dopo un coma lungo dieci anni. Torna a Parigi e si dirige subito al *Palais de Justice*, ma lo trova disabitato e silenzioso; c’è solo un rumore lontano che proviene dalla Sala dei passi perduti, dove lo attende la prima di molte sorprese. La Sala è stata trasformata in una piscina dove gli avvocati si dedicano al nuoto sincronizzato. Neppure la Facoltà di giurisprudenza esiste più perché – gli spiegano – ormai

\* Docente a contratto di “Teoria generale del diritto” (GIUR 17/A) presso l’Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale, Dipartimento di Economia e Giurisprudenza, email: [giulio.donzelli@unicas.it](mailto:giulio.donzelli@unicas.it)

<sup>1</sup> Jacques Charpentier (1881-1974), avvocato, giurista e scrittore francese, in viso al regime di Vichy per la sua difesa dell’indipendenza del foro, nel 1943 sfuggì per un soffio all’arresto della Gestapo, entrò in clandestinità e divenne uno dei protagonisti della resistenza giudiziaria. Liberale e conservatore, accanto agli studi giuridici scrisse *pamphlets* e saggi di argomento vario. Si veda, in particolare, Ozanam 2008.

<sup>2</sup> Stampato in millecinquecento copie dalle Éditions des Hautes Chaumes, corredato dalle illustrazioni umoristico-allegoriche di André Giroux, *Justice 65* è un libro fantasma: raramente menzionato e recensito, è pressoché scomparso in Francia e in Italia ne è apparsa un’edizione curata da Guido Vitiello per i tipi di Liberilibri soltanto nel 2015, anch’essa di difficile reperimento.

basta una visita guidata al *Palais de Justice* per apprendere il necessario sul diritto: “il nostro insegnamento è diventato essenzialmente pratico. S’impara guardando”<sup>3</sup>.

Incredulo, l’avvocato si unisce a una delle lezioni itineranti. Che cosa ne è stato della vecchia giustizia? Non c’è più, tutto è affidato alle J.M. (*Justice Machines*), apparecchi cibernetici che estraggono le sentenze a sorte, realizzando l’applicazione più rigorosa delle leggi del caso:

“le istanze che enunciano le pretese delle parti arrivano, sotto forma di schede perforate, attraverso un nastro trasportatore, che le raccoglie dalla cassetta dove gli avvocati le hanno depositate. La macchina le smista, isola tutte quelle che si riferiscono a uno stesso caso. Queste entrano in contatto con un morsetto e subito il circuito si chiude; a quel punto si formano le combinazioni, il cui principio è preso a prestito dalla meccanica dei gas. La macchina tira a caso le risposte e le restituisce sotto forma di questi cartoncini che vedete accumularsi nei panieri”<sup>4</sup>.

La tradizionale amministrazione della giustizia, a dispetto della sua storia secolare, viene irrisa perché “resa da esseri umani”<sup>5</sup>, mentre le *Justice Machines* sono capaci di svolgere “da sole il loro compito, senza che la ragione vi giochi alcun ruolo, e tutta l’arte dei costruttori è stata impiegata nel liberarle da ogni residua particella di umanità”<sup>6</sup>. Ed è così che, dinanzi a magistrati indolenti che inseguono l’automazione della giustizia per sottrarsi alle proprie responsabilità, l’avvilito protagonista si duole di come giudici e avvocati abbiano congedato l’eredità dei Lumi e si siano consegnati all’arbitraria contingenza del caso, abdicando a una lotteria, il più cieco e irrazionale dei giochi.

È vero che la giustizia conosce una lunga tradizione di ordalie, divinazioni, oracoli e sacrifici, ma i moderni sono notoriamente riluttanti ad associare il diritto al caso, rendendo il processo privo di qualsivoglia scopo. Ne è dimostrazione, in Italia, l’immediata reazione alle tesi che Salvatore Satta aveva enunciato ne *Il mistero del processo*<sup>7</sup>, pochi anni prima che *Justice 65* fosse dato alle stampe.

Ma qui, che la giustizia sia o meno il fine del processo è del tutto irrilevante, essendo il problema più radicale: il nostro protagonista non crede più alla giustizia, perché non è giustizia quella che rendono le macchine. Questa sembra essere la morale dell’apologo di Charpentier, nel quale il deluso protagonista abbandona il foro per dedicarsi al commercio di legumi secchi, che non a caso sono un antico strumento di divinazione.

## 2. La funzione nomofilattica

Questo capriccio letterario, memore di Rabelais e di Borges<sup>8</sup>, fa luce non solo sul legame antico (e forse avveniristico) tra il diritto e il caso, ma anche sul giudizio di cassazione, che è uno dei bersagli privilegiati dell’apologo. Durante la visita al *Palais de Justice*, gli studenti erano rimasti allibiti quando la guida aveva spiegato loro che la Suprema Corte “serviva solamente a uniformare la giurisprudenza”, giacché “per la sicurezza delle transazioni era importante che l’interpretazione delle

<sup>3</sup> Charpentier 2015: 20.

<sup>4</sup> Charpentier 2015: 37. La professione forense non aveva potuto che conformarsi a questo nuovo modello di ‘giustizia’, sicché il compito dell’avvocato consisteva nel ricevere i clienti e tradurre le loro richieste nel linguaggio delle macchine: “si tratta di formule standard, il cui testo si adatta ai cartoni perforati che si agganciano ai dentelli dei rulli e mettono in azione tutto il meccanismo. Le spiegazioni dei clienti sono verbose, confuse, infarcite di dettagli inutili e di digressioni sentimentali che incepperebbero la macchina. Bisogna dunque ridurle all’essenziale e farle rientrare nel quadro delle domande modello”, 43-44.

<sup>5</sup> Charpentier 2015: 23.

<sup>6</sup> Charpentier 2015: 40.

<sup>7</sup> Satta 1994 [1949]: 11-37. Per le reazioni della dottrina si rinvia in particolare a Capograssi 1950; Calamandrei 1950 (ora in Calamandrei 1965: 537-562), in risposta al quale si veda Carnelutti 1951; Caiani 1955: 113-128 (riedito nel 2021, Pino G. cur., RomaTrE-Press).

<sup>8</sup> Borges 1941 e 1982: 55-62.

leggi fosse costante”. E aggiungeva con sprezzante compiacimento: “Di certo era un sistema grossolano. Una sciocchezza, per il fatto di essere ripetuta, non smette di essere una sciocchezza. Ma sarebbe stato peggio lasciare ai diversi tribunali di opporsi gli uni agli altri”<sup>9</sup>.

Un giudizio volutamente ingeneroso che si fa beffe della funzione nomofilattica della Suprema Corte, a dispetto della sua augusta tradizione, che tanto deve alla feconda elaborazione svoltasi proprio in seno all’ordinamento francese<sup>10</sup>. Di qui il modello è circolato nell’Europa continentale per approdare, tra gli altri, nell’ordinamento italiano, dove è stato scolpito icasticamente nell’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12). Una previsione su cui grava la pesante ipoteca dommatica della concezione illuministica del rapporto tra il giudice e la legge, donde l’idea che la Corte di cassazione debba assicurare “l’*esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge, l’unità del diritto oggettivo nazionale*”.

Per anni la nomofilachia è stata sostanzialmente relegata nella periferia dell’ordinamento giuridico, nel testo del remoto regio decreto del 1941, e ha rappresentato soltanto una delle funzioni della Suprema Corte, per giunta di rilievo costituzionale quanto meno dubbio. È vero che tale funzione può desumersi in via interpretativa dal combinato disposto degli articoli 3 e 111 della Costituzione, ma sta di fatto che i Costituenti hanno ritenuto di non accogliere la proposta di riconoscere formalmente rango costituzionale alla funzione nomofilattica della Cassazione<sup>11</sup>.

Ciò nonostante, nel 2006 è stata avviata un’intensa stagione riformatrice sotto il segno della nomofilachia, che ha rappresentato la risposta dell’ordinamento alla “sindrome dell’assedio”<sup>12</sup> sviluppata dalla Suprema Corte, sempre più oberata dal peso soverchiante dei ricorsi portati al suo esame, specialmente sulla base delle doglianze veicolate tramite l’art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ. Secondo gli auspici del legislatore, infatti, la nomofilachia consentirebbe alla Cassazione di far fronte alla notevole mole – ignota alla Corti supreme straniere – di ricorsi che gravano su di essa, anche sotto il profilo organizzativo, se non altro per la scelta del binario processuale da seguire (camera di consiglio o udienza pubblica) a seconda che i giudizi presentino o meno valenza nomofilattica.

Una vera e propria palingenesi della nomofilachia, che ha determinato nel nostro ordinamento un significativo incremento del peso del precedente in generale e del precedente delle sezioni unite in particolare, pur senza intaccare formalmente il principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Ne è derivato l’avanzamento del processo di osmosi tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti di *common law*, al punto tale che la Corte di cassazione<sup>13</sup> e alcuni suoi autorevoli magistrati<sup>14</sup> hanno sostenuto che il nostro ordinamento avrebbe recepito il principio dello *stare decisis* ‘in versione debole’.

<sup>9</sup> Charpentier 2015: 27.

<sup>10</sup> Calamandrei 1920 (ora in Calamandrei 1976, riedito nel 2019, Biblioteca e Archivio storico “Piero Calamandrei” del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei di Roma cur., RomaTrE-Press).

<sup>11</sup> Cfr. seduta del 20 dicembre 1946. L’art. 12 del progetto contenuto nella *Relazione sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale* presentata da Piero Calamandrei alla seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione prevedeva quanto segue: “Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione, *istituita per mantenere l’unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale* e per regolare le competenze fra i giudici”. Cfr. Grossi, Cheli, Alpa 2016: 27-31.

<sup>12</sup> Sassani 2019: 43.

<sup>13</sup> Cfr. in particolare Cass. civ., Sez. VI-2, ord., 26 luglio 2016, n. 15513. Appare invece maggiormente condivisibile l’orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui, “benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell’ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un’interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative” (cfr. *ex plurimis* Cass. civ., Sez. Un., 31 luglio 2012, n. 13620; Cass. civ., Sez. Un., 12 ottobre 2022, n. 29862).

<sup>14</sup> Di ‘forma attenuata’ del principio dello *stare decisis* discorrono Lombardo 2015: 90; Canzio 2017; Canzio 2018; Curzio 2018; Amoroso, Morelli 2020; Rordorf 2016: 279; Rordorf 2018: 95.

Si potrebbe obiettare che, se tale principio significa valore *vincolante* del precedente (o *doctrine of binding precedent*), allora esso non è suscettibile di graduazione: il vincolo c'è o non c'è, *tertium non datur*<sup>15</sup>. Eppure, il panorama giuridico entro cui ci muoviamo è troppo accidentato per essere ricondotto a questa rigida logica binaria e, infatti, il processo di convergenza tra sistemi di *civil law* e di *common law* avanza non già sul terreno della vincolatività del precedente, che trova l'ostacolo dell'art. 101, comma 2, Cost., ma su quello, più insidioso, dell'irrigidimento dell'ordinamento attraverso una serie di istituti che conferiscono sempre maggiore rilievo al precedente<sup>16</sup>.

Tali istituti sono oggetto di acuta e approfondita indagine da parte degli studiosi del processo civile e non è possibile indugiare su di essi in questa sede, se non per metterne in luce i principali riflessi ordinamentali, che vanno nella direzione di una più pregnante garanzia dello *ius constitutionis*. Gli obiettivi perseguiti dal legislatore sono senz'altro connaturati alla certezza del diritto e consistono nella maggiore stabilità degli orientamenti giurisprudenziali e nella maggiore prevedibilità della soluzione delle controversie, ma non si possono tacere i pericoli connessi al rafforzamento della funzione nomofilattica, che può concorrere anche all'isterilimento della capacità innovativa della giurisprudenza<sup>17</sup>.

Il maggiore peso assunto dal precedente rischia infatti di irrigidire l'ordinamento, limitandone l'evoluzione pretoria, che, al netto di gravi oscillazioni e contrasti, ha consentito di raggiungere approdi assai significativi, come ad esempio in materia di diritto alla riservatezza e all'identità personale, di diritto alla salute e di danno biologico, di abuso di dipendenza economica e di protezione del contraente debole<sup>18</sup>. Il pericolo, dunque, è che l'evoluzione dell'ordinamento sia sacrificata sull'altare di una certezza del diritto che può rivelarsi presto stantia e che può persino risolversi in una paradossale eterogenesi dei fini, tale per cui ciò che siamo soliti chiamare 'diritto vivente' rischia di recidere ogni legame con la vita dell'ordinamento e divenire, per così dire, sempre meno 'vivente'<sup>19</sup>.

### 3. *Justice Machines* e giustizia predittiva

Ciò a maggior ragione se si considera che si profila all'orizzonte l'impiego sempre più capillare dei sistemi di intelligenza artificiale e degli algoritmi predittivi<sup>20</sup>, che sembrano poter arginare quell'elemento imponderabile dei giudizi che aveva indotto i giuristi romani a constatare il limite della giustizia amministrata dagli uomini: *omnia lites habent sua sidera*. Lo *ius dicere* algoritmico

---

<sup>15</sup> Capasso 2019.

<sup>16</sup> Mi limito a indicare alcune delle innovazioni principali nell'attuale disciplina del giudizio di legittimità: *a)* il vincolo delle sezioni semplici della Corte di cassazione ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite, in modo da dare stabilità a questi principi, imponendo un particolare procedimento per il loro mutamento (art. 374, comma 3, cod. proc. civ.); *b)* l'ampliamento dei casi in cui il Procuratore generale presso la Corte può chiedere l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (ma irrilevante per le parti del processo) e la possibilità che questo principio di diritto sia pronunciato d'ufficio anche nel caso di ricorso della parte dichiarato inammissibile (art. 363 cod. proc. civ.); *c)* la riduzione, tra i motivi del ricorso per cassazione, dell'ambito del vizio di motivazione e l'esclusione assoluta di tale vizio nei casi di doppia conforme sui medesimi fatti (art. 360 cod. proc. civ.); *d)* l'udienza pubblica limitata alle sole decisioni di una "questione di diritto di particolare rilevanza" (art. 375, comma 1, cod. proc. civ.) e la decisione degli altri ricorsi in camera di consiglio; nel primo caso la decisione è emanata con sentenza, mentre nel secondo caso essa assume la forma della ordinanza; *e)* il rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione per la risoluzione di "una questione esclusivamente di diritto", quando, tra gli altri requisiti, essa "è suscettibile di porsi in numerosi giudizi" (art. 363-bis cod. proc. civ.).

<sup>17</sup> Scarselli 2023.

<sup>18</sup> Alpa 2014; Alpa 2019a; Alpa 2019b:143 dove l'Autore rileva che molte esigenze di tutela non sarebbero state soddisfatte "se non si fossero aperti i cancelli all'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, sensibile alle esigenze sociali. Si che imbrigliare la creatività a beneficio della certezza e della continuità implica la scelta di fossilizzare l'interpretazione del giudice e la creatività degli avvocati".

<sup>19</sup> Rovelli 2019.

<sup>20</sup> Garapon, Lassègue 2021.

appare dunque, almeno a prima vista, la più efficiente manifestazione dello sforzo profuso dalla modernità contro l'errore e l'arbitrio dell'umano e fallibile giudicante, così da garantire la prevedibilità della decisione attraverso la formulazione del giuridico in strutture logico-formali, capaci di assicurare l'applicazione leibniziana del diritto *more mathematico*<sup>21</sup>.

Un'idea simile, sia pure solo in parte, a quella sottesa all'apologo da cui abbiamo preso le mosse, che risente significativamente della feconda temperie culturale del suo tempo. Le *Justice Machines* ivi descritte, infatti, non sono altro che una trasfigurazione letteraria dei fondamentali lavori sulla cibernetica di Norbert Wiener<sup>22</sup>, sulla giurimetria di Lee Loevinger<sup>23</sup> e sulle "macchine intelligenti" di Alan Mathison Turing<sup>24</sup>. Ma è chiaro che si tratta di una trasfigurazione paradossale e irriverente, giacché le *Justice Machines* di Charpentier vanno beffardamente nella direzione del caso piuttosto che della certezza del diritto, che invece costituisce il fulcro dell'odierno dibattito sulla decisione robotica e sulla giustizia predittiva<sup>25</sup>.

Qui, l'irrigidimento dell'ordinamento si fa ancora più marcato rispetto alla tradizionale nomofilachia perché lo schematismo cristallizzante dell' algoritmo preclude, o quantomeno comprime, l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali. Il funzionamento delle 'novelle *Justice Machines*' è infatti ancorato ai precedenti, sicché esse considerano il presente solo come una reminiscenza del passato, con la conseguenza che il giudice macchina è condannato a una ripetizione informatica dell'identico<sup>26</sup>. Questa omogeneizzazione temporale proietta l'ordinamento in un eterno presente e lo fossilizza in un diritto immobile, capace solo di replicare se stesso e di radicalizzarsi nei risultati già acquisiti, che l'inferenza statistica rende insensibili agli indirizzi giurisprudenziali minoritari o alle isolate voci divergenti<sup>27</sup>.

Tutto ciò apre uno squarcio nei cieli imperscrutabili dell'esito delle liti. Ora lo sguardo del giurista, scrutando i dati dei precedenti immessi nella macchina, potrebbe scoprire la stella recondita che cela la decisione. O almeno così vorrebbe credere chi, come l'Autore dell'apologo, ritiene che i benefici dell'automazione risiedano nel "*sostituire i funzionari con degli automi*", le cui decisioni – quali che siano – sarebbero comunque più accettabili di quelle assunte da un giudice umano, che i cittadini considerano "un essere fallibile, soggetto a eccessi di zelo che li indispettiscono o a debolezze di cui intendono approfittare"<sup>28</sup>.

È vero che l'uomo è un animale ontologicamente *difettivo*, calato nella finitudine del suo tempo ed emotivamente connotato, ma sarebbe un errore misurare la sua intelligenza con il solo parametro della capacità di calcolo e di elaborazione dei dati, riducendo così la sua *difettività* a *difettosità*, ossia a *deficit* performativo rispetto alla macchina<sup>29</sup>. Ed è questa la ragione per cui nell'ampio e aperto dibattito sulla decisione robotica si tende a escludere la radicale *sostituzione* dell'uomo con la macchina, per orientarsi piuttosto verso una loro virtuosa *cooperazione*, secondo un approccio autenticamente antropocentrico alla giustizia algoritmica, che non alimenti una vacua tecnofobia, ma

<sup>21</sup> Frosini 1968: 14 (riedito nel 2023, Sartor G. intr., RomaTrE-Press).

<sup>22</sup> Si rinvia in particolare a Wiener 1948 e 1951.

<sup>23</sup> Si veda in particolare Loevinger 1949.

<sup>24</sup> Cfr. in particolare Turing 1948; Turing 1950.

<sup>25</sup> Si vedano in particolare Irti 2016; Carleo 2017; Carleo 2019; Di Donato, Frisina, Romeo, Scamardella, Vestoso, Volpe 2023; Mastroiacovo 2024.

<sup>26</sup> Di Santo 2012: 145-148, dove l'Autore distingue tra "tempo dell'uomo" e "tempo della macchina".

<sup>27</sup> Zaccaria 2022: 82-84 e 135-144; Zaccaria 2023: 37-42.

<sup>28</sup> Charpentier 2015: 53. Traendo esempi dalla vita quotidiana, Charpentier rileva come l'accettazione sociale di una decisione sia direttamente proporzionale all'incremento dell'automatismo ad essa sotteso. È questo il caso della metropolitana: un tempo, quando il convoglio entrava in stazione, il portello era chiuso da un impiegato e i passeggeri che si vedevano chiudere le porte in faccia erano furibondi; oggi invece è "l'arrivo del treno a far scattare la chiusura. I viaggiatori fanno la fila davanti a una lamiera inesorabile. Nessuno apre bocca". Altrettanto vale per le comunicazioni telefoniche: un tempo gli abbonati reclamavano perché non riuscivano a prendere la linea, accusando le centraliniste di leggere romanzi o di mettersi il rossetto invece di passare le comunicazioni; oggi invece "è tutto automatico, e nessuno si sognerebbe di protestare quando l'apparecchio dà il segnale di occupato".

<sup>29</sup> Punzi 2021.

ispiri un umanesimo digitale consapevole delle notevoli potenzialità dei nuovi sistemi, ma anche dei loro rischi.

Questa simbiosi tra uomo e macchina sembra accreditare, almeno nell’ambito della giurisdizione, non tanto il paradigma dell’*intelligenza artificiale*, quanto piuttosto quello dell’*intelligenza aumentata*, nel senso che le prestazioni cognitive dell’uomo possono essere *potenziate* dalla macchina<sup>30</sup>. Quest’ultima consente infatti di raccogliere e processare una mole ben più elevata di dati, così da offrire al giudice una maggiore consapevolezza ermeneutica del percorso decisionale e motivazionale che egli intende seguire, segnalandogli lacune, incongruenze e contrasti rispetto a decisioni assunte in casi simili, ma anche esibendogli eventuali ragioni di discontinuità rispetto all’orientamento dominante<sup>31</sup>.

Resta fermo che l’ultima parola è e resta soltanto quella del giudice umano, che controlla l’intero procedimento per valutarne il risultato e, soprattutto, per assumersene la responsabilità, secondo il principio del libero convincimento<sup>32</sup>. Decisione e responsabilità non sono surrogabili dalla macchina, ma restano in capo all’uomo e alla sua intelligenza: “*Sapere aude!* Abbi il coraggio di servirti della tua *propria* intelligenza!”. Il motto kantiano dell’Illuminismo preserva intatta la sua attualità ed è un monito di cui il giurista dovrebbe tener conto per non cadere in un nuovo “stato di minorità” che egli, mai come in questo caso, dovrebbe “imputare a se stesso”<sup>33</sup>.

#### BIBLIOGRAFIA

Alpa G. 2014, “I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia”, *Rassegna Forense*, 3-4: 599-604.

Alpa G. 2019a, “Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica”, in *Italiadecide* (ed) 2019, *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti*, Bologna, Il Mulino: 137-147.

Alpa G. 2019b, “La giurisprudenza e le fonti del diritto”, *Lo Stato*, 2: 335-343.

Amoroso G., Morelli M.R. 2020, “La ‘funzione nomofilattica’ e la ‘forza’ del precedente”, in Acierno M., Curzio P., Giusti A. (eds) 2023, *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, Cacucci: 465-495.

Borges J.L. 1941, “La lotería en Babilonia”, *Sur*: 55-62.

Borges J.L. 1982, *Finzioni*, Torino: Einaudi.

Caiani L. 1955, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova: Cedam.

Calamandrei P. 1920, *La Cassazione civile*, 2 voll., Milano: Fratelli Bocca.

Calamandrei P. 1950, “Il processo come giuoco”, *Rivista di diritto processuale*, 5 (1): 23-51.

Calamandrei P. 1965, *Opere giuridiche*, Cappelletti M. (cur.), vol. I, Napoli: Morano.

Calamandrei P. 1976, *Opere giuridiche*, Cappelletti M. (cur.), voll. VI e VII, Napoli: Morano.

Canzio P. 2017, “Calcolo giuridico e nomofilachia”, in Carleo A. (ed) 2017, *Calcolabilità giuridica*, Bologna: Il Mulino: 169-173.

Canzio P. 2018, “Nomofilachia e diritto giurisprudenziale”, in Carleo A. (ed) 2018, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna: Il Mulino: 27-34.

Capasso V. 2019, “Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all’italiana»”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 73 (2): 627-651.

Capograssi G. 1950, “Giudizio processo scienza verità”, *Rivista di diritto processuale*, 5 (1): 1-22.

Carleo A. (ed) 2017, *Calcolabilità giuridica*, Bologna: Il Mulino.

---

<sup>30</sup> Licklider 1960.

<sup>31</sup> Punzi 2021.

<sup>32</sup> Punzi 2017: 319-330.

<sup>33</sup> Kant 1995 [1784]: 45.

- Carleo A. (ed) 2018, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna: Il Mulino.
- Carleo A. (ed) 2019, *Decisione robotica*, Bologna: Il Mulino.
- Carnelutti F. 1951, "Giuoco e processo", *Rivista di diritto processuale*, 6 (1): 101-111.
- Charpentier J. 1954, *Justice 65*, Paris: Éditions des Hautes Chaumes.
- Charpentier J. 2015, *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, Vitiello G. (ed), Macerata: Liberilibri Editrice.
- Curzio P. 2018, "Il giudice e il precedente", *Questione Giustizia*, 4: 37-44.
- Di Donato F., Frisina M.P., Romeo F., Scamardella F., Vestoso M., Volpe D. (eds) 2023, "La sfida della giustizia predittiva. Riflessioni a partire da una ricerca empirica in materia di protezione internazionale", *Rivista di filosofia del diritto*, 1: 85-168.
- Di Santo L. 2012, *L'universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, Padova: Cedam.
- Frosini V. 1968, *Cibernetica diritto e società*, Milano: Edizioni di Comunità.
- Garapon A., Lassègue J. 2021, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, M.R. Ferrarese (ed), Bologna: Il Mulino.
- Grossi P., Cheli E., Alpa G. (eds) 2016, *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Genova: Marietti.
- Irti N. 2016, *Un diritto incalcolabile*, Torino: Giappichelli.
- Kant I. 1995 [1784], *Scritti di storia, politica e diritto*, F. Gonnelli (ed), Roma-Bari: Laterza.
- Licklider J.C.R. 1960, "Man-Computer Symbiosis", *IRE Transactions on Human Factors in Electronics*, HFE-1 (1): 4-11.
- Loevinger L. 1949, "Jurimetrics: The Next Step Forward", *Minnesota Law Review*, 33: 455-493.
- Lombardo L. 2015, *Il sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, Torino: Giappichelli.
- Mastroiacovo V. (eds) 2024, *Giocare con altri dadi. Giustizia e predittività dell'algorithm*, Torino: Giappichelli.
- Ozanam Y. 2008, "De Vichy à la Résistance: le bâtonnier Jacques Charpentier", *Histoire de la Justice*, 18: 153-169.
- Punzi A. 2017, "Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?", in Carleo A. (ed) 2017, *Calcolabilità giuridica*, Bologna: Il Mulino: 319-330.
- Punzi A. 2021, "Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale", *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 10 (1): 113-128.
- Rordorf R. 2006, "Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano", *Il Foro Italiano*, 131 (9): 279-290.
- Rordorf R. 2018, "Il precedente nella giurisprudenza", in Carleo A. (ed) 2018, *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna: Il Mulino: 89-104.
- Rovelli L. 2019, "Certezza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini", *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 8 (1): 135-146.
- Sassani B. 2019, "La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici", *Rivista di diritto processuale*, 74 (1): 43-64.
- Satta S. 1994 [1949], *Il mistero del processo*, Milano: Adelphi: 11-37.
- Scarselli G. 2023, "La nomofilachia e i suoi pericoli", *AmbienteDiritto*, 23 (1): 1-20.
- Turing A.M. 1948, *Intelligent Machinery. Report to the National Physics Laboratory*, Alan Turing papers, Cambridge: King's College Archives.
- Turing A.M. 1950, "Computing Machinery and Intelligence", *Mind*: 433-460.
- Wiener N. 1948, *Cybernetics: Or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge (Mass.): MIT Press.
- Wiener N. 1951, *La cibernetica - Controllo e comunicazione nell'animale e nella macchina*, (Beghelli O. trad.), Milano: Il Saggiatore.
- Zaccaria G. 2022, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna: Il Mulino.
- Zaccaria G. 2023, *La responsabilità del giudice e l'algorithm*, Modena: Mucchi Editore.

Gianluca Tracuzzi\*

*Platone 'rivoluzionario'. Sull'amore omosessuale nel Simposio.*

ABSTRACT

Through a critical analysis of the *Symposium*, this paper aims to reconstruct Plato's thesis on homosexuality, showing how, despite the social consensus that pederasty was enjoyed, it constitutes a praise, revolutionary for its time, of heterosexual love.

KEYWORDS

Homosexuality, Pederasty, Heterosexuality, *Symposium*, Plato.

INDICE

1. La tesi di Pausania: la duplicità di Eros e il primato dell'amore "celeste". 2. L'approccio scientifico di Erissimaco e il mito aristofaneo dell'androgino. 3. Il ruolo di Agatone e il consenso sociale riconosciuto alla pederastia. 4. Il diverso e il comune. 5. La 'rivoluzione' platonica.

1. La tesi di Pausania: la duplicità di Eros e il primato dell'amore "celeste".

Nell'intricato meccanismo, drammaturgico e poetico, del *Simposio* – in cui sembra volersi promuovere, sin dall'intervento introduttivo del giovane Fedro, un *primato* dell'omosessualità maschile<sup>1</sup> – la retorica sofistica di Pausania tenta di elevare eticamente la controversa pederastia<sup>2</sup>, che l'*élite* ateniese del tempo, nonostante il dispregio "osato" da alcuni<sup>3</sup>, era solita accogliere con favore. Secondo Pausania ogni azione umana, dipendendo sempre dal *modo* in cui viene compiuta, non può qualificarsi *per sé* (*phýsei*). Sicché l'acritico e "ancora del tutto indifferenziato"<sup>4</sup> encomio di Eros proposto da Fedro, pur essendo "assai delicato e di grande finezza"<sup>5</sup>, non può ritenersi esaustivo<sup>6</sup>. Piuttosto occorre sostenere – al netto di una mal celata debolezza argomentativa, derivante da un "artificioso presupposto"<sup>7</sup> – tanto una prodromica distinzione tra due diversi tipi di amore, quanto la

\* Professore ordinario di Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa della LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima, Bari, e-mail: [tracuzzi@lum.it](mailto:tracuzzi@lum.it)

<sup>1</sup> In tal senso, cfr. Nieddu 2012: 651. Nell'intervento di Fedro, in effetti, vengono decantati alcuni presunti riflessi virtuosi delle unioni omosessuali maschili, tanto nella sfera privata, quanto in quella pubblica. Cfr. Platone 2008: *Simposio* 490-492, 178 C-180 B.

<sup>2</sup> Reale 2021: 69.

<sup>3</sup> Il fenomeno socio-culturale della pederastia era considerato "turpe" da alcuni; i giovani amati coinvolti in questo tipo di relazione venivano spesso derisi dai coetanei, come ricorda lo stesso Pausania. Cfr. Platone 2008: *Simposio* 494-495, 182 A e 183 C. Quelli sospettati di assumere un ruolo passivo venivano squalificati come potenziali cittadini. Cohen 1991: 181 e 192.

<sup>4</sup> Calogero 1928: 45.

<sup>5</sup> Reale 2021: 59. Per Reale questa prima maschera – considerata, normalmente, poco importante – rappresenta la carenza di filosofia che si riscontra nelle incompiute intuizioni giovanili. Sicché "con questo personaggio deve identificarsi, in qualche modo, anche il lettore ideale", ossia colui che desidera ascoltare le diverse tesi allo scopo di imparare a cogliere la forza irresistibile dei discorsi filosofici. Reale 2021: 67, nota 18.

<sup>6</sup> "Il suo discorso è di natura retorica, appunto prefilosofica, con citazioni di poeti come prova di ciò che sta dicendo, senza adeguate motivazioni razionali di quegli asserti". Reale 2021: 62.

<sup>7</sup> Nieddu 2012: 655.

conseguente – anche se contraddittoria (“bisogna certo lodare tutti quanti gli dei”<sup>8</sup>) – conclusione che solo uno è quello che merita di essere celebrato. Perciò bisogna riconoscere che non vi è amore senza *bellezza*, la quale può essere, tuttavia, di due tipi: mentre Afrodite Pandemia – la più giovane – è figlia di Zeus e Dione, Afrodite Urania – la più antica – ha solo il padre, poiché generata dalla schiuma del mare seminata dai genitali di Urano, gettati tra le onde da suo figlio Crono<sup>9</sup> che – dopo essere stato, dalla madre Gea, armato di una falce – lo aveva mutilato<sup>10</sup>. Cosicché anche Eros dovrà distinguersi, inevitabilmente, in volgare o celeste.

L'uno, essendo un amore più acerbo, è proprio degli uomini che “valgono poco”, di chi ama – mescolandosi, in tal caso, la natura del maschio con quella della femmina – donne e/o ragazzi, di chi preferisce la bellezza passeggera dei corpi a quella, viceversa stabile, delle anime. L'altro amore, poiché mancante di madre, è sentimento esclusivo del genere maschile, ossia di chi era considerato *per natura* più forte e intelligente<sup>11</sup>. Nel maturo amore celeste non vi è mai sfrenatezza, vigendo delle regole da rispettare. Come quella, fondante, che vieta il coinvolgimento amoroso dei più giovani senza un oggettivo riscontro della loro intelligenza, che di norma si manifesta con il comparire della barba. Nonostante gli uomini saggi imponessero già spontaneamente questo costume a sé medesimi, Pausania – che era amante dell'effeminato<sup>12</sup>, ma non certo bambinesco, Agatone<sup>13</sup> – auspica, lueggiando le radici etiche dell'articolo 609 *quater* dell'attuale Codice penale, una futura legge per impedire anche agli amanti volgari di turbare la spensierata inesperienza degli adolescenti troppo giovani. Alcuni genitori ateniesi, a causa di questo diffuso malcostume, erano infatti costretti ad ingaggiare dei tutori per proteggere i propri figli da questi deplorabili approcci<sup>14</sup>.

A differenza dell'amante comune che, preoccupandosi soltanto di appagare l'appetito sessuale, illude l'amato per poi abbandonarlo, quello ispirato da Urano è pronto a dedicargli tutta la sua esistenza. Perciò l'amore celeste – che qui viene associato, mediante richiami alla tradizione democratica della *pólis* ateniese, anche alla libertà politica – genera “grandi pensieri”, “forti amicizie e vite in comune”<sup>15</sup>, a condizione che i fanciulli capiscano l'importanza del far trascorrere un certo tempo prima di concedere i propri favori al mentore, al fine di saggiarne l'auspicabile autenticità delle nobili intenzioni; e del non farsi attrarre, per non precipitare nell'adulazione, dalle ricchezze materiali o dal potere. In altri termini, il saggio amante (*erastés*) e l'inesperto amato (*erómenos*), devono tendere, anche se muovono da *nómoi* differenti, verso il *fine comune* del reciproco riconoscimento della virtù (*areté*)<sup>16</sup>. Nel predetto *scambio* il profilo carnale sembrerebbe avere una funzione secondaria, quasi eventuale; così, però, non è, dovendosi constatare – al di là dello scopo di voler (provare a) diventare migliore – che in questa visione della classe colta i piaceri erotici, facendo dama con le motivazioni ideali<sup>17</sup>, sono le uniche “*armi*”<sup>18</sup> in dotazione all'amato.

<sup>8</sup> Platone 2008: *Simposio* 492, 180 E.

<sup>9</sup> Cucco 2021: 44-75.

<sup>10</sup> Crono uccideva tutti i suoi figli alla nascita, sapendo che uno di essi lo avrebbe spodestato. Circostanza che, in effetti, si verificò con suo figlio Zeus che, essendosi salvato, punì il padre. Cfr. Platone 2008: *Repubblica* 1126, 377 E.

<sup>11</sup> Platone 2008: *Simposio* 493, 181 B-C.

<sup>12</sup> Così lo descrive Aristofane nella commedia *Tesmofozia*, 189 ss.

<sup>13</sup> Ciò viene confermato anche dal successivo discorso di Aristofane 193 B-C. Cfr., altresì, Platone 2008: *Protagora* 815, 315 D-E. Per un completo approfondimento sulla maschera di Agatone, cfr. Reale 2021: 111-124.

<sup>14</sup> Platone 2008: *Simposio* 495, 183 D. La predetta pratica viene confermata, nel *Carmide*, dallo stesso Socrate: “Ma perché non chiami qui il ragazzo e non me lo presenti? Quand'anche fosse più giovane, non sarebbe sconveniente per lui discutere con noi, se ci sei tu, suo tutore e cugino”. Platone 2008: *Carmide* 691, 155 A.

<sup>15</sup> *Ibidem*: *Simposio* 494, 182 C.

<sup>16</sup> Nieddu 2012: 663.

<sup>17</sup> “É cosa bella, in tutto e per tutto, concedere i propri favori all'amante in vista della virtù”. Platone 2008: *Simposio* 496, 185 B. Insomma, “Pausania cerca di salvare il piacere sessuale dell'Eros per i giovani nobilitandolo, ossia connettendolo con la sapienza e con la virtù. Ma la sua tesi risulta essere del tutto fallace, in quanto *cerca di mediare cose in realtà non mediabili in quel modo*”. Reale 2021: 78.

<sup>18</sup> Si vedrà più oltre, attraverso il confronto tra Alcibiade e Socrate, perché quest'ultimo – richiamando un passo dell'*Iliade* (VI, 232 ss.) – le definirà “di bronzo”.

## 2. L'approccio scientifico di Erissimaco e il mito aristofaneo dell'androgino.

Aristofane avrebbe dovuto intervenire al termine del discorso di Pausania, nel rispetto dell'ordine formale – a partire dal “padre di questo discorso”, “procedendo verso destra”<sup>19</sup> – che i commensali si erano casualmente dati in base al posto che occupavano a tavola, ma il famoso commediografo – essendo stato improvvisamente colpito da un fastidioso singhiozzo – è costretto a lasciare la parola ad Erissimaco che, dilatando gli orizzonti, sposta l'attenzione dalla sola dimensione antropologica a quella cosmica, già introdotta “in sottofondo” da Fedro e destinata a divenire “essenziale” con Socrate<sup>20</sup>. Il medico non si limita – come all'apparenza potrebbe sembrare – ad una mera *integrazione* del (condiviso) ragionamento di Pausania. La finalità del suo intervento – che inaugura il richiamo alle imprescindibili ‘dottrine non scritte’ di Platone<sup>21</sup> – sembra essere duplice: far trasparire in filigrana, dall'approccio scientifico proposto, i limiti teoretici dei filosofi naturalisti, nonché preparare, con la descritta *armonia dei contrari*, la comprensione dell'impianto “centrale” del discorso socratico<sup>22</sup>.

Anche se in questa esaltazione della potenza universale dell'Eros non si rinvenivano passaggi direttamente riferibili alla superiorità della natura maschile, non va dimenticato che – nel proporre, agli ospiti di Agatone, di fare a turno un elogio della divinità – proprio il figlio di Acumeno aveva preliminarmente fatto presente, in conformità con le usanze misogine diffuse a quel tempo, la necessità di mandare via la suonatrice: “Che vada a suonare il flauto per conto suo, o per le donne di casa, se vuole”<sup>23</sup>. D'altronde le donne erano notoriamente escluse dalla cultura e, il più delle volte, persino dai basilari processi di alfabetizzazione; le relazioni amorose femminili, di conseguenza, non potevano fornire alcun apporto alla funzione pedagogica che all'epoca si era – come ricordato – soliti riconoscere alle sole unioni omosessuali maschili.

L'intermezzo del singhiozzo, oltre ad assicurare levità alle pagine platoniche, custodisce un “significato drammaturgico globale” che punta a far subentrare un nuovo ordine *contenutistico* a quello – soltanto *formale* – utilizzato nella prima parte del *Dialogo*<sup>24</sup>. Come poc'anzi rilevato, le parole di Erissimaco, anzitutto, *completano* quelle di Pausania. Pertanto il filo logico della narrazione, senza questa interruzione dell'ordine iniziale, avrebbe risentito di disorientanti *sbalzi* concettuali, efficacemente prefigurati proprio tramite l'ingegnosa trovata scenica del singhiozzo che, esauritosi – su consiglio dello stesso Erissimaco – con uno starnuto, ripristina il “giusto ordinamento”<sup>25</sup> nel corpo del commediografo e tra le diverse tesi sulla scena. Questa nuova sistemazione – oltre a ristabilire il sottile gioco narrativo che affida ad ogni maschera il compito di colmare le *lacune* generate da quella precedente<sup>26</sup> – segna un deciso cambiamento metodologico. Finora gli astanti si erano proposti di celebrare Eros descrivendone, ciascuno *pro modo suo*, le principali caratteristiche. Secondo Aristofane, diversamente, per comprendere appieno la potenza della divinità occorre indagare “la natura umana e le trasformazioni che essa ha subito”, dovendosi ricordare che in origine, oltre ai

<sup>19</sup> Erissimaco, nel proporre di fare a turno un elogio di Eros, dichiara di essere stato ispirato da Fedro che, in altre occasioni, aveva constatato la mancanza di un degno encomio per una divinità così importante come Eros. Per questa ragione Erissimaco, nell'avviare la discussione, definisce Fedro “padre di questo discorso”. Platone 2008: *Simposio* 490, 177 D.

<sup>20</sup> Reale 2021: 82-83.

<sup>21</sup> Ibidem: 100.

<sup>22</sup> Ivi: 81-93.

<sup>23</sup> Platone 2008: *Simposio* 489, 176 E. Sul punto Di Benedetto 2007: 56 sottolinea che “non solo si manda via la suonatrice di flauto (che era una schiava), ma la si invita ad andare a suonare, se vuole, alle donne (non schiave) che sono nella casa”.

<sup>24</sup> Reale 2008: 529-530.

<sup>25</sup> Platone 2008: *Simposio* 499, 189 A.

<sup>26</sup> “E se ho lasciato qualcosa, spetta ora a te, Aristofane, colmare il vuoto”. Ibidem: *Simposio* 499, 188 E.

superstiti generi maschile e femminile, vi era anche quello dell'androgino “che accomunava i due precedenti”<sup>27</sup>.

La figura di ciascun uomo era sferica, con quattro mani e lo stesso numero di gambe e orecchie, un'unica testa – con i due volti in senso opposto – ed entrambi gli organi genitali. Il maschio (M/M) aveva tratto la sua genesi dal sole, la femmina (F/F) dalla terra e questo terzo sesso (M/F) dalla luna, la quale infatti partecipa della natura solare e di quella terrena. La conservazione del tratto comune della rotondità, malgrado le predette differenze genetiche, evidenziava la loro *completezza*, come ininterrottamente ricordatoci dalla figura geometrica del cerchio che simboleggia, per eccellenza, la perfezione. Gli uomini, convinti così di bastare a sé stessi, diventarono superbi, finanche da pensare di poter scalare il cielo per attaccare gli dèi. Pertanto Zeus decise di indebolirli dividendoli a metà e, una volta trasformati in bipedi, diede ad Apollo il compito di rivoltare le loro facce dalla parte del taglio, che venne ricucito sotto il loro sguardo – affinché restasse visibile memoria dell'antico castigo – in corrispondenza di quella “specie di bocca”<sup>28</sup> che ora noi chiamiamo ombelico; infine, per non far estinguere la razza umana, Zeus decise di spostare anche gli organi sessuali, che erano rimasti ancora nella parte esterna.

I discendenti degli androgini sono eterosessuali e vengono, nella visione aristofanea, declassati alle pratiche dell'adulterio; quelli degli interi femminili, ancor peggio, alle figure delle cortigiane. Sicché, una volta ancora, è solo l'amore tra maschi ad essere esaltato, trattandosi dell'unione tra chi eccelle *naturalmente* per audacia, coraggio e virilità.

Eros – inteso come “aspirazione dell'intero”<sup>29</sup> – risana l'originaria indole dell'uomo, trasformando la scissione diadica in Uno, quindi la causa del male in quella del Bene. Non si tratta, tuttavia, di una semplice fusione tra *corpi*: sono le *anime* a presagire questo innato desiderio di unità<sup>30</sup>, che più oltre le precisazioni di Diotima eleveranno al concetto di *Bene in sé*, Principio supremo da cui tutto dipende.

### 3. Il ruolo di Agatone e il consenso sociale riconosciuto alla pederastia.

All'autore de *Le Nuvole* segue il padrone di casa Agatone, che aveva organizzato il leggendario banchetto per festeggiare la vittoria ottenuta con la sua prima tragedia in occasione di una sacra celebrazione in onore di Dioniso (416 a.C.). Il contenuto del suo discorso – ai fini dello specifico tema qui indagato – sembrerebbe ininfluenza ma, a guardarci meglio, la figura del poeta tragico deve intendersi come la *dimostrazione vivente* dell'amore “celeste”, poco prima elogiato *in astratto* dal suo amante. La pubblica accettazione della pederastia – intesa come *innata* e, al tempo stesso, *scelta* – si evince dagli evidenti *consensi* riscontrabili, per entrambi, sulla scena. La tesi di Pausania, avendo tra i suoi seguaci anche Alcibiade<sup>31</sup>, è la *sola* a giovare di un doppio confronto con la vita reale<sup>32</sup>; quella di Agatone è l'*unica* ad essere applaudita<sup>33</sup>, e non esclusivamente per la sfoggiata padronanza

<sup>27</sup> Ibidem: 499-500, 189 D-E.

<sup>28</sup> Ivi: 501, 190 E.

<sup>29</sup> Ivi: 502, 192 E.

<sup>30</sup> “Ma è evidente che l'anima di ciascuno di essi desidera qualche altra cosa che non sa dire, eppure presagisce ciò che vuole e lo dice in forma di enigmi”. Ivi: 502, 192 C-D.

<sup>31</sup> “L'attento lettore si accorgerà che le idee di Alcibiade corrispondono a perfezione (...) a quelle di Pausania, che erano, di fatto, le idee che in quel momento erano dominanti nell'Atene colta”. Reale 2021: 201.

<sup>32</sup> Invero, oltre alla dimostrazione vivente di Agatone, la teoria di Pausania viene “presentata nella sua incarnazione nella vita reale” anche da Alcibiade. Reale 2021: 196. “La verità che Alcibiade intende raccontare (...) non implica perciò la formulazione di definizioni teoriche, ma riguarderà una vicenda concreta, particolare: egli sostituirà all'encomio per una divinità quello per un uomo, alla tensione verso un amore ideale descritto in termini generali la propria personale esperienza erotica”. Nieddu 2015: 87.

<sup>33</sup> A differenza dell'applauso *finale* riservato ad Agatone, la fragorosa entrata in scena di Alcibiade verrà *subito* accolta dai presenti con “un gran clamore”. Non si tratta, pertanto, di un vero e proprio consenso, non avendo il giovane ancora proferito nessuna parola. Platone 2008: *Simposio* 519, 213 A.

dell'arte oratoria<sup>34</sup>. La stessa collocazione spaziale del *Simposio* nella sua dimora non pare fortuita, bensì prova tangibile di una *diffusa approvazione* derivante – mediante l'ottenuto trionfo teatrale – dal rispetto riconosciuto dai semplici cittadini e – attraverso la loro partecipazione alla festa – dai più autorevoli intellettuali dell'epoca. In questo *riconoscimento sociale* delle sue doti e, più in generale, del suo vivere, pare radicarsi la medesima *vanità* che contraddistingue Pausania: l'amante, giustificando l'amore omosessuale maschile, aveva reso "celeste" anche la sua esistenza; ora l'amato, identificandosi nella declamata *delicatezza* ultraterrena, "in Eros elogia se medesimo"<sup>35</sup>. Sebbene l'amore *per il simile* – depurato da Aristofane dall'autoreferenzialità di Pausania – retroceda nuovamente nell'amor *di sé*, gli altri commensali, sedotti dalla poetica gorgiana<sup>36</sup>, sembrano nutrire l'illusione che l'esibita "verniciatura esteriore"<sup>37</sup> possa consentire il passaggio dall'intelligibile al sensibile, come se la divinità potesse davvero incarnarsi nel valente poeta. Nel finale, invece, l'*uomo demonico* – preannunciato da Diotima di Mantideia<sup>38</sup> – assumerà, personificando il demone mediatore, le sole spoglie di Socrate<sup>39</sup>, a rimarcare l'esclusiva titolarità del Vero, che lo stesso – smascherando i falsi elogi<sup>40</sup> – avrà modo di anticipare.

La tesi di Agatone, pur criticabile, resta decisiva per cogliere la natura di Eros. Invero Platone costruisce, a partire dal successivo intervento socratico, un sofisticato intreccio a tre maschere: in un primo momento mettendo proprio Agatone a confronto con Socrate e, successivamente, sdoppiando il ruolo di quest'ultimo che, dopo aver finto – trattandosi, a ben vedere, del padrone di casa – di essere stato confutato da Diotima, completa la sua orazione veritativa velandosi con le stesse spoglie della sacerdotessa<sup>41</sup>.

#### 4. Il diverso e il comune.

Nessun discorso di quelli che hanno preceduto Socrate guadagna i necessari fondamenti metafisici<sup>42</sup> per rivelare l'essenza di Eros. Nel loro inventario si rinviene – come accennato – quello ingenuo e generico di Fedro, quello contraddittorio e sbilanciato di Pausania, quello scientifico e natural(razional)istico di Erissimaco, quello burlesco e incompleto di Aristofane, quello artificioso e macrologico di Agatone.

Gli errori dei primi quattro personaggi – Fedro, Pausania, Erissimaco e Aristofane – ci fanno comprendere ciò che Eros *non è*, spettando al "complesso gioco di specchi con riflessi incrociati"<sup>43</sup> delle tesi degli altri quattro – Agatone, Socrate, Diotima e, per certi profili, anche Alcibiade<sup>44</sup> – la

<sup>34</sup> Le parole di Agatone sono state definite "fuochi d'artificio retorici". Riedweg 1987: 17.

<sup>35</sup> Agatone "rappresenta in Eros una sorta di autoritratto, che è (...) una contemplazione assai compiaciuta della propria immagine da parte di un Narciso innamorato di se medesimo". Reale 2021: 163.

<sup>36</sup> Ibidem: 115.

<sup>37</sup> Platone 2008: *Lettere*, VII, 1819, 340 D.

<sup>38</sup> "Un dio non si mescola all'uomo ma per opera di questo demone gli dèi hanno ogni relazione ed ogni colloquio con gli uomini, sia quando vegliano, sia quando dormono. E chi è sapiente in queste cose è un uomo demonico". Ibidem: *Simposio* 511, 203 A.

<sup>39</sup> Reale 2021: 198.

<sup>40</sup> "Sembra, infatti, che si sia preso accordo che ciascuno di noi fingesse di elogiare Eros, e non già che lo elogiasse veramente". Platone 2008: *Simposio* 507, 198 E. Infatti "il vero elogio dovrebbe seguire criteri ispirati non all'opinione, ma solo alla verità". Reale 2021: 126.

<sup>41</sup> "Dunque, il monologo finale della sacerdotessa Diotima è il grande monologo di Socrate, o, se si preferisce, di Platone che fa parlare Socrate con la maschera di Diotima di Mantideia, ossia (...) sotto mentite spoglie". Reale 2021: 131. Per ricostruire questa interpretazione di Giovanni Reale, cfr. ivi: 25-26 e 125-134.

<sup>42</sup> La metafisica, passando da ciò che è una cosa alla ricerca del suo *perché*, "non è un abbandono della realtà appresa nelle precedenti forme di conoscenza, ma il raggiungimento o almeno la ricerca del principio che ne dà ragione". Gentile 1987: 80.

<sup>43</sup> Reale 2021: 34.

<sup>44</sup> In realtà Alcibiade non fa un elogio di Eros, bensì di Socrate che – in quanto uomo demonico – è, però, la perfetta immagine del vero demone Eros.

rivelazione di ciò che è<sup>45</sup> la potenza *demonica* dell'amore, da intendersi come mediazione sintetica degli opposti.

Tra gli errori riferibili, ad esempio, al discorso di Pausania occorre evidenziare – essendo indispensabile ai nostri fini – che per Socrate la trasmissione del sapere non deve prevedere alcun tipo di ricompensa<sup>46</sup>, *a fortiori* se lo scambio tra un giovane e il suo maestro non sembra fondarsi – come in questo caso, avendo il primo l'età di un adolescente – su di un rapporto *paritario*<sup>47</sup>. Sulla tesi del retore politico sembra, peraltro, gravare una ulteriore contraddizione, oltre quella sopra rilevata (§ 1), derivante dalla sua conclusione di declassare i rapporti eterosessuali nell'amore volgare dopo aver affermato, in premessa, che sono unicamente i *modi* a poter qualificare le azioni umane<sup>48</sup>. La dissertazione di Pausania viene messa alla prova, infine, con l'entrata in scena “trionfale e inquietante”<sup>49</sup> di Alcibiade, poiché dal suo confronto con Socrate può intercettarsi – secondo Giovanni Reale – la “risposta-chiave” in ordine all'amore omosessuale maschile<sup>50</sup>, che Platone aveva parzialmente preannunciato esaltando l'amore “retto”<sup>51</sup> per i giovani, ossia “conforme a filosofia”<sup>52</sup>.

L'avvenente fanciullo, dalla “personalità impetuosa e priva di scrupoli”<sup>53</sup>, tenta di concedersi al maturo Socrate, che invece – dopo averlo edotto sulla differenza tra l’“apparenza del bello” e “la verità del bello”<sup>54</sup> – si nega, insegnandogli così che la bellezza dei corpi (non identificabile con il piacere sessuale), essendo soltanto “il primo gradino della scala d'amore”<sup>55</sup>, *non può scambiarsi* con i diversi piani della sapienza e della virtù. Nel tracciare implicitamente una distinzione tra la sfera *privata* e quella *pubblica*, Socrate intende rivolgere questo monito *anche a se stesso*, dovendosi ricordare che alcune fonti platoniche lasciano intendere la sua attrazione sessuale per i giovinetti<sup>56</sup>; il che comporta, a parere di chi scrive, l'assoluzione da ogni potenziale accusa di omofobia<sup>57</sup>, appiglio costante<sup>58</sup> delle odierne richieste di censura promosse dai sostenitori del ‘politicamente corretto’.

Le parziali – ma decisive – condivisioni possono emergere impastando proprio le molteplici divergenze, ponendo in luce, in particolare, la funzione maieutica delle contraddizioni che vengono strategicamente seminate da Platone in alcuni snodi fondamentali e che sono destinate, a tempo debito, a germogliare nella trama narrativa. Perciò ogni intervento del *Dialogo* è *parte* di un *tutto*,

<sup>45</sup> Reale 2021: 25.

<sup>46</sup> Platone 2008: *Eutrifone* 5, 3 D.

<sup>47</sup> Platone denuncia la *costrizione* subita dagli amati quando i rapporti tra uomini degradano in “cose vergognose e inique”. Ibidem: *Fedro* 562, 254 B.

<sup>48</sup> Sicché “non si comprende perché la modalità di realizzazione positiva sia ritenuta esclusiva dell'amore omosessuale e non possa in linea di principio riguardare anche il rapporto eterosessuale, che resta invece confinato nella categoria dell'amore volgare”. Nieddu 2012: 660.

<sup>49</sup> “Essa contiene già in nuce tutta la sua seduzione e anche le sue cattive abitudini, più o meno scandalose”. De Romilly 1997: 13.

<sup>50</sup> Reale 2008: 534, nota 133.

<sup>51</sup> Platone 2008: *Simposio* 517, 211 B.

<sup>52</sup> Platone: *Fedro* 557, 249 A.

<sup>53</sup> Nieddu 2015: 86.

<sup>54</sup> “Caro Alcibiade, si dà il caso che tu sia veramente un uomo non da poco, se ciò che dici di me è proprio vero, e se in me c'è una forza per la quale potresti diventare migliore. Tu vedresti in me una bellezza straordinaria, molto diversa dalla tua avvenenza fisica. E se, contemplandola, cerchi di averne parte con me, e di scambiare bellezza con bellezza, pensi di trarre non poco vantaggio ai miei danni: in cambio dell'apparenza del bello, tu cerchi di guadagnarti la verità del bello, e veramente pensi di scambiare *armi d'oro con armi di bronzo*”. Platone 2008: *Simposio* 523-524, 218 D-219 A.

<sup>55</sup> Reale 2021: 78.

<sup>56</sup> Socrate, nell'intravedere ciò che la tunica del giovane Carmide nascondeva, riconosce di non essere più padrone di se stesso. Platone 2008: *Carmide* 691, 155 D.

<sup>57</sup> *Contra* Remotti, secondo cui Platone, con il suo “modello impositivo e – diciamo pure – ‘omofobico’”, “apre la strada alla repressione”. Remotti 2015: 40-41.

<sup>58</sup> Sul punto cfr., almeno, D'Agostino 2014: 93-103.

come un *petalo* del suo *fiore*; e, per ricomporre la *totalità* – del sentimento dell’amore, come di un profumo (o ‘sentimento del fiore’) – nulla deve essere tralasciato<sup>59</sup>.

La *superiorità* dell’amante sull’amato<sup>60</sup>, così come il concetto dell’*“amore dell’immortalità”*<sup>61</sup>, intuizioni non dimostrate dal “retore-dilettante”<sup>62</sup> Fedro, vengono successivamente chiarite attraverso le parole di Diotima<sup>63</sup>; del discorso di Pausania deve condividersi l’esplicita distinzione tra corpo e anima<sup>64</sup>, pilastro portante del pensiero platonico<sup>65</sup>, ribadita tramite Aristofane e, più oltre, perfezionata dalla sacerdotessa<sup>66</sup>. La dimensione cosmica dell’Eros e la sua concezione come armonia dei contrari, passando dal *come* del solo piano naturalistico di Erissimaco al socratico *perché* della dimensione metafisica, divengono profili fondamentali<sup>67</sup>. Ed ancora. Dell’intervento di Aristofane, che *allude* – allo stesso modo di chi lo ha preceduto – ad *“alcuni concetti chiave delle ‘dottrine non scritte’ di Platone”*<sup>68</sup>, occorre approvare – sulla scorta delle correzioni indicate da Diotima<sup>69</sup> – la tesi dell’amore come nostalgica mancanza dell’intero, nonché la collegabile concezione del Bello come “manifestazione suprema del Bene”<sup>70</sup>. Di più. Senza il ragionamento fallace di Agatone, che indentifica l’Eros con l’amato<sup>71</sup>, non si sarebbe potuto forgiare il necessario *“contro-modello emblematico”*<sup>72</sup> rispetto a quello veritativo di Socrate. Nella conclusione del *Simposio*, avendo effettivamente attinto tanto dall’arte di Aristofane quanto da quella di Agatone, è lo stesso Socrate – con “una provocatoria ‘firma d’autore”<sup>73</sup> – ad ammettere di aver mescolato *“nella verità”*<sup>74</sup> il profilo comico e quello tragico, come solo un autentico filosofo può fare.

<sup>59</sup> “Solo colui che è capace di vedere l’intero è filosofo. Chi non sa andare oltre le singole parti, per quanto geniali possano essere i risultati delle sue ricerche, non capirà mai la filosofia né tantomeno il senso fondamentale della vita e dell’universo”. Reale 2011: 47.

<sup>60</sup> “Infatti l’amante è cosa più divina dell’amato, in quanto è ispirato da un dio”. Platone 2008: *Simposio* 492, 180 B.

<sup>61</sup> “[M]entre Fedro ha presentato solamente alcuni esempi, illustrandoli, Platone fornisce dei medesimi esempi di Alceste e di Achille (cui aggiunge anche quello di Codro) *una spiegazione motivata*”. Reale 2021: 172.

<sup>62</sup> *Ibidem*: 31.

<sup>63</sup> Platone 2008: *Simposio* 512, 204 B.

<sup>64</sup> Occorre “rendersi conto che il bello che concerne il corpo è una piccola cosa”. *Ibidem*: 517, 210 C.

<sup>65</sup> Per cogliere la superiorità, di matrice socratica, dell’anima sul corpo e i platonici sviluppi teoretici legati alla sua immortalità, cfr. Reale 2008<sup>2</sup>: LII-LV.

<sup>66</sup> Reale 2021: 104-107.

<sup>67</sup> *Ibidem*: 83 e 89-93. “Troppe volte varie storie della filosofia si limitano a dirci *che* il tale filosofo ha pensato questo o quest’altro, e non ci dicono *perché* lo ha pensato, quale legame ha quel pensiero con quanto precede, quale funzione ha di sollecitazione del pensiero che segue”. Reale 2018: 21.

<sup>68</sup> Reale 2021: 100. La scrittura, per Platone, aveva “una funzione *ipomnematica*”, come Reale dimostra attraverso opportuni richiami ad altri suoi *Dialoghi*. *Ivi*: 103 e 107-109. “Nel discorso di Aristofane Platone dimostra, infatti, di servirsi delle parole proprio per dire e nello stesso tempo per tacere e in tal modo sfuggire a tutti coloro che avevano mostrato di non essere in grado di capire il suo pensiero, e quindi per inviare messaggi allusivi, in maniera truccata e trasversale, solamente a coloro che erano in grado di capirli, in quanto già per altra via (ossia mediante l’oralità dialettica) erano entrati nel segreto di quelle dottrine”. *Ivi*: 25. Del resto per Platone la sola scrittura, come si evince dal *Fedro* 275 C-D e 278 B-E non è mai sufficiente per cogliere le cose “di maggiore valore”. Reale 2018: 476-489.

<sup>69</sup> “Però si sente fare un certo discorso, secondo cui quelli che amano sono coloro che cercano la loro metà. Il mio discorso dice, invece, che l’amore non è amore né della metà né dell’intero, a meno che, caro amico, essi non siano il Bene”. Platone 2008: *Simposio* 513, 205 D-E.

<sup>70</sup> Reale 2021: 24.

<sup>71</sup> Quindi con “ciò che nel suo essere è bello, delicato, perfetto e beatissimo”. Platone 2008: *Simposio* 512, 204 C.

<sup>72</sup> Reale 2021: 114. “Eros come ‘amante’ risulta, infatti, essere non già quella immobile e compiuta perfezione che ha pace in sé, ma quella forza di colui che conosce le proprie mancanze e imperfezioni e cerca, con grandi sforzi e dinamiche tensioni, di acquisire ciò che, in modo sempre crescente, può eliminare quelle mancanze e quelle imperfezioni”. *Ivi*: 164.

<sup>73</sup> *Ivi*: 22.

<sup>74</sup> Reale 2008: 534.

## 5. La 'rivoluzione' platonica.

Una radicale innovazione, diversamente, pare configurarsi tramite la preparata<sup>75</sup> entrata in scena di Diotima. Scegliendo una donna viene, anzitutto, capovolta la (solo) *presupposta* superiorità *per natura* dell'uomo<sup>76</sup>, le cui capacità ora vengono addirittura messe in dubbio<sup>77</sup>. Questa inusuale autorevolezza mette in crisi le tesi maschili, forgiando *il* modello argomentativo da seguire<sup>78</sup>. Perfino la succitata interpretazione secondo cui Diotima, in realtà, sia Socrate<sup>79</sup> – che preferirebbe nascondersi sotto mentite spoglie, per non sconoscere il clima conviviale istauratosi tra i partecipanti alla festa<sup>80</sup> – al posto di mortificare la figura della straniera sembra amplificarne la portata simbolica. D'altronde, anche nella *Repubblica*, confermando un atteggiamento di straordinaria apertura rispetto ai tempi, Platone precisa che le capacità delle donne non sono diverse da quelle degli uomini *per natura*, ma solo per quantità<sup>81</sup>.

Tornando al *Simposio*, al probabile fine di *riequilibrare* i rispettivi ruoli di genere, viene poi tracciata, sempre tramite Diotima, una inedita distinzione tra la procreazione carnale e quella spirituale. Nell'una, riservata alle unioni eterosessuali, il parto della donna viene definito "cosa divina"<sup>82</sup>; nell'altra, confinata alle dinamiche maschili, può rivelarsi la più alta manifestazione dell'immortalità<sup>83</sup>. Per la prima volta si associa alla spiritualità – anche se di secondo grado – la generazione della vita, mentre non c'è più traccia del piacere sessuale nello scambio tra amato e amante. Tramite l'intenso *Eros spirituale* che lo legò, durante tutta la sua esistenza, a Dione di Siracusa<sup>84</sup> Platone dimostra, infatti, che "[l]'amore per i giovani è superiore all'amore per le donne proprio in quanto è più suscettibile di affrancarsi dalla passione carnale e di raggiungere lo scopo conoscitivo e morale dell'amore"<sup>85</sup>.

Dunque il sentiero da percorrere muove dalle altezze del cielo ma, piuttosto che sprofondare nelle fragilità terrene, deve arrestarsi a *mezz'aria*. In altri termini, tra l'amore *per il simile* e quello *per il diverso* deve scoprirsi qualcosa *nel mezzo*, non potendo essere il simile amico del simile, né il contrario del contrario. Pertanto ciò che non è, proprio come Eros, né buono né cattivo diviene amico del buono e del bello a causa di un male ed in vista di un bene<sup>86</sup>. Si delinea così un *terzo tipo di amore*, derivante dall'unione degli altri due e "sospeso" *tra* le loro opposte direzioni<sup>87</sup>.

<sup>75</sup> Occorre riferirsi, in primo luogo, alla meditazione di Socrate lungo la strada che conduce alla casa di Agatone e che lo aveva lasciato indietro rispetto al suo accompagnatore Aristodemo; e, in secondo luogo, al suo rapimento estatico nei pressi della casa dei vicini del poeta, che lo farà partecipare alla festa soltanto a partire dalla metà del pranzo. In tal modo "Platone vuole alludere all'ispirazione divina per le cose che dirà sull'Eros". Reale 2021: 26 e 52-53.

<sup>76</sup> *Contra* Kelsen, secondo cui "benché Platone non lo dichiarò espressamente, si può affermare senza alcun dubbio che, a suo giudizio, il bene coincide con il principio maschile e il male con quello femminile". Kelsen 1985: 56.

<sup>77</sup> "Fino a queste cose d'amore *forse*, o Socrate, anche tu potrai essere iniziato; ma a quelle perfette e alla più alta iniziazione cui tendono anche queste, se si procede in modo giusto, *non so se tu saresti capace* di essere iniziato. Parlerò allora io – disse – e metterò tutto il mio impegno, e tu cerca di seguirmi, *se ne sei capace*". Platone 2008: *Simposio* 516, 210 A, corsivi miei.

<sup>78</sup> "E lei mi confutò con gli stessi argomenti con cui io ho confutato lui". Ibidem: 510, 201 E.

<sup>79</sup> "Diotima è Socrate". Reale 2021: 134.

<sup>80</sup> Ibidem: 140.

<sup>81</sup> "Allora, caro amico, non c'è alcuna pubblica funzione che sia riservata alla donna in quanto donna, o all'uomo in quanto uomo, ma fra i due sessi la natura ha distribuito equamente le attitudini, cosicché la donna, appunto per la sua natura, può svolgere tutti gli stessi compiti che svolge l'uomo, solo che in ciascuno di questi essa si rivela meno forte dell'uomo". Platone 2008: *Repubblica*, V, 1189, 455 B-E.

<sup>82</sup> Ibidem: *Simposio* 514, 206 C.

<sup>83</sup> "Cosicché questi uomini hanno fra loro una comunanza molto maggiore di quella che hanno con i figli e una più solida amicizia, in quanto hanno in comune dei figli più immortali e più belli". Ibidem: *Simposio* 516, 209 C.

<sup>84</sup> Reale 2021: 206-207.

<sup>85</sup> Robin 1973: 216.

<sup>86</sup> Platone 2008: *Liside* 751-755, 214 A-219 B.

<sup>87</sup> Ibidem: *Leggi*, VIII, 1633, 836 B.

Tuttavia Platone manifesta la sua dura condanna dell'amore pederastico tracciando, con modalità *rivoluzionarie* per l'epoca, un convinto *elogio dell'eterosessualità* che intende “capovolgere la maniera di pensare della società colta di Atene sul problema”<sup>88</sup>. Invero la comune peculiarità dei tre principali sostenitori dell'amore “celeste” – Pausania, Agatone e Alcibiade – viene fatta corrispondere, come già segnalato, ad una eccessiva autostima, chiaro sintomo di una spavalda *sfrenatezza*. Per raggiungere l'armonia interiore, prodromica a quella con gli altri, occorre invece *mettere ordine* nell'anima proprio attraverso la temperanza (*sophrosýne*), ossia “la capacità di non produrre né più né meno di ciò di cui si ha bisogno”<sup>89</sup>. Per *produrre* in maniera ordinata non deve confondersi l'*invenzione*, riflesso di un'idea alla quale si deve restare sempre debitori, con la *creazione*, orgogliosa illusione di saper plasmare da sé<sup>90</sup>. L'una – *ascendendo* – è dell'uomo, l'altra – *discendendo* – di Dio<sup>91</sup>. Nell'*intima* verifica della corretta *proporzione* – “non di più e non di meno”<sup>92</sup> – può rinvenirsi il destino – disgiuntivo o congiuntivo – del *suum* di ciascuno, che l'attuale formula della *legge uguale per tutti* continua ad implicare<sup>93</sup>.

A differenza della sapienza e del coraggio – che competono, rispettivamente, ai custodi e ai soldati – la temperanza riguarda l'intera comunità della *pólis* e, nonostante alcuni fraintendimenti<sup>94</sup>, consiste nella virtù di far prevalere nell'anima la parte *riflessiva* su quella *passionale*. La prima – ponderando tra intelligenza e ragione – è da considerarsi *migliore*, mentre la seconda – essendo, per natura, insaziabile – conduce al *caos*. In altre parole, con il governo della saggezza si *supera se stessi*; se per “educazione inadatta” o “cattive compagnie” vi è, all'opposto, il sopravvento della parte peggiore, si diventa caratterialmente deboli<sup>95</sup>. Quest'ultima strada – non comportando sudore<sup>96</sup> – è la più battuta dagli uomini, ma genera un *conflitto* nell'io. Perciò *essere padroni di sé* (autonomia), da non confondersi con l'*essere principio a sé* (autarchia)<sup>97</sup>, è “la prima e più nobile vittoria”<sup>98</sup>, poiché prepara l'attitudine dell'io ad accettare la legge di cui è co-autore con l'altro, respingendo l'illusione di poter essere legge di se stesso<sup>99</sup>. Con questo non s'intende negare l'esistenza dei desideri individuali, bensì impedire che le particolarità non coinvolte nel *lógos* – inteso come *discorso* e, nel contempo, *pensiero* – possano dominare nella coscienza<sup>100</sup>, non consentendo alle diversità di andare *oltre* il loro presentarsi.

L'amore omosessuale maschile sembra allora trovare la sua *unica* “giustificazione nell'idea della procreazione spirituale, in quella forma cioè di relazione che, attraverso il contatto uomo a uomo, mira a ingenerare nell'anima altrui le più belle virtù in una progressione verso l'esperienza del Bello in sé”<sup>101</sup>.

Quanto fin qui ricostruito, peraltro, risulta essere confermato da molteplici passaggi rinvenibili in altri *Dialoghi* platonici che, per ragioni di economia del discorso, in questa sede è possibile soltanto

<sup>88</sup> Reale 2021: 70.

<sup>89</sup> Gentile 2006: 199. Ciò non deve confondersi con l'imprecisato ‘senso del dovere’ che *presuppone* – peraltro in palese contraddizione con il postulato individualistico di matrice kelseniana – sia la validità dei comandi del sovrano che l'obbedienza dei sudditi. Gentile 2001: 35-37.

<sup>90</sup> Gentile 2003: 226.

<sup>91</sup> Carnelutti 1945: 144.

<sup>92</sup> Così si legge anche nell'Antico Testamento, come ricorda Manzin 2014: 128.

<sup>93</sup> Prisco 2013: 57.

<sup>94</sup> Platone denuncia che alcuni cittadini hanno osteggiato la temperanza, “coprendola di insulti e dandole il nome di viltà”. Platone 2008: *Repubblica*, VIII, 1277, 560 D. Le opposte visioni sulla temperanza emergono nel confronto tra Socrate e il sofista Callicle. Ibidem: *Gorgia* 902-909, 492 C-500 C.

<sup>95</sup> Ibidem: *Repubblica*, IV, 1167-1171, 431 A.

<sup>96</sup> Ibidem: *Leggi*, IV, 1537, 718 E.

<sup>97</sup> Gentile 2006: 201-202.

<sup>98</sup> Platone 2008: *Leggi*, I, 1462, 626 E.

<sup>99</sup> Gentile 2006: 202. Pertanto la moderatezza richiesta da Pausania negli approcci con i fanciulli non può, mancando un *confronto preliminare* con l'altro, considerarsi rientrante nel concetto di temperanza.

<sup>100</sup> Lo ricorda, meditando il pensiero di Eraclito, Cavalla 1996: 152.

<sup>101</sup> Così, tramite il pensiero di Vernant e Nola, Nieddu 2012: 664, che vede in ciò, tuttavia, un punto di contatto con la tesi di Pausania.

accennare: nella *Repubblica* si sottolinea l'importanza di stabilire, attraverso una legge dello Stato, il dovere dell'amante di amare, "previo il suo consenso", l'amato come farebbe un padre con il figlio<sup>102</sup>. Nel *Fedro* il rapporto sessuale tra uomini viene definito un "piacere contro natura", di cui bisognerebbe addirittura vergognarsi ed avere timore<sup>103</sup>. Nelle *Leggi* un più maturo Platone sintetizza, attraverso tre chiari punti fermi, il suo pensiero sull'argomento: i) *naturale* può dirsi soltanto l'unione tra un uomo e una donna, al fine di procreare; ii) *innaturali* sono le unioni omosessuali, sia maschili che femminili; iii) gli atti *contro natura* vengono compiuti da chi è privo di temperanza, allo scopo di soddisfare "un irresistibile piacere"<sup>104</sup>. Nel libro VIII, occupandosi delle *leggi sul sentimento d'amore*, Platone definisce l'omosessualità (in genere) una "perversione" che provoca "incalcolabili sciagure non solo per la vita privata dei singoli, ma anche per l'intera società"; denuncia i mali provocati dalla pederastia, che costringe gli adolescenti "al ruolo di donne nelle relazioni sessuali"; considera la sregolatezza incompatibile con lo spirito delle leggi; blinda la sacralità della famiglia, aggiungendo allo scopo procreativo anche la fedeltà coniugale; propone di declassare a stranieri, con conseguente perdita dei diritti civili e politici, i cittadini che si uniscono in unioni "illecite"<sup>105</sup>.

Non va, però, dimenticato che la tesi di Aristofane, essendo stata da Diotima soltanto precisata in ordine alle sue conclusioni, viene pienamente condivisa per quanto concerne l'iniziale descrizione dei tre originari generi dell'uomo. In Platone, in definitiva, non si mette in discussione la *natura* dell'omosessualità in sé, ma – ecco il punto cruciale – la sua mancata corrispondenza con i fini che costituiscono l'*humus* da cui *realmente*<sup>106</sup> sembra potersi generare *ogni* comunità<sup>107</sup>; e che, ancora oggi, si è soliti riscontrare – malgrado alcuni pareri discordanti<sup>108</sup> – nella definizione di famiglia come "società naturale" (art. 29 Cost.<sup>109</sup>).

#### BIBLIOGRAFIA

- Biagi Guerini R. 1989, *Famiglia e Costituzione*, Milano: Giuffrè.  
 Calogero G. 1928, *Il Simposio di Platone. Versione e saggio introduttivo*, Bari: Laterza.  
 Cantarella E. 2006, *Secondo natura. La bisessualità nel mondo antico*, Milano: Rizzoli.

<sup>102</sup> "E così mi par ovvio che nello Stato che andiamo istituendo tu fisserai per legge che all'amante sia bensì lecito trattare con effusione d'affetto e accarezzare il fanciullo che ama come un figlio, in grazia di sentimenti elevati, e previo il suo consenso, ma che per il resto egli debba frequentare l'oggetto del suo amore in modo da non dare l'impressione di voler spingersi oltre nel rapporto; in caso contrario offrirebbe il destro all'accusa di scarsa sensibilità e rozzezza". Platone 2008: *Repubblica*, III, 1147, 403 B-C.

<sup>103</sup> Ibidem: *Fedro*, 559, 251 A Secondo Cantarella, tuttavia, le categorie del 'secondo natura' e 'contro natura' hanno un significato "molto diverso da quello che oggi attribuiamo loro". Ne consegue che "nessuna condanna dell'omosessualità in sé" è rinvenibile in Platone. Cantarella 2006: 88. Considera "insoddisfacente" il "paradigma naturalistico" anche D'Agostino 2014: 106-107.

<sup>104</sup> Platone 2008: *Leggi*, I, 1469-1470, 636 C.

<sup>105</sup> Ibidem: *Leggi*, VIII, 1632-1635, 836 A-841 E. Anche "[n]el libro del Levitico il comportamento omosessuale è motivo di esclusione di appartenenza al popolo eletto". Lo ricorda Letizia 2012: 179.

<sup>106</sup> Invero le teorie dei cosiddetti 'geometri del diritto' – tra cui Hobbes, Locke, Rousseau, Kelsen – hanno prodotto soltanto "delle soluzioni virtuali dei problemi, lontane dalla natura delle cose". Gentile 2003: 37.

<sup>107</sup> D'Agostino 2014: 117-121.

<sup>108</sup> Cfr., tra gli altri, Tincani, secondo cui l'articolo 29 della Carta costituzionale "non stabilisce il riconoscimento della 'famiglia naturale' ma della famiglia *quale società naturale*. La differenza non è di poco conto, perché nel primo caso ('famiglia naturale') significherebbe che sono riconosciute soltanto le famiglie che corrispondono a un certo modello assunto come 'naturale' (e non specificato, né in questo articolo né altrove), mentre nel secondo significherebbe che viene riconosciuta la famiglia come una forma di società che esiste nei fatti prescindendo dal suo successivo riconoscimento giuridico". Tincani 2014: 59. Secondo Prisco l'espressione "*società naturale fondata sul matrimonio*" è "altamente problematica, al limite dell'ossimoro". Prisco 2013: 62, a meno che non si intenda riconoscere nella famiglia *autenticamente* (non solo 'formalmente') giuridica una dimensione di 'naturale' socialità.

<sup>109</sup> Sui lavori preparatori dell'articolo 29 si veda, almeno, Biagi Guerini 1989: 7 e ss.; Caporella 2010: 1-30.

- Caporella V. 2010, “La famiglia nella Costituzione italiana. La genesi dell’articolo 29 e il dibattito della Costituente”, in *Storicamente*, 6: 1-30.
- Carnelutti F. 1945, *La storia e la fiaba*, Roma: Tumminelli.
- Cavalla F. 1996, *La verità dimenticata. Attualità dei presocratici dopo la secolarizzazione*, Padova: Cedam.
- Cohen D. 1991, *Law, Sexuality, and Society. The Enforcement of Morals in Classical Athens*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Cucco I. 2021, “Il mito di Crono. Analisi strutturale e implicazioni filosofico-giuridiche”, in *NuovoMeridionalismoStudi.org*, 13: 44-75.
- D’Agostino F. 2014, *Sessualità. Premesse teoriche di una riflessione giuridica*, Torino: Giappichelli.
- De Romilly J. 1997, *Alcibiade. Un avventuriero in una democrazia in crisi*, Milano: Garzanti.
- Di Benedetto V. 2007, “Eros/Conoscenza in Platone”, in Platone 2007, *Simposio*, Milano: Bur.
- Gentile F. 2001, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*, Padova: Cedam.
- Gentile F. 2003, *Politica aut/et statistica. Prolegomeni di una teoria generale dell’ordinamento politico*, Milano: Giuffrè.
- Gentile F. 2006, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova: Cedam.
- Gentile M. 1987, *Trattato di filosofia*, Napoli: Esi.
- Kelsen H. 1985 [1933], *Die platonische Liebe*, in Tommasi C. (cur.) 1985, *L’amor platonico*, Bologna: Il Mulino.
- Letizia M. 2012, “L’omosessualità tra diritto e morale. La costruzione ideologica di una tradizione”, in Prisco S. (cur.) 2012, *Amore che vieni, amore che vai...Unioni omosessuali e giurisprudenza costituzionale*, Napoli: Editoriale scientifica.
- Manzin M. 2014, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino: Giappichelli.
- Nieddu G.F. 2012, “Pausania: un sofista ‘sociologo’ nel Simposio di Platone”, in Bastianini G., Lapini W., Tulli M. (cur.) 2012, *Harmonia. Scritti di filologia classica in onore di Angelo Casanova*, vol. II, Firenze: Firenze University press: 651.
- Nieddu G.F. 2015, “Il discorso di Alcibiade tra elogio e autoritratto (Platone, Symp. 212C4-223A9)”, in *Prometheus*, 41: 81-109.
- Platone 2008, Carmide, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Eutrifone, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Fedro, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Gorgia, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Leggi, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Lettere, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Liside, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Protagora, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Repubblica, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Platone 2008, Simposio, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Prisco S. 2013, “Una nuova problematica frontiera dell’uguaglianza”, in Corbisiero F. (cur.), *Comunità omosessuali. Le scienze sociali sulla popolazione LGBT*, Milano: Franco Angeli.
- Reale G. 2008, “Note al Simposio”, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Reale G. 2008<sup>2</sup>, “Introduzione generale al pensiero di Platone”, in Reale G. (cur.) 2008, *Platone. Tutti gli scritti*, Milano: Bompiani.
- Reale G. 2011, *Invito al pensiero antico*, Brescia: La Scuola.
- Reale G. 2018, *Storia della filosofia greca e romana*, Milano: Bompiani.
- Reale G. 2021, *Eros, demone mediatore. Il gioco delle maschere nel Simposio di Platone*, Milano: Bompiani.

**PLATONE 'RIVOLUZIONARIO'. SULL'AMORE OMOSESSUALE NEL SIMPOSIO.**

Remotti F. 2015, "L'omosessualità e il criterio della somiglianza", in *Diritto e questioni pubbliche*, 15 (1): 32-51.

Riedweg C. 1987, *Mysterieterminologie bei Platon, Philon und Klemens von Alexandrien*, Berlin-New York: Walter de Gruyter.

Robin L. 1973, *La teoria platonica dell'amore*, Milano: Celuc.

Tincani P. 2014, *Le nozze di Sodoma. La morale e il diritto del matrimonio omosessuale*, Adagio (eBook).

Giorgio Lorenzo Beltramo\*

Institutio iuridica: *strumenti e figure di didattica del diritto a partire da Quintiliano. L'esercizio delle Summer School in Law and Humanities*

*Abstract:* The education of the future jurist, as an actor in society, is the fundamental problem from which the work starts. Didactics is a whole *institutio*, as Quintilian already intended the formation of the orator: educating to an *ars* in both a technical and ethical sense.

In the first part, the theoretical assumptions of an aesthetic didactics of law are founded, showing the intertwining of technique and virtue, with attention to the graphic and figural theme in legal practice. In the second part, an analysis of a didactic exercise is proposed: that of the Summer Schools in Law and Humanities.

The care of society, as the purpose of legal education, is finally revealed to be entrusted to the hope.

*Keywords:* *ars*, didactics, humanities, law, figure

*Indice:* Introduzione – Parte prima: la teoria – 1. *Prima elementa* insegnati da Quintiliano - 2. *Humana natura, divina providentia*. Per un'etica dello strumento in Quintiliano - 3. Strumenti e figure normative, ovvero che cosa facciamo quando facciamo teoria del diritto – Parte seconda. L'esercizio - 4. *Le Summer School in Law and Humanities* - Conclusione. *Vir bonus dicendi peritus*

*Oratorem autem instituimus illum perfectum, qui esse nisi vir bonus non potest, ideoque non dicendi modo eximiam in eo facultatem, se omnis animi virtutes exigimus.*

Intendo formare quel perfetto oratore che non può darsi se non in un uomo retto, e perciò esigo possegga, oltre a una straordinaria eloquenza, anche ogni virtù morale.

Quintiliano, *Institutio oratoria*

## Introduzione

Come si cura la *civitas*? La domanda è urgente per ogni giurista che non abbia dimenticato il ruolo politico della sua *ars*. Fin dall'antichità, almeno da Platone, la risposta è cercata nell'educazione del futuro *vir civilis*, ossia di colui che abita e amministra la città: l'uomo politico. L'istituzione della società di diritto non è pensata realizzabile senza l'istituzione del suo perfetto cittadino: cultura e virtù, entrambe, sono indispensabili per la buona convivenza.

La questione formativa è forse tanto più urgente nella facoltà di giurisprudenza, se il suo corso vede al fine profilarsi la figura dello *iuris peritus*, perché agisca nella comunità come esperto della *ars boni et aequi*, secondo la concisa definizione di *ius* attribuita a Celso nel Digesto (1.1.1)<sup>1</sup>. Ma come si apprende un'arte? E qual è il suo confine, ovvero: possiamo noi definire che cosa sia arte e che cosa non sia? Da dove mai sappiamo tracciare la differenza?

\* Assegnista di ricerca in Filosofia del diritto presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. giorgiolorenzo.beltramo@unicatt.it

<sup>1</sup> Sul Digesto, vedi Mantovani-Padoa Schioppa 2014. Per la terminologia, i concetti e le definizioni propri della tradizione giuridica romana, di cui la nostra è erede, vedi altresì il volume Mantovani-Schiavone 2007.

Quella di Platone è una *paideia* filosofico-politica, che intende educare all'*ethos* della ricerca del bene e della verità, attraverso la fondazione di un nuovo *logos* teorico. Progetto per molti aspetti simile si pone Quintiliano cinquecento anni dopo, pur marcando la differenza della sua arte: non il filosofo, ma il retore occorre formare, seppure in vista del medesimo fine civile. È proprio in funzione dell'esperienza e dell'opera nella *civitas* che l'*Institutio oratoria* mira tanto all'eloquenza quanto alla morale, “perché la vita dell'oratore sia in stretto contatto con la conoscenza delle cose divine e umane” (12, 2, 8)<sup>2</sup>.

Può forse stupire tale figura classica del giurista, oggi piuttosto informato in senso specialistico e tecnico, in un'ottica professionalizzante, che formato in senso umanistico. Una domanda critica, del tipo di quelle che Platone e Quintiliano potrebbero porci, sarebbe la seguente: può forse il magistrato, l'avvocato, il legislatore o l'amministratore operare bene se non sa che cosa sia il bene? Domanda destabilizzante, se presa alla lettera: siamo forse mai riusciti, noi umani, a definire il bene? Eppure, è il *vir bonus* che Quintiliano intende formare; egli anzi afferma: “Non dico semplicemente che l'oratore deve essere un uomo onesto, bensì che non si diventerà nemmeno oratori se non si è onesti” (12, 1, 3)<sup>3</sup>. Qualcosa di simile non accade forse anche al giurista? Non si riconosce forse, oggi come ieri, il diritto dalla giustizia, secondo la massima di Ulpiano riportata nel Digesto (1.1.1): *ius ab iustitia appellatum*? Ecco che però si ripresenta il medesimo paradosso: siamo mai riusciti a definire una volta per tutte e per tutti la giustizia?

Domandare, argomentare, definire, dubitare, criticare, confutare, verificare... A questa palestra mentale si è allenato ogni nostro scolaro: prima in forma ludica e poi, dal momento in cui ha preso carta e penna per tracciare le prime lettere dell'alfabeto e i primi numeri, via via in modo sempre più controllato e preciso. Impossibile praticare e persino immaginare una scienza (una scienza teorica, dico; e un'arte, invece?) che prescindere da questo strumentario logico. Non sono forse gli elementi primari dell'interpretazione giuridica? Non li usa il filologo sui testi? E il matematico nel calcolo? E il fisico coi suoi esperimenti?

L'atto del *graphein*, del segnare e disegnare, è tanto umano quanto quello del *legein*, del parlare. Si tratta in entrambi i casi di partecipare alla relazione segnica. È l'esperienza tipica dell'essere umano, che facciamo continuamente: l'emergere del significato dal supporto di figurazione; qualcosa, cioè, appare come figura, è interpretato come segno di qualcos'altro. Il supporto può essere qualsiasi cosa: per esempio una superficie, come la roccia della caverna o l'osso dell'animale; oppure un gesto del corpo, come il gesto delle mani levate ad adorare il dio o quello del viso che sorride; oppure ancora un suono, una voce. La voce dell'uomo o, come dice Aristotele in *Dell'interpretazione*, ciò che è nella voce dell'uomo (16 a 3), la sua articolazione, dice le cose, a dispetto dell'animale che non sa né parlare né disegnare né scrivere<sup>4</sup>.

In questa genealogia del sapere attraverso figure e significati, operano e si adoperano i vari *organa*, i vari strumenti: da quelli somatici, come mani occhi orecchie senza i quali nulla sapremmo del cosmo, come dice Platone nel *Timeo* (44 d - 47 e), a quelli esosomatici. In essi noi troviamo una possibilità di azione, un potenziale atteggiamento col mondo, pronto ad essere usato. In essi, cioè, si riflette un sapere pratico. Ivi compresa la nostra pratica teorica, che qui procede per tesi e argomenti critici, adoperando il *logos* della *theoria* occidentale: quel *logos* che, come raccontano Creuzer e Detienne, a un certo punto si distinse dal *mythos*<sup>5</sup>.

Dallo stilo premuto sulle tavolette di cera alla carta stampata fino allo schermo, la cultura informatica è evoluta nei suoi strumenti, perfezionando uno schema ovvero una figura del sapere.

<sup>2</sup> “*ut oratoris vita cum scientia divinarum rerum sit humanarumque coniuncta*”. Per la traduzione italiana, si segue Quintiliano 2018: 1972.

<sup>3</sup> “*Neque enim tantum id dico, eum qui sit orator virum bonum esse oportere, sed ne futurum quidem oratorem, nisi virum bonum*”, ivi: 1948.

<sup>4</sup> Sul problema aristotelico dell'articolazione della voce umana, nel rapporto con la realtà, il pensiero e la scrittura, e nella differenza con l'animale, ha lavorato lungamente Agamben. Si veda in particolare Agamben 2008, 2016, 2023.

<sup>5</sup> Creuzer 2020; Detienne 2022.

Senza questi *prima elementa*, tanto logici quanto tecnologici, quale sarebbe il nostro *ethos*, quale la nostra esperienza del mondo? Non occorre ricordare al giurista dello Stato che la legge e il codice sono gli strumenti del diritto positivo. Tuttavia, l'uso per così dire automatico di questa tecnologia propriamente nomo-grafica, nonché dei suoi prodotti teorici quali l'istituto, la fattispecie, la regola generale e astratta, la certezza, nasconde il rapporto di dipendenza: non esiste e non è pensabile il diritto positivo senza la scrittura, come colgono Goody e Grossi<sup>6</sup>. Del resto, noi siamo la civiltà del testo: come potrebbe l'illetterato partecipare alla vita politica? Come potrebbe conoscere il diritto?

“Ma tralascio questo punto sul quale, penso, nessuno che abbia assaggiato le lettere anche solo sfiorandole, come si suol dire, con le labbra avrà dubbi” (12, 2, 4)<sup>7</sup>. Quintiliano pospone questa formula ad una serie di domande retoriche, volte a mostrare che anche la moralità, come le attività manuali, deve essere insegnata e appresa attraverso *doctrina, studium, disciplina*: all'*ignorantia* è opposta l'*eruditio*; al *datum* di natura, ciò che è *tractatum* attraverso il discorso. Contro chi ritiene che la moralità sia *facilis*, Quintiliano dice che senza formazione non si diventa né *vir bonus* né *dicendi peritus*. Ma queste, appunto, sono cose ovvie, dunque tralasciamo. O forse no? Saremmo noi esperti di giustizia e di diritto, se non avessimo sottomano le fonti? Sapremmo forse discutere, come Quintiliano, “dell'equità, della giustizia, della verità, del bene e dei loro contrari” (12, 2, 5)<sup>8</sup>, se non potessimo adoperare, come si dice, gli strumenti del mestiere? Per esempio, il metodo dicotomico di definizione del concetto e l'uso del non-essere per il diverso, teorizzati da Platone nel *Sofista*.

Tali questioni propedeutiche – si penserà – non attengono al vero lavoro del giurista. Tutt'al più sono disquisizioni buone ai filosofi del diritto, che emuli di Socrate amano infastidire il *sistema iuris* come i tafani la vecchia cavalla. Quintiliano direbbe forse che “delle costruzioni si guarda quanto emerge dal terreno, mentre le fondamenta restano nascoste” (1, 1, 4)<sup>9</sup>. E siccome la stessa filosofia ha i suoi *elementa* e *fundamenta*, non si smette mai di inquisire; giacché persino della domanda si può domandare e della teoria si può fare metateoria: ivi compresa, ovviamente, la teoria del diritto. Per esempio: il nostro sapere giuridico, la nostra figura del diritto sono veri? E il loro valore di verità è forse indipendente dal metodo, dal mezzo utilizzato per configurarlo? E questo *medium*, questo strumento nomo-grafico è forse a sua volta ordinante e orientante: è già in sé nomico?

Posta così la questione, la stessa figuratività del diritto e dunque il suo stesso sapere sembrano già sempre in prospettiva: già sempre regolati e regolanti. Una bella circolarità nomico! Se ci si pensa, però, la figurazione funziona proprio così: come dice Sini, la figura non mostra mai il gesto che l'ha tracciata e da cui essa è sempre già decisa, ovvero incisa sul supporto di raffigurazione. La figura è la traccia di un evento del mondo, che però non c'è più; ne è rimasto solo il segno. Quel mondo resta per così dire al limite della figura: l'evento, appunto, ha lasciato traccia<sup>10</sup>. Per esempio, l'evento di decidere e tracciare la figura del diritto come insieme di leggi poste dallo Stato: la prospettiva giuridica della modernità. Per Grossi, più che altro una mitologia<sup>11</sup>.

Si può allora finalmente cogliere il valore didattico di un esperimento, attuato oramai da diversi anni nell'ambito dei corsi di filosofia del diritto: le *Summer School* dedicate al rapporto tra il diritto e le *Humanities*. In termini latini, si parlerebbe di *studia humanitatis*, dunque le *artes* e le *technai* universalmente intese, in cui si esprime, si riconosce e si istituisce l'essere umano: non a caso, tali

<sup>6</sup> Goody 1988, 2002; Grossi, 2007, 2020.

<sup>7</sup> “*Sed hoc transeo, de quo neminem qui litteras vel primis, ut aiunt, labris degustarit dubitaturum puto*”, Quintiliano 2018: 1970.

<sup>8</sup> “*de aequo, iusto, vero, bono, deque iis quae sunt contra posita*”, ivi: 1972.

<sup>9</sup> “*operum fastigia spectantur, latent fundamenta*”, ivi: 40.

<sup>10</sup> Sulla filosofia di Sini, come del resto su quanto qui appena accennato in via introduttiva, si tornerà. Per la figura, vedi Sini 2013, 2012.

<sup>11</sup> Grossi, 2007.

*performance* sono tipiche delle feste, dimensione sacrale tanto dell'uomo primitivo quanto dello Stato moderno, come mostra Legendre<sup>12</sup>.

L'idea è che la musica, la danza, la poesia, il racconto, il teatro, la pittura, il cinema, ma altresì le nuove avanguardie artistiche quali il videogioco o il cinema immersivo, tutte le arti siano inscindibili dall'insegnamento del diritto. Non solo poiché il diritto stesso ne fa uso, come dimostra l'arte retorica insegnata da Quintiliano ai futuri giuristi; ma altresì perché ogni tecnica e ogni tecnologia che si esegue e si segue apre una certa esperienza del mondo, in sé già orientata e orientante, che occorre saper criticare; ma, ancora e soprattutto, perché è attraverso la cura dei significati e delle figure comuni, espresse nella *performance* corale, che si riflette la figura umana. L'idea, cioè, è che nell'esperienza della festa ne vada del suo attore<sup>13</sup>.

Nelle pagine che seguono, guidati nei primi passi da Quintiliano, tenteremo di tracciare innanzitutto la linea teorica che lega una pratica – i suoi strumenti e il suo metodo – alla figura del sapere, mostrando come ciò abbia ricadute non solo giuridiche, ma altresì metagiuridiche. Seguirà l'esercizio performativo delle *Summer School* filosofico-artistiche di diritto: anch'esse, dunque, una pratica o forse uno zig-zag di pratiche e figure diverse; esperienza che sarà possibile far rimbalzare sulla teoria di partenza. Infine, torneremo al quesito urgente da cui siamo partiti, ovvero la cura della *civitas*, dell'abitare assieme.

## Parte prima. La teoria

### 1. *Prima elementa* insegnati da Quintiliano

“Diamo pure le vele ai venti e, mentre salpano, auguriamo loro buona fortuna”<sup>14</sup>. Si apre così il capolavoro di Quintiliano, con una metafora marittima cara al mondo classico; e tanto più classica è l'occasione: Quintiliano sta parlando dei suoi *libri*. È incitato a pubblicarli (*emittere*), ora che li ha scritti (*scribere*) e stesi (*componere*), dopo anni in cui, più che la redazione (*stilus*: oggi diremmo la penna o meglio la tastiera), lo hanno impegnato l'esame (*inquisitio*) della materia e la lettura (*lectio*) degli innumerevoli autori (*auctores*)<sup>15</sup>. Davvero, stiamo entrando nel mondo del testo: un mondo che è anche il nostro.

Dopo il proposito – qui riportato in esergo – di formare il perfetto oratore al tempo colto e virtuoso, Quintiliano ci immette immediatamente anche nel mondo del diritto, quasi a fugare ogni possibile critica di astrattezza o inutilità della materia trattata. È piuttosto il contrario, dacché “l'uomo davvero conscio della propria funzione di cittadino, idoneo ad amministrare gli affari pubblici e privati e in grado di guidare le città con i suoi consigli, di fondarle sulle leggi e di migliorarle attraverso i verdetti, certo altri non è che l'oratore” (1, *praef.*, 10)<sup>16</sup>. Passo fecondo per il filosofo del diritto: basti qui l'attenzione alla funzione dei consigli nel reggere la comunità, per scoprire una prospettiva ben diversa dal legalismo positivista di stampo coercitivo a cui siamo noi stati educati<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> “Non si è mai visto, e non lo si vedrà mai, una società vivere e governarsi senza scenario fiduciario e quel che l'accompagna: figurazioni totemiche, musiche, coreografie, stili architettonici, ecc, tutte le forme istituite che prendono in carico il volto nascosto del principio di Ragione”, Legendre 2017: 150.

<sup>13</sup> Per un primo approccio estetico e narrativo in filosofia del diritto, si veda Legendre: 2005; Heritier 2012a, 2012b; Faralli-Gigliotti-Heritier-Mittica 2014; Cananzi 2017; Campo 2022.

<sup>14</sup> “*permittamus vela ventis et oram solventibus bene precemur*”, Quintiliano 2018: 36. Sul progetto educativo dell'*Institutio oratoria* di Quintiliano, vedi Romana Nocchi 2020; Bianca 1963; Cova-Gazich-Manzoni-Melzani 1990.

<sup>15</sup> Nota bene: per i riferimenti latini nel corpo del testo, sarà prediletta – per facilitare la lettura – la forma nominativa dei nomi e quella infinitiva dei verbi.

<sup>16</sup> “*cum vir ille vere civilis et publicarum privatarumque rerum administrationi accomodatus, qui regere consiliis urbes, fundare legibus, emendare iudiciis possit, non alius sit profecto quam orator*”, Quintiliano 2018: 44.

<sup>17</sup> Su comando, consiglio ed esortazione nel diritto, si veda il dibattito a distanza tra Bobbio 1993: 69-75 e Heritier 2012b: 137-147. Per un primo indirizzo su diritto e retorica, si veda Manzin 2014; Tomasi 2020; Cavalla 2007.

Occorre dunque formare “un uomo meritevole della qualifica di vero sapiente” (1, *praeef.*, 18)<sup>18</sup>, eticamente irreprensibile, colto ed eloquente; e quandanche un simile uomo non fosse mai esistito, dobbiamo tendere al meglio (*ad summa*), perché “la perfetta eloquenza è senza dubbio una realtà, né la natura dell’ingegno umano impedisce di raggiungerla” (1, *praeef.*, 20)<sup>19</sup>. Ed ecco qui affacciarsi il tema per noi problematico: il rapporto tra l’*ars* e la *natura* nell’uomo. Vediamo come mette la cosa Quintiliano:

In primo luogo bisogna dichiarare, comunque, che regole e trattati teorici non servono a niente se manca l’aiuto di una predisposizione naturale. Per cui, a uno privo di talento, questi scritti non potrebbero servire più che dei trattati di agricoltura a terre sterili. Ognuno poi ha anche altre risorse congenite: voce, polmoni che reggono lo sforzo, buona salute, fermezza, eleganza [...] e ugualmente, se mancano un maestro esperto, un’applicazione assidua e un abbondante e continuo esercizio nello scrivere, nel leggere e nel parlare, quelle qualità di per sé non portano a nulla (1, 26-27)<sup>20</sup>.

Siccome dunque l’oratore è un uomo onesto, ma esso non può essere concepito in assenza della virtù, la virtù, anche se riceve un impulso dalla natura, deve essere perfezionata dalla cultura; innanzitutto l’oratore dovrà sviluppare la propria moralità con lo studio e dovrà approfondire nella sua intelligenza la disciplina che tratta del bene e della giustizia, senza la quale nessun uomo può essere né un uomo onesto né abile a parlare (12, 2, 1)<sup>21</sup>.

Quintiliano si muove come un equilibrista, cercando la via mediana tra natura e cultura. La questione, si noti, non è banalmente tecnica, bensì ha un’esplicita connotazione etica e dunque politica. Se, infatti, “la potenza della parola armasse la malvagità, non ci sarebbe nulla di più pericoloso dell’eloquenza sia nella sfera pubblica che in quella privata” (12, 1, 1)<sup>22</sup>. Il grande retore è consapevole che quelle che si appresta a fornire ai suoi allievi sono *arma*: e se fossero dei briganti a usarle? Nella società massmediatica e poi informatica, l’intreccio al contempo tecnico, etico e politico del problema è ben evidente: tanto da smuovere le fondamenta della democrazia, quando si tratta del libero voto dei rappresentanti. La celebre figura dell’*azzecagarbugli* ci fornisca l’esempio propriamente tecnico-giuridico.

Perciò, dunque, l’educazione: perciò l’*institutio* ha da essere completa e continua, dalla culla alla vecchiaia e tanto sulle *scientiae* quanto sui *mores*. Un compito e un esercizio infiniti, da fare e da rifare *ad summa* e sotto la guida di un maestro. Preferibilmente, del migliore (*optimus*), sia per l’attenzione (*cura*) morale, “perché la virtù del maestro protegga dai torti i più teneri d’età, e la sua fermezza trattiene dagli eccessi i più grandi e disinvolti” (2, 2, 3)<sup>23</sup>; sia “perché nell’insegnamento conta moltissimo il metodo, che è posseduto in massimo grado dagli uomini più colti” (2, 3, 6)<sup>24</sup>.

Genitori, nutrici e pedagoghi sono i destinatari ideali dei primi precetti di Quintiliano, il quale chiede venia se tratterà cose di dettaglio (*minora*), ma invero all’opera intrapresa esse sono indispensabili (*necessaria*) (1, *praeef.*, 21). Per il nostro percorso, esse sono anche di estremo interesse. Vediamo.

<sup>18</sup> “*vir talis, qualis vere sapiens appellari possit*”, Quintiliano 2018: 50.

<sup>19</sup> “*est certe aliquid consummata eloquentia neque ad eam pervenire natura humani ingenii prohibet*”, ibidem.

<sup>20</sup> “*Illud tamen in primis testandum est, nihil praecepta atque artes valere nisi adiuvante natura. Quapropter ei, cui deerit ingenium, non magis haec scripta sint quam de agrorum cultu sterilibus terris. Sunt et alia ingenita cuique adiumenta, vox, latus patiens laboris, valetudo, constantia, decor [...] sicut haec ipsa sine doctore perito, studio pertinaci, scribendi, legendi, dicendi multa et continua exercitatione, per se nihil prosunt*”, ivi: 52-54.

<sup>21</sup> “*Quando igitur orator est vir bonus, is autem citra virtutem intellegi non potest, virtus, etiam si quosdam impetus ex natura sumit, tamen perficienda doctrina est; mores ante omnia oratori studiis erunt excolendi atque omnis honesti iustique disciplina pretractanda, sine qua nemo nec vir bonus esse nec dicendi peritus potest*”, ivi:1970.

<sup>22</sup> “*si vis illa dicendi malitiam instruxerit, nihil sit publicis privatisque rebus perniciosius eloquentia*”, ivi: 1946.

<sup>23</sup> “*ut et teneriores annos ab iniuria sanctitas docentis custodiat et ferociore a licentia gravitas deterreat*”, ivi: 270.

<sup>24</sup> “*quia plurimum in praecipiendo valet ratio, quae doctissimo cuique plenissima est*”, ivi: 278.

Tutti hanno la capacità di imparare (*vis percipiendi*), e soprattutto i più giovani sono estremamente ricettivi: come il bambino che, appena udite, tenderà di imitare e rifare le parole (*verba effingere imitando conabitur*). Occorre dunque che chi gli sta attorno sia colto e parli e si esprima correttamente. “Corrompere il bene, infatti, è facile, ma quando mai i vizi si volgeranno in virtù?” (1, 1, 5)<sup>25</sup>. Istruire un oratore è impresa ardua, e Quintiliano è esigente. “Si devono perciò fornire gli insegnamenti più qualificati, e se qualcuno non li reggerà, il difetto sarà stato comunque non del metodo, ma di quel singolo” (1, 1, 11)<sup>26</sup>.

Cominciamo così ad apprezzare la potenza dell'*institutio* e, assieme, la sua funzione di *metrum*, di misura e dismisura: di giustezza ed errore. La *ratio* metodologica è corretta, è buona da usare; con essa, si plasma la figura dell'oratore e del futuro giurista. È del tutto logico, dunque, che la formazione inizi il prima possibile.

Del resto, “anche il futuro grande oratore una volta ha pur emesso un vagito, ha tentato di iniziare a parlare con voce incerta ed è rimasto fisso davanti alle riproduzioni delle lettere” (1, 1, 21)<sup>27</sup>. Ed ecco comparire nel discorso i veri e propri *elementa*, ovvero in greco gli *stoicheia* del *logos* occidentale: le *litterae*, i *grammata*. Quintiliano riserva minuziose descrizioni ai metodi di insegnamento di questo particolarissimo strumento, il cui uso perfetto è a più riprese indicato come fondamentale per qualsiasi ulteriore apprendimento. Non si diventa retori (e uomini virtuosi, invece?) se non si sa leggere e scrivere.

Occorre innanzitutto allenarsi al riconoscimento (*agnitio*) delle lettere. A ciò contribuiscono diversi esercizi anche ludici per bambini, come farli giocare con lettere d'avorio (*eburneas etiam litterarum formas in lusum offerre*): caratteri mobili a tutti gli effetti... (che qualcuno mai non ne abbia premuto uno per diletto sulla terra o sulla cera, fantastichiamo noi dopo Gutenberg?). I bambini apprendono così a distinguere ciascun carattere, a prescindere dalla loro posizione. “Il metodo migliore sarà dunque di imparare contemporaneamente aspetto e nomi delle lettere come si fa con l'aspetto e i nomi degli uomini” (1, 1, 25)<sup>28</sup>.

Non sfugga il paragone. Havelock ha dedicato il suo intero lavoro agli effetti che l'alfabeto ha avuto sul discorso e sul pensiero greci, dunque sul sapere dell'Occidente. Per esempio, sulla filosofia atomistica, dove ricompaiono elementi identici a sé stessi e diversi tra loro, componibili all'infinito; oppure sulla possibilità stessa della domanda definitoria socratica *ti esti* e dell'idea come cosa in sé e per sé; o ancora sulla formazione dell'idea di giustizia<sup>29</sup>. Non sarà allora peregrino notare che, da Cicerone in avanti, l'atomo ha come suo calco “letterale” latino l'individuo.

Seguono poi gli esercizi propriamente di scrittura, come quello di ripercorrere il contorno della lettera già incisa sulla tavoletta, oppure quello di lasciarsi guidare la mano dalla mano del maestro. Scrivere bene e rapidamente è d'obbligo. “In effetti, poiché proprio lo scrivere risulta fondamentale negli studi, e solo grazie a esso si ottengono vantaggi autentici e radicati in profondo, una mano troppo lenta ritarda il pensiero, mentre quella rozza e confusionaria rende incomprensibile il testo” (1, 1, 28)<sup>30</sup>.

Si assiste qui alla progressiva conformazione del corpo e della mente dello scolaro allo strumento testuale, attraverso la sua pratica assidua. In esso, del resto, si rispecchia il suo lavoro: inizialmente si tratta di un lavoro soprattutto fisico; ma a poco a poco, poi ch'egli prende dimestichezza con lo strumento e l'uso diviene automatico, soprattutto il lavoro intellettuale. Proprio come viene automatico al nostro *iuris peritus* muoversi tra articoli e commi e usare ad arte le fonti, per intelligenti combinazioni. Senza lo strumento testuale, quale sarebbe la sua intelligenza giuridica? Sarebbe

<sup>25</sup> “*Nam bona facile mutantur in peius: quando in bonum verteris vitia?*”, ivi: 56.

<sup>26</sup> “*Quapropter praecipienda sunt optima; quae si quis gravabitur, non rationi defuerint, sed homini*”, ivi: 60.

<sup>27</sup> “*futurus eloquentissimus edidit aliquando vagitum et loqui primum incerta voce temptavit et haesit circa formas litterarum*”, ivi: 66.

<sup>28</sup> “*quapropter optime, sicut hominum, pariter et habitus et nomina edocebuntur*”, ivi: 68.

<sup>29</sup> Di Havelock, su cui non è possibile qui attardarsi, si vedano i seguenti lavori: Havelock 2019, 1981, 1995.

<sup>30</sup> “*Nam cum sit in studiis precipuum, quoque solo verus ille profectus et altis radicibus nixus paretur, scribere ipsum, tardior stilus cogitationem moratur, rudis et confusus intellectu caret*”, Quintiliano 2018: 70.

ancora il diritto ad essere in questione? E da dove potremmo tracciarne i confini, da dove definirne l'arte?

Chi avrà imparato a leggere e scrivere correttamente, passerà allora agli insegnamenti dei *grammatici* etc...

Non occorre ora seguire innanzi il *cursus* formativo proposto da Quintiliano. Ci interessa piuttosto cogliere, in questi *prima elementa*, l'iniziazione scolare ad una precisa pratica del sapere e a una comunità dei sapienti. Il grande retore ne è consapevole: "Taccio delle amicizie che nascono a scuola: esse durano saldissime fino alla vecchiaia, e sono imbevute di una sorta di vincolante sacralità, dal momento che non c'è maggior sacralità nell'essere iniziati ai medesimi riti religiosi che nell'esserlo ai medesimi studi" (1, 2, 20)<sup>31</sup>.

Si intravede qui, proprio nel paragone religioso, una nuova ascesi scientifica, iniziata con la filosofia greca. Quintiliano è figlio del gesto dissacrante di Socrate, che chiede conto ai concittadini dei miti e dei riti della tradizione: egli è immerso in quella cultura della parola critica. La *schola* è oramai un'istituzione altra dal *templum*: in essa si professa una *scientia* paragonabile per sacralità alla *religio*.

Ciò, tuttavia, non significa che il sapere dell'uomo sia soltanto umano, come potremmo pensare noi dopo la cesura dell'illuminismo: anch'esso una figura normativa del mondo, proprio nel suo appello alla libera ragione (*sapere aude!* esorta e ammonisce Kant). Quintiliano è semmai più vicino alla cosmologia del *Timeo* di Platone, per il quale l'anima viene dal cielo e il corpo è dotato di *organa* per poter muoversi nel mondo e commuoversi al suo ritmo, in un ordine cosmico provvidenziale.

## 2. *Humana natura, divina providentia*. Per un'etica dello strumento in Quintiliano

"Propria di noi uomini è una vivace attività intellettuale, che porta a credere in un'origine divina della nostra mente" (1, 1, 1)<sup>32</sup>. Ecco che emerge, fin dalle prime pagine di Quintiliano, il credito, la credenza dell'uomo, animale parlante e naturalmente vocato al pensiero. Per Ercole, esclama, "il dio supremo, padre della realtà e artefice del mondo, in nulla distinse gli uomini dalle altre creature mortali più che nella possibilità di parlare" (2, 16, 12)<sup>33</sup>.

Gli altri animali, privi di parola (*muti*), sono certo più forti, più veloci o più resistenti; naturalmente riparati dal freddo e dotati di armi, e il cibo si offre loro da sé. L'uomo invece si procura tutto ciò con fatica (*labor*). "La divinità, dunque, come dote precipua ci ha dato la ragione, e ha voluto che questa avessimo in comune con gli dèi immortali. Ma appunto la ragione non ci servirebbe tanto né sarebbe in noi così manifesta se non potessimo esprimere anche con le parole ciò che concepiamo con la mente" (2, 16, 14-15)<sup>34</sup>. Sì, perché anche gli animali possiedono una certa intelligenza (*intellectus*) e una qual forma di pensiero (*cogitatio*), per esempio nel costruire, nell'allevare i piccoli e nel nutrirsi: compiono, anzi, azioni che noi uomini non sapremmo nemmeno imitare (*inimitabilia*), come la produzione del miele. Tuttavia, "poiché mancano di linguaggio, gli animali che fanno tutto ciò sono considerati muti e irrazionali" (2, 16, 16)<sup>35</sup>.

Quando finalmente si giunge alla conclusione, essa è stata ben preparata. Afferma Quintiliano: "Per cui, se nulla di meglio della parola abbiamo ricevuto dagli dèi, che cosa dovremmo stimare altrettanto degno di cura e fatica, o in che cosa vorremmo eccellere fra gli uomini più che in ciò per

<sup>31</sup> "Mitto amicitias, quae ad senectutem usque firmissime durant religiosa quadam necessitudine inbutae: neque enim est sanctius sacris isdem quam studiis initiari", ivi: 84-86.

<sup>32</sup> "nobis propria est mentis agitatio atque sollertia, unde origo animi caelestis creditur", ivi: 54.

<sup>33</sup> "Et hercule deus ille princeps, parens rerum fabricatorque mundi, nullo magis hominem separavit a ceteris, quae quidem mortalia essent, animalibus quam dicendi facultate", ivi: 390.

<sup>34</sup> "Rationem igitur nobis praecipuam dedit eiusque nos socios esse cum dis immortalibus voluit. Sed ipsa ratio neque tam nos iuvaret neque tam esset in nobis manifesta nisi quae concepissemus mente promere etiam loquendo possemus", ibidem.

<sup>35</sup> "sed, quia carent sermone quae id faciunt, muta atque irrationalia vocantur", ibidem.

cui gli uomini stessi eccellono fra tutti gli altri animali?” (2, 16, 17)<sup>36</sup>. L’arte oratoria è davvero la più umana delle arti, e lo è in quanto è la più vicina al divino. Il dono della parola è segno di un’origine celeste: nella voce che dice i pensieri e ci innalza su tutti gli altri animali, vi è la traccia di un evento provvidenziale.

Tale *dicendi facultas* necessita dunque di cura (*cultus*) e fatica (*labor*), affinché diventi *ars*. Non ogni discorso, infatti, è retorica; non ogni parlante è oratore. “La natura fa insomma da materia alla cultura: questa plasma, quella viene plasmata” (2, 19, 3)<sup>37</sup>. La retorica è la scienza del parlare bene (*bene dicendi scientia*). Quintiliano tiene particolarmente a che tale definizione sia compresa e accolta. “Approvate quelle parole, si fa immediatamente chiaro anche qual fine, cioè quale esito supremo e ultimo preveda la retorica, il cosiddetto *télos* cui tende ogni disciplina; infatti, se la retorica è in sé la scienza del parlare bene, il parlare bene è suo fine e suo esito supremo” (2, 15, 38)<sup>38</sup>.

Si sarà forse già compreso il motivo dell’insistenza di Quintiliano sulla definizione. Il giurista, che ragiona piuttosto sulla giustizia che sul bene, sa che giudicare è dire giustamente, dire secondo giustizia; ma può anche accadere che il giusto sia solo e soltanto ciò che dice il giudizio. Tale slittamento formalista non è affatto diverso per il *dicendi peritus*. Che cos’è il bene: ciò che guida il retore, o ciò che il retore dice? Insomma, è virtù (*virtus*) o capacità persuasiva (*vis persuadendi*)?

Ecco il problema etico e politico! Questa *vis*, che Quintiliano precisa intendere come *dynamis*, non è la retorica, è mera persuasione; eppure, come negare il loro legame? Come evitare la degenerazione della *virtus*? A persuadere sono capaci anche i disonesti. Ma pure il denaro convince (*verum et pecunia persuadet*); e basta mostrare un volto pietoso (*facies aliqua miserabilis*) o la bellezza fisica (*formae pulcritudo*) per dettare una sentenza (*sententiam dictare*) (2, 15, 6). La questione è grave da un punto di vista didattico: “sarebbe da uomini inqualificabili mettere questi strumenti così pericolosi a disposizione delle peggiori nature, e aiutare la malvagità dandole consigli” (2, 15, 32)<sup>39</sup>. Si potrebbe dire che l’*ars*, ridotta a *instrumentum*, ha un’efficacia ambivalente: “le armi dell’eloquenza valgono sia in un senso che nell’altro” (2, 16, 16)<sup>40</sup>.

È allora necessario che l’arte retorica sia in sé virtuosa, dice Quintiliano, il quale così ascrive se stesso all’illustre tradizione che, dalla *Retorica* di Aristotele, giunge a saldarsi nella formula di Catone il Vecchio: *vir bonus dicendi peritus*. Ma non deve forse essere virtuoso anche il diritto, per poter dire la giustizia? La *iuris prudentia*, secondo la definizione di Ulpiano contenuta nel Digesto (1. 1. 10), è conoscenza delle cose divine e umane (*divinarum atque humanarum rerum notitia*) e scienza del giusto e dell’ingiusto (*iusti atque iniusti scientia*). Eppure, nasce un dubbio: quale ruolo ha qui la definizione? Come accade che, intesa quella, subito (*simul*) si faccia palese (*manifestum*) il senso dell’arte, il suo *télos*? Un senso, poi, tautologico: sempre vero, perché circolare. E il fine, invece, della tecnica definitoria dove si appalesa?

E se sono virtù quelle per le quali la natura ci concede alcuni principi rudimentali e dei semi anche prima che veniamo istruiti (accade, ad esempio, per la giustizia, di cui hanno un’idea anche i rozzi e gli incolti), appare manifesto che fin dall’inizio noi siamo innegabilmente strutturati in modo tale da poter pronunciare in pubblico un discorso a nostro favore, non perfettamente, forse, ma così che contenuti vi siano – l’ho detto – i semi dell’eloquenza (2, 20, 6)<sup>41</sup>.

<sup>36</sup> “*Quare si nihil a dis oratione melius accepimus, quid tam dignum cultu ac labore ducamus aut in quo malimus praestare hominibus quam quo ipsi homines ceteris animalibus praestant [...]?*”, ivi: 392.

<sup>37</sup> “*Denique natura materia doctrinae est: haec fingit, illa fingitur*”, ivi: 418.

<sup>38</sup> “*His adprobatis, simul manifestum est illud quoque, quem finem vel quid summum et ultimum habeat rhetorice, quod télos dicitur, ad quod omnis ars tendit; nam si est ipsa bene dicendi scientia, finis eius et summum est bene dicere*”, ivi: 382.

<sup>39</sup> “*pessimorum hominum foret haec tam pernicioosa nocentissimis moribus dare intrumenta et nequitiam praeceptis adiuvare*”, ivi: 378.

<sup>40</sup> “*in utramque partem valent arma facundiae*”, ivi: 388.

<sup>41</sup> “*Et si virtutes sunt, ad quas nobis, etiam ante quam doceremur, initia quaedam ac semina sunt concessa natura, ut ad iustitiam, cuius rusticis quoque ac barbaris apparet aliqua imago, nos certe sic esse ab initio formatos ut possemus*

La *virtus* della retorica sta nel dire bene, il che non significa necessariamente vincere; “certo, chi tiene un’arringa vuole vincere la causa, ma, quando abbia parlato bene, anche se non vince, ha comunque realizzato l’essenza dell’arte retorica” (2, 17, 23)<sup>42</sup>. Con chiosa efficace, Quintiliano afferma che la sua arte risiede nell’azione (*in actu*) non nel risultato (*in effectum*).

Eppure, per operare bene occorre talvolta sporcarsi le mani. La fiducia nella buona educazione del retore giunge a giustificare e persino consigliare il falso e l’inganno, se fondati su un giusto motivo (*bona ratio*), ovvero per raggiungere un giudizio equo (*aequitas*). Se i giudici fossero tutti saggi (*sapientes*) non ci sarebbe quasi bisogno di eloquenza; ma se i giudici sono inesperti (*imperiti*) e gli animi instabili (*mobiles*), “bisogna combattere ricorrendo all’arte e usare quanto serve: del resto, chi è stato allontanato dalla retta via, non può esservi ricondotto se non facendolo deviare di nuovo” (2, 17, 29)<sup>43</sup>.

Perciò, ancora, l’*insitutio*; perciò, la definizione etica dell’arte; perciò, il *cultus* del dono divino della parola. “Sarebbe stato meglio nascere muti ed essere totalmente privi della ragione piuttosto che distorcere i doni della provvidenza utilizzandoli per la reciproca distruzione” (12, 1, 2)<sup>44</sup>. Quella che pone Quintiliano è infine una questione di credenza, ma anche di logica. Così la argomenta: se è sicuro (*certum est*) che l’uomo eccelle tra gli animali grazie a ragione (*ratio*) e linguaggio (*oratio*), “perché non dovremmo credere che la sua virtù risieda tanto nell’eloquenza quanto nella ragione?” (2, 20, 9)<sup>45</sup>. Davvero, occorre formare il *vir bonus dicendi peritus*!

Così Quintiliano. E noi, *iuris periti*? Siamo noi esperti di una *vis* o della *ars boni et aequi*? E ci siamo accorti, varcando l’ingresso della facoltà di giurisprudenza, di essere iniziati a tanto potere?

### 3. Strumenti e figure normative, ovvero che cosa facciamo quando facciamo teoria del diritto

L’immagine dello strumento donato dal dio all’uomo – come la voce, che per Quintiliano fa l’uomo parlante rispetto agli altri animali che sono muti – è un mitema diffusissimo. Come abbiamo accennato, Timeo racconta nel dialogo platonico che gli *organa* corporei dell’uomo sono predisposti, secondo il disegno provvidenziale del demiurgo, ad apprezzare il ritmo del cosmo: sulle orbite degli astri, *organa* del tempo, possono sintonizzarsi le orbite della mente, essendo la testa naturalmente sorretta e rivolta verso il cielo. Da qui, la filosofia: il bene più grande donato agli uomini (47 a-b).

Il nesso tra parola, strumento e stazione eretta, quali tratti distintivi dell’essere umano rispetto agli altri animali, è mostrato in campo paleoantropologico da Leroi-Gourhan. Un processo lento di successive liberazioni connette la locomozione alla prensione e alla fonazione: il bipedismo libera dal terreno l’arto anteriore che, specializzandosi nella mano, libera la bocca. Leroi-Gourhan individua nel tecnicismo della mano, che vede lo strumento come conseguenza anatomica, e nel tecnicismo della faccia, che si rende disponibile per la parola, un medesimo dispositivo. Strumento e linguaggio sono, cioè, espressione di una medesima facoltà ed emergono assieme. Ciò che cambia rispetto a comportamenti animali apparentemente simili sta nella durata: l’utensile e la parola restano e si rendono disponibili per usi ulteriori. È il riuso, dunque, l’indice di un nuovo rapporto con lo strumento manuale o vocale; e non a caso secondo Leroi-Gourhan non esiste strumento alcuno di là dal particolare gesto abituale, ovvero dalla pratica collettiva che lo riconosce come tale. E dalla

*orare pro nobis, etiamsi non perfecte, tamen ut inessent quaedam, ut dixi, semina eius facultatis, manifestum est*”, ivi: 420-422.

<sup>42</sup> “*tendit quidem ad victoriam qui dicit, sed, cum bene dixit, etiam si non vincat, id, quod arte continetur, effecit*”, ivi: 404.

<sup>43</sup> “*arte pugnandum est et adhibenda quae prosunt: neque enim qui recta via depulsus est, reduci ad eam nisi alio flexu potest*”, ivi: 406.

<sup>44</sup> “*Mutos enim nasci et egere omni ratione satius fuisset quam providentiae munera in mutuum perniciem convertere*”, ivi: 1948.

<sup>45</sup> “*cur non tam in eloquentia quam in ratione virtutem eius esse credamus [...]?*”, ivi: 424.

interazione di gesto manuale e gesto vocale, Leroi-Gourhan vede emergere il gesto grafico: da non intendere come trascrizione del linguaggio, bensì come segnatura, marcatura, traccia e figurazione. Del resto, lo stesso processo di invenzione – come misto di ritrovamento e fabbricazione – e uso dello strumento a poco a poco si delinea come una memoria e quindi come un progetto narrativo, di carattere sinestetico (per semplicità, diciamo verbo-motorio) che precorre e guida i gesti propizi, efficaci<sup>46</sup>.

Leroi-Gourhan coglie perfettamente che parola, utensile e figura pongono l'uomo nella distanza del simbolo. Qualcosa è riconosciuto, è rievocato, qualcosa resta o ritorna nelle disponibilità della comunità umana, pronto a significare i modi del mondo, ovvero le sue modalità di apparizione; pronto a coordinare un comportamento comune rispetto al reale. Il simbolo, per Sini, è quest'esplosione del significato nella relazione segnica: l'evento del mondo si configura in una sua possibile modalità, astratta da tutti i possibili<sup>47</sup>. L'interpretante che dà senso alla figura è la comunità intera, nel suo lavoro incessante e complesso, compiuto da tutti e da ciascuno, di riconoscere e praticare il mondo. Per esempio, la figura giuridica del mondo come luogo del diritto, dunque del diritto come realtà<sup>48</sup>.

Tra i filosofi del diritto, chi ha acutamente colto il concorso di strumento, parola e figura nella formazione del sapere e ne ha mostrato il carattere nomico, ovvero orientante e ordinante, è Robilant. Come Grossi, Robilant denuncia la crisi del positivismo giuridico, ovvero del legalismo e dello statualismo, ma l'angolo visuale sul diritto è dato dalla società tecnologica avanzata e da un'idea figurale di informazione. Per Robilant, il diritto è solo uno dei molti sistemi o ordini di informazione normativa, cioè volta ad orientare il comportamento del soggetto: le sue opinioni, scelte e azioni. La società complessa è caratterizzata dalla concorrenza comunicativa di una pluralità di sistemi, volta a influenzare il soggetto: si pensi a mercato, scienza, religione, tecnologia quali poli di organizzazione informativa in reciproca competizione. Ognuno propone una certa configurazione della realtà e del rapporto tra soggetto e realtà, sia in termini di conoscenza sia in termini di operatività sia in termini di moralità. Si tratta dunque di ordini alternativi del reale e perciò tra loro concorrenti, con effetto normativo sulla posizione del soggetto<sup>49</sup>.

Ne consegue che i dogmi e le certezze del positivismo giuridico – la concezione monista del diritto come prodotto esclusivo dello Stato, preteso occupare il vertice gerarchico dei sistemi informativo-normativi – sono messi radicalmente in discussione. Il giuspositivismo tenta di escludere l'ordine giuridico, previa sua riduzione alla legge statale, dalla competizione con gli altri ordini; oppure ignora il problema della pluralità e della normatività dell'informazione nella società complessa. In entrambi i casi, tale figura dogmatica non pare a Robilant interessante proprio da un punto di vista teoretico, dacché o non realistica o controproducente e statica: essa dunque non partecipa al gioco critico dell'evoluzione della conoscenza, che per Robilant è un vero bene comune<sup>50</sup>.

La teoria è una forma di rapporto con la realtà caratterizzato dalla criticità: essa, cioè, è problematizzante e implica una continua messa in questione della tesi, con tentativi di confutazione degli argomenti, valutazione della loro resistenza e successiva ri-argomentazione. L'effetto è evolutivo per la tesi stessa e progressivo per l'intera conoscenza scientifica. Tuttavia, il mondo e la sua esperienza da parte del soggetto si configurano diversamente nell'arte o nella religione, senza che sia possibile qualificare una figura della realtà come migliore in assoluto. Ciò significa che anche la figura teoretica, che per Robilant mira a rappresentare, ridurre a unità e spiegare la realtà, non è sciolta dal problema figurale: anch'essa è, cioè, una prospettiva sul mondo e dunque un suo ordinamento<sup>51</sup>. Per esempio, la figura dogmatica del positivismo giuridico.

<sup>46</sup> Leroi-Gourhan 2018.

<sup>47</sup> Sini 1991.

<sup>48</sup> Sul rapporto tra diritto e senso comune, vedi Bombelli 2018. Credenza e senso comune possono altresì essere letti come cecità di una tradizione, ovvero come suo sfregio: cfr. Legendre 2009, 2010.

<sup>49</sup> Robilant 1989, 1990b, 2000a.

<sup>50</sup> Robilant 1999, 1983, 2000b.

<sup>51</sup> Robilant 1995, 1990a, 2008.

E così, partendo da un discorso teorico sul diritto nella società tecnologica, siamo giunti a un discorso autocritico sulla stessa teoria del diritto. Per dirla in altro modo, Robilant ci insegna a chiederci che cosa facciamo quando facciamo teoria del diritto. La risposta è ora banale: tracciamo una figura. Tutto sta nel cogliere il gesto che si nasconde dietro al tratto.

In un volume espressamente pensato per l'uso didattico nel corso di filosofia del diritto, Robilant prende in esame il problema della criticità della conoscenza rispetto alla normatività dell'informazione. Non tutti gli interrogativi possono essere fatti in tutti i contesti culturali, ivi compreso il livello tecnologico e operativo; al contrario, essi dipendono dalla fantasia, dall'interesse e dalle possibilità dei ricercatori. Giocando sull'idea di invenzione, cara a Robilant, si può dire che il problema teorico è tanto prodotto quanto trovato nel lavoro della ricerca. Non secondario è qui il piano metateorico, ovvero la specifica configurazione che viene data alla conoscenza<sup>52</sup>.

Robilant precisa dunque subito la sua prospettiva: la conoscenza produce figure e ogni figura del mondo non è che una tra le sue possibili<sup>53</sup>. Potremmo dire, procedendo noi sulla medesima linea, che innanzitutto proprio "realtà" e "mondo" sono figure: la voce che si articola nei nomi delle cose produce un mondo di cose nominate e nominabili. Per esempio, il mondo giuridico di *personae*, *res*, *actiones* nella *summa divisio* orchestrata da Gaio.

Ogni figura è frutto di una scelta di elementi e di relativi rapporti: scelta non assoluta, bensì interessante e significativa all'interno del contesto di prefigure e di schematismi teorico-pratici. La figura, cioè, ordina gli elementi selezionati in una specifica forma, disponendo così un quadro unitario; essa stessa si posiziona assieme ad altre figure in un sistema, rispetto a cui è coerente e da cui deriva il suo senso<sup>54</sup>.

La conoscenza umana si colloca, dice Robilant, in un universo di significati. La figura significa la realtà: essa è sempre astratta anche quando intende essere realista, dacché pur mirando a raffigurare il reale lo fa sempre in una particolare prospettiva<sup>55</sup>. Pertanto, diciamo noi, la figura opera come un segno: essa significa, appunto, e pone perciò l'interpretante nella relazione col significato, ovvero nella distanza.

Uno tra i segni più importanti per quel cammino culturale a pretesa universale che è la filosofia, ereditato proprio nel suo infinito significare dalle specializzazioni storiche della scienza, è ovviamente la verità. Anche la figura di verità del resto, dice Robilant, è scelta in termini di interesse e significanza e orienta il cammino della conoscenza per progressiva selezione critica<sup>56</sup>.

Robilant procede mostrando il potere normativo dell'informazione tanto a livello conoscitivo quanto a livello operativo. Da qui, un'esigenza di criticità da parte del consociato, che opera in una società ad intenso, capillare e rapido flusso informativo in competizione; ma altresì un'esigenza di criticità da parte del giurista, rispetto alle figure di diritto proposte dalla teoria<sup>57</sup>. Il che comporta, in senso metateorico, una valutazione critica della stessa configurazione della teoria del diritto.

In definitiva, ogni figura include in un quadro unificante e in una certa forma alcuni elementi: tale conformazione non è tutta la realtà e in ciò sta la sua astrazione. Si pone cioè un ordine visuale, che è da Robilant definito nomico. Tale ordine è dipendente dalle scelte del soggetto immerso nel suo contesto di senso: dunque dalle prefigure, dalle premesse, dagli interrogativi, dagli interessi, dalle possibilità, dagli strumenti. Ciò è vero altresì per la figura teorica che intende spiegare la realtà, quale per esempio la realtà del diritto. E ciò, ricordiamo, è vero anche per la stessa teoria dell'informazione normativa di Robilant, che non è altro che una figura.

Potremmo dire noi che la figura è un *orbis pictus*: essa mostra un mondo in miniatura, così da mettere in luce un suo aspetto possibile, ma astratto da tutto il possibile. Tale gesto astraente, però,

<sup>52</sup> Robilant 1997.

<sup>53</sup> Ivi: 26-27.

<sup>54</sup> Ivi: 27-31.

<sup>55</sup> Ivi: 37-42.

<sup>56</sup> Ivi: 51.

<sup>57</sup> Ivi: 54-83.

nella miniatura non appare, non è cioè raffigurato: esso è semmai al limite della figura e ne decide il senso. Sul punto di incisione della figura, come dice Sini, sprofonda l'evento del mondo: ogni successiva interpretazione della figura non sarà che un'impossibile tensione al limite ovvero una sempre possibile riconfigurazione<sup>58</sup>.

Può allora essere utile ricordare, a conferma delle critiche per così dire informatiche di Robilant, i lavori che Garapon e Lassègue hanno dedicato alla rivoluzione tecnologica che ha investito il nostro tempo, e che ha scosso le fondamenta del diritto e della politica. I due autori sostengono che la forza della tecnologia digitale, la sua efficacia performativa e la sua pervasività, siano dovute ad una nuova forma di scrittura. La *ratio*, potremmo dire con Quintiliano, ovvero il metodo o mezzo, dunque lo strumento su cui si fonda la rivoluzione informatica è di carattere grafico. La digitalizzazione codifica ogni evento del mondo in numeri, creando un'omogeneità insignificante ma puramente procedurale, meccanica. Il significato, infatti, è differito ad un livello di traduzione successiva, ovvero all'interazione e all'interpretazione umana: livello tuttavia non necessario alla corretta procedura del calcolo. La macchina lavora con segnali, non con segni: è proprio la desimbolizzazione del mondo, la sua riduzione a dato quantitativo, che permette il calcolo algoritmico. Perciò la rivoluzione grafica è anche una rivoluzione simbolica: le pratiche di generazione del senso sembrano stravolte. Basta oggi fare una richiesta a ChatGPT o una conversazione con un operatore automatico della Pubblica Amministrazione, per vivere l'esperienza dell'inerzia strumentale: l'efficacia o l'inefficacia al tempo stesso insignificante per la macchina ed estremamente significativa per l'uomo. La scrittura digitale, opaca ovvero illeggibile all'uomo, è espressamente qualificata da Garapon e Lassègue come normativa: essa riplasma il mondo, crea un ambiente conforme ovvero passibile di essere calcolato e percorso in forma di algoritmo<sup>59</sup>.

Invero, qualcosa di simile, ossia la meccanizzazione d'uso dei grafi, la loro mera lettura, fonicamente corretta ma insensata, già può avvenire con l'alfabeto, dalla grecità al medioevo. Herrenschnitt, Svenbro, Illich, nei rispettivi studi sulla scrittura e la lettura nell'antichità, lo argomentano in modo esauriente<sup>60</sup>. Ma non serve andare tanto lontano: abbiamo tutti fatto l'esperienza di leggere un testo ed accorgerci soltanto alla fine di avere, come si dice, la testa da un'altra parte. L'alfabeto permette già un uso segnaletico più che segnico, quasi fosse una partitura a cui associare suoni senza contenuto. Eppure è proprio a questo strumento potenzialmente alienante che Quintiliano attribuisce tanta importanza per la formazione dell'oratore. E come potrebbe del resto formarsi il filosofo al *logos* della verità, alla sua precisione critica, se non praticasse la scrittura? E il giurista? Anche lui è alle prese con i canoni della propria arte, di cui il testo è misura essenziale.

L'arte giuridica è forse, proprio in questo, in una condizione particolare tra le altre arti: una condizione ricorsiva. Dacché proprio del *kanon*, di ciò che in latino è la *regula* o la *norma*, si occupa il diritto. La particolarità, cioè, risiede nella omogeneità di metodo e oggetto: ciò che prima si è definito come circolarità nomica<sup>61</sup>. Che cosa riconosce il giurista come figura della regola? E come riconosce la regolarità nelle figure del mondo?

Per esempio, posso affermare una regola; posso scriverla; posso anche condensarla in un'immagine; posso mimarne il comportamento; posso raccontare una storia esemplificativa; posso suonare una musica che la ispiri; posso catturare in un film una di queste performance; posso creare un videogioco che permetta di apprendere la regola; posso creare una realtà virtuale in cui sia impossibile agire fuori regola; e posso persino dubitare che tali cose si possano fare solo perché si ha già una certa idea di che cosa la regola sia.

<sup>58</sup> Sini 2012.

<sup>59</sup> Garapon-Lassègue 2021a, 2021b.

<sup>60</sup> Herrenschnitt 2007, Svenbro 1991, Illich 1994.

<sup>61</sup> Questa particolare condizione della scienza del diritto, riletta come privilegio filosofico proprio per il suo esito paradossale, è indagata in altri lavori, a cui mi permetto di rimandare: Beltramo 2023a, 2023b.

Qualcosa, tuttavia, eccede la misura. Torniamo al dubbio opposto alla definizione di Quintiliano. Come accade che, nell'intesa sul testo, sulla figura grafica, appaia ai cittadini il senso ultimo, il *télos* del diritto? Basta osservare i lavori di un'assemblea legislativa o di un'aula di tribunale, partecipare alla Festa della Repubblica o manifestare in piazza con in mano la Costituzione, per avere un esempio della canonicità del diritto e, insieme, di un'eccedenza di senso. È questa la potenza dell'interpretazione umana, l'intervento propriamente significativo dell'uomo. Qui *sermo* e *ratio*, dono comune del dio, da coltivare e di cui prendersi cura (*cultus*), fanno la *civitas*.

Parte seconda. L'esercizio

#### 4. Le *Summer School* in *Law and Humanities*

L'esperienza delle *Summer School* di filosofia del diritto, organizzate da Paolo Heritier assieme a un gruppo di collaboratori, è oramai da diversi anni un'offerta didattica immersiva per gli studenti delle facoltà giuridiche, ma altresì filosofiche e letterarie di UniTo e UPO. La sede è stata inizialmente l'università di Nizza; un anno, in occasione della titolarità di capitale europea della cultura, si è svolta a Matera; negli ultimi anni trova l'accoglienza del centro Georges Méliès di Cannes.

Come scuola intensiva, si inserisce in un modello piuttosto diffuso, sia in Italia sia all'estero. Esso replica un'ideale classico di accademia: per una o due settimane o anche per un mese, maestri e allievi condividono non solo il momento e lo spazio dedicati al lavoro, ma anche quelli di riposo, alcuni pasti, finanche i momenti di svago e di festa. Si realizza dunque una comunità, che collabora, discute, fa ricerca continua, e intanto convive, si conosce, fa esperienza di crescita comune.

Le *Summer School* in *Law and Humanities* sono pensate in modo da creare un effetto immersivo e generativo. Il primo impatto è spaesante, con un nuovo ambiente e con una nuova lingua; la didattica ordinaria banchi-cattedra è ora applicata in modo rigorosissimo e a ritmi serrati, ora stravolta e sostituita da attività interattive; professori di materie diverse, artisti, professionisti si avvicendano, chi per un singolo contributo chi per tutta la durata della scuola, creando una fitta polifonia; si frappongono continuamente attività artistiche e, anzi, la fruizione e la produzione di arte, così come l'uso di tecniche espressive, strumenti audio e video, nuove e vecchie tecnologie è parte essenziale dell'esperienza.

Il percorso didattico di queste *Summer School* è dunque di rottura con i dogmi e le liturgie dell'università a cui è aduso lo studente; eppure, esso è tradizionalmente ispirato alla *universitas studiorum* di stampo medievale e alla classica formazione delle *artes liberales* del *trivium* e del *quadrivium*. Quintiliano stesso parla di un'educazione complessiva, globale: un *orbis doctrinae* "quem Graeci encyclion paideian vocant" (1, 10, 1). Del resto, nella storia dell'Occidente la filosofia è al contempo tradizionale e sovversiva, culla del sapere, scuola della politica e assieme pericoloso nemico dell'ordine costituito. Socrate non resta forse in carcere, non radicalizza lo scontro, anziché recedere o fuggire, così da andare incontro alla morte, precisamente per rispettare la sacralità di quelle istituzioni che lo accusano di empietà? Esempio di un *ethos* tanto culturale quanto morale, come ancora intende la conoscenza Quintiliano. E possiamo forse noi permetterci, in filosofia del diritto, di non mantenere questa complessità etica e politica dell'uomo?

L'idea è che lo studente, proprio quando è istruito alla propria disciplina, quando cioè specializza le proprie conoscenze e capacità in un settore disciplinare e dunque su un aspetto del mondo, esclude il resto e la sua complessità e, insieme, il suo fascino sconcertante. La tecnicizzazione del sapere guadagna in efficacia, a suo modo rassicurante, ma perde in fantasia, in sensibilità empatica, in radicalità critica, con conseguenze personali e sociali. La questione non è meramente professionale, ma politica: riguarda cioè la cura della *polis* come luogo comune. Più che l'interdisciplinarietà, allora, ciò che si cerca è un corso e un discorso indisciplinati, come direbbe Gilbert<sup>62</sup>. Stili, metodi, strumenti

<sup>62</sup> Gilbert 2022.

diversi si urtano a vicenda; la teoria scientifica rigorosa si sporca con l'arte, con la narrazione e col gioco; i ruoli istituzionali s'invertono e i confini canonici tra ciò che pertiene alla materia e ciò che le sta fuori vengono spostati e messi in dubbio. L'esperienza dissonante punta precisamente a ciò che è al cuore del diritto: la regola, l'autorità, la correttezza, la giustizia, il potere, la decisione, la libertà, la persona, la comunità, la fiducia, il dogma, la critica.

*Law and Humanities* significa riconoscere e rivendicare al diritto una dimensione propriamente umanistica. Come per Quintiliano e come già per Platone, le arti della parola, dell'immagine, della musica, del movimento, unite alla narrazione e alla filosofia, ovvero tutte le forme espressive in cui l'uomo esprime e vive pensieri e sentimenti concorrono all'esperienza politica e giuridica del singolo nella comunità, così come alla sua teoria. È forse il caso di ricordare che proprio nel dialogo nominato *Leggi*, l'ultimo dialogo della vecchiaia, Platone ritorna sulla *mousiké* come dono provvidenziale degli dei, volto ad educare l'uomo al senso del ritmo e dell'armonia, indispensabili alla convivenza; e racconta che le Muse, Apollo e Dioniso si sono fatti con noi compagni di danza (II, 654 a-e). Una figura del diritto, dunque, in antitesi rispetto ai dogmi o miraggi di purezza, di calcolabilità, di tecnicizzazione; eppure, una figura che, come direbbe Robilant, vuole essere realistica e mirare alla verità. Per esempio, mirare a comprendere la prepotente rivoluzione tecnologica del nostro tempo e ad usarla – diremo con Quintiliano – ad arte: bene e correttamente, in quell'inscindibile senso tecnico-morale che è l'*ars*.

Concretamente, le *Summer School* prevedono che gli studenti – parallelamente alle lezioni, ai seminari e alle altre attività di ricerca – lavorino in gruppi e, aiutati da esperti e professionisti del settore e dai professori e collaboratori, producano come lavoro comune un pezzo artistico: un cortometraggio per esempio, a finestra o immersivo a 360°, o anche un videogioco. La strategia artistica e tecnologica mira non soltanto a rielaborare narrativamente e dunque drammaticamente la materia, i problemi, le conoscenze insegnati analiticamente nella teoria; ma altresì a prendere consapevolezza comune e sintetica, ovvero agita e via via appresa, dell'uso, dell'efficacia e dei limiti dello strumento tecnico.

In parte, il metodo è volutamente caotico, se per ordine s'intende – per esempio – usare la tecnologia pensata per la didattica a distanza solo a distanza, oppure usare l'oculus pensato per la visione a 360° in modo solo immersivo. Gli strumenti sono sì prima perfettamente spiegati da tecnici e professionisti e collaudati nel loro utilizzo normale e corretto, ma poi vengono continuamente ridiscussi, adoperati in modalità mista, interrotti da interazioni esterne. Per esempio, mentre uno studente usa l'oculus, ciò che lui vede in modo immersivo è proiettato su uno schermo esterno, visibile dai compagni che gli sono attorno e che a loro volta interagiscono; oppure, una telecamera a 360° viene attivata e posta in centro alla sala di lavoro, e il video panottico è proiettato su uno schermo mentre il lavoro avanza. Un apparente caos, appunto, che sembra sovvertire la regola, criticarne l'opportunità, confutarne l'efficacia, barando al gioco tecnologico.

Tuttavia, la sensazione iniziale di spaesamento misto a curiosità e divertimento, si scopre a poco a poco orchestrata da un'arte antica, qual è quella retorico-dialettica. Se c'è una pratica a cui gli studenti sono costantemente convocati e di cui fanno intenso esercizio, punti e spronati dall'insistente domanda critica, interpellati dal coinvolgimento diretto, quella è la pratica della parola. La scuola è ancora quella classica, per la quale *sermo* e *ratio* sono così intrecciate da essere pensate come dono divino: il *logos* che in sé condensa la specificità dell'uomo rispetto agli altri animali. Curare l'arte della parola significa dunque curare il pensiero, e non si coltiva il pensiero se non si nutre la parola. È vero per Platone come per Quintiliano, ed è tuttora estremamente efficace.

L'improvvisazione non si improvvisa e il caos non si crea in modo disordinato. Occorre saper padroneggiare un metodo ed essere teoreticamente solidi per gestire, oltre che ingenerare, lo spirito critico. Occorre conoscere, diciamo dopo la *Lettera ai Romani* di Paolo, lo spirito della legge per poter trasgredire alla sua lettera. Quintiliano coglie perfettamente la delicata questione del maestro. Egli deve essere il migliore, culturalmente preparato e moralmente irreprensibile, perché l'allievo che

ne è il mimo non si trasformi in una sua caricatura: occorre saper controllare la tracotanza della giovinezza, ma anche darle le armi per poter compiere il parricidio. Il problema didattico è sempre un problema politico: non certo in termini di militanza, ma di etica del sapere. Un problema urgente proprio per la facoltà di diritto, se essa vuole formare non solo a una tecnica regolativa ma anche a un senso di giustizia.

Le *Summer School in Law and Humanities* mirano ad una formazione teorica e pratica del giurista e del cittadino del nostro tempo, stimolando la sua attenzione critica e il suo senso di responsabilità nella scelta politica: ancora una volta, non qui intesa come voto partitico, ma come interesse e cura della *civitas*. Perché tale progetto sia realistico, occorre imparare a usare correttamente la tecnologia, a conoscerne e sfruttarne il potenziale. Ma, altresì, occorre imparare a barare con lo strumento, a farlo fallire, a mantenere una distanza di chiacchierato buon senso. “D’altronde – chiede Quintiliano – il futuro oratore dove imparerà il cosiddetto senso comune, se si sottrarrà alle normali relazioni, che sono un fatto naturale non solo per gli uomini, ma anche per gli animali privi di parola?” (1, 2, 20)<sup>63</sup>. L’antica arte del dialogo in cerca del senso comune è ancora a fondamento della didattica giuridica, se non altro nei corsi che mirano ad accendere, come diceva Platone nella *Lettera VII*, il fuoco della filosofia (341 c-d).

### Conclusione. *Vir bonus dicendi peritus*

La formula di Catone, poi ripresa da Cicerone e da Quintiliano, come del resto dalla tradizione successiva, è ovviamente una figura. Similmente, possiamo dire, sono figure le formule di Gaio e quelle di Ulpiano, come anche i principi della Costituzione e quelli delle varie Carte e Dichiarazioni dei diritti dell’uomo. Figure tanto efficaci quanto degne di rispetto, per la carica semantica ed etica che portano: per la loro gravità, intesa come forza attrattiva di senso. L’*officium* dell’uomo, animale parlante, e la sua fatica (*labor*) come attore del mondo è fare il giusto uso dello strumento. Come interpretare la figura? Che cosa riconoscere in essa?

Porre il problema etico e politico, nella forma della domanda critica di conoscenza, è il gesto filosofico. Al *mythos* estatico dei poeti si oppone il *logos* dicotomico dei filosofi, che incide così la nuova figura della verità universale e con essa un nuovo *ethos* umano. Gesto destabilizzante e abissale, se quella cesura non è da se stessa raffigurabile. Il gesto critico che inquisisce il sapere non può inquisire se stesso e così autofondarsi, senza andare incontro ad un’aporia: senza annullarsi come domanda critica. Il salto sarebbe un cambiamento di *ethos* e dunque una nuova cesura.

È questo il percorso che Sini propone, per aprire ad un’etica del sapere: un esercizio di attenzione alla pratica che si sta svolgendo, per esempio alla pratica teorica qui agita, nel mentre la si fa. Un esercizio, dunque, di attenzione alla posizione del soggetto immerso nella sua pratica: con i suoi strumenti, con il suo contesto di senso, con le sue figure e prefigure<sup>64</sup>. Esercizio che qui si è cercato di mostrare, portando l’attenzione alla nostra pratica testuale e tecnologica. Per come lo intendiamo noi, questo è un lavoro propriamente estetico-giuridico, se nella nostra società del testo, come dice Legendre, l’estetica del diritto vuole essere una mappa dei nomogrammi, ovvero di tutte le forme di scrittura normativa: di tutti i *figuralia* del diritto<sup>65</sup>. Ivi compresa, come si sarà ormai capito, la mappa stessa come gesto grafico.

Tutto quanto sin qui detto, tuttavia, viene dopo; e in quanto figura non è essenziale: non è un idolo. Prima, viene la *civitas*, e il senso e la sensibilità comuni che comportano già sempre un affidamento. Prima viene l’affetto, senza il quale un essere umano nemmeno supera la pubertà linguistica:

<sup>63</sup> “*Sensum ipsum, qui communis dicitur, ubi discet, cum se a congressu, qui non hominibus solum, sed mutis quoque animalibus naturalis est, segregari?*”, Quintiliano 2018: 86.

<sup>64</sup> Sini 2016.

<sup>65</sup> Legendre 2005, 2009. Cfr. Heritier 2012a, 2012b.

nemmeno riceve il dono della parola. L'istituzione è sempre un gesto di speranza: non si è mai certi del mondo che, proprio in questo gesto, già si infutura. Istituire una *persona*, dunque formare a un ruolo nella comunità<sup>66</sup>, qual è il ruolo del giurista, richiede un credito di fiducia, senza il quale l'impresa non può nemmeno iniziare. Lo sa bene Quintiliano, che proprio dalla fiducia muove i primi passi: “Dopo la nascita di un figlio, dunque, il padre deve concepire per lui la più alta speranza: così se ne occuperà con particolare attenzione fin dal principio” (1, 1, 1)<sup>67</sup>. E ancora: “nulla dà gioia nello studio più che la speranza” (2, 4, 13)<sup>68</sup>, perciò l'insegnante deve aver cura e delicatezza nel dosare elogi e critiche.

La *spes* ci precede e ci invoca, dunque. Quintiliano – lo abbiamo visto – è il primo a nutrire fiducia e a spronare i discepoli. “L'oratore sia dunque un uomo meritevole della qualifica di vero sapiente, irreprensibile non solo dal punto di vista etico (secondo qualcuno basterebbe, secondo me no), ma anche sotto il profilo della preparazione culturale e della capacità oratoria complessiva” (1, *praef.*, 18)<sup>69</sup>. Così, anche noi giuristi speriamo di meritare la qualifica di *viri boni iuris periti*.

Essere chiamati (*appellari*): riconosciuti in quella *figura*, cioè come quella *persona*. Non sfugga qui la potenza significativa e generativa della parola comune. Come coglie Agamben, nel nome si è chiamati, ma anche interloquiti, *vocati*; difficile esagerare la profondità di questa *klesis* pubblica<sup>70</sup>. La dignità dell'uomo si rispecchia e si riconosce nella dignità del diritto; che è anche una dignità di nomi e figure: l'istituzione politica, di cui prendersi cura.

### Bibliografia

Agamben G. 2008, *Il linguaggio e la morte. Un seminario sul luogo della negatività*, Torino: Einaudi

Agamben G. 2016, *Che cos'è la filosofia?*, Macerata: Quodlibet

Agamben G. 2023, *La voce umana*, Macerata: Quodlibet

Bellelli F. 2023, *Teoria integrata della dignità umana. Affectio iuris e Law and Humanities*, Torino: Giappichelli

Beltramo G.L. 2023a, “La ricorsività della teoria. Per un'etica dell'errore”, in *IUSonline*, 5, pp. 108-138, <https://jus.vitaepensiero.it/news-papers-la-ricorsivita-della-teoria-per-unetica-dellerrore-6384.html>

Beltramo G.L. 2023b, “Nomografie. Per un approccio grafico al diritto”, in *Calumet*, <https://calumet-review.com/index.php/it/2023/10/19/nomografie-per-un-approccio-grafico-al-diritto-2/>

Bianca G. 1963, *La pedagogia di Quintiliano*, Padova: Cedam

<sup>66</sup> Sul concetto di persona nel mondo romano antico, vedi Corbino-Humbert-Negri 2010.

<sup>67</sup> “*Igitur, nato filio, pater spem de illo primum quam optimam capiat: ita diligentior a principiiis fiet*”, Quintiliano 2018: 54. Per una prima bibliografia di riferimento su un approccio al diritto rivolto all'*affectio iuris*, si veda Heritier 2014, Sequeri 2016, Bellelli 2023. Sul tema della fiducia nel diritto, si veda Scillitani 2007, Greco 2022, Ricca 2022, Campo 2023.

<sup>68</sup> “*nullo magis studia quam spe gaudent*”, Quintiliano 2018: 290.

<sup>69</sup> “*Sit igitur orator vir talis, qualis vere sapiens appellari possit, nec moribus modo perfectus (nam id mea quidem opinione, quamquam sunt qui dissentiant, satis non est), sed etiam scientia et omni facultate dicendi*”, ivi: 48-50.

<sup>70</sup> Sull'essenziale forza vocativa della parola ha lavorato Agamben 2023. Sul cruciale passaggio di interiorizzazione della voce comune, e sul rimbalzo del *proprium* dal nome, ha lavorato Sini 1991, 2009. Se ci poniamo nella tradizione antica, per cui la voce è dono divino all'uomo, *a fortiori* deve allora essere indagata in questo senso la *vocatio* religiosa. Si pensi all'insistenza del verbo *kaleo* nell'esordio delle lettere paoline *Ai Romani* e *Prima ai Corinti*, in cui la chiamata condensa tanto la nomina quanto l'interpellanza. Qualcosa che ha a che fare con l'indice, cioè con l'indicare e l'additare assieme: rivolgersi a, coinvolgere, intesi insieme come significare e insegnare; gesto che si scopre come tale e dunque corrispondente, solo se dall'altra parte c'è chi può rispondere al gesto significante. In questa danza generativa di senso, che è nient'altro che l'educazione dell'infante alla figura ritmica comune di botta e risposta, si intende l'importanza dell'*affectio* e della *fides*, come sentimento originario. Si veda su questo Stern 2002 e Sini 2012.

- Bobbio N. 1993, *Teoria generale del diritto*, Torino: Giappichelli
- Bombelli G. 2018, *Diritto, comportamenti e forme di “credenza”*, Torino: Giappichelli
- Campo A. 2022, *Da Deleuze all’eteronimia*, 2 voll, Sesto San Giovanni: Mimesis
- Campo A. 2023, “La fiducia come metodo. Itinerari teorici nella direzione di un ‘sentire’ giuridico”, in *Calumet*, <https://calumet-review.com/index.php/it/2023/05/16/la-fiducia-come-metodo-itinerari-teorici-nella-direzione-di-un-sentire-giuridico/>
- Cananzi D.M. 2017, *Estetica del diritto. Sul fondamento geologico del diritto*, Torino: Giappichelli
- Cavalla F. (a cura di) 2007, *Retorica, processo e verità. Principi di filosofia forense*, Milano: Franco Angeli
- Corbino A., Humbert M., Negri G. (a cura di) 2010, *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell’identità nell’esperienza romana*, Pavia: Pavia University Press
- Cova P.V., Gazich R., Manzoni G.E., Melzani G. 1990, *Aspetti della “paideia” di Quintiliano*, Milano: Vita e Pensiero
- Creuzer F. 2020, *Simbolica e mitologia*, Sesto San Giovanni: Aesthetica
- Detienne M. 2022, *L’invenzione della mitologia*, Torino: Bollati Boringhieri
- Faralli C., Gigliotti V., Heritier P., Mittica M.P. (a cura di) 2014, *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Sesto San Giovanni: Mimesis
- Garapon A., Lassègue J. 2021a, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna Il Mulino
- Garapon A., Lassègue J. 2021b, *Le numérique contre le politique*, Paris: Puf
- Gilbert J. A. 2022, “Récit, disciplines, savoirs”, in Vignon D., Beltramo G.L. (a cura di), *Le récit de la technique I: Le machinique entre la manifestation et l’interprétation*, *Études Digitales*, 13, 1
- Goody J. 1988, *La logica della scrittura e l’organizzazione della società*, Torino: Einaudi
- Goody J. 2002, *Il potere della tradizione scritta*, Torino: Bollati Boringhieri
- Goody J. 2020, *Oltre la legalità*, Bari-Roma: Laterza
- Greco T. 2022, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari: Laterza
- Grossi P. 2007, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano: Giuffrè
- Havelock E. 1981, *Dike. La nascita della coscienza*, Roma-Bari: Laterza
- Havelock E. 1995, *La musa impara a scrivere. Riflessioni sull’oralità e l’alfabetismo dall’antichità al giorno d’oggi*, Roma-Bari: Laterza
- Havelock E. 2019, *Cultura orale e civiltà della scrittura. Da Omero a Platone*, Bari-Roma: Laterza
- Heritier P. 2012a, *Estetica giuridica. Vol. I. Primi elementi: Dalla globalizzazione alla secolarizzazione*, Torino: Giappichelli
- Heritier P. 2012b, *Estetica giuridica. Vol. II. A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, Torino: Giappichelli
- Heritier P. 2014, *Affectio iuris: dalla “svolta linguistica” alla “svolta affettiva”?*, in AA.VV., *Antropologia della giustizia. A partire da Pierangelo Sequeri*, Sesto San Giovanni: Mimesis – TCRS, pp. 37-61
- Herrenschmitt C. 2007, *Les trois écritures. Langue, nombre, code*, Parigi: Gallimard
- Illich I. 1994, *Nella vigna del testo. Per una etologia della lettura*, Milano: Raffaello Cortina
- Legendre P. 2005, *Della società come testo. Lineamenti di un’antropologia dogmatica*, Torino: Giappichelli
- Legendre P. 2009, *L’Occidente invisibile*, Milano: Medusa
- Legendre P. 2010, *Lo sfregio. Alla gioventù desiderosa... Discorso ai giovani studenti sulla scienza e l’ignoranza*, Torino: Giappichelli
- Legendre P. 2017, *Leçons X. Dogma: instituer l’animal humain. Chemins réitérés de questionnement*, Paris: Fayard
- Leroi-Gourhan A. 2018, *Il gesto e la parola*. 2 voll., Sesto San Giovanni: Mimesis

- Mantovani D., Schiavone A. (a cura di) 2007, *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia: Pavia University Press
- Manzin M. 2014, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino: Giappichelli
- Padoa Schioppa A. (a cura di) 2014, *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia: Pavia University Press
- Quintiliano 2018, *La formazione dell'oratore*, a cura di C.M. Calcante, Milano: BUR
- Ricca M. 2022, "Il diritto o il Paradiso? Un dialogo con Tommaso Greco sulla generatività della fiducia e sul significato pro-fattivo del diritto", in *Calumet*, <https://calumet-review.com/index.php/2022/06/13/il-diritto-o-il-paradiso-un-dialogo-con-tommaso-greco-sulla-generativita-della-fiducia-e-sul-significato-pro-fattivo-del-diritto/>
- Robilant E. di 1983, "Realtà e figure nella scienza giuridica", in U. Scarpelli (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Milano: Edizioni di Comunità
- Robilant E. di 1989, "Economia, diritto e persona nella società complessa", in F. Gentile (a cura di), *Interpretazione e decisione. Diritto ed economia*, Milano: Giuffrè
- Robilant E. di 1990a, "Le teorie dall'informazione all'allusione", in S. Rota Ghibaudi, F. Barcia (a cura di), *Studi politici in onore di Luigi Firpo*, vol. 4, *Problemi, metodi, prospettive*, Milano: Franco Angeli
- Robilant E. di 1990b, "Sistemi informativo-normativi e operatività nella società complessa", in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. 2 – *Saggi teorico-giuridici*, Milano: Giuffrè
- Robilant E. di 1995, *Informazione e competizione*, Torino: CIDAS
- Robilant E. di 1997, *Diritto e selezione critica. Appunti per il corso di Filosofia del diritto 1996-1997*, Torino: Giappichelli
- Robilant E. di 1999, "Prospettive per il diritto nella società complessa", in *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milano: Giuffrè
- Robilant E. di 2000a, "Aspetti del problema della normazione nella società complessa", in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, anno XLVII
- Robilant E. di 2000b, "Ordini statici e ordini dinamici nella società complessa", in G. Clerico (a cura di), *Il pensiero di Friedrich von Hayek*, vol. 2 – *Società, istituzioni e stato*, Torino: Utet
- Robilant E. di 2008, "Libertà e figure nella società complessa e nel Cristianesimo", in P. Heritier (a cura di), *Problemi di libertà nella società complessa e nel Cristianesimo*, Soveria Mannelli: Rubbettino
- Romana Nocchi F. 2020, *Quintiliano. Modelli pedagogici e pratiche didattiche*, Brescia: Scholé
- Scillitani L. 2007, *Fiducia, diritto, politica. Prospettive antropologico-filosofiche*, Torino: Giappichelli
- Sequeri P. 2016, *Deontologia del fondamento*, seguito da Heritier P. (a cura di), *Verso una svolta affettiva nelle law and humanities e nelle neuroscienze*, Torino: Giappichelli
- Sini C. 1991, *Il simbolo e l'uomo*, Milano: EGEA
- Sini C. 2009, *L'uomo, la macchina, l'automa. Lavoro e conoscenza tra futuro prossimo e passato remoto*, Torino: Bollati Boringhieri
- Sini C. 2012, *Il sapere dei segni. Filosofia e semiotica*, Santarcangelo di Romagna: Rusconi
- Sini C. 2013, *Il foglio-mondo*, in *Opere*, vol. III, tomo II, Milano: Jaka Book
- Sini C. 2016, *L'alfabeto e l'Occidente*, in *Opere*, vol. III, tomo I, Milano: Jaka Book
- Stern D. 2022, *Il mondo interpersonale del bambino*, Torino: Bollati Boringhieri
- Svenbro J. 1991, *Storia della lettura nella Grecia antica*, Roma-Bari: Laterza
- Tomasi S. 2020, *L'argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma: Carocci

# Note

Nicolás Salvi<sup>1</sup>

*Il giudizio come iperdramma: dalla riflessione filosofica alla critica radicale.*

#### ABSTRACT

This paper explores the conceptualisation of the legal judgment as drama in Alessio Lo Giudice's work and radicalises this idea using Aníbal D'Auria's programme of radical critique. It argues that the trial is not only a dramatic action, but a hyper-dramatic stage where political and social forces confront each other, exacerbating the conflicts and subjectivity inherent in the judicial process. Through a comparative analysis, it is demonstrated how these perspectives can influence contemporary judicial practice and reflects on the need for a deeper and more critical understanding of the legal judgment.

#### KEYWORDS

Legal Judgment, Hyperdrama, Social Conflict, Judicial Interpretation, Radical Critique.

#### INDICE

1. Introduzione: il teatro del diritto. 2. Alessio Lo Giudice: il giudizio come dramma riflessivo. 3. Aníbal D'Auria: la radicalizzazione del giudizio. 4. Il giudizio come iperdramma: una sintesi concettuale. 5. Implicazioni per la pratica giudiziaria contemporanea. 6. Conclusione.

#### 1. Introduzione: il teatro del diritto.

Nella vasta arena del diritto, il giudizio è stato tradizionalmente concepito come un processo formale, governato da regole e procedure chiaramente delineate. Dietro questa facciata di ordine e razionalità, tuttavia, si nasconde una tragedia umana con profonde implicazioni etiche e politiche. Da Messina, Alessio Lo Giudice, nel suo lavoro *Il Dramma del Giudizio*, suggerisce che il giudizio è, in sostanza, un dramma riflessivo, un'azione carica di significato morale e umano. Dall'altra parte, da Buenos Aires, Aníbal D'Auria, in *Contra los jueces*, offre, da una prospettiva critica del diritto, la concettualizzazione del giudizio come palcoscenico per rivelare le oppressioni e le lotte di potere che si nascondono dietro la presunta imparzialità dell'amministrazione pubblica della giustizia.

Questa nota non intende affrontare le prospettive di Lo Giudice e D'Auria come inconciliabili, ma piuttosto utilizzarle in modo complementare per approfondire la comprensione del giudizio. Partendo dalla concettualizzazione di Lo Giudice del giudizio come dramma, indichiamo come queste situazioni diventino iperdrammatiche nel contesto che D'Auria esemplifica mostrando vari processi a militanti anarchici con circostanze ed esiti polemici. La iperdrammaticità emerge quando la conflittualità insita nel processo viene, di fatto, amplificata dalla circostanza che i giudici non sono solo registi di un più ampio gioco di conflitti interpartitici, ma si rivelano essere anche garanti dogmatici delle concezioni etico-politiche dei progetti statali. Questa sintesi concettuale ci permette di comprendere il giudizio non solo come un processo legale, ma anche come un evento carico di significati e tensioni sociali e politiche.

---

<sup>1</sup> Professore di Filosofia del Diritto presso l'Universidad Nacional de Tucumán e di Introduzione ai Sistemi Giuridici presso l'Universidad San Pablo-Tucumán (Argentina), [nicolas.salvi@derecho.unt.edu.ar](mailto:nicolas.salvi@derecho.unt.edu.ar)

2. Alessio Lo Giudice: il giudizio come dramma riflessivo.

Alessio Lo Giudice, ne *Il Dramma del Giudizio*, propone una visione del giudizio che va oltre la mera locuzione secondo cui *da mihi factum, dabo tibi ius*. Secondo l'autore, il giudizio è un'azione drammatica performativa, un processo in cui si affrontano e si risolvono conflitti pienamente umani. Lo Giudice sottolinea che l'interpretazione giudiziaria deve considerare la complessità della vita umana e la dimensione morale di ogni caso. Il giudice non è un semplice applicatore della legge, ma un interprete autonomo che deve navigare nelle acque torbide della condizione umana per raggiungere un'autentica giustizia.

Francesco Carnelutti, nel suo influente articolo *Torniamo al Giudizio*, aveva già affermato che il giudizio giuridico è irriducibile alla mera questione processuale e che la sua essenza risiede nell'azione drammatica che comporta. Lo Giudice riprende questa idea e sostiene che il giudizio è un dramma perché comporta un confronto diretto tra il giudice e il giudicato, ciascuno con il proprio insieme di desideri, bisogni, convinzioni e inclinazioni. Questa contesa non solo è inerente al giudizio, ma lo definisce e lo rende una rappresentazione della lotta umana verso la direzione costante della giustizia.

Il libro esamina il giudizio in un contesto contemporaneo in cui si confrontano visioni opposte del diritto, dall'idealizzazione dell'oggettività alla visione del diritto come mera discrezionalità. Lo Giudice promuove una prospettiva che rompe con le meta-narrazioni moderne, recuperando il giudizio come elemento fondamentale per comprendere l'esperienza giuridica da una prospettiva profondamente umana e non totalizzante. Egli critica la possibilità di un diritto oggettivo senza giudizio, sottolineando, ad esempio, che strumenti come l'intelligenza artificiale (strumenti che inseguono il sogno di perfezione dei sistemi giuridici), in realtà, aggravano il problema, invece di risolverlo.

L'autore enfatizza la dualità del giudizio, che comporta non solo conflitti tra le parti, ma anche un conflitto interno del giudice con se stesso. Approfondisce la natura antropologica del giudizio, evidenziando i limiti intrinseci dell'essere umano nel giudicare oggettivamente. Tuttavia, sostiene che il giudizio è essenziale per decifrare il significato stesso del diritto, rimarcando la necessità di andare oltre il processo per comprendere cosa sia la tecnologia sociale che chiamiamo diritto.

L'opera affronta la crisi che circonda l'atto del giudicare e le resistenze che sono sorte nella sfera giudiziaria, utilizzando la letteratura per illustrare il suo punto di vista in modo più vivido e significativo. Lo Giudice esamina l'atto del giudicare da due prospettive chiave: quella esistenziale, attraverso l'opera di Franz Kafka, e quella istituzionale, utilizzando il processo nell'*Orestiade* di Eschilo. Kafka<sup>2</sup>, con la sua rappresentazione della burocrazia oppressiva e dell'alienazione individuale, offre una visione del processo come un'esperienza angosciante e disumanizzante, mentre Eschilo, con la sua rappresentazione poetica del processo nell'antica Grecia, ci trasporta in uno scenario in cui la giustizia divina e umana si intrecciano in un melodramma cosmico, rivelando il processo come un atto sacro di equilibrio e di ripristino dell'ordine. Integrando queste prospettive, Lo Giudice evidenzia il ruolo centrale del giudizio sia a livello individuale che collettivo, mostrando come le esperienze personali e le strutture sociali interagiscano nel processo giudiziario.

---

<sup>2</sup> In un saggio più focalizzato sull'opera di Franz Kafka, Lo Giudice 2024 rivolge particolare attenzione a come lo scrittore delinea un sistema giudiziario non solo oppressivo, ma anche incomprensibile, in cui il giudizio appare come un atto arbitrario privo di legittimità. Lo Giudice osserva che “L'inconoscibilità della Legge e del giudizio, che non sono accessibili ma che, allo stesso tempo, ci riguardano personalmente, mostrerebbe come l'unico giudizio sull'uomo che ha il carattere assoluto della necessità non proviene dall'uomo stesso ma da un'istanza che, imperscrutabilmente, lo trascende” 2024: 129. Tuttavia, questo atto trascendentale, che porta dalla legge formale al giudizio materiale, alla cruda realtà, rappresenta anche per il dramma dell'esistenza “La caduta stessa del giudizio, quando si risolve semplicemente nella sentenza pronunciata da un essere umano nei confronti di un altro essere umano” 2024: 129.

Lo Giudice suggerisce che la forma più appropriata di giudizio giuridico è quella che Immanuel Kant<sup>3</sup> chiama “riflessiva”. Questo tipo di giudizio procede dal fatto alla regola, cercando di soddisfare la pretesa di giustizia. Egli sottolinea l’importanza dell’autonomia interpretativa del giudice e come la pretesa di giustizia agisca come limite contro l’arbitrio soggettivo. Questo stabilisce una connessione tra il giudizio e la costituzione operativa come espressione normativa dell’aspirazione alla giustizia in una specifica comunità.<sup>4</sup>

L’opera di Lo Giudice porta il lettore a proclamare la necessità di tornare al giudizio, sia in termini pratici che epistemologici, per comprendere l’esperienza giuridica da una prospettiva dolorosamente umana. Lo Giudice propone una filosofia del giudizio giuridico che supera le dicotomie semplicistiche e si avvicina alla complessità dell’esperienza giuridica da una prospettiva più ricca e umanistica.

Le riflessioni precedenti ci portano a comprendere come le massime kantiane del giudizio, interpretate dalla prospettiva del diritto, indichino la strada per una filosofia - o critica - della decisione giudiziaria. Le massime di giudizio acquistano significato nella relazione che il giudice intrattiene con gli altri, relazione che, sebbene esista nel giudizio estetico, è ancora più rilevante nel giudizio giuridico, dove gli altri soggetti e le loro azioni sono appunto l’oggetto del giudizio.

L’aspirazione della decisione giudiziaria è quella di rispondere alla domanda di giustizia attribuendo un contenuto alla giustizia invocata e riconoscendo la dignità delle parti coinvolte. Ciò implica il superamento di un riconoscimento superficiale del giudizio come accettabile, per arrivare a un riconoscimento reciproco degli individui coinvolti come soggetti di diritto il cui punto di vista è stato preso in seria considerazione. Senza un concetto universale di giustizia a disposizione, giudicare significa pensare se stessi al posto degli altri, collocarsi con la propria identità autonoma nelle situazioni altrui per decidere e prendere posizione.

Il dramma del giudizio è radicato nella concezione della facoltà di giudizio come sensibilità che va oltre i suddetti estremi opposti. Il giudizio diventa un accesso al diritto e l’affermazione dell’umanità del giudizio è equiparata all’umanità del prodotto del diritto. La sublimazione del mistero del diritto è intrinsecamente legata al mistero del giudizio e del suo risultato, trasformando il diritto in un’entità radicalmente umana che si manifesta nella situazione drammatica del giudice e del giudicato.

L’idea che il giudizio sia un’azione drammatica implica anche il riconoscimento della responsabilità del giudice come interprete autonomo. Il giudice deve avere la sovranità interpretativa necessaria per rispondere alle esigenze della giustizia in ogni caso particolare. Questa autonomia non deve essere vista come arbitrio, ma come una profonda responsabilità. Il processo, quindi, è una rappresentazione teatrale in cui ogni caso è una storia unica e il giudice, come regista di questa rappresentazione, deve bilanciare la lettera della legge con l’essenza della giustizia.

Elaborando ulteriormente questa idea di metafora teatrale, Lo Giudice spiega che ogni parte in causa ha dei personaggi che portano con sé un carico di esperienze, emozioni e prospettive. Il giudice, in questo scenario, non è solo la bocca della legge, ma un interprete che deve cogliere l’imprescindibilità della giustizia nel contesto particolare di ogni caso. Questo approccio rompe l’idea del processo freddo, meccanico e algoritmico, e apre il gioco a un evento carico di significati ed emozioni, dove l’umanità del giudice e delle parti si scontrano nel tentativo di ottenere giustizia.

Questa prospettiva sottolinea la complessità e la profondità del processo giudiziario, evidenziando la necessità di un’interpretazione autonoma e riflessiva da parte del giudice. Allo stesso tempo, questa visione ci prepara anche a comprendere come le critiche di D’Auria radicalizzino questa concezione, esponendo le dinamiche di potere e oppressione che possono emergere nel

<sup>3</sup> Kant 1997

<sup>4</sup> Questo può diventare più estremo nei giudizi di alta caratura etico-politica, come i processi ai gerarchi nazisti o alle giunte militari argentine. Come sottolinea giustamente Claudio Martyniuk 2002: 48, il giudizio politico ha molte analogie con il giudizio estetico di Kant, cioè giudizi che ci riconciliano con il mondo. Ma come possiamo riconciliarci con il mondo delle “sparizioni” e della “banalità del male”?

giudizio. Nella prossima sezione esploreremo la diagnosi di D'Auria e come la sua analisi dei processi agli anarchici riveli la natura pienamente iperdrammatica del giudizio giuridico.

### 3. Aníbal D'Auria: la radicalizzazione del giudizio.

Aníbal D'Auria è una figura di riferimento nella filosofia politica e nel pensiero critico latino-americano. Il suo programma, quello della critica radicale, è un approccio che cerca di svelare le radici stesse del diritto come ordine coercitivo per eccellenza. Nel suo libro *Contra los jueces*, D'Auria ha messo in atto una valutazione incisiva e profonda di quanto i processi giudiziari agiscano come strumenti di oppressione, riflettendo e rafforzando le strutture di potere dominanti.

Prima di approfondire la questione specifica del giudizio, è importante comprendere il quadro epistemologico da cui partono gli studi di questo autore. D'Auria<sup>5</sup> propone un programma di critica radicale del diritto basato sulla teoria pura di Hans Kelsen, che assimila lo Stato all'ordinamento giuridico positivo<sup>6</sup>, rivelando la natura inerentemente coercitiva del diritto. Questo approccio spoglia il concetto di Stato di tutti gli elementi ideologici e fittizi, consentendo una critica di fondo del diritto che è anche una critica dello Stato. Secondo D'Auria - e Kelsen<sup>7</sup> - il diritto è essenzialmente un sistema di regole sostenuto dalla coercizione, e la sua critica radicale deve mettere in discussione la necessità stessa di questa coercizione organizzata, che egli definisce il "supremo criterio formale dell'ordine coercitivo".

D'Auria distingue tre livelli di critica del diritto, in senso tecnico e di natura descrittiva-interdisciplinare:

*critica giuridica parziale*: si concentra su istituzioni o aspetti specifici del diritto, come la funzione giudiziaria o la proprietà privata;

*critica giuridica generale*: esamina il contenuto generale del diritto o dei fenomeni giuridici nel loro complesso;

*critica radicale del diritto*: si rivolge specificamente alla coercitività che definisce il diritto. Questo livello non si limita a come e perché l'ideologia influenzi le decisioni giudiziarie, ma mette in discussione la radice del diritto: il suo carattere coercitivo. Si chiede perché esista la coercizione giuridica, quali condizioni sociali la rendano possibile e se esista un'ideologia della coercizione che la sostenga.

Per questo pensatore, questa critica radicale può basarsi solo su un "universale libertario", un presupposto epistemologico che permette di mettere ipoteticamente in discussione la necessità della coercizione giuridica. Sebbene l'anarchismo sia certamente un'opzione etico-politica, non è necessario essere anarchici per adottare questo universale libertario come base per un'indagine critica. Questo approccio permette di indagare le condizioni che rendono possibile l'esistenza di qualsiasi istituzione giuridica o politica, comprese quelle che regolano la violenza.

---

<sup>5</sup> D'Auria 2016.

<sup>6</sup> "Una conoscenza dello stato esente da ogni ideologia e liberata quindi da ogni metafisica e da ogni mistica, non può comprenderne l'essenza in altro modo che concependo questa formazione sociale come un ordinamento del comportamento umano (...) Comunemente si definisce lo stato come un'organizzazione politica, ma in questo modo si esprime soltanto il fatto che l'ordinamento giuridico è un'ordinamento coercitivo. Infatti, l'elemento specificamente "politico" di questa organizzazione consiste nella coercizione esercitata da un individuo verso un altro individuo e regolata da questo ordinamento, cioè negli atti coercitivi statuiti da questo ordinamento. Sono proprio questi atti coercitivi che l'ordinamento giuridico ricollega a quelle condizioni che esso stesso determina. In quanto organizzazione politica, lo stato è un ordinamento giuridico". Kelsen 1966: 318.

<sup>7</sup> Kelsen è chiaro quando spiega che: "Se si contrappongono gli ordinamenti coercitivi a quelli che non hanno carattere coercitivo, che si fondano cioè sull'obbedienza volontaria, ciò è possibile solo nel senso che gli uni dispongono delle misure di coercizione, quali sanzioni, mentre gli altri no. E queste sanzioni sono misure coercitive solo nel senso che agli individui in parola vengono sottratti certi beni contro la loro volontà, e se necessario con l'impiego della forza fisica. In questo senso, il diritto è un ordinamento coercitivo". Kelsen 1963: 19.

Tornando al tema del nostro saggio, in *Contra los jueces* D'Auria esamina diversi processi storici e contemporanei, in particolare quelli in cui gli anarchici sono stati condannati non solo per le loro azioni, ma anche per le loro idee. I processi a Pëtr Kropotkin a Lione e ad August Spies a Chicago sono emblematici a questo proposito. Kropotkin, dichiarando “Sono anarchico perché la mia dignità di uomo non mi permette di essere altro”, e Spies, con il suo provocatorio “La mia difesa è la vostra accusa”, usarono i loro processi come piattaforme per denunciare l'ingiustizia del sistema e rivendicare i loro ideali anarchici. Non si trattava di semplici procedimenti giudiziari, ma di battaglie ideologiche in cui veniva condannata l'idea stessa di anarchismo (che a sua volta condannava l'idea stessa di Stato).

D'Auria sostiene che il giudizio è inevitabilmente influenzato dalle ideologie e dagli interessi di chi è al potere. I giudici, lungi dall'essere interpreti imparziali della legge, non sono nemmeno registi della tragedia. Sono attori intrappolati in un sistema che perpetua le disuguaglianze sociali. Le decisioni giudiziarie sono manifestazioni delle lotte di potere e dei pregiudizi che dominano la società. Questa prospettiva ci costringe a riconoscere i limiti della giustizia oggettiva e il posto del giudice come burocrate che alla fine deve abbandonare la strada della virtù della giustizia per perseguire la difesa dell'architettura statale.

L'indagine di D'Auria va oltre la semplice critica dei singoli giudici. Nelle parole conclusive del suo libro, sostiene che la vera posta in gioco quando il diritto cerca di giudicare l'anarchia è il confronto tra due idee radicalmente opposte: l'idea di legge dello Stato e l'idea di anarchia. Il diritto è presentato come un'istanza superiore e neutrale che cerca di mantenere l'ordine sociale, mentre l'anarchia rifiuta questa concezione e mette in discussione la legittimità del diritto stesso. In questo senso, il processo diventa un'arena in cui si confrontano non solo individui e fatti specifici, ma anche ideologie e concezioni fondamentali della società e della giustizia. La vera posta in gioco in questi giudizi è la capacità della Giurisprudenza di emettere verdetti sull'Anarchia stessa, mettendo in discussione la legittimità di questo confronto.

D'Auria contrappone l'ideologia dello Stato all'idea di Anarchia su tre livelli diversi: individuale, politico e ideale. A livello individuale, i giudici si considerano superiori agli imputati, mentre l'Anarchia vede tutti gli individui come uguali. Sul piano politico, lo Stato sostiene un ordine giuridico comune imposto a interessi particolari, mentre l'Anarchia enfatizza la lotta tra interessi particolari privilegiati e violati. A livello di idee, lo Stato di diritto è presentato come neutrale e superiore all'anarchia, che è vista negativamente. L'anarchia, invece, promuove l'uguaglianza e la libertà, rifiutando la gerarchia e la disuguaglianza insite nello Stato e nel diritto.

D'Auria sottolinea la rappresentazione dei giudici che si percepirebbero come superiori, riflettendo la fiducia nel diritto e nello Stato, e pensandosi come garanti di un ordine pubblico presumibilmente neutrale. Tuttavia, per D'Auria si tratterebbe soltanto di un'illusione ideologica. L'anarchia, nel suo attacco più profondo, rifiuta non solo le violazioni procedurali e l'imparzialità classista dei giudici, ma anche l'idea stessa del processo penale e l'intero apparato giuridico repressivo dello Stato.<sup>8</sup> Per gli anarchici, il diritto si auto-contraddice nel suo tentativo di giudicare l'anarchia, diventando sia giudice che parte, e violando così i suoi stessi principi di imparzialità.

La critica radicale di D'Auria non solo smaschera le pretese di neutralità del sistema giudiziario, ma mette in discussione la legittimità stessa del diritto come strumento di giustizia. Questa prospettiva mostra in modo più tangibile come il dramma sia più grande di quanto sembri. Il processo giuridico non è una tragedia in cui il giudice è condannato a dover essere il regista costante dell'applicazione della ragione pratica. È piuttosto un attore condannato a dover seguire un copione che non ha scritto e che deve leggere attraverso presunzioni politiche che gli vengono imposte come dogmi riconducibili alla sua funzione di custode dello Stato e della legge.

<sup>8</sup> Ancora più chiaramente, nelle parole di Elina Ibarra 2017: 113: “La disuguaglianza è la madre del crimine. L'amministrazione della giustizia, vista in questo modo, non sarebbe altro che vendetta e punizione esemplare” [traduzione propria].

4. Il giudizio come iperdramma: una sintesi concettuale.

L'interazione tra le idee di Lo Giudice e D'Auria ci porta, come abbiamo già detto, a una concezione del giudizio come iperdramma. Questo concetto, che sviluppiamo come sintesi del pensiero di entrambi gli autori, offre una visione più ricca e articolata della tragedia giudiziaria.

Il processo come iperdramma riconosce la dimensione morale e umana del processo, come suggerisce Lo Giudice, ma incorpora anche la critica di D'Auria alle strutture di potere coercitive e alla posizione del giudice come difensore di dogmi più grandi di lui. In questa integrazione, il processo è un fenomeno in cui i conflitti insiti nella natura umana e le lotte per la difesa del potere costituito - e il suo rovesciamento - diventano un pilastro fondamentale del progetto politico chiamato Stato. Il giudice, in questo scenario, non è solo un applicatore della legge, ma un interprete che deve bilanciare la lettera della legge con la presunta essenza della giustizia, affrontando i limiti imposti dalle strutture di potere in cui opera.

Per descrivere questa concezione del giudizio come iperdramma, è utile ricorrere agli esempi storici che lo stesso D'Auria utilizza per mostrare l'estrema conflittualità dell'arena giudiziaria. Prendiamo un caso emblematico per illustrare meglio questo concetto: il processo a Pëtr Kropotkin a Lione nel 1883. Kropotkin, noto come il principe anarchico e uno dei più importanti teorici del pensiero libertario, fu arrestato in un contesto di agitazione sociale e accusato di appartenere all'Associazione Internazionale dei Lavoratori (IWA). Questo processo giudiziario non si concentrò solo sulle sue presunte attività illegali, ma fu utilizzato anche per giudicare le sue idee e la sua influenza sul movimento anarchico. Kropotkin avrebbe potuto fuggire, ma con un atteggiamento socratico decise di affrontare il processo insieme ad altri sessanta anarchici arrestati.

Nelle sue memorie, Kropotkin<sup>9</sup> descrive come il processo fosse una farsa volta a screditare il movimento anarchico. L'accusa principale era la sua appartenenza all'IWA, nonostante il fatto che questa organizzazione non esistesse più a Lione. Il russo utilizzò la sua difesa per smascherare l'ipocrisia del giudizio, denunciando che non si trattava di un processo penale, ma di un processo alle opinioni politiche. Criticò la repressione borghese e l'ingiustizia sociale, sostenendo che era stata la repressione violenta delle classi privilegiate a guidare la rivoluzione.

Il discorso di Kropotkin davanti al tribunale fu una potente difesa dei suoi ideali. La sua arringa sottolineava l'incongruenza di essere giudicati da un sistema che lui stesso considerava corrotto e oppressivo. L'anarchico sosteneva che la repressione borghese impediva un'evoluzione sociale pacifica e che, se la rivoluzione diventava violenta, era a causa dell'ostinazione delle classi privilegiate a mantenere il loro potere.

Questo processo è la dimostrazione palpabile di come il giudizio possa essere un palcoscenico per l'iperdramma, dove più che i fatti, il giudice deve giudicare soggetti che mettono in pericolo l'esistenza stessa dell'istituzione che egli rappresenta. L'aula di tribunale diventa un campo di battaglia dove è in gioco il destino delle idee e l'esistenza dei combattenti. Ma più di ogni altra cosa, riemerge la soggettività del giudice, stretto tra il suo dovere di impartire una giustizia coercitiva e le pressioni del sistema che perpetuano le disuguaglianze sociali.

La soggettività del giudice è un elemento cruciale nell'iperdramma del giudizio. Secondo Lo Giudice, il magistrato deve avere l'autonomia interpretativa necessaria per rispondere alle esigenze della giustizia in ogni caso particolare. Questa autonomia non deve essere vista come arbitrio, ma come una profonda responsabilità. Il giudice deve essere consapevole dei dilemmi etici e delle realtà sociali che deve affrontare, sforzandosi di prendere decisioni che riflettano una profonda comprensione della giustizia. Tuttavia, come sostiene D'Auria, questa soggettività è inevitabilmente influenzata dalle strutture di potere e dai pregiudizi di classe che hanno assunto la forma di leggi. Questa dualità crea uno scenario in cui la giustizia reale diventa una lotta perpetua tra la presunta integrità morale del giudice e le continue catene del sistema pubblico.

---

<sup>9</sup> Kropotkin 2005.

Il giudizio come iperdramma riflette evidentemente la crisi delle concezioni etico-politiche dei progetti statali. In un contesto in cui le promesse di giustizia ed equità sono costantemente oscurate da un'oppressione criptica e cinica, il processo diventa un microcosmo di queste tensioni che si materializzano alla luce del pubblico. Il processo mette in luce le contraddizioni e i conflitti insiti in qualsiasi sistema coercitivo, che pretende di essere imparziale ed equo, ma in cui le norme consuetudinarie di un gruppo sono state dichiarate legge e vengono utilizzate per giudicare anche gruppi esterni ad esso.

In breve, il giudizio come iperdramma non è solo un concetto che mostra situazioni marginali o aneddotiche. I casi degli anarchici sono esemplari in quanto rendono evidente l'iperdramma e lo mettono in evidenza. Ma questa condizione è intrinsecamente radicata nel generale rituale del giudizio. Il processo giudiziario è un'arena in cui è in gioco non solo il destino degli individui, ma anche idee e concezioni fondamentali della società e della giustizia.

##### 5. Implicazioni per la pratica giudiziaria contemporanea.

Riconoscere la condizione iperdrammatica del giudizio ci costringe a riconsiderare il modo in cui il compito di amministrare la giustizia viene svolto nel momento attuale. Questa prospettiva ci porta a mettere in discussione non solo la figura del giudice, ma anche la struttura stessa degli Stati rappresentativi e dei loro processi giudiziari.

Innanzitutto, è necessario considerare le implicazioni dell'utilizzo del programma della critica radicale in questa situazione. La critica qui presentata mette in discussione non solo la figura del giudice, ma anche la struttura stessa della democrazia rappresentativa. Il sistema rappresentativo, nella sua forma attuale, spesso contraddice il suo presunto carattere democratico, concentrando il potere decisionale nelle mani di pochi e perpetuando le disuguaglianze strutturali. Questa critica è molto più incisiva della cauta critica ai giudici di Jeremy Waldron<sup>10</sup>, già canonica nella filosofia giuridica contemporanea. Ci riferiamo al suo ripudio del controllo costituzionale forte o, più poeticamente, alla sua contrarietà al governo dei giudici.

Waldron si concentra sui pericoli della giudiziizzazione della politica, sottolineando che il controllo giudiziario può essere un' "offesa" alla democrazia e un "insulto" ai cittadini politicamente impegnati, ma non si interroga fundamentalmente sulle strutture di potere sottostanti che D'Auria mette in evidenza; né si prende il tempo di valutare la situazione drammatica in cui si trovano questi attori, come giustamente mostra Lo Giudice.

Nei suoi scritti, Waldron sostiene che in una società democratica le decisioni su questioni controverse dovrebbero essere oggetto di una discussione aperta e franca e, in ultima analisi, dovrebbero essere sottoposte a una decisione politica, non giudiziaria. Secondo Waldron, il disaccordo è un segno distintivo del nostro tempo e la regola della maggioranza è l'unica procedura che rispetta l'uguaglianza politica nel processo decisionale. Tuttavia, la sua critica rimane in superficie, temendo l'aristocrazia pretoria, e non dice nulla sulle regole che questi attori utilizzerebbero. Cioè le regole dell'oligarchia legislativa. Questo autore non vede che il potere che accusa le alte corti di esercitare è solo la punta dell'iceberg di un sistema che, per esistere, si basa sulla paura e sulla coercizione.

La concezione del giudizio come iperdramma richiede una radicale rivalutazione teorica e pratica del sistema giudiziario e democratico. Implica il riconoscimento che il processo legale non è un processo neutrale e oggettivo, ma una fase in cui le tensioni politico-sociali vengono affrontate ed esacerbate.

Forse il grande dramma dei giudici è che essi, garanti della Costituzione - dello Stato - sono in definitiva prigionieri del compito di salvaguardare l'esistenza di questo modo di organizzare il potere. Un compito per il quale, in molti - o in tutti - i casi, devono sacrificare quella che è considerata una

---

<sup>10</sup> Waldron 2018.

giustizia ragionevole, e far prevalere di volta in volta, in un costante iperdramma, il lato della bilancia che pende verso il Leviatano e la sua autopreservazione.

## 6. Conclusione

Il giudizio, concepito come un iperdramma, offre una visione ricca e sfumata dell'amministrazione della giustizia, amalgamando le prospettive giusfilosofiche di Alessio Lo Giudice e Aníbal D'Auria. Questa concezione non solo riconosce la dimensione morale e umana del processo, ma anche le strutture di potere e la soggettività che lo segnano profondamente.

Il giudizio non è semplicemente un processo legale, ma un'arena di costante belligeranza. Questo iperdramma giudiziario, in cui si cristallizzano conflitti e lotte di potere, richiede una pratica giudiziaria che sia consapevole di queste dinamiche e che smascheri il cinismo con cui vengono gestite le concezioni formaliste e oggettiviste.

La responsabilità del giudice, da un punto di vista iperdrammatico, è paradossale: è immensa e minuscola allo stesso tempo. Il giudice deve esercitare il suo lavoro attraverso le complessità morali e politiche del giudizio, riconoscendo le proprie soggettività e i propri pregiudizi e sforzandosi di prendere decisioni che riflettano una profonda comprensione della giustizia. Allo stesso tempo, diventa un servitore dei dogmi con cui è stato addestrato a sostenere l'integrità dello Stato. Anche se questo contraddice il suo compito di campione della giustizia razionale.

Piuttosto che puntare a un sistema giudiziario più giusto ed equo in modo superficiale, dobbiamo proporre cambiamenti concreti che affrontino le radici delle ingiustizie strutturali. La critica radicale qui presentata ci invita a ripensare non solo la figura del giudice, ma anche la struttura stessa dei sistemi rappresentativi, e a cercare modi di riformare il sistema giudiziario che siano veramente trasformativi.

La critica di Waldron al controllo giudiziario, che egli vede come un attacco alla democrazia, non affronta il modo in cui le strutture di potere sottostanti perpetuano le ingiustizie. La nostra critica, invece, liberandosi dai dogmi della statualità, può aprire la partita a concezioni etico-politiche che pensano a utopie diverse da quelle dell'iperdramma statale. La radicalizzazione della critica di Waldron porta a una diagnosi più profonda e alla ricerca di soluzioni che tentino di essere veramente democratiche - se è questo che si vuole -.

In definitiva, il giudizio come iperdramma è una comprensione più ampia delle condizioni del processo giudiziario. Questo approccio ci sfida a ripensare e riformare le nostre istituzioni giuridiche e democratiche in modo che possano affrontare adeguatamente le complessità e i conflitti della vita sociale. Descrive uno stato di cose che ci permette di avanzare, da un approccio basato sui valori, verso un sistema normativo che non si basa su soggetti formali artificiali inesistenti, ma sulle persone, piene di esperienze, odi, amori, pregiudizi e gentilezze. Un diritto drammatico ma umano.

## BIBLIOGRAFIA

Carnelutti F. 1949, "Torniamo al Giudizio", in *Rivista di Diritto Processuale*, 3: 167-168.

D'Auria A. 2009, *Contra los jueces. El discurso anarquista en sede judicial*, Buenos Aires: Libros de Anarres.

D'Auria A. 2016, *Crítica Radical del Derecho*, Buenos Aires: Eudeba.

Ibarra E. 2017, "Estado, violencia y anarquismo", in *Bajo palabra. Revista de filosofía*, 2(15): 99-116.

Kant I. 1997, *Critica del Giudizio*, Roma-Bari: Laterza.

Kelsen H. 1963, *Teoria generale del diritto e dello stato*, Roma: Edizioni di Comunità.

Kelsen H. 1966, *La dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.

NICOLÁS SALVI

Kropotkin P. 2005, *Memorias de un revolucionario*, Oviedo: KRK Ediciones.

Lo Giudice A. 2023, *Il dramma del Giudizio*, Milano-Udine: Mimesis.

Lo Giudice A. 2024, “Kafka di fronte al giudizio”, in Andronico A. (cur.), *Davanti alla Legge. Leggendo e rileggendo Kafka*, Milano-Udine: Mimesis: 121-134.

Martyniuk C. 2002, “Desaparición y atención”, in *Crítica Jurídica Nueva Época*, (21): 41-50.

Waldron J. 2018, *Contra el gobierno de los jueces. Ventajas y desventajas de tomar decisiones por mayoría en el congreso y en los tribunales*, Buenos Aires: Siglo XXI.

Benedetta Rossi<sup>1</sup>

*Diritti umani e condizioni di vulnerabilità: tra filosofia del diritto e diritto internazionale. Nota al volume: Vincenzo Lorubbio, Maria Giulia Bernardini (a cura di) “Diritti umani e condizioni di vulnerabilità”.*

#### ABSTRACT

The article - which discusses the recent volume edited by Maria Giulia Bernardini and Vincenzo Lorubbio - focuses on the nodal issue of the different conditions of vulnerability of people, in the light of the profound transformations affecting the current era. Paying particular attention to the - more or less obvious - risks of violation, the work in fact investigates the correlation existing between human rights and vulnerability in order to detect the different conditions of vulnerability in which people find themselves, in different cultural, social and environmental contexts. The interaction between two different scientific fields allows the Authors to detect in a clear and precise way the problematic nodes connected to and underlying the relationship between vulnerability and human rights in order to envisage the adoption of appropriate tools to overcome the ineffectiveness of the protection offered by the legal systems to the different conditions of vulnerability.

#### KEYWORDS

Vulnerability - human rights - minors - law - oppression

Il volume indaga la questione nodale della vulnerabilità, o meglio delle differenti condizioni di vulnerabilità delle persone, alla luce delle profonde trasformazioni che interessano l'epoca attuale, prestando particolare attenzione ai rischi – più o meno evidenti – di violazione dei diritti umani ad esse connesse.

In apertura i curatori dell'opera sottolineano come il tema della vulnerabilità dei corpi sia una questione di primo piano, e riprendendo la recente riflessione della filosofa Judith Butler sul tema della 'responsabilità comune'<sup>2</sup> alla luce dei drammatici eventi che caratterizzano i giorni nostri – si pensi alla pandemia mondiale degli anni 2020-2022, alle guerre in corso, alla crisi climatica – si chiedono “*Che mondo è questo?*”<sup>3</sup>.

I contributi che compongono l'opera identificano nella piena tutela dei diritti umani la soluzione a problemi di carattere globale – come quelli sopra citati – che devono essere affrontati dalla società civile tutta con un'urgenza crescente, senza mai dimenticare che la strutturale vulnerabilità insita nella condizione umana costituisce un serio ostacolo all'esercizio effettivo di questi stessi diritti<sup>4</sup>.

Attraverso un costante dialogo tra il diritto internazionale e la filosofia del diritto, l'opera indaga la correlazione esistente tra diritti umani e vulnerabilità al fine di poter rilevare – e conseguentemente analizzare – le differenti condizioni o situazioni di vulnerabilità in cui le persone, in quanto esseri umani, versano, nei diversi contesti culturali, sociali, ambientali. Una riflessione che porta in campo

---

<sup>1</sup> Dottoranda di ricerca in Filosofia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Modena e Reggio Emilia, email: [benedetta.rossi@unimore.it](mailto:benedetta.rossi@unimore.it)

<sup>2</sup> Ci si riferisce alle recentissime riflessioni confluite nel volume Butler 2022.

<sup>3</sup> Lorubbio, Bernardini: 7.

<sup>4</sup> Ibidem: 8.

questioni di spiccato rilievo teorico-concettuale con ricadute altrettanto considerevoli, tanto sul piano istituzionale quanto su quello pratico-operativo<sup>5</sup>.

Il libro è suddiviso in nove sezioni, dedicate più precisamente al “concetto di vulnerabilità” (pp. 17-44), alla condizione delle “persone di minore età” (pp. 45-94), alle “persone anziane” (pp. 95-136), alle “persone con disabilità” (pp. 137-170), alle “persone private delle libertà personale” (pp. 171-206), alle “persone migranti” (pp. 207-250), alle “donne vittime di violenza” (pp. 251-286), alle “persone LGBTIQ+” (pp. 287-334) e, infine, alla “vulnerabilità ecosistemica” (pp. 335-375).

Baldassare Pastore, nel contributo di apertura<sup>6</sup>, opera una sorta di ‘mappatura’ dei territori della vulnerabilità e dei cosiddetti soggetti vulnerabili indagando il rapporto che lega questi al diritto. Egli precisa come la vulnerabilità, in quanto categoria euristica, sia efficace strumento di misurazione del funzionamento del mondo istituzionale a tutto campo, vale a dire sociale, politico e giuridico<sup>7</sup>. Orsetta Giolo, dal canto suo<sup>8</sup>, analizza la relazione tra vulnerabilità, discriminazione e intersezionalità<sup>9</sup> a partire da un assunto: la pervasività del ritorno alla vulnerabilità ha portato una grande confusione nel dibattito teorico producendo un travisamento dei significati con considerevoli ricadute nella dimensione pratica dell’antidiscriminazione. Alla luce di ciò, per l’Autrice, è necessario riconfigurare il diritto – e di conseguenza il mondo istituzionale – a fronte delle urgenze dei giorni nostri in cui si conosce un continuo aumento del numero di persone oppresse e sfruttate. È con un quesito particolarmente evocativo che l’Autrice chiude la sua riflessione e più precisamente “*Vulnerabilità e oppressione, anziché discriminazione?*”: Giolo ritiene che solamente con il recupero dell’idea originaria di vulnerabilità, ontologicamente intesa, si possa favorire una contemporanea teorizzazione del dominio e dell’oppressione in chiave non solo politica quanto piuttosto in chiave giuridica. Sul punto si richiama un caso pratico di grande rilievo, vale a dire la normativa sullo sfruttamento sessuale e lavorativo ove l’oppressione è intesa a tutti gli effetti come violazione della condizione di eguaglianza<sup>10</sup>.

La sezione seconda del volume, dedicata invece alla condizione dei bambini e delle bambine, si apre con un contributo di Thomas Casadei che attraverso una prospettiva d’indagine di matrice giusfilosofica ripercorre i diversi fattori e/o contesti che nel corso della storia hanno reso – e tutt’oggi rendono – vulnerabili le persone di minore di età. Nei ‘contesti familiari’ l’Autore analizza le diverse forme di abuso<sup>11</sup> per poi concentrarsi sulla pratica dei matrimoni precoci/forzati e della schiavitù sessuale<sup>12</sup>. Si passa poi al ‘contesto lavorativo’ che vede in prima battuta una riflessione sul lavoro minorile<sup>13</sup>, e a seguire, una puntuale disamina delle molteplici forme di sfruttamento lavorativo e di schiavitù minorile<sup>14</sup>. Non manca un’analisi dei ‘contesti di guerra’ in cui si affronta, da un lato, la condizione dei bambini e delle bambine come vittime innocenti dei conflitti bellici e, dall’altro, la condizione emblematica dei cosiddetti ‘bambini-soldato’<sup>15</sup>. Da ultimo, ma non certamente per importanza, l’Autore sviluppa una riflessione di ampio respiro che mette in rapporto la cittadinanza e la minore età portando all’attenzione la condizione dei giovani cosiddetti di “seconda generazione”<sup>16</sup> o per meglio dire con *background* migratorio e un caso specifico in materia: quello dei minori stranieri non accompagnati<sup>17</sup>.

<sup>5</sup> Ivi: 8.

<sup>6</sup> Ivi: 17-28.

<sup>7</sup> Ivi: 25-26.

<sup>8</sup> Ivi: 29-42

<sup>9</sup> Sul punto si rimanda, per una più ampia trattazione, a Bello 2020.

<sup>10</sup> Lorubbio, Bernardini: 38-40.

<sup>11</sup> Ibidem: 48-50.

<sup>12</sup> Ivi: 50-53.

<sup>13</sup> Ivi: 53-54. Sul tema dello sfruttamento del lavoro minorile si veda, da ultimo Casadei, Tampieri, 2021.

<sup>14</sup> Lorubbio, Bernardini: 55-56.

<sup>15</sup> Ibidem: 56-58.

<sup>16</sup> Per una riflessione sul tema sia consentito rinviare a Casadei, Pierini, Rossi 2023.

<sup>17</sup> Lorubbio, Bernardini: 59-64.

Giuseppe Gioffredi, dal canto suo, analizza la condizione di vulnerabilità delle persone di minore età in una prospettiva internazionale<sup>18</sup> dedicando un'ampia sezione del suo contributo alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 1989<sup>19</sup>, definita dall'Autore come la vera e propria *Grundnorm* in materia. Anche Gioffredi riprende il fenomeno dei bambini-soldato<sup>20</sup> analizzando al contempo i recenti sviluppi in ambito internazionale, per concludere poi con una riflessione puntuale sulle numerosissime situazioni di vulnerabilità che costellano le esistenze di moltissimi minori.

In entrambi i contributi i bisogni di bambini e bambine sono posti al centro della trattazione al fine di scardinare la visione adultocentrica che da sempre ha connotato lo sviluppo della normativa dedicata ai minori d'età, specialmente a livello nazionale<sup>21</sup>.

Si giunge poi alle persone anziane: è a loro che viene dedicata la terza sezione dell'opera. In queste pagine, Maria Giulia Bernardini e Silvia Solidoro s'interrogano sulla condizione di vulnerabilità conosciuta dalle persone anziane incrociando una prospettiva di matrice giusfilosofica ad una internazionale<sup>22</sup>.

Bernardini<sup>23</sup>, riprendendo la riflessione di Giolo sul nesso tra vulnerabilità e oppressione, argomenta con grande efficacia le ragioni che hanno 'spostato' in tempi solamente recenti l'interesse della dottrina giuridica sull'età senile. Le persone anziane, per l'Autrice, sono da considerarsi a tutti gli effetti vittime di una forma sistemica di discriminazione ed esclusione<sup>24</sup> e nonostante le obiezioni che potrebbero essere mosse verso tale assunto a partire dalla questione della cosiddetta "giustizia intergenerazionale"<sup>25</sup>, Bernardini invita ad un'alleanza, piuttosto che a un conflitto, tra tutti i soggetti discriminati in base all'età. Grazie all'affermazione dei nuovi paradigmi dell'invecchiamento<sup>26</sup>, i giuristi hanno avviato una riflessione volta a ripensare i limiti del diritto e le categorie sulle quali si fonda: la sfida per l'Autrice è proprio qui, cioè a partire da questa nuova logica reinterpretare l'età senile come un tempo della vita in cui si possono fondare e affermare nuovi diritti e non solo vedersi restituiti i diritti finora negati<sup>27</sup>. Silvia Solidoro prosegue l'analisi su queste tematiche spingendosi oltre il confine e il contesto nazionale: l'Autrice, infatti, restituisce una panoramica esaustiva delle diverse iniziative adottate dalle Nazioni Unite<sup>28</sup>, passando in rassegna le più recenti pronunce della Corte EDU<sup>29</sup> e rilevando gli sviluppi a livello europeo più significativi in materia di diritti sociali<sup>30</sup>. L'Autrice dedica poi le ultime pagine del suo contributo al sistema americano illustrando le tutele e le garanzie di cui godono le persone anziane in questo contesto<sup>31</sup> nell'ambito del quale l'adozione della Convenzione inter-americana sui diritti delle persone anziane nel 2015 ha rappresentato certamente un punto di svolta ma (purtroppo) limitatamente a questo contesto, senza estendersi su una scala internazionale.

L'opera prosegue con un contributo di Elena Pariotti<sup>32</sup> che indaga la condizione delle persone con disabilità in rapporto ai diritti umani, aprendo così la quarta sezione del libro. Dopo aver passato in rassegna i tre fondamentali percorsi per la tematizzazione della condizione delle persone con

<sup>18</sup> Ibidem: 69-91.

<sup>19</sup> Ivi: 72-75.

<sup>20</sup> Ivi: 76-81.

<sup>21</sup> Per un'analisi più puntuale si richiama Fadiga 2022.

<sup>22</sup> Lorubbio, Bernardini: 95-134.

<sup>23</sup> Ibidem: 95-111.

<sup>24</sup> Ivi: 99.

<sup>25</sup> Ivi: 99-100.

<sup>26</sup> Ivi: 102-104.

<sup>27</sup> Ivi: 106-107.

<sup>28</sup> Ivi: 113-116.

<sup>29</sup> Ivi: 119-122.

<sup>30</sup> Ivi: 122-124.

<sup>31</sup> Ivi: 124-130.

<sup>32</sup> Ivi: 137-152.

disabilità<sup>33</sup> e i diversi approcci che la letteratura in materia segue<sup>34</sup>, l'Autrice illustrando il processo di specificazione che interessa i diritti umani evidenzia i principali rischi di violazione degli stessi, mostrando puntualmente come la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (CRPD) sia un importantissimo strumento giuridico per un'effettiva e piena realizzazione della persona<sup>35</sup>. Nonostante le questioni aperte siano ancora molte<sup>36</sup>, Pariotti afferma come il paradigma dei diritti umani, a suo modo di vedere, renda possibile l'emersione del modello sociale della disabilità<sup>37</sup>. Paolo Addis<sup>38</sup> prosegue la riflessione su queste tematiche, seguendo una prospettiva multilivello, secondo la logica del 'cono rovesciato', che analizza le diverse cause della vulnerabilità strutturale conosciuta dalle persone con disabilità. Passando per il piano internazionale<sup>39</sup> e per quello europeo<sup>40</sup>, l'Autore arriva al contesto costituzionale italiano<sup>41</sup> che a partire dai principi fondamentali enunciati nella Carta Fondamentale ha edificato un complesso di norme in costante evoluzione ma ancora insufficienti soprattutto su un piano di efficacia: per Addis è necessario un cambio di rotta se si vuole realmente soddisfare le necessità e i desideri nonché dare spazio alle inclinazioni delle persone con disabilità.

Stefano Anastasia<sup>42</sup> accende un faro sulla condizione delle persone private della libertà personale con particolare riguardo al contesto nazionale mentre, sullo stesso tema, Adriano Martufi<sup>43</sup> apre lo sguardo all'Europa: è infatti alle persone detenute che viene dedicata la quinta sezione del volume. Anastasia apre il suo contributo con un'interessante riflessione sulla libertà personale e sul principio di autonomia alla luce degli studi di due grandi pensatori classici della filosofia del diritto vale a dire John Locke e John Stuart Mill<sup>44</sup>. L'Autore guida il lettore e la lettrice in un percorso su tre livelli per indagare la condizione di vulnerabilità delle persone detenute, e più precisamente: la vulnerabilità *pregressa*<sup>45</sup>, quella *legale*<sup>46</sup> ed infine quella *istituzionale*<sup>47</sup>. La prima mette in luce la selettività del sistema penale che comporta la suddivisione in gruppi sociali della popolazione detenuta secondo diversi criteri<sup>48</sup>; la seconda rileva le conseguenze internazionali della privazione della libertà che emerge chiaramente nell'esecuzione dei provvedimenti giudiziari volti a limitare la libertà personale; infine, la terza e ultima che vede il mancato riconoscimento di diritti fondamentali, l'aleatorietà e la discrezionalità dei diritti pur garantiti sulla carta alle persone detenute. Anastasia rileva con grande chiarezza l'ombra di una violenza istituzionale che troppo spesso viene esercitata in modo gratuito e ingiustificato, troppo spesso 'invisibile' agli occhi degli operatori e delle operatrici del diritto<sup>49</sup>. Martufi, collegandosi alle considerazioni svolte da Anastasia, illustra come il diritto europeo si confronta con la condizione di vulnerabilità conosciuta dalle persone private della libertà personale, analizzando un profilo di grande rilievo: la violazione della dignità umana in ragione dell'inflizione di pene degradanti<sup>50</sup>. Particolarmente interessante risulta poi la riflessione connessa agli obblighi

<sup>33</sup> Ivi: 137-138.

<sup>34</sup> Ivi: 138-141.

<sup>35</sup> Ivi: 141-144.

<sup>36</sup> Ivi: 147-150.

<sup>37</sup> Ivi: 144. Per un'ampia e assai accurata panoramica sullo sviluppo delle ricerche e degli studi connessi alla disabilità si veda Bernardini, 2016.

<sup>38</sup> Lorubbio, Bernardini: 153-169.

<sup>39</sup> Ibidem: 156-158.

<sup>40</sup> Ivi: 158-162.

<sup>41</sup> Ivi: 162.

<sup>42</sup> Ivi: 171-186.

<sup>43</sup> Ivi: 186-205.

<sup>44</sup> Ivi: 171-172.

<sup>45</sup> Ivi: 174-177.

<sup>46</sup> Ivi: 177-80.

<sup>47</sup> Ivi: 180-84.

<sup>48</sup> Ivi: 183.

<sup>49</sup> Ivi: 184.

<sup>50</sup> Ivi: 192-195.

rieducativi del condannato che l'Autore svolge alla luce di alcune pronunce della Corte EDU<sup>51</sup> sottolineando come a suo modo di vedere solamente con un complessivo ridimensionamento del carcere – strada perseguita dal legislatore in tempi recentissimi come si può evincere dagli emendamenti introdotti dalla Riforma Cartabia (D. Lgs. 150 del 2022) – sarà possibile conoscere l'emancipazione e la conseguente affermazione dei diritti per le persone sottoposte al controllo penale<sup>52</sup>.

Enrica Rigo e Adele Del Guercio dedicano le loro pagine alla condizione delle persone migranti seguendo una prospettiva d'indagine di matrice giusfilosofica<sup>53</sup>, da un lato, e sovranazionale ed europea dall'altro: la sezione sesta<sup>54</sup> consente così di mettere a fuoco una delle sfide più urgenti che interessano la società contemporanea.

Rigo sottolinea la tendenza ad adottare una nozione essenzialista della vulnerabilità<sup>55</sup> quando entrano in gioco i processi migratori. L'Autrice promuove una riflessione sui due principali contesti discorsivi rispetto ai quali la vulnerabilità viene riferita specificatamente alle migrazioni, e più precisamente: il primo riguarda il rapporto tra sovranità, confini e ammissione al territorio delle persone migranti<sup>56</sup> mentre il secondo si riferisce alla loro condizione di irregolarità, questione che ha certamente acquisito centralità nella produzione giurisprudenziale della Corte EDU<sup>57</sup>. Rigo restituisce con grande chiarezza al lettore il processo di “tipicizzazione” delle categorie dei soggetti vulnerabili indotto dal legislatore, sottolineando come questo sia il risultato di una scelta piuttosto mirata e non certamente casuale legata a esigenze gestionali delle diverse fasi dell'accoglienza<sup>58</sup> che genera un'eccessiva ‘soggettivizzazione’ della condizione delle persone migranti, promuovendo così una lettura “patologizzante della vulnerabilità”<sup>59</sup>.

Del quadro giuridico internazionale ed europeo si occupa Del Guercio che si propone di testare l'efficacia del sistema di protezione delle persone migranti, a partire dalla nozione di vulnerabilità adottata dagli organi internazionali prima e comunitari poi<sup>60</sup>. Diritto di asilo, controllo delle frontiere, irregolarità: sono queste le parole che guidano la riflessione dell'Autrice. Del Guercio evidenzia come la retorica sulla vulnerabilità, tanto quanto quella sulle considerazioni umanitarie, se accompagnata da politiche e normative restrittive ed escludenti non faccia altro che accrescere e consolidare una condizione precaria delle persone migranti, e in alcuni casi a produrla<sup>61</sup>.

Paola Parolari e Sara De Vido, dal canto loro, portano nella settima sezione del volume<sup>62</sup> un significativo contributo con riferimento alla condizione di vulnerabilità conosciuta dalle donne vittime di violenza, analizzandone i connotati patogeni, in una prospettiva multilivello.

Più in particolare, Parolari s'interroga sul rapporto esistente tra violenza e vulnerabilità<sup>63</sup>, per analizzare poi la dimensione sistemico-strutturale della violenza maschile contro le donne intesa come questione sociale<sup>64</sup>. L'Autrice mette in luce la componente simbolico-culturale che affianca la violenza di genere mostrando come questa si alimenti attraverso l'attribuzione a uomini e donne di caratteristiche stereotipate che a loro volta si declinano in ruoli sociali stereotipati: ciò rappresenta la massima espressione del sistema patriarcale di dominio maschile<sup>65</sup>. Parolari, in conclusione, riflette

<sup>51</sup> Ivi: 198-202.

<sup>52</sup> Ivi: 202. Per una trattazione più ampia sul tema si veda da ultimo Anastasia 2023.

<sup>53</sup> Per un altro approfondimento di matrice prettamente giusfilosofica si richiama: Chiesi, Bombelli 2022.

<sup>54</sup> Lorubbio, Bernardini: 207-249.

<sup>55</sup> Ibidem: 208.

<sup>56</sup> Ivi: 209-213.

<sup>57</sup> Ivi: 213-217.

<sup>58</sup> In tema di accoglienza si veda la riflessione di Sciarba 2021: 85-93.

<sup>59</sup> Ivi: 217-219.

<sup>60</sup> Ivi: 223-225.

<sup>61</sup> Ivi: 243.

<sup>62</sup> Ivi: 251-284.

<sup>63</sup> Ivi: 253-254.

<sup>64</sup> Ivi: 254-256.

<sup>65</sup> Ivi: 256-258.

su come il diritto possa essere efficace strumento di prevenzione e contrasto alla violenza conosciuta dalle donne nella loro dimensione domestica, senza mai dimenticare la dimensione (trans)culturale della stessa: un'indagine puntuale che consente di cogliere le specificità che contraddistinguono i diversi contesti<sup>66</sup>. De Vido apre il suo contributo riprendendo la rilevanza giuridica dell'aggettivo 'patogena'<sup>67</sup>. L'Autrice sottolinea puntualmente come a livello internazionale vi sia certamente una prevalenza di strumenti di *soft law*, cogliendo la centralità del ruolo svolto dal Comitato CEDAW<sup>68</sup>, per passare poi al contesto europeo che ha conosciuto l'adozione di una Convenzione di centrale rilevanza in materia di violenza domestica contro le donne, vale a dire la Convenzione di Istanbul del 2011<sup>69</sup>. Per De Vido la Convenzione di Istanbul vanta enormi potenzialità ma risente purtroppo ancora di ingiustificati pregiudizi<sup>70</sup>.

Le ultime due sezioni dell'opera sono invece dedicate a questioni emerse più di recente nella oramai sconfinata letteratura in tema di discriminazioni e forme di vulnerabilità<sup>71</sup>. Da una parte troviamo infatti un'analisi di ampio respiro sulla condizione delle persone LGBTIQ+<sup>72</sup> alla quale è dedicata la sezione ottava dell'opera, e dall'altra, una riflessione sulla "vulnerabilità ecosistemica"<sup>73</sup> che confluisce nella nona (ed ultima) sezione del volume.

Gianfrancesco Zanetti, nel suo contributo<sup>74</sup>, mostra con grande chiarezza le specifiche difficoltà e complicazioni metodologiche sottese alla vulnerabilità in relazione alle persone LGBTIQ+. Seguendo una prospettiva d'indagine giusfilosofica, l'Autore evidenzia due principali difficoltà in materia: la prima di natura temporale, la seconda connessa invece alla pluralità di punti prospettici di chi si relaziona ad un determinato gruppo vulnerabile<sup>75</sup>. Zanetti precisa poi come a suo modo di vedere siano due le varianti che connotano la vulnerabilità<sup>76</sup> LGBTIQ+: quella *sociale*<sup>77</sup> e quella *istituzionale* che può declinarsi a sua volta in rapporto al diritto penale<sup>78</sup>, al diritto civile<sup>79</sup> ed infine in relazione ai profili di matrice pubblicistica<sup>80</sup>. Michele Di Bari prosegue l'indagine in stretta connessione all'ampia riflessione di Zanetti, seguendo però un approccio comparato che mira a restituire al lettore e alla lettrice la tutela multilivello delle persone LGBTIQ+. Ruolo decisivo, in questo contesto, è certamente quello svolto dalla Corte EDU e dalla Corte di Giustizia: le pronunce giurisprudenziali godono, infatti, di grande rilevanza in materia<sup>81</sup>. Di Bari mostra come ormai l'inerzia degli Stati dinanzi alle forme di discriminazione di persone LGBTIQ+ non sia più accettata e giustificata dalle Corti che sempre più emettono sentenze che riconoscono la violazione dei diritti sanciti tanto nella CEDU quanto nel diritto dell'Unione Europea: questo rappresenta certamente il prodotto di un mutamento culturale a tutto campo che non può però limitarsi alla matrice giurisprudenziale, e proprio per questo l'Autore richiama l'attenzione del legislatore nazionale che ancora troppo spesso è incapace di produrre norme di legge capaci di prevenire e contrastare realmente la discriminazione di queste persone<sup>82</sup>.

<sup>66</sup> Ivi: 258-261.

<sup>67</sup> Ivi: 265-266.

<sup>68</sup> Ivi: 267-272.

<sup>69</sup> Ivi: 272-281.

<sup>70</sup> Ivi: 281.

<sup>71</sup> Con riferimento alla condizione di vulnerabilità delle persone LGBTIQ+ e al ruolo del diritto si veda un recente volume: Pelissero, Vercellone 2022.

<sup>72</sup> Lorubbio, Bernardini: 287-333.

<sup>73</sup> Ibidem: 335-371.

<sup>74</sup> Ivi: 287-302.

<sup>75</sup> Ivi: 287-290.

<sup>76</sup> Per una puntuale definizione di vulnerabilità 'situata' si rimanda a Zanetti 2021: 9-12.

<sup>77</sup> Lorubbio, Bernardini: 290-293.

<sup>78</sup> Ibidem: 293-296.

<sup>79</sup> Ivi: 296-299.

<sup>80</sup> Ivi: 299-302.

<sup>81</sup> Ivi: 308-328.

<sup>82</sup> Ivi: 329.

Mariano Longo<sup>83</sup> apre l'ultima sezione del libro interrogandosi sui limiti del diritto<sup>84</sup> che negli ultimi anni è sempre più chiamato a rispondere a questioni nuove e per certi versi inedite come il rapporto tra diritto e natura/ambiente<sup>85</sup>. L'Autore offre ai lettori e alle lettrici una riflessione di ampio respiro sulla cosiddetta "vulnerabilità ecosistemica" prima ricostruendo puntualmente il quadro definitorio per poi analizzarne i connotati<sup>86</sup>. A partire dal pensiero di Luhmann<sup>87</sup> – che Longo definisce un filosofo dal "disincantato cinismo"<sup>88</sup> – l'Autore approda a un invito a cambiare il paradigma di riferimento ed è proprio qui che la vulnerabilità ecosistemica gioca un ruolo centrale: per far fronte alla questione ambientale è necessario ristabilire un limite nell'utilizzo della natura stessa da intendersi come 'laicamente sacra'<sup>89</sup>.

Chiude l'opera Vincenzo Lorubbio che con la sua ricca analisi mostra le potenzialità e allo stesso tempo i limiti del diritto internazionale in materia di tutela dell'ambiente, dando grande spazio all'azione meritoria svolta dal Consiglio d'Europa<sup>90</sup> che non è però accompagnato da un altrettanto rilevante contributo dell'Unione europea<sup>91</sup>. Nelle ultime pagine l'Autore illustra la prospettiva interamericana e conduce una riflessione interessante connessa alla cosiddetta 'opzione dei diritti della natura'<sup>92</sup>, passando da ultimo in rassegna le principali e più importanti pronunce giurisprudenziali in materia di cambiamento climatico<sup>93</sup> che pongono al centro sempre più il rapporto tra diritti umani e vulnerabilità ecosistemica<sup>94</sup>. Per Lorubbio l'emergenza climatica e quella ambientale mostrano chiaramente come i diritti umani non possono assolvere alla loro primaria funzione se non assumendo al proprio interno anche i cosiddetti "doveri ecosistemici": solo così sarà infatti possibile perseguire una giustizia umana, sociale e al contempo ambientale, vale a dire *ecosistemicamente sostenibile*<sup>95</sup>.

Come già precisato in apertura, la strutturale vulnerabilità che connota la condizione umana è certamente un significativo ostacolo all'esercizio dei diritti umani per tutti e tutte. La pandemia, gli atroci conflitti bellici in atto e l'emergenza ambientale-climatica hanno generato nuove forme di esclusione che nel volume vengono indagate combinando sempre una prospettiva giusfilosofica ad una internazionale: proprio grazie all'incontro di questi due ambiti scientifici, gli Autori e le Autrici rilevano in modo chiaro e puntuale i nodi problematici connessi al rapporto tra vulnerabilità e diritti umani.

Solo spostando lo sguardo verso le principali criticità sottese a tale rapporto è infatti possibile prospettare soluzioni che nella prassi potrebbero rappresentare l'occasione per una rinnovata attuazione dei diritti umani, consentendo altresì l'adozione di strumenti nuovi e idonei a superare l'inefficacia delle tutele offerte dagli ordinamenti giuridici vigenti alle differenti condizioni di vulnerabilità delle persone.

## BIBLIOGRAFIA

Anastasia S. 2023, *Le pene e il carcere*, Milano: Mondadori.

<sup>83</sup> Ivi: 335-350.

<sup>84</sup> Interessante, in proposito, è l'analisi offerta da Francesco Mancuso sul rapporto tra limite/i e diritto confluita nel volume Mancuso 2022.

<sup>85</sup> Lorubbio, Bernardini: 340-342.

<sup>86</sup> Ibidem: 342-345.

<sup>87</sup> Per un ulteriore approfondimento di matrice giusfilosofica sul tema si rimanda a Porciello 2022.

<sup>88</sup> Lorubbio, Bernardini: 346.

<sup>89</sup> Ibidem: 348.

<sup>90</sup> Ivi: 357-360.

<sup>91</sup> Ivi: 360-362.

<sup>92</sup> Ivi: 362-366.

<sup>93</sup> Per una trattazione più ampia sul tema del cosiddetto '*climate litigations*' si rinvia a Pisanò 2022.

<sup>94</sup> Lorubbio, Bernardini: 366-370.

<sup>95</sup> Ibidem: 371.

- Bello B.G. 2020, *Intersezionalità. Teorie e pratiche tra diritto e società*, Milano: Franco Angeli.
- Bernardini M.G. 2016, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability Studies*, Torino: Giappichelli.
- Butler J. 2022, *What World is This?: A Pandemic Phenomenology*, New York: Columbia University Press.
- Casadei Th., Pierini L., Rossi B. (cur.) 2023, *Sconfinamenti. Analisi, confronti e ricerche sui giovani di "seconda generazione"*, Torino: Giappichelli.
- Casadei Th., Tampieri A. (cur.) 2021, *Lo sfruttamento del lavoro minorile. Fattispecie e azioni di contrasto*, Torino: Giappichelli.
- Chiesi V., Bombelli G. (cur.) 2022, *Persone, spazi e complessità. La questione migratoria tra filosofia e diritto*, Milano: Vita e Pensiero.
- Fadiga L. 2022, *Storie di giustizia minorile. Riflessioni e proposte*, Parma: Edizioni junor.
- Lorubbio V., Bernardini M. G. (cur.) 2023, *Diritti umani e condizioni di vulnerabilità*, Trento: Erickson.
- Mancuso F. 2022, *Il limite del diritto*, Torino: Giappichelli.
- Pelissero M., Vercellone A. (cur.) 2022, *Diritto e persone LGBTQ+*, Torino: Giappichelli.
- Pisanò A. 2022, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli: E.S.I.
- Porciello A. 2022, *Filosofia dell'ambiente. Ontologia, etica, diritto*, Roma: Carocci.
- Sciurba S. 2021, *Le parole dell'asilo: un diritto di confine*, Torino: Giappichelli, pp. 85-93.
- Zanetti Gf. 2021, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma: Carocci, pp. 9-12.