

TIGOR

rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica



II—2023

Direttore responsabile:

Maria Stella Malafronte

Comitato scientifico:

Francisco Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid), Giampaolo Azzoni (Università degli Studi di Pavia), Giuseppe Battelli (Università degli Studi di Trieste), Giliberto Capano (Università degli Studi di Bologna), Michele Cortelazzo (Università degli Studi di Padova), †Franco Fileni (Università degli Studi di Trieste), Cristina Garcia Pascual (Universidad de Valencia), Maurizio Manzin (Università degli Studi di Trento), Pierpaolo Marrone (Università degli Studi di Trieste), Saul Newman (Goldsmiths University - London)

Comitato di redazione:

Pietro Adamo, Eugenio Ambrosi, Elvio Ancona, Adriano Ballarini, Elena Bettinelli, Gigliola Bridda, Federico Casa, Paola Chiarella, Marco Cossutta (*direttore scientifico*), Andrea Favaro, Enrico Ferri, Marina Lalatta Costerbosa, Massimo La Torre, Arianna Maceratini, Paolo Moro, Federico Puppo, Augusto Romano, Alberto Scerbo, Antonella Tafuri (*direttore editoriale*), Antonio Vernacotola Gualtieri d'Ocre, Daniela Zamolo

www.rivistatigor.scfor.units.it

Registrazione Tribunale di Trieste di data 16 marzo 2009 n. 1190

ISSN 2035-584X

Tigor (Trieste)

©Copyright



Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica

A. XV (2023) n. 2 (luglio-dicembre)

Sommario

Presentazione

- 4 Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre
*Come si giustifica l'appello a Dio
nelle Costituzioni? Un percorso attraverso
la teleologia tomistica del Novecento*
- 15 Francesco Petrillo
*Metodologia ermeneutica e didattica giuridica.
A partire da un recente volume di Donato Carusi
su diritto e letteratura*
- 24 Claudia Atzeni
*Il populismo penale come specie del populismo
politico: alcune questioni teoriche*
- 34 Chiara Savazzi
*L'incontro del diritto penale con le neuroscienze, nella
genesi del comportamento anti-sociale dei sex offenders*
- 42 Arianna Maceratini
Hate Speech: l'odio nella Rete
- 56 Linda Brancaleone
*Appartenenza e cittadinanza tra comunitarismo
e liberalismo. Riflessioni a partire dal pensiero
di Michael Walzer e Jürgen Habermas*
- 63 Davide Costa
*What does human flesh taste like? Some reflections
on cannibalism considering anthropology,
sociology, and psychoanalysis*
- 75 Roberta Pittelli, Sebastian Ciancio,
Fenice Valentina Valenti
*Dal "sistema Italia" al "caso Calabria". Dal "caso
Calabria" al "sistema Italia". Una riflessione sul
principio di leale collaborazione alla luce delle
misure di contenimento della pandemia da
Covid-19, con uno sguardo alla potestà
legislativa concorrente in ambito sanitario*

Presentazione

Da questo fascicolo la Rivista, al di là dei contributi inerenti alle scienze della comunicazione, che hanno costituito nel corso di questi anni uno dei suoi principali filoni di ricerca, intende sistematicamente proporre al lettore interessato a questioni più propriamente giuridiche due rubriche ove raccogliere saggi inerenti vuoi al rapporto fra *diritto e letteratura*, vuoi alla *vexata quaestio* della relazione fra *diritto e teologia*. Se il primo tema è già da parecchi decenni consolidato fra (ed ampiamente sviluppato anche) dagli studiosi italiani, il secondo appare invece non così evidente nell'ambito degli studi giuridici.

Motivo per cui il primo contributo è di Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre, il quale propone, proprio in tema di *diritto e teologia*, una sua personale riflessione su *Come si giustifica l'appello a Dio nelle Costituzioni*; partendo dalla constatazione di come in molte carte costituzionali tale richiamo sia presente egli si interroga, da una prospettiva spiccatamente tomistica, sul suo fondamento e sulla sua, eventuale, razionalità teoretica.

Il saggio di Francesco Petrillo si colloca a pieno titolo nell'attuale dibattito su *diritto e letteratura* e, prendendo le mosse da un recente volume del civilista Donato Carusi (*Sua maestà la legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*), si sofferma sulla centralità di una metodologia giuridico-ermeneutica nell'insegnamento del diritto volta ad adeguare la lettera della legge alle esigenze sociali (così come anche la letteratura ha nel corso dei secoli rappresentato).

Seguono tre ricerche incentrate, sia pure da diverse prospettive, sul diritto e la politica penale; per un verso Claudia Atzeni con il suo saggio sul populismo penale, di cui sottolinea la difficoltà di formularne una definizione comune, si spinge ad analizzare con intento critico le sue ricadute sulla formazione dell'etica pub-

blica. Chiara Savazzi affronta un tema di chiara attualità, ovvero l'impatto che lo sviluppo delle neuroscienze ha avuto (e sta avendo) in campo penalistico, con particolare attenzione a quegli elementi costitutivi del reato che sono l'imputabilità e la colpevolezza. Arianna Maceratini propone una riflessione sul fenomeno dell'odio in rete, che oramai imperversa sul web, ritenendo indispensabile una politica penale che, accanto alle forme tradizionali di repressione dei reati, ponga in essere una articolata serie di interventi educativi volti a prevenire usi distorti delle tecnologie informatiche.

Linda Brancaleone, con il suo saggio sulle concezioni di cittadinanza sviluppate da Habermas e da Walzer, ci conduce verso un terreno di ricerca limitrofo alla filosofia della politica, interrogandosi sulle diverse prospettive comunitarie e liberali in tema di cittadinanza al fine di riflettere su un possibile modello teorico di cittadinanza che possa rispondere efficacemente alle attuali esigenze sociali.

Il contributo di Davide Costa si colloca nel più generale campo delle scienze sociali, con particolare riferimento all'antropologia culturale, nel momento in cui si interroga provocatoriamente su *What does human flesh taste like?* e conducendo un'analisi che, partendo dalla visione freudiana del fenomeno, giunge a constatarne la attuale persistenza quale atto meramente simbolico.

Il fascicolo si chiude con una ricerca condotta da Roberta Pittelli, Sebastian Ciancio e Feni-ce Valentina Valenti, la quale prende origine dalla recente emergenza sanitaria dovuta all'epidemia di Covid-19 e che concentra la sua attenzione sul rapporto sviluppatosi fra lo Stato e gli enti locali (le Regioni) nell'affrontare e normare tale anomala situazione.

Per ultimo si ritiene di porre in evidenza una iniziativa a cui la Rivista ha pienamente aderito e che svilupperà nell'arco delle prossime annate. Su iniziativa di due filosofi del diritto, i professori Elvio Ancona ed Alberto Scerbo, membri anche del comitato redazionale di codesta Rivista, è stato promosso un programma di ricerca incentrato su *L'attualità del classico*, il quale, lasciando la parola ai promotori, "intende promuovere [...] incontri, progetti, discussioni e pubblicazioni sulla base del riconoscimento comune dell'importanza del pensiero classico quale fondamento e punto di partenza per ogni serio e vantaggioso avanzamento della conoscenza nell'ambito filosofico-giuridico. Con l'espressione «pensiero classico» si vuole innanzitutto fare riferimento, seguendo l'insegnamento di una nobile tradizione filosofica, ad un pensiero che essendo perennemente valido, può sempre essere riscoperto nella sua attualità. Più precisamente, si ritiene «classico» il pensiero che affonda le sue radici nella riflessione giuridica greca, romana e medievale e che nondimeno, anzi proprio in virtù di questo suo radicamento, appare in grado di confrontarsi proficuamente con le problematiche e le posizioni più significative presenti nel dibattito contemporaneo. Allo stesso modo esso risulta capace di affrontare le più diverse e innovative materie di specificazione e di confine del settore IUS/20 [Filosofia del Diritto], dalla didattica del diritto al *law and humanities*, dalla biogiuridica all'informatica giuridica, ma anche di consentire il confronto con il più ampio settore filosofico e con le tematiche filosofico-politiche. Per queste ragioni, si intende costituire un ampio Gruppo di ricerca aperto a qualsiasi contributo o partecipazione volesse inserirsi nel percorso delineato, o anche semplicemente incrociarlo".

Come si giustifica l'appello a Dio nelle Costituzioni? Un percorso attraverso la teleologia tomistica del Novecento

Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre

ABSTRACT

Varie Carte Costituzionali, specialmente in Europa e in America Latina, contengono nel loro Preambolo, con differenti modalità, un richiamo diretto o indiretto a Dio. Il saggio, acclarando questo dato dell'esperienza giuridica internazionale, si propone di affrontare la questione se tale appello risulti o meno adeguatamente fondato, provando a coglierne il senso e a spiegarne l'eventuale razionalità sotto un profilo teorico. Lo studio pone come base il riconoscimento del carattere teleologico del concetto giuridico, in particolare per come emerge dal finalismo d'ispirazione tomistica di H. Rommen e dalla concezione dialettica di F. Gentile. A partire da ciò, viene sviluppato un percorso argomentativo che perviene alla tematizzazione dell'attrattività del Bonum, colto anche nei suoi aspetti di pertinenza teologica, quale idea-chiave della giustificazione del diritto.

Various Constitutional Charters, especially in Europe and Latin America, contain in their *Preamble*, in different ways, a direct or indirect reference to God. By ascertaining this datum of international legal experience, the essay sets out to address the question of whether or not this appeal is adequately grounded, attempting to grasp its meaning and explain its possible rationality from a theoretical perspective. The study takes as its basis the recognition of the teleological character of the *legal con-*

cept, in particular as it emerges from the Thomistic-inspired finalism of H. Rommen and the dialectical conception of F. Gentile. From this, an argumentative path is developed which arrives at the thematization of the attractiveness of the *Bonum*, also grasped in its aspects of theological relevance, as key idea of the justification of law.

PAROLE CHIAVE

TOMISMO; TELEOLOGIA; TEOLOGIA GIURIDICA; CONCETTO GIURIDICO; FILOSOFIA DEL DIRITTO; METAFISICA; PROBLEMATICITÀ PURA; MARINO GENTILE; HEINRICH ROMMEN; FRANCESCO GENTILE.

KEY WORDS

THOMISM; TELEOLOGY; LEGAL THEOLOGY; LEGAL CONCEPT; PHILOSOPHY OF LAW; METAPHYSICS; PURE PROBLEMATICITY; MARINO GENTILE; HEINRICH ROMMEN; FRANCESCO GENTILE.

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE: SULLE RAGIONI DI UNA RICERCA INTORNO ALLA GIUSTIFICAZIONE METAFISICO-TEOLOGICA DELLO IUS. 2. DAL "CONCETTO GIURIDICO" AL FONDAMENTO PRIMO DEL DIRITTO: LA PROSPETTIVA DEL MODULO POSITIVISTICO E LE SUE APORIE. 3. DAL CONCETTO TELEOLOGICO ALL'IPSUM ESSE SUBSISTENS: LA PROBLEMATICITÀ DELL'ESPERIENZA DI MARINO GENTILE A

CONFRONTO CON LA PROSPETTIVA TOMISTICA DI HEINRICH ROMMEN. 4. L'ATTRATTIVITÀ DEL BONUM QUALE TERMINE ULTIMO DELLA GIUSTIFICAZIONE DEL DIRITTO

1. INTRODUZIONE: SULLE RAGIONI DI UNA RICERCA
INTORNO ALLA GIUSTIFICAZIONE METAFISICO-
TEOLOGICA DELLO IUS

Nel quadro internazionale delle Carte Costituzionali, osservando con un occhio particolarmente attento quelle promulgate all'indomani della Seconda guerra mondiale o al termine della dominazione sovietica sull'Europa orientale sancita dal Patto di Yalta, è agevole rilevare come in molte di esse sia presente un richiamo a Dio e alla sua supremazia, nonché, in vari casi, alla derivazione della politica o del diritto da una fonte divina, giustificata alternativamente sulla base di argomentazioni filosofico politiche o storico sociologiche. Uno studio comparatistico coordinato da Ana Vega Gutiérrez¹ ha illustrato di recente come fra le nazioni europee, cinque facenti parte della UE – Germania, Polonia, Irlanda, Grecia e Slovacchia – e tre esterne ad essa menzionino Dio nel preambolo della propria Costituzione, mentre, guardando al continente americano, tale riferimento si ritrovi nella maggioranza delle Costituzioni, soprattutto del Sud America, ove la protezione, l'onnipotenza o le prerogative di Dio in ordine alla fondazione e alla legittimità del potere pubblico si rinvenivano in ben dieci casi su tredici².

Di particolare significato appaiono in tal senso quattro casi, quelli dell'Irlanda, della Grecia, dell'Argentina e della Polonia: se nei primi due spicca il dato dell'emanazione dell'intero testo costituzionale «in nome della Santissima Trinità» (da cui nel dettato irlandese si afferma altresì «derivare ogni autorità»), negli altri due detto richiamo è accompagnato dall'enunciazione di alcuni fondamentali attributi di Dio: quello di essere, per la Costituzione argentina, «fonte di tutta la ragione e la giustizia» e, per quella polacca, «fonte di verità, giustizia, bene e bellezza» (quantunque, in quest'ultima, con l'esplicito riconoscimento anche di quanti «non condividono questa fede ma rispettano questi valori universali in quanto ricavati da altre fonti»)³.

1 A. Vega Gutiérrez, (a cura di), *Religión y libertades fundamentales en los países de Naciones Unidas: textos constitucionales*, Granada, 2003.

2 Si rimanda sul tema all'utile lavoro di sintesi di S. Ferrari, *Dio, religione e costituzioni*, in *Commenti e contributi di OLIR. Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose*, Roma, 2005, pp. 101-114.

3 Ivi, pp. 101-106.

Ma cosa significa fare una simile evocazione in una Carta Costituzionale o addirittura proclamare “Dio fonte di tutta la ragione e la giustizia”? Cosa comporta, dai punti di vista della ricerca filosofica e della teoria politico giuridica? Invero, tale problema sembra collocarsi su un duplice piano di lettura: se, infatti, da un lato esso implica, quasi in guisa di condizione preliminare, l'esposizione e la trattazione critica di quelle che storicamente sono state enunciate come le vie per la dimostrazione dell'esistenza di Dio⁴, dall'altro lato, invero, esso si dispiega attraverso l'articolazione di un discorso dimostrativo che sia in grado di rendere ragione della dipendenza tanto della ragion pratica quanto della giustizia da Dio e dalla sua essenza.

Date tali premesse e stabilito questo peculiare “belvedere”, il presente studio si prefigge lo scopo di enucleare un percorso di giustificazione del diritto, inteso tanto nella sua accezione di esperienza giuridica quanto in quella complementare di sistema deontico⁵, che assumendo come proprio oggetto, secondo la lezione dei filosofi Francesco e Marino Gentile, la “totalità problematica dell'essere”⁶, sia in grado di risalire sino al suo fondamento primo di eminente pertinenza teologica.

L'iter della ricerca si articolerà in tre distinti nuclei argomentativi:

1 Il primo consisterà in una breve disamina del presupposto di validità elaborato dalla concezione positivista, evidenziandone, secondo la lezione francesco-gentiliana, punti critici e contraddizioni.

4 Si veda, sul tema: S. Vanni Rovighi, *Perenne validità delle cinque vie di S. Tommaso*, in “Aquinas”, III (1960), pp. 198-213; L. Jammarrone, *Il valore metafisico delle cinque vie tomistiche*, Roma, 1970; V. Cattaneo, *Alcune osservazioni sulla strutturazione e sviluppo logico delle «cinque vie» tomistiche*, in Atti dell'VIII Congresso Tomistico Internazionale, vol. IV, Città del Vaticano, 1981, pp. 36-41.

5 «Nella globalità dell'esperienza umana il problema giuridico è quello dell'ordinamento». Con queste parole Francesco Gentile apre una delle sue opere più riuscite e significative, volendo alludere, quasi in forma di premessa rispetto ad ogni ulteriore discorso, al rapporto di coesenzialità e di rimando reciproco delle due dimensioni, quella dell'esperienza e quella dell'ordinamento, che segnano con maggiore incisività la natura del diritto. Ed invero, è agevole cogliere nel prosieguo della trattazione come ai fini della determinazione della nozione di diritto, esse paiano succedersi logicamente ed implicarsi a vicenda in modo strutturale. F. Gentile, *Ordinamento giuridico. Tra virtualità e realtà, con note d'appunti su Teoria e prassi alla radice della filosofia del diritto di Francesco Gentile* di Ugo Pagallo, Padova, 2000, p. 1.

6 Cfr. F. Gentile, *Filosofia del diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, in appendice cinque saggi di Elvio Ancona, Alberto Berardi, Federico Casa, Giovanni Caruso e Andrea Favaro, Napoli, 2017², p. 194.

2 Il secondo, di puntuale marca tomistica, coinciderà con un percorso che dalla nozione di concetto giuridico, visto quale concetto teleologico, pervenga all'individuazione di Dio quale principio e fondamento primo del reale e dei sistemi pratico-deontici.

3 Il terzo verterà invece sulla tematizzazione, sempre in chiave tomistica, dell'attrattività del *Bene*, manifestazione dello stesso Essere di Dio, quale termine ultimo, in senso finalistico, della giustificazione del diritto medesimo.

La base teoretica che si è inteso adottare quale punto di riferimento è la prospettiva tommasiana, colta basilarmente, per quanto riguarda gli aspetti di pertinenza filosofico giuridica, secondo la lettura "fondativa" che ne svolge Heinrich Rommen⁷ nella seconda parte dell'*Eterno ritorno del diritto naturale*⁸. In particolare, la dottrina tomistica viene qui colta ed approfondita in special modo per come si esterna in alcuni punti della I-II e della II-II della *Summa Theologiae* nonché, in via conclusiva, nelle q. 5 e 6 della I parte⁹. Siffatta piattaforma teorica, nel corso della trattazione, sarà integrata e messa a confronto con la dialettica a sfondo realista di Francesco Gentile¹⁰, con eminente riferimento alla sua critica nei confronti dell'apparato fondazionale del normativismo positivista¹¹ e, so-

prattutto, alla sua elaborazione della "teodicea"¹², intesa come dottrina concernente la giustificazione su basi teologiche del diritto medesimo¹³.

La scelta degli Autori che si è inteso di privilegiare per lo sviluppo del presente percorso dimostrativo non è casuale, né, men che meno, meramente strumentale; non corrisponde, cioè ad un criterio di preferenza soggettiva e, nello stesso tempo, non intende neanche utilizzare le tesi dei Filosofi cui si farà maggiore ricorso, come Heinrich Rommen e Francesco Gentile, mediante un'impropria parcelizzazione del loro pensiero o in un modo funzionalistico rispetto alle finalità che lo studio si prefigge di conseguire. Al contrario, ci si propone qui di comprendere la prospettiva adottata da costoro con la maggior profondità possibile, sviluppandone la portata, ove teoricamente lecito, attraverso un approccio comparativo inquadrato in un discorso argomentativo organico ed unitario.

In effetti, scendendo più nel dettaglio, la riflessione rommeniana sul carattere teleologico sia del *concetto* che del *concetto giuridico*, svolta dall'Autore in parallelo con la rilevazione di un ineluttabile "eterno ritorno" del diritto naturale, costituisce un passaggio chiave ai fini di una retta individuazione delle premesse gnoseologiche del discorso giusfilosofico e del loro diretto collegamento con la tematizzazione filosofica del problema di Dio. Ed egualmente, il dato della struttura finalistica del concetto giuridico risulta altresì imprescindibile anche quando si guardi, come fa antonomasticamente Francesco Gentile, alle conseguenze dirette che sono di fatto ascrivibili ad un'impostazione delle scienze giuridiche innestata sulla dialettica classica e, viepiù, sul riconoscimento della *consentia* quale fonte "sostanziale" dell'ermeneutica giudiziale,

7 Per un profilo della filosofia giuridica rommeniana ci si permette di suggerire: A. Vernacotola Gualtieri D'Ocre, *Heinrich Rommen*, in A. Ancona, G. De Anna (a cura di), *Il tomismo giuridico nel XX secolo. Antologia di autori e testi*, Torino, 2015.

8 H. Rommen, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, trad. it. e pref. di G. Ambrosetti, Roma, 1965, pp. 139-162.

9 Cfr. Tommaso d'Aquino, *Somma di teologia*, I, q. 5: *il bene in generale*, q. 6: *la bontà di Dio*, tr. it. con testo latino a fronte, trad., note e apparati a cura di F. Fiorentino, intr. di P. Giustiniani, Roma, 2018, vol. 1, pp. 344-360. Sul tema, cfr. E. Berti, *Il bene di Tommaso d'Aquino*, in "Filosofia politica", II (1988), v. 2, pp. 323-343; Aa.Vv., *Dialogo sul bene*, Atti della 3ª Sessione plenaria, Congresso della Pontificia Academia Sancti Thomae Aquinatis (Città del Vaticano, 21-23 giugno 2002), Città del Vaticano, 2003; G. Samek Ludovici, *La felicità del bene*, Milano, 2007; A. Campodonico, M.S. Vaccarezza, *La pretesa del bene: teoria dell'azione ed etica in Tommaso d'Aquino*, Napoli, 2012.

10 Per approfondimenti cfr. F.A. Lamas, *Dialettica e critica della geometria legale*, in A. Favaro (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile alla filosofia giuridico-politica contemporanea*, Atti del convegno internazionale (Padova, 22 novembre 2013), in Quaderni della Rivista internazionale di filosofia del diritto, Milano, 2016, pp. 15-22.

11 Si rimanda, per tutti, a F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 41-183, ove viene svolta in merito una lunga trattazione.

12 F. Gentile, *Legalità, giustizia, giustificazione. Sul ruolo della filosofia del diritto nella formazione del giurista*, Napoli, 2008, pp. 69-82.

13 La "teodicea" francesco-gentiliana è diversa e, in un certo senso, specularmente opposta rispetto all'impianto epistemologico-disciplinare delle classiche teodicee settecentesche, di cui ricordiamo, a titolo esemplificativo, quella di Leibniz e quella di Newton. È lo stesso Gentile ad avvertirci di ciò: «Quello che desidero mettere subito in chiaro è che, nonostante ne usi il nome, non penso alla teodicea al modo della famosa trattazione di Leibniz, come "giustificazione di Dio" attraverso una "formula matematica". Non solo perché ritengo che il carattere convenzionale ed operativo della conoscenza matematica dovrebbe trattenere chi ne fosse criticamente consapevole da un simile tentativo, ma perché anche ad averne solo un'idea, Dio non ha bisogno di giustificazioni, essendo Lui fonte di giustificazione». Ivi, p. 69.

capace di sondare in ogni caso concreto il senso autentico dell'ordinamento secondo giustizia delle relazioni intersoggettive¹⁴.

2. DAL “CONCETTO GIURIDICO”

AL FONDAMENTO PRIMO DEL DIRITTO:

LA PROSPETTIVA DEL MODULO POSITIVISTICO

E LE SUE APORIE

Il diritto, in quanto sistema deontico dotato di validità, vigenza e apparato coercitivo, postula invece un'adeguata piattaforma fondativa, che, per essere esaustiva e rettammente costruita, deve poter risalire ad un fondamento primo. Il dato da cui partire, nondimeno, in un percorso che voglia incardinarsi alla struttura stessa della scienza del diritto, è quello di “concetto giuridico”. La filosofia del diritto ad indirizzo analitico¹⁵, che trova in Kelsen¹⁶ o negli italiani Bobbio¹⁷ e Scarpelli¹⁸ alcuni fra gli esponenti più significativi, ha fatto proprio ed introiettato quale paradigma teoretico la legge di Hume, con

14 Si veda in particolare la serie di studi: P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990-2003; Cfr. anche: R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982; V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, 2003; T. Mazzarese (a cura di), *Teoria del diritto e filosofia analitica: studi in onore di Giacomo Gianvazzi*, Torino, 2012; P. Chiassoni, *L'utopia della ragione analitica: origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Torino, 2005; Id., *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016; A. Pintore, S. Zorzetto (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, 2016; G. Pino, *Teoria analitica del diritto: I. la norma giuridica*, Pisa, 2016.

15 Si veda in particolare la serie di studi: P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990-2003; Cfr. anche: R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982; V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, 2003; T. Mazzarese (a cura di), *Teoria del diritto e filosofia analitica: studi in onore di Giacomo Gianvazzi*, Torino, 2012; P. Chiassoni, *L'utopia della ragione analitica: origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Torino, 2005; Id., *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016; A. Pintore, S. Zorzetto (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, 2016; G. Pino, *Teoria analitica del diritto: I. la norma giuridica*, Pisa, 2016.

16 Per un approccio critico alla dottrina pura del diritto kelseniana, cfr. A. Scalone, *Stato, scienza e società in Hans Kelsen: su alcune antinomie della dottrina pura del diritto*, Modena, 2016; L. Ferrajoli, *La logica del diritto: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, 2016; F. Riccobono, *Antikelsenismo italiano*, Torino, 2017; F. Riccobono, F. Romeo, *Dieci obiezioni a Kelsen: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Napoli, 2018.

17 Cfr. B. Pastore, G. Zaccaria (a cura di), *Norberto Bobbio: gli anni padovani. Celebrazioni del centenario della nascita*. Atti della Giornata di studi (Padova, 20 ottobre 2009), Padova, 2010; A. Serpe, *Il filosofo del dubbio: Norberto Bobbio: lineamenti della sua filosofia del diritto nella cultura giuridica italiana*, Roma, 2012; P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, con saggio intr. di M. Saporiti, Santarcangelo di Romagna, 2014.

18 Cfr. L. Gianformaggio, M. Jori, *Scritti per Uberto Scarpelli*, Milano, 1997; F.F. Morales Luna, *La filosofía del derecho de Uberto Scarpelli: análisis del lenguaje normativo y positivismo jurídico*, pról. de M. Jori, Madrid, 2013; P. Borsellino, S. Salandri, M. Saporiti (a cura di), *L'eredità di Uberto Scarpelli*, Torino, 2014; S. Mazza, *Non solo analisi del linguaggio: l'itinerario filosofico del giovane Uberto Scarpelli (1946-1956)*, Ariccia, 2016.

la conseguente postulazione della cosiddetta Grande Divisione fra il sistema proposizionale logico-descrittivo e quello deontologico-prescrittivo¹⁹; la nozione di diritto elaborata da tale indirizzo viene a configurarsi in corrispondenza di un modulo epistemico di tipo legalistico-prescrittivo, giungendo in linea generale ad identificare il concetto giuridico con una proposizione imperativa inserita in un contesto linguistico-nomologico dotato nel complesso di capacità sanzionatoria²⁰. Il che comporta che, a prescindere dagli elementi contenutistici, sia la presenza di una capacità coattiva, informante tutto l'ordinamento e spalmata su di esso con varie gradazioni, a conferire ai concetti giuridici il tono della “giuridicità”²¹.

Le conseguenze di un siffatto approccio sono ineluttabilmente formalistiche in ordine alla conformazione del concetto giuridico, venendosi quest'ultimo a determinare nei termini di nucleo linguistico di forma prescrittiva strutturalmente aperto all'assunzione di qualsivoglia contenuto materiale, purché promulgato dal potere costituito e formalmente inserito da questo in un contesto sistemico a carattere normativistico e coercitivo che

19 Si veda in particolare la serie di studi: P. Comanducci, R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, 1990-2003; Cfr. anche: R. Guastini, *Lezioni di teoria analitica del diritto*, Torino, 1982; V. Villa, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Bologna, 2003; T. Mazzarese (a cura di), *Teoria del diritto e filosofia analitica: studi in onore di Giacomo Gianvazzi*, Torino, 2012; P. Chiassoni, *L'utopia della ragione analitica: origini, oggetti e metodi della filosofia del diritto positivo*, Torino, 2005; Id., *Da Bentham a Kelsen: sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016; A. Pintore, S. Zorzetto (a cura di), *Studi di filosofia analitica del diritto per Mario Jori*, Napoli, 2016; G. Pino, *Teoria analitica del diritto: I. la norma giuridica*, Pisa, 2016.

20 Mauro Ronco, meditando circa «l'epoca del giuspositivismo» che «Francesco Gentile compendeva con la felice espressione della “geometria legale”» ed analizzando specificamente, al suo interno, la dottrina penale di Günther Jakobs, «che ha portato alle conseguenze logiche estreme il principio del funzionalismo penale e della teorica dell'imputazione oggettiva», descrive con lucida chiarezza come, sulla base di tali premesse, gli sbocchi esitanti che si intravedono all'orizzonte vengano a profilare un vero e proprio “offuscamento della persona”. Ne è conseguenza l'attribuzione della ricomposizione dei conflitti sociali – originari e, per dir così, strutturali ad una pretesa ferinità umana “*more geometrico constructa*” – al solo settore penalistico. «Non più al diritto penale definito dalla forma della legge, circoscritto dal principio di colpevolezza e dalla pena retributiva, che non strumentalizza il cittadino, ma lo costringe a riconoscere il disvalore intrinseco del fatto punito dalla legge, bensì a un diritto penale funzionalistico, ove la pena è lo strumento variabile dell'interesse sociale alla sicurezza», interesse, questo, che riassume integralmente, alla maniera hobbesiana, il portato “etico-assiologico” di cui il diritto viene a farsi latore. M. Ronco, *L'offuscamento della persona*, in A. Favaro, *op. cit.*, pp. 113-114. Si vedano anche i rilievi sulla responsabilità penale e sull'imputazione come presupposto di responsabilità in M. Ronco, *Voluntas ut ratio. Sullo statuto della volontà nel diritto penale*, Torino, 2023.

21 Sono questi i pilastri della cosiddetta dottrina coazionistico-sanzionatoria del diritto – caratteristica dell'approccio positivistico – la cui paternità, secondo Bobbio (*Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 93), è da ascrivere a Rudolf von Jhering.

ne individua l'unica fonte di validità. Un siffatto modello, le cui radici, com'è noto, risalgono al Von Jhering²² ed allo stesso Kelsen, non ha cessato di esercitare una rimarchevole influenza, sia a livello dottrinale che interpretativo, nonostante il tramonto del cosiddetto Stato legislativo schmittiano²³ e l'apparizione dei cosiddetti ordinamenti democratici a Costituzione materiale, i quali, come è stato messo bene in luce nel volume *Costituzione criticata*²⁴, non ne rappresentano altro se non una raffinata evoluzione, arricchita dalle cromature del personalismo esistenzialistico e della filosofia dei valori di ascendenza neo-kantiana.

Tali modelli ordinamentali, infatti, nonostante l'adozione di una tipologia di ermeneutica giudiziale a carattere assiologico-materiale, alla cui base sta quella che Antonio Baldassarre ha denominato come super-legalità costituzionale o legalità per valori²⁵, non riescono oggi a divellersi in maniera chiara dalle maglie di tale paradigma epistemico, come d'altronde la giurisprudenza costituzionale italiana sembra aver manifestato in varie modalità ed in plurimi pronunciamenti, che non possiamo qui analizzare nel dettaglio, ma fra cui ricordiamo, a titolo esemplificativo, la sent. 27/1975 Cort. Cost. sulla interruzione volontaria della gravidanza²⁶.

Collocandoci ora sul piano del fondamento, oggetto centrale del presente studio, possiamo agevolmente rilevare come una tale connotazione formalistico-imperativa dei concetti giuridici rinvenga la propria costruzione principale, sia sul piano della costruzione logica che su quello della giustificazione pratico-deontica, nella presupposizione, al vertice della *Stufenbau*, la piramide a gradoni di deleghe autorizzative con cui viene fatto coincidere l'ordinamento, di una *Grundnorm*, la Norma Fondamentale di kelseniana fattura²⁷, la cui esistenza è supposta

22 Cfr. R. von Jhering, *Lo scopo del diritto*, [1884], trad. it. e cura di M. Losano, Torino, 2014.

23 Cfr. C. Schmitt, *Le categorie del politico: saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1998².

24 F. Gentile, P.G. Grasso (a cura di), *Costituzione criticata*, Napoli, 1999.

25 Cfr. A. Baldassarre, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, pp. 9-19; G. P. Calabrò, *Valori supremi e legalità costituzionale: diritti della persona e democrazia pluralistica*, Torino, 1999, p. 167.

26 Corte Cost., sent. 18 febbraio 1975, n. 27, in *Foro Italiano*, 1976, p. 170. Per una trattazione più approfondita del tema si rimanda a G. Dalla Torre, *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma, 1996, p. 171 ss.

27 H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato* [1945], trad.

quale mera ipotesi²⁸ e finisce per tradire, quale suo vero volto, la pura "effettività", il "fatto" empirico e contingente del mero esistere del potere²⁹.

L'esito aporetico nel quale un tale costruito viene ad invilupparsi nel momento in cui a tale schema ipotetico si pretende di attribuire delle valenze di tipo fondativo è stato esposto in modo convincente da Francesco Gentile³⁰, come hanno sottolineato con vari accenti Franco Todescan³¹ e Miguel Ayuso³². Ne riprendiamo qui la radice gnoseologica, che di tale aporia costituisce invero l'elemento primevo: la *Grande Divisione* humeana, nella sua accezione massima³³, poggia di fatto sul rifiuto della conoscibilità del reale nella sua costituzione metafisica, nonché, per conseguenza, sulla mancata agnizione della razionalità e della socialità della natura umana³⁴; Questa "carenza conoscitiva" viene colmata dalla costruzione su un piano di artificialità di un modulo antropologico, di un concetto di uomo, che risulti operativamente funzionale alla giustificazione del *fatto del potere* e dunque anomico, solipsistico e pregiudizialmente ostile verso i suoi simili.

Nondimeno, l'"obbligazione politica", l'obbedienza dei consociati alle prescrizioni legali, postula come necessaria, come Gentile ha ben illustrato³⁵, la naturale attitudine degli uomini ad attenersi, non per costrizione ma per riconoscimento, alle norme

it. a cura di S. Cotta e G. Treves, pref. di E. Gallo, intr. di G. Pecora, Milano, 1994, p. 116-120.

28 Sul carattere ipotetico della *Grundnorm* kelseniana si veda, fra gli altri, G.P. Calabrò, P.B. Helzel, *Il sistema dei diritti e dei doveri*, Torino, 2000, pp. 10-11.

29 H. Kelsen, *op. cit.*, pp. 120-123.

30 Cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., pp. 10-13; Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 164-174.

31 F. Todescan, *Introduzione* a A. Favaro (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile*, cit., pp. 4-5.

32 M. Ayuso Torres, *De la geometría estatal al redescubrimiento de la política: notas sobre la obra del profesor Francesco Gentile*, in A. Favaro (a cura di), *Il contributo di Francesco Gentile*, cit., pp. 43-46.

33 Gaetano Carcaterra distingue fra una tesi "minima" e una tesi "massima" della Legge di Hume, intendendo con la prima la semplice impossibilità di trarre considerazioni valutative da meri accadimenti fattuali, con la seconda una separazione drastica fra la sfera delle proposizioni descrittive e quella delle proposizioni prescrittive. G. Carcaterra, *Le ambiguità e le implicazioni nichilistiche dell'opposizione valutare-conoscere* in *La società criticata. Revisioni fra due culture*, a cura di E. Opocher, Napoli, 1984, 223-224.

34 I presupposti gnoseologici di tale forma di riduzionismo filosofico-antropologico giacciono nella radicale chiusura alla metafisica che il pensiero proto-moderno, ripiegandosi su un empirismo nominalista a sfondo scettico, inevitabilmente viene a postulare. Per approfondimenti, cfr. M. Bettiol, *Metafisica debole e razionalismo politico*, Napoli, 2002.

35 Cfr. F. Gentile, *Ordinamento giuridico*, cit., pp. 31-41.

indirizzate alla conservazione del consorzio sociale e del mantenimento della giustizia, facendo cadere in un'insanabile contraddizione quell'*homo-lupus* hobbesiano, quel modulo antropologico artificiale, che era stato posto convenzionalmente quale protocollo del sistema positivistico³⁶.

Con tale modulo, tuttavia, viene ad insabbiarsi in un'impasse aporetica la stessa pretesa di edificare su basi ipotetico-convenzionali un fondamento virtuale per il diritto e per lo Stato, ovvero la medesima geometria politico-legale nelle sue istanze primigenie. Ma se, come insegna Platone³⁷, il primo passo per il superamento dell'aporia è l'acquisizione della consapevolezza di trovarci dentro, allora, la mossa successiva per fuoriuscirvi dovrà consistere nell'abbandono di una prospettiva astrattamente ideologica, ossia improntata ad una visione settoriale e parcellizzata dell'esperienza³⁸, per porsi di fronte alla realtà, anche politico-sociale, con animo scevro da pregiudizi, nonché, secondo la lezione marino-gentiliana³⁹, aperto alla problematizzazione della conoscenza.

Un siffatto discorso, se condotto in maniera anti-ideologica, richiede l'accoglienza del Tutto quale unico possibile orizzonte di riferimento e questo comporta il rifiuto del pregiudizio a-teologico che contraddistingue la modernità assiologicamente intesa⁴⁰; in altre parole, per porre il discorso sul diritto al di fuori del circuito aporetico testé enunciato, bisogna "rimuovere la rimozione" del fondamento primo, che, come già compare in Platone, in particolare nelle *Leggi*⁴¹, si configura essenzialmente nella foggia di un Principio di ordine teologico. Il problema di Dio non solo non può essere escluso da una riflessione che si prefigga di fondare il diritto nei suoi principi ultimativi e sostanziali, ma, superando il dogma groziano

dell'*Etsi Deus non daretur*, deve essere appropriatamente riabilitato e preso in debita considerazione.

3. DAL CONCETTO TELEOLOGICO

ALL'*IPSUM ESSE SUBSISTENS*:

LA PROBLEMATICITÀ DELL'ESPERIENZA

DI MARINO GENTILE A CONFRONTO

CON LA PROSPETTIVA TOMISTICA

DI HEINRICH ROMMEN

La prima condizione, dunque, di natura per dir così preliminare, per costituire su basi epistemologiche non contraddittorie una "scienza del diritto" ha una portata propriamente ontologica, concerne cioè la necessità di ammettere come vero ed esistente l'essere nella sua totalità⁴², l'essere in sé, colto originariamente attraverso l'esperienza, oggetto e causa di quel "domandare tutto che è totalmente domandare"⁴³ in cui si compendia, secondo la concezione marino-gentiliana⁴⁴, il profilarsi della filosofia stessa come "problematicità pura"⁴⁵. In questa esigenza si può ritrovare il germe embrionale di quella vocazione all'investigazione della problematicità dell'esperienza che segna invero la cifra distintiva della ricerca di Marino Gentile⁴⁶. Una consimile visione da una parte sottintende un'adesione cognitiva al reale per come esigita da una gnoseologia realista di stampo aristotelico-tomista, ovvero nella sua doppia specie di conoscenza sensibile e di

42 «Alla domanda – scrive Gentile – la quale ha ad oggetto il tutto, noi siamo soggetti in ogni momento, anche se lo rifiutiamo, lo mettiamo tra parentesi, cerchiamo di evitare la domanda che impone la comprensione di ogni cosa, perché l'essere interrogati dal tutto esige da parte nostra l'accettazione di essere nel tutto». F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 202.

43 Cfr. M. Gentile, *Il valore classico della metafisica antica*, appendice a Id., *La metafisica presofistica*, Padova, 1939, ora in Id., *La metafisica presofistica*, Pistoia, 2006, pp. 107-128; p. 119.

44 Cfr. A. Poppi, *Dell'esperienza "pura" come base del trattato di ontologia* in "Filosofia e vita", IV (1962), pp. 76-83; E. Berti, *Il pensiero filosofico di Marino Gentile*, in Aa. Vv., *Un secolo di filosofia friulana e giuliana*, Atti del II convegno regionale di filosofia friulana e giuliana (Udine, 3-5 novembre 1978), a cura del Circolo filosofico Paolo Veneto, Udine, 1979, pp. 23-37; Id., *La metafisica classica nel "Trattato di filosofia" di Marino Gentile* in "Studia Patavina", XXXV (1988), pp. 139-149.

45 Cfr. M. Gentile, *Trattato di filosofia*, Napoli, 1987, p. 58.

46 M. Gentile, *Come si pone il problema metafisico*, Padova, 1965, pp. 42-45. Sul tema, cfr. P. Faggiotto, *Riflessioni sul concetto di esperienza come problematicità*, in *Iam rude donatus*, cit., pp. 107-115; E. Ancona, *Alle fonti della concezione dell'esperienza giuridica nel pensiero di Francesco Gentile: la nozione di esperienza in Giuseppe Capograssi, Marino Gentile ed Enrico Opocher*, in F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 297-299; 302-307.

36 Gentile sul protocollo dell'*homo lupus* scrive delle pagine suggestive e profonde richiamando, in qualità di *topoi* sapienziali, alcune *fabulae* della classicità. Cfr. Id., *Filosofia del diritto*, cit., pp. 61-63. Già in Hobbes, d'altronde, si ritrova una chiara attestazione del carattere ipotetico-strumentalista del modulo teorico dell'*homo lupus*. In proposito, ci si permette di rinviare a: A. Vernacotola, *Alle radici della teoria moderna del diritto. La costruzione della «geometria legale» di Thomas Hobbes*, in "Le Corti Calabresi", VI (2007), 2, pp. 316-325.

37 Platone, *Repubblica*, Z. (VII), 514 a-518 d.

38 Cfr. F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., pp. 200-204.

39 M. Gentile, *Il filosofo di fronte allo stato moderno*, Quaderni di "Le Parole e le Idee", 1964, 1-2, p. 14.

40 Di tale concetto offre una descrizione accurata M. Bettiol, *op. cit.*, pp. 7 ss.

41 Cfr. V. Mori, *Diritto naturale, sapienza morale, teologia politica nelle Leggi di Platone*, Roma, 2010; M. Vegetti, *Un paradigma in cielo: Platone politico da Aristotele al Novecento*, Roma, 2016.

attingimento teoretico dell'*eidōs*⁴⁷; dall'altra implica la proiezione tensiva verso il Tutto, verso l'Assoluto, una tensione, questa, destinata a non essere mai appagata in modo esaustivo, ma tuttavia legittima, in quanto poggiante su una solida base metafisica, riferentesi alla ricerca del presupposto primo, di ordine teologico, di una scienza giuridica declinata in senso realista.

È questa la lezione che traluce icastica dal senso del "filosofare" di Francesco Gentile, da cui prende corpo la sua peculiare versione di quella concezione del diritto come esperienza in cui, da Capograssi⁴⁸ ed Opocher⁴⁹ fino a Zaccaria⁵⁰, si ritrova la cifra distintiva della Scuola padovana di filosofia del diritto⁵¹.

47 Cfr. F. Fronterotta, *Il dualismo platonico e lo statuto del mondo sensibile*, in L. Candiotti (a cura di), *Senza dualismo*, cit., pp. 111-124.

48 Nell'ambito della produzione capograssiana, si vedano in merito i fondamentali studi: G. Capograssi, *Analisi dell'esperienza comune*, Roma, 1930; Id., *Studi sull'esperienza giuridica*, Roma, 1932; Id., *Il problema della scienza del diritto*, ed. riv., a cura di P. Piovani, Milano, 1962. Nella vasta letteratura critica fiorita intorno alla figura del Giusfilosofo di Sulmona, circoscrivendo l'attenzione agli studi volti ad approfondirne la riflessione sul *diritto come esperienza*, si segnalano: G. Fallocco, *Esperienza comune ed esperienza giuridica nell'Analisi dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Matera, 1971; G. Acocella, *Scienza del diritto e diritto naturale in Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1973; G. Zaccaria, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi: contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Padova, 1976; P. Piovani (a cura di), *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1976; E. Opocher, *La filosofia del diritto di Giuseppe Capograssi*, Napoli, 1991; E. Nuti, *Giuseppe Capograssi (1889-1956): un capitolo del rinnovato diritto naturale. Implicazioni teologico-morali per una riflessione sulla coscienza morale*, Milano, 2000; S. De Masi, *Giuseppe Capograssi e il circolo ermeneutico. Il valore della "interpretazione" giuridica: dalla norma all'azione*, Firenze, 2001; A. Delogu, A.M. Morace (a cura di), *Esperienza e verità. Giuseppe Capograssi: un maestro oltre il suo tempo*, Bologna, 2009.

49 Si vedano i seguenti saggi opocheriani, attraversati nel complesso da un marcato interesse storico-dottrinale: E. Opocher, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Treviso, 1947; Id., *Concetto di "esperienza giuridica" e idealismo*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1950, fasc. 1., pp. 101-109; Id., *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in Aa. Vv., *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Atti dell'XI Congresso nazionale (Napoli, 4-7 ottobre 1976), Milano, 1976, pp. 72-101; Id., *Analisi dell'idea della giustizia*, Milano, 1977; Id., *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, 1993; Id., *Lezioni metafisiche sul diritto*, a cura di F. Todescan, Padova, 2005; Id., *Il prisma del diritto: la realtà giuridica e il problema del suo valore*, a cura di F. Todescan, Padova, 2016.

50 Con la produzione di Giuseppe Zaccaria, l'idea di un diritto come esperienza viene a coniugarsi con la prospettiva ermeneutica: cfr. F. Viola, G. Zaccaria, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2003; Id., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2013; G. Zaccaria, *La giurisprudenza come fonte di diritto: un'evoluzione storica e teorica*, Napoli, 2007; Id., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, 2012.

51 Per un inquadramento del contributo offerto dalla Scuola padovana di filosofia del diritto all'interno della riflessione del

Tale premessa appare inderogabile anche quando prendiamo in considerazione il diritto sotto l'aspetto di sistema deontico, di complesso ordinato di norme, che corrisponde ad uno dei significati principali della nozione di diritto, insieme con quelli, ben evidenziati nella dottrina tommasiana, di *ipsa res iusta*⁵² e di *ars per quam cognoscitur quod iustum est*⁵³. Ne troviamo conferma, in un contesto propriamente teoretico-epistemico, in Fabro il quale, guardando anzitutto al pensiero greco, asserisce che «il sistema è possibile soltanto in quanto si concepisce l'essere come un "tutto" [...] e questa possibilità dipende dal mettere a momento A dell'essere, a momento primo e fondante dell'essere la natura»⁵⁴, ovvero ciò che si dà, immediatamente, all'umana esperienza.

Il che implica il ruolo centrale che la scienza dell'essere in quanto essere svolge nella fondazione di qualsivoglia sistema scientifico: come scrive Rommen, «la metafisica è il fondamento logico di ogni scienza. Ogni scienza è un sistema di giudizi universali e necessari, che abbracciano l'*existentia* o l'*essentia* dei loro oggetti [...] Così la scienza del diritto è un sistema di giudizi sulle istituzioni giuridiche positive, sia generali che particolari, che costituiscono l'ordinamento giuridico, sulla loro esistenza, la loro essenza, le loro fonti, i loro fondamenti, il loro rapporto normativo, la loro validità temporale; [...] è per questo che la scienza dell'essere, delle sue forme, delle sue cause e dei suoi modi, è il fondamento di tutte le altre scienze»⁵⁵.

Pertanto, per cogliere appieno la struttura del concetto giuridico, occorre prendere le mosse dalla definizione stessa di concetto e delimitare, in seconda battuta, l'ambito del "giuridico". Orbene, dal momento che, come già insegnava Aristotele, fine delle scienze è l'ente e la sua conoscenza sempre più profonda, la definizione del concetto, pur

XX secolo sulla scienza del diritto si rimanda al ponderoso lavoro di F. Casa, *Sulla giurisprudenza come scienza: I. Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del XX secolo*, Padova, 2005. Un'analisi puntuale dei fondamenti teoretico-epistemologici della dottrina della "esperienza giuridica" è stata invece svolta da E. Ancona, *Alle fonti della concezione dell'esperienza giuridica nel pensiero di Francesco Gentile*, cit. pp. 287-320. Si veda anche la recente opera di F. Casa, *Epistemologia e metodologia giuridica dopo la fine della modernità*, Soveria Mannelli, 2020, spec. pp. 211-290.

52 Tommaso d'Aquino (San), *op. cit.*, II-II, q. 57: *il diritto*, art. 1, ed. cit., vol. 3, pp. 570-572.

53 *Ibidem*.

54 C. Fabro, *La crisi della ragione nel pensiero moderno*, a cura di M. Nardone, Udine, 2007, p. 16.

55 H. Rommen, *op. cit.*, cit., p. 157.

prendendo l'abbrivio dall'apprensione di un materiale sensoriale, richiede un ulteriore passaggio, di tipo propriamente intellettuale; la funzione del concetto non è solo rappresentativa, ma piuttosto intimamente conoscitiva: l'esperienza sensibile è il punto d'origine ma non è sufficiente acciocché si abbia autentica conoscenza. «L'esperienza sensibile – osserva Fabro – è sì ordinata alla ragione, ma non è ancora ragione, è il primo, primitivo contatto della coscienza con l'esperienza»⁵⁶. E nondimeno essa non basta: «nel pensiero greco la ragione esprime l'ultima funzione, ch'è funzione ausiliare; la funzione fondamentale dello spirito è invece l'intuizione, è apprendere l'*éidos*, è cogliere la forma, è afferrare il nucleo della verità. Per i greci quindi fondamentale è l'intelletto, l'intelletto intuitivo, l'intelletto afferrante»⁵⁷. Il concetto quindi ha fin dalle origini una vocazione rivelativa; «è il *nous* infatti l'organo supremo della verità»⁵⁸ possiamo ben dire, seguendo le argomentazioni di Fabro, nelle quali si rende ben palese la corrispondenza fra la funzionalità del concetto ed il processo di disvelamento del vero nascosto dietro l'apparenza delle cose, la *aléteia*, che «è appunto l'approfondirsi, l'internarsi in questo reale»⁵⁹. Il concetto, in qualche misura, è sempre apprensione dell'essenza di un oggetto; tale agnizione, di caratura gnoseologica, costituisce il presupposto ineludibile di un raccordo fra scienze teoretiche e discipline pratiche che risulti da un lato efficace e dall'altro corrispondente a quell'ordine gerarchico del reale che l'intelletto speculativo coglie mediante l'esperienza e la ragione pratica è chiamata a tradurre nei contesti del dover essere in forma di valori etico-giuridici, dandovi attuazione sul piano della prassi. «Conoscere – assevera Rommen – significa concepire essenze. Una cosa non è “conosciuta” dai sensi, ma, per mezzo dei sensi, dall'intelletto: questo l'afferra nella sua essenzialità, in ciò che essa è, e la assume in sé»⁶⁰. Il verbo utilizzato dal Giusfilosofo, *begreifen*, che corrisponde all'equivalente lemma tedesco, *Begriff*, manifesta bene i tratti della struttura dinamica del concetto, che invero nella dottrina tomistica si riveste di più

ampie e chiare venature onto-teleologiche⁶¹, poiché l'essenza, oggetto proprio della conoscenza intellettuale, oltre che individuare la *quidditas*⁶², prospetta l'*entelecheia*, la *plenitudo essendi* cui un ente è finalisticamente orientato⁶³. «L'essenzialità formale – aggiunge Rommen – che costituisce la cosa reale nel suo essere, è però anche il fine, la *causa finalis* della cosa [...] La forma non è soltanto la causa immediatamente operante della cosa, essa è anche il suo fine [τέλος]»⁶⁴.

4. L'ATTRATTIVITÀ DEL *BONUM*

QUALE TERMINE ULTIMO

DELLA GIUSTIFICAZIONE DEL DIRITTO

Ogni ente infatti, così come il reale nel suo complesso, ritrova nella sua essenza l'orizzonte finale cui è di per sé ordinato secondo la propria struttura ontologica⁶⁵, il che conferisce ad esso un'intrinseca tensione dinamica verso il conseguimento del proprio fine, che per quel dato ente costituisce anche il *bonum proprium*⁶⁶. Da ciò discende il fatto, per usare

61 Cfr. Tommaso d'Aquino (San), *op. cit.*, I, q. 84: *In che modo l'anima unita [al corpo] intenda le realtà corporee, che sono al di sotto di essa*, q. 85: *Il modo e l'ordine dell'intendere*, q. 86: *Che cosa conosca il nostro intelletto nelle realtà materiali*, ed. cit., vol. 1, pp. 1214-1266.

62 «*Nomen essentiae a philosophis in nomen quidditatis mutatur*». Id., *De ente et essentia*, 1, n. 3.

63 Come osserva Battista Mondin, «fine ultimo dell'attività dell'ente, secondo S. T., non è la preservazione della specie, bensì il raggiungimento pieno del proprio essere. “L'atto ultimo è l'essere. Perciò, essendo il divenire un passaggio dalla potenza all'atto, è necessario che l'ente sia l'ultimo atto verso cui tende qualsiasi divenire; e poiché il divenire naturale tende verso ciò che naturalmente si desidera, occorre che esso, l'essere, sia l'atto ultimo verso cui ogni cosa anela” (*Comp. Theol.*, I, c. 11, n. 21)». B. Mondin, *Dizionario enciclopedico del pensiero di San Tommaso d'Aquino*, v. *Finalismo*, Bologna, 1991, p. 271.

64 «Quanto più perfettamente una creatura diviene la sua essenza, quanto più il suo “essere-ciò” si avvicina al suo “essere-così”, tanto più l'*essentia* supera in lui l'imperfezione nell'*existentia*». H. Rommen, *op. cit.*, p. 146.

65 Questo dato, com'è noto, si ritrova già contenuto nella dottrina di Aristotele e dispiegato su diversi piani ontico-epistematici. Si consulti G. Abbate, *Finalismo e sillogismo in Aristotele. Un raffronto fra Analitici Secondi e De partibus animalium*, in L. Grecchi (a cura di), *Immanenza e trascendenza in Aristotele*, Pistoia, 2017, pp. 319-358. Proprio facendo riferimento al *De partibus animalium* – in special modo al Libro I – oltre che ai *Topici* e alla *Poetica*, Lisa Bressan illustra, lungo la linea suindicata, la relazione insistente nella dottrina aristotelica fra *bello* e *spiegazione finalistica degli animali*. Cfr. L. Bressan, *Aristotele e il bello. Poiesis, praxis, theoria*, Lecce, 2012, pp. 73-114.

66 «Essendo il bene ciò verso cui tutte le cose tendono, esso, allora, ha natura di fine. È evidente che il bene ha natura di fine. Tuttavia, la natura del bene presuppone la natura della causa efficiente e della causa formale. Infatti, vediamo che ciò

56 C. Fabro, *op. cit.*, p. 21.

57 *Idem*, p. 22.

58 *Ibidem*.

59 *Ibidem*.

60 H. Rommen, *op. cit.*, p. 142.

la fraseologia tommasiana, che per l'ens, *primum intellegibile*, «*verum et bonum convertuntur*»⁶⁷.

Una tale disposizione teleologica ha la sua radice prima in Dio, nel suo Essere e nella sua Volontà⁶⁸. Ma questa tendenza a realizzare il proprio fine e raggiungere la *plenitudo essendi* per la creatura libera e razionale assume l'assetto non solo di principio teleologico, ma di istanza teleonomica; quell'ordine particolare, inscritto nell'ordine universale delle cose, che per la creatura animale è un ordine di necessità, per l'essere umano è invece un ordine morale, una «legge morale della libertà»⁶⁹.

«Il concetto teleologico – constatiamo con le parole di Rommen – che ha la sua radice nella metafisica dell'essere è dunque il fondamento dell'unità essenziale di essere e dovere, di essere e di bene»⁷⁰, bene che rinviene in Dio, *Bonum supremum*, la sua scaturigine prima ed originante. L'attrattività del Bene⁷¹, declinata in senso onto-teleologico,

che è primo in ciò che è causa, è ultimo in ciò che è causato. [...] Ora, nel causare, si riscontra per primo il bene e il fine, che muove la causa efficiente; per secondo, l'azione della causa efficiente, che muove in vista della forma; per terzo, sopraggiunge la forma. Perciò, in ciò che è causato, le cose sono al contrario. Per primo, c'è la forma, per cui è ente; per secondo, si osserva in questa una potenzialità attiva, nella misura in cui il causato è perfetto [...] per terzo, ne segue la natura di bene, per mezzo della quale la perfezione è fondata nell'ente». Tommaso d'Aquino (San), *Somma di teologia*, I, q. 5: *Il bene in generale*, a. 4, resp., ed. cit., vol. I, pp. 349-350.

67 Nella q. 5 della *Prima Parte* della *Summa, de bono in communi*, leggiamo – con le parole dell'Aquinato che, per la loro pregnanza, conviene qui riportare nella versione originale – che «*bonum et ens sunt idem secundum rem: sed differunt secundum rationem*» (Id., *ult. op. cit.*, q. 5, a. 1, resp., ed. cit., p. 344); infatti se l'ens è il *primum intellegibile* ed ha perciò una priorità nell'ordine conoscitivo, diversamente, nell'ordine delle cause, «*Bonum autem cum habeat rationem appetibilis, importat habitudinem causae finalis [...]* – perciò – *in causando, bonum est prius quam ens, sicut finis quam forma*». Id., *ult. op. cit.*, q. 5., a. 2, ad 1., ed. cit., vol. I, pp. 346-347.

68 Lo compendia bene Rommen: «Quest'ordinamento è, nella sua essenza, ordinato dalla saggezza di Dio e, nella sua esistenza, scaturito dalla volontà di Dio. Quanto al suo senso e alla sua finalità esso è di nuovo diretto a Dio, fine supremo». H. Rommen, *op. cit.*, p. 151.

69 *Idem*, p. 155.

70 *Idem*, p. 148.

71 Già in Aristotele, seppure in un contesto teoretico e secondo modalità di raccordo differenti rispetto alla impostazione tommasiana, si manifesta un appaiamento volgente verso un'integrazione semantico-concettuale delle nozioni di *bene* e di *bello* nella configurazione del quadro teleologico verso cui si orienta la *praxis*. Nell'*Etica Eudemia*, nel libro VIII, viene articolata dallo Stagirita con un copioso plesso di argomentazioni, l'idea di *καλοκάγαθία*, da intendersi, come osserva la Bressan, come una sorta di «virtù completa», ovvero quella «virtù che sorge dalla combinazione delle virtù particolari (*ἀρεταὶ κατὰ μέρος*) generandosi dal loro gioco armonioso». L. Bressan, *op. cit.*, p. 56. Ma l'*agire*

risulta dunque il termine di riferimento attraverso cui viene ad assumere una solida base metafisica la filosofia pratica nel suo complesso, versandosi da un lato nell'etica e dall'altro nel diritto.

Ma, a tal proposito, occorre ora procedere ad analizzare con puntualità il concetto giuridico in sé⁷² e verificare se possieda anch'esso, di per sé, la summenzionata caratterizzazione teleologica; il concetto giuridico presenta delle peculiarità legate all'idea stessa di giuridicità, che, in quanto afferente alla realtà dell'uomo, ha quale momento originario «l'esperienza giuridica, che è una forma particolare di esperienza sociale»⁷³, e quali fonti principali la percezione ed il linguaggio, oggettivato mediante la funzione eidetica ed interattivo in forza della funzione dialettica⁷⁴.

Alla conformazione del giuridico concorre in modo costitutivo la nozione di *lex* nella cui natura si sussumono e si compenetrano una funzione assiologico-valutativa dispiegantesi in senso oggettivistico (la *lex* è *mensura*⁷⁵) ed una direttivo-ordinativa⁷⁶ (la *lex* è «*rationis ordinatio ad bonum communem, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata*»⁷⁷). La legge, dunque, in

bene in conformità alla *καλοκάγαθία* non esaurisce la sua funzione in un ambito squisitamente morale; tale principio dispiega i suoi effetti anche nella dimensione politica: «il bello – scrive la Bressan – nei suoi caratteri di grandezza e di limite costituisce una delle condizioni fondamentali affinché si possa realizzare la città migliore possibile». *Idem*, p. 64. Vi è dunque una congruenza strutturale fra le idee di *bene* e di *bello* nell'ordine pratico che consente di parlare, già nel contesto aristotelico, di una congenita «attrattività del bene» che si rivela, con pari efficacia, nella sfera etica come in quella politica. «Il bello, infatti, – prosegue l'Autrice – è per colui che agisce bene ciò che lo mette in accordo con le sue azioni, le quali, a loro volta, sono ciò che realizza, che mette in atto, le sue capacità». *Idem*, p. 72.

72 Quello di concetto giuridico è un tema che è stato affrontato sotto molteplici punti di vista nella dottrina giusfilosofica. Per una ricognizione teorica sul tema si rinvia a: S. Chignola, G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, Milano, 2005.

73 F.A. Lamas, *ult. op. cit.*, p. 21.

74 *Ibidem*, pp. 21-22.

75 Una consimile concezione della legge, interpretata originariamente quale *mensura*, si ritrova già in Cicerone; il tema ha incontrato in tempi recenti una rinnovata fortuna: Cfr. R. Fiori, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel De officiis di Cicerone*, Napoli, 2011; F. Fontanella, *Politica e diritto naturale nel De legibus di Cicerone*, Roma, 2012; M. Zanichelli, *Ius de quo quaerimus. Cicerone filosofo del diritto*, Mantova, 2018.

76 Più precisamente, nella traduzione del Pizzorni, la legge è «un ordinamento della ragione che determina le cose indeterminate dalla legge naturale, ma consone a questa, inteso o diretto al bene comune e liberamente promulgato da coloro che hanno cura della comunità» R. Pizzorni, *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, 1999, p. 267.

77 Tommaso d'Aquino (San), *Somma di Teologia*, I-II, q. 90, a. 4.

senso universale è diretta al bene comune e la sua essenza è di essere al servizio di un fine colto dalla ragione – e non dalla volontà – come immanente all'ordine delle cose⁷⁸.

Accanto a questi attributi della razionalità e della politicità, Lamas mette altresì in luce altre due «proprietà inseparabili dal Diritto: la validità e la vigenza»⁷⁹. La validità «indica l'indole formale o la proprietà di ciò che ha valore»⁸⁰; per il diritto, al di là di ogni riduzionismo positivisticò, essa ravvisa il proprio *ubi consistam* «nel suo rapporto con la giustizia»⁸¹, intesa come reciprocità oggettiva ed equivalente di titoli e poteri da far valere attraverso la norma. La vigenza, del pari, «indica l'indole formale o la proprietà di ciò che ha forza (*vis*) per incarnarsi nella vita sociale»⁸², forza che riscopre, secondo S. Tommaso, la prima forma di attuazione nel costume, nel perpetuarsi di una serie di usi sociali e di prassi civiche, mentre nella coazione ha soltanto un succedaneo⁸³. In base a quanto sin qui detto, «il Diritto è dunque da un lato la norma; dall'altro il giusto oggettivo o (con le parole di San Tommaso d'Aquino) la stessa cosa giusta»⁸⁴.

Entrambe le dimensioni, quella del *to nomikón* e quella del *to díkaion*, conferiscono allo *ius* un'intima natura dinamico-teleologica che si ripercuote direttamente sulla configurazione del concetto giuridico; nel particolare, volendo scendere nella concretezza di quella che denominiamo “esperienza giuridica”, se è vero quanto sin qui affermato, il fine sociale fondato ontologicamente e conforme allo *ius*, il bene giuridico, è la *ratio* della norma e diventa in quanto tale il fulcro essenziale del concetto giuridico medesimo.

Un tale aspetto si percepisce con chiarezza nella filosofia giuridica di Francesco Gentile, in specie nella sua dissertazione intorno alla teodicea sviluppata nel suo ultimo testo, *Legalità, giustizia, giustifi-*

78 Su questo punto la tradizione dottrinale è ampiamente consolidata e risale fino a Cicerone «Unico è il diritto che tiene unita la società romana ed unica la legge che ne è fondamento, legge che consiste nella retta norma del comandare e del vietare; e colui che non la riconosce è ingiusto, stia essa scritta in qualche luogo oppure no». Cicerone, *De legibus*, in Id., *Opere politiche e filosofiche*, I: *Lo stato, le leggi, i doveri*, a cura di L. Ferraro e N. Zorzetti, Torino, 1985², 14, p. 42.

79 F.A. Lamas, *ult. op. cit.*, p. 39.

80 *Ibidem*.

81 *Ibidem*.

82 Ivi, p. 40.

83 *Ibidem*.

84 Ivi, p. 27.

*cazione*⁸⁵. Qui prende corpo, sul piano più elevato, un discorso incentrato sulla via dialettica, che ha come base la conoscibilità della struttura metafisica del reale. «La cosa stessa – scrive citando la *Metafisica* di Aristotele⁸⁶ – fece loro strada e li costrinse a cercare»⁸⁷. Ristabilire l'ordine delle relazioni intersoggettive superando la *lis* attraverso la trasfigurazione del conflitto in controversia⁸⁸ postula da una parte la riabilitazione nel campo delle scienze giuridiche del “vero”⁸⁹, orizzonte in sé irraggiungibile nella sua pienezza e tuttavia presente e parzialmente attingibile⁹⁰, dall'altra l'acquisizione e la piena operatività di un principio di giustizia⁹¹, vista non come virtù ma come valore, secondo i cinque significati illustrati da S. Tommaso⁹², fra i quali spicca in primo luogo quello di *ipsa res iusta*, strutturalmente connesso a quel *bonum* particolare che è riflesso e porzione del *Bonum Assoluto*⁹³. Questo

85 F. Gentile, *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., p. 73.

86 Aristotele, *Metafisica*, A, 984 a.

87 F. Gentile, *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., p. 73.

88 A testimonianza del perdurare nel magistero francesco-gentiliano del tema della trasfigurazione del conflitto in controversia, nonché della sua pregnante attualità, specialmente in una prospettiva “processualistica”, si richiama l'attenzione, nella vasta produzione del Giusfilosofo patavino in materia, su un suo significativo contributo presentato presso un convegno di studi tenutosi a Padova il 17 novembre 2007. Cfr. F. Gentile, *Il processo e la conversione del conflitto*, in “L'Ircocervo. Rivista elettronica italiana di metodologia giuridica, teoria generale del diritto e dottrina dello stato”, 2007, 1, ora in A. Berardi (a cura di), *Il processo e la conversione del conflitto*, Padova, 2009, pp. 93-104.

89 Sul problema della verità nell'orizzonte del processo in una prospettiva tomistica, cfr. E. Ancona, *Via iudicii. Contributi tomistici alla metodologia del diritto*, Padova, 2012, pp. 93-179.

90 Gentile sottolinea come il rapporto con l'orizzonte della verità sia assolutamente intransigibile nell'ottica della finalità, essenzialmente propria al diritto, della massima realizzazione possibile della giustizia nel caso concreto. «L'ambito della giustizia è relativo, non si ha a che fare con la giustizia assoluta, perché la giustizia è sempre all'interno di una relazione fra persone. Eppure la giustizia non può mai essere relativistica, perché può essere esercitata soltanto a condizione di essere aperti al rivelarsi della verità». F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit., p. 193.

91 Su questo punto, si rinvia all'interessante trattazione di Elvio Ancona, coerente con le intuizioni gentiliane, su “Giusto processo” e giustizia: E. Ancona, *Veritas est adaequatio rei et intellectus. L'epistemologia tommasiana di fronte alle problematiche del processo penale*, Torino, 2020, pp. 30-33.

92 Si veda in particolare la vasta e rimarchevole *Introduzione* di P. Tito e S. Centi a Tommaso d'Aquino (San), *La Somma teologica*, vol. 17, *La giustizia (II-II, qq. 57-59)*, trad. it. e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino dell'ed. leonina, Firenze, 1959, pp. 9-25; si veda spec. II-II, q. 58: *la giustizia*, pp. 44-79.

93 S. Tommaso spiega con chiarezza questo punto nella *quaestio* 6 della *Prima Parte* della *Summa* dedicata alla trattazione del *Sommo Bene*. Il bene, visto nella sua particolarità, trova in

bene non è estraneo all'uomo, ma si presenta con inoppugnabile vigore alla sua coscienza⁹⁴, la quale, come rimarca Gentile riprendendo Pieper⁹⁵, è «l'unità vivente di sinderesi e prudenza» l'una, la sinderesi, vertente sui principi universali del bene e del male, l'altra, la prudenza, vertente sulla scelta dei mezzi per giungere ai fini ultimi della vita umana⁹⁶. In ultima istanza, come al pari del Gentile assevera il Rommen⁹⁷, la legge è a servizio di un fine ultimo.

Dal concetto giuridico siamo così giunti al bene, anzi, seguendo un articolato percorso giustificativo, al *Sommo Bene*, nel quale non può non ritrovarsi, essendo il diritto e i suoi elementi costitutivi dei dati della "realtà", da concepirsi pertanto metafisicamente, il fondamento primo ed il fine ultimo dell'esperienza giuridica globalmente intesa.

Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre è cultore e già assegnista di ricerca in filosofia del diritto presso il DISC dell'Università di Udine, dove è anche Membro associato del Gruppo Inter-Dipartimentale sulla Normatività; ha svolto la sua attività di ricerca anche presso le Università di Padova e di Cosenza, presso il CIES di Rende ed il CRIE di Napoli. Autore di due monografie e di vari articoli e saggi scientifici, fa parte di società accademiche e gruppi di ricerca nazionali ed internazionali. Fra i suoi principali temi di studio si segnalano la teoria della pena, la persona, S. Tommaso e Hobbes.

Antonio Vernacotola Gualtieri D'Ocre is a scholar and former research fellow in the Philosophy of Law at the

Dio il suo fondamento, essendo Egli stesso il Sommo Bene. «Poiché il bene è in Dio come nella prima causa non univoca di tutte le cose, occorre che esista in lui nel più eccellente dei modi. Ed è proprio per questo che è detto sommo bene». Tommaso d'Aquino, *Somma di teologia*, I, q. 6: *La bontà di Dio*, art. 3, *pract.*, tr. it. 2018, ed. cit., vol. 1, p. 357.

94 Anche il concetto di coscienza, per come si conforma nella presente disquisizione gentiliana, è di chiara matrice tommasiana, in modo particolare per come viene definito nella *quaestio* 79 della *Prima Parte* della *Summa*. Cfr. *Idem*, I, q. 79: *Le potenze intellettive*, art. 12, ed. cit., pp. 1181-1183. S'interroga intorno al medesimo tema, in una prospettiva parimenti tomistica, Felix Lamas, che si sofferma sulla struttura fenomenica della coscienza e sul suo rapporto con l'esperienza esterna, per poi analizzarne, in quanto esperienza interna, la natura morale e la prospezione sociale e giuridica. F.A. Lamas, *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, 2013, pp. 171-209.

95 J. Pieper, *Traktat über die Klugheit*, tr. it. di G. Pezzato, Brescia, 1999.

96 F. Gentile, *Legalità, giustizia, giustificazione*, cit., p. 77.

97 H. Rommen, *op. cit.*, p. 165.

DISC of the University of Udine, where he is also an Associate Member of the Inter-Departmental Group on Normativity; he has also carried out his research activities at the Universities of Padua and Cosenza, at the CIES of Rende and at the CRIE of Naples. Author of two monographs and various articles and scientific essays, he is a member of academic societies and national and international research groups. His main topics of study include the theory of punishment, the person, St. Thomas and Hobbes.

vernacotola@hotmail.com

Metodologia ermeneutica e didattica giuridica. A partire da un recente volume di Donato Carusi su diritto e letteratura

Francesco Petrillo

ABSTRACT

A partire da un recente volume su Diritto e letteratura, il lavoro propone una metodologia didattica per lo studio del diritto in grado di non trascurare la metodologia giuridico-ermeneutica. La precomprensione critica e la circolarità ermeneutica sono necessari strumenti formativi di un giurista, qual è quello contemporaneo, protagonista di un'epoca giuridica uscita fuori dalla geo-globalizzazione, ma ancora incapace di definire i contesti della nuova geo-glocalizzazione. La letteratura - così come l'estetica - ha fornito strumenti di anticipazione possibile all'esigenza per il giurista di superare il rapporto tra interpretazione filologica e mera critica dei testi giuridici con la definizione del concetto di precomprensione critica e di superare il paradosso di un metodo della maggioranza democratica soltanto volto ad imporre determinazioni convenienti ai più, ma non necessariamente perseguibili per l'intero contesto sociale con la definizione di circolarità ermeneutica. Il diritto più vicino alla giustizia che alla legge, reclamato dallo psicologismo letterario del primo Novecento e dal realismo letterario ottocentesco, va proposto per la formazione dell'habitus del giurista e per l'operatività concreta nel sociale di quest'ultimo. La didattica del diritto è lo strumento possibile, potendo fruire del metodo giuridico-ermeneutico senza escluderlo dalle potenzialità applicative del diritto, per trasporre un'aspirazione e una concreta esigenza umana, raccolta nelle esperienze letterarie, all'interno della realtà giuridica di tutti i giorni. Il metodo giuridico-ermeneutico si pone come un peculiare percorso necessario di formazione per il giurista attento alle trasformazioni di una società politica non governabile e regolabile esclusivamente attraverso l'ordine delle leggi voluto dalla maggioranza dei suoi consociati.

Starting from a recent work on Law and Literature, the item proposes a teaching methodology for the study of law capable of not neglecting the legal-hermeneutic methodology.

Critical pre-understanding and hermeneutic circularity are necessary training tools for a jurist, such as the contemporary one, protagonist of a legal era that has emerged from geo-globalization, but still incapable of defining the contexts of the new geo-glocalization. Literature – as well as aesthetics has provided tools for possible anticipation of the need for the jurist to overcome the relationship between philological interpretation and mere criticism of legal texts with the definition of the concept of critical pre-understanding and to overcome the paradox of a method of the democratic majority only aimed at imposing decisions that are convenient for most people, but not necessarily actionable for the entire social context, but hermeneutic circle.

The law closer to justice than to law, claimed by the literary psychologism of the early twentieth century and by nineteenth-century literary realism, must be proposed for the formation of the jurist's habitus and for the latter's concrete operation in the social sphere. The teaching of law is the possible tool, being able to benefit from the legal-hermeneutic method without excluding it from the applicative potential of law, to transpose an aspiration and a concrete human need, collected in literary experiences, within the legal reality of all days.

The legal-hermeneutic method presents itself as a peculiar possible training path for the jurist attentive to the transformations of a political society that cannot be governed and regulated exclusively through the order of laws desired by the majority of its members.

PAROLE CHIAVE

DIRITTO E LETTERATURA;
 METODOLOGIA GIURIDICO-ERMENEUTICA;
 DIRITTO E GIUSTIZIA; ORDINE DELLE LEGGI.

KEYWORDS

LAW AND LITERATURE;
 LEGAL-HERMENEUTIC METHODOLOGY;
 LAW CLOSER TO JUSTICE; ORDER OF LAWS.

1. INTRODUZIONE. 2. LO PSICOLOGISMO LETTERARIO DEL PRIMO NOVECENTO E LA PRECOMPRESIONE CRITICA NELL'INTERPRETAZIONE DEL DIRITTO. 3. LA NARRAZIONE REALISTICA DEL PRIMO OTTOCENTO E LA CIRCOLARITÀ GIURIDICO-ERMENEUTICA TRA SINGOLO E COLLETTIVITÀ. 4. CONCLUSIONI.

1. Il volume di Donato Carusi *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*¹ si colloca appieno in quel movimento di “diritto e letteratura”, diffusosi, negli ultimi anni, all'interno della cultura accademica italiana. È un movimento definibile come *trasversale*, nel senso di interessare e riguardare studiosi delle più diverse discipline giuridiche, letterarie e sociologiche. Carla Faralli, Alberto Scerbo e Maria Paola Mittica, all'interno della *Filosofia del diritto*, hanno da tempo segnalato all'attenzione dei giusfilosofi italiani, e non solo, i nessi tra l'insegnamento del diritto e della letteratura, specie nella dimensione della ricerca del metodo didattico-narrativo per la formazione del giurista contemporaneo, possibile “rappresentante organico” di società tanto complesse da oscillare tra la globalizzazione e la localizzazione politico-giuridica.

In questa congerie, il volume di Carusi si pone come un gusto e un'esigenza dell'A., volti ad esprimere il rilievo e l'utilità della cultura letteraria per il giurista nel mondo del diritto positivo e degli operatori del diritto. Ma si pone anche come una possibilità esclusiva, garantita dal mondo della letteratura, di guardare al di là della legge, prima della legge e dopo la legge, per cogliere nel mondo del

riduzionismo giuridico²- che Luigi Lombardi Vallauri aveva ben individuato come il problema della contemporaneità del diritto rispetto alla modernità - il complesso rapporto tra diritto e legge, giustizia formale e giustizia sostanziale. Qui è la nodosità della questione: la legge che sua Maestà non legge, ma fa e resta e il diritto che c'è ma può non diventare legge! Quest'ultimo va considerato, in qualche modo applicato e, certamente, insegnato. C'è l'esigenza, per il giurista odierno, non soltanto di riportare il diritto alla letteratura e viceversa, ma anche di cercare nuovi metodi per l'insegnamento e la comprensione di una scienza giuridica, attenta da tempo a problematiche che vanno ben oltre quelle della sola legge scritta.

Il volume di Carusi diviene, dunque, un'occasione per vagliare e saggiare l'utilità della metodologia giuridico-ermeneutica³ nella didattica del diritto. I tre secoli di storia e di narrazione letteraria, studiati in relazione al concetto di legge, cui fa riferimento il sottotitolo del volume, sono proprio i tre secoli successivi alla pubblicazione, nel 1651, a Londra, della prima edizione del *Leviathan* di Thomas Hobbes, opera che, concettualmente, permette alla profanazione del diritto naturale⁴, di produrre la formattazione spaziale e temporale della giuridicità nella legalità. Ma, sotto il *format*, il diritto pulsa, fin da subito. Pulsa perché presente nei percorsi e processi conducenti all'emanazione delle leggi, in quelli riguardanti i rapporti tra la legge e la giustizia dei singoli casi concreti, in quelli riguardanti le persone, in quelli riguardanti la formazione dell'apprendista giurista.

2 Cfr. L.L. Vallauri, *Riduzionismo e oltre. Dispense di filosofia del diritto*, Padova, 2002.

3 Sulla metodologia giuridico-ermeneutica, costruita prendendo le mosse dalla *Teoria generale dell'interpretazione* di Emilio Betti (cfr., per tutti, E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, 1990), mi permetto di rimandare il lettore ai miei, *La decisione giuridica*, Torino, 2005 e *Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica*, Torino, 2011, nonché, specificamente per l'applicazione della metodologia giuridico-ermeneutica alla didattica del diritto, *Per la didattica possibile della metodologia giuridico-ermeneutica*, in F. Petrillo (a cura di) *Lezioni di metodologie e tecnologie didattiche per le scienze giuridiche*, Santarcangelo di Romagna, 2019. Per ragioni di brevità e pudore non farò più riferimento nel testo a questi miei studi.

4 L'espressione, molto pertinente e in grado di spiegare la trasposizione di Dio nell'uomo, all'inizio dell'umanesimo-rinascimento, è, com'è noto ai più, di Hans Welzel (cfr. H. Welzel, *Diritto naturale giustizia materiale*, Milano, 1965).

1 D. Carusi, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, 2022.

2. La coesistenza tra la giuridicità più latamente intesa e la legge formale è molto ben colta dal Carusi quando scrive interessantissime pagine sulla narrazione letteraria dello psicologismo del primo Novecento⁵, dalle quali emerge come la giuridicità non possa prescindere dalla psicologia del soggetto. L' A. fa riferimento a un «mondo in frantumi», per l'incapacità evidente da parte del soggetto di possedere pienamente l'oggetto, in grado di fare ritrarre il soggetto in sé stesso, come risulta dalle narrazioni letterarie di Italo Svevo, Marcel Proust, James Joyce, Virginia Woolf, Franz Kafka. E fa riflettere il giurista contemporaneo su come gli sforzi teoretici dello gnoseologismo positivista, capace, nel procedimento logico-analitico, di espungere ogni forma di nesso tra il rapporto norma-applicazione della norma e psicologia dei soggetti, per esempio, tra soggetto giudicante e soggetto giudicato, in letteratura, siano criticamente già messi in discussione. La narrazione letteraria fornisce tanti strumenti all'ermeneutica giuridica e filosofica, che prenderà piede e diffusione dopo la metà degli anni '50 del Novecento e coglie, come primizia, il senso del rapporto tra psiche e legge, tra interpretazione filologica e critica, finché non si presenti all'orizzonte il concetto di precomprensione critica. Il *Vorverstehen* permea già la narrazione letteraria, e il giurista comprende bene quanto di quella narrazione siano debitori, nel mondo del diritto positivo, rispettivamente, nel tempo, Rudolf Jhering, Philipp Heck, Emilio Betti e Josef Esser, così come il filosofo comprende bene quanto lo siano, nel mondo del pensiero generale, Martin Heidegger, Hans Georg Gadamer, Paul Ricoeur, Jacques Derrida, e tanti altri. Spiega, per esempio, come lo studio di un contratto sia più completo, se voglia adeguatamente tenere in conto il rapporto tra mondo interiore e mondo esteriore dei soggetti firmatari, rispetto allo studio della sola dichiarazione contrattuale. Il giurista - studioso, avvocato o giudice - deve sapere guardare il mondo, con uno spettroscopio a prisma. È la finalità ideale dell'ordine giusto e del bene comune a permettere, in fondo, la netta distinzione tra una decisione giuridico-gnoseologica, conseguente a una "metodologica" interpretazione

del diritto⁶ e un decisionismo politico-giuridico⁷, rivendicante con chiarezza la sua derivazione dal positivismo giuridico del XIX secolo.

Non è casuale che il positivismo giuridico classico venga posto come l'assoluto fondamento storico-filosofico della teoria politico-giuridico decisionista⁸. Di fronte a codificazioni chiuse e sistemi formalizzati non c'è altra scelta che quella di «negare una scienza giuridica sistematica in senso proprio»⁹ e di riconoscere che «ogni argomento di scienza del diritto non è altro che un potenziale fondamento per decisioni, in attesa di caso di conflitto»¹⁰. La trasformazione dell'idea di diritto nell'idea di legalità¹¹ crea come situazione congenita al sistema giuridico, una continua quantità di scontri di interessi e quindi un concreto disordine, bisognoso di una decisione sovrana perché possa avere termine. E il positivismo ottocentesco deve trovare, per il decisionismo politico-giuridico, il suo naturale epilogo nell'integrazione possibile di pensiero positivista e pensiero decisionista, al fine di garantire la sopravvivenza del sistema. Solo e proprio l'aspetto decisionista, in grado di non negare lo psicologismo, permette di moderare l'"ipocrisia" della sostituzione dell'obiettività della legge – propria della prospettiva normativista – rispetto alla volontà del legislatore, meramente legata alle teorie giuspositiviste classiche, e cioè di limitare il logicismo estremo in cui va a cadere il positivismo giuridico quando si costruisce come assoluto normativismo¹².

La prospettiva ermeneutica della tradizionale interpretazione giuridica permette, già nella seconda metà del XX secolo, in Italia, prendendo nettamente le distanze dal positivismo – dal momento che sostituisce al produttivismo legalistico l'idea di un diritto capace di reintegrarsi continuamente con l'interpre-

6 E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit.; s.a., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1971.

7 Cfr., tra i tanti studi di Carl Schmitt, per tutti, C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in *Le categorie del politico*, trad. it. Bologna, 1982, pp. 247-275, in particolare p. 265. Ivi, l'A. intitola il terzo paragrafo del suo saggio «*Il positivismo giuridico del XIX secolo come unione di pensiero fondato sulla decisione e pensiero fondato sulla legge (di decisionismo e normativismo)*».

8 *Ibidem*, a p. 265, Schmitt, ancora, scrive: «La tendenza verso questo tipo di scienza giuridica si manifesta soprattutto allorché assume rilievo una codificazione chiusa come norma "positiva" e diritto "positivo"».

9 *Ibidem*.

10 *Ibidem*.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

5 D. Carusi, *Sua maestà legge?*, cit. pp. 237-279.

tazione –, il collegamento con la storicità concreta della decisione, evitando la falsa coscienza di una realtà obbiettivata solo perché stereotipata. L'ermeneutica giuridica¹³, contrapponendosi al positivismo classico, fondato sul nesso: volontà del legislatore (che decide in generale e astratto) / volontà del giudice (che decide in particolare e concreto), si propone soprattutto lo scopo di superare la “metafisica positivista e normativista”, rendendo la volontà del legislatore, della legge, e quella del giudice (al legislatore e legge logicamente astretto in un vincolo indissolubile) a-spaziale o meta-spaziale e a-temporale o in-temporale. Mira a cogliere, nell'ordinamento giuridico vivente, il senso della forza gnoseologico-decisionale del giudizio del giudice, o del giurista in genere, non soltanto quando esso sia stabilito per legge, come, invece, il decisionismo politico prevede per «i giudici professionali dello stato e per gli avvocati organizzati secondo lo stesso schema di una Magistratura di questo tipo»¹⁴, permettendo, rispetto al positivismo giuridico, di non disperdere la diacronicità e dia-topicità, proprie della giuridicità non formalizzata nella legge, ma dimensionata nella spiritualità dei soggetti che la vivono.

Il decisionismo schmittiano, caratterizzato dalla forza della decisione politica, pur smascherando l'ideologia della logica assiomatico-deduttiva, fatta propria dal normativismo, si limita a permettere al positivismo giuridico di salvaguardare i propri contenuti storicistici, quelli determinanti l'ordinamento giuridico come un concreto ordinamento storico¹⁵, fondato sulla decisione sovrana in grado di mettere fine ad uno stato d'eccezione, anche, presociale. In quel contesto, perciò, il sovrano non è il risultato del contratto¹⁶ da cui sorge lo Stato, ma la possibilità, meglio, il presupposto, della garanzia dell'ordinamento giuridico esistente proprio grazie allo Stato. Il potere giuridico-politico, di conseguenza, proviene al sovrano dal consenso generale¹⁷, ma è il sovrano che garantisce il potere.

La metodologia giuridico-ermeneutica – seppure manifesti, al suo interno, tracce della prospettiva schmittiana, soprattutto in tema di critica al norma-

tivismo¹⁸ – si propone, invece, con enormi differenze, rispetto al decisionismo politico, oltre che di tipo strutturale e fondativo, anche di tipo dinamico e funzionale perché in essa:

1.a) l'aspetto decisionale della giuridicità non deriva da presupposti teorico-politici, nel senso cioè che non è la potestà politica a fondare il diritto a decidere, ma semmai essa ne spiega l'esigenza, ne è lo scopo;

1.b) la decisione giuridico-ermeneutica non è derivazione di costruzioni teorico-politiche altre, per esempio, della costruzione teorica giuspositivista. Ciò emerge con chiarezza ove si consideri che in essa è del tutto assente la necessità della legge, la quale si pone solo come un'eventualità della riflessione sul diritto, ma non certo come la caratterizzazione di quest'ultimo o come la sua finalizzazione, insomma, come la sua sintesi concettuale o, addirittura, come il suo unico modo di espressione;

1.c) la dinamica operativa della decisione fa riscontrare la differenza di fondo tra le due concezioni, perché, mentre il decisionismo politico-giuridico si caratterizza per la capacità fondativa del diritto da parte dell'eccezionalità della politica, scaturigine della decisione quale atto autoritativo sovrano, il decisionismo gnoseologico-storico si caratterizza per la normalità della politica, quale vicenda decisionale-giuridico-etica, riscontrante il suo più remoto fondamento, non nel concetto di autorità, ma piuttosto nel concetto di tolleranza¹⁹ nel decidere da parte del giurista. La tolleranza è, infatti, il *quid* soggettivo caratterizzante l'*habitus* precomprensivo estetico-etico, costruito da Adelchi Baratono come insieme di forma e sostanza²⁰.

Nonostante la chiara distanza dalla decisione politica schmittiana, la decisione giuridico-ermeneutica si espone, ovviamente, alle tradizionali obiezioni teoretiche fondate sul timore di «dare, in tal modo, uno scossone alla certezza del diritto»²¹ e al suo ne-

18 Cfr., in particolare, E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit. p. 846 ss. e s.a., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, cit., p. 312 ss.

19 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 848.
20 Cfr. *ibidem*. L'A. scrive: «In particolare i cultori delle scienze giuridiche sono oggi chiamati a dare esempio di tolleranza e a mantenere un'apertura mentale e morale che, dall'un lato, li affranchi da ogni supino conformismo a certi indirizzi ufficiali di natura contingente, dall'altro renda lo studio del diritto accessibile al movimento delle opposte tendenze valutative così in senso conservatore come in senso evolutivo.

21 Inerentemente all'ideale necessario della certezza del diritto, sul quale negli anni di produzione bettiana si soffermerà molta scienza giuridica italiana con la quale Betti sarà nei suoi scritti in costante colloquio, cfr., gli imprescindibili, F.

13 Cfr. V. Frosini, F. Riccobono (a cura di), *L'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, Milano, 1994.

14 C. Schmitt, *I tre tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 265.

15 *Ibidem*, p. 274.

16 *Ibidem*, p. 275.

17 *Ibidem*.

cessario rigore»²². La risposta della *teoria giuridico-ermeneutica* a tali critiche è insita nell'elevazione alla massima potenza del ruolo della giurisprudenza, il *corpus* integrale dei giuristi (Magistrati, Professori universitari, Avvocati), da non considerarsi come un ente distaccato dalla società, ma in rapporto organico con quella²³. E il concetto di giurisprudenza è concetto ampio²⁴. Esso, per esempio, può distinguersi in «ambiente sociale moderno»²⁵, e «teorica e pratica»²⁶, volendo con ciò intendere tanto la dottrina dei giuristi, quanto l'attività della magistratura. In realtà, al di là delle distinzioni di scuola, tipiche della tradizionale letteratura sull'interpretazione giuridica²⁷ e sulle fonti del diritto²⁸, per *Giurisprudenza*, nella dimensione ermeneutica, deve intendersi l'attività del giurista, di colui che è dotato dell'*habitus* (forma-sostanza, di baratoniana memoria) e quindi assolutamente titolato a procedere alla decisione in funzione normativa, che mette fine al conflitto tra le parti di una questione giuridica. Il giurista è, allo stesso tempo, soggetto dotato di forti implicazioni non solo conoscitive, ma anche politico-volitive. È «l'organo competente della coscienza sociale del tempo nell'identificare i criteri di valutazione che si esprimono nei principi generali di diritto»²⁹. La

Lopez de Onate, *La certezza del diritto* (1942), Milano, 1968 e P. Calamandrei, *La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina*, in «Rivista di diritto commerciale», (1942), oggi in F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, cit.

22 Cfr. G. Zaccaria, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia ermeneutica di J. Esser*, Milano, 1984, p. 11.

23 Il tema, oltre che nell'*Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, è da Betti affrontato nel paragrafo della *Teoria generale* in cui Betti conclude il suo volume generale sull'interpretazione giuridica. Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 858-864.

24 Sulla capacità del concetto di «giurisprudenza» di includere oltre che la magistratura, anche la dottrina, e, in senso prospettiva ancora più ampia, ogni figura alta di «dottore», da qualificarsi, in senso tecnico, secondo quanto sostenuto nel testo, con il concetto di giurista, cfr. L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967. Cfr., sul punto, anche V. Marinelli, *Ermeneutica giudiziaria. Modelli e fondamenti*, Milano, 1996, p. 80, nota 134.

25 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 858.

26 *Ibidem*.

27 Cfr. F. Modugno, *Interpretazione giuridica*, Padova, 2009.

28 Cfr. V. Italia, *Il disordine delle leggi e l'interpretazione*, Milano, 2010.

29 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, pp. 858-859. Conviene qui riportare l'intero brano con cui Betti apre il suo discorso sulla giurisprudenza: «Che nell'ambiente sociale moderno la giurisprudenza, teorica e pratica, si debba considerare come l'organo competente della coscienza sociale del tempo nell'identificare i criteri di valutazione che si esprimono nei principi generali di diritto è negato da chi si limita ad attribuirle il modesto compito di illuminare la

massima di decisione non si desume dalla natura delle cose, come per esempio negli studi di *topica* e di *retorica*, ma proprio dal nesso spirituale che sussiste tra coscienza sociale del tempo e giurisprudenza³⁰. Rileva, dunque, non tanto l'aspetto decisionale o meramente l'aspetto gnoseologico-interpretativo, quanto piuttosto «il perenne processo di discussione tra giuristi»³¹, che «serve, da un lato, a garantire contro una indebita intrusione di soggettività, sia contro il cristallizzarsi di opinioni incontroverse, sia contro il persistere di indirizzi unilaterali attraverso un indolente conformismo; dall'altro a mettere alla prova e a collaudare i criteri di decisione secondo la rispondenza alle esigenze sociali»³².

Il concetto di *precomprensione critica* come *habitus* del giurista nella discrezionalità, dal punto di vista teoretico, va pienamente a coincidere con la *nozione di stile*, elaborata in forma categoriale dalla filosofia di Baraton³³. Nella comprensione del testo e/o dell'attività interpretata, rileva: né solo la concettualizzazione della dogmatica odierna, né solo la dimensione storica dei concetti³⁴; cioè non rilevano, in maniera esclusiva, né la storia dei concetti, né i concetti de-storicizzati e universalizzati. Invece: «... rilevano quelle che possono definirsi come le funzioni logiche,

ragione individuale o la coscienza collettiva nel desumere la massima della decisione dalla natura delle cose».

30 Cfr. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 324. L'A. scrive: «Il giudice è rappresentante della società, rappresentante di indole morale e non legale, conforme alla perennità della missione affidata ai giuristi».

31 Cfr. *Ibidem*, pp. 859-860.

32 *Ibidem*.

33 Il riferimento alla filosofia estetica di Adelchi Baraton è frequentissimo nella bettiana *Teoria generale dell'interpretazione*. L'ampia nozione di stile baratoniana è indispensabile ad Emilio Betti per strutturare teoricamente i requisiti formali dell'*habitus* del soggetto interpretante, fondamentale protagonista della metodologia giuridico-ermeneutica. A Adelchi Baraton e alla sua concezione estetico-formale del concetto di valore, che sarà sempre valore nella realtà e mai valore contenente la realtà, il Camerte deve anche, in buona parte, la necessaria presa di distanza dalla cosiddetta filosofia dei valori. Tale presa di distanza gli permetterà, alla fine, la costruzione di un modello di giurista non stereotipato nella fissità del suo ruolo, da un lato, ma fortemente caratterizzato nel suo *habitus* operativo di fronte alla varietà dei singoli casi concreti, dall'altro. Il debito verso Baraton, come quello verso Nicolai Hartmann, è sempre riconosciuto fin dai *Prolegomeni alla Teoria generale* e cioè fin dalle primissime pagine dell'opera bettiana più teoretica. Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 2, ove subito Betti fa riferimento a A. Baraton, *Critica e pedagogia dei valori*, Milano, 1945 e s.a., *Arte e poesia*, Milano, 1945, entrambi i lavori, in A. Baraton, *Il mio paradosso*, in *Filosofi italiani contemporanei*, Como, 1947.

34 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., pp. 66-76.

predisposizioni, abiti mentali della formazione giuridica del giurista che interpreta»³⁵. Il pre-comprendere si mostra subito come un pre-conoscere, cioè: né come un essere precipitati nella verità ontologica (Martin Heidegger), né come un essere partecipi di un mondo universale (Hans Georg Gadamer), ma piuttosto come un appartenere ad un determinato, specifico mondo, peculiarmente e chiaramente giuridico. Non è l'istituto giuridico a dover essere strutturato sulle categorie mentali, ma piuttosto queste ultime debbono servire alla comprensione dell'istituto stesso affinché esso possa garantire il controllo sull'attività interpretativa svolta. La *precomprensione critica*, ovvero l'*habitus* del giurista in quanto, «giudizio di qualificazione»³⁶ e «spirito oggettivato»³⁷, dal punto di vista sostanziale, permette l'interpretazione in funzione normativa e, dal punto di vista formale, lo stile, nella dimensione baratoniana di: «unità delle forme logiche e spirituali in ogni loro elemento»³⁸. È la possibilità teoretica di fare dell'atto creativo, sempre presente in ogni interpretazione, non un atto individuale, ma piuttosto un atto fondato sulla partecipazione a un senso comune, quale risultato di una socializzazione professionale e di una formazione³⁹ giuridica, l'epilogo di una catena di interpretazioni precedenti, volta a costituire una tradizione comune giuridica. Perciò solo a partire dall'ambito della giuridicità – e cioè dai canoni ermeneutici mantici⁴⁰ e romantici, quali stigmatizzazioni metodologiche, elaborati in *categorie civilistiche dell'interpretazione*, a seguito del temperamento e della fusione con i canoni interpretativi della tradizione giusromanistica e del diritto comune medievale e umanistico rinascimentale – e non dai canoni della tradizione dommatico-interpretativa legalistica (letterale, logico-sistematico e storico), si può riuscire a costruire una prospettiva forte di riferimento, concretante l'*habitus* del soggetto decidente-interpretante. L'*habitus* giurisprudenziale, ma meglio è dire, l'*habitus* del giurista-interprete, è perciò: «un denominatore comune delle svariate forme rappresentative della vita individuale

35 *Ibidem*, p. 77.

36 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 328.

37 *Ibidem*, p. 329.

38 *Ibidem*, p. 332.

39 Cfr. Beatrice Pasciuta e Luca Loschiavo (a cura di), *La formazione del giurista. Contributo a una riflessione*, Roma, 2018.

40 Sul rapporto tra l'ermeneutica giuridica e la filosofia dei giuristi medievali mantici sopravanzati dai glossatori, cfr. A. Plachy, *La teoria della interpretazione. Genesi e storia della ermeneutica moderna*, Milano, 1974.

che portano una medesima e analoga impronta e in essa rivelano un abito uniforme e un atteggiamento ricorrente dello spirito che le ha foggiate e che in esse si incarna»⁴¹. Questa sintesi del concetto di *stile baratoniano* – ovvero la precomprensione nella metodologia giuridico-ermeneutica – è una forma di oggettivazione, un'unità della forma in ogni suo elemento, «un'impronta dotata di un inconsapevole valore espressivo e significativo, siccome simbolo o segno o sintoma di un abito e di un atteggiamento spirituale ricorrente e costante nelle variazioni»⁴². La forma simbolica di rappresentazione dell'interpretazione si caratterizza quindi come abito sintomatico del giurista. E, in conseguenza di ciò, essa si mostra capace di garantire la sola possibile costante delle varie forme di interpretazione e cioè dei vari rapporti, che si realizzano, di volta in volta, tra soggetto giudicante e soggetto giudicato, tra soggetto interpretante e oggetto dell'interpretazione, che nel mondo del diritto è il soggetto sul quale la scelta sull'uno o sull'altro aspetto della questione giuridica ricade.

Una precisazione su questo punto va fatta. La forma di rappresentazione non è statica; lo *stile baratoniano* non è una cristallizzazione del decidere. Piuttosto, le forme in esso si accordano tra loro come sussistenza dell'unità nella molteplicità, di forma interiore ed esteriore, realizzando un vero e proprio *endon eidos*, «determinato da un *lógos* come contenuto peculiare che in esso prende concretezza»⁴³. Questo *endon eidos*, non può essere altro che quello a cui fa riferimento il *Frammento 3* del *Parmenide* di Platone: «se le cose sono molte è necessario che siano tante quante sono, e né più né meno di tante. Ma se sono tante quante sono, sono finite di numero. Se le cose sono molte sono infinite, infatti in mezzo ad esse ce ne sono molte altre e ancora altre in mezzo a queste. Così le cose sono infinite»⁴⁴. La dialettica dell'estensione spaziale, ogni elemento della quale per un verso esclude da sé tutto ciò che da esso è altro e per un verso lo implica invece in sé – come elemento necessario per la propria delimitazione – ben sancisce e definisce filosoficamente il ruolo del soggetto titolare dell'*habitus* e cioè di quella giurisprudenza che vive quotidianamente la dimensione dell'intendere e dell'intendere per de-

41 *Ibidem*, p. 330.

42 *Ibidem*, p. 331.

43 *Ibidem*, pp. 334-335.

44 Cfr. Platone, *Parmenide. Frammento 3*, in F. Adorno, *Dialoghi politici e lettere di Platone*, voll. 2, Torino, 1970.

cidere. «Ora in funzione della diversa maniera di sentire e d'intuire, si fa diversa non tanto la capacità tecnica (il *Können*), quanto l'aspirazione, l'assunto, l'ideale (il *Wollen*), da cui l'energia formativa muove e a cui si indirizza come a sua mèta. Nella vicenda di siffatta aspirazione, che attinge nutrimento al gusto selettivo dei valori, è da ricercare, in definitiva, la ragione profonda della vicenda degli stili»⁴⁵. Gli stili possono essere trasferiti soltanto quando l'insegnamento del diritto tenga conto adeguatamente anche dei canoni metodologici in grado di scandire il processo precomprensivo. Il metodo interpretativo si pone, di guisa, come parte integrante della didattica del diritto e della formazione del giurista.

3. Se il primo cinquantennio del Novecento, rapportando narrazione letteraria e diritto, si propone come un'intuizione della letteratura verso un mondo dell'interpretazione del diritto bisognoso di più ampi spazi rispetto a quello dell'interpretazione della legge, interessante per lo studioso contemporaneo è anche l'ordito di ricongiunzione possibile, nelle trame letterarie ottocentesche, del rapporto tra legge e giustizia. Il capitolo del volume di Carusi concernente i primi anni letterari del 1800⁴⁶, è prezioso per chi, da giurista, si occupi di una dimensione della giuridicità non più tutta conchiusa nella regola della maggioranza, la legge appunto, ma estesa anche a un diritto da cui si sentano tutelate le minoranze, che, quella regola della maggioranza, non hanno partecipato a scrivere. L'esaltazione del potere borghese, in letteratura, trova, nel «secolo di Honoré de Balzac»⁴⁷, il contraltare di un'attenzione a una giustizia quale fine del diritto - in grado di tutelare quelle parti della società escluse dalla produzione della regola, proprio a causa dell'applicazione del metodo democratico -, narrata nei racconti di fatti reali in grado di evidenziare la *maestosità* spesso insufficiente della legge.

Dalle pagine letterarie affiora prepotentemente, con grande anticipo sulla storia del diritto, la questione del *giusto processo*, istituito, persino nel nostro ormai maturo ordinamento giuridico italiano, con norma costituzionale, da appena un quarto di secolo, cioè mezzo secolo dopo l'emanazione della nostra Carta

costituzionale⁴⁸. La fissazione di una regola costituzionale sul giusto processo nasce anzitutto dalla consapevolezza, ormai acquisita nelle democrazie mature, che le regole della maggioranza non sono di per sé sufficienti a garantire tutti i diritti e che, persino la democrazia, se si svuota di principi e s'implementa, potenziandosi soltanto nei suoi processi burocratici e nelle sue dinamiche elettoralistiche, può rischiare di diventare un sistema meramente totalitario, come tanta letteratura interprete del pensiero rousseauiano ha per lungo tempo sottolineato⁴⁹. *Mutatis mutandis*, tutto il neocontrattualismo nordamericano degli anni '70-'90 del secolo scorso si è trovato a fronteggiare queste problematiche, sorte dalla costruzione della legge borghese, quando ci è resi conto, specie nelle realtà politiche poliarchiche⁵⁰ globalizzate, di come i flussi dei popoli e l'eterogeneità delle culture non potessero essere regolati con la mera applicazione delle leggi della maggioranza.

La letteratura ottocentesca spiega bene, di certo con maggiore libertà rispetto alle trattazioni istituzionali e disciplinari dei giuristi del tempo, come la coscienza collettiva avesse chiara la questione, approfondita più tardi, nel dibattito neocontrattualista, da James Buchanan, John Rawls e Ronald Dworkin, per citarne solo alcuni, della limitatezza - rispetto alla giustizia sociale minima necessaria per l'equilibrio tra le parti sociali - di una legge, voluta dalla maggioranza elitaria borghese, ma da doversi applicare indifferentemente a tutti. La narrazione letteraria ottocentesca già evidenziava i limiti del paradosso rousseauiano per cui, se pure le minoranze avessero avuto ragione, avrebbero dovuto comunque conformarsi al potere della maggioranza, estrinsecato nel volere della legge sovrana. I nascenti nuovi ordinamenti giuridici si mostravano, da subito, come sistemi paradossali,

48 Cfr. *Legge costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999*, che ha novellato l'art. 111 della Carta, introducendo cinque ulteriori commi.

49 Per una bibliografia, necessariamente dimensionata, ma ragionata e direzionata, considerata l'ampia letteratura sul tema, che s'interseca con l'ancora più ampia bibliografia sul concetto di democrazia, cfr. J. L. Talmon, *The origin of Totalitarian Democracy* (1952), trad. it. Bologna, 1967; P. Riley, *The general will before Rousseau*, 1986, trad. it. Milano, 1995; R.A. Dahl, *Poliarchy: participation and Opposition in the political systems* (1971), trad. it. Milano, 1997; E. Sciacca, *Interpretazione della democrazia*, Milano, 1988; N. Bobbio, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1995; G. Sartori, *La democrazia in trenta lezioni*, Milano, 2009 e, da ultimo, cfr., anche, Y. Mounk, *The People vs. Democracy. Why our Freedom is in Danger and How to Save It?* trad. it. Milano, 2018 e J. Brennan, *Against democracy*, trad. it. Roma, 2018.

50 Cfr. R.A. Dahl, *Poliarchy*, cit.

45 Cfr. E. Betti, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 337.

46 Cfr. D. Carusi, *Sua Maestà legge?*, cit. pp. 85-107.

47 *Ibidem*.

specie ove si volesse considerare adeguatamente l'esigenza di giustizia sempre presente nel concetto di diritto e quindi anche in quello di legge, *jussum* derivato dalla radice di *jus*. Quest'ultimo, anche nella prospettiva equitativa dell'etica nicomachea aristotelica, non può porsi soltanto quale correttivo della legge *ex post*, come bene spiega Aristotele nella *Politica* e nella *Retorica*, ma, la narrazione letteraria va a sollecitarlo al positivismo giuridico ottocentesco, per farlo considerare un contenuto della legge: *aequitas legislatoris* e non solo *aequitas judicis*.

Il giusto processo altro non può essere che la possibilità di controllo, confronto e bilanciamento, tra i diritti di una maggioranza - consacrati in una legge dello Stato -, da tutelarsi da parte del potere esecutivo e giudiziario, e i diritti delle minoranze, intesi come principi fondamentali giuridici, riguardanti regole di comune convivenza laica tra gli uomini e non soltanto regole morali, etiche o religiose, da tutelarsi a prescindere dalle leggi stesse. Di questo *genus* di principi fa parte certamente la *species*, molto declamata, ma poco conosciuta, dei diritti umani⁵¹. All'interno di questi ultimi, vanno collocati anche quelli, che l'*interpretazionismo* nordamericano definisce come diritti non consacrati in legge dalle maggioranze: diritti da prendere sul serio⁵², seppure non scritti nelle leggi. Sono i diritti individuali, le politiche di finalità collettiva, i diritti da tutelarsi universalmente, propri dell'uomo in quanto tale. Il giusto processo può svilupparsi soltanto dall'opportuna considerazione del rapporto tra i diritti della maggioranza (le leggi) e ogni diritto da prendere sul serio, sia esso formalizzato in norme ordinarie o no⁵³. E va concettualizzato, dal punto di vista teoretico, come sintesi argomentativa della polemica tra le teorie dell'argomentazione post gno-

seologistiche e le teorie scettiche⁵⁴ dell'interpretazione giuridica, cioè quelle che riconoscono la possibilità del soggetto interpretante di produrre nuovo diritto, originata soprattutto dalla considerazione della differenza tra l'autorità della regola da cui partire per argomentare e l'impronta della storia politica di una comunità scientifica. Il principio fondamentale del diritto per eccellenza, nel senso che è il principio da porre più a monte di tutti gli altri, tende a diventare, perciò, la: *Riserva statale di tutela giurisdizionale dei diritti*, cioè l'individuazione dell'organo cui spetta il compito di valutare la razionalità e generalità di un principio di diritto; lo stabilire chi valuta e relaziona, nella razionalità ordinamentale, i diritti della maggioranza, e cioè le leggi dello Stato, con i diritti non espressamente riconosciuti nelle leggi, ma derivati da principi giuridici di valenza generalmente riconosciuta dalla comunità scientifico-giuridica internazionale. Sussiste sempre più la consapevolezza che alcuni principi precedano decisamente le norme, le quali possono consacrarli autoritativamente, ma non divenire la causa della loro sussistenza. Pare davvero difficile ritenere, per esempio, che il principio di uguaglianza possa farsi risalire nella sua valenza performativa e vincolante all'emanazione della nostra Carta costituzionale del 1948. L'art. 3 della nostra Costituzione è norma regolativa e non costitutiva⁵⁵ del principio, come sa ogni membro della comunità giuridica, ma anche come sente ogni membro della nostra complessiva collettività italiana.

Gli studi della *jurisprudence* harvardiana, nella sua, almeno tentata, mediazione tra democrazia e utilitarismo, mettono in evidenza il riconoscimento del fatto che un giudice possa avere un problema non solo perché sia difficile applicare una norma, un principio o una regola, ma anche sul come interpre-

51 Sulla teoria dei diritti umani in alternativa all'amplessima bibliografia che dovrebbe essere qui riportata, nella quale certamente risulterebbero importanti omissioni, si preferisce proporre un'opera introduttiva, utile ai fini del percorso indicato nel testo, soprattutto per l'opportuna distinzione che l'Autore fa tra: diritti umani formalizzati, da formalizzare e non formalizzati. Cfr. G. Peces Barba, *Los derechos fundamentales* (1976), trad. it. Milano, 1993. Per la prospettiva argomentazionista, cfr. R. Alexy, *Theorie der Grundrechte* (1986), trad. it. Bologna, 2012.

52 Sul neocontrattualismo americano, specie sul rapporto tra la filosofia di Rawls e Buchanan, cfr., anche, A. Scerbo, *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010.

53 Da ultimo, si segnala, sul processo di costruzione sociologica di norme legali nuove a partire proprio dai diritti umani, nel senso proposto nel testo, M.A. Quiroz Vitale, *Diritti umani e cultura giuridica*, Milano, 2018.

54 Per un'esauritiva distinzione semantica tra teorie gnoseologistiche e teorie scettiche dell'interpretazione, cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

55 Cfr. A. G. Conte, *Filosofia del linguaggio normativo, Studi (1965-2001)*, voll. 1-3, Torino, 2002. Va ascritto ad Amedeo G. Conte il merito di avere, sul piano logico-formale, spiegato in maniera esauritiva il rapporto interno al concetto di regola, tra regola che pone il principio e regola che invece lo sussume per prospettarlo giuridicamente. La teoria contiana, nata per giustificare la direzione di senso della norma giuridica, nel territorio del linguaggio giuridico-analitico, può, *cum grano salis*, essere mutuata a contrario per spiegare e definire la possibilità che il bilanciamento di norme e principi non passi soltanto per la considerazione di rapporti tra regole costitutive o connotative, ma tenga anche conto di regole regolative o denotative, nel prioritario interesse giuridico-politico alla giustizia sociale e al rispetto della democrazia come principio e non solo come metodo.

tare la norma, il principio o la regola stessa. Rileva la scelta direzionale dell'interpretazionismo, volto a decidere il caso concreto, piuttosto che delle teorie⁵⁶ costrette a muovere pur sempre ed esclusivamente da una regola di tipo costitutivo-autoritativo per potere applicare e/o tutelare, *in concreto*, un principio. Il punto, esemplificando, non è soltanto se la regola sia prevista *in abstracto*, ma se il principio possa essere riconosciuto come principio da applicarsi *in concreto*, a prescindere dalla sua previsione normativa, perché il problema da risolvere rimane sempre quello di fare valere un diritto nel processo anche se questo diritto non è previsto dalla legge, cioè dalla regola della maggioranza, non potendosi più considerare la legge la sola garanzia del processo e dovendo il processo divenire la garanzia della tutela dei diritti, anche a prescindere dalla legge.

La letteratura sulle condizioni di lavoro - da Charles Dickens a \square mile Zola⁵⁷ - già metteva in evidenza, occupandosi delle problematiche nascenti dall'industrializzazione del lavoro, questioni che i giuristi ancorati alla forma della legge riuscivano solo marginalmente ad elevare al loro giusto valore sociopolitico, tanto che ancora oggi riemergono nel mondo del diritto, dopo che la narrazione letteraria è rimasta a rammentarle ai giuristi per più di due secoli. Che poi ci sia voluta la *crime fiction* americana, la settima arte, quella cinematografica, per fare cogliere, anche dal punto di vista giuridico-sociologico, oltre che sociologico-giuridico, queste evidenze, rapportando studi di antropologia e studi di narrazione letteraria, secondo il percorso seguito, da Jerome Bruner⁵⁸ a Jean Clandinin e Michael Connelly⁵⁹, è argomento che non fa venire meno l'interesse presente nelle proposte suggestive del libro da cui prende le mosse questo lavoro, ma anzi, ne rafforza teoricamente la direzione di senso.

4. Con un indispensabile *last but non least*, le conclusioni vanno incentrate sul primo capitolo⁶⁰ del libro di Carusi, che, definendo lo spazio in cui il volume vuole inserirsi nell'ampio magma riguardante la formazione del giurista, pone un testo fondamentale a base di tutto il percorso a tracciarsi. Si fa riferimento al *Quijote*,

un'opera letteraria di grande interesse perché permette il confronto tra la realtà storica successiva al periodo della *Controriforma* e il diritto comune diffuso nel continente europeo ai tempi degli ultimi residui delle guerre di religione in Spagna, dopo che con Carlo V e Filippo II era stato costruito uno degli imperi più estesi della storia umana. L'opera si pone come peculiarmente rilevante, però, per l'impronta di platonismo di cui la impregna il De Cervantes, quel platonismo capace di animare la forma di sostanza, di evidenziare l'*endon eidos*, di mostrare cioè come la lettera della legge non sia in grado di spiegare fino in fondo tutto il senso e l'efficacia della legge stessa. La legge, nel suo spirito: spirito di diritto, spirito di giustizia, spirito di equità, pervade le coscienze degli uomini in maniera forse più profonda e radicata di quanto non riesca a intendere lo stesso legislatore. Quest'essenza caratterizzante si può cogliere nei suoi significati più puri, proprio tenendo conto delle narrazioni letterarie, che sono, sempre, seppure poi raccolte in una costruzione unitaria - individuale: *Omero?* O collettiva: *Chanson de geste?* -, attenzione e stigmatizzazione di vicende umane più o meno accadute. Lo spirito del diritto è una vicenda umana; sua Maestà può leggerla o non leggerla, comprenderla più o meno profondamente, ma, difficilmente, nell'emanare la legge, la può del tutto trascurare.

Francesco Petrillo insegna Filosofia del diritto e Teoria e Metodo dell'interpretazione giuridica presso il Dipartimento giuridico dell'Università del Molise. Tra le sue monografie sul tema trattato nel testo: Interpretazione degli atti giuridici e correzione ermeneutica, Giappichelli, Torino, 2011; La decisione giuridica, Giappichelli, Torino, 2005.

Francesco.petrillo@unimol.it

56 Cfr. E. Omaggio, *Saggi sullo stato costituzionale*, Torino, 2015.

57 Cfr. D. Carusi, *Sua Maestà legge?*, cit. pp. 107 ss.

58 Cfr., nell'ampia produzione, J. Bruner, *Studies in Cognitive Growth*, 1966, trad. it. Roma, 1968.

59 Cfr. D.J. Clandinin e F.M. Connelly, *Narrative Inquiry: Experience and Story in qualitative Research*, University of Illinois, 2002.

60 Cfr. D. Carusi, *Sua Maestà legge?*, cit. pp. 1-19.

Il populismo penale come *specie* del populismo politico: alcune questioni teoriche

Claudia Atzeni

ABSTRACT

Questo articolo si propone di esaminare il concetto di populismo penale alla luce di due delle questioni teoriche più urgenti sollevate dal concetto di populismo nel suo complesso: la questione definitoria, che riguarda la difficoltà di fornire una definizione comune di "populismo"; il controverso rapporto tra populismo penale, etica pubblica e società.

This article aims to examine the concept of penal populism in the light of two of the most pressing theoretical issues raised by the concept of populism as a whole: the definitional issue, which concerns the difficulty of providing a common definition of "populism"; the controversial relationship between penal populism, public ethics and society.

SOMMARIO 1. IL PROBLEMA DEL POPULISMO PENALE. UNA INTRODUZIONE AL TEMA; 2. LA COMPLESSITÀ TEORICA DEL POPULISMO POLITICO E IL SUO RAPPORTO CON IL POPULISMO PENALE: ALCUNE QUESTIONI DEFINITORIE; 3. POPULISMO, VALORI, SOCIETÀ: IL DIRITTO PENALE COME STRUMENTO IMPOSITIVO DELL'ETICA PUBBLICA; 4. CONCLUSIONI.

1. IL PROBLEMA DEL POPULISMO PENALE. UNA INTRODUZIONE AL TEMA

Luciano Gallino scriveva che chi si occupa di burocrazia ha la tendenza a «rivoltare tutti i problemi politici in problemi amministrativi»¹. Per introdurre il tema del populismo penale, potremmo prendere spunto dalle parole del compianto sociologo torinese per affermare che gli

1 L. Gallino, *Dizionario di Sociologia*, Torino, 2014, p. 82.

PAROLE CHIAVE

POPULISMO PENALE; DIRITTO PENALE LIBERALE; DEMOCRAZIA, CONSENSO POLITICO; SICUREZZA; ETICA E MORALE; DIRITTO PENALE MINIMO.

KEYWORDS

PENAL POPULISM; LIBERAL CRIMINAL LAW; DEMOCRACY; POLITICAL CONSENSUS; SECURITY; ETHICS AND MORALITY; MINIMUM CRIMINAL LAW.

Stati contemporanei hanno, piuttosto, la tendenza a «rivoltare» tutti i problemi politici e sociali in problemi giudiziari-penalì.

Lo sviluppo dei regimi democratici ha contribuito alla scrittura di un diritto penale liberale, formalizzando un sistema delle pene teso soprattutto alla loro mitigazione². Principi fondamentali del diritto penale, quali quello di legalità, di colpevolezza, di proporzionalità della pena e di minimizzazione del danno, impongono al legislatore di enucleare puntualmente le condotte punibili, di rinvenire un indubitabile nesso tra responsabilità e colpevolezza, di commisurare la sanzione alla gravità del fatto e di ridurre al minimo l'interferenza

2 G. Fiandaca, *Intorno al diritto penale liberale*, in "disCrimen", 10/06/2019, pp. 1-17; F. Sgubbi, "Osservando il diritto penale: brevi riflessioni", in M. Mantovani, F. Curi, S. Tondini, V. Cagli, M. Torre, M. Caianiello (a cura di), *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, p. 83.

statale, contemperando un uso eccessivo della forza coercitiva³.

Talvolta, tuttavia, il processo evolutivo del diritto penale contemporaneo si arresta, incanalandosi in contesti di emergenza e di eccezionalità⁴ che mettono significativamente in discussione i principi garantisti sostanziali e processuali dei nostri stati democratici e costituzionali⁵, specificamente tesi a tutelare le libertà fondamentali dal possibile arbitrio del potere pubblico.

Le innovazioni nel sistema penale generate da contesti simili non hanno a che vedere (soltanto) con un irrigidimento in senso autoritario di un determinato ordinamento, nel senso che tale circostanza – la sua eventuale torsione autoritaria – ne rappresenta una conseguenza ma non ne costituisce il presupposto. Quest'ultimo, piuttosto, risiede nel fatto che tali interventi legislativi si manifestano – e sono veicolati all'interno del dibattito politico e pubblico – come interventi di carattere emergenziale che «drammatizzano il rischio-criminalità»⁶. La perdita di credibilità della politica e la messa in discussione di valori morali già acquisiti dalle storie costituzionali del secondo dopoguerra avrebbero cioè condotto la sfera di influenza del diritto a espandersi a dismisura: «in presenza di sentimenti sociali di paura, insicurezza, rabbia, risentimento, indignazione», i cittadini e le cittadine si appellano all'intervento di chi governa affinché lo faccia «subito, in modo esemplare e definitivo»⁷, poiché la risposta penale viene vista come risolutoria, generando aspettative elevate circa la capacità di risolvere ogni questione sociale⁸.

Nell'osservare con attenzione le questioni che

3 D. Pulitanò, *Diritto penale*, Torino, 2019, pp. 17 ss.

4 G. Fiandaca, "Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia", in A.M. Stile, *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, Napoli, pp. 135-155; G. Insolera, *Declino e caduta del diritto penale liberale*, Pisa, 2019, pp. 11 ss.

5 G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, 2006; P. Chiarella, "Perché punire?", in O. Sapia, A. Scerbo (a cura di), *Temi, problemi e prospettive del sistema penale*, Napoli, 2022.

6 G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in "Criminalia", 2013, pp. 95 ss.

7 R. Cornelli, *Contro il panpopulismo. Una proposta di definizione del populismo penale*, in "Diritto penale contemporaneo", n. 4, 2019, p. 129. Si veda anche R. Bianchetti, *Sentimenti, risentimenti e politica criminale: un'indagine quali-quantitativa in tema di legislazione penale compulsiva*, in "Archivio Penale", 1, 2019, pp. 1-27.

8 Sull'intimità del legame tra diritto penale e corpo sociale, già G. Bettiol, *Il problema penale*, Trieste, 1945, soprattutto pp. 29 ss.

tali presupposti sollevano, la dottrina ha provato a fornire una «diagnosi analitica»⁹ del tema in esame e, nel tentativo di rinvenire una spiegazione al perché stia progressivamente affermandosi una sorta di *prosecutorial complex*¹⁰, ne ha rintracciato una possibile causa in un fenomeno che viene definito come "populismo penale", ossia nel ricorso, da parte delle istituzioni, ad un «diritto penale duramente repressivo, inevitabilmente antigarantista, che si rivela tuttavia inefficace rispetto alla pretesa di giustizia avanzata, di prevenzione avanzate, e che è piuttosto finalizzato a ottenere demagogicamente il consenso popolare»¹¹.

Prima di provare a concettualizzare il fenomeno del populismo penale, sarà utile partire dal termine *populismo*, sulla definizione del quale vi è, tra gli studiosi e le studiose, un vivace dibattito¹²: si tratta infatti, come vedremo a breve, di un concetto estremamente variegato sotto molteplici aspetti¹³ e che rende incerta la possibilità di estrapolarne una definizione condivisa.

Il termine è senz'altro parte del linguaggio di moltissimi studiosi e studiose che si occupano del rapporto tra democrazia e società, delle trasformazioni relative alle modalità di funzionamento delle democrazie rappresentative, della legittimazione delle loro istituzioni¹⁴. Si assiste, infatti, ad un profondo

9 L. Manconi, F. Graziani, *Per il tuo bene ti mozzero la testa. Contro il giustizialismo morale*, Torino, 2020.

10 Con cui si intende la «tendenza ad estendere all'agire politico la logica accusatoria tipica del pubblico ministero, quale organo giudiziario investito del ruolo istituzionale di difendere la società dal crimine e dunque quale rappresentante – ben più del giudice in senso stretto – degli interessi delle vittime reali o potenziali», G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., p. 99.

11 L. Ferrajoli, "Democrazia e paura", in M. Bovero, V. Panzè (a cura di), *La democrazia in nove lezioni*, 2010, p. 115.

12 N. Urbinati, "Un termine abusato, un fenomeno controverso", in J.W. Müller, *Cos'è il populismo*, Milano, 2017; P. Taggart, *Il populismo*, Troina, 2002; C. Mudde, *The Populist Zeitgeist*, in "Government and Opposition", vol. 39, n. 4, 2004, pp. 541-563.

13 Si considerino, in proposito, diversi tipi di populismo. Si è parlato di *media-populism*: B. Krämer, *Media Populism: A Conceptual Clarification and Some Theses on its Effects*, in "Communication Theory", vol. 24, n. 1, 2014, pp. 42-60; di *populismo digitale*: A. Dal Lago, *Populismo digitale. La crisi, la rete e la nuova destra*, Milano, 2017; T. Casadei, *Il mito del "popolo della rete" e le realtà del capo. Nuove tecnologie e organizzazioni politiche nel contesto italiano*, in "Diritto pubblico comparato ed europeo", n. 17, 2015, pp. 879-902; M. Barberis, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020; di *tecnopopulismo*: C.J. Bickerton, C. Invernizzi Accetti, *Technopopulism. The New Logic of Democratic Politics*, Oxford, 2021.

14 G. Martinico, *Fra mimetismo e parassitismo. Brevi considerazioni a proposito del complesso rapporto fra populismo e costituzionalismo*, in

cambiamento nella cultura politica degli ordinamenti occidentali contemporanei, non soltanto in ragione delle crisi che attraversano partiti e corpi intermedi, quanto anche sotto il profilo della personalizzazione e della “mediatizzazione” di taluni attori statali che, a vari livelli, possono incarnarne la leadership.

La moltitudine dei punti di vista attraverso i quali ci si è approcciati al fenomeno ha prodotto una variegata letteratura sul tema, soprattutto incentrata sul populismo politico e prevalentemente indirizzata ad individuarne cause e circostanze¹⁵. Come vedremo, è possibile sostenere che tra populismo politico e populismo penale esista un rapporto di *genus a species*; tuttavia, sotto il profilo fenomenologico, il populismo penale mantiene una propria autonomia concettuale. Al contempo, non si è mancato di osservare che «se è vero che sussiste una corrispondenza biunivoca tra sistema costituzionale democratico-liberale e diritto penale a sfondo democratico, è allora evidente che le insorgenze populiste che si sono manifestate negli ultimi anni a livello globale possono incidere profondamente sul sistema penale»¹⁶.

2 LA COMPLESSITÀ TEORICA DEL POPULISMO POLITICO E IL SUO RAPPORTO CON IL POPULISMO PENALE: ALCUNE QUESTIONI DEFINITORIE

In termini generali, un accordo circa le principali caratteristiche del populismo politico può rinvenirsi nella identificazione di forme politiche fortemente identitarie che trovano la propria manifestazione diretta nella figura di un leader carismatico in senso weberiano¹⁷; nella ricerca di un con-

¹⁵ “Questione Giustizia”, n. 1, 2019, pp. 71-78; G. Delledonne, G. Martinico, M. Monti, F. Pacini, *Populismo e Costituzione. Una prospettiva giuridica*, Milano, 2022.

¹⁶ G. Ionescu, E. Gellner (a cura di), *Populism: Its Meaning and National Character*, Weidenfeld & Nicholson, Londra, 1969; C. Mudde, C. Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction*, Oxford, 2017; N. Urbinati, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, 2013; Id., *Democrazia sfigurata. Il popolo fra opinione e verità*, Milano, 2014; E. Laclau, *La ragione populista* [2005], Roma-Bari, 2008; F. Chiapponi, *Il populismo nella prospettiva della scienza politica*, Genova, 2013.

¹⁷ E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, p. 4.

¹⁸ «Il populismo è una costruzione delle ragioni del popolo da parte di un leader che, in questo modo, contesta la leadership esistente (appunto l'establishment) con l'intento di scalzarla e prenderne il posto, non solo per via elettorale (com'è ovvio che sia in democrazia) ma prima ancora e soprattutto per via di opinione, o entrando in diretto contatto con il suo popolo.

senso politico che si rinsalda attraverso il continuo «appello al popolo»¹⁸; nella tendenza a polarizzare il gruppo sociale attorno a posizioni antagoniste e mutuamente esclusive¹⁹.

Alla luce di tali elementi, sono state riunite sotto la medesima etichetta di “populismo” ambiti spaziali, temporali e politici profondamente diversi gli uni dagli altri²⁰ e che hanno indotto a parlare in proposito di *mood*²¹, di uno stato d'animo che accompagnerebbe le varie esperienze identificate come populiste: anziché come ideologia autonoma, il populismo si configurerebbe come «un insieme di distinte rivendicazioni» ma al contempo provviste «di ciò che potremmo definire una logica interna»²², nel senso che tutti i fenomeni anzi considerati condividerebbero «molte similitudini in termini morfologici»²³.

Il populismo è una sfida alla democrazia rappresentativa nel nome della *rappresentanza diretta* del popolo e insieme una strategia o un meccanismo di sostituzione o avvicendamento della leadership», N. Urbinati, “Un termine abusato, un fenomeno controverso”, cit., p. vii.

¹⁸ M. Barberis, *La neo-intermediazione populista. Popolo, istituzioni, media*, in “Teoria politica”, n. 10, 2020, p. 333.

¹⁹ B. Stanley, *The Thin Ideology of Populism*, in “Journal of Political Ideologies”, n. 1, 2008, pp. 95-110; J.W. Müller, *Cos'è il populismo*, cit. Müller sottolinea come «essere critici nei confronti delle élite» è «condizione necessaria ma non sufficiente» per essere considerato un attore politico populista.

²⁰ Di populismo si parla già a cavallo tra la fine dell'Ottocento e le prime due decadi del Novecento, soprattutto con riferimento al populismo russo e al ruolo che i populist russi – cd *narodniki* - ebbero nella fase immediatamente antecedente e successiva alla rivoluzione di Ottobre del 1917. Si veda Franco Venturi [1952], *Il populismo russo*, Milano, 2020; F. Battistrada, *Marxismo e populismo 1861-1921*, Milano, 1980. Si definisce populista l'esperienza peronista argentina di fine anni Quaranta, ma anche il “nixonismo” americano degli anni 70: R. Yokoyama, “Populism” and “populism”: *Aporia of the Historiography of the American Populism*, in “Nanzan Review of American Studies”, n. 39, 2017, pp. 101 ss. Sono qualificati come populist il bolivarianismo venezuelano di Hugo Chavez, ma anche il movimento cocalero boliviano di Evo Morales: M. Anselmi, *Populismo e populismi*, in S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2020, p. 4; K. Weyland, *Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics*, in “Comparative Politics”, 34, 1, 2001, pp. 1-22. Sono correntemente definite populiste alcune esperienze italiane come la Lega Nord, il berlusconismo, il Movimento Cinque Stelle: E. Amodio, *A furor di popolo. La giustizia vendicativa gialloverde*, Roma, 2019. Vengono definite populiste talune formazioni politiche tradizionalmente ascrivibili alla destra, sulla scorta del Front National (dal 2018: Rassemblement National) di Jean-Marie Le Pen, prima, e di Marine Le Pen, poi, o alla sinistra, come l'esperienza di Podemos in Spagna: si vedano F. Campolongo, L. Caruso, *Podemos e il populismo di sinistra*, Roma, 2021. Si veda anche C. Mouffe, *Per un populismo di sinistra*, Roma-Bari, 2018.

²¹ M. Revelli, *Populismo 2.0*, Torino, 2017.

²² J-W. Müller, *Cos'è il populismo*, cit.

²³ M. Anselmi, *Populismo e populismi*, cit., p. 3. In questo senso, si

Tali circostanze fanno sì che, proprio in virtù della tendenziale vaghezza del termine, il fenomeno in esame mal si presti ad una compiuta definizione epistemologica²⁴. Gildron e Bonikowski hanno proposto una ormai celebre tripartizione di carattere metodologico del populismo, distinguendo per *tipi* il populismo ideologico, discorsivo, strategico²⁵.

Inteso come ideologia, il populismo si presenterebbe come *ideational approach*²⁶, una ideologia “sottile”²⁷ basata sull’antagonismo tra *élites* e popolo puro e sulla personificazione di quest’ultimo nella figura di un leader²⁸. Si tratta di una contrapposizione «dal basso verso l’alto»²⁹: «La polarizzazione noi/loro, oltre ad includere interi settori della società, si caratterizza per un sentimento di appartenenza molto particolare che, in termini generali, è possibile definire come un misto di esclusione dai meccanismi di potere»³⁰. Come si diceva, risulta macchinoso definirlo un’ideologia *tout court*: sul piano prettamente politico, il populismo ricorre spesso a codici valoriali non completamente assimilabili a stilemi ideali tradizionali e pertanto necessita, di volta in volta, di essere valutato, realisticamente, sulla base del contesto³¹.

Nel populismo inteso come stile discorsivo, la dimensione comunicativa del discorso pubblico

acquisisce maggiore rilievo rispetto alle condizioni di possibilità del populismo: non è il *facto* dello scontro, o la relazione che si instaura tra leader e masse a costruire, di per sé, il paradigma populista, bensì lo stile comunicativo attraverso il quale quello scontro si esteriorizza. Il populismo andrebbe, in questo senso, ricercato nei dispositivi retorici tesi a produrre consenso³² e nella costruzione di un discorso contro-egemonico rispetto alla egemonia dominante³³.

Nell’idea di populismo come strategia, l’analisi verte soprattutto sulla forma della mobilitazione e della organizzazione, nonché sulla struttura di partiti e movimenti sociali definibili come populistici³⁴. In tale prospettiva, determinata dalla trasformazione degli equilibri dei poteri esistenti e nella riappropriazione della sfera pubblica e politica attraverso specifiche modalità di produzione del consenso, l’aumento di disegualianze economiche e sociali assumerebbe «priorità analitica»³⁵: in questo senso, «la recente rinascita e larga diffusione dei movimenti di matrice populista [affonderebbe] le sue radici nei meccanismi di funzionamento delle istituzioni economiche formali e informali e più specificamente negli effetti derivanti dalla globalizzazione economica e dai processi di trasformazione tecnologica»³⁶.

Nel più ampio dibattito circa il problema della difficoltà contromaggioritaria³⁷, si inserisce, poi, tutta la problematicità del giudizio polimorfico attribuito alla relazione tra democrazia e populismo³⁸. «L’avanzata di formazioni politiche radicali di varia natura accomunate dall’etichetta di populismo –

veda anche D. Woods, “The Many Faces of Populism: Diverse but not Disparate”, in D. Woods, B. Wejnert (a cura di), *The Many Faces of Populism: Current Perspective*, Sidney, 2014, pp. 1-25.

24 Come rileva Marchettoni, «ne emerge che “populismo” è un termine cui manca un referente empirico univoco e che ammette diverse manifestazioni e diverse rappresentazioni di sé nel tempo e nello spazio», il che rende estremamente gravoso considerarla come una categoria, poiché rischia di essere troppo ampia e quindi debole ai fini di una sua possibile concettualizzazione, oppure, al contrario, troppo selettiva, e dunque, in entrambi i casi, molto poco fruttuosa dal punto di vista epistemologico: L. Marchettoni, *Teorie del populismo*, in “Jura Gentium”, XIV, n. 2, 2017, p. 166.

25 N. Gildron, B. Bonikowski, *Varieties of Populism, Literature Review and Research Agenda*, Working Paper Series, Weatherhead Center for International Affairs, n. 13, 2013.

26 C. Mudde, *Populist Radical Right Parties in Europe*, Cambridge, 2007; C. Mudde, C. Rovira Kaltwasser, *Populism: A Very Short Introduction*, cit., p. 62 ss.

27 «A thin centred ideology», scriveva Michael Freeden nel suo *Ideology. A Very Short Introduction* per distinguere il populismo come micro-ideologia dalle cosiddette *full ideologies*: M. Freeden, *Ideologia* [2003], Torino, 2008, pp. 115 ss. Si veda anche C. Mudde, *Populist Radical Parties in Europe*, cit., pp. 104 ss.

28 Cfr. F. Panizza, *Populism and the Mirror of Democracy*, Londra, 2005.

29 M. Anselmi, *Populismo e populismi*, cit., p. 7.

30 *Ibidem*.

31 B. Moffit, S. Tormey, *Rethinking Populism: Politics, Mediatization and Political Style*, in “Political Studies”, vol. 62, n. 2, 2014, pp. 388-397.

32 G. Ridolfi, S. Sepe (a cura di), *Slogan machines. La comunicazione politica nell’era del populismo*, Soveria Mannelli, 2021.

33 E. Laclau, *La ragione populista*, cit.

34 K. Deegan, T. Haughton, *Toward a More Useful Conceptualization of Populism: Types and Degrees of Populist Appeals in the Case of Slovakia*, in “Politics & Policy”, n. 37, 2009, pp. 821-841.

35 M. Anselmi, *Populismo e populismi*, cit., p. 12.

36 P. Maffettone, *Populismo e filosofia politica*, Napoli, p. 55.

37 Sul dibattito si veda, *ex plurimis*, A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New York, 1962; M. Tushnet, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton, 2000, p. 348; O. Chessa, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, 2014; I. Valia, *Difficoltà contromaggioritaria, principio di maggioranza, rappresentatività e difesa del Judicial Review*, in “Ordines”, 2016, 2, pp. 205-232.

38 Y. Mény, Y. Surel, *Populismo e democrazia*, il Mulino, Bologna, 2001; J. Lukacs [2005], *Democrazia e populismo*, Milano, 2006; F. Mancuso, “Terribles simplificateurs”: la democrazia alla prova del populismo, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, n. 3, 2020, pp. 567-586.

scrive Fenucci - sembra essere caratterizzata dalla comune contestazione della democrazia rappresentativa in nome dell'antico mito della democrazia diretta³⁹: a partire da tale constatazione, il populismo viene soprattutto definito come antidemocratico, in quanto «contrario all'ideale moderno di democrazia»⁴⁰ o, ancora, come «risposta democratica illiberale al liberalismo antidemocratico»⁴¹. Nel primo caso, il conflitto identitario «entra dentro l'equilibrio democratico e gli muta forma, rinnovando lo schmittiano conflitto politico per eccellenza, quello tra Amico e Nemico, in cui quest'ultimo non ha cittadinanza né via di scampo»⁴². Nel secondo caso, il discorso populista è affrontato come derivato di una dinamica politico-sociale determinata: la sovranità popolare «come sostanza del corpo politico, valore definito che precede e sta sopra le norme costituzionali e le procedure democratiche [...]; la preminenza del tutto omogeneo (il Popolo Uno o la Nazione) contro le sue parti, ovvero contro il pluralismo e il conflitto tra i portatori di interessi diversi»⁴³ rappresenterebbero tentativi di una possibile alternativa alla crisi di legittimità del sistema democratico e alla sua percezione sociale⁴⁴. Vi è, infine, una terza possibilità, quella di considerare il populismo come una possibile «anomalia che si forma all'interno della democrazia»⁴⁵ e che

può essere riconosciuta – e dunque affrontata – soltanto a patto di considerare l'autoritarismo - nelle sue possibili *gradazioni e direzioni* – come cornice ineliminabile all'interno della quale il fenomeno populista andrebbe collocato⁴⁶. Questa idea - che rifugge l'idea di considerare il populismo come un bene o un male in termini assoluti – ha il pregio di interrogarsi sull'agire politico populista a partire dal problema dell'eterogeneità sociale e dai processi di «marginalizzazione e spiazzamento di categorie e gruppi nella fase di modernizzazione e in società modernizzate»⁴⁷.

Quanto sin qui detto dimostra l'importanza di un «acuto giudizio politico che ci aiuti a stabilire con precisione dove finisce la democrazia e dove comincia il pericolo populista»⁴⁸, ossia quando la rivendicazione di determinate istanze promosse dal popolo, inteso come soggetto politico «esaustivo della scena politica legittima»⁴⁹, diviene al contempo l'unica pretesa politico-morale cui conferire non soltanto rappresentanza ma anche rappresentazione. Stante la complessità di ogni tentativo teso alla costruzione della nozione di populismo⁵⁰, ciò che interessa ai nostri fini è rilevare come il significato del termine non possa prescindere dalle «modalità di articolazione concrete» del populismo e degli «effetti strutturanti che si manifestano principalmente a livello delle modalità di rappresentazione»⁵¹.

39 T. Fenucci, *Riflessioni sul populismo*, in "Federalismi", n. 14, 2019, p. 5.

40 In questo senso M.d.G. Salmorán Villar, *Populismo: una ideología antidemocrática*, in "Teoría Política", VII, 2017, p. 128, per la quale non ogni discorso che fa appello al popolo è populista: «Aunque el apelo al "pueblo" ocupa un lugar central en la familia de fenómenos comúnmente identificados con el nombre "populismo", ese aspecto, tomado aisladamente, no agota la especificidad del sentido ideológico del término».

41 J.W. Müller, *Cos'è il populismo*, cit. p. 12.

42 S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, in "Ragion pratica", n. 1, 2019, p. 194. Parla di "populismo autoritario", a proposito del concetto schmittiano di popolo come «soggetto collettivo omogeneo» P.T. Magalhães, *The Legitimacy of Modern Democracy. A Study on the Political Thought of Max Weber, Carl Schmitt and Hans Kelsen*, New York-Londra, 2021, p. 66. Sul punto si veda anche M. La Torre, *Populism, the Kingdom of Shadows, and the Challenge to Liberal Democracy*, in "Netherlands Journal of Legal Philosophy", n. 2, 2021, pp. 270-280.

43 N. Urbinati, "Un termine abusato, un fenomeno controverso", cit., p. iv. Si tratterebbe, peraltro, di aspetti comuni al populismo critico/di opposizione – inteso come «forma di partecipazione nella società» - e a quello di governo - inteso come «forma di potere esercitato nelle istituzioni, l'esito di una maggioranza eletta», *ibidem*.

44 C. Lasch, *La ribellione delle élite. Il tradimento della democrazia*, Milano, 2001, p. 91.

45 P. Serra, *Populismo, democrazia e limiti del potere politico*, in "Questione giustizia", 2019, p. 55.

3 POPULISMO, VALORI E SOCIETÀ:

IL DIRITTO PENALE COME STRUMENTO IMPOSITIVO DELL'ETICA PUBBLICA

Come abbiamo visto, caratteristica precipua del populismo è quella di considerare il popolo nella sua supposta uniformità, ossia come «aggregato sociale omogeneo e come depositario esclusivo di va-

46 *Ibidem*.

47 G. Germani, *Autoritarismo e democrazia nella società moderna* [1979], in R. Scartezzini, L. Germani-R. Gritti (a cura di), *I limiti della democrazia*, Napoli, 1985, p. 24, citato in P. Serra, *Populismo, democrazia e limiti del potere politico*, cit., p. 57.

48 J.W. Müller, *Cos'è il populismo*, cit., p. 34.

49 S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, cit., p. 193.

50 E. Laclau, *La ragione populista*, cit., p. 111.

51 E. Laclau, "Populism: What's in a Name?", in B. Aretxaga, D. Dworkin, J. Gabilondo, J. Zulaika (a cura di), *Empire & Terror: Nationalism/Postnationalism in the New Millennium*, Center for Basque Studies University of Nevada, Nevada, 2004, p. 104 (trad. mia)

lori positivi, specifici e permanenti»⁵². Proprio l'idea che esista un unico contenuto valoriale e ideale in seno al popolo e che esso consentirebbe di coltivare un modello esclusivo di giustizia all'interno di un gruppo sociale, dà luogo a due caratteristiche del populismo che emergono con particolare vigore nel populismo penale: la polarizzazione del gruppo sociale attorno a pretese di giustizia supposte come inconciliabili, con la conseguente esclusione di coloro che nutrono diverse concezioni del bene o che avallano diversi modi di concepire la società nel suo insieme⁵³; la ricerca, da parte da parte di coloro chiamati a rappresentare a vari livelli il popolo, di un consenso politico costruito su tali pretese. Sotto questo aspetto, è bene sottolineare che ciascuna formazione politica mira all'ottenimento del consenso popolare e più in generale di un sostegno da parte dell'opinione pubblica. La ricerca del consenso diventa, tuttavia, espressione di populismo quando essa conduce all'adozione di politiche il cui scopo principale non è rappresentato da una attenzione genuina verso le istanze popolari bensì dal mero ottenimento di un vantaggio elettorale o, più in generale, di un vantaggio politico. Ecco perché è assolutamente condivisibile l'idea per cui «a differenza delle esperienze del passato [...] il diritto penale è oggi utilizzato – prevalentemente – non come strumento di dominio, bensì come strumento di consenso. Inalterata rimane, però, la tendenziale involuzione del diritto penale in senso totalitario»⁵⁴.

Il discorso sin qui condotto può applicarsi, dunque, non esclusivamente alle formazioni politiche, siano esse di governo o di opposizione: quando applicato all'ambito penale, il populismo coinvolge non soltanto la politica bensì investe l'intero complesso delle politiche del diritto, sino a ricomprendere anche i principali attori dell'azione legislativa e giudiziaria, ossia legislatori e interpreti. In questo senso, la distinzione tra populismo politico e populismo penale non è di genere ma di specie, nel senso che il populismo penale circoscrive, sì, l'ambito di analisi all'uso populistico del diritto (soprattutto) penale, ma ciò non implica che esso si astenga dal produrre effetti politici, anzi vale esattamente il

contrario. Nondimeno, il populismo penale riesce a mantenere una propria autonomia: è ben possibile parlare di uso populistico del diritto quando esso derivi da una forza politica non facilmente ascrivibile a formazioni populiste⁵⁵.

L'attitudine ad un approccio demagogico circa le questioni politiche e sociali si riflette, così, anche sulla giustizia penale. La rappresentazione mediatica di fatti o eventi di cronaca all'interno del dibattito pubblico dà vita ad una c.d. *glamourizzazione*⁵⁶ della violenza e della paura che, lungi dall'aver come obiettivo quello di aiutare a comprendere le reali cause che sottostanno ai fenomeni, rappresentano anzi strumenti ulteriori attraverso cui il potere politico crea e acquisisce consenso.

La locuzione “populismo penale” rappresenta la traduzione italiana della locuzione inglese *penal populism*, che dà il titolo alla prima pubblicazione che ha fornito una trattazione organica del tema⁵⁷. Si trattava di una ricerca condotta da studiosi di diversa provenienza scientifica e accademica, compiuta nel corso dei cinque anni antecedenti alla pubblicazione del libro, in cinque diversi paesi dell'Occidente: Stati Uniti, Canada, Regno Unito, Nuova Zelanda, Australia. Si notava, in particolare, come, nonostante la diversità tra i vari sistemi giuridici e in particolare dei sistemi di giustizia penale, vi fosse un ambito comune dato dalla predominanza, all'interno del dibattito pubblico - politico e mediatico - su questioni di rilevanza penale, di argomenti tesi alla criminalizzazione delle condotte e all'invocazione di pene più severe in ordine a taluni reati, soprattutto in materia sostanze psicotrope, di furti in abitazione, di rapina. Tali argomentazioni investivano tanto il piano strettamente giudiziale – dunque in sede di decisione di controversie - quanto il

55 Come scrive Anastasia «da definizione dei confini del diritto penale e la sua concreta applicazione in ambito giudiziario costituiscono, sì, azioni ad alto valore simbolico, talvolta manomessi fino a rinnovare rituali sacrificali, ma restano strumenti, non fini, di qualsivoglia idea di giustizia», S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, cit., p. 198. Questo giustifica il fenomeno del populismo penale come politicamente trasversale: anche partiti politici non tradizionalmente definibili come populistici possono, nondimeno, fare un uso populista del diritto penale.

56 J. Pratt, *Penal Populism*, Londra, 2007.

57 J.V. Roberts, L.J. Stalans, D. Indermaur, M. Hough. *Penal Populism and Public Opinion. Lessons from Five Countries*, Oxford University Press, New York, 2003. Il primo a parlare di *populist punitiveness* è A.E. Bottoms, “The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing”, in C. Clarkson, R. Morgan (a cura di), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, 1995, pp. 17-49.

52 L. Incisa di Camerana, Voce *Populismo*, in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, III ed., Torino, 2004, p. 823.

53 E. Klein, *WÈre Polarized*, New York, 2020.

54 E. Amati, *L'enigma penale. L'affermazione politica dei populismi nelle democrazie liberali*, Torino 2020, p. 7.

livello strettamente giuridico – ossia l'ambito delle politiche effettive di riforma.

Su questa scia, è stata portata avanti tutta una serie di studi⁵⁸ incentrata proprio sul ruolo che il diritto penale stava assumendo nella gestione della sicurezza e della criminalità e che ha evidenziato un aspetto essenziale ai fini della comprensione del fenomeno del populismo penale, ossia che la pressione politica e sociale tesa all'inasprimento delle pene e talvolta anche alla costituzione di nuove fattispecie di reato non conseguiva ad un effettivo aumento dei tassi di criminalità. John Pratt ha parlato in proposito di *destatisticalization*⁵⁹: la tendenza del dibattito pubblico incentrato sul tema della criminalità a prescindere da riferimenti statistici reali, costituirebbe una delle caratteristiche tipiche del populismo penale. Si dimostrava, inoltre, l'incertezza circa l'utilità di tali misure punitive nella riduzione della criminalità.

È evidente allora come «nella costruzione dell'orizzonte di senso del populismo, il diritto e, in particolare, la giustizia penale assumono un rilievo di prima grandezza»⁶⁰ ed è proprio in questi termini che, soprattutto in tempi più recenti, il fenomeno del populismo è andato declinandosi come populismo penale⁶¹.

In materie come la tutela dei diritti umani, la lotta alla criminalità e al terrorismo, l'immigrazione, la crisi economica, il diritto penale diventa il fulcro del «simbolismo attuato nella lotta al crimine e nella tutela della sicurezza»⁶². Si diffonde così «anche in altri settori – ad esempio, abusi sessuali, reati predatori di strada – l'idea secondo cui, quanto più grave ed esteso è il fenomeno da fronteggiare, più gravosa deve essere la risposta repressiva»⁶³. Il populismo penale diventa, così, una strategia adottata nell'ambito della sicurezza che, come nota bene Falcinelli⁶⁴, assume

tuttavia una nozione specifica, veicolata attraverso discorsi semplificati: non più la nozione di sicurezza sociale, intesa come garanzia dei diritti sociali, né la sicurezza circa la tutela delle libertà individuali contro l'arbitrio del potere. Essa «si appiattisce sulla nozione di pubblica sicurezza, ossia di gestione e tutela dell'ordine pubblico per il tramite della quale si rendono punibili alcune condotte che, non di rado, risultano oggetto di un processo di etichettamento⁶⁵ che le definisce come criminali. Attraverso la creazione di un nemico comune, spesso rappresentato dai criminali o dai gruppi sociali marginalizzati, la cultura giuridico-penale gioca un ruolo essenziale proprio nella costruzione del nemico della società⁶⁶.

Nel quadro appena descritto, il nesso tra populismo ed etica e tra etica e diritto diventa cruciale, poiché si presta a dare corpo a quel rapporto diretto tra masse e potere che costituisce un elemento essenziale del populismo penale.

Se la relazione tra popolo e sistema politico è realmente così significativa da condizionare tanto l'identità stessa del gruppo sociale, quanto le pretese da esso espresso, diventa evidente che anche il diritto e il sistema giuridico nel suo complesso non possono che esserne in qualche modo investiti. D'altra parte, sarebbe riduttivo attribuire la responsabilità di una simile circostanza ai soli membri “laici” della società, perché spesso è proprio il discorso delle élite politiche a rafforzare e addirittura ad anti-

58 D. Salas, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, 2010; L. Ferrajoli, *Democrazia e populismo*, in «Rivista AIC», 3/2008, pp. 515-524.

59 J. Pratt, *Penal Populism*, cit.; M. Anselmi, *Populismo. Teorie e problemi*, Milano, 2017.

60 S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, cit., p. 195.

61 L. Ferrajoli, *Il populismo penale nell'età dei populismi politici*, in “Questione giustizia”, n. 1, 2019.

62 A. Cavaliere, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla “cultura del penale”*, in “Archivio penale”, n. 3, 2018, p. 24.

63 Ivi, p. 25.

64 D. Falcinelli, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”*, in S. Anastasia, M. Anselmi, D. Falcinelli (a cura di), *Populismo penale: una prospettiva italiana*, cit., p. 23.

65 E. Goffman, *Stigma. L'identità negata*, Verona, 2003; E.M. Lemert, *Human Deviance, Social Problems and Social Control*, Englewood Cliffs, 1967.

66 Degli esempi possono giovare a comprendere la trasversalità del fenomeno penal-populista: alla fine degli anni 70 il nemico “è”, soprattutto in Europa, il terrorista politico; a partire dal 1992 il nemico “è”, soprattutto in Italia, il mafioso; dal 2001 in poi il nemico “è”, a livello internazionale, il terrorista islamico; a partire dal 2012, soprattutto nell'Europa costiera, il nemico “è” l'immigrato clandestino. Non è possibile in questa sede approfondire il tema del diritto penale del nemico, nonché le prospettive più recenti che ne hanno rielaborato la teoria, per cui si rinvia a: G. Jakobs, C. Melia, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2006; S. Krassmann, *The Enemy on the Border*, in “Punishment and Society”, n. 3, 2007, pp. 301-318. Ancora: L. Scuccimarra, *Proteggere l'umanità. Sovranità e diritti umani nell'epoca globale*, Bologna, 2016; G. Insolera, “Per un diritto liberale liberale”, in O. Sapia, A. Scerbo, *Tem, problemi e prospettive del sistema penale*, cit., pp. 139-166. Come è stato rilevato, «retoricamente l'uso populista del diritto e della giustizia penale ha due potenziali e distinti obiettivi: verso l'alto, le élites che impediscono al popolo di esercitare fino in fondo le proprie prerogative democratiche; verso il basso, gli estranei alla comunità per provenienza, stile di vita, condizione soggettiva», S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, cit., p. 201.

cipare «le inquietudini securitarie dei cittadini»⁶⁷. In quest'ottica, «la legge penale finisce con l'assumere un ruolo centrale, ossia quello di imporre coattivamente al singolo [...] il bene morale, ossia ciò che è ritenuto tale da una determinata comunità sociale in un determinato momento storico»⁶⁸.

Tali circostanze hanno rimesso in moto uno degli interrogativi filosofici più risalenti: è compito del diritto, *in primis* di quello penale, imporre la morale dominante del gruppo sociale oppure esso vive di dinamiche perlopiù distanti dagli umori e dalle voglie della società? Il dibattito ottocentesco tra John Stuart Mill e James Fitzjames Stephens⁶⁹ e quello di metà Novecento tra Patrik Devlin e H.L.A. Hart⁷⁰ dimostrano la longevità del tema.

Quanto appena detto produce due conseguenze fondamentali. In primo luogo, la locuzione “etica pubblica” - il cui significato neutrale indica «l'insieme dei valori e dei principi intorno ai quali viene costruito il codice comportamentale di un gruppo sociale e sui quali il gruppo sociale edifica parte della propria identità»⁷¹ - rischia di non tener conto del fatto che, non di rado, «in un certo contesto sociale e in un certo momento storico non si registri un'unica, monolitica, morale sociale ma più posizioni»⁷², seppur non necessariamente diffuse e accettate in egual misura. In secondo luogo - e in un certo senso conseguentemente - il diritto penale si fa “emozionale”⁷³, perdendo la sua «legittimazione liberale e garantista di tutela pubblica della parte debole in un conflitto intersoggettivo e diventando strumento del conflitto del popolo contro i suoi nemici»⁷⁴. È così che, mentre si rinnova, anche nel linguaggio mediatico, l'idea di guerra al nemico, «la giustizia penale sembra assolvere a quella insuperata funzione attribuita da Durkheim, ossia quella “di mantenere intatta la coesione sociale, conser-

vando alla coscienza comune tutta la sua vitalità” e riaffermando così l'identità collettiva del popolo contro i suoi potenziali nemici⁷⁵.

Di certo, il populismo penale prospetta un sovvertimento delle relazioni consolidate, proprie di una concezione liberal-democratica della giustizia che pone al centro dell'ordinamento i diritti e le garanzie individuali⁷⁶. Poiché il rapporto tra populismo e diritto penale produce un'espansione della funzione di quest'ultimo, i ruoli esercitati soggettivamente da coloro chiamati a produrre e ad applicare il diritto, saranno parimenti condizionati dall'influenza populista: la centralità che la questione penale va assumendo all'interno dei nostri sistemi politici incide, così, anche sul ruolo del legislatore e del giudice⁷⁷. Questo si traduce in un uso ipertrofico della legislazione penale, aumentando talvolta la severità delle pene e riflettendosi inevitabilmente su una compressione delle garanzie processuali. In questo senso, il diritto penale contemporaneo sembra arrivare ad assumere i connotati di un diritto totale, massimo, muscolare⁷⁸: non interviene solo in via sussidiaria, piuttosto giunge a rappresentare la ragione stessa degli interventi legislativi, nella misura in cui «è invalsa, tanto nella collettività quanto in politica, la convinzione che nel diritto penale si possa trovare il rimedio giuridico a ogni ingiustizia e a ogni male sociale»⁷⁹. Parallelamente, il populismo penale si riflette sul ruolo che la magistratura sta progressivamente conquistando, ossia quello di «giudice di scopo», cui spetterebbe una sorta di sindacato di legalità nel portare avanti una «pretesa missione di pulizia morale»⁸⁰: «Le finestre della politica criminale si spalancano sul diritto penale, che ne diventa parte integrante, componente identitaria e trainante»⁸¹.

75 *Ibidem*. Si veda anche É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, Roma, 1999, p. 126.

76 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1996; Id., *Sul diritto penale minimo* (in risposta a Giorgio Marinucci ed Emilio Dolcini), in “Il Foro Italiano”, n. 4, 2000; Id., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Laterza, Roma-Bari, 2001.

77 Si parla, in proposito, di populismo giudiziario. Si veda, *ex multis*, M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica*, Modena, 2014; Id., *Populismo e ragione pubblica*, Modena, 2019; G. Fiandaca, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., soprattutto p. 105 ss.

78 L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989; A. Cavaliere, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un'alternativa alla “cultura del penale”*, cit., pp. 1-26.

79 F. Sgubbi, *Il diritto penale totale*, Bologna, 2019, p. 23.

80 L. Violante, *Magistrati*, Torino, 2009, pp. 161 ss.

81 V. Manes, *Diritto penale no-limits. Garanzie e diritti fondamentali*

67 D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, 2018, p. 14.

68 A. Porciello, *Diritto e morale: tre questioni*, Edizioni ETS, Pisa, 2021, p. 187, 189.

69 J.S. Mill [1859], *Sulla libertà*, Firenze, 2017; J.F. Stephens [1873], *Liberty, Equality and Fraternity*, Indianapolis, 1993.

70 H.L.A. Hart [1963], *Diritto, morale, libertà*, Acireale, 1968; P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1965.

71 A. Porciello, *Diritto e morale: tre questioni*, cit., p. 23.

72 G. Pino, “Diritto e morale”, in G. Bongiovanni, G. Pino, C. Roversi (a cura di), *Che cos'è il diritto. Ontologie e concezioni del diritto*, Torino 2016, p. 8.

73 D. Falcinelli, *Dal diritto penale “emozionale” al diritto penale “etico”*, cit., p. 23.

74 S. Anastasia, *L'uso populista del diritto e della giustizia penale*, cit., p. 195.

4 CONCLUSIONI

La polarizzazione delle posizioni nell'arena dello scambio politico, la semplificazione del dibattito pubblico, la schematizzazione di un ideale collettivo caratterizzato dalle categorizzazioni del «noi-loro», rappresentano i principali elementi del populismo e si traducono – dal punto di vista pratico e teleologico – in visioni opposte circa la società, le relazioni interindividuali, i diritti politici, civili e sociali.

Si comprende, così, la misura della complessità teorica del populismo contemporaneo che sembra necessariamente richiedere, quale punto di partenza imprescindibile della sua narrazione, quello di interrogarsi primariamente circa i rapporti di forza che sussistono all'interno delle società contemporanee, soprattutto nella relazione che si istaura tra chi gode della capacità di detenere un potere e chi, a vari livelli, quel potere lo subisce.

Al di là di una specifica definizione, il populismo rappresenta il risultato delle difficoltà della democrazia liberale nell'affrontare i problemi centrali della nostra epoca, tra cui spicca quello della rappresentanza e della rappresentatività. Per questo diventa essenziale «riconoscere e comprendere questo fenomeno, entrando in qualche modo in relazione con esso, senza che questo debba necessariamente voler dire giustificarlo sul piano storico-politico»⁸².

La polarizzazione in antagonismi, peraltro, non attiene esclusivamente al *foro interno* del problema populista, bensì ne investe l'approccio teorico e scientifico, determinando una sorta di *cleavage* tra culture politiche populiste, da un lato, e culture non populiste, dall'altro. Il che contribuisce a rendere incerta la scelta della chiave di lettura più adatta alla comprensione del fenomeno: se esso debba essere definito in termini politici, giuridici, economici e sociali; se, dal punto di vista teorico, esso possa realmente contrapporsi al liberalismo politico, sulla scorta della connessione con i concetti “positivi” di popolo e sovranità popolare; se il populismo - termine che, con tutta evidenza, è connotato prevalentemente da un'accezione dispregiativa - possa essere puramente e semplicemente considerato come una «sindrome»⁸³, un elemento di deterioramento

come presidio per la giurisdizione, n. 1, 2019, p. 86.

82 P. Serra, *Populismo, democrazia e limiti del potere politico*, cit., p. 55.

83 L. Incisa di Camerana, *Voce Populismo*, cit., p. 824.

del funzionamento delle istituzioni e del sistema politico-costituzionale oppure se esso necessiti di essere collocato all'interno del più specifico processo di scollamento tra società e politica.

Questo problema diventa ancora più urgente se si considera il ruolo che il populismo penale esercita negli ordinamenti occidentali contemporanei. Esso fagocita le mancanze dello Stato: quando ambiti come quello della lotta al terrorismo, la lotta alla criminalità organizzata, la lotta alle dipendenze da sostanze, la lotta all'immigrazione “clandestina”, vengono continuamente ricondotte all'alveo dell'emergenza, a subire le conseguenze più dirette – stando anche ai dati numerici relativi alla popolazione carceraria sud-europea – sono le marginalità sociali, le quali diventano capro espiatorio di ogni male o disfunzione sociale. Come già rilevava Baratta, invece, «la politica di giustizia sociale, la realizzazione dei diritti umani, il soddisfacimento dei bisogni reali degli individui, sono molto di più di una politica criminale alternativa: sono la vera alternativa democratica alla politica criminale»⁸⁴.

Ecco perché, benché non manchino approfondimenti in tal senso, appare necessario indagare ulteriormente le ragioni che sottostanno a quel che sembra un ritorno al passato, ossia la legittimazione di un diritto penale moralizzante e concepito alla stregua di un diritto penale del nemico. Una visione che recupera quella di «stranieri morali»⁸⁵ all'interno delle nostre società, riattualizzando così l'argomento della *disintegration thesis* di Devlin, ossia l'idea secondo cui, al pari del tradimento, anche la disomogeneità morale mette a repentaglio l'esistenza e l'unità della società politica⁸⁶.

Non si tratta di semplificare i problemi o di mancare di attribuire ai fenomeni la giusta rilevanza, quanto di restituire al diritto penale la relativizzazione che è propria della sua funzione, quella dell'esercizio di un ruolo ontologicamente residuale. Si ritiene, cioè, che debba essere definitivamente superata l'idea secondo cui lo strumento giuridico abbia la funzione di inculcare coattivamente un determinato credo morale, o di irrobustire e rinsaldare

84 A. Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in “*Dei delitti e delle pene*”, n. 3, 1985, p. 468.

85 M. Donini, *Populismo e ragione pubblica*, cit., *passim*.

86 B. Bix, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Torino, 2015, soprattutto pp. 213-238; A. Porciello, “Le radici teoriche del populismo penale contemporaneo”, in O. Sapia, A. Scerbo (a cura di), *Temi, problemi e prospettive del sistema penale*, cit., pp. 65-94.

re la coesione sociale, recuperando, una volta per tutte, l'idea di un diritto penale minimo, cardine dei nostri sistemi costituzionali.

Claudia Atzeni è dottoressa di ricerca in Teoria del diritto e Ordine giuridico ed economico europeo e assegnista di ricerca in Filosofia del diritto e Sociologia generale presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro, dove insegna a contratto "Teoria generale del diritto".

claudia.atzeni@unicz.it

L'incontro del diritto penale con le neuroscienze, nella genesi del comportamento anti-sociale dei sex offenders

Chiara Savazzi

ABSTRACT

Negli ultimi anni le neuroscienze hanno iniziato timidamente ad avanzare nel campo del diritto penale, in particolare in quello dell'imputabilità e della colpevolezza. Gli approdi sono ancora ancora pochi e in divenire, tuttavia si assiste ad un nuovo modus operandi nella valutazione della condotta dell'autore del reato. Ciò è evidente soprattutto in alcune tipologie di crimine, tra cui quelli a sfondo sessuale.

In recent years neurosciences have timidly begun to advance in the field of criminal law, in particular in that of imputability and guilt. Landings are still few and in progress, however we are witnessing a new way of doing in the assessment of the conduct of the offender. This is especially evident in some types of crime, including those of a sexual nature.

PREMESSA

Con il presente contributo ci si propone di analizzare gli approdi cui è giunto il diritto penale nell'incontro con le neuroscienze, focalizzando l'attenzione sull'apporto che queste ultime hanno – o potrebbero avere – su aspetti propriamente criminologici, quali i sex crimes.

Il termine “neuroscienze” è stato coniato nel 1962, da un neurofisiologo statunitense, di nome Francis O. Schmitt¹ e sono state altresì definite «un grande fiume carsico che è emerso all'improvviso e che tumultuosamente e invasivamente sta occupando la scena della ricerca scientifica²». Con esso

1 Cfr. P. Martucci, *Neuroscienze e processo penale*, Milano, 2015, pp. 9 ss.

2 C. Intrieri, *Le neuroscienze e il paradigma della nuova prova*

PAROLE CHIAVE

NEUROSCIENZE; CRIMINALI SESSUALI; IMPUTABILITÀ; COLPEVOLEZZA; PARAFILIA; REATI SESSUALI; STATI EMOTIVI..

KEYWORDS

NEUROSCIENCE; SEX OFFENDERS; IMPUTABILITY; GUILT; PARAPHILIA; SEXUAL OFFENCES; EMOTIONAL STATES.

si indica la ricerca scientifica compiuta sul cervello e sul suo funzionamento, a partire dalle sue componenti più piccole – neuroni e sinapsi – mediante un approccio multidisciplinare. Sebbene il metodo di conduzione della ricerca sia scientifico, i risultati involgono diversi ambiti di interesse, dalla criminologia alla filosofia, dal diritto alla medicina.

Il cervello diviene protagonista di un approfondimento che non lascia indifferenti le categorie

dogmatiche del diritto penale, così come neppure la Giurisprudenza, la quale già da qualche anno deve tenere il passo rispetto all'ingresso di nuove concezioni penalistiche e differenti prove scientifiche.

scientifico, in A. Bianchi, G. Gulotta, G. Sartori, *Manuale di neuroscienze forensi*, Milano, 2009, p. 195.

1 IL MUTEVOLE CONCETTO DI “IMPUTABILITÀ”.

Nella valutazione dell'imputabilità, si assiste ad una “rivoluzione” dell'assetto penalistico, che conduce a lasciare (maggiore) campo libero a concetti quali psicosi, fragilità emotiva, disturbi attinenti alla personalità, che fino a poco tempo fa cedevano totalmente il posto solo alle diagnosi certe di conclamate malattie mentali. Queste ultime, assieme ad altre cause specifiche e contingenti come l'alcool e le sostanze stupefacenti, erano le uniche a poter decretare – ai sensi degli articoli 88 e 89 Codice penale – uno stato di infermità e la conseguente incapacità, totale o parziale, di intendere e di volere. I possibili processi cognitivi disfunzionali diventano la base di una nuova “non - imputabilità”³.

I cambiamenti non sono meramente teorici e non riguardano soltanto le categorie dogmatiche del diritto penale, di cui gli esperti del diritto e della criminologia si avvalgono. Invero, ciò che rileva è altresì la “pericolosità sociale” ed una possibile predizione e prevenzione della stessa. Per tale ragione, negli ultimi anni, il processo penale ha iniziato ad abbracciare settori che non appartengono alla sfera – la propria – delle “soft sciences”, ma a quello delle “hard sciences”, come quello delle neuroscienze cognitive, creando una commistione che – a giudizio di molti – vedrebbe il diritto subordinarsi alla scienza⁴. Ciò potrebbe comportare un ausilio non indifferente per gli addetti al settore penalistico o, al contrario, creare una vera e propria operazione di modifica dei cardini del diritto penale, finora indiscussi.

In realtà, a parere di chi scrive, la questione è ancora alquanto “giovane”, per poter formulare conclusioni avventate su quale sarà la collocazione di alcune delle norme penalistiche fra qualche decennio⁵. Invero, si tratta di un argomento – quello dell'impatto delle neuroscienze sul diritto penale – che, quantomeno nel nostro ordinamento, risulta collocato allo step iniziale di un iter ancora tutto

da costruire⁶, e che possiede, pertanto, un ampio ventaglio di direzioni nello sviluppo.

Una delle questioni da focalizzare concerne la possibile evoluzione del Capo I, libro IV, del I libro del Codice penale italiano e dunque di alcune delle categorie dogmatiche del diritto penale, nello specifico l'imputabilità e la connessa colpevolezza, l'infermità, e l'elemento soggettivo in senso stretto, a partire dal dolo⁷.

In base alla classica impostazione del Codice Rocco, mai mutata, alla base di un vizio di mente può esserci solo un'infermità fisica o psichica clinicamente accertata, che infici la capacità di autodeterminazione di un soggetto. Questo assunto è valso come certo fino a pochi anni fa, quando le Sezioni Unite, con la nota sentenza Raso⁸ del 2005 – seguita da altre pronunce dello stesso tenore – hanno esteso la nozione di infermità penalmente rilevante, facendovi rientrare «i disturbi della personalità, in grado di escludere o scemare grandemente la capacità di intendere e di volere».

Da un lato, le neuroscienze riconoscono una base organica, reale, tangibile, anche alle emozioni; dall'altro, il diritto penale, ad oggi, fa fatica a farlo, continuando per certi versi ad ignorare che le infermità e gli agiti umani eventualmente connessi, siano il prodotto di più componenti – non solo biochimiche – che spaziano in più aree, ancora non del tutto conosciute, del cervello umano. Il timore che ogni tipo di fragilità umana possa ricevere riscontro in una base neuronale, dovendo conseguentemente dichiarare parzialmente o totalmente incapace il soggetto agente, frena i penalisti dall'allargare le maglie dell'indagine sulle sfaccettature comportamentali, per evitare il rischio di sfociare in un «tutto giustificare⁹», che si pone agli antipodi della scienza penalistica.

Ma, se da un lato il pericolo è questo, probabilmente sarebbe utile affrontarlo, per costruire una perizia, di cui avvalersi in giudizio, che sia più precisa e minuziosa, con un contenuto individualizzato,

⁶ Le prime applicazioni delle risultanze neuroscientifiche hanno avuto luogo in America, dove tuttora è in fermento lo sviluppo delle stesse, anche in connessione con il diritto. Sul punto, si v. B. Libet, *Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action in Behavioral and brain sciences in “Behavioral and Brain Sciences”*, 1985), n.8, pp. 529-539.

⁷ C. Grandi, *Neuroscienze e responsabilità penale*, Torino, 2016, pp. 247 ss.

⁸ Cass. SS. UU., 9163 dell'8 marzo 2005.

⁹ F. Giunta, *Questioni scientifiche e prova scientifica tra categorie sostanziali e regole di giudizio*, in *Prova scientifica, ragionamento probatorio e decisione giudiziale*, Napoli, 2015, p. 82.

³ M. Bertolino, *L'imputabilità penale tra cervello e mente*, in *“Rivista Italiana di Medicina Legale”*, (2012), p. 922.

⁴ O. Di Giovine, *Ripensare il diritto penale attraverso le (neuro-)scienze?*, Torino, 2019, pp. 17 – 29.

⁵ Cfr. A. Santosuosso – B. Bottalico, *Neuroscienze e genetica comportamentale nel processo penale italiano* in *“Rassegna Italiana di Criminologia”*, (2013), n.1, pp. 70-83.

che non riduca la diagnosi a standard astratti, valevoli per tutti, bensì comprendente ogni elemento utile ad un diritto penale volto a “valutare” prima che a “punire”. Il dialogo del diritto con le neuroscienze¹⁰, dunque, nonostante la riluttanza di alcuni, appare necessario ed imprescindibile, oltre che ormai inarrestabile.

1.1 LA COLPEVOLEZZA.

Da sempre l'imputabilità appare strettamente connessa alla categoria dogmatica della colpevolezza¹¹, quale presupposto imprescindibile per la sussistenza di quest'ultima. Tuttavia, tale assioma non risulta poi così inopinabile, se si considerino le variabili dei soggetti agenti, i quali non sempre e non necessariamente appaiono imputabili e colpevoli allo stesso tempo. Un esempio comune della suddetta precisazione, si rinviene nel soggetto minore di 14 anni che si renda responsabile di una rapina; benchè colpevole, non potrà essere considerato imputabile e quindi assoggettabile a pena¹². Viceversa, è chiaro che il fautore di un illecito penale potrà essere imputabile, ma non colpevole in quanto sussista una causa di giustificazione, che escluda l'antigiuridicità del fatto commesso.

Un'altra sostanziale differenza intercorre tra l'imputabilità (e la colpevolezza) da un lato, e l'elemento soggettivo in senso stretto, dall'altro. In base all'impostazione codicistica, sussistono ipotesi di responsabilità (quasi) oggettiva, nel senso che un soggetto, pur prendendo materialmente parte al fatto, non aderisce psicologicamente – per svariate circostanze – allo stesso, elidendo così l'elemento del dolo, necessario – in via generale – per porre un evento a carico dell'agente, ex art. 42 c.p. Si pensi all'ipotesi di un evento diverso da quello voluto da chi agisce, di cui all'art. 83 c.p. o, ancora, al reato diverso da quello voluto da taluno dei concorrenti; si tratta di eventualità in cui l'addebito viene mosso anche in assenza di una piena aderenza psicologica al fatto. Viene pertanto confermata, in concreto, la differenza ontologica e pratica dell'imputabilità

10 O. Di Giovine, *Prove di dialogo tra neuroscienze e diritto penale*, in “Giornale italiano di psicologia”, (2016), n.4, p. 722.

11 M. Dova, *Alterazioni emotive e colpevolezza*, Torino, 2019.

12 In casi di questo tipo, infatti, l'ordinamento può predisporre delle misure di sicurezza che, non volte a punire, tendano ad evitare la commissione di ulteriori crimini.

e dell'elemento soggettivo in senso stretto; la divergenza tra le due categorie potrebbe, tuttavia, annullarsi, nel caso di un ipotetico vizio di mente capace di menomare sia lo status di imputabile, sia la volontarietà dell'azione, nello specifico momento di commissione di questa.

Il nostro Codice penale non si fonda su una presunzione della volontarietà dell'azione, qualora sussistano le altre componenti dell'elemento soggettivo (imputabilità, colpevolezza, suitas), bensì su un accertamento in concreto della piena consapevolezza dei propri agiti. Alla base, deve in ogni caso esserci «se non un a – causale, spontaneo libero arbitrio, almeno una (certa) libertà d'agire, una libertà del volere¹³».

All'origine della non – imputabilità può esservi sicuramente l'età, considerata dall'ordinamento il presupposto principe, in base al quale valutare la maturità o l'immaturità di una persona. accanto all'età, altre ipotesi – causa di vizi di mente totali o parziali – si rinvergono negli art. 91 ss. c.p., quale, ad esempio, lo stato di ubriachezza. Infine, un residuale novero di cause capaci di incidere sulla pienezza delle proprie facoltà può essere, in forza della “norma aperta” di cui all'art. 85 co. 2 c.p., di volta in volta riempito e integrato da motivi concretamente accertati. Ciò che è labile e flessibile, nel suo significato, non è il concetto di imputabilità, quanto quello di vizio di mente di cui agli artt. 88 e 89 c.p.; «non può propriamente parlarsi di crisi dell'imputabilità. In (relativa) crisi è infatti semmai, il concetto di malattia mentale che in campo giuridico crea notevoli problemi per l'evidente riduttività dell'approccio biologico – organico e per le contestuali incertezze in ordine ai limiti di valorizzazione dell'approccio psicopatologico (e, talvolta, di quello psicologico “puro”¹⁴)».

2 GIUDIZIO DIAGNOSTICO E GIUDIZIO DI IMPUTABILITÀ.

Punto critico emergente nell'ambito del giudizio sull'imputabilità del soggetto sottoposto a perizia, consiste nel confondere, non di rado, due piani di valutazione; l'uno diagnostico-patologico, attinente

13 M. Romano – G. Grasso, *Commentario sistematico del Codice penale*, Milano, 2012, p. 7.

14 Ibidem, p. 9.

all'accertamento del disturbo psichico, l'altro normativo, basato sull'incidenza di suddetta patologia sul comportamento criminale.

Gli indici forniti dalle tecniche neuroscientifiche non possono condurre il giurista esperto a rendere la "criminal responsibility" un concetto avulso dagli indici estrapolati, al contempo, dal Codice penale, in particolar modo dagli artt. 85 ss. Se la responsabilità penale non può dipendere solo da parametri scientifici, allo stesso modo la "non-imputabilità" non può essere dedotta esclusivamente da una patologia mentale conclamata. Non tutti i disturbi psichici rilevanti a tal fine rientrano infatti nel novero delle "malattie" e – in egual misura – non tutti gli stati di alterazione possono essere facilmente rinvenuti nell'analisi cerebrale, quantomeno ad oggi. Si pensi, ad esempio a morbi transitori o ad infermità che solo in determinati momenti della vita di un soggetto, alterano la sua capacità di intendere e di volere.

In tale contesto ha fatto storia, come già detto, la sentenza Raso. L'infermità assume, dunque, connotati variegati, non necessariamente incasellabili in una cornice clinica predeterminata; ciò richiede – ancor più specificamente – il lavoro sincronico delle due figure professionali protagoniste del processo penale: il perito e il giudice. Invero, nel guardare al giudizio sull'imputabilità, si comprende come esso non sia rigidamente valutabile, bensì scindibile in due piani di indagine. Il primo – c.d. giudizio diagnostico – si incentra sulla diagnosi della patologia, della psicosi o della mera vulnerabilità del soggetto su cui si indaga; esso viene elaborato dall'esperto, che

spieghi l'incidenza del morbo sulla capacità di intendere e di volere, nel caso concreto. Il secondo – c.d. giudizio normativo – è quello che compete al giudice, non come mero esecutore dei risultati scientifici, bensì come gatekeeper della scientificità dei mezzi di prova¹⁵. Esso è basato sulla valutazione dell'incidenza della patologia sul comportamento *contra ius*. Occorre che il giudice ricostruisca, attraverso un metodo inferenziale, il nesso eziologico concretamente sussistente tra la problematica psichica e l'agito criminale commesso.

La reale incidenza del disturbo sul comportamento necessita di una valutazione alla stregua

15 M. Bertolino, Il breve cammino del vizio di mente. Un ritorno al paradigma organicistico? in "Criminalia", (2008), p. 335.

dei riferimenti codicistici, che non possono essere sostituiti dalle risultanze scientifiche. Il metodo delle inferenze consente di connettere i due diversi emisferi della scienza e della norma, in base al «task-at hand-approach¹⁶», ovvero sia un giudizio individualizzante che operi non in base a schemi astratti, bensì attraverso una valutazione minuziosa e concreta delle risultanze probatorie.

L'opera del giudicante deve avvenire osservando «il cervello non come una macchina, considerando la mente come una entità che risponde a regole determinate, dal momento che esiste un intreccio irripetibile tra una storia naturale durata milioni di anni ed esperienze individuali¹⁷».

3 IL "SEX CRIME"

Quando si parla di "sex offender" si fa riferimento a colui che commette un crimine sessuale. Esso può sostanziarsi in un fatto criminale direttamente collegato ad un atto sessuale (di vario tipo) o, altresì, indirettamente connesso (ad esempio, un omicidio commesso a seguito di un atto di violenza sessuale).

Tendenzialmente vengono individuate quattro tipologie di "sex crime"; vi sono gli atti sessuali con contatto, gli atti sessuali senza contatto, quelli che consistono nel guardare, possedere o produrre video pedopornografici, ed infine quelli che si attuano mediante l'induzione a compiere atti sessuali o la tratta¹⁸.

Questa distinzione non crea particolari problematiche sul piano giuridico, trattandosi in tutti i casi di fattispecie criminose che, in base alle disposizioni del codice, ricevono un trattamento sanzionatorio diversificato.

Ciò che richiede maggiore attenzione e che, non di rado, può suscitare dubbi, è la differenza tra l'espressione di un particolare e determinato interesse sessuale e il disturbo parafilico. Per quanto concerne la prima, in senso tecnico si parla di "parafilia" quando vi sia un «qualsiasi intenso e persistente interesse sessuale diverso dall'interesse sessuale per la stimolazione genitale o i preliminari sessuali con partner umani fenotipicamente normali, fisicamente maturi e

16 Ibidem, p. 340.

17 A. OLIVERIO, Geografia della mente. Territori cerebrali e comportamenti umani, Milano, 2008.

18 R. Bruzzone – E. Avalue, Introduzione alla criminologia e alla psicopatologia sessuale in Criminologia dei sex offenders, Milano, 2019, p. 10.

consenzienti¹⁹). Al contrario, il disturbo parafilico si manifesta quando la condotta che sta alla base della parafilia, diventa causa di disagio intenso, sia per sé sia per altri individui, con il rischio di arrecare eventuali danni. Nella prima situazione si potrebbe quindi sostenere di essere in presenza di una condizione di normalità – condivisibile o meno – laddove quest’ultimo termine indica proprio la mancanza di una potenziale lesività (intesa in senso lato) per la sfera personale di un soggetto; nella seconda, è necessario intervenire mediante una terapia psicologica e/o farmacologica, al fine di non sfociare in problematiche di un certo peso. Il rischio, maggiore nel caso del disturbo parafilico, è quello che l’azione possa rappresentare anche un fatto illecito, punito penalmente.

4 I SEX OFFENDERS

NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA.

Il sex offender può essere indistintamente un uomo o una donna, un adulto o un bambino, poiché chiunque, presenti i presupposti summenzionati, può agire come tale. Tuttavia, a voler inquadrare i reati sessuali nella cornice del nostro tempo, si possono fare due considerazioni. Innanzitutto, le fattispecie di reato emerse negli ultimi anni sono mutate e si sono ampliate, anche mediante l’utilizzo di internet, che fino a qualche decennio fa non esisteva, e per la facilità con cui si riescono a reperire informazioni, notizie “utili” sulla vittima. In secondo luogo, ad eccezione ovviamente dei casi in cui vi sia la presenza di disturbi specifici, in linea generale la percentuale dei reati sessuali commessa a danno delle donne è di gran lunga maggiore rispetto a quelli commessa a danno degli uomini. A titolo di esempio, su entrambe le considerazioni, il revenge-porn, anche conosciuto come sex-tortion, rappresenta un nuovo delitto, inserito nel 2019 nel Codice penale. In base al report²⁰ emesso dal Dipartimento della pubblica sicurezza²¹, l’incidenza, nel nostro Paese, di tale crimine, si rivela molto elevata. Invero, in un anno, gli episodi delittuosi facenti capo solo a tale fattispecie, sono un totale di 718, di cui oltre l’80% a danno di vittime di sesso femminile; di

¹⁹ DSM (DSM5).

²⁰ È stato preso in considerazione il lasso temporale dal 9 agosto 2019 all’8 agosto 2020.

²¹ Parte del Ministero dell’interno, si occupa del “Servizio analisi criminale”.

esse, l’83 % risulta maggiorenne e l’89%, di nazionalità italiana²². Sembrerebbe quindi, prima ancora che un problema clinico, criminologico e giuridico, una questione sociale. A parere di chi scrive, ancor prima che di una sanzione, vi sarebbe bisogno di una rimodulazione dell’approccio nella vita di tutti i giorni e nel rapporto con l’altro. Vi sono, quindi, ambiti che più di altri necessitano di una prevenzione, oltre che di una punizione la quale, per quanto necessaria, non risulterebbe realmente efficace nella risoluzione di conflitti e nel ripristinare lo status quo ante. Si fa riferimento a questioni inerenti alla dignità umana, al rispetto del corpo, alla tutela della sfera più intima di ognuno, al diritto all’oblio inteso come la possibilità di accantonare il passato e non avere i riflettori puntati su di sé.

La società attuale è quella che Bauman²³, non molto tempo fa, ha definito “società liquida”, un macrocosmo dove regna l’individualismo, e dove le scelte di ognuno di noi non sono sempre realmente tali, quanto piuttosto azioni istintive, non ponderate, che sovente causano dolore all’altro. E così, in una catena che mai si spezza e che, mentre eleva ogni essere umano su di un palco fittizio, che è quello del web, dei social media, al contempo incrementa solitudine e senso di insoddisfazione. Anche le emozioni vengono condizionate da questo modo superficiale di operare, di stare al mondo, fomentando – proprio per un senso di solitudine – sentimenti quali odio, rancore, vendetta. Tuttavia, la legge non è l’unica competente a risolvere conflitti che sono, talvolta, più umani e culturali che giuridici. Si ipotizza che tra lo strumento utilizzato e la soluzione alle possibili derive dello stesso, si pongano tre step fondamentali, ai quali non si può abdicare. La comprensione di sé, dell’altro, e delle nostre azioni, fin dai primi anni di vita; l’educazione intesa quale formazione volta a

²² Secondo una parte della dottrina, sia giuridica sia sociologica, la violenza di genere in ambito familiare o in quello delle relazioni affettive, dovrebbe essere analizzata non solo sotto la lente del “genere”, motivandone l’esistenza in forza di quest’ultimo; al contrario, nei contesti in cui la violenza in generale è concepita come *standard* comune di comportamento o di risposta, in egual misura anche quella rivolta verso determinati soggetti più vulnerabili si sostanzia in un crescendo direttamente proporzionale. Cfr. B. Barbero Avanzini, *Devianza e controllo sociale*, Milano, 2002. Secondo un’altra parte della dottrina, la violenza domestica sarebbe più sviluppata proprio a causa della violenza di genere, la quale sarebbe – al contempo – fonte e risultato della prima. Cfr. S. Wendt, L. Zannettino, *Domestic Violence in Diverse Contexts*, Milano, 2018, pp. 9 ss.

²³ Cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, Bari, 2011.

formulare delle scelte consapevoli che non arrechino pregiudizio; ed infine il confine, l'argine, la regola basilare per ogni persona, che sappia in tal modo dove poter arrestarsi.

Chi subisce le conseguenze negative, a volte tragiche, in contesti di sopraffazione, esternata secondo varie modalità, è una cerchia di soggetti, non appartenenti necessariamente allo stesso "gruppo sociale", accomunati dalla caratteristica di essere più fragili rispetto alla generalità degli individui. Questa condizione può derivare da molteplici fattori, quali ad esempio il tipo di relazione esistente con il soggetto offender, l'età, la reiterazione delle condotte aggressive o violente.

5 L'INCIDENZA DEGLI STATI EMOTIVI SULL'IMPUTABILITÀ E L'APPROCCIO DELLA CASSAZIONE.

È pacifico che in base alla disposizione di cui all'art. 90 c.p., gli stati emotivi e passionali non possono escludere né diminuire l'imputabilità di un soggetto autore di un fatto criminoso.

La ratio del Legislatore è quella di evitare che – a priori – possa essere considerato non punibile chi agisce in preda ad una forte e contingente instabilità emotiva. Ciò non vuol dire, tuttavia, che la sfera delle emozioni non abbia alcuna incidenza, per il nostro sistema penalistico, sugli agiti umani, quanto, piuttosto, che si debbano individuare i riflessi delle stesse su un vero e proprio squilibrio psichico. Come si è avuto modo di affrontare pocanzi, è in tale contesto che il contributo neuroscientifico può intervenire a delineare la demarcazione tra ciò che può essere considerata patologia e ciò che invece rientrerebbe nel novero delle "alterazioni psichiche" non clinicamente determinate.

A titolo di esempio, la Cassazione si è più volte pronunciata sulla gelosia, sostenendo che essa «si manifesta come idea generica portatrice di inquietudine, la quale non incide sulla capacità di intendere e di volere, salvo che essa derivi da un vero e proprio squilibrio psichico, il quale deve presupporre uno stato delirante che influisca sui processi di determinazione e di auto-inibizione²⁴».

Un eventuale stato patologico non emerge quasi mai ad una prima valutazione generale, ma

²⁴ Cass. pen., sez. I, 37020 del 9 novembre 2006.

richiede specifici test ed una perizia minuziosa che possano evidenziare una sfera psico-intellettiva e volitiva alterata.

Ad esempio, la Cassazione²⁵ si è di recente espressa sulla funzione della "gelosia" in un agito criminoso, annullando con rinvio la pronuncia della Corte d'Appello che l'aveva ritenuta indice di una personalità fortemente alterata e non equilibrata del reo, senza tuttavia individuarne un nesso causale effettivo.

Gli stati emotivi e passionali, pur non potendo infatti incidere di per sé sulla capacità di intendere e di volere di un soggetto, possono essere presi in considerazione in sede di commisurazione della pena. Nel caso di specie, la gelosia, per essere considerata ai fini della concessione delle attenuanti generiche, deve essere strettamente connessa a «circostanze di natura ambientale e sociale che abbiano influito negativamente sullo sviluppo della personalità del reo²⁶». Invero, «gli oneri motivazionali da soddisfare in caso di riconoscimento delle attenuanti generiche impongono, come ritiene la Cassazione, un inquadramento dello specifico stato emotivo e passionale all'interno (alternativamente) di due categorie: la gravità del reato e, in particolare, l'elemento psicologico di cui all'art. 133, c. 1 c.p.; oppure la capacità a delinquere qualora la componente emotiva (nel nostro caso la gelosia) abbia influito sul processo motivazionale, condizionando la capacità dell'imputato di reagire e di controllare i freni inibitori²⁷».

Inoltre, la Corte di Cassazione, qualche anno fa, ha analizzato un caso relativo ad un soggetto affetto dal disturbo parafilico della pedofilia, il quale si era reso colpevole di una serie di reati sessuali commessi a danno di un minore di anni quattordici. La difesa lamentava il mancato riconoscimento del vizio parziale di mente ex art. 89 c.p. da parte del Tribunale, pur avendo quest'ultimo reputato l'incapace affetto dalla parafilia suddetta, inserita dal DSM IV tra i disturbi sessuali e dell'identità di genere; secondo la stessa, infatti, l'assistito presentava una difficoltà di adattamento alla realtà. Al contempo il perito ravvisava un disturbo dell'adattamento con ansia ed un comportamento deviante non derivante però da un disturbo psichiatrico maggiore.

²⁵ Cass. pen., sez. I, 2962 del 24 Gennaio 2020.

²⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sez. I, 7272 del 5 Aprile 2013.

²⁷ M. Dova, *La tempesta emotiva e il giudice cartesiano in Sistema Penale*, (2020).

La Cassazione, granitica sul punto, ha affermato che la pedofilia, in sé e per sé, non può – ad oggi – essere considerata indice di una incapacità di percepire la realtà e di autodeterminarsi, in quanto rientra nel novero delle parafilie e, nello specifico, può essere considerata un disturbo parafilico, poiché causa di danno per altri soggetti. Pertanto, essa, «se non accompagnata da un'accertata malattia mentale o da altri gravi disturbi della personalità, rappresenta una semplice devianza sessuale, senza influenza alcuna sulle capacità intellettive e volitive delle persone²⁸».

6 PROSPETTIVE INTERNAZIONALI.

Il sistema statunitense rappresenta il luogo in assoluto più fecondo dove hanno avuto origine i primi incontri tra scienza e diritto o, per meglio dire, fra tecniche di neuroimaging e processo. Gli esperimenti e le ricerche fin da metà '800, vertevano sulle conseguenze comportamentali dovute ai danni di determinate aree cerebrali, causati da traumi o incidenti di vario tipo. Spesso, gli agiti caratterizzati da una marcata assenza di empatia, erano ricondotti alla lesione della corteccia pre-frontale, preposta alla direzione delle emozioni²⁹. L' esplorazione del cervello ha condotto altresì, negli Stati Uniti, ad indagare sulla correlazione esistente fra azione posta in essere e consapevolezza dell'individuo. Secondo un famoso esperimento, svolto dal neurofisiologo Benjamin Libet, tra il momento in cui le aree neurali si attivano per agire in un determinato modo e quello in cui il soggetto appare consapevole del comportamento, trascorrerebbero alcuni secondi; ciò porterebbe a ritenere che la libera volontà dell'uomo non esiste in senso assoluto, poiché risulta condizionata da meccanismi cerebrali inconsapevoli. Il concetto di "imputabilità" veniva e viene tuttora messo in dubbio dai sostenitori di un diritto penale che deve rivedere e riformulare i suoi cardini, alla luce di quella che potremmo definire "neuroetica"³⁰, la quale appare come «lo studio delle questioni etiche, giuridiche e sociali che sorgono quando le scoperte scientifiche

sul cervello vengono portate nella pratica medica, nelle interpretazioni giuridiche e nella politica sanitaria e sociale³¹».

Come anticipato, l'ammissione e la valutazione della prova atipica nel processo penale italiano sono state influenzate, già da alcuni anni, dai criteri elaborati dalla Suprema Corte degli USA, nel 1993, volti a stabilire se ci si trovi dinanzi ad una reale conoscenza scientifica o meno. Essi prendono il nome di Daubert Standards. In base a tali criteri il giudice si esprime – in una prima fase³² – sulla validità della prova, tenendo conto di quattro criteri: affidabilità tecnica, sottoposizione a peer review, conoscenza del tasso di errore, accettazione da parte della comunità scientifica.

L'Italia ha recepito i predetti parametri valutativi, mediante due note sentenze³³; in particolar modo, la sentenza Cozzini ha individuato un preciso assetto applicativo dell'art 189 c.p.p., il quale permette di introdurre nel processo prove atipiche e, dunque, anche nuove prove scientifiche come quelle derivanti dagli strumenti neuroscientifici. Alle indicazioni fornite dall'art. 189 c.p.p. si aggiungono, infatti, i criteri Daubert, supportati da ulteriori parametri elaborati dalla stessa pronuncia³⁴.

Appaiono dunque indiscussi i molteplici spunti di riflessione e i contributi che il diritto statunitense ha fornito e continua a fornire – nell'ambito di cui si discute – all'ordinamento penalistico italiano, sebbene non sia questa la sede per poterne approfondire le sfaccettature e i risvolti futuri.

Al fine di rendere più maneggevole e comprensibile il compendio probatorio scientifico, soprattutto per i giudici che devono valutarne ammissibilità, validità e rilevanza, anche l'ordinamento britannico si è adoperato negli ultimi anni, per dare avvio ad un confronto fra scienziati e giuristi. La Royal Society di Londra ha avviato un progetto volto alla stesura di manuali di semplice consultazione, utili all'incontro tra scienza e diritto; essi prendono

31 P. Martucci, *Neuroscienze e processo penale. Profili applicativi e giurisprudenziali*, Milano, 2015, p. 18.

32 Non avviene in una fase successiva alle risultanze dei test svolti, come accade invece in Italia.

33 Sent. Franzoni, del 2008, con cui si è ammessa in giudizio la Blood Pattern Analysis; Sent. Cozzini, del 2010, che ha analizzato e fatto propri i criteri menzionati nella sentenza Daubert.

34 I nuovi e ulteriori parametri sono: affidabilità e indipendenza dell'esperto, analisi delle finalità dei test, formulazione di criteri di scelta fra le varie ed opposte tesi scientifiche.

28 Cass. pen., sez. III, 6818 del 17 febbraio 2015.

29 Rilevante il caso Gage, del 1848.

30 Termine introdotto durante il congresso Neuroethics: mapping the field, tenutosi nel 2002 a San Francisco.

il nome di *Primers for Court*³⁵. L'obiettivo è quello di stilare delle linee guida puntuali e facilmente fruibili, che indirizzino il lavoro dell'organo giudicante nella valutazione del materiale scientifico sottopostogli; «the objective is to provide a judge with the scientific baseline from which any expert dispute in a particular case can begin»³⁶. Ovviamente i compendi redatti vengono, di periodo in periodo, aggiornati con le nuove tecniche scientifiche acquisite, elaborando altresì gli strumenti necessari per utilizzarle in giudizio.

Magistrati e scienziati hanno in tal modo deciso di portare avanti un percorso estremamente importante, non solo per l'ordinamento inglese, bensì anche per altri Paesi, come l'Italia, che da esso possono trarre suggerimento.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Le neuroscienze si pongono senz'altro in uno scenario in via di sviluppo e implementazione, via via crescente, nell'ottica di fornire al procedimento giudiziario un supporto integrativo e non sostitutivo dei principi-cardine, sia nella decisione finale sia nella valutazione agiti criminosi che non sempre – anzi, quasi mai – presentano un nesso eziologico lineare tra la volontarietà dell'azione e il fatto derivatone.

In egual misura nell'ambito della criminologia, l'analisi del criminal profiling risulta rafforzata da tecniche di indagine³⁷, che negli ultimi anni sono state affinate e rese maggiormente attendibili.

Un comportamento aggressivo³⁸, violento, minaccioso può essere quindi analizzato sotto più punti di vista; quello dell'impulsività o dell'intenzionalità e delle cause scatenanti, senza voler ovviamente introdurre scriminanti al fine di una non-punibilità, ma, piuttosto, per conoscere l'input reale di una condotta anti-sociale, così da tentare di prevenirla e arginarla.

Chiara Savazzi, avvocato; dottoranda di ricerca e cultrice di diritto penale presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro; collaboratrice e redattrice presso l'Istituto di Studi Penalistici Alimena (Università della Calabria); specializzata in criminologia investigativa applicata ai sex offenders (master annuale) e in diritto di famiglia e coordinazione genitoriale (master biennale). Autrice su varie riviste giuridiche.

chiara.savazzi93@gmail.com

³⁵ Nel novembre 2017 è stato pubblicato il primo contributo.

³⁶ L. A. Hughes, *Courtroom science primers launched today* – Royal Society, 22 novembre 2017.

³⁷ A titolo di esempio: il Test della Torre di Londra, per valutare la consapevolezza delle conseguenze delle proprie azioni; il Test delle Distinzioni Morali-Convvenzionali, sulla conoscenza delle regole sociali.

³⁸ Cfr. M. Gazzaniga, *The ethical brain. The science of our moral dilemmas*, New York, 2006.

HATE SPEECH: l'odio nella Rete

Arianna Maceratini

ABSTRACT

Sebbene l'odio e le sue espressioni abbiano accompagnato la storia dell'uomo sin dai tempi più remoti, le peculiarità di Internet introducono alcune caratteristiche di amplificazione temporale e spaziale del fenomeno che portano il contesto virtuale a rappresentare un fertile terreno al dilagare dell'hate speech, fake news e idee estremiste e persecutorie, rendendo arduo il rinvenimento di un'informazione corretta e oggettiva. Alla difficoltà di offrire una definizione univoca e comprensiva dell'hate speech si aggiunge, poi, una diversa sensibilità degli ordinamenti giuridici sul tema, nella comune esigenza di gestire il rapporto, in tensione, tra libertà di espressione e confliggenti diritti costituzionalmente protetti. Una questione critica centrale è data dalla prospettiva di una regolazione del dibattito online, effettuata dai pubblici poteri o da soggetti privati professionalmente coinvolti nella diffusione dei contenuti virtuali, facendo emergere il pericolo di un arbitrario controllo del pensiero ed aprendo ad un intenso confronto sulla responsabilità dei fornitori di servizi digitali. La circostanza che proprio dal Web provengano molteplici segnalazioni e richieste di rimozione dei post incitanti all'odio sembra, in ogni caso, far ripensare il contrasto all'hate speech, al di là delle possibili misure repressive, per introdurre interventi di segno positivo, di supporto delle vittime, iniziative di attivismo digitale e counterspeech. Si porta all'attenzione, inoltre, l'indispensabilità di una complessa opera di educazione all'impiego delle più recenti tecnologie, essenziale a scongiurare ogni rischio di paternalismo informatico e correlata ad una formazione linguistica capace di valorizzare i principi della cittadinanza e della democrazia, favorendo l'apertura del dibattito pubblico con il diffondere gli anticorpi dell'odio virtuale. Le questioni affrontate sollecitano, infine, una profonda riflessione che investe la centralità della persona e dei suoi dati elettronici nonché il ruolo dei social network e degli intermediari virtuali, mettendo in luce il rischio di una collaterale censorship conferita a soggetti che, per vocazione specifica, esercitano attività di natura commerciale, un tema che rimanda alla complessità dei rapporti tra poteri pubblici e privati e ai loro riflessi sul concreto esercizio della libertà di espressione.

Although hatred and its expressions have accompanied the history of man since the most remote times, the peculiarities of the Internet introduce some characteristics of temporal and spatial amplification of the phenomenon which lead the virtual context to represent fertile ground for the spread of hate speech, fake news and extremist and persecutory ideas, making it difficult to find correct and objective information. Adding to the difficulty of offering a univocal and comprehensive definition of hate speech is the different sensitivity of the legal systems on the topic, in the common need to manage the relationship, in tension, between freedom of expression and conflicting constitutionally protected rights. A central critical issue is given by the prospect of regulation of the online debate, carried out by public authorities or by private entities professionally involved in the diffusion of virtual contents, bringing to light the danger of an arbitrary control of the thoughts circulating online and opening up to an intense debate on responsibility of online service providers. The fact that multiple reports and requests for the removal of posts inciting hatred come from the Web seems, in any case, to make us rethink the fight against hate speech, beyond possible repressive measures, to introduce positive, supportive interventions of victims, digital activism initiatives and *counterspeech*. Furthermore, attention is drawn to the indispensability of a complex work of education in the use of the most recent technologies, essential to avoid any risk of IT paternalism and correlated to linguistic training capable of enhancing the principles of citizenship and democracy, favoring the opening of public debate by spreading the *antibodies* of virtual hatred. Finally, the issues addressed call for profound reflection on the centrality of the person and their electronic data as well as the role of social networks and virtual interme-

diaries, highlighting the risk of *collateral censorship* conferred on subjects who, by specific vocation, carry out activities of a commercial nature, a theme that refers to the complexity of the relationships between public and private powers and their effects on the concrete exercise of freedom of expression.

HATE SPEECH: UNA DEFINIZIONE IN EVOLUZIONE

Sebbene l'odio e le sue espressioni abbiano accompagnato la storia dell'uomo sin dai tempi più remoti¹, possedendo una "natura anfibia" in grado di attecchire e di svilupparsi negli ambienti più diversi², le peculiarità di Internet sembrano aver introdotto alcune caratteristiche di amplificazione temporale e spaziale del fenomeno, rappresentando il contesto virtuale un fertile terreno al dilagare dell'hate speech, *fake news* e idee estremiste e persecutorie³, capaci di inquinare le fonti⁴ e di consolidare stereotipi e pregiudizi, rendendo sempre più arduo il rinvenimento di un'informazione corretta e oggettiva⁵.

Senza dubbio non è agevole offrire una definizione univoca e comprensiva dell'hate speech⁶, efficacemente rappresentato come macroconte-

1 Cfr. ad. es. M. N. Campagnoli, *Hate Speech*, in A. C. Amato Mangiameli, G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, p. 253; per un *excursus* delle più significative rappresentazioni dell'odio in riferimento all'evoluzione del pensiero filosofico, si veda F. Cerquozzi, *Dall'odio all'hate speech. Conoscere l'odio e le sue trasformazioni per poi contrastarlo*, in "Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e dell'argomentazione giuridica", X (2018), n. 1, pp. 43-45.

2 Cfr. B. G. Bello, *Discorsi d'odio e attivismi digitali: il veleno e i suoi antidoti*, in B. G. Bello, L. Scudieri (a cura di), *L'odio online: forme, prevenzione e contrasto*, Torino, 2022, p. 153.

3 Cfr. G. Ziccardi, *L'odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, 2016, p. 15; cfr. F. Di Tano, *I reati informatici e i fenomeni del cyberstalking, del cyber bullismo e del revenge porn*, in T. Casadei, S. Pietropaoli, *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano, 2021, p. 168.

4 Cfr. M. N. Campagnoli, *Informazione, social network & diritto*, Milano, 2020, p. 30.

5 Cfr. A. Di Rosa, *Hate speech e discriminazione. Un'analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Modena, 2020, p. 14.

6 Cfr. ad. es. F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in "Informatica e diritto", XLIII (2017), n. 1-2, p. 41.

PAROLE-CHIAVE

HATE SPEECH; DIRITTO DI ESPRESSIONE; DIRITTI FONDAMENTALI; WEB; ISP; COUNTERSPEECH; EDUCAZIONE DIGITALE.

KEYWORDS

HATE SPEECH; RIGHT OF EXPRESSION; FUNDAMENTAL RIGHTS; WEB; ISP; COUNTERSPEECH; DIGITAL EDUCATION.

nitore dai contorni imprecisi e mutevoli, atto a raggruppare una varietà di esternazioni aggressive, denigratorie e discriminatorie⁷, una difficoltà di definizione aggravata dalla diversa sensibilità degli ordinamenti giuridici sul tema, nella comune esigenza di gestire il rapporto, spesso in tensione, tra libertà di espressione e confliggenti diritti costituzionalmente protetti⁸. In ogni caso, il termine hate speech è stato introdotto, alla fine degli anni '80, dalla Critical Race Theory per portare ad emergere il razzismo latente nella società americana e nel sistema giuridico di riferimento⁹, facendo rinvio alla distinzione, presente nella giurisprudenza statunitense, tra *speech* e *action*¹⁰. In senso lato, l'hate speech, tenuto conto dei differenti contesti discorsivi, si riferisce all'utilizzo di un linguaggio che "non solo veicola stereotipi negativi associati a gruppi vulnerabili, bensì anche propriamente e direttamente offensivo nei confronti di individui in virtù della loro appartenenza a un gruppo"¹¹, rivelandosi arduo da contrastare poiché obbliga le vittime e l'intera società civile a confrontarsi con termini non solo denigratori, ma, in un certo senso, performativi, "parole in atto" in grado di innescare un crescendo di violenza imprevedibile¹². Va, inoltre, notato come, in

7 Cfr. M. N. Campagnoli, *Hate Speech*, cit., p. 253.

8 Cfr. P. Falletta, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d'odio online*, in "MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media", (2020), n. 3, p. 147.

9 Cfr. C. Bianchi, *Hate speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Roma-Bari, 2021, p. 4.

10 Cfr. A. Di Rosa, *op. cit.*, p. 23.

11 Ivi, p. 11.

12 Il tema discusso non può che richiamare la teoria degli *atti linguistici* di J. L. Austin, secondo la quale, qui necessariamente in breve, il linguaggio non avrebbe l'esclusiva funzione di dichiarare qualcosa, potendo costituire, in alcuni casi, una vera e propria azione. Al riguardo, J. L. Austin, *How to Do*

alcuni casi, l'hate speech non assuma le connotazioni dell'odio esplicito, del disprezzo e dell'insulto insinuandosi in stereotipi culturali e sociali che, a partire dall'impiego di una forma apparentemente neutrale e benevola, si trasformano in pregiudizi e in etichette per gli individui e i gruppi che ne sono soggetti¹³, evidenziando le implicazioni della pragmatica linguistica in termini di oppressione, marginalizzazione ed esclusione¹⁴.

L'hate speech si declina, dunque, in molteplici direzioni accomunate dal suscitare una sempre maggior apprensione degli Stati democratici per le gravissime ricadute di tale fenomeno sul piano personale e sociale¹⁵, potendo contribuire alla delineazione di categorie sostenute da luoghi comuni che pongono le vittime dei discorsi d'odio in una posizione di inferiorità¹⁶, evidenziando come, in ogni situazione di "ingiustizia discorsiva", al di là di chi inciti all'odio, assuma un ruolo di rilievo anche l'astante indifferente e silenzioso, fornendo implicito consenso e legittimazione all'hate speech: discorso d'odio è, dunque, anche quello che riduce l'interlocutore al silenzio togliendogli visibilità, il ruolo di agente e, con essi, ogni diritto di parola e di rappresentanza¹⁷.

Nel tentativo di tracciare alcune linee di delimitazione, va innanzitutto menzionata la definizione del discorso d'odio effettuata dalla Raccomandazione del Consiglio d'Europa n. 20 del 30.10.1997 secondo la quale è considerata hate speech qualsiasi forma espressiva in grado di diffondere, incitare, promuovere o giustificare odio razziale, xenofobia, antisemitismo o altre forme di odio basate sull'intolleranza, compresa quella espressa da nazionalismo aggressivo ed etnocentrismo, la discriminazione e l'ostilità contro le minoranze, i migranti e le persone di

origine straniera. In tempi più recenti, seguendo il dettato della General Policy Recommendation No.15/2015 dell'European Commission against Racism and Intolerance, ECRI, *On combating hate speech*, la definizione del discorso d'odio appare ampliarsi sino ad includere forme apparentemente *politically correct*¹⁸, esplicitandosi nel "fomentare, promuovere o incoraggiare, sotto qualsiasi forma, la denigrazione, l'odio o la diffamazione nei confronti di una persona o di un gruppo, nonché sottoporre a soprusi, insulti, stereotipi negativi, stigmatizzazione o minacce una persona o un gruppo (...) sulla base della razza, del colore della pelle, dell'ascendenza, dell'origine nazionale o etnica, dell'età, della disabilità, della lingua, della religione o delle convinzioni, del sesso, del genere, dell'identità di genere, dell'orientamento sessuale e di altre caratteristiche o stato personale". Tale definizione è stata successivamente ripresa, in maniera pressoché letterale, dalla Commissione sull'intolleranza, la xenofobia, il razzismo e i fenomeni di odio, istituita nel maggio 2016 e intitolata a Jo Cox, deputata presso la Camera dei Comuni del Regno Unito, uccisa il 16 giugno 2016. Dalla relazione finale della suddetta Commissione, *La piramide dell'odio in Italia*, approvata nel luglio 2017¹⁹, si può desumere una definizione dell'hate speech capace di porsi ben oltre l'ambito delle espressioni penalmente perseguibili per estendersi ad ogni diffusione del discorso d'odio, seguendo una piramide comportamentale che, a salire, si concretizza in veri e propri reati. Significativamente poi, nel Documento conclusivo dell'indagine conoscitiva sulla natura, cause e sviluppi recenti del fenomeno dei discorsi d'odio, approvato nel giugno del 2022 dalla Commissione straordinaria per il contrasto dei fenomeni di intolleranza, razzismo, antisemitismo e istigazione all'odio e alla violenza, "Commissione Segre", si può notare come la tutela dai discorsi d'odio rappresenti una garanzia rivolta, innanzitutto, alle categorie tipicamente destinatarie dell'hate speech, focalizzando l'attenzione sulla posizione di svantag-

Things with Words (1962 I ed.), trad. it., *Come fare cose con parole*, Genova, 2019; con specifico riferimento al discorso d'odio, quale tipologia di linguaggio performativo, si rimanda a C. Bianchi, *op. cit.*, pp. 3-14 e 91-135 e a M. N. Campagnoli, *Informazione*, cit., pp. 67 sgg.

13 Cfr. F. Cerquozzi, *op. cit.*, p. 46.

14 Cfr. B. G. Bello, L. Scudieri, *Discorsi d'odio online. Spunti per un dibattito interdisciplinare*, in B. G. Bello, L. Scudieri (a cura di), *L'odio online*, cit., pp. 16-17. Sulla relazione tra il sistema linguistico e il suo uso e sulla rilevanza di un'appropriate educazione linguistica, si veda S. Cavagnoli, *Le parole fanno male. E anche le immagini*, in B. G. Bello, L. Scudieri (a cura di), *L'odio online*, cit., pp. 19-35.

15 Cfr. F. Di Tano, *op. cit.*, p. 168.

16 Cfr. A. Di Rosa, *op. cit.*, p. 15.

17 Cfr. S. Cavagnoli, *op. cit.*, pp. 23-25.

18 Cfr. F. Cerquozzi, *op. cit.*, p. 47.

19 https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg17/attachments/shadow_primapagina/file_pdfs/000/007/099/Jo_Cox_Piramide_odio.pdf

gio discorsivo assunta dalle vittime, sull'effetto di *silencing*²⁰ o effetto *chilling*, letteralmente agghiacciante, derivante dal discorso d'odio tutelando, nel proteggere i soggetti più esposti, l'intero contesto sociale. Nel suddetto Documento della Commissione Segre viene, pertanto, riportata la citata Raccomandazione di politica generale n. 15 dell'ECRI, esponendo idee e concetti ripresi anche dalla recente Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla lotta all'hate speech del 20 maggio 2022 e dalle relative Linee Guida²¹.

La più attuale prospettiva sull'hate speech tende, pertanto, a porsi dal punto di vista delle vittime²², consentendo di ancorare la definizione del fenomeno "non al movente in sé del discorso, ma agli effetti che questo può avere, ai rischi che causa per le vittime, reprimendo quei comportamenti che abbiano come obiettivo ed effetto probabile quello di incitare, promuovere, diffondere o giustificare (e, in tal modo, incentivare) violenza, odio e discriminazione"²³. In tale direzione, intendere l'hate speech principalmente come una lesione della libertà di espressione di chi ne è sottoposto permette, altresì, di mettere in luce l'*under-reporting*, ovvero, il tipico effetto paralizzante che impedisce alle vittime di denunciare²⁴, portando ad emergere il lato sommerso del discorso d'odio, ovvero, tutti quei casi non denunciati alle forze dell'ordine per vergogna, mancanza di consapevolezza o paura di ritorsioni²⁵.

20 Cfr. M. N. Campagnoli, *Informazione*, cit., p. 69.

21 È del 25 ottobre 2022 il Report del Congresso dei Poteri Locali e Regionali del Consiglio d'Europa sull'hate speech che, seguendo le Linee Guida adottate dal Comitato dei Ministri il 20 maggio dello stesso anno, evidenzia l'impatto dei discorsi d'odio sul lavoro dei funzionari delle amministrazioni locali e sul corretto funzionamento delle istituzioni democratiche, cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, p. 68.

22 M. Martorana, *Il complesso rapporto tra hate speech, libertà e democrazia. Un difficile bilanciamento tra le libertà fondamentali coinvolte e gli sforzi europei per il contrasto ai discorsi d'odio*, in <https://www.altalex.com/documents/news/2022/11/08/complesso-rapporto-hate-speech-liberta-democrazia>

23 Sull'hate speech e sulla discriminazione per motivi razziali si veda, ad esempio, la sentenza della Cassazione Penale, Sez. III, 14.09.2015, n. 36906 secondo la quale ha rilevanza penale la condotta di chi propaga idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o etnico, ovvero, di chi istiga a commettere o commette atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi.

24 Cfr. M. Martorana, *op. cit.*

25 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 35.

Va, infine, evidenziato come, nella prevalente qualificazione dell'hate speech, debbano ricorrere contemporaneamente tre elementi, ovvero, la volontà di incitare all'odio, l'istigazione effettiva, cioè idonea ad incentivare fenomeni di violenza e di discriminazione, la traduzione dell'odio in azione o in un rischio reale e imminente per la vittima, potendosi anche solo potenzialmente tramutare in azioni violente o in comportamenti discriminatori²⁶. Si può, dunque, ben comprendere come la vastità delle situazioni raffigurabili mediante i suddetti elementi, faccia propendere per l'adozione di un'elastica *definizione ombrello* del discorso d'odio, sottolineando l'elemento discriminatorio idoneo a ricomprendere comportamenti intenzionali e azioni più generiche nelle quali non è direttamente rinvenibile l'elemento psicologico dell'odio e che, pertanto, non sembrerebbero direttamente sanzionabili²⁷. Per tali ragioni, assumendo una definizione estensiva e in evoluzione dell'hate speech, confermata anche dal *UN Strategy and Plan of Action on Hate Speech*, adottato dalla Comunità internazionale nel 2019²⁸, si nota un progressivo ampliamento dei comportamenti in attenzione e, parallelamente, delle categorie protette dal principio di non-discriminazione, risultando evidente l'elemento comportamentale di collegamento, ovvero, la *negazione dell'umanità dell'altro*²⁹.

26 Cfr. *ivi*, p. 21; cfr. M. N. Campagnoli, *Hate Speech*, cit., p. 255.

27 Cfr. A. Di Rosa, *op. cit.*, p. 71 e p. 81. Nella direzione di rilevare il fattore discriminatorio, come elemento caratteristico dell'hate speech, si pone la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sui servizi di media audiovisivi, Direttiva 2010/13/ (Direttiva AVMS), rinviante all'art. 21 della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea centrato sul principio di non-discriminazione <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/summary/audiovisual-media-services-directive-avmsd.html>, sull'argomento cfr. anche M. N. Campagnoli, *Hate Speech*, cit., p. 255.

28 Cfr. A. Di Rosa, *op. cit.*, p. 67. L'ICCPR all'art. 19 comma 3, in riferimento alla libertà di espressione, esprime specifiche condizioni di punibilità concernenti comportamenti che, genericamente, non sarebbero sanzionati, indicati nel 2° comma, mentre l'art. 20 della stessa si riferisce al divieto di incitamento all'odio.

29 Cfr. A. Di Rosa, *op. cit.*, p. 71. L'hate speech costituisce, quindi, una categoria più vasta rispetto a quella degli *hate crimes* essendovi ricompresi comportamenti non sempre punibili penalmente, cfr. *ivi*, p. 73.

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE E HATE SPEECH

La libertà di espressione rappresenta, un aspetto cruciale delle democrazie contemporanee³⁰, essendo radicata nel tessuto costituzionale dei moderni ordinamenti giuridici quale indispensabile condizione per l'esercizio di ogni altra libertà fondamentale, nonché punto di intersezione di una pluralità di diritti più specifici³¹. Per quanto concerne il dibattito sulla libertà di espressione si può rilevare un dissimile orientamento tra le Corti europee e la Corte Suprema degli Stati Uniti che corrisponde a differenti interpretazioni e modalità nella tutela della libertà di manifestazione del pensiero e del diritto ad informare e ad essere informati. È noto, infatti, come gli Stati Uniti siano estremamente attenti nel garantire la competizione e il confronto tra idee mentre l'ottica europea sia più centrata nel bilanciamento di interessi pubblici e privati a protezione dei fondamentali diritti dei paesi democratici³². Naturalmente, "queste diverse sensibilità oggi sono sottoposte sempre più a confronto, alla luce dell'avvento di un mezzo come Internet che ha permesso di collegare utenti e con loro idee, opinioni e manifestazioni di pensiero"³³.

Nel contesto europeo, specificamente, la libertà di espressione del pensiero si relaziona ed è in rapporto di bilanciamento con eterogenei diritti costituzionalmente garantiti, venendo sottoposta a specifiche e precise limitazioni riconducibili, in primo luogo, all'esigenza di prevenirne eventuali abusi. In relazione a ciò, appare esemplare la tutela apprestata dall'art. 10 della CEDU il quale, dopo aver affermato il fondamentale rilievo della libertà di parola, stabilisce che le limitazioni alla stessa debbano essere legislativamente previste e proporzionali agli obiettivi esplicitati dal secondo comma della suddetta disposizione³⁴. A tal proposito, va rilevato come tale Convenzione sanzioni, in ogni

30 Sulle sfide poste dallo spazio virtuale alla libertà di espressione si rinvia a F. J. Ansuátegui Roig, *Libertà d'espressione: ragione e storia*, Torino, 2018, pp. 201 sgg.

31 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *Libertà d'espressione, nuovi media e intelligenza artificiale: la ricerca di un nuovo equilibrio nell'ecosistema costituzionale*, in "DPCE online", (2022), n. 1, pp. 325-326.

32 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*

33 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017, p. 3.

34 Cfr. *ivi*, p. 5.

caso, l'incitamento alla discriminazione e all'odio senza che ciò venga inteso come un'indebita limitazione della libertà di espressione³⁵ e come, nel corso del tempo, la stessa Corte Europea abbia offerto importanti indicazioni in materia di negazionismo, arricchendo quanto originariamente stabilito dalla CEDU con l'art. 17, disposizione che punisce l'abuso di un diritto, sebbene riconosciuto dalla Convenzione, laddove esso appaia strumentale al diniego o alla limitazione di altri diritti o libertà³⁶. In questo modo, la Corte Europea, come anche il Comitato per i diritti umani delle Nazioni Unite che ha qualificato il discorso d'odio quale *punishable abuse* della libertà di espressione³⁷, è ricorsa più volte proprio all'art. 17 nei casi di hate speech negando *ab origine* la possibilità di un bilanciamento con altri diritti, riservando una particolare attenzione "al dibattito pubblico e all'esistenza di un interesse generale, che legittimano e giustificano un grado di protezione più intenso rispetto a quelle manifestazioni di pensiero che rispondono esclusivamente all'etichetta di *commercial speech*"³⁸. Tali indicazioni - confermate anche dalla Decisione Quadro 2008/913/GAI in tema di hate speech³⁹, dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁴⁰, nonché da diverse pronunce della Corte di giustizia UE sui sistemi di *screening* e filtraggio delle informazioni⁴¹ - appaiono dirette a tutelare la centralità della persona, facendo emergere la *funzione sociale* della libertà

35 Cfr. F. Cerquozzi, *op. cit.*, p. 47.

36 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 7; cfr. A. De Rosa, *op. cit.*, pp. 45 sgg.

37 Sull'argomento, cfr. *ivi*, pp. 40-41.

38 G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 8.

39 La Decisione Quadro 2008/913/GAI del Consiglio del 28.11.2008 sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale costituisce il primo provvedimento centrato sul contrasto a specifiche forme espressive di razzismo e xenofobia con gli strumenti del diritto penale, sebbene la sua trasposizione, effettuata dagli Stati dell'Unione, abbia condotto a modalità differenziate e non sempre in reciproca coordinazione. In Italia, in seguito a tale decisione, è stato approvato il d.lgs. 21/2018, art. 7 che ha introdotto gli artt. 604-bis e 604-ter c.p. cfr. *ivi*, p. 22.

40 Cfr. M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti di una società in trasformazione*, Torino, 2014, p. 39 sgg.

41 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 20; cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi "spazi pubblici" e "poteri privati". Spunti di comparazione*, in "Rivista Italiana di Informatica e Diritto", (2021), n. 2, p. 47.

di espressione in un contesto democratico e genuinamente pluralista⁴².

L'approccio statunitense alla libertà di manifestazione del pensiero e, conseguentemente, in materia di hate speech, sembra caratterizzato da una maggiore sensibilità libertaria⁴³ rispetto al modello continentale: al tal proposito, l'ideale *marketplace of ideas* può essere considerato come il punto di arrivo di un percorso interpretativo compiuto dalla giurisprudenza costituzionale statunitense attraverso il quale si sono a lungo confrontate una concezione più tradizionalista nell'individuare alcuni limiti al *free speech* in circostanze comunicative ritenute idonee a determinare la commissione diretta o indiretta di atti illeciti, ed una visione più duttile, ritenente necessaria una pericolosità concretamente riferibile al discorso d'odio⁴⁴. Nel contesto statunitense, inoltre, la prevalente interpretazione dottrinale del Primo Emendamento, mediante i principi del *clear and present danger*⁴⁵, consente una tutela pressoché assoluta del diritto di parola, da cui deriva il divieto, per i poteri pubblici, di interferire con la *freedom of speech*⁴⁶, sebbene una parte della dottrina abbia messo in luce l'effetto *chilling* del discorso d'odio sulle vittime facendo emergere, nella difficoltà di queste ultime di partecipare efficacemente al dibattito pubblico, una tensione tra il 1 Emendamento e il 14 Emendamento, sull'uguaglianza⁴⁷. In tale confronto, le più significative pronunce sul Primo Emendamento sono

42 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, pp. 47-48.

43 Cfr. *ivi*, p. 48. "Le corti che si sono pronunciate nelle vicende in cui era in questione una possibile equiparazione di Internet (e dei social network in particolare) a un *public forum*, hanno opportunamente delimitato il campo di applicazione di questa analogia, evitando di trarne conseguenze che avrebbero verosimilmente presentato riflessi 'di sistema' ben più invasivi", *ibidem*.

44 Cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, p. 44.

45 Cfr. *ibidem*. Sul principio del *clear and present danger* si veda anche G. Ziccardi, *op. cit.*, pp. 53-56.

46 Cfr. F. Abbondante, *op. cit.* p. 46. Ogni eventuale limitazione della libertà di manifestazione del pensiero sembra, dunque, ammissibile solo nei casi in cui venga dimostrato un *compelling interest* la cui valutazione di compatibilità sia soggetta ad uno *strict scrutiny*, cfr. *ibidem*.

47 Cfr. *ivi*, p. 47. Parimenti l'industria pornografica ridurrebbe le vittime, in questo caso donne, ad una condizione di sottomissione e di riduzione al silenzio avvicicabile, sotto molti aspetti, al discorso d'odio. Su questo tema e per una critica alla pornografia centrata sulla difesa dei diritti civili delle donne, a partire dall'impiego di un linguaggio adeguato, si rimanda a C. Bianchi, *op. cit.*, pp. 43-90.

riferibili alla Corte Suprema la quale, evidenziando la necessità di un nesso tra parola e azione⁴⁸, sembra prevedere un margine di tutela particolarmente ampio per le forme di espressione del dissenso politico richiedendo, come condizione di punibilità, gli elementi della condotta illecita imminente, elemento temporale, dell'elevata probabilità del verificarsi, elemento probabilistico, infine, dell'intenzione di provocare la condotta, elemento finalistico-psicologico⁴⁹.

Le criticità emergenti dai differenti orientamenti, europeo e statunitense, qui solo tratteggiate, vanno, poi, ricondotte alla Rete, ambito transnazionale per definizione, capace di porre in costante confronto eterogenei sistemi giuridici favorendo i contesti territoriali disponibili ad una maggior protezione delle espressioni d'odio, talvolta aggirando le regole sulla giurisdizione⁵⁰. "Non è casuale che si discuta, a proposito, di *forum-shopping*, ossia della possibilità di pubblicare determinati contenuti nel paese il cui ordinamento garantisca il livello di tutela più ampio. Internet rischia di alimentare un corto circuito in cui sarebbe impossibile decifrare lo standard di tutela applicabile ai vari fenomeni che prendono corpo in rete, determinando uno scenario in cui la discrezionalità dei giudici costituirebbe l'ago della bilancia per risolvere i conflitti costituzionali destinati ad emergere"⁵¹. In definitiva, in assenza di uno standard comune sullo *speech on line*, la determinazione di ciò che è lecito o meno, verrebbe rimessa alla discrezionalità delle Corti di giustizia, in riferimento alle quali si è già rilevata tutta la distanza sussistente tra l'orientamento europeo e statunitense.

L'ODIO ONLINE

Pur nell'evidente indistinzione *onlife* del mondo fisico da quello analogico⁵², le condotte riconducibili all'hate speech, appoggiandosi alle

48 Cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, pp. 47-48.

49 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, pp. 24-27.

50 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 220.

51 G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 35.

52 Il rimando è, naturalmente, a L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

peculiarità di Internet, si differenziano da simili comportamenti adottati offline per alcune caratteristiche della Rete, quali la diffusione virale delle notizie, capace di generare un inedito *effetto doppler* informativo⁵³, la persistente accessibilità di ciò che viene pubblicato⁵⁴, la sostanziale impossibilità di effettuare una verifica delle fonti ed un effettivo controllo della propagazione delle notizie⁵⁵, potendo i contenuti incriminati trovare diffusione nella medesima piattaforma o altrove con un nome diverso, seguendo meccanismi *itineranti* di difficile ricostruzione. A tali incognite si aggiungono la presunzione dell'anonimato combinata alla possibilità di delineare false identità virtuali⁵⁶ e alla sovraesposizione delle informazioni personali⁵⁷ che espongono l'utente ai rischi di una falsa rappresentazione di sé e di sottomissione ad una pervasiva profilazione elettronica, un *social sorting* capace di incrementare e radicalizzare l'odio online⁵⁸.

Alle tradizionali caratteristiche forme d'odio, riconducibili a gruppi o minoranze portatrici di una qualche "diversità" è da aggiungere un ulteriore aspetto tipico dell'odio online, ovvero, la sua *canalizzazione interpersonale*, cioè l'impiego di espressioni dirette a colpire non tanto alcune categorie *target*, bensì soggetti determinati, spesso individuati per caratteristiche fisiche o di genere⁵⁹. L'attenzione si rivolge, infine, agli impieghi sempre più estesi degli algoritmi sia in discorsi generati automaticamente - principalmente nel contesto politico-elettorale con *bots* capaci di distorcere la realtà e di modulare la pubblica opinione⁶⁰ - sia come filtro della comunicazione virtuale, in grado di alimentare la *clusterizzazione* e la *polarizzazione* informativa⁶¹, realizzando un

53 Cfr. M. N. Campagnoli, *Informazione*, cit., p. 71.

54 Cfr. F. Di Tano, *op. cit.*, p. 169; cfr. S. Cavagnoli, *op. cit.*, p. 31.

55 Cfr. M. N. Campagnoli, *Informazione*, cit., pp. 24 sgg.

56 Per un esame delle principali differenze tra le manifestazioni di odio online e offline, cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, pp. 78-81.

57 Cfr. B. G. Bello, L. Scudieri, *op. cit.*, p. 3.

58 Cfr. G. Ziccardi, P. Perri, *L'odio online tra profilazione, big data e protezione dei dati personali*, in B. G. Bello, L. Scudieri (a cura di), *L'odio online*, cit., pp. 92-93.

59 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 232 sgg; cfr. B. G. Bello, L. Scudieri, *op. cit.*, pp. 4-6.

60 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 328.

61 Per un primo approccio al concetto della *filter bubble* e all'inquietante idea delle *echo chambre* si veda C. R. Sunstein, *#republic*, Bologna, 2017, Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*,

pluralismo ovattato⁶² che radicalizza i conflitti. Su questo tema, possiamo ricordare il meccanismo di selezione e di oscuramento dei contenuti nelle piattaforme digitali attuato tramite lo *Shadow ban* - termine riferito ad un'azione di moderazione che consente di escludere e celare un preciso utente da una comunità online o di rendere invisibili i contenuti da questi pubblicati ad altri utenti - impiegato nel limitare la visibilità di determinati materiali sulla base di criteri non esplicitati, impedendone la diffusione⁶³. Di questi aspetti problematici occorre, dunque, tener conto nel tratteggiare l'ipotesi di un "libero mercato delle idee" nella Rete che, in modo ben diverso, attribuisce al fruitore finale dell'informazione virtuale un onere di vaglio e di approfondimento conoscitivo assai arduo da adempiere, considerata la vastità delle fonti e delle informazioni⁶⁴. Di conseguenza, "il rischio è che il mondo della comunicazione e dell'informazione si automatizzi, alternativamente si standardizzi o si frammenti in una serie di bolle non interoperabili, privandosi di quel dinamismo e di quella forza trasformativa necessari a che la libertà di espressione e informazione continui a rappresentare un motore di crescita individuale e collettiva"⁶⁵.

D'altro canto, se la tecnologia costituisce una minaccia essa, al contempo, offre un utile contributo alla protezione dei diritti fondamentali della persona con strumenti di protezione dei dati personali e delle linee di comunicazione, con meccanismi di elusione di controlli algoritmici sempre più sofisticati⁶⁶ o con l'impiego di sistemi di moderazione automatica come selectori di *fake news* e nell'individuazione dell'hate speech, consentendo un'analisi semantica delle espressioni d'odio⁶⁷, in grado di verificare rapi-

Roma-Bari, 2010; B-C Han, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2015.

62 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 331.

63 A tal proposito, il *think-tank* Australian Strategic Policy Institute (ASPI) ha mostrato come molti degli hashtag connessi alla comunità LGBTQIA+ siano stati oscurati da TikTok in Bosnia, in Giordania e in Russia, delineando un peculiare intreccio tra informazione e questioni geopolitiche sottese ai diritti umani, cfr. *ivi*, p. 333.

64 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, pp. 78-79.

65 C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 336.

66 Cfr. G. Ziccardi, P. Perri, *op. cit.*, p. 95.

67 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, pp. 97-100.

damente una vastità di dati difficilmente gestibili senza l'ausilio della tecnologia⁶⁸. In questa direzione sono, tuttavia, da rilevare le criticità nel determinare criteri matematici e procedure informatiche di controllo dei contenuti, dal momento che il contesto svolge un ruolo determinante nel rinvenimento delle fattispecie riconducibili all'hate speech, mediante un'attività di interpretazione e di valutazione che rinvierebbe, in ogni caso, ad uno spazio di arbitrarietà decisionale⁶⁹: lo stesso contenuto in paesi diversi, e anche su pubblici diversi dello stesso paese, potrebbe essere valutato in modi diametralmente opposti. L'affidare, infine, all'opacità delle procedure algoritmiche di valutazione dei contenuti la tutela di diritti fondamentali e di interessi giuridicamente rilevanti potrebbe comportare un'inquietante compressione della libertà di espressione o di informazione degli interessati senza la possibilità di comprendere a pieno le basi decisionali⁷⁰. "Il rischio, chiaramente, è che gli strumenti algoritmici per contrastare il dilagare di forme di odio online, in assenza di un *online due process*, vengano utilizzati per silenziare forme di espressione che rientrano invece nell'ombrello dei diritti nell'ambito dell'informazione, o che gli stessi meccanismi di moderazione della comunità online producano e riproducano diseguaglianze e discriminazioni"⁷¹. Il rischio che si prospetta, in altri termini, è che tali sistemi informatici possano restringere se non eliminare la libertà di scelta e di valutazione soggettiva⁷², per instaurare una sorta di "dittatura dell' algoritmo"⁷³ rispecchiante una società sempre più spersonalizzata⁷⁴. Più opportuno e fattibile sembra, pertanto, l'utilizzo di sistemi informatici in grado di assistere l'operato-

68 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 329.

69 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 99-101.

70 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 329. Il problema della mancanza di trasparenza nei sistemi di moderazione delle piattaforme online è stato evidenziato anche nel citato Documento della Commissione Segre sottolineando l'importanza di offrire un'adeguata regolamentazione nell'utilizzo degli algoritmi, M. Martorana, *op. cit.*

71 C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 335.

72 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 243.

73 Cfr. S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti quali i vincoli*, Roma-Bari, 2019, p. 37.

74 Cfr. *ibidem*.

re umano nella selezione di insiemi discorsivi degni di attenzione, laddove il sistema rilevi la necessità di un approfondimento e di una decisione⁷⁵, in attività preparatorie o di controllo della moderazione, oltre che nel caso di moderazione reattiva, sollecitata dagli utenti. Ciò, oltre ad evidenziare come il discernimento umano appaia, in ogni caso, indispensabile nel valutare l'inadeguatezza o meno di un contenuto⁷⁶, porta all'attenzione l'indispensabilità di un'efficace alfabetizzazione informatica, nonché di adeguati percorsi educativi e formativi tesi ad agevolare gli utenti nell'individuazione di *fake news* e discorsi d'odio, espliciti e impliciti, per procedere con la segnalazione e la rimozione degli stessi⁷⁷.

IL DIRITTO E L'HATE SPEECH: SOGGETTI E RESPONSABILITÀ

I riflessi delle innovazioni informatiche nelle dinamiche comunicative accendono, come si è visto, un intenso dibattito sul bilanciamento della libertà di informazione con ulteriori diritti fondamentali⁷⁸ rendendo controverso stabilire se e in quale misura il diritto debba intervenire⁷⁹. In altri termini, una questione centrale è rappresentata dalla prospettiva di una regolazione del dibattito online effettuata dai poteri pubblici o privati, un argomento assai controverso in linea di principio e, a maggior ragione, nel Web quale contesto

75 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 111. Sono tipici i casi di *falsi positivi*, cioè valutati dal sistema informatico come degni di nota, ma che, in realtà, non costituiscono un problema in riferimento ad un determinato ordinamento giuridico, e di *falsi negativi*, ovvero, di contenuti potenzialmente lesivi di diritti ma non segnalati dal sistema informatico, cfr. *ivi*, pp. 111-112.

76 Cfr. *ibidem*. I sistemi cognitivi di supporto alla moderazione potrebbero risultare funzionali ad escludere la coincidenza della figura del gestore della piattaforma digitale e dell'eventuale censore dei contenuti, cfr. *ivi*, p. 115.

77 Cfr. F. Cerquozzi, *op. cit.*, p. 51. A tal proposito si può qui ricordare la *fake news challenge* e l'esperienza degli "eroi di YouTube" ovvero, il riconoscimento, denominato *trusted flagger*, che YouTube conferiva agli utenti che con maggior costanza contribuivano alla moderazione della comunità virtuale, anche mediante la sottotitolazione e il supporto tecnico, segnalando materiali potenzialmente offensivi e rimettendo alla decisione aziendale la rimozione o meno dei contenuti in esame, cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, pp. 125-125.

78 Cfr. *ivi*, p. 94

79 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 334.

contraddistinto da una peculiare cifra libertaria⁸⁰, facendo emergere il pericolo di un arbitrario controllo del pensiero circolante online⁸¹.

In secondo luogo, la rimozione di materiali dalla Rete richiede un intervento da parte dei soggetti professionalmente coinvolti nella diffusione dei contenuti virtuali, aprendo ad un dibattito sulla responsabilità dei fornitori di servizi online (ISP) – intesi come “*essential facilities*” democratiche⁸² o, seguendo una recente definizione, come *common carriers* di interesse pubblico⁸³ - delle piattaforme digitali, sottoposte ad una notevole responsabilizzazione in seguito alla sentenza Google-Spain del 2014, e dei *social network*, ad oggi considerabili come il mezzo privilegiato per la trasmissione del discorso di odio⁸⁴, tratteggiando un quadro sfaccettato che mette in luce tutta la difficoltà di rinvenire univocamente, e mediante le tradizionali categorie giuridiche, responsabilità e rimedi giuridici. Anche su queste tematiche si può notare, poi, un differente orientamento tra gli USA e l’Europa. Nello specifico, il dibattito statunitense sembra concentrarsi nel valutare se le piattaforme digitali private possano attuare scelte di moderazione dei contenuti non consentite ai pubblici poteri, in quanto direttamente vincolati dal Primo Emendamento⁸⁵. Su questo punto, la Section 230 del Communication Decency Act⁸⁶, pur prevedendo la possibilità, in casi particolari, di effettuare una moderazione, in buona fede, dei contenuti di terzi, esclude qualsiasi responsabilità dei fornitori di servizi per i materiali circolanti in Rete, esonerandoli da

80 Le pronunce della Corte Suprema, coerenti con il principio del *free marketplace of ideas*, si pongono in direzione della massima garanzia, anche nel Web, della libertà di espressione, cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, pp. 31-34.

81 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 30.

82 Cfr. P. Falletta, *op. cit.*, p. 148.

83 Cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 46.

84 Cfr. M. N. Campagnoli, *Informazione*, cit., p. 18; cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, 43.

85 Cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 49. La giurisprudenza statunitense è parsa opporre una chiusura alla possibilità di estensione del Primo Emendamento, proponendo un’interpretazione restrittiva della *state action doctrine*, ivi, pp. 50-52.

86 La Section 230 del CDA, introdotta dal Congresso nel 1996, regola la figura degli ISP e mette al riparo i *social network* dai contenuti pubblicati dai loro utenti, in quanto non considerati come “*media company*”.

ogni indagine preventiva⁸⁷: qualunque controllo rappresenterebbe, infatti, un freno alla libera circolazione delle idee. Nella prospettiva statunitense, “il mezzo è un elemento neutrale della diffusione del pensiero e, dunque, più esso ha capacità diffusiva più merita tutela perché consente di realizzare quella diversità di idee che arricchiscono il dibattito pubblico consentendo l’emergere, nell’ambito della competizione fra idee, di quella portatrice di verità”⁸⁸. Tale ottica sembra aver subito, tuttavia, una parziale revisione proprio in seguito alla diffusione progressiva dei discorsi d’odio che ha indotto le principali piattaforme digitali a prevedere meccanismi di controllo e di rimozione dell’hate speech tramite algoritmi, gruppi di esperti e spesso mediante gli stessi *social network* che, in maniera spesso discordante e con un occhio rivolto al marketing, hanno introdotto nei propri contratti regole volte a prevenire la propagazione di messaggi di tenore discriminatorio e offensivo⁸⁹.

Da questa impostazione appare parzialmente distaccarsi l’ambito europeo il quale, come si è visto, è caratterizzato da previsioni costituzionali dirette a tutelare ampiamente, sebbene in modo non assoluto, la libertà di manifestazione del pensiero⁹⁰, in bilanciamento con altri principi e diritti di pari rilievo, quali la dignità umana, il diritto all’immagine, alla privacy e alla protezione dei dati personali. In secondo luogo, a partire dall’ormai datata Direttiva 2000/31/CE, all’ISP non spetta alcun obbligo di sorveglianza sui contenuti immessi in Rete dagli utenti, né di ricercare attivamente fatti o circostanze che indichino lo svolgimento di attività illecite, eccettuato il caso nel quale il provider assuma un ruolo attivo nel veicolare l’informazione.

87 Cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, 53.

88 *Ibidem*.

89 Cfr. *ibidem*.

90 Ad eccezione dell’ordinamento tedesco che, per ragioni storiche, comprende già nella Costituzione la possibilità di attuare significative deroghe alla libertà di espressione, i Paesi dell’Unione si sono dotati, nel tempo, di sanzioni dell’incitamento all’odio razziale, etnico e religioso, temperato dal bilanciamento dei giudici nazionali nel considerare la rilevanza delle circostanze concrete in modo da evitare l’anticipazione della soglia di punibilità alla mera condotta espressiva, cfr. ivi, pp. 56-59.

ne⁹¹. Viene così descritta una posizione di presunta neutralità del fornitore di servizi online alla quale corrisponde un obbligo di pronta rimozione o di disabilitare l'accesso alle informazioni su ordine della pubblica autorità, giudiziaria o amministrativa di vigilanza, unito ad oneri di comunicazione alla stessa in modo da agevolare attività investigative e di prevenzione di illeciti⁹². Dagli artt. 16 e 17 del d. lgs. n. 70/2003 si può, anche qui, notare l'assenza di un obbligo generale, a carico dell'ISP, di sorveglianza in ordine ai contenuti veicolati, prevedendo che il provider sia comunque responsabile nel caso in cui abbia avuto consapevolezza dell'illiceità degli stessi e distinguendo - come mostrano le pronunce della Cassazione Civile sez. I 19 marzo 2019 n. 7708 e della Cassazione Civile sez. I 19 marzo 2019 n. 7709 - il caso in cui la consapevolezza del contenuto illecito del documento sia stata autonomamente conseguita, ovvero derivi da una richiesta dell'autorità giudiziaria o amministrativa, poiché, nella prima ipotesi, la responsabilità si avrà solo laddove l'illiceità sia manifesta, mentre, nel secondo caso è da escludersi ogni valutazione in merito da parte dell'ISP, affermandosene la responsabilità civile per la mera inadempienza di quanto disposto dall'autorità⁹³. Seguendo tali linee interpretative e il principio del *notice and take down*⁹⁴, si è pronunciato

La Corte EDU ha escluso l'applicazione dell'art. 10 della Convenzione laddove i discorsi incitanti all'odio si traducano in attacchi veementi contro gruppi per motivi religiosi o etnici e incompatibili con i valori proclamati e garantiti dalla Convenzione, in particolare con la tolleranza, pace sociale e non-discriminazione, cfr. *ivi*, p. 59.

91 Sul *content provider* e sui più recenti indirizzi giurisprudenziali riferibili a tale figura professionale, con speciale riguardo al tema dell'hate speech, si veda G. Ziccardi, P. Perri, *op. cit.*, pp. 102-104.

92 Cfr. ad es. S. D'Alterio, *ISP: la responsabilità per le pubblicazioni degli utenti. I criteri di imputazione delle responsabilità civile e penale a carico degli Internet Service Provider in base al d.lgs. n. 70/2003* in <https://www.altalex.com/documents/news/2021/02/05/responsabilita-civile-e-penale-internet-service-provider-per-pubblicazioni-di-utenti>

93 Tali principi trovano una significativa applicazione nelle pronunce della Cassazione Civile sez. I 19 marzo 2019 n. 7708 e Cassazione Civile sez. I 19 marzo 2019 n. 7709 le quali, previa esclusione dell'attribuzione a Yahoo inc. e a Yahoo Italia s.r.l. della qualità di ISP attivo, ne affermano la responsabilità civile per omessa rimozione di video in violazione del diritto di autore di Reti televisive s.p.a., a seguito della comunicazione del carattere illecito della pubblicazione effettuata dalla parte interessata, RT s.p.a. La Suprema Corte afferma dunque la non necessità, ai fini della conoscenza dell'illecito da parte dell'ISP, della richiesta dell'autorità competente, valutando l'informazione della parte interessata quale fonte di conoscenza comunque acquisita, ai sensi dell'art 16 d.lgs 70/2003.

94 Un approfondimento dell'argomento in B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell'ISP e meccanismi*

il Tribunale di Napoli Nord sez. II civ. con la nota ordinanza del 3 novembre 2016, nella controversia che ha visto la madre di Tiziana Cantone - giovane donna suicidatasi a seguito della pubblicazione in Internet di video attinenti alla propria sfera intima - contrapporsi a Facebook Ireland l.t.d. In particolare, il Tribunale di Napoli Nord ha condannato Facebook ad eliminare le pubblicazioni riferite agli specifici link o Url indicati dall'istante, respingendo, tuttavia, la domanda di condanna della convenuta ad impedire ulteriori analoghi inserimenti, attesa l'espressa esclusione, nel citato decreto legislativo, di un obbligo di autonoma vigilanza in merito ai futuri materiali veicolati in Rete.

Il progressivo ampliamento delle funzioni dei fornitori di servizi online, tale, in alcuni casi, da ricalcare atteggiamenti caratteristici dei pubblici poteri⁹⁵, parrebbe, tuttavia, sollecitare un'interpretazione sempre più estesa del ruolo e delle responsabilità riferibili a tali soggetti: in questa direzione sembra, infatti, porsi il d.l. 18.02.2015 n. 7⁹⁶, provvedimento che stabilisce la formulazione di un elenco di siti web impiegati in attività terroristiche, soggetto ad aggiornamento periodico da parte delle forze di polizia postale e delle comunicazioni e in cui confluiscono le segnalazioni della polizia giudiziaria (art. 2, co. 2) prevedendo un correlato obbligo per i "fornitori di connettività" di inibire l'accesso ai siti inseriti nella lista, quando ne faccia richiesta la magistratura (art. 2, co. 3)⁹⁷. Nella medesima prospettiva di espansione degli obblighi e *di notice and take down*, in "Diritto Penale Contemporaneo", (2018), n. 5, pp. 249-263.

95 Cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 55.

96 Si fa qui riferimento al Decreto-Legge 18 febbraio 2015, n. 7 "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo, anche di matrice internazionale, nonché proroga delle missioni internazionali delle Forze armate e di polizia, iniziative di cooperazione allo sviluppo e sostegno ai processi di ricostruzione e partecipazione alle iniziative delle Organizzazioni internazionali per il consolidamento dei processi di pace e di stabilizzazione. (15G00019) (GU Serie Generale n.41 del 19-02-2015) <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/02/19/15G00019/sg>

97 Nel citato Decreto-Legge viene, inoltre, stabilito che, laddove vi siano concreti elementi, tali da ritenere che specifici delitti con finalità di terrorismo vengano agevolati dalla Rete, si possa ordinare ai fornitori di servizi di memorizzazione o di immissione e gestione di informazioni la rimozione del materiale illecito accessibile al pubblico, garantendo comunque, ove tecnicamente possibile, la fruizione dei contenuti estranei alle condotte illegali. È infine da rilevare come, nella predisposizione dell'elenco, sia previsto l'intervento del giudice sebbene quest'ultimo, in assenza di ulteriori chiarimenti legislativi sul punto, sembri assumere un ruolo per lo più formale, cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, p. 64.

delle responsabilità degli ISP, sin quasi a delineare i tratti di una *culpa in vigilando*⁹⁸, si inserisce altresì la già menzionata sentenza della Corte di Cassazione del marzo 2019 n. 7708⁹⁹: in tale pronuncia, la Suprema Corte ha, infatti, chiarito come la responsabilità dell'host provider sussista qualora questi non abbia provveduto all'immediata rimozione dei contenuti illeciti, nonché quando abbia continuato a pubblicarli, nonostante ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: a) sia a conoscenza dell'illecito perpetrato dal destinatario del servizio, per averne avuto notizia dal titolare del diritto leso oppure *aliunde*; b) l'illiceità dell'altrui condotta sia ragionevolmente constatabile, onde egli sia in colpa grave per non averla positivamente riscontrata, alla stregua del grado di diligenza che è ragionevole attendersi da un operatore professionale della rete in un determinato momento storico; c) abbia avuto la possibilità di attivarsi utilmente. All'host provider appartiene, in ogni caso, la disponibilità di adottare norme di principio e codici etici conformi ai valori della community, il potere disciplinare di imporre sanzioni verso chi contravvenisse alle regole stabilite, nonché un più generico potere di controllo sulla comunità virtuale¹⁰⁰. Significativa, in tal senso, è stata la decisione di Facebook e di Instagram, nel 2019, di oscurare le pagine di due movimenti neofascisti, CasaPound e Forza Nuova, e di numerosi esponenti delle suddette associazioni inneggianti ripetutamente all'odio e alla violenza, una circostanza che ha condotto, ancora una volta, ad interrogarsi sul ruolo e sui compiti delle piattaforme virtuali, direttamente chiamate in causa nella decisione sulla rimozione o meno dei contenuti¹⁰¹, quesiti aggravati dalla possibilità di censurare materiali non espressamente vietati dalla legge statutale¹⁰².

In riferimento a tali questioni, anche l'Unione Europea, come testimoniato dalle Linee guida della Commissione del 2017 concernenti gli obblighi di sorveglianza sulle informazioni trasmesse o memorizzate dai fornitori di servizi online, ha sviluppato

98 Cfr. P. Falletta, *op. cit.*, p. 151.

99 Cass. civ., sez. I, 19 marzo 2019 n. 7708. Una critica del suddetto orientamento giurisprudenziale in M. Bassini, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: Mala tempora currunt*, in "MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media", (2019), n. 2, pp. 248 ss.

100 Cfr. P. Falletta, *op. cit.*, p. 156.

101 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 77.

102 Cfr. P. Falletta, *op. cit.*, pp. 156-158; cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network*, cit., pp. 53-55.

un indirizzo volto ad una maggiore responsabilizzazione degli ISP, al di là di quanto previsto dalla Direttiva 2000/31/CE, aggravandone gli oneri con il sancire i principi del *take-down*, esprimente la necessità di un'espressa previsione statutale del procedimento di tempestiva rimozione dei contenuti illeciti, e dello *stay-down* inteso come prevenzione della ricomparsa di contenuti illeciti analoghi a quelli già oggetto di *take down*¹⁰³. Alla base della più recente regolamentazione si colloca la recrudescenza di episodi delittuosi connessi alle comunicazioni digitali, – basti qui ricordare la "blue whale challenge" o la "blackout challenge" – nonché il notevole progresso delle tecnologie informatiche, tale da consentire, attraverso meccanismi di ricerca basati su sofisticati algoritmi, di gestire tempestivamente ed efficacemente le iniziative di *take down* e *stay down* attivabili dai providers. In definitiva, l'assenza di un generale obbligo di sorveglianza da parte degli ISP sembra arrestarsi di fronte a casi specifici che impongano non solo obblighi di rimozione dei contenuti illeciti, a prescindere da specifici provvedimenti della pubblica autorità, ma anche controlli *sine die* affinché non si ripetano condotte dello stesso tipo o anche solo equivalenti¹⁰⁴.

È da sottolineare, in aggiunta, come il collegare la rimozione dei contenuti illeciti alla richiesta del soggetto leso e alla conseguente tempistica¹⁰⁵ si contrapponga all'immediatezza di diffusione della notizia, eventualmente aggravata dalla presenza di account anonimi¹⁰⁶ o riferibili ad utenti difficilmente individuabili essendo sottoposta, solo in seconda istanza, al sindacato giurisdizio-

103 Tale onere veniva escluso dalla citata Ordinanza del Tribunale di Napoli Nord sez. II civ. 3 novembre 2016 nella quale si affermava, infatti, che "non ritenendosi sussistente un dovere di Facebook di verificare in via anticipata il contenuto dei post e dei commenti immessi dagli utenti, non appare in conseguenza configurabile a suo carico il dovere di inibire, in via generale, un caricamento sulla sua piattaforma "di ogni video, immagini, notizie o articoli riferiti alla persona della ricorrente" essendo, invece, possibile impedire, nell'ottica del dovere di controllo "successivo" (perché preceduto da una denuncia in cui sono stati individuati gli URL o i LINK dal contenuto lesivo) e "mirato" (perché diretto a impedire nuovi caricamenti degli URL o dei LINK già segnalati), il solo nuovo caricamento degli stessi specifici links comunicati"

104 P. Falletta, *op. cit.*, p. 153.

105 Secondo un Report della Commissione europea, citato dalla Rete Nazionale Per Il Contrasto Ai Discorsi E Ai Fenomeni D'Odio, riferito al 2022, solo il 64, 4 % delle segnalazioni sarebbero state gestite nelle 24 ore previste, <https://www.retecontrolodio.org>

106 Sulle incognite e le criticità riferibili all'anonimato degli utenti digitali, si veda G. Ziccardi, *op. cit.*, pp. 95-97.

nale la verifica dell'inosservanza delle regole di convivenza della comunità virtuale, nonché l'accertamento delle lesioni di situazioni giuridicamente rilevanti¹⁰⁷. Vi è, infine, l'evenienza che "la richiesta di rimozione sia infondata, strumentale e peggio ancora tenda alla eliminazione di contenuti che sono espressione della libertà di informazione e alimentano il dibattito pubblico"¹⁰⁸, ovvero, la possibilità di limitazioni private alla libertà di espressione¹⁰⁹. In tale contesto, estremamente sfaccettato, si inserisce, dunque, il ruolo di "vigile disimpegno" degli ISP nonché il dibattito sui profili di responsabilità riferibili a tali soggetti che rimanda a questioni di assoluto rilievo quali la libertà di manifestazione del pensiero, di informazione e di associazione e, in secondo luogo, la libertà di impresa e gli sviluppi del commercio elettronico¹¹⁰. Al riguardo, sul presupposto che una tempestiva ed efficace rimozione dei contenuti illeciti online non possa essere efficacemente garantita dalla pubblica autorità quanto dalle piattaforme digitali, in prima linea nell'assicurare una rapida e ramificata reazione alle segnalazioni degli utenti¹¹¹, la Commissione Europea, il 31 maggio 2016, in accordo con Facebook, Twitter, YouTube e Microsoft ha varato un Codice di condotta - cui è seguita, nel marzo 2018, una Raccomandazione - concernente misure di contrasto ai contenuti illegali online la quale, pur essendo non vincolante, rappresenta una "morbida pressione" nell'opposizione all'odio online. Secondo tale Codice, le piattaforme si impegnano ad autoregolarsi e a sorvegliare le proprie community, predisponendo rapide ed efficaci procedure nel vaglio delle segnalazioni effettuate dagli utenti dei contenuti incitanti all'odio, per rimuoverli o renderli inaccessibili¹¹² in un termine massimo di 24 ore dalla segnalazione del contenuto illegale, pur notando criticamente come la ristrettezza dei termini previsti per l'azione degli intermediari escluda la possibilità di un approfondimento nel processo di verifica dei contenuti, derivandone un aggravio del rischio di errore e di rimozione

di speech leciti¹¹³. Di recente, anche l'AGCOM, il 29 luglio 2022, ha pubblicato uno schema di Regolamento recante disposizioni di rilievo sul principio di non-discriminazione e di lotta all'hate speech¹¹⁴, un provvedimento che traccia significative indicazioni nel bilanciamento dei diritti fondamentali inevitabilmente compromessi nel discorso d'odio con la tutela della libertà di espressione e di associazione e, sempre recentemente, il Consiglio d'Europa ha adottato una nuova Raccomandazione di contrasto all'odio¹¹⁵, online e offline, accompagnata da un'Appendice con principi e Linee-guida i quali, oltre ad invitare gli Stati membri ad imporre legislativamente agli intermediari digitali idonee misure di contrasto all'hate speech, esprimono un approccio globale e *multistakeholder* al fenomeno¹¹⁶. Da ultimo, non certo per importanza, va ricordato come il *Digital Services Act* (DSA)¹¹⁷ sia inteso ad assicurare un ambiente online più sicuro, migliorando i procedimenti di rimozione dei contenuti illeciti ed imponendo stringenti standard di responsabilità per le piattaforme digitali con la previsione di ulteriori obblighi a carico di tali soggetti¹¹⁸, tra cui quello di offrire informazioni esplicite sulle modalità di moderazione dei contenuti e, per gli intermediari di maggiori dimensioni, mediante la previsione dell'adozione di codici di condotta e di meccanismi di prevenzione dei rischi sistemici concernenti i diritti e le libertà fondamentali degli individui.

107 Cfr. P. Falletta, *op. cit.*, p. 156.

108 G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 82.

109 Cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 46.

110 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, pp. 93-94

111 Cfr. P. Falletta, *op. cit.*, p. 154.

112 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 334.

113 Cfr. F. Abbondante, *op. cit.*, p. 65. Nel suo primo anno di applicazione l'impegno preso dalle grandi piattaforme digitali non ha, tuttavia, sortito l'effetto immaginato, tant'è che queste ultime, in seguito alla minaccia di una regolazione più rigorosa da parte dell'Ue, hanno sottoscritto un reciproco accordo per la creazione di un database condiviso - diretto, tuttavia, alla rimozione di immagini e video a sfondo terroristico, cfr. *ibidem*.

114 Il Regolamento in questione, adottato in seguito alla delibera 292/22/CONS, sostituisce il precedente Regolamento recante disposizioni in materia di rispetto della dignità umana e del principio di non discriminazione e di contrasto all'hate speech approvato con delibera 157/19/CONS, art. 11, "Abrogazioni".

115 COMMITTEE OF MINISTERS TO MEMBER STATES, Recommendation on Combating Hate Speech, 20 maggio 2022 (CM/Rec(2022)16[1]).

116 Cfr. M. Martorana, *op. cit.*

117 Regolamento (UE) 2022/2065 Del Parlamento Europeo e Del Consiglio, 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX:32022R2065>

118 Cfr. B. G. Bello, L. Scudieri, *op. cit.*, p. 12.

CONCLUSIONI

La circostanza che proprio dal Web provengano molteplici segnalazioni e richieste di rimozione dei *post* incitanti all'odio sembra far ripensare il contrasto all'hate speech al di là delle possibili misure repressive¹¹⁹, per introdurre interventi di segno positivo, di supporto delle vittime, iniziative di "attivismo digitale"¹²⁰ e *counterspeech* ovvero narrazioni alternative indipendenti ed affidate agli stessi utenti che intervengono nel discorso in modo da dissuadere l'aggressore, senza sottovalutarne il potenziale dannoso e, al contempo, garantendo il confronto democratico¹²¹. Si porta all'attenzione, inoltre, l'indispensabilità di una complessa opera di educazione all'impiego delle più recenti tecnologie¹²², un percorso valorizzato nella guida UNESCO *Addressing Hate Speech Through Education. A guide for policy-makers* del 27 marzo 2023¹²³, essenziale a scongiurare ogni rischio di paternalismo informatico e correlato ad una formazione linguistica capace di valorizzare i principi della cittadinanza e della democrazia¹²⁴, favorendo l'apertura del dibattito pubblico¹²⁵ in modo da diffondere gli *anticorpi* dell'odio virtuale¹²⁶, nella direzione indicata dal No Hate Speech Movement del Dipartimento della Gioventù del Consiglio d'Europa e testimoniata dalle molteplici iniziative della Comunità internazionale¹²⁷.

119 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 81; cfr. A. De Rosa, *op. cit.*, p. 209.

120 Per una definizione ed un approfondimento del fenomeno degli *attivismi digitali* e dei *soggetti attivisti* nel contrasto al discorso d'odio, si rimanda a B. G. Bello, *op. cit.*, pp. 155-175.

121 Sulla complessità del *counter speech*, fenomeno che a volte assume connotazioni implicite, in altri casi caratteristiche più esplicite e di diretto contrasto del discorso d'odio, nell'intento di non alimentare la spirale della violenza verbale, si veda F. Cerquozzi, *op. cit.*, pp. 51-52; cfr. G. Ziccardi, P. Perri, *op. cit.*, p. 96.

122 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 208; cfr. G. Ziccardi, P. Perri, *op. cit.*, p. 95.

123 <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000384872/PDF/384872eng.pdf.multi>

124 Cfr. S. Cavagnoli, *op. cit.*, p. 34.

125 Cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 332. Sulla riformulazione dello spazio pubblico in Internet e sui nessi tra discorso d'odio e modelli democratici, si rimanda a F. J. Ansuátegui Roig, *op. cit.*, pp. 204-215

126 Cfr. G. Ziccardi, *op. cit.*, p. 31.

127 Al riguardo, a titolo esemplificativo, possiamo ricordare la promozione da parte delle Nazioni Unite di una giornata internazionale dedicata al contrasto dell'hate speech che, a partire dal 18 giugno del 2022, si celebrerà ogni anno nella medesima data.

Le questioni affrontate sollecitano, infine, una profonda riflessione che investe la centralità della persona e dei suoi dati elettronici - essendo evidente come l'incrementare il livello di protezione degli stessi, garantendone parallelamente la libera circolazione, possa costituire un disincentivo a discorsi d'odio mirati sul singolo individuo e, pertanto, estremamente lesivi¹²⁸ - nonché il ruolo dei *social network* e degli intermediari virtuali, mettendo in luce il rischio di una *collateral censorship* conferita a soggetti che, per vocazione specifica, esercitano attività di natura commerciale¹²⁹, un tema che rimanda alla complessità dei rapporti tra poteri pubblici e privati e ai loro riflessi sul concreto esercizio della libertà di espressione¹³⁰.

Arianna Maceratini è ricercatrice in Filosofia del Diritto e professore aggregato di Informatica Giuridica presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata.

Arianna Maceratini is researcher in Philosophy of Law and adjunct professor of Legal Informatics at the Department of Law of the University of Macerata.

arianna.maceratini@unimc.it

OPERE CONSULTATE

F. Abbondante, *Il ruolo dei social network nella lotta all'hate speech: un'analisi comparata fra l'esperienza statunitense e quella europea*, in "Informatica e diritto", XLIII (2017), n. 1-2, pp. 41-68.

A. C. Amato Mangiameli, G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023.

F. J. Ansuátegui Roig, *Libertà d'espressione: ragione e storia*, Torino, 2018.

J. L. Austin, *Come fare cose con parole*, Genova, 2019.

128 Cfr. G. Ziccardi, P. Perri, *op. cit.*, pp. 98-101.

129 Cfr. G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *op. cit.*, p. 45.

130 Cfr. M. Bassini, *Libertà di espressione e social network*, cit., p. 44; cfr. C. M. Reale, M. Tomasi, *op. cit.*, p. 336.

M. Bassini, *La Cassazione e il simulacro del provider attivo: Mala tempora currunt*, in “MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media”, (2019), n. 2, pp. 248-257.

M. Bassini, *Libertà di espressione e social network, tra nuovi “spazi pubblici” e “poteri privati”. Spunti di comparazione*, in “Rivista Italiana di Informatica e Diritto”, (2021), n. 2, pp. 43-64.

Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, Roma-Bari, 2010.

B. G. Bello, L. Scudieri (a cura di), *L’odio online: forme, prevenzione e contrasto*, Torino, 2022.

C. Bianchi, *Hate speech. Il lato oscuro del linguaggio*, Roma-Bari, 2021.

M. N. Campagnoli, *Hate Speech*, in A. C. Amato Mangiameli, G. Saraceni (a cura di), *Cento e una voce di informatica giuridica*, Torino, 2023, pp. 253-257.

M. N. Campagnoli, *Informazione, social network & diritto*, Milano, 2020.

F. Cerquozzi, *Dall’odio all’hate speech. Conoscere l’odio e le sue trasformazioni per poi contrastarlo*, in “Tigor: Rivista di scienze della comunicazione e dell’argomentazione giuridica”, X (2018), n. 1, pp. 42-53.

S. D’Alterio, *ISP: la responsabilità per le pubblicazioni degli utenti. I criteri di imputazione delle responsabilità civile e penale a carico degli Internet Service Provider in base al d.lgs. n. 70/2003*, <https://www.altalex.com/documents/news/2021/02/05/responsabilita-civile-e-penale-internet-service-provider-per-pubblicazioni-di-utenti>; Sito consultato il 26/09/2023

A. Di Rosa, *Hate speech e discriminazione. Un’analisi performativa tra diritti umani e teorie della libertà*, Modena, 2020.

F. Di Tano, *I reati informatici e i fenomeni del cyberstalking, del cyber bullismo e del revenge porn*, in T. Casadei, S. Pietropaoli, *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano, 2021, pp. 165-178.

P. Falletta, *Controlli e responsabilità dei social network sui discorsi d’odio online*, in “MediaLaws – Rivista di Diritto dei Media”, (2020), n. 3, pp. 146-158.

L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

B-C Han, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Roma, 2015.

M. Martorana, *Il complesso rapporto tra hate speech, libertà e democrazia. Un difficile bilanciamento tra le libertà fondamentali coinvolte e gli sforzi europei per il contrasto ai discorsi d’odio*, <https://www.altalex.com/documents/news/2022/11/08/complesso-rapporto-hate-speech-liberta-democrazia>; Sito consultato il 26/09/2023

M. Orofino, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti. Il dinamismo dei diritti di una società in trasformazione*, Torino, 2014.

B. Panattoni, *Il sistema di controllo successivo: obbligo di rimozione dell’ISP e meccanismi di notice and take down*, in “Diritto Penale Contemporaneo”, (2018), n. 5, pp. 249-263.

G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli, *Parole e potere. Libertà d’espressione, hate speech e fake news*, Milano, 2017.

C. M. Reale, M. Tomasi, *Libertà d’espressione, nuovi media e intelligenza artificiale: la ricerca di un nuovo equilibrio nell’ecosistema costituzionale*, in “DPCE online”, (2022), n. 1, pp. 325-336.

S. Rodotà, *Il mondo nella rete. Quali i diritti quali i vincoli*, Roma-Bari, 2019.

C. R. Sunstein, *#republic*, Bologna, 2017.

G. Ziccardi, *L’odio online. Violenza verbale e ossessioni in rete*, Milano, 2016.

Appartenenza e cittadinanza tra comunitarismo e liberalismo. Riflessioni a partire dal pensiero di Michael Walzer e Jürgen Habermas

Linda Brancaleone

ABSTRACT

Il presente contributo ha come obiettivo quello di analizzare la cittadinanza nel pensiero di due dei più influenti filosofi del '900, cioè Michael Walzer e Jürgen Habermas. Attraverso una disamina dei concetti di appartenenza e partecipazione declinati in maniera differente nel comunitarismo e nel liberalismo, si tenterà di mettere in luce i punti di forza e le criticità delle due teorie per poi arrivare a un probabile modello teorico futuro di cittadinanza.

The present article aims to analyze citizenship in the thought of two of the most influential philosophers of the '900, i.e. Michael Walzer and Jürgen Habermas. Through an examination of the concepts of belonging and participation, declined differently in communitarianism and liberalism, one will try to highlight the strengths and weaknesses of the two theories in order to arrive at a probable future theoretical model of citizenship.

1. - INTRODUZIONE.

BREVE STORIA DELLA CITTADINANZA

Il termine “cittadinanza” indica, nel linguaggio comune e anche nella terminologia più squisitamente giuridica, l'appartenenza di un individuo a un determinato Stato e tutte le questioni che sorgono in relazione a questo precipuo tipo di nesso, il quale attribuisce al singolo uno *status* specifico, che è per l'appunto quello di *cittadino*¹.

1 Cfr. la definizione di C. Romanelli Grimaldi, *Cittadinanza*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 2 ss. Sul ruolo della cittadinanza, sulle sue varie declinazioni terminologiche e sul suo *excursus* storico, cfr. P. Costa, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005; M. La Torre, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004; F. Belvisi, “Cittadinanza”, in A. Barbera, *Le basi filosofiche del*

PAROLE CHIAVE

CITTADINANZA; TEORIE DELLA CITTADINANZA; MICHAEL WALZER; JÜRGEN HABERMAS; COMUNITARISMO; LIBERALISMO;

KEYWORDS

CITIZENSHIP; CITIZENSHIP THEORIES; MICHAEL WALZER; JÜRGEN HABERMAS; COMMUNITARIANISM; LIBERALISM.

L'istituto della cittadinanza ha avuto, nel corso del tempo, una definizione cangiante e multiforme, ben osservabile analizzando la storia di tale concetto².

La civiltà dell'antica Roma ha dato un'elaborazione approfondita del concetto di cittadinanza (*civitas*) e di cittadino (*civis*)³: la cittadinanza era inizialmente un attributo gentilizio, riservato ai discendenti delle antiche tribù etrusche, latine e sabine che avrebbero, secondo il mito classico, fondato la città di Roma⁴. Nell'età repubblicana, cittadino è un soggetto con

costituzionalismo, Roma-Bari, 1998.

2 v. P. Costa, op. cit.

3 Per uno sguardo d'insieme sulla cittadinanza nell'antica Roma, v. A. Corbino, *Diritto privato romano*, Padova, 2014, pp. 13-16.

4 Ivi., p. 14.

particolari requisiti: sostanzialmente il maschio, adulto, libero, con capacità giuridica e politica⁵.

Nei secoli successivi, il concetto di cittadinanza subisce ulteriori mutamenti. Nel '500, il filosofo e giurista francese Jean Bodin indica la cittadinanza come l'insieme di cittadini vincolati alle stesse leggi, che godono degli stessi privilegi concessi dal sovrano⁶.

Bisognerà attendere la Rivoluzione francese per assistere a una qualche forma di cambiamento. In questo particolare periodo storico si inizia a comprendere che l'individuo, sulla base di un principio universalistico, è cittadino indipendentemente da qualsiasi criterio (fatta eccezione per la maggiore età) e ha uguale diritto di voto⁷.

Nell'Ottocento, la legittimazione dello Stato, ormai di stampo giusrazionalista⁸ e contrattualista⁹, viene fortemente messa in crisi e sostituita da un vincolo più forte: la solidarietà¹⁰. L'emblema di questa "rivoluzione" è il pensiero di Karl Marx: egli critica una precisa connotazione dell'uomo della sua epoca, ossia il borghese, che è egoista, chiuso in se stesso e nella proprietà privata, e pertanto separato dal resto della comunità¹¹. Marx auspica, quindi, un superamento della linea di confine tra uomo bor-

5 Ivi, p. 15.

6 J. Bodin, *I sei libri dello Stato*, trad. it. M. Isnardi Parente, Torino, 1964, p. 70.

7 La letteratura in merito alla cittadinanza nel periodo rivoluzionario francese è invero assai vasta. Pertanto, il riferimento, sebbene si fondi su una quantità esigua di testi, è *inter alia* a R. Brubaker, *Citizenship and nationhood in France and Germany*, London, 1992.

8 Bisogna intendere con razionalismo non solo un approccio ancora debitore all'Illuminismo, ma anche il sorgere del positivismo, specie in ambito giuridico, il quale fondava il suo dogma sulla necessità di approcciarsi al diritto attraverso un'analisi neutrale non fondata sulla morale. In merito, cfr. A. Gambaro, R. Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2008, pp. 199-200.

9 Il contrattualismo, o teoria del contratto sociale, è una teoria filosofica e politica secondo la quale l'uomo, per poter uscire dal primordiale stato di natura privo di regole e potenzialmente pericoloso e violento in cui si trova, deve cedere parte della propria libertà e consegnarla a un determinato potere politico, in modo tale che la legittimazione dello Stato consista per l'appunto nei diritti e doveri reciproci tra governanti e governati. Sul contrattualismo, cfr. M. Lessnoff, *Social Contract Theory*, New York, 1990.

10 Si tratta della concezione tipica del movimento francese denominato "solidarismo", che offre una nuova concezione della solidarietà alla luce di un nuovo modo di concepire il rapporto tra individuo e società. Il movimento deve la sua nascita al pensiero del sociologo e filosofo francese Émile Durkheim. Per approfondimenti, si consulti É. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, trad. it. F. Airoldi Naimer, Milano, 2016.

11 In K. Marx, *La questione ebraica e altri scritti politici giovanili*, trad. it. R. Panzieri, Roma, 2018, pp. 81-87.

ghese e individuo: solo quest'ultimo può diventare cittadino dello Stato, cioè cittadino che ha a cuore le sorti della società civile e il bene comune.

In tempi recenti, tuttavia, la definizione di "cittadinanza" sembra essersi ampliata, andando oltre l'analisi del rapporto tra individuo e Stato, per ricomprendere in sé e per tematizzare una serie di questioni, concernenti il rapporto tra persona e ordine giuridico, che altrimenti non avrebbero una qualificazione chiara e una conseguente disciplina: l'inclusione e l'esclusione, l'attribuzione di diritti e doveri, le aspettative, le pretese, l'appartenenza¹².

Pertanto, molto è stato scritto ed elaborato sul concetto di cittadinanza, a riprova non solo della difficoltà di analisi e comprensione di questo istituto, ma anche delle varie declinazioni e dei più disparati significati che essa ha assunto nelle diverse epoche storiche¹³.

2. L'APPARTENENZA COME BENE: IL COMUNITARISMO E IL PENSIERO DI MICHAEL WALZER

Nondimeno, una delle teorie più stimolanti e complesse in merito è quella offertaci dalla corrente giusfilosofica del comunitarismo¹⁴.

Il comunitarismo prende le mosse da una critica alla concezione liberale di essere umano, visto come individuo isolato e avulso dal resto della società, perfettamente in grado di scegliere in totale autonomia un proprio set di valori corrispondenti alla forma di bene che ritiene più giusta, ed eventualmente di ritornare sulla propria decisione per rivalutarla o modificarla¹⁵.

La visione comunitarista rigetta ad ogni livello questa concezione di individuo, in quanto ritiene che ogni uomo venga necessariamente al mondo come parte di un gruppo, sia esso la famiglia, o la comunità, o ancora il gruppo etnico o religioso d'origine, e questo profondo senso di appartenenza, congenito in ognuno, costituisce una parte essenziale dell'identità e dell'esistenza stessa.

12 cfr. P. Costa, *op. cit.*

13 Ancora una volta, cfr. F. Belvisi, *op. cit.*

14 Per una disamina minuziosa del comunitarismo, cfr. B. H. Bix, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, trad. it. A. Porciello (a cura di), Torino, 2016, pp. 152-156.

15 In particolare, la critica al liberalismo mossa dai comunitaristi si concentra sugli aspetti riguardanti, nello specifico, la concezione liberale di giustizia. Sul punto, cfr. M. Sandel, *Liberalism and the Limits of Justice*, Cambridge, 1990.

Appare del tutto imprudente, di conseguenza, concepire l'individuo come entità separata da qualsiasi nucleo al quale appartiene, poiché allontanarlo dal proprio gruppo significherebbe svelare la sua totale incapacità di prendere delle decisioni autonome e mature: nella visione comunitarista, ogni società e lo Stato stesso esistono per garantire protezione e tutela dei diritti fondamentali e individuali all'interno del contesto specifico in cui possono effettivamente essere realizzati¹⁶.

La critica comunitarista al liberalismo ha avuto un impatto importante nella filosofia politica anglo-americana di quel periodo: essa, infatti, ha provato a dimostrare quanto la teoria individualistica di chiaro stampo liberale fosse inadeguata a sostenere i sentimenti, le identità e i legami alla base di qualsiasi comunità politica¹⁷. La cittadinanza è, quindi, il primo passo per il superamento dell'opposizione tra individualismo liberale e comunitarismo, perché essa ingloba in sé l'idea liberale della titolarità dei diritti individuali e l'idea comunitarista di appartenenza e attaccamento a una specifica comunità¹⁸.

In questo contesto, e partendo da questi presupposti, l'ideologia comunitarista raggiunge la sua fortuna con il pensiero di Michael Walzer¹⁹: egli ritiene, infatti, che idee considerate universalmente giuste e valide non siano in realtà tali, poiché devono essere messe in discussione all'interno di uno specifico gruppo, che avrà necessariamente il potere di decidere per sé e di darsi delle regole. Esisterà perciò un nucleo di moralità elaborato in maniera diversa da differenti culture, all'interno delle quali ogni singola

16 È la cittadinanza stessa, e la sua tutela, a pretendere un'analisi fondata sulla necessità di tutelare i diritti, tra i quali per l'appunto il diritto alla cittadinanza, all'interno di un contesto statale che possa effettivamente proteggerli. Sul punto, cfr. G. Majone, *The European Community Between Social Policy and Social Regulation*, Firenze, 1993.

17 Sul punto, cfr. M. Sandel, *Democracy's Discontent: America in Search of a Public Philosophy*, Ithaca (New York), 1996; J. Rawls, *Collected Papers*, S. Freeman (ed.), Cambridge, USA, 1999; R. Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Cambridge, USA, 2000.

18 Per un'analisi completa sullo scontro ideologico tra comunitarismo e liberalismo, cfr. W. Kymlicka, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, Oxford, 2002, p. 284.

19 Per una disamina approfondita e articolata sul pensiero del filosofo politico statunitense, v. T. Casadei, *Il sovversivismo dell'immanenza. Diritto, morale, politica in Michael Walzer*, Milano, 2012; A. Salvatore, *Giustizia in contesto. La filosofia politica di Michael Walzer*, Napoli, 2010.

questione deve essere analizzata e risolta tenendo conto delle tradizioni e dei contesti presenti in ogni peculiare comunità di riferimento²⁰.

Mettendo ancora una volta in risalto la stretta correlazione tra individuo e comunità d'appartenenza, Walzer ci consegna una definizione di cittadinanza apparentemente molto semplice, che, ciononostante, poggia su delle considerazioni e delle analisi storiche, giuridiche, politiche e filosofiche non di poco conto²¹: il cittadino è, «molto semplicemente, un membro di una comunità politica, avente diritto a ogni sorta di prerogativa e gravato da ogni sorta di responsabilità che siano legate all'appartenenza»²². L'appartenenza è, per il filosofo, sostanzialmente il legame insito, viscerale e profondo tra individuo e comunità²³, intendendo quest'ultima non solo come Stato, ma anche come gruppo sociale, etnico o identitario²⁴.

Tuttavia, per Walzer l'appartenenza non è soltanto il rapporto tra singoli e gruppi all'interno dei quali essi operano, ma è anche un *bene* che, in quanto tale, può essere ceduto, scambiato e di conseguenza negato: ogni bene ha una natura che, ontologicamente, lo spinge a essere diverso da un altro, e soprattutto ha un significato e una struttura che dipendono dalla concezione che gli appartenenti di un determinato gruppo hanno di quel bene²⁵.

Pertanto, «fino a quando membri ed estranei saranno, come sono attualmente, due gruppi distinti, dovranno essere prese delle decisioni sul-

20 Per un approfondimento sul punto, cfr. M. Walzer, *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame, 1994.

21 Il riferimento, d'obbligo, è a M. Walzer, "Citizenship", in T. Ball, J. Farr, R. L. Hanson (eds.), *Political Innovation and Conceptual Change*, Cambridge, 1989, pp. 211-218.

22 «(...) most simply, a member of a political community, entitled to whatever prerogatives and encumbered with whatever responsibilities are attached to membership», ivi, p. 211, trad. dell'Autrice, corsivo dell'Autrice.

23 L'importanza del gruppo come nucleo associativo e partecipativo è esplicitato in M. Walzer, "The Civil Society Argument", in C. Mouffe (ed.), *Dimension of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community*, London, 1992, pp. 104-107.

24 Per Michael Walzer, alla luce della società odierna, sempre più frammentata ed eterogenea, l'individuo difficilmente si considererà in prima istanza *cittadino*, ma tenderà a rivendicare l'appartenenza a dei gruppi minori, sebbene più identitari. Due esempi sono, su questo filone, i gruppi femministi e le minoranze etniche.

25 Walzer fonda il suo pensiero sulla teoria della giustizia, che nella tesi del filosofo è necessariamente distributiva. Per una visione completa sull'argomento, si rimanda a J. Rawls, *Una teoria della giustizia*, trad. it. U. Santini, S. Maffettone (a cura di), Milano, 2017.

le ammissioni, e uomini e donne saranno accolti o respinti»²⁶.

Nell'idea di Walzer, quindi, è più che legittimo che coloro i quali appartengono a un gruppo possano, anzi debbano, decidere chi possa farne parte, concedendo l'appartenenza, o in alternativa negandola²⁷. Sono solo i membri di un gruppo, infatti, a poter prendere delle decisioni inerenti allo stesso, e chiunque ne è estraneo deve solo accettarle, indipendentemente dalla giustizia o dall'ingiustizia di tali scelte. Con una precisazione, però: nel momento in cui la comunità sceglie di accettare al suo interno degli estranei, deve garantire loro l'accesso e lo scambio a qualsiasi tipo di bene sociale - tra i quali rientra, ovviamente, anche l'appartenenza. Infatti sarebbe inconcepibile, in uno Stato democratico che davvero vuole dirsi tale, accettare delle discriminazioni interne imposte dalla maggioranza sulla minoranza che possano creare divisioni e tensioni tra *noi* e *loro*²⁸, tra cittadini e stranieri.

3. DEMOCRAZIA DELIBERATIVA

E COSMOPOLITISMO:

L'IDEA DI CITTADINANZA DI JÜRGEN HABERMAS

Il vibrante interesse per le questioni legate alla cittadinanza non è dipeso solamente da una scintilla scoccata in ambito teorico nel dibattito tra comunitarismo e liberalismo, ma anche da fatti di attualità contingenti e da fenomeni tuttora rilevanti. Lo studio della società, nel suo tessuto così multiforme e complesso, ha comportato l'adozione di un approccio critico nell'analisi di alcuni episodi storici, tra i quali il crescente nazionalismo da un lato e, correlativamente, l'aumento della popolazione multiculturale e multirazziale²⁹ dall'altro.

L'esaltazione del singolo quale monade isolata da qualsiasi gruppo, capace di dotarsi di un certo

set di valori e di principi autonomi, in grado di prendere decisioni avulse da qualsiasi contesto di operatività e in grado di ritornare sulle proprie decisioni per modificarle in quanto sganciato dai gangli delle credenze o delle affezioni particolari è il fondamento del liberalismo giuridico³⁰. La necessità di porre l'accento sulla tutela dell'uomo in quanto tale all'interno del contesto comunitario di riferimento, avendo riguardo alle sue peculiarità, è l'idea alla base della cittadinanza teorizzata da Jürgen Habermas³¹, accademico tedesco, il quale occupa una posizione preminente tra i pensatori contemporanei³².

Per Habermas, non esiste un "popolo" nel senso letterale del termine³³ e, in piena adesione allo spirito liberale, egli non ritiene corretto fondare la cittadinanza su aspetti etnici, nazionali o culturali comuni, ovvero su un legame fortemente comunitario à la Walzer. La cittadinanza dovrebbe essere, agli occhi del filosofo, lo stadio finale di un processo volontario di adesione alla vita democratica di uno Stato e di accettazione dei valori fondanti di una comunità. Da questa idea, Habermas approda a una definizione, tanto celebre quanto felice: *patriottismo costituzionale*³⁴ (*Verfassungspatriotismus*), il quale è l'elemento di congiunzione tra la tutela della diversità degli appartenenti a una società, inevitabile in una realtà pluralistica ed eterogenea quale è quella contemporanea, e l'esaltazione dell'adesione

30 Per un approfondimento sul liberalismo *latu sensu*, v. R. Cubeddu, *Atlante del liberalismo*, Roma, 1997.

31 Il riferimento alla teoria della cittadinanza elaborata da Habermas è, nello specifico, a J. Habermas, *Citizenship and National Identity*, St. Gallen, 1991, ora in Id., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, trad. eng. W. Rehg, *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, Cambridge, MA, 1996, in particolare pp. 491-515.

32 A proposito della cittadinanza nel pensiero di Habermas, cfr. fra i tanti G. Menegatto, *Cittadinanza e identità culturale. Rileggendo Habermas alla luce delle recenti prospettive de iure condendo*, in "Nomos - Le attualità del diritto", (2021), n. 3.

33 Interessante è, da questo punto di vista, il dibattito tra Grimm e Habermas a proposito, in verità, del costituzionalismo europeo; discussione che però, a parere di chi scrive, porta a dei risultati interessanti anche dal punto di vista del significato di "popolo" in senso più generico. Cfr. L. Mellace, *L'Unione europea tra destino comune e crisi permanente. Profili di teoria del diritto*, Napoli, 2021, pp. 33-36.

34 La succitata espressione, portata in auge da Habermas, era stata in realtà già adoperata in precedenza, in D. Sternberger, *Unvergleichlich lebensvoll, aber stets gefährdet: Ist unsere Verfassung nicht demokratisch genug?*, in "Frankfurter Allgemeine Zeitung", 7 (1970), n. 22.

26 «(...) so long as members and strangers are, as they are at present, two distinct groups, admissions decisions have to be made, men and women taken in or refused», in M. Walzer, *Spheres of Justice. A Defense of Pluralism and Equality*, New York, 1983, p. 34, trad. dell'Autrice.

27 Cfr. *ivi*, p. 47.

28 La logica della distanza tra cittadini e stranieri, da colmare attraverso la concessione di diritti, è ripresa da F. Belvisi, *op. cit.*, pp. 117-119.

29 È la tesi sostenuta, fra i tanti, da Will Kymlicka, in W. Kymlicka, *op. cit.*, p. 284.

libera e spontanea dei soggetti più disparati a un dato ordinamento politico.

Habermas ritiene che il patriottismo costituzionale trovi terreno fertile, in maniera del tutto naturale, all'interno dell'Unione Europea³⁵ e, in particolare, dell'istituto della cittadinanza europea³⁶. A differenza di molti altri pensatori liberali, però, egli non ripone una fiducia cieca nelle istituzioni europee³⁷. Tutt'altro: per il filosofo tedesco, l'Unione Europea, e in particolare la sua cittadinanza, non tutelano l'individuo in quanto tale, ma l'*homo oeconomicus*³⁸, cioè il detentore di un capitale il quale diviene motore del funzionamento delle istituzioni europee e strumento di tutela e garanzia di protezione dell'individuo all'interno dell'Unione³⁹. La relazione tra capitalismo e democrazia europea⁴⁰ si fa sempre più stretto, inoltre, se si tiene conto del fatto che l'integrazione sociale e politica non può che poggiare, considerando la struttura fortemente economico-centrica delle istituzioni europee, sulla tutela delle libertà economiche.

Habermas si chiede se, stando così le cose, sia possibile addirittura ipotizzare la validità di una cittadinanza europea e, di conseguenza, di un cittadino europeo⁴¹.

35 Le potenzialità – e inevitabilmente le criticità – dell'Unione europea sono analizzate in maniera critica C. Atzeni, *Liberalismo autoritario. La crisi dell'Unione europea a partire dalle riflessioni di Herman Heller*, Modena, 2023, pp. 65 ss.

36 È proprio negli anni in cui Habermas teorizza la sua idea di cittadinanza che si comincia ad analizzare il rapporto tra quest'ultima e l'Unione europea. Sul punto, cfr. E. Meehan, *Citizenship and European Community*, London, 1983, p. 10.

37 Per le varie posizioni in merito, cfr., fra i tanti, A. Barbera, *Esiste una "Costituzione europea"?*, in "Quaderni costituzionali", (2000), n. 1; D. D'Amico, *Verso quale unione economica e monetaria?*, in "Il Politico", (2015), n. 1, pp. 46-67.

38 L'espressione è stata usata per la prima volta da John Stuart Mill, il quale indica come tale l'uomo astrattamente inteso del cui agire sociale si colgono solo le sfumature e le motivazioni economiche, e che agisce con l'intento di massimizzare un utile. Per un approfondimento, cfr. J. S. Mill, *Principi di economia politica*, vol. 1, trad. it., Milano, 2006.

39 Un esame puntuale sul tema è offerto in C. Margiotta Broglio, *Cittadinanza europea. Istruzioni per l'uso*, Roma-Bari, 2014.

40 Tale nesso è evidenziato magistralmente in M. La Torre, «*Civis europaeus sum*». *L'Europa e la sua cittadinanza*, in "Materiali per una storia della cultura giuridica", (2021), n. 1, pp. 127-155. Per un'analisi sul rapporto tra deficit di democrazia e Parlamento europeo, v. E. Salvati, *Il deficit democratico e il ruolo del Parlamento Europeo. Quali problemi ancora aperti?*, in "Il Politico", (2016), n. 1, pp. 52-82.

41 Si è verificata, addirittura, una parabola discendente, descritta come passaggio dalla succitata "protocittadinanza"

Per Habermas, però, è ancora possibile invertire la rotta⁴²: proprio la democrazia deliberativa sarebbe il punto di ripartenza della cittadinanza operante su scala sovranazionale. Anzi, c'è di più: il filosofo ritiene che la cittadinanza non possa che essere *cosmopolitica*⁴³, cioè non si è più, come affermato dal comunitarismo, legati alle tradizioni di uno Stato, ma si appartiene al mondo intero, sempre più unito e globalizzato⁴⁴.

4. SPUNTI E RILIEVI CRITICI

Le idee di cittadinanza teorizzate dal comunitarismo (nello specifico, nel pensiero di Michael Walzer) e dal liberalismo (emblema del quale è Jürgen Habermas) sono oramai quasi delle teorie classiche nel dibattito sul ruolo e la funzione della cittadinanza; tuttavia, devono fare necessariamente i conti con la società odierna, multietnica, multiculturale⁴⁵, multireligiosa⁴⁶.

In verità, qualsiasi cittadinanza intesa in senso moderno dovrebbe tenere conto dei mutamenti in corso nella società e cercare di armonizzare le sue due componenti: una più soggettiva, vale a dire la tutela dell'individuo nelle sue peculiarità⁴⁷; e una più oggettiva, con ciò intendendo la rilevanza dell'unione, necessaria, tra singolo e comunità di appartenenza⁴⁸.

in chiave europea a una "sopranazionalità" svuotata di ogni contenuto propositivo. Sul punto, cfr. A. J. Menéndez, E. D. H. Olsen, *Challenging European Citizenship. Ideals and Realities in Contrast*, London, 2019, pp. 47 ss.

42 Sul punto, cfr. J. Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, London, 2012.

43 L'idea di cittadinanza in senso cosmopolitica è un ideale quasi rivoluzionario nel panorama della storia della cittadinanza, e la sua diffusione è stata particolarmente significativa. Sulla necessità di concepire la cittadinanza in senso cosmopolitico, cfr. J. Habermas, *Morale, diritto, politica*, cit., p. 136.

44 Sul punto, cfr. G. Contaldi (a cura di), *Sovranità e diritti al tempo della globalizzazione*, Roma, 2021; A. D'Attorre, *Metamorfosi della globalizzazione. Il ruolo del diritto nel nuovo conflitto geopolitico*, Roma-Bari, 2023.

45 Questa situazione è perfettamente descritta, nonché declinata in termini giuridici, in A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2008.

46 In tema, v. N. Fiorita, D. Loprieno, *La libertà di manifestazione del pensiero e la libertà religiosa nelle società multiculturali*, Firenze, 2009.

47 Come propugnato in W. Kymlicka, op. cit.

48 È la concezione che si ritrova in M. Walzer, *The Civil Society Argument*, cit.

Pertanto, alla luce di ciò, è necessario porsi un interrogativo: quali aspetti sono condivisibili del concetto di cittadinanza nel comunismo e nel liberalismo e quali, invece, appaiono più discutibili?

Nella concezione di cittadinanza à la Walzer, l'appartenenza non è altro che *nazionalità*⁴⁹, cioè rapporto personale e viscerale tra soggetto e ordine politico, riconosciuta come concettualizzazione più genuina della partecipazione alla vita collettiva in quanto fondata su comuni elementi materiali o spirituali caratterizzanti una data comunità⁵⁰, e al tempo stesso si erge a fondamento soggettivo della sovranità e rivela il rapporto inscindibile tra cittadinanza e democrazia⁵¹. Purtuttavia, Walzer non approfondisce in alcun modo la questione riguardante i probabili limiti che dovrebbero essere imposti dall'esterno alla volontà delle maggioranze che vogliono definirsi democratiche, né effettivamente indica se tali vincoli esistano⁵².

Il filosofo politico americano non sbaglia quando afferma che devono esistere necessariamente dei criteri per accedere allo status garantito dal possesso della cittadinanza: ciò che, tuttavia, è necessario tenere a mente è che l'acquisizione della cittadinanza, e correlativamente la legge a suo fondamento, non deve porsi in una posizione anacronistica, discriminatoria, xenofoba rispetto alla società, proprio in virtù di quel vincolo inscindibile che lega il mutare della società al mutare della legge⁵³. Una società aperta e inclusiva deve trovare il suo doppio in un sistema giuridico che sia parimenti aperto e inclusivo.

La teoria di Michael Walzer, pertanto, non è attaccabile in quanto stabilisce dei limiti alla concessione della cittadinanza, ma è discutibile proprio nell'individuazione dei criteri giustificativi di tali limiti: dei cittadini con dei poteri decisionali così

ampi non sarebbero, a differenza di quanto propugnato dal filosofo americano, dei cittadini *democratici* nel senso moderno del termine, né tantomeno opererebbero in un contesto altrettanto *democratico*, perché imporrebbero la loro volontà ad altri soggetti. Questi ultimi, quindi, subirebbero delle discriminazioni e non sarebbero considerati come *soggetti* di diritto, bensì *oggetti* di diritto e, soprattutto, della decisione altrui. La cittadinanza non è una questione esclusivamente pubblica e comunitaria, bensì acclude in sé anche una componente privata, quasi intima, e pertanto il rapporto che si crea tra singolo individuo e comunità non dovrebbe essere intaccato dalla decisione arbitraria di altri.

Walzer, inoltre, non approfondisce i limiti necessari che devono esistere per contenere la volontà della maggioranza. Infatti, senza un margine di intervento esterno, che possa non solo arginare le azioni dei singoli, ma anche servire da criterio per garantire la correttezza delle decisioni prese, il funzionamento "democratico" teorizzato da Walzer rischia di diventare un sistema di imposizione, finendo per configurarsi come una sorta di «dittatura della maggioranza»⁵⁴.

La sensazione è che, nella cittadinanza teorizzata da Walzer, l'esigenza di autodeterminazione collettiva alla base delle azioni dei cittadini sia alimentata da una concezione esacerbata dell'appartenenza in quanto *bene*, e sembra del tutto dimentica del fatto che la cittadinanza sia oramai considerata a tutti gli effetti un diritto umano, così come affermato da Hannah Arendt⁵⁵.

La teoria della cittadinanza di Michael Walzer, tuttavia, è condivisibile per un particolare aspetto, che consiste nella validità del legame tra individui e comunità di cui fanno parte. Il dinamismo di questo rapporto prevede, infatti, che le relazioni, le interazioni e i legami non coinvolgano solo i cittadini tra loro, bensì si instaurino anche tra soggetti e Stato.

Anche gli aspetti fondamentale del liberalismo in generale e della cittadinanza nel pensiero di Jürgen Habermas in particolare suscitano non poche riflessioni. Il liberalismo giuridico pare quasi

49 Il concetto di Nazione ha rappresentato un punto di discussione molto ampio in dottrina. In merito al significato attribuito alle varie declinazioni dei termini Stato e Nazione, v. A. Spadaro, *Italia, Patria, Nazione, Paese, Stato, Repubblica: il soggetto è lo stesso, ma i termini sono "sempre" fungibili, ossia sinonimi in senso stretto?*, in "Federalismi.it", (2023), n. 8, pp. 103-116.

50 Sul punto, cfr. M. La Torre, *Cittadinanza e ordine politico*, cit., pp. 42-60.

51 Cfr. É. Balibar, *We, the People of Europe? Reflections on Transnational Citizenship*, Princeton, N.J., 2004, pp. 89 ss.

52 Queste critiche a Walzer si trovano in S. Benhabib, *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, trad. it. S. De Petris, Milano, 2006, pp. 96-97.

53 Cfr. V. Ferrari, *Diritto e Società. Elementi di sociologia del diritto*, Roma-Bari, 2004.

54 Tale espressione è ripresa, con i dovuti limiti applicativi, da A. de Tocqueville, *La democrazia in America*, trad. it., Milano, 2014.

55 Il riferimento, quasi d'obbligo, è ad H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, trad. it., Torino, 2008.

esasperare l'individualità del singolo soggetto di diritto: tuttavia, proprio perché la cittadinanza si costituisce anche come relazione tra singolo comunità statale e individuo, il cosmopolitismo è una teoria che, per quanto presenti degli elementi positivi, può essere attuata solo da un punto di vista ideale, e mai fattuale⁵⁶. Infatti, si appartiene al mondo intero, non si appartiene, paradossalmente, a uno Stato, e non appartenere a uno Stato significa non avere alcuna tutela. L'apolidia getta l'uomo nell'ombra, nell'impossibilità di arrogare a sé diritti e pretese, e nella inattuabilità di alcuna forma di protezione⁵⁷.

Il cosmopolitismo habermasiano è criticabile per un altro aspetto: esso non sarebbe altro che un prolungamento, su scala globale e perciò operante con maggiore incisività, della cittadinanza europea nei suoi aspetti più critici e opinabili⁵⁸. La diretta conseguenza è che la cittadinanza cosmopolitica sarebbe appannaggio di un gruppo elitario di individui, e lascerebbe tutti gli altri nell'oblio o, peggio ancora, ne aggraverebbe ulteriormente le condizioni già negative⁵⁹.

Tuttavia, pur presentando alcuni punti critici, la tesi propugnata da Habermas è valida e condivisibile per un aspetto, che è l'attribuzione dello status di cittadino sulla base di criteri molto più flessibili rispetto a quelli, fortemente limitanti, del sangue nel metodo di acquisizione della cittadinanza *iure sanguinis* o del territorio nella modalità *iure soli*, corroborando al tempo stesso una visione più moderna di cittadinanza⁶⁰.

56 Per alcuni rilievi critici mossi al cosmopolitismo, cfr. D. Heater, *World Citizenship: Cosmopolitan Thinking and Its Opponents*, London, 2004.

57 Come teorizzato in H. Arendt, op. cit.

58 Per una disamina su dubbi ulteriori e approfondimenti in merito, cfr. A. Spadaro, *La Carta europea dei diritti fra identità e diversità e fra tradizione e secolarizzazione*, in "Quaderni regionali", 1 (2002), n. 21, pp. 139-193.

59 Per un'analisi puntuale del processo di integrazione europea, specie se studiata adottando un approccio critico, v. C. Atzeni, op. cit., pp. 65-263.

60 È assai diffusa la tesi, peraltro qui condivisa, secondo la quale la residenza, il domicilio, la dimora stabile) per l'attribuzione di diritti. Sul punto, cfr. P. Carrozza, "Noi e gli altri. Per una cittadinanza fondata sulla residenza e sull'adesione ai doveri costituzionali", in E. Rossi, F. Biondi Dal Monte, M. Vrenna (a cura di), *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, 2013.

5. Conclusioni

Dalle due visioni idiosincratiche sostenute da Michael Walzer e Jürgen Habermas si può arrivare alla conclusione secondo la quale è difficile arrivare a una definizione univoca di cittadinanza.

Si potrebbe però azzardare una concezione della stessa che unisca gli elementi più condivisibili delle varie teorie, cioè l'effettivo legame tra individuo e Stato e la protezione delle individualità del singolo soggetto.

In questo senso, si potrebbe adottare come criterio di accesso alla cittadinanza la residenza, intesa come dimora abituale e sede dei rapporti intrecciati dall'individuo⁶¹: «questa diversa modalità di concepire la cittadinanza [...] potrebbe infatti condurre verso una ridefinizione normativa dello status di cittadino, aderendo ad un diverso approccio, quello appunto basato sulla *residenza*, che assume un diverso criterio per l'attribuzione della cittadinanza che si sostanzia semplicemente nel risiedere sul territorio di un determinato Stato»⁶².

È pacifico, pertanto, che la cittadinanza oggi consista nell'appartenere a una comunità, agendo in essa in senso politico, cioè in comunione con gli altri e in una posizione di sostanziale uguaglianza raggiunta grazie a dei criteri oggettivi di acquisizione della cittadinanza, che non si fondano su criteri tanto divisivi quanto casuali come il sangue o il territorio⁶³.

Essere cittadini è, pertanto, non il punto di arrivo della costruzione dell'identità del singolo, bensì il suo punto di partenza.

Linda Brancaleone è dottoranda di ricerca in "Ordine giuridico ed economico europeo", curriculum "Teoria e Storia del diritto: Socialità e Sfera Pubblica Sovranazionale", presso l'Università "Magna Græcia" di Catanzaro

linda.brancaleone@studenti.unicz.it

61 Nel presente articolo si è scelto deliberatamente di usare in modo promiscuo i termini residenza e domicilio. In merito, v. F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, pp. 131-132.

62 In L. Mellace, *La libertà di circolazione e soggiorno come "pietra angolare" della cittadinanza europea: il problema dei cittadini economicamente inattivi*, in "Dirittifondamentali.it", (2022), n. 3, p. 183. Il corsivo è del testo originale.

63 Una perfetta sintesi di questa concezione si ritrova nel pensiero del filosofo del diritto Ronald Dworkin, specialmente in R. Dworkin, *Law's Empire*, London, 1986; Id., *Freedoms Law*, London, 1997; Id., *Equality, Democracy, and Constitution: We the People in Court*, in "Alberta Law Review", (1990), n. 2; Id., *Liberal Community*, in "California Law Review", (1989), n. 3.

What does human flesh taste like? Some reflections on cannibalism considering anthropology, sociology, and psychoanalysis

Davide Costa

ABSTRACT

The aim of the present contribution is to analyze the concept of cannibalism from different points of view: from the historical one to the classification one, then moving on to a brief anthropological examination and focus on the Freudian vision of cannibalism and its symbolic meaning, concluding with an attempt at a sociological analysis of the phenomenon. The conclusion reached in this contribution is the persistence of the concept of cannibalism in individuals, even if under a merely symbolic profile.

Lo scopo del presente contributo è quello di analizzare il concetto di cannibalismo da diversi punti di vista: da quello storico a quello classificatorio, per poi passare ad una breve disamina antropologica e un focus sulla visione freudiana del cannibalismo e del suo significato simbolico, per poi passare ad un tentativo di analisi sociologica del fenomeno. La conclusione a cui si giunge in questo contributo è la persistenza del concetto di cannibalismo negli individui anche se sotto un profilo meramente simbolico.

CANNIBALISM: A BRIEF HISTORICAL
AND CLASSIFICATION INTRODUCTION

Cannibalism as a theme has made a comeback in the past year thanks to some films such as Luca Guadagnino's *Bones and Hall* and *Dahmer - Monster: The Jeffrey Dahmer Story*.

Feeding on another human being is one of the most deeply rooted taboos, present above all in the most evolved societies¹. Nevertheless, feeding on one's own kind is an unacceptable act for "civilized"

¹ D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, Roma, 2023, p.16.

PAROLE CHIAVE

CANNIBALISMO; SOCIOLOGIA;
ANTROPOLOGIA; PSICOANALISI;
ANALISI TRANSDISCIPLINARI.

KEYWORDS

CANNIBALISM; SOCIOLOGY;
ANTHROPOLOGY; PSYCHOANALYSIS;
TRANSDISCIPLINARY ANALYSIS.

ized" society. Acts of barbarism are everywhere: morality, and therefore adherence to a common normative and value horizon does not allow discounts, it is not admitted that forms of deviance exist. Cannibalism and the conflicting nature of humans have always been present in the history of societies: there is no society without conflicts and there are no conflicts without some form of cannibal act, even if only symbolic².

Cannibalism can be defined as a relational act that is established between the cannibalized and the cannibal and consists of the consumption of

² D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, cit. p.11.

another human's body matter, whether consensual or not³.

The term comes from the indigenous word *carib*, which means Caribbean or *carib*, or according to other sources from *caniba* or *dog*. This word was introduced by Columbus that in this regard in his diary wrote «bad savages, that is, those who comen carne humana»⁴. The contemporary historian of Columbus, Pietro Martire d'Angheria, already used the term *cannibal* in 1493, in fact in a letter he wrote «ferorum hominum, quo vocant canibales sive Caribes»⁵. Subsequently, the term *cannibal* spread in Europe during the late 15th century; in fact, Pietro Bembo used this term in the *Arsolani*⁶ of 1507. Long before Columbus, the Greeks referred to this practice with the term *anthropophagy*, that is, which arises from the fusion between *anthropos*, man, and *phagia*, which means to eat. Therefore, the term *anthropophagy* means the act by which a human being feeds on human flesh; therefore, both the victim and perpetrator belong to the same species. The Romans, on the other hand, used the term «homophagy», from Latin *omophagia*, which derives from *omòs*-raw and *phagia*- to eat.

From a historical point of view, cannibalism would appear to have established more than 70,000 years ago⁷, i.e. from the period in which Neanderthals appeared. On the cannibal tendency of Neanderthals were identified above all skulls on which it is possible to detect of manipulations⁸. Famous is the skull of *Circeo* in which signs of cannibalistic ritual funerary practices typical of many Neanderthal paleanthropes can be found⁹. Other types of prehistoric elements are found on some skulls of *Homo pekinensis*, dating to the Middle Pleistocene (about 350,000-450,000 years); the most striking proof of this would be the so-called *foramen magnum*, i.e. the hole present on the occipital bone

through towards which the brain continues with the spinal cord, manipulated and enlarged, which would suggest that have been practiced to extract and eat the brain¹⁰.

It is from the Middle Ages that cultural information begins to be found. In this regard, during the Inquisition, cannibalism was used as an accusation against participants in rites such as witches' sabbaths¹¹. In this regard, for example, the historian Giambattista Della Porta told of having met one of those «witches» dedicated to sucking blood from babies still in swaddling clothes¹². In demonological literature, inquisitors insist about the ravenous attitude of sorcerers and witches, being so dedicated to the killing and subsequent banquet made of human flesh even by their own children. Tartabini¹³ explains how in Switzerland, precisely in these periods, there was the practice of child anthropophagy; first of all, the children were killed and buried, they were dug up to be boiled to a pulp; the liquid thus, came used both as an ointment for various magical rites and drunk collectively during ceremonies. Moreover, cannibalism was one of the accusations of the Jews during the 1st and 2nd century, persecution of Christians AD, the Eucharist itself being a form of cannibalism symbolic-ritualistic sacrifices; the Jews during the persecutions claimed Catholics collapsed when they threw the hosts into the blood of the slaughtered children¹⁴. Between the 11th and 12th centuries it was known the cannibalism of heretics who, organizing themselves into sects, practiced an initiation rite based on the flesh of infants, who, afterwards had been cooked until they were reduced to ashes, they were worked by the initiate. These were infants conceived during incestuous rites who were killed after giving birth directly you in the mother's womb¹⁵. Cases are reported from the 16th to the 18th century of cannibalism in the old continent by peasants and disinherited to the detriment of officers and nobles, at the end of the front addressing the serious crises they went through in these periods¹⁶. Especially in France and

3 C. Clerk, *The cannibal sign*, in «Royal Anthropological Institute News», n. 8, 1975, pp. 1-3.

4 C. Columbus, *I diari di bordo*, Roma, 1992, p.46.

5 P.M. d'Angheria. *Fuentes históricas sobre Colón y América*, Mexico, 2012, p.56

6 G. Folena, *Le prime immagini dell'America nel vocabolario italiano*, in «Bollettino dell'Atlante linguistico Mediterraneo», n. 13-15, 1971-73, p. 35.

7 A. Tartabini, *Cannibalismo e antropofagia*, Milano, 1997, p.35

8 P. Villa. *Cannibalism in Prehistoric Europe*, in «Evolutionary Anthropologist», n. 3, 1992, pp. 93-104.

9 S. Sergi, *Il cranio neandertaliano del Monte Circeo*, in «Accademia Nazionale dei Lincei», n.29, 1974, pp.34-45

10 A. Tartabini, *Cannibalismo e antropofagia*, cit., p. 33.

11 C. Ginzburg, *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Torino, 1982, p. 309.

12 G.B. Della Porta, *La Magia Naturalis*, Berna, 2001, p. 56.

13 A. Tartabini, *Cannibalismo e antropofagia*, cit., p.79.

14 D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, cit. p.33

15 *ibidem*.

16 A. Tartabini, *Cannibalismo e antropofagia*, cit., p.78

Germany, during the religious wars of the sixteenth century, when the contrasts between reformists and counter-reformists will reach their peak, the Hugos before the Calvinists and then the Lutherans, were accused of the same faults (including the practice of cannibalism) that were attributed to the Catholics during the conquest of the Americas¹⁷. A trace of cannibalism in the Napoleonic era was at found by the French historian Alain Corbin that indicated the Dordogne, a county in which the more affluent social classes considered the peasants how primitive cannibals. During the French revolution, in a small country, namely, Caen, a man was killed and there the head and entrails were hung on a pole, a few pieces of meat was cooked by the baker and finally the sexual organs they were taken by some groups of women¹⁸. In Europe, the practice of cannibalism continued throughout the post-Renaissance period in the form of medical or therapeutic cannibalism¹⁹. It's about a peculiar form of cannibalism where heart, marrow, and human blood are believed to have a therapeutic function, and which has found space in medical health practices. In particular, the intake of human meat was prescribed, coming from the dead by decapitation or hanging, for the treatment of epilepsy²⁰. This is where mummy shops are born in Great Britain, i.e., pharmacies well stocked with mummified meat. To obtain this product, the following practice was used: the meat, after being immersed in water for throughout the day, it was sprinkled with myrrh powder and aloe root extract, and then dipped in alcohol and turpentine for another day; the operation was repeated twice and then was hung and dried²¹. Therapeutic cannibalism was already known to the ancient Romans who were convinced that epilepsy could be cured by sucking blood from gladiator wounds. This type of treatment was maintained until the eighteenth century²².

During the 19th and 20th centuries there were many cases of cannibalism: the Russian famine of

1921-1923²³, and in the Holodomor in Ukraine in 1932-1933²⁴; this was reported by survivors and later confirmed by various Soviet documentary evidence. These great famines, which led many people to death, stimulated resorting to anthropophagy and the trade of human flesh. Especially children were victims, who were kidnapped, killed, and their flesh sold, sometimes crushed treated like animal flesh. Other cases have been documented as inmates in Nazi concentration camps. In this regard, Kobi Kabalek²⁵ argues that in attempting to express a sense of radical dehumanization of the Nazi camps and convey its horror, some survivors' accounts reconstruct the appalling reality of the camps as parallels to familiar, older stories of cannibalism that occur in remote, brutal places deprived of civilization. In relatively more recent times, there have been a few particularly interesting cases of cannibalism: the accident, with the plane in the Andes in 1972, and the adventure of Schneebaum told in his book²⁶. In the first case, in the plane crash, there is a case of anthropophagy by "civilized" individuals. In December 1972, a plane crash in the Andes in Chile. Many people died while others were unharmed; until help was slow to arrive, the survivors practiced act of cannibals against deceased comrades, whose bodies remained conservative for many days due to the low temperatures. The second case, on the other hand, refers to the experience of a Westerner, Tobias Schneebaum, who was taken prisoner by members of the Akarama Indian tribe, in the 50s. Many other cases of cannibal acts have been committed by different serial killers both in the past ages and very recently.

While the existence of cannibalism has been disputed, particularly in tribal societies, there is no doubt from multiple historical records that there have been many reliably reported cases. Cannibalism occurs for several reasons and may be classified into two broad categories of exo- and endocannibalism²⁷. With exocannibalism, the victim

17 D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, cit. p.40

18 A. Corbin, *Un villaggio di cannibali nella Francia dell'Ottocento*, Bari, 1990.

19 K. Gordon-Grube, *Anthropophagy in post-renaissance Europe. The tradition of medicinal cannibalism*, in "American Anthropologist", n.2, 1988, pp. 405-409.

20 D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, cit. p.41.

21 *ibidem*.

22 *ibidem*.

23 P. Melograni, *Le bugie della storia*, Milano, 2006, p. 44.

24 R. Conquest, *Raccolto di dolore. Collettivizzazione sovietica e carestia terroristica*, Firenze, 1986, p. 43.

25 K. Kabalek, *Jungle law reigned among the prisoners": the meaning of cannibalism in the testimonies of Nazi concentration camps' survivors* in "Heritage, Memory and Conflict Journal (HMC)", n. 3, 2023, pp.71-74

26 T. Schneebaum, *Sono stato un cannibale*, Milano 1974.

27 R.W. Byard, *Cannibalism—overview and medicolegal issues* in

is selected from outside the social group or community that is engaging in anthropophagy. This may be explained by nutritional issues, as outsiders are being hunted as a source of food, or by tribal issues in cannibalistic rituals. The aim of the latter is often to demonstrate complete dominance over a fallen foe and to subjugate or incorporate their spirit into self²⁸. Endocannibalism refers to cases where victims derive from the same social group and may be subclassified as aggressive when the victim is an enemy or affectionate when family or friends are involved. Again, the explanation may be simply nutritional or ritual domination and/or incorporation of the victim into the perpetrators²⁹. A more functional classification is based on issues of consuming human tissues and has the following subgroups: (1) nutritional or gastronomic, (2) ritual and (3) pathological³⁰. Nutritional cannibalism refers to the early hominids engaged in cannibalism as fellow group members were readily available for consumption³¹ and also that it served to dispose of corpses, thus decreasing the attention of animal predators around camps. The basis of nutritional cannibalism is simply the use of human tissues or organs for their calorific value. It most often occurs in situations of acute starvation when groups are deprived of food or become isolated from their usual food resources³².

CANNIBALISM AND ANTHROPOLOGY: A BRIEF OVERVIEW

Analyzing cannibalism means first of all colliding with the «big paradox of cannibalism»³³ considering that on the one hand, even alone mentioning it stimulates sensations and reactions of absolute disgust and intolerance, on the other hand, the historical archaeological evidence is irrefutable: cannibalism has accompanied the evolution of the human species. Even more paradoxical is the fact that there is no real traceability of the phenomenon in

²⁸ «Forensic Science, Medicine and Pathology», in press, 2023.

²⁹ *ibidem*.

³⁰ D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, cit. p.28.

³¹ Tartabini, *Cannibalismo e antropofagia*, cit., p. 36.

³² R.W. Byard, «Cannibalism—overview and medicolegal issues» in *Forensic Science, Medicine and Pathology*, in press, 2023

³³ D. Costa, *Cannibalismo Questioni di genere e serialità*, cit. p.43.

³⁴ *ibidem*.

contemporary society, nor is there, in other words, a solid theoretical practical framework for analyzing the phenomenon in depth.

From an anthropological point of view, Montaigne's essay on cannibalism is often cited as a precursor to the development of later ideologies of cultural relativism³⁴. Among the first scholars who searched to explain cannibalism, Malthus³⁵ defines it as an adaptive behavior between subject and/or group in relation to environmental conditions unfavorable together with a human nature governed by evil, wild and self-preservation instincts. In this regard, it is necessary to remember how Machiavelli³⁶ and later Hobbes³⁷ identified the human being an aggressive, atavistic propensity in which it could fit cannibalism as the maximum expression *homo homini lupus*, since the wolf is not only a carnivore, but it is also, very often, a cannibal. Rousseau³⁸ also argued that at the basis of human sociality derives from the ability to identify with others and the fastest and most effective way was to eat totally the other. Edward Burnett Tylor³⁹, father of cultural anthropology, was the first anthropologist to propose a definition of cannibalism as a form of survival, i.e., a residual atavistic of a tradition rooted in primitive peoples with the aim of coping with the shortage of food; in this way the anthropologist considers anthropophagy as the highest expression of the uncontrollability of instincts. Specifically, this scholar believed that cannibalism was a practice of empowerment that considers the cannibal in the position of a racialized other, not so much dangerous as innocent and naïve. In an anecdotal story about an English Merchant in Shanghai, Taylor wrote that «he, the merchant met his Chinese servant carrying home a heart and asked him what he had got there. He said it was the heart of a rebel, and that he was going to take it home and eat it to make him brave»⁴⁰.

³⁴ D.M. Marchi, *Montaigne and the New World: The Cannibalism of Cultural Production* in «Modern Language Studies», n.4, 1993, pp. 35-54.

³⁵ T.R. Malthus, *An Essay on the Principle of Population*, Cambridge, 1992, p.45.

³⁶ E.W. Cochrane, *Machiavelli: 1940-1960*, in «The Journal of Modern History», n.33,1961, pp. 114-136.

³⁷ T. Hobbes, *Hobbes: On the citizen*, Cambridge 1998, p.27.

³⁸ J.J. Rousseau, *The Social Contract and other later political writings*. Cambridge, 2018, p.56.

³⁹ E.B. Tylor, *Primitive culture. Researches into the development of mythology, philosophy, religion, language, art and custom*, Boston 1874, p. 104.

⁴⁰ Ivi p. 131.

Similarly, another pioneer in the anthropological study of non-European cultures, John Lubbock, tied cannibalism to destitution, wretchedness, and misery, thus implicitly elevating British life as a paradigm of freedom, nobility and sustenance «the true savage is neither free nor noble; he is a slave to his own wants, his own passions, imperfectly protected from the weather, he suffers from the cold of night and the heat of the sun by the day (...) hunger always stares him in the face, and often drives him to the dreadful alternative of cannibalism or death»⁴¹.

Subsequently, Lewis H. Morgan⁴², with an evolutionist approach, argued that mankind would progress through various forms of production and nutrition, for which cannibalism is the decline of practice caused by the progressive increase of foodstuffs in terms of quality and quantity. With Malinowski's⁴³ functional analyzes cannibalism is considered as a true response to the needs of the community, since it is born as a social tool and collective communion. Cannibalism, in these terms, is not a simple act one feeds upon, but it is a factor cultural and therefore mythological and consequently spiritual, not necessarily an expression of callousness or inhumanity. Sahlins⁴⁴ observations about Aztec cannibalism provide a clue to the theoretical shift taking place during the 1970s and 1980s on matters of cultural belief, cosmology, and ritual. He said «the practical function of institutions is never adequate to explain their cultural structure»⁴⁵. This scholar argues that the cultural sense of cannibalism is the concept of it as set by its place in a total cultural scheme, which gives it a differential value in relationship to other categories or concepts.⁴⁶

In the same period, the anthropologist Evans-Pritchard⁴⁷ studied cannibalism in Africa, in particular among the Azande and defined cannibalism as the expression of traditional elements and predefined logic, completely functional with respect

41 J.Lubbock, *Prehistoric times as illustrated by ancient remains and the manners and customs of modern savages*, London., 1913, p.586.

42 R.H. Lowie. *Evolution in cultural anthropology: A reply to Leslie White*, in "American Anthropologist", n.48,1946, pp. 223-233.

43 B. Malinowski, *Teoria scientifica della cultura e altri saggi*, Milano, 1974, p. 335.

44 M. Sahlins, *Culture as protein and profit*. New York, 1978, pp. 45.

45 *ibidem*.

46 *ibidem*.

47 E.E. Evans-Pritchard, *Gli Azande. Storia ed istituzioni politiche*, Milano, 1976, p. 302.

to the needs of the people studied. He also thought that there were ethnic and geographical variations and that was probably not a regular practice.

Anthropologist Margaret Mead⁴⁸ has superficially analyzed cannibal ideation and tales of three peoples: the Ciambuli, the Arapesh and the Mundugumor, called cannibals and with an aggressive, cruel and ferocious character. Even though cannibalism was forbidden during her observations, the scholar underlined the presence of a strong cannibal ideation.

In the anthropological field, however, a current of thought denied the real existence of cannibalistic practices; especially William E. Arens, published his monograph, in which, precisely regards cannibalism as a myth, contesting the validity of different accounts, especially of the ethnographic type, provided by his predecessors and contemporaries since excluding the cannibalism of survival would not have found other evidence but only: rumors, suspicions, fears, accusations, but not a satisfactory first-hand account⁴⁹. Hence, for this scholar, cannibalism is nothing but a mythological label with which to brand different cultures, so to speak foreign, a test of European ethnocentrism than any other civilization.

By the 1980s, global theorizing about cannibal practices was judged to be decidedly premature. Anthropologists were said to be notably uninformed about cannibalistic ideas and practices in specific cultural settings, and a volume of essays was offered in the hope of advancing our knowledge and cultural understanding of this aspect of human fact and fantasy⁵⁰.

During the 1990s, anthropologists continued to document the diversity of bodily practices and beliefs in particular locations, asking in each instance what it meant for those who practiced it⁵¹. In this period, an anthropologist, Ewald Volhard, departs from the ethnocentric approach of his predecessors towards cannibalism, coming to define it as a transversal event that allows to be able to attribute a "new" dignity to a phenomenon endemic and in any case inherent to mankind. Volhard does not seek the why of cannibalism, but how, therefore the ways in which it manifests itself⁵².

48 M. Mead, *Sesso e temperamento in tre società primitive*, Milano, 1977, pp 336-337.

49 W. Arens, *Il mito del cannibale*, Torino 1979, p.67.

50 S. Lindenbaum. *Thinking About Cannibalism* in "Annual Review of Anthropology", n.33, 2004, p.481

51 *ibidem*.

52 E. Volhard, *Il cannibalismo*, Torino, 1999, p.56.

Moreover, Sutton looked beyond the ideology of politically sanctioned cannibalism during the Cultural Revolution to the cultural factors underwriting and justifying the practice⁵³. Verrips suggested that cannibal issues in recent movies, books, and music, as well as in foods named after human body parts, provide substitutes and imaginary satisfaction for cannibalistic tendencies in societies where the Eucharist has lost much of its sway. The substitution of newer for older forms of sublimation thus harnesses in culturally appropriate ways the deep-seated (and accompanying anxiety) of humans to eat their own kind⁵⁴.

Thus, in this period the focus of scholarly attention turned instead to the mirrored reflections of both acts and fantasy to be found in diverse behaviors and beliefs⁵⁵. Reluctant to deny the reality of cannibal practices prior to contact, in ways in which the rubber boom and the brutal imaginary of cannibalism for all concerned⁵⁶.

In the 2000s, the most recent analysis of cannibalism was proposed by Lévi-Strauss. The anthropologist argues that the presence increasingly evident in its deliberately unnoticed cannibalism. More precisely, he believes that since cannibalism consists in the act of voluntarily introducing, in the body of some humans, parts or substances of the body of other human beings, then most of the therapeutic techniques are nothing but the most evolved form of cannibalism: organ transplants, transfusions, the use of hormones pituitary, skin grafts or other body parts from corpses, etc.⁵⁷. The anthropologist's goal would be to exorcise the concept of cannibalism, emphasizing how it is necessary to consider this phenomenon as a normal one not as a factor of discrimination between savage societies from those civilized⁵⁸. Actually, such a concept has already anticipated it in the past⁵⁹.

53 D.S. Sutton, *Consuming counterrevolution: the ritual and culture of cannibalism in Wuxuan, Guangxi, China, May to July 1968* in "Comparative Studies in Society and History", n.37, 2009, p.169

54 J. Verrips, *Ik kan je wel opvreten: En(i)ge notities over het thema karnibalisme in westerse samenlevingen* in "Etnofoor", n.1, 1991, p.50.

55 L.R. Goldman, *The anthropology of cannibalism*, Westport, 1999, p.47.

56 S. Lindenbaum. "Thinking About Cannibalism", cit. 2004, p.481.

57 C. Lévi-Strauss, *Siamo tutti cannibali*, Bologna, 2015, p.99.

58 *ibidem*.

59 C. Lévi-Strauss, *Tristi tropici*, Milano, 2008, pp.331-332.

CANNIBALISM IN PSYCHOANALYSIS

«What is a cannibal who has eaten his father and mother? An orphan. And if he has eaten all his other relations as well? The sole heir»⁶⁰. This brief passage summarizes, in some ways, Freud's position⁶¹ on cannibalism. The father of psychoanalysis dedicated many reflections on cannibalism, although many of these have been little mentioned in the scientific literature.

Freud considered cannibalism as a frame of unconscious memory shared by all humans. Cannibalism, in Freud's theory, stands at the root of the emergence of subjectivity and social: basically, a horde of sons, motivated by incestuous wishes for their mother, murder their father and consume his body in an act of primordial cannibalism: «Cannibal savages as they were, it goes without saying that they devoured their victim as well as killing him»⁶².

Practically, the elimination of the father satisfied their hatred, but instead of giving them pleasure, it allowed the affection for the father to emerge along with feelings of guilt. Therefore, the guilt from this act became the «beginning of so many things—of social organization, of moral restrictions and of religion»⁶³. Following the evolutionary schema of religion, Freud thinks that the law of the primal Father institutes early totemic religions around two prohibitions that structure and hold communities together: one must not kill, and one must not eat the sacred animal⁶⁴. The sacred animal replaced the primal father and is a practical symbolization of the prohibition of the law and of the taboo to incest. Furthermore, for Freud, God there is an idea emerging from this sacred totem, which imposes the law and, through religious structures, ensures its observance. Christianity, on the other side, proposed a method of allaying guilt: Christ, who in sacrificing himself, redeemed the company of brothers from original sin⁶⁵. In Freud's theory, «the ancient totem meal was revived in the form of communion and the Christian communion (...) is essentially a fresh elimination of the father, a

60 (a cura di) S. Freud, J. Strachey, A. Freud, A. Strachey, A. Tyson *The Standard Edition of the Complete Psychological Works of Sigmund Freud, Volume XVIII (1920–1922): Beyond the Pleasure Principle, Group Psychology and Other Works*, London, 1955, p. 153.

61 D. Costa, *Conflict between creation and destruction, a sociological proposal* in *Science & Philosophy*, n.10, 2022, pp.139-156.

62 *ivi* p. 142.

63 *ibidem*.

64 *ivi* p.104.

65 *ibidem*.

repetition of the guilty deed»⁶⁶. Considering the resemblance between the Christian ritual and a prehistoric myth, Freud challenges the colonial dichotomy between the Christian self and the savage one by pointing to a shared unresolved guilt that needs to be ritualistically cleansed. Freud followed the implications of paternal cannibalism, as a practice which at once gave rise to, and was repudiated by, the social, by embroidering it into his theory, silencing the provocative critique of Christianity and advancing the assumption that cannibalistic wishes are part of the human psyche «the instinctual wishes that (...) are born afresh in every child (...) are those of incest, cannibalism and lust for killing»⁶⁷. Moreover, Freud stated that «the earliest stage of sexual development was the «oral cannibalistic stage that is informed by a relic of cannibalistic desires»⁶⁸. Furthermore, Freud argues that what is expressed through the mouth, love and aggression, the pleasure derived from nutrition as well as sexual pleasure, are part of a phylogenetic heritage tied to the human condition. Oral cannibalism becomes the «prototype»⁶⁹, Freud asserted, for the mechanism of identification, a psychological process modelled on physical incorporation, which is visualized as taking someone in, digesting and being physically as well as psychologically formed by them. The cannibal trope is associated in Freud's writing with identification, with the pivotal mechanism of acquiring one's self. Later the psychoanalyst K. Abraham distinguished a second stage, the oral-sadistic one⁷⁰, in which the pleasure of sucking replaces the fantasy of devouring ambivalent: the object one would like to assimilate is simultaneously a source of pleasure and desire, that's why devouring the mother's breast (or the father's penis) is «the ghost» of the incorporation of the lost object. However, Freud further analyzed the concept of cannibalism also in relation to melancholia that represents «an excellent opportunity for ambivalence in love relationships to make itself effective and come into the open»⁷¹. What melancholic identification highlights the desire to cannibalize the object, to take it in and destroy it: «the ego wants to incorporate this object into itself, and, in accordance

with the oral or cannibalistic phase of libidinal development in which it is, it wants to do so by devouring it»⁷² (Ibid., p. 241). The ego turns against itself narcissistically and self-destructs, as Diana Fuss put it: «Turning identification's violent impulses completely inward, the ego consumes itself in an act of auto-cannibalism»⁷³. Considering that in melancholia the cannibalistic wishes of the primary narcissistic identification, resurface and consume the ego, Freud postulates this psychological condition with particular meaning. With cannibalistic wishes, through incestuous ones, the Freudian psychoanalytic subject is formulated on the assumption of a historical psychological continuity from the prehistoric primal crime to the 1920s Viennese unconscious. The ambivalent wishes against the ancestral father, Freud postulates, have become repressed in the unconscious of humanity and affirm their existence in the intense self-consumption of the melancholic. In regressing to a cannibalistic stage of development, the melancholic acts out this prehistoric wish to eliminate and become the father, but because of the taboo on cannibalism, the libido originally directed towards this object becomes distorted and is turned back against the melancholic herself. For Freud, Abraham links psychological inhibition with the loss of appetite, as a symbolic withdrawal from any form of nurturing incorporation⁷⁴. Thus, one might postulate that the figure of the melancholic, linked to a process of identification modelled on cannibalistic incorporation, unconsciously carries a form of guilt concerning this process of cannibalistic identity formation that has been repressed by the social. Freud, therefore, introduced «an interesting parallel in the belief of primitive peoples, and in the prohibitions based upon it, that the attributes of animals which are incorporated as nourishment persist as part of the character of those who eat them. As well known, this belief is one of the roots of cannibalism and its effects have continued through a series of usages of the totem meal down to Holy Communion»⁷⁵. The Christian ritual of communion, in Freud's theory, about the existence of an unconscious guilt emanating from the wish to collectively repeat a guilty deed, to consume the god's body in order to purge the guilt of having eaten him

66 *ivi* pp.154-155.

67 *ivi* p.10.

68 *ivi* p.159.

69 *ivi* p.198.

70 *ivi* pp. 286-335.

71 *ivi* p.251.

72 *ivi* p.241.

73 D. Fuss, *Identification papers: readings on psychoanalysis, sexuality, and culture*, New York, 1995, p.37.

74 *ivi* p.241.

75 *ivi* p.29.

in the first place. Freud's interpretation of identification insisted that Christian subjectivity, like all other forms of human subjectivity, is rooted in a history of cannibalistic identification. In Freud's account of group psychology, the group, in this case the Christian church, revives the ambivalence felt by the prehistoric sons towards the ancestral father, but due to its incapacity to 'murder and devour' the leader, as the sons once did, the group projects outwards any aggression originally felt for the leader. Indeed, the group, like the worshippers of the Catholic Church, is sustained by a symbolic consumption of the leader's body, an identification between the member's ego ideal and the leader. Freud is also considering the sociological mechanism of totalitarian groups: while the group is made between the love of its members and the equal love of the leader for the members, the fundamental ambivalence of identification cannot be expressed within the group and is projected outwards. Therefore, Freud considers the cannibal, the prototypical figure of identification, had «a devouring affection for his enemies and only devours people of whom he is fond»⁷⁶. This represents a paradox that Freud shows that by making cannibalism a taboo, the group disowns precisely such a devouring fondness. Practically, the group forgoes an aggressive wish to possess the other and refuse their psychic and physical separateness. Groups such as the Catholic Church depend on rituals that allow them to forgo these inner wishes, as they cannot be worked through otherwise. Importantly, Freud laid out a particular mechanism of identification, which, although fragmented and unsystematic, nonetheless arose from a symbolic use of the cannibal trope that held the association between possessing the other and a violence which, at the same time, did not refrain from embodying a concealed critique of subjectivity.

Finally, Freud considers in the concept of cannibalism a series of meanings related to anti-Semitism. In particular, Freud states that in the anti-Semitic imagery, Christian guilt was displaced and projected onto the figure of the Jew, who was therefore the guilty figure: «You (Jews) killed our god!»⁷⁷. Moreover, Freud asserts that what this negation did to the history of the Judeo-Christian religions was to replace «the blissful sense of being chosen to carry the guilt of the primal crime with the «liberat-

ing sense of redemption»⁷⁸, a sense of redemption that also freed the Christians from the guilt of their violent, cannibalistic and murderous instincts. But the fight of guilt needs the dependence on the sacrificial ritual of communion and the reiteration of a repressed act of prehistoric cannibalism⁷⁹. Considering the cannibalistic resemblance of the communion, Freud sustained that anti-Semitism retains the prehistoric memory of cannibalism repressed, exposing the hypocrisy of Christian anti-Semitism. In conclusion, according to Freudian theory, the history of religion revealed Christianity's obliviousness to its own repetition of primitive cannibalistic rituals. The past writes Freud survives in «excellent replicas»⁸⁰ as sustained by Tylor according to his concept of survival⁸¹. Thus, Freud was pointing at something critical about the Christian unconscious without fully formulating it. His theory of the proximity between Christian identity and cannibalism remained fragmented and arrested at the level of demonstration, overshadowed by a more powerful interrogation of Judaism's origins.

CANNIBALISM IN SOCIOLOGY

If anthropological and psychoanalytic theories have so far been discussed, from a sociological point of view, we do not have available a real analysis on cannibalism, first of all, always sociology, completely neglected the relevance of nutrition as a social fact, and furthermore as a result of that paradox about cannibalism, which has already been mentioned, not has still been carefully considered. In this regard, it is important to remember that nor is it revealed in an examination of the sociological "classics" except in passing⁸², not even in Veblen's theory of conspicuous consumption⁸³, Elias's⁸⁴ inclusion of table habits in his exposition of the civilizing process in Europe, or Blumer's⁸⁵ use of

78 ivi p.135.

79 ivi p.101.

80 vi p.84.

81 E.B. Tylor, *Primitive culture*, cit., p.104.

82 S. Mennell, *All Manners of Food: Eating and Taste in England and France from the Middle Ages to the Present*, Oxford, 1985, p.57.

83 T. Veblen, *The Theory of the Leisure Class*, New York, 1899, p.7.

84 N. Elias, *The Civilising Process*, Oxford, 1939, p.16.

85 H. Blumer, *Symbolic Interactionism: Perspective and Method*, New Jersey, 1969, p.45.

76 ivi p.105.

77 ivi p.90.

responses to feeling hungry to illustrate what symbolic interactionists mean by self-indication, representing a fundamental part of the formation of meaning in social life whereby a person has to indicate to themselves whatever or whoever (including their own bodily experience) it is toward which they are acting. Simmel's discussion of "the meal" is probably one of the exceptions in that he takes it as a substantive focus, examining its part in the emergence of sociality and temporal regularity⁸⁶.

One of few⁸⁷ attempts at a sociological analysis of cannibalism, it was proposed by Georges Guille-Escuret and his trilogy *Sociologie comparée du cannibalisme*⁸⁸, in which cannibalism is analyzed as a social event endogenous to society. The concept of cannibalism, under this point of view, recalls that of the incorporation of culture, that is, the introjection of what comes from the society inside of themselves. This complex process of absorption occurs on three levels: 1) through the process of socialization, i.e., transmission of cultural, traditional and social heritages⁸⁹; 2) through the habitus⁹⁰, i.e., the lens with which to observe reality and the surrounding world; 3) through the power supply. The types of food, tastes, methods presentation, etc. constitute the maximum degree of assimilation of culture into oneself. Feeding on one's own kind, then, might appear as the highest degree of expression of the desire to have the other within himself, to absorb his presence and essence⁹¹. From a sociological point of view, therefore, cannibalism could be understood as the highest degree of expression of the desire to have the other not only in the form of a relationship, but also, and above all, inside one's body. Eating is a "social fact" to put it in terms of Durkheimian, that is, it represents its maximum expression of collective representation⁹². Thus, cannibalism, like any other type of meal, as well as every taboo manifests itself as a real social event with its own

86 M. Symons, M. 1994. *Simmel's Gastronomic Sociology in An Overlooked Essay in "Food and Foodways"*, n. 5, 1994, pp. 333-351.

87 Recently, another attempt at a sociological analysis of cannibalism has been proposed in the essay "Cannibalism, gender issues and seriality", Rome, 2023 by Davide Costa.

88 G. Guille-Escuret, *Sociologie comparée du cannibalisme*, Paris, 2013, p. 44.

89 L. Gallino, *Dizionario di sociologia*, Novara, 2014, p. 556.

90 P. Bourdieu, *Per una teoria della pratica. Con tre studi di etnologia cabila*, Milano, 1972, p. 333.

91 D. Costa, *Cannibalismo*, cit., p.55.

92 A. Appadurai, *Gastro-politics in Hindu South Asia*, in "American Ethnologist", n.8, 1981, pp. 494-511.

structure⁹³. The social and sociological reverberation of the act of eating, regardless of food genre, already is identified in the etymology of the term companion, from the Latin *companiono*, composed of *cūm*, with, and *pānis*, bread; literally, therefore, companion means one who eats bread with the other. Eating becomes essential to be in a relationship, that is, why nutrition, in general, in the area of sociology is regarded as one of the most important mediators, as well as a factor of increase and cementation, of the social capital⁹⁴, i.e., of the broader set variety of relationships enjoyed by anyone. To feed, even on human flesh, in the "eyes" of sociology is, therefore, a meaningful tool, of collective and of social value, since the act of assuming any type of food product becomes a tool of social connection. Food, therefore, can act as an alternative information channel to the word, generating socially sharable meanings that transcend a simple nutritional values or the physical need to eat⁹⁵. It is an important consideration that would seem to call for an explanation of psychoanalysis, or the introjection of the other for being able to symbolically assume the same subject within the own person, as reported in the previous paragraph. Eating human flesh and the respective taste or disgust stimulates to reflect on the relationship between society and taste. Since that food choices are structured and transmitted from the social context of reference, taste is a derivative of it⁹⁶. With Durkheimian echoes⁹⁷, taste both metaphorically and literally, is considered not simply an innate or only a matter of individual psychology, but socially and collectively transmitted; and in this regard, consider the socially distributed variation in the physiological experience of disgust/enthusiasm for eating human flesh.

Another interesting aspect from a sociological point of view concerns the fact that feeding is a ritual act, and cannibalism is almost always attributable to ritual events⁹⁸. In this regard, eating, also human flesh, is commonly habitual, in an everyday routine, at least for those well enough to be able to eat three times a day, that ordinarily lies below consciousness. So, considering what constitutes eating human flesh

93 L. Meglio, *Sociologia del cibo e dell'alimentazione: un'introduzione*, Milano 2017, p.78.

94 D. Costa, *Cannibalismo*, cit., p.56.

95 *ivi* p.58.

96 A. Brillant-Savarin, *Fisiologia del gusto. Meditazioni di gastronomia trascendente*, Milano, 2008, p. 110.

97 D. Costa, *Cannibalismo*, cit., p.67.

98 *ivi* p.60.

is not straightforward, for it is multifaceted and includes: bodily incorporation (habits), social occasions (rituals), and menu selection (conventions)⁹⁹. Eating human flesh requires the orchestration and performance of alternative combinations of bodily techniques, manners, and food selection, all in the field of many other types of related practices dealing with social pressure¹⁰⁰ e.g., eating human flesh in difficult conditions with others, the management of income and other relevant resources, etc.

From a sociological point of view, cannibalism questions the relationship between food preferences or taboos, and symbolic structures in other areas of social life. Cannibalism in some ways and in some cultures it is in line with food rules that are at one with other rule systems which serve to express important social boundaries in the cosmology of the group (between nature and culture, the natural and “man-made” worlds, between human and animal, tame and wild and so on)¹⁰¹; in other cases, such as in Western societies, the cannibal act violates these rules and is therefore considered deviant¹⁰².

In this regard, according to Mary Douglas, nutrition is governed by a series of rules concerning the ways in which food should be used are similar to linguistic codes¹⁰³. Similar to language, food it forms a communicative medium within which a particular idea of social order is realized, with the usage and cultural meanings of food practices embodied in a symbolic and material form the structure within which the individual, and community life is lived out¹⁰⁴. Following this theoretical approach, on the one hand, cannibalism could be considered as the manifestation of an ancestral language¹⁰⁵, which in some subjects or contexts, manifests itself for social, psychological and cultural reasons, on the other, as already said, it is opposed, with these rules and becomes a deviant act.

Furthermore, from a sociological point of view, it is interesting to understand cannibalism acts on

the variety of food habits, because of the tension between, on the one side, forces constraining behavior and meaning to convention and the specific features of particular food systems. The food systems in which cannibalism is established may be classified in complex, subtle, and varied or restricted in rigid, simple, and unvaried. They may be present in social groups, reflecting the ways in which interactions are articulated.

Another interesting element of cannibalism concerns what are defined in the sociology of food as the food occasions¹⁰⁶ which take place in this social setting¹⁰⁷. The structure of the most important types of meals with human flesh is mirrored in the relations between the elements in food events; in fact, the form of the meal has strong implications for those who may be included or excluded from participation, while conversely, the relation between participants have an important forces for the elements, combinations, rituals, timing and so on, of the food occasion.

From another sociological perspective, the concept of cannibalism assumes other meanings which will be briefly presented. Cannibalism, are often used as bogey stories, not only appeal to our fears, but also serve as negative identification patterns, i.e., as examples of how not to be¹⁰⁸. Here, because the prohibition against cannibalism is one of the important taboos, and the very thought of eating somebody, as well as the thought of being eaten, oneself, evokes extreme horror in every human being.

The individual works through his fear of cannibalism by listening to and carrying on these stories. The imaginary cannibal is not only a bogey but also a perfect model for how not to behave as a prototype of barbarism and wickedness. Human beings need these types of negative identification models, and therefore the myth is kept alive. Horror stories about antisocial deviants may have a social function and not be a means for working through personal fears. The most important deviancies are those which are perceived as a threat to the established social order¹⁰⁹.

99 A. Warde, *The Practice of Eating*, Cambridge, 2015, p.78.

100 *ibidem*.

101 M. Douglas, *Food in the Social Order*, New York, 1984, p.89.

102 Deviant is considered variation in behavior goes against the established social norms or is regarded by the majority as wrong or undesirable.

103 M. Douglas, *Food in the Social Order*, cit., p.45

104 L. Gofton, *Sociology and food consumption*, in “British Food Journal”, n.91, 1989, pp.25-31.

105 D. Costa, *Cannibalismo*, cit. p.228.

106 *ibidem*.

107 See the extensive examination of varieties of cannibalistic rituals and related social events in the oft-cited essay “Cannibalismo, Questioni di genere e serialità” by Davide Costa.

108 A. Kirkaldy, *There is no meat that tastes better than human flesh!* “Christian converts’ tales of cannibalism in late nineteenth-century *Sehukubuneland* in “Historia”, n.50, 2005, pp.25-61.

109 *ibidem*.

Finally, the network of references to cannibalism that marks the heritage culture that has come down to the present day.

Assuming that generally, the representation of society in literary texts, or in other types of social representation, and the relationship between these and other social structures, it comes out that the literature is part of the social system of its time, a structure that cannot be adequately analyzed and worked out without the knowledge of some institutions and groups¹¹⁰.

Omitting countless jokes and cartoons and humorous stories about cannibals, cannibals are present in the literature, from the Divine Comedy, in which Dante narrates the sad story of Count Ugolino, to the works of Tommaso Harris (psychiatrist and serial killer cannibal Hannibal Lecter has become a modern icon in this sense), passing through Homer, Guy de Maupassant, Edgar Allan Poe and Mark Twain, and in cinema, just think of the splatter thread, represented by films such as *Cannibal Holocaust*, which had its own culmination in the 70's. Anthropophagy is present in many myths, in fairy tales and folklore, cultural forms strongly linked to the archetypal universe to the history of man¹¹¹. The Greek myth of Dionysus Zagreus wants the god dismembered and eaten by Titans e, and then his heart eaten by Zeus (or from Semele, depending on the version), in such a way as to give birth to a second one turn. Orpheus, after the well-known story of an attempt to recover Eurydice from Hades, was mauled by the Maenads. Kronos devoured one by one children, fearing that they would overthrow (eventually, in fact, he was dethroned by Zeus, the only son who, by deception, was made to escape his truce purpose); the latter episode, quite known and repeatedly depicted, is well represented in a painting by the Flemish Rubens dating to the first half of the seventeenth century and in an even more famous picture by Francisco Goya, painted two centuries later¹¹². Cannibalism is common in fairy tales, cultural products of origin, handed down orally, of great value, allegorical, and so-

110 R. Ahmadi, *Sociology of literature* in "International Journal of Advanced Academic Studies", n.3, 2021, pp.129-133.

111 E. Belfatto, *Il cannibale di Rotenburg: una strana storia d'amore* in "International Journal of Criminological and Investigative Sciences", n.4, pp.32-55.

112 D. Costa, *Cannibalismo*, cit., p.247

biological. Tom Thumb by Charles Perrault and Hänsel and Gretel's brothers, Grimms are among the most popular. It is a good to point out that the fairy tales immortalized by Perrault and the Grimms (respectively, in the 17th century and between the 18th and 19th centuries) they existed far before they were transcribed and collected. These are fairy tales, whose roots are lost in the distant past, not those resulting from the imagination of authors like Andersen, to guard traces of the ancients, rites, of archetypes, and sometimes of the events really happened (think of Bluebeard by Perrault who perhaps drew inspiration from the deeds of Gilles de Rais or the hypotheses on origins of The Pied Piper of Hamelin by Grimm)¹¹³. Tom Thumb and Hänsel and Gretel, in all similar, especially in the incipit where the protagonists are abandoned in a forest with parents who can't feed them, they probably arose from the great ones famines that scourged Europe during the Middle Ages and which led the poorest to acts of cannibalism in order to survive. Both fairy tales, having the theme of hunger in the foreground, read instead in a key psychoanalytic, which would represent the passing of the oral phase of which Freud speaks¹¹⁴. Even the popular tradition is contaminated as a figure somehow related anthropophagy: the werewolf (more or less superimposable to the werewolf), the zombie, and, if we consider a cannibal act also suggest blood, the vampire. It's about characters born from the reworking of facts occurred historically and/or from an attempt to explain phenomena at a time not otherwise explicable, such as transformations, putrefactive diseases, some pathologies or even ailments psychiatric. The zombie and the vampire, both undead, want to regain the soul or the vital energy that no longer possesses and for this they attack the living. Psychoanalytically and sociologically, moreover, their bites have all traits of oral sadism and of the incorporation¹¹⁵.

Another sociological reflection on cannibalism concerns its way of being present in metaphorical language. The importance of the desire for incorporation through cannibalism, symbolic in the human psyche, is documented by the massive

113 *ibidem*.

114 E. Belfatto, "Il cannibale di Rotenburg", cit., p.38

115 *ibidem*.

presence, in common parlance, of metaphors and idiomatic expressions such as “You are an exquisite person”, “I would eat you with kisses”, “You are sweet as sugar”, “You are good like bread”, often having a value sexual. Furthermore, there are acts, which tend to be harmless, that are frequently performed in intimacy, and that they are clearly related to the universe cannibalistic, such as kisses, bites, and hickeys.

Finally, among the daily gestures that hide impulses cannibalistic, as already mentioned, the Eucharist can be included, which for Catholics is the symbolic ingestion of flesh and blood of Christ so that the faithful feel a part of divinity. Similar rituals, which go under the generic name of theophagy, they are also present in many other religions.

CONCLUSIONI

Although cannibalism has been in the history of mankind since its appearance, the idea of cannibalism continues (and will continue) not to be acceptable. In the face of cannibalism, we generally promptly remove any association between the meal and the need to incorporate the other subject in a relational sense. The truth is that cannibalism interests us. It interests writers, historians, or scholars forever. This dark abomination captures our attention like honey for bees. Indeed, on a purely immaterial and metaphorical level, the accounts add up. *Homo homini lupus*, and it must be admitted that the human species is truly unrivaled on this playing field. Humans are absolutely living beings who have invented the most disparate and creative ways to destroy each other. Perhaps even without fully considering, in the capillary programming that some put in place to achieve the malevolent goal - the unexpected onset of destruction: self-destruction. This because by pursuing, knowingly or unknowingly, a given end plan for one's neighbor, it is not exactly that a virtuous circle of noble growth is triggered in the souls of the acting subjects... whether it is for the Machiavellian conquest of the peak of power or for a delicious dinner based on human flesh, the final result doesn't seem to change much.

Davide Costa, sociologist, is a PhD student in sociology of medicine at the “Magna Graecia” University of Catanzaro. His research interest are gender issues, health care, chronic diseases, deviance and social meaning of food and eating. He is a member of editorial board of international journals and author of several international publications, and two scientific essays: “Mangiare da matti: una storia socio-alimentare a Girifalco (e non solo)-Progetto 2000, 2022” and “Cannibalismo, questioni di genere e serialità- Tab edizioni, 2023”.

Davide Costa, sociologo, è dottorando di ricerca in Sociologia della medicina presso l'Università Magna Graecia di Catanzaro. I suoi interessi di ricerca riguardano le questioni di genere, la sanità, malattie croniche, devianza e significati sociali del cibo e dell'alimentazione. E' membro di molti editorial board di riviste interazionali ed autore di molte pubblicazioni scientifiche e di due saggi scientifici: “Mangiare da matti: una storia socio-alimentare a Girifalco (e non solo) -Progetto 2000, 2022” e “Cannibalismo, questioni di genere e serialità- Tab edizioni, 2023”.

davide.costa@unicz.it

Dal “sistema Italia” al “caso Calabria”.

Dal “caso Calabria” al “sistema Italia”. Una riflessione sul principio di leale collaborazione alla luce delle misure di contenimento della pandemia da Covid-19, con uno sguardo alla potestà legislativa concorrente in ambito sanitario

Roberta Pittelli, Sebastian Ciancio, Fenice Valentina Valenti

ABSTRACT

La pandemia da Covid-19 ha messo in evidenza le numerose falle all'interno del sistema politico ed economico italiano. Il presente elaborato si prefigge l'obiettivo di porre sotto la lente di ingrandimento il principio di leale collaborazione tra lo Stato e gli enti decentrati, focalizzando l'attenzione nel periodo della crisi pandemica da Covid-19 contraddistinto, come noto, da un'eccessiva proliferazione legislativa che ha coinvolto tutti gli attori istituzionali con il risultato, a volte, di aver svilito il principio di solidarietà istituzionale sovente elevato a valore principale al quale ispirarsi. Enti decentrati che l'emergenza ha certificato continuino a differenziarsi per efficienza ed efficacia dal punto di vista dei rispettivi sistemi sanitari.

The Covid-19 pandemic has exposed the numerous flaws in the Italian political and economic system. The aim of this paper is to put the principle of loyal cooperation between the State and decentralized entities under the magnifying glass, focusing attention on the period of the Covid-19 pandemic crisis marked, as is well known, by an excessive proliferation of legislation that has involved all the institutional actors with the result, at times, of ha-

ving debased the principle of institutional solidarity often elevated to the status of the main value to be inspired by. Decentralized entities that the emergency has certified continue to differ in efficiency and effectiveness from the point of view of their respective health systems.

PAROLE CHIAVE

PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE;
COVID-19; BUROCRAZIA;
SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE;
RIFORMA TITOLO V COSTITUZIONE ITALIANA;
DIVARIO TERRITORIALE;
MIGRAZIONE SANITARIA.

KEYWORDS

PRINCIPLE OF LOYAL COLLABORATION; COVID-19;
BUREAUCRACY; NATIONAL HEALTH SERVICE;
REFORM OF TITLE V ITALIAN CONSTITUTION;
TERRITORIAL GAP; HEALTH MIGRATION.

SOMMARIO: 1. INTRODUZIONE; 2. LE CRITICITÀ DEL “SISTEMA ITALIA”: IL PROBLEMA DELLA BUROCRAZIA; 2.1. IL PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE; 3. INTERVENTI NORMATIVI “FASE 1” E “FASE 2”: LA PROLIFERAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI; 3.1 (SEGUE) IL “CASO CALABRIA”. BREVI NOTE ALL’ORDINANZA DEL TAR 37/2020; 4. ORIGINI DEL SSN, IMPIANTO NORMATIVO, COMPOSIZIONE E RIPARTIZIONI DELLE COMPETENZE TRA STATO E REGIONE; 5. CRITICITÀ DEL SERVIZIO SANITARIO

NAZIONALE. FOCUS SUL GAP TRA IL SSR CALABRESE VS SSR LOMBARDO. 6. CONCLUSIONI.

INTRODUZIONE

La pandemia da Covid-19 ha improvvisamente messo a nudo le debolezze del sistema politico ed economico italiano. Basti pensare all’annoso problema della burocrazia, al rapporto istituzionale Stato-

Regioni, al sistema economico nel suo complesso. Situazioni largamente note che hanno alimentato il dibattito politico e giuridico. In particolare, prima che nel marzo 2021 la Corte costituzionale assegnasse la gestione dell'emergenza sanitaria per intero allo Stato, il livello di governo centrale e quello regionale hanno, sia pure faticosamente, sperimentato forme più o meno efficaci di collaborazione. Interessante soffermarsi sulla potestà legislativa attribuita alle Regioni cercando di risaltarne gli aspetti salienti ed in secondo luogo illustrare, ancorché a grandi linee, il quadro normativo di riferimento durante la pandemia da Covid-19 che ha registrato una proliferazione di atti amministrativi. Questo lavoro, particolare attenzione la dedicherà al "Caso Calabria" ovvero ad un episodio di contrasto normativo, quando il 29 aprile 2020, in vista dell'avvio della cosiddetta fase 2 dell'emergenza, la Presidente della Regione Calabria adottò un'ordinanza per consentire la ripresa delle attività di ristorazione «con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto» ed il Governo la impugnò eccependo che il D.P.C.M. del 26 aprile disponesse la sospensione dei servizi di ristorazione, con il TAR Calabria che stabilì che la misura governativa non contrastava con l'art. 41 Cost. (sent. 841/2020). Aspetto non secondario di questo lavoro è il dato inconfutabile che l'esperienza pandemica abbia restituito il quadro di un "Sistema Italia" fallace in più punti. Motivo per cui, dopo un breve excursus-storico sulla nascita e sull'evoluzione del SSN, abbiamo inteso analizzare due modelli di sistema sanitari regionali (SSR Lombardia ed SSR Calabria) per poi confrontarne l'operato durante le prime fasi di contrasto all'epidemia da Covid-19. Tutto ciò si rende necessario per comprendere che uno Stato non possa risultare competitivo se presenta al suo interno due realtà così diverse, nella speranza che non debbano sopraggiungere nuove emergenze, un'altra pandemia, per enfatizzarne i rischi.

1. LA CRITICITÀ DEL "SISTEMA ITALIA":

IL PROBLEMA DELLA BUROCRAZIA

di Roberta Pittelli

Prima di procedere con la disamina di quelle che potrebbero costituire l'insieme delle problematiche connesse al tema della burocrazia, risulta essere necessario nonché doveroso fare un salto nel passato

ricordando, seppur brevemente, una tra le primissime definizioni della stessa offerta dall'economista nonché filosofo e sociologo Marx Weber il quale, in «una forma di esercizio del potere che si strutturava intorno a regole impersonali ed astratte, procedimenti e ruoli definiti ed immutabili dall'individuo che ricopriva temporaneamente una funzione».

Ben presto però, e più precisamente nel corso del XX secolo, ci si rese conto che l'applicazione di detto schema organizzativo, nato per la gestione del settore industriale, risultava inadeguato se veniva applicato in un contesto istituzionale. Sicché, sono emerse quelle che sono state definite le c.d. "conseguenze inattese" della burocrazia¹, ovvero: la rigidità, la lentezza, l'incapacità di adattamento, l'inefficienza, l'inefficacia, l'accentramento dei poteri gerarchici e le procedure burocratiche con un controllo multilivello.

Per le ragioni *de quibus* nel corso dei decenni, si è cercato di semplificare il complesso delle disposizioni normative che regolavano la gestione dei diversi organi dello Stato dapprima attraverso la legge 7 agosto 1990 n. 241 recante "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" e successivamente con la riforma del Titolo V della Costituzione entrata in vigore l'8 novembre 2001².

Entrando più nel particolare, con le riforme menzionate, il legislatore ha inteso mettere mani al riparto delle funzioni legislative, regolamentari e amministrative tra Stato, Regioni ed Enti locali apportando un radicale cambiamento nel modo di esercitare i poteri all'interno del territorio, promuovendo un modello meno verticistico e centralizzato.

La riforma, infatti, ridisegna i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le autonomie territoriali secondo i principi dello Stato federale a partire dalla riformulazione dell'art. 114 Cost. che evidenzia il ruolo paritario dei Comuni, delle Province, delle Città

1 La paternità è da ricondurre a Robert K. Merton, *Teoria e struttura sociale*, 1959.

2 In estrema sintesi qui basti evidenziare come Titolo V è stato riformato con la l. Cost. 3/2001, che riconosce le autonomie locali quali enti esponenziali preesistenti alla formazione della Repubblica. I Comuni, le Città metropolitane, le Province e le Regioni sono enti esponenziali delle popolazioni residenti in un determinato territorio e tenuti a farsi carico dei loro bisogni. L'azione di governo si svolge a livello inferiore e quanto più vicino ai cittadini, salvo il potere di sostituzione del livello di governo immediatamente superiore in caso di impossibilità o di inadempimento del livello di governo inferiore, il c.d. principio di sussidiarietà verticale. La riforma si è resa necessaria onde dare piena attuazione e copertura costituzionale alla riforma denominata 'Federalismo a Costituzione invariata'. Per approfondimenti, L.M. Petrone, *Costituzione italiana, riforma del titolo V*, in Treccani, 2012.

metropolitane, delle Regioni e dello Stato quali enti costitutivi della Repubblica. Com'è stato autorevolmente evidenziato, però, la rigidità del riparto delle competenze tra Stato e Regioni configurata dal novellato art. 117 della Costituzione, tuttavia, mal si adatta alla complessità dei fenomeni sociali oggetto di disciplina legislativa, essendo molto difficile la riconduzione di una normativa ad un'unica materia³. È in tal senso che la dottrina ha posto in rilievo come il riparto tra le competenze non possa tradursi in un sistema di «comparti dissociati» ed ha altresì evidenziato la complessità delle relazioni tra fonti statali e fonti regionali, nel senso che la «*competenza di una fonte non comporta necessariamente una riserva di disciplina alla fonte medesima, potendo la competenza essere compatibile con la concorrenza di altra fonte*»⁴.

Con la Riforma costituzionale n. 3 del 2001, alle Regioni viene così riconosciuta la potestà legislativa concorrente con quella dello Stato nella materia avente ad oggetto i rapporti internazionali e con l'Unione Europea; resta, invece, di competenza esclusiva dello Stato la determinazione degli ordinamenti programmatici e legislativi nazionali, nel rispetto del principio dell'unicità della politica estera italiana.

La riforma ha comportato la modifica di un coacervo di disposizioni, quali: l'art.114, il quale dispone che la «*Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i principi fissati dalla Costituzione*»; l'art. 117, il quale enuncia che la «*potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Indicando inoltre le materie di cui lo Stato ha il potere esclusivo di legiferare*»; l'art. 118, invece, attribuisce funzioni amministrative ai comuni, alle province, alle città metropolitane, alle regioni e allo Stato sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza; e l'art. 119, definisce per gli enti locali l'autonomia finanziaria e di spesa nel rispetto dei relativi bilanci, e

3 In tali termini F. Del Prete, *L'attuazione del principio*, cit., p. 72, in quale rinvia a L. Vandelli, *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale*, in A. Pioggia, L. Vandelli (a cura di), *La Repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale. Regioni ed Enti locali dopo la riforma del Titolo V*, Bologna, 2006, p. 41.

4 *Ibidem*.

concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea.

È opportuno sottolineare che il principio di sussidiarietà⁵ — compendiato oggi nell'art. 118 Cost e al quale si ispira l'intera riforma del Titolo V della Costituzione — conferisce maggiore autonomia in capo alle amministrazioni locali, e favorisce l'implementazione di interventi di politica attiva mirati alle singole realtà regionali e/o provinciali, in un'ottica di sempre maggiore aderenza delle politiche del lavoro e della formazione alle esigenze di un dato territorio e dei suoi abitanti.

Tuttavia, non è possibile scorgere anche l'altro lato della medaglia: il percorso verso la riforma e quello relativo la sua completa attuazione non è stato agevole ed ha determinato numerose frizioni nei rapporti Stato-Regioni che hanno indotto, più e più volte, un intervento della Corte costituzionale in virtù del suo ruolo di “arbitro” nei conflitti di attribuzione.

Difatti, già all'indomani della sua entrata in vigore, il Titolo V è stato da molti commentatori posto sotto le lenti della critica. Con il tempo i rilievi problematici si sono moltiplicati e con la pandemia sono quasi esplosi. Come rilevato in dottrina⁶ e volendo operare una sintesi — per questioni di economia espositiva — si può affermare come le principali criticità riguarderebbero il confusionario riparto di competenze legislative; un sistema autonomistico troppo articolato ed eccessivamente disuguale con possibilità di continue fughe in avanti; il fallimento delle politiche di ridisegno del sistema locale; una forma di governo regionale verticistica e fuori controllo e mancanza di strumenti effettivi di garanzia nell'interesse nazionale⁷.

Più nello specifico la carenza di strumenti di reale concertazione e di effettiva condivisione delle scelte politiche che concretano l'unità nazionale attraverso il pluralismo territoriale si ripercuote, inevitabilmente, sulla necessaria cooperazione istituzionale.

5 Sul tema sono stati scritti fiumi di inchiostro. Sia consentito rinviare a F. Roversi Monaco (a cura di), «*Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni*», *Atti del Convegno per il 40° della Spisa*, Quaderni della Spisa n. 4, Rimini, Maggioli, 1997; M. Delsol Chantal, *Il principio di sussidiarietà*, Milano, 2003; F. Vecchio, *Declinazioni costituzionali del principio di sussidiarietà*, in *Quad. cost.*, consultabile in www.forumcostituzionale.it

6 A. Poggi, *A vent'anni dalla revisione costituzionale del Titolo V: un bilancio con lo sguardo rivolto al futuro*, in *Ist. del feder.*, 2021, 1, pp. 77-78-79.

7 *Ibidem*.

2. 1 IL PRINCIPIO DELLA LEALE COLLABORAZIONE di Fenice Valentina Valenti

Nel solco di quanto sinora tracciato si inserisce, poi, il principio di leale collaborazione il quale, ove effettivamente attuato e rispettato, potrebbe ricondurre a maggiore unità e chiarezza il riparto delle competenze dello Stato e degli enti. La *ratio* stessa del principio è da rinvenire nella stessa natura ordinamentale. La democrazia pluralista e lo svilupparsi dello Stato sociale, infatti, hanno determinato l'affermarsi di un sistema costituzionale complesso, nel quale i processi decisionali non sempre sono verticistici e lineari, ma vedono coinvolti, circolarmente, centro e periferia, il vertice e la base, e viceversa. Ciascuna istituzione stabilisce relazioni con le altre, secondo modelli di ineludibile interdipendenza, nei quali l'unità del sistema non è realizzata in sé e a priori, ma è un obiettivo cui occorre tendere attraverso l'interazione e l'integrazione tra i vari centri decisionali⁸.

Il principio di leale collaborazione altro non è che il risvolto istituzionale della solidarietà in cui gli attori principali, ossia le istituzioni e la comunità, pongono in essere azione ed energie affinché essi convergano verso un unico, condiviso obiettivo

In linea generale, e senza pretesa di esaustività, esso può essere definito la base valoriale per il dialogo tra le istituzioni repubblicane “in base a cui i diversi livelli di governo devono cooperare fra loro, in quanto, nonostante le diversità di funzione e struttura, essi fanno pur sempre parte del medesimo ordinamento”. Come opportunamente messo in luce in dottrina⁹, già prima della riforma operata dalla legge costituzionale 18 ottobre 2001 n. 3, la Consulta, in molte pronunce, aveva fatto ricorso al principio di leale collaborazione al fine di realizzare soluzioni coordinate alle questioni poste dai casi di interferenze ed interconnessioni delle attribuzioni costituzionalmente spettanti ai diversi livelli di governo, desumendolo dal tenore dell'articolo 5 della Costituzione¹⁰. A voler essere precisi, esso è stato oggetto di trattazione da parte della Corte costituzionale sin dal 1958 in cui venne affermato per la

prima volta come, nel nostro sistema delle autonomie, «[la] collaborazione fra lo Stato e la Regione è del tutto normale... sia che si tratti d'attività legislativa, sia che si tratti d'attività amministrativa. In questi campi la legislazione dello Stato, che tenga conto opportunamente della competenza della Regione e della sua legislazione [...] può facilmente superare le difficoltà che derivano dal fatto che due enti diversi esercitano funzioni diverse sullo stesso bene».

La leale collaborazione — nel primo regionalismo italiano — ha rappresentato sin dal 1984 un punto di vista della giurisprudenza costituzionale particolarmente significativo che ha razionalizzato alcune esperienze amministrative, sorte in assenza di disposizioni costituzionali e culminate nell'istituzionalizzazione della Conferenza Stato-Regioni¹¹.

Il principio cooperativo non ha avuto una particolare fortuna nella revisione del Titolo V della Costituzione per la scelta, privilegiata dalla riforma costituzionale, di puntare a un sistema di rappresentanza parlamentare delle Regioni e delle autonomie locali. Ciò nonostante, l'esperienza del secondo regionalismo italiano ha segnato una forte ripresa della leale collaborazione ad opera del giudice costituzionale, che ha pervaso l'azione dei soggetti istituzionali sino a un grado tale da rendere questo principio un elemento indefettibile dell'ordinamento concreto¹².

La riforma del Titolo V alla quale si è fatto espresso riferimento attua l'espresso riconoscimento del “modello di regionalismo cooperativo”. In letteratura¹³ se ne individuano i presupposti in più disposizioni costituzionali, alcune delle quali già oggetto di precedente menzione. Il principio *de quo*, infatti, è frutto di una lettura congiunta degli artt. 116, comma 3; 117, comma 5; 118, commi 1 e 3; 119, 132 e 133 e, particolarmente importante, l'art.

11 Il tema è stato oggetto di particolare attenzione in letteratura. Per tale ragione sia consentito segnalare, senza pretesa di esaustività, S. Agosta, *Dall'intesa in senso debole alla leale collaborazione in senso forte? Spunti per una riflessione alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale tra (molte) conferme e (qualche) novità*, in *Federalismi*, 18 marzo 2004; A. Anzon, “Leale collaborazione” tra Stato e Regioni, *modalità applicative e controllo di costituzionalità*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1998; C. Bassu, *La Conferenza Stato-regioni nella riforma costituzionale*, in T. Groppi e P.L. Petrillo (a cura di), *Cittadini, Governo, Autonomie. Quali riforme per la Costituzione?* Milano 2005, p. 144;

12 S. Mangiameli, *Il principio cooperativo nell'esperienza italiana del primo e del secondo regionalismo*, 2008.

13 Si v. C. Salerno, *Note sul principio di leale collaborazione prima e dopo la riforma del titolo v della costituzione*, in *Amm. in cammino*, 2010, 4, pp. 10 ss.

8 C. Bertolino, *Leale collaborazione tra Stato e Regioni a vent'anni dalla Riforma del Titolo V*, in *Federalismi*, 2022, 20, p. 43.

9 F. Del Prete, *L'attuazione del principio di leale collaborazione nella prassi della Conferenza Stato-Regioni*, in *Istit. del fed.*, 2020, 1, pp. 69-71.

10 *Ibidem*.

120, comma 2, cost. nel quale è possibile trovare espressa previsione del principio¹⁴ sinora espresso allorché si statuisce che «il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione».

Orbene, il rilievo del principio di leale collaborazione, ancorché abbia portata generale “su tutto l'arco delle relazioni fra Stato e autonomie territoriali”¹⁵, viene in rilievo ogniqualvolta si trovi innanzi all'interesse unitario di tutelare un bene giuridico, ma risulti una commistione di competenze diverse di cui sono titolari sia lo Stato che le regioni¹⁶.

Oltre che nelle ipotesi di “concorrenza di competenze”, il principio di leale collaborazione viene richiamato dalla Corte costituzionale anche nei casi di cd. “attrazione in sussidiarietà” — o “chiamata in sussidiarietà” — vale a dire nei casi in cui “allorché sia ravvisabile un'esigenza di esercizio unitario a livello statale di determinate funzioni amministrative, lo Stato è abilitato, oltre che ad accentrare siffatto esercizio ai sensi dell'art. 118 Cost., anche a disciplinarlo per legge, e ciò anche quando quelle stesse funzioni siano riconducibili a materie di legislazione concorrente o residuale”.

Peraltro, per configurare tale deroga agli ordinari criteri di riparto delle competenze legislative “è necessario – stante la rilevanza dei valori in gioco – per un verso, che la valutazione dell'interesse unitario sottostante all'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato sia proporzionata e risponden-

te a ragionevolezza alla stregua di uno scrutinio stretto; per altro verso, che siano previste adeguate forme di coinvolgimento delle Regioni interessate nello svolgimento delle funzioni allocate in capo agli organi centrali, in modo da contemperare le ragioni dell'esercizio unitario di date competenze e la garanzia delle funzioni costituzionalmente attribuite alle Regioni stesse”¹⁷.

Quanto sinora affermato è, a parere di chi scrive, una premessa indispensabile in quanto proprio il decentramento amministrativo e il “sistema delle autonomie” — nati, invero, sotto i più fausti presagi — sono stati protagonisti di una costante incertezza giuridica.

Tuttavia, nonostante gli sforzi legislativi profusi nel corso degli anni la gestione della pandemia da Covid-19 ha messo in luce, oggi più che mai, uno dei problemi maggiormente sentiti e sedimentati, ossia l'assetto istituzionale della Repubblica italiana che, con specifico riferimento al ruolo assunto dalle Regioni, ha reso difficile una strategia unitaria sotto il profilo economico, sanitario e sociale.

Al tal fine è utile riportare l'estratto del comunicato stampa della Corte costituzionale del 28 aprile 2020 il cui già solo il titolo, invero, è ampiamente esaustivo: “la leale collaborazione tra le istituzioni è la chiave per affrontare l'emergenza”. Un passaggio, fondamentale, della relazione della Consulta merita di essere evidenziato, ed è il seguente: “La piena attuazione della Costituzione richiede un impegno corale, con l'attiva, leale collaborazione di tutte le Istituzioni, compresi Parlamento, Governo, Regioni, Giudici. Questa cooperazione è anche la chiave per affrontare l'emergenza. La Costituzione, infatti, non contempla un diritto speciale per i tempi eccezionali, e ciò per una scelta consapevole, ma offre la bussola anche per “navigare per l'alto mare aperto” nei tempi di crisi, a cominciare proprio dalla leale collaborazione fra le istituzioni, che è la proiezione istituzionale della solidarietà tra i cittadini”¹⁸.

Per una maggiore comprensione di quanto sinora affermato è necessario soffermarsi sugli strumenti giuridici “messi in campo” dal Governo per gestire la crisi emergenziale del Coronavirus.

17 Cfr sentenza n. 261 del 2015; nello stesso *ex plurimis*, sentenze n. 179 e n. 163 del 2012, n. 232 del 2011, sentenze n. 374 e n. 88 del 2007, n. 303 del 2003. Per approfondimenti si v. il dossier n. 275 degli studi del Senato della Repubblica, raggiungibile al seguente link www.senato.it

18 *cf.* comunicato stampa Corte cost., 28 aprile 2020, disponibile al seguente link www.cortecostituzionale.it

14 I. Ruggiu, *Il principio di leale collaborazione tra «blindatura» delle competenze e organi di rappresentanza territoriale*, in M. Scudiero (a cura di), *Le autonomie al centro*, tomo I, Napoli, 2007, pp. 100 ss.; P. CARROZZA, *Principio di collaborazione e sistema delle garanzie procedurali (la via italiana al regionalismo cooperativo)*, in *Le Regioni*, 1989, p. 477.

15 In questi termini Corte cost., sentenze n. 66, 68 e 178 del 2018 e n. 86 del 2019.

16 G. Ferraiuolo, *Diritti e modelli di regionalismo*, in *Forum cost.*, consultabile in www.forumcostituzionale.it

Doveroso, allora, offrire il quadro normativo di riferimento, quale *fil rouge* di quanto oggetto di trattazione.

3. GLI INTERVENTI NORMATIVI “FASE 1” E “FASE 2”: LA PROLIFERAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI di Fenice Valentina Valenti

Il 30 gennaio 2020 l’Organizzazione Mondiale della Sanità — d’ora in poi OMS

— ha elevato l’epidemia di coronavirus scoppiata in Cina come “emergenza di sanità pubblica di interesse internazionale”¹⁹. Il giorno successivo il Governo italiano, in virtù del carattere particolarmente diffusivo dell’epidemia e dopo aver adottato i primi provvedimenti cautelativi a partire dal 22 gennaio, ha proclamato lo stato di emergenza e messo in atto le prime misure contenimento del contagio sull’intero territorio nazionale²⁰.

I primi segni della diffusione del *virus* in Italia si sono avuti il 31 gennaio 2020 con due casi positivi a Roma; il 21 febbraio con sedici casi confermati in Lombardia e due ulteriori casi confermati in Veneto il che ha portato il governo ad emanare il decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6 recante “Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19 con restrizioni in alcuni comuni della Lombardia, Veneto, Emilia Romagna e Marche”.

Successivamente sono stati emanati ulteriori decreti attuativi²¹ e tra i più importanti merita di essere segnalato il DPCM 4 marzo 2020 contenente “Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 23 febbraio 2020 n. 6, recante misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell’emergenza

epidemiologica da COVID-19, applicabili sull’intero territorio nazionale”, con il quale il Governo italiano ha ordinato la chiusura completa di tutte le scuole e università di ogni ordine e grado a livello nazionale; tutti i principali eventi sportivi, comprese le partite di calcio di Serie A, si sarebbero dovute tenere a porte chiuse fino ad aprile salvo, poi, la sospensione completa di tutte le attività sportive avvenuto il 9 marzo.

Con il DPCM 11 marzo 2020 il Presidente del Consiglio ha ordinato ancora più stringenti misure di confinamento della popolazione, e l’interruzione di numerose attività produttive, commerciali e professionali, ad eccezione del settore agro-alimentare, sanitario, servizi essenziali e altre attività di necessarie al loro funzionamento. Allo stesso tempo, sono state attivate dapprima nella pubblica amministrazione, poi anche nelle imprese private di pubblico interesse — quali le banche — e nelle imprese e negli uffici sia pubblici che privati, regole di lavoro agile per ogni attività che consentisse tali modalità di lavoro;

A ciò, si sono aggiunte ulteriori restrizioni — con cadenza ogni dieci giorni circa

— che hanno portato una maggiore limitazione nei trasferimenti delle persone fisiche e ad una significativa limitazione dell’attività di impresa²².

Solo in data 26 aprile 2020 è stato emanato il DPCM che ha dato avvio alla c.d. “fase due”, ossia la progressiva riduzione delle misure di contenimento della fase epidemica che hanno caratterizzato la prima parte della produzione legislativa.

In particolare, il DPCM 26 aprile 2020 ha previsto una lenta riapertura in sicurezza di alcune attività

¹⁹ Cfr. www.salute.gov.it

²⁰ L’Italia ha bloccato il 30 gennaio con un’ordinanza del Ministro della Salute, tutti i voli da e per la Cina per 90 giorni, oltre a quelli provenienti da Wuhan, già sospesi dalle autorità cinesi; il 31 gennaio è stato dichiarato lo Stato di emergenza, stanziato i primi fondi ed è stato nominato Commissario straordinario per l’emergenza il Capo della protezione civile Angelo Borrelli; con il decreto del Capo del Dipartimento della protezione civile del 5 febbraio 2020 è stato istituito un Comitato tecnico-scientifico per fronteggiare emergenza, poi ampliato con ordinanza del 18 aprile 2020. Come previsto dal Decreto-legge 18 del 2020, il Presidente del Consiglio dei ministri ha nominato Domenico Arcuri Commissario straordinario per l’attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e contrasto dell’emergenza epidemiologica Covid-19.

²¹ il DPCM 25 febbraio 2020; il DPCM 1° marzo 2020; il DPCM 8 marzo 2020, #Iorestoacasa;

²² Si fa riferimento, in particolare, DPCM 22 marzo 2020 nuove ulteriori misure in materia di contenimento e gestione dell’emergenza epidemiologica da COVID-19, applicabili sull’intero territorio nazionale. Il provvedimento prevedeva la chiusura delle attività produttive non essenziali o strategiche. Restano aperti alimentari, farmacie, negozi di generi di prima necessità e i servizi essenziali. Tra le misure adottate l’ordinanza 22 marzo 2020, firmata congiuntamente dal Ministro della Salute e dal Ministro dell’Interno, che vietava a tutte le persone fisiche di trasferirsi o spostarsi con mezzi di trasporto pubblici o privati un comune diverso da quello in cui si trovano, salvo che per comprovate esigenze lavorative, di assoluta urgenza ovvero per motivi di salute; con il DPCM 1° aprile 2020, tutte le misure per contrastare il diffondersi del contagio da coronavirus sono state prorogate fino al 13 aprile 2020. Il decreto entrato in vigore il 4 aprile sospende anche le sedute di allenamento degli atleti, professionisti e non professionisti, il DPCM 10 aprile 2020 tutte le misure sono state prorogate fino al 3 maggio. Il Decreto ha permesso la riapertura dal 14 aprile dei negozi per neonati e bambini, librerie e cartolibrerie all’interno degli impianti sportivi di ogni tipo.

produttive su tutto il territorio nazionale sulla base di una lista presente all'interno di suddetto decreto²³.

La fase due è durata fino al 14 giugno 2020²⁴, alla quale ha fatto seguito la “fase 3” per il periodo intercorrente dal 15 giugno al 7 ottobre 2020.

Ebbene, come già accennato, la linea governativa non ha trovato un accoglimento unanime non solo in politica, ma anche tra i giuristi.

Infatti, il DPCM, strumento normativo cui il Governo ha fatto largo uso, ha una natura “ibrida” in quanto la sua qualificazione giuridica muta in base alle prescrizioni in esso contenute. Più nel particolare, e per una maggiore comprensione, si tenga presente che il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri può essere un atto amministrativo o di Alta amministrazione²⁵ ma soprattutto, può essere anche un vero e proprio atto a contenuto normativo, estrinsecazione di un “atipico” potere regolamentare del Presidente del Consiglio dei ministri²⁶.

Per quel che in questa sede interessa, basti qui ricordare che la qualifica giuridica di “provvedimento amministrativo”, con espresso riferimento ai DPCM, la si ricava dalla sentenza della Corte costituzionale n. 198 del 2021 nella cui circostanza è stata esclusa, per l'appunto, la natura di fonte secondaria²⁷.

23 Le disposizioni del decreto avevano una durata prestabilita: dal 4 maggio 2020 al 17 maggio 2020, eccezion fatta per le attività di imprese la cui riapertura è stata prevista sin dal 27 aprile 2020.

24 In tale arco temporale vanno ricompresi i seguenti provvedimenti governativi: il Decreto legge 33 del 2020 disciplina la fine delle limitazioni agli spostamenti e la riapertura delle attività produttive, commerciali, sociali a partire dal 18 maggio e fino al 31 luglio; con il DPCM 17 maggio 2020 vengono definite le misure di prevenzione e contenimento per la convivenza con il coronavirus; il DPCM 11 giugno 2020 autorizza la ripresa di ulteriori attività e definisce altre misure di prevenzione e contenimento per la convivenza con il coronavirus; il DPCM 14 luglio 2020 proroga al 31 luglio 2020 le misure del DPCM 11 giugno 2020. Sono inoltre confermate e restano in vigore, sino a tale data, le disposizioni contenute nell'ordinanza del 30 giugno 2020 e nell'ordinanza del 9 luglio 2020 del Ministro della salute; con l'ordinanza 16 luglio 2020 il Ministro della Salute ha indicato ulteriori limitazioni in materia di ingresso nel territorio nazionale.

25 Essi attingono alle scelte fondanti l'attività amministrativa e rappresentano il raccordo tra la funzione di governo e la funzione amministrativa, ai sensi dell'art. 95 Cost. Gli atti *de quibus* in

26 A. Arcuri, *La Corte costituzionale salva i dpcm e la gestione della pandemia. Riflessioni e interrogativi a margine della sent. n. 198/2021*, in Giust. Insieme, 2022, consultabile in www.giustiziainsieme.it

27 Ibidem. L'autore offre una spiegazione estremamente lineare del ragionamento operato dal giudice delle leggi e per tale ragione se ne riporta testualmente l'estratto: “[la] spiegazione che ruota tutto attorno alla tipizzazione delle misure e alla natura “esecutiva” del potere esercitato tramite i dpcm. Al

Nelle fasi considerate — soprattutto nella seconda fase — un ruolo importante è stato riconosciuto alle regioni, le quali non sempre si sono mostrate d'accordo con la linea governativa.

Del resto, gli ultimi due anni sono stati un esempio plastico di come l'autonomia decentrata abbia richiesto a gran voce un ruolo in primo piano. Un biennio, invero, in cui i cittadini hanno assistito ad un proliferare caotico di ordinanze locali²⁸ — a volte allentando le restrizioni, a volte legiferando *in pejus* — con una inevitabile ripercussione sull'efficacia delle misure di contenimento pandemico.

3.1 (SEGUE) IL “CASO CALABRIA”. BREVI NOTE ALL'ORDINANZA DEL TAR 37/2020 di Sebastian Ciancio

Quanto lumeggiato nelle pagine precedenti, ci consente qualche considerazione sul “caso Calabria” e, nello specifico, sull'ordinanza 29 aprile 2020, n. 37, con la quale il Presidente della Regione Calabria ha disposto «ulteriori misure per la nell'attività amministrativa poiché ad essa sono vincolati; sono sottoposti al vaglio giurisdizionale. In questa macrocategoria nozionale possono ricomprendersi, ad esempio l'approvazione dei regolamenti, le nomine dell'alta dirigenza, dei funzionari o, ancora le decisioni dei Comitati interministeriali. Per maggiori approfondimenti si v. R. Chieppa, R. Giovagnoli (a cura di) *Manuale di diritto amministrativo*, VII ed., Giuffrè, Milano, 2022, pp. 479-481. *prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da*

fatto cioè, che il decreto-legge si limita ad autorizzarlo a dare esecuzione ad una serie di misure nominate e tipizzate nel contenuto (punto 6.3 del considerato in diritto). Il punto però è questo: non avvertendo l'esigenza di approfondire il percorso che ha condotto da questi due elementi alla natura amministrativa della discrezionalità esercitata, la Corte sembra aver sfumato in modo davvero eccessivo (secondo qualcuno perfino escluso[12]) la distinguibilità tra norme e atti amministrativi, posto che è assolutamente comune (anche se non inevitabile[13]) che il potere regolamentare sia funzionalmente predisposto all'attuazione e all'esecuzione di rinvii contenuti in fonti primarie. Certo, rimane l'elemento della tipizzazione, ma fondare solo sul quantum di questa variazione la natura dell'atto è davvero estremamente problematico, posto che la tipizzazione del contenuto e la conseguente riduzione dello spazio normativo attribuito alla fonte secondaria è connotato tipico della sua posizione esecutiva (così è, infatti, per i c.d. regolamenti di esecuzione e, ancora più chiaramente, per quelli definiti di “stretta” esecuzione).”

28 È il caso, ad esempio, della Regione Campania che, come riporta “Il Sole24ore” nel periodo, 24 febbraio 19 aprile 2020 ha pubblicato 33 ordinanze.

COVID-2019²⁹». Attraverso il ricorso a detto provvedimento la Regione Calabria ha inteso allentare la maglia delle restrizioni imposte dai provvedimenti statali consentendo una parziale ripresa delle attività dedite alla ristorazione attraverso il servizio di asporto o tramite somministrazione esclusivamente all'aperto. Le prescrizioni de quibus ovviamente si ponevano in netto contrasto con la trilogia di provvedimenti governativi e, nello specifico, con i DPCM dell'8 marzo 2020, del 11 marzo 2020 e del 20 marzo 2020³⁰.

Per tale ragione il Consiglio dei Ministri ha così proposto ricorso innanzi al TAR Catanzaro avverso l'ordinanza del Presidente della Regione Calabria, poiché in contrasto con gli artt. 2 e 3 del D.L. 25 marzo 2020, n. 19 i quali attribuivano al Presidente del Consiglio dei Ministri la competenza ad adottare le misure urgenti per evitare la diffusione del Covid-19 e le ulteriori misure di gestione dell'emergenza mediante l'emanazione di propri decreti, previo adempimento degli oneri di consultazione ivi specificati.

Sotto questo profilo, dunque, particolare menzione necessitano le motivazioni riversate nel prov-

29 In ossequio a doveri di completezza ed esaustività si segnalano le ulteriori ordinanze emanate dalla Regione Calabria nella gestione dell'emergenza covid: l'Ordinanza del Presidente della regione n. 07 del 14 marzo 2020 contenente provvedimenti relativi all'ingresso di persone fisiche nel territorio regionale - quarantena obbligatoria per soggetti rientrati nel territorio regionale; chiusura dei parchi pubblici e similari; l'Ordinanza del presidente della regione n. 08 del 16 marzo 2020 avente ad oggetto la costituzione di una task force a supporto dell'unità di crisi regionale - costituzione e individuazione task force covid-19; il decreto del presidente della regione n. 21 del 17 marzo 2020 avente come obiettivo l'istituzione task-force regionale a sostegno del settore economico produttivo calabrese - emergenza covid-19 - istituzione task force a sostegno del settore economico produttivo calabrese; l'Ordinanza del presidente della regione n. 20 del 27 marzo 2020 contenente «ulteriori misure per la prevenzione e gestione dell'emergenza epidemiologica da covid-19»: attività di screening covid-19 operatori sanitari e monitoraggio strutture residenziali - attività di screening su tutti gli operatori sanitari, delle strutture pubbliche e delle strutture residenziali (RSA, RMS, case protette, case di riposo, etc...); il Decreto del presidente della regione n. 25 del 29 marzo 2020 avente come finalità l'istituzione delle unità speciali di continuità assistenziale presso le aziende sanitarie provinciali del SSR della regione Calabria - istituzione delle unità speciali di continuità assistenziale.

30 Sono i punti 5 e 6 dell'ordinanza a destare sospetti di violazione di legge e di eccesso di potere: nel primo caso, in relazione al DPCM del 10 aprile 2020; nel secondo, rispetto a quanto previsto dal D.L.n.19/2020. Punto 5. È consentita la ripresa delle attività di ristoranti, pizzerie, rosticcerie per la preparazione dei relativi prodotti da effettuarsi a mezzo asporto; punto 6. È consentita la ripresa delle attività di Bar, Pasticcerie, Ristoranti, Pizzerie, Agriturismo con somministrazione esclusiva attraverso il servizio con tavoli all'aperto.

vedimento del Tribunale Amministrativo Regionale, poiché si inseriscono in maniera precisa nella *querelle* delle competenze Stato-Regioni e, dunque, consentono di cogliere *ictu oculi* i risvolti "pratici" del principio di leale collaborazione.

I giudici amministrativi, accogliendo il ricorso, hanno annullato l'ordinanza regionale n. 37 del 29 aprile 2020, ponendo in luce l'aspetto per il quale «spetta al Presidente del Consiglio dei ministri individuare le misure necessarie a contrastare la diffusione del virus Covid-19, mentre alle Regioni è dato intervenire solo nei limiti delineati dall'art. 3 del suddetto decreto-legge che vieta in buona sostanza agli amministratori di emettere provvedimenti in deroga alle misure di sicurezza emanate dal governo. Sottoponendo ad un attento scrutinio la decisione in esame va osservato, anzitutto, l'accoglimento del primo motivo di ricorso, con cui il Presidente del Consiglio ha dedotto la violazione, da parte dell'ordinanza regionale ricordata, degli artt. 2 comma 1 e 3 comma 1 del d.l. n. 19/2020 ed il vizio di «carenza di potere per incompetenza assoluta» della Regione Calabria a disporre la riapertura dei ristoranti, con servizio all'aperto, nel suo territorio.

La motivazione ivi attenzionata – nel rappresentare il "fulcro" della sentenza in commento – suscita interesse, e si presta ad essere discussa, soprattutto laddove individua il fondamento costituzionale della competenza dello Stato — e, per esso, del Governo — a disciplinare le misure volte al contrasto del *Coronavirus* e le procedure per la loro adozione, con efficacia cogente su tutto il territorio nazionale quindi anche nei confronti delle autonomie regionali.

Sotto questo profilo il giudice catanzarese non può non soffermarsi sul contenuto del d.l. n. 19/2020. Esso rappresenta, infatti, la fonte di rango primario sulla base della quale il Presidente del Consiglio ha vietato l'esercizio dell'attività di ristorazione "in loco" su tutto il territorio nazionale³¹.

In particolare, il T.A.R. ricorda — e lo farà anche in seguito — come l'art. 3, comma 3, del d.l. n.19/2020 stabilisca che le disposizioni relative alle procedure ed ai presupposti per l'adozione delle "misure di contenimento" del virus Covid- 19 da parte delle Regioni e degli Enti locali si applicano anche «agli atti posti in essere per ragioni di sanità» sulla base di «poteri attribuiti [a tali Enti] da ogni di-

31 DPCM del 26 aprile 2020.

sposizione di legge previgente»³². Il principio, dunque, vale e si estende in virtù dell'art. 32 comma 3 l. 833/1978³³, anche all'ordinanza emanata dalla Presidente della Regione Calabria.

In secondo luogo, il giudicante si confronta con le censure di incostituzionalità dello stesso d.l. n. 19/2020 avanzate dalla Regione resistente e da alcuni intervenienti *ad opponendum* nel giudizio, dichiarandole manifestamente infondate e “legittimando”, al contempo, l'operato del Governo nella fase più acuta dell'“emergenza Covid”.

Si afferma, altresì, come l'attività di ristorazione con servizio al tavolo all'aperto, oggetto di controversia, rientri nella libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. Sebbene la disposizione costituzionale non preveda «una riserva di legge in ordine alle prescrizioni da imporre all'imprenditore allo scopo di assicurare che l'iniziativa economica non sia di pregiudizio per la salute pubblica», non di meno tali prescrizioni possono essere imposte anche con un atto di natura amministrativa così come avvenuto, di fatto, con il d.l. 19/2020, in relazione al quale il T.A.R. ha ritenuto adeguatamente predeterminato il contenuto delle prescrizioni.

Sotto questo profilo, oltretutto, il Tribunale non manca di confrontarsi in ordine all'aspetto maggiormente dibattuto: la potestà legislativa. In sentenza si riconosce la potestà esclusiva dello Stato, *ex art.* 117 Cost., in ordine alle citate misure di contrasto del *Coronavirus* ed alle procedure per la loro adozione, a livello sia statale che territoriale. Sicché nessuna censura in ordine ai profili di illegittimità può trovare asilo.

32 TAR CALABRIA, Catanzaro, Sez. 1[^] – 9 maggio 2020, n. 841.

33 La legge in esame rubricata “Istituzione del servizio sanitario nazionale” prevede all'art. 32 rinominato “Funzioni di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria” che «Il Ministro della sanità può emettere ordinanze di carattere contingibile e urgente, in materia di igiene e sanità pubblica e di polizia veterinaria, con efficacia estesa all'intero territorio nazionale o a parte di esso comprendente più regioni. La legge regionale stabilisce norme per l'esercizio delle funzioni in materia di igiene e sanità pubblica, di vigilanza sulle farmacie e di polizia veterinaria, ivi comprese quelle già esercitate dagli uffici del medico provinciale e del veterinario provinciale e dagli ufficiali sanitari e veterinari comunali o consortili e disciplina il trasferimento dei beni e del personale relativi. Nelle medesime materie sono emesse dal presidente della giunta regionale o dal sindaco ordinanze di carattere contingibile e urgente, con efficacia estesa rispettivamente alla regione o a parte del suo territorio comprendente più comuni e al territorio comunale. (COMMA ABROGATO DAL D.LGS. 15 MARZO 2010, N. 66)). Sono altresì fatti salvi i poteri degli organi dello Stato preposti in base alle leggi vigenti alla tutela dell'ordine pubblico».

Del resto, è oramai noto in ogni latitudine come la “profilassi internazionale” sia di potestà statale in via esclusiva ai sensi dell'art. 117 comma 2, lett. q), Cost; diversamente, invece, da quanto avviene in tema di tutela della salute e della protezione civile, in ordine alle quali sussiste la potestà legislativa concorrente Stato- Regioni.

Tuttavia, soffermandoci sulle *materie de quibus*, il T.A.R. precisa come il potere conferito — per il tramite del d.l. n. 19/2020 — al Presidente del Consiglio onde

«individuare in concreto le misure necessarie ad affrontare un'emergenza sanitaria trova giustificazione [anche] nell'art. 118, comma 1 Cost., in quanto il principio di sussidiarietà impone che, trattandosi di emergenza a carattere internazionale, l'individuazione delle misure precauzionali sia operata al livello amministrativo unitario»³⁴.

Se, allora, è costituzionalmente obbligatoria — nonché consentita — l'attribuzione allo Stato e, più specificamente, al Presidente del Consiglio dei ministri della funzione amministrativa consistente nell'ordinare ai cittadini ed a tutti i soggetti pubblici e privati le misure necessarie a contrastare la diffusione del *Coronavirus*, allora — chiosa il T.A.R. — è giustificata anche «l'attrazione in capo allo Stato della competenza legislativa, pur in materie concorrenti quali la tutela della salute e la protezione civile».

Il tema è stato affrontato ripetutamente nella giurisprudenza costituzionale e ordinanza amministrativa opera un rinvio a dette pronunzie. Il richiamo, nello specifico, attiene alla teoria della c.d. “chiamata in sussidiarietà”, precisando inoltre che, nel caso in esame, il d.l. n. 19/2020 ha previsto un adeguato coinvolgimento delle Regioni, attuato mediante la richiesta del parere preliminare all'adozione dei D.P.C.M.

Tali considerazioni, nel rappresentare il fondamento costituzionale del d.l. n. 19/2020 e del D.P.C.M. del 26 aprile 2020, consente di trarre, infine, due conseguenze.

In primo luogo, il d.l. in questione non si pone in contrasto con l'art. 120 Cost — sebbene eccepito da alcune parti in causa — poiché la procedura di adozione delle concrete misure “emergenziali” non configura un intervento sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni, ma «un'avocazione

34 TAR CALABRIA, Catanzaro, Sez. 1[^] – 9 maggio 2020, n. 841.

delle funzioni amministrative in ragione del principio di sussidiarietà, accompagnata dalla chiamata in sussidiarietà della funzione legislativa».

La seconda, doverosa, conseguenza è che nel caso in esame — così come correttamente dedotto dalla Presidenza del Consiglio — la Regione Calabria ha esercitato un potere che non le spettava per due ragioni: anzitutto, ordinare misure specifiche relative alla situazione di emergenza sanitaria è attribuito dalla fonte primaria al Presidente del Consiglio; in secondo luogo, si poneva al di fuori dei limiti imposti alle Regioni, la cui potestà legislativa è limitata dal verificarsi di situazioni di «aggravamento del rischio sanitario» sopravvenute all'entrata in vigore dei D.P.C.M.; misure «ulteriormente restrittive» rispetto a quelle dei D.P.C.M.; efficacia delle misure temporalmente limitata fino alla data di entrata in vigore di un nuovo D.P.C.M.)³⁵.

4 ORIGINI SSN, IMPIANTO NORMATIVO, COMPOSIZIONE E RIPARTIZIONI DELLE COMPETENZE TRA STATO E REGIONI di Roberta Pittelli

Prima di procedere con l'analisi delle problematiche poc'anzi brevemente accennate, si reputa necessario fare un passo indietro al fine di ricordare, molto sinteticamente, la nascita e l'evoluzione storica del SSN il quale, realizza a pieno il precetto costituzionale di cui all'art. 32, secondo il quale: «La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana»³⁶.

Sulla base di tale precetto costituzionale attraverso la l. n.833 del 1978³⁷ venne istituito il Servizio

35 G. Sobrino, *Misure "anti-Covid" e Costituzione: il T.A.R. Calabria promuove "a pieni voti" il Governo ed esalta le esigenze di unità nella gestione dell'emergenza sanitaria*, Osservatorio Costituzionale, 5, 2020, pp.197-199.

36 *Articolo 32 Costituzione Italiana*.

37 *Legge 23 dicembre 1978, n. 833. Serie generale n. 360 del 28.12.1978*, all'art. 1 co. 1 -2 -3, nel rispetto del principio costituzionale garantito di cui all'art. 32, dispone che «la Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività mediante il servizio sanitario nazionale. La tutela della salute fisica e psichica deve avvenire nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana. Il servizio sanitario nazionale è costituito dal com-

Sanitario Nazionale il cui obiettivo sarà quello di garantire la salute pubblica quale bene collettivo, mediante l'individuazione di tutta una serie di diritti fondamentali della persona umana cui tale istituto non può in alcun modo prescindere:

- libertà di scelta del luogo di cura;
- diritto a essere informato sulla malattia;
- diritto a essere informato sulla terapia e opporsi o dare il consenso (consenso informato);
- diritto del paziente di “essere preso in carico” dal medico o dall'équipe sanitaria durante tutto il percorso terapeutico;
- diritto alla riservatezza;
- dovere della programmazione sanitaria di anteporre la tutela della salute dei cittadini (che rappresenta il motivo principale dell'istituzione del SSN) a tutte le scelte, compatibilmente alle risorse economiche disponibili.

Il Servizio Sanitario Nazionale si compone dal complesso delle funzioni, delle strutture dei servizi e delle attività destinate alla promozione, al mantenimento e al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione secondo le modalità che assicurino l'eguaglianza tra i cittadini. L'idea della sicurezza sociale trova attuazione mediante un complesso sistema di interventi attraverso i quali la pubblica amministrazione, o altri enti pubblici, realizzano una solidarietà generale consistente nell'erogazione di beni e servizi ai cittadini italiani, comunitari, stranieri, profughi e apolidi che si trovano in condizioni di bisogno.

Per raggiungere tale obiettivo, si è reso necessario individuare tre principi cardine sui quali ruota l'intero istituto del SSN, si pensi:

1. Universalità: in osservanza al nuovo concetto di salute introdotto dalla legge n. 833 del 78' se-

plesso delle funzioni, delle strutture, dei servizi e delle attività destinati alla promozione, al mantenimento ed al recupero della salute fisica e psichica di tutta la popolazione senza distinzione di condizioni individuali o sociali e secondo modalità che assicurino l'eguaglianza dei cittadini nei confronti del servizio. L'attuazione del servizio sanitario nazionale compete allo Stato, alle regioni e agli enti locali territoriali, garantendo la partecipazione dei cittadini”. Nel capo II ne definisce gli obiettivi e le strutture; nel Capo III le prestazioni e le funzioni e nel Capo IV il personale. All'interno del Capo V, ultimo del titolo I, il legislatore si preoccupa di definire le modalità di controllo, di contabilità e di programmazione. Attraverso il titolo II il legislatore delinea procedure di programmazione e di attuazione del SSN mentre nel Titolo III le norme transitorie e finali.

condo cui la salute è intesa non soltanto come bene individuale ma anche e soprattutto collettivo. Pertanto l'universalità attiene all'estensione di tutte le prestazioni sanitarie a chiunque ne abbia bisogno, senza distinzione alcuna.

1. Uguaglianza: i cittadini devono essere messi nelle condizioni di accedere alle prestazioni sanitarie nonché di ricevere parità di trattamento senza nessuna distinzione relativamente alle condizioni individuali, sociali ed economiche.
1. Equità: a tutti i cittadini deve essere garantita parità di accesso in rapporto a uguali bisogni di salute.

Per la sua applicazione è necessario garantire a tutti i richiedenti qualità, efficienza, appropriatezza e trasparenza del servizio e in particolare delle prestazioni fornite, da parte di tutto il personale sanitario, nonché una corretta comunicazione sulla prestazione sanitaria necessaria nel caso specifico, che sia adeguata al grado di istruzione e comprensione del paziente (es: consenso informato, presa in carico).

Così come disposto dall'articolo 117 della Costituzione³⁸, attraverso il Piano sanitario nazionale

38 Al netto di quanto appena affermato è fondamentale ricordare la modifica del titolo V della Costituzione avvenuta attraverso *Legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, Gazzetta Ufficiale n. 248 del 24 ottobre 2001* contenente modifiche all'assetto gerarchico e di interdipendenza tra lo Stato e gli enti territoriali. Nella fattispecie l'enunciato normativo, in osservanza dell'articolo 5 della costituzione e sotto una prospettiva di ampliamento del rispetto del principio di sussidiarietà, viene ripartito l'ambito di ripartizione delle competenze tra governo centrale e locale, conferendo di fatto, maggiore autonomia legislativa alle regioni. Si configura un riassetto organizzativo inerente tra gli altri, la tutela della salute, la quale diviene materia di legislazione concorrente tra stato e regioni assieme all'istruzione e alla protezione civile mentre continuano a far parte delle competenze esclusive dello stato, la difesa, l'ordine pubblico, la sicurezza. Tuttavia, nonostante le attribuzioni risultanti dalla modifica del titolo V, sono previste delle modalità di intervento da parte dello stato in materia di competenza concorrente, laddove le regioni non agiscano nel rispetto delle disposizioni normative prodotte dal legislatore centrale. Si pensi all'articolo 117 co. 1 lett. q. della costituzione relativamente al settore della profilassi internazionale o ancora all'art. 120 co. 2 secondo cui «Il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria oppure di pericolo grave per l'incolumità e la sicurezza pubblica, ovvero quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.» Difficoltà oggettive nell'applicazione dei principi poc'anzi citati, sono emersi con forza durante la gestione pandemica nella sua prima fase. Non si può pertanto

approvato dal Parlamento, il ministero definisce degli obiettivi generali da raggiungere per la salute pubblica, l'importo del fondo sanitario, il metodo di ripartizione di tale fondo tra le Regioni, le quali si avvalgono di una rete di Aziende Unità Sanitarie Locali (ASL). Le ASL intese come il complesso dei presidi di ricovero, cura e riabilitazione, adempiono ai compiti del SSN in un determinato ambito territoriale.

Il ministero definisce inoltre i criteri generali per l'erogazione di tali servizi, le linee guida per la formazione e l'aggiornamento di medici, infermieri e tecnici, nonché i sistemi di controllo e verifica dei risultati raggiunti. Risulta quindi piuttosto chiaro che il precetto costituzionale sancisca competenze legislative specifiche dello Stato e delle Regioni, tuttavia, con compiti ed ambiti di applicazione diversi: ad esempio, tra le altre cose lo Stato, determina i Livelli Essenziali di Assistenza (LEA)³⁹ quali strumenti che devono necessariamente essere garantiti e rispettati su tutto il territorio nazionale. Pertanto, le Regioni sono chiamate a programmare e gestire in piena autonomia la sanità nell'ambito territoriale di loro competenza, individuando la filiera dei soggetti pubblici deputati a erogare le prestazioni, definendone il ruolo e la struttura di governo o ancora disciplinano le procedure di accreditamento degli erogatori privati di prestazioni.

Sulla base dell'enunciato normativo di cui all'articolo 117 della Costituzione, si richiede che lo Stato e le Regioni collaborino tra loro sulla base del principio di leale collaborazione, con l'obiettivo di assicurare condizioni e garanzie di salute uniformi su tutto il territorio nazionale e livelli delle prestazioni sanitarie accettabili e appropriate per tutti i

non fare un riferimento al c.d. caso Calabria e all'intervento posto in essere dal legislatore al fine di ristabilire chiarezza a seguito di un intervento improprio posto in essere dalla giunta regionale calabrese.

39 Il DPCM 29 novembre 2001, G.U. Serie Generale n. 33 del 08 febbraio 2001, all'interno dell'allegato 1,2 e 3, definisce i livelli essenziali di assistenza inquadrando nel merito della legislazione esclusiva dello stato. Con il DPCM 12 gennaio 2017, G.U. Serie Generale n.65 del 18 marzo 2017, il legislatore, in attuazione della Legge di stabilità 2016, che ha vincolato 800 milioni di euro per l'aggiornamento dei LEA, ha inteso ridefinire le attività, i servizi e le prestazioni garantite ai cittadini; ridefinire e aggiornare gli elenchi delle malattie rare e delle malattie croniche e invalidanti che determinano, in capo all'interessato, il sorgere del diritto all'esenzione dal ticket; per ultimo, ma non per importanza, innova i nomenclatori della specialistica ambulatoriale e dell'assistenza protesica, introducendo prestazioni tecnologicamente avanzate ed escludendo prestazioni obsolete.

cittadini. Come già si è detto la sanità rappresenta una funzione delegata alle regioni, le quali la esercitano servendosi delle ASL nell'ambito del Piano Sanitario Nazionale che fissa i LEA, il quale indica in maniera dettagliata le prestazioni, le modalità organizzative e i riferimenti normativi per tre macroaree: Assistenza sanitaria in ambiente di lavoro – Assistenza distrettuale (di base, specialistica, farmaceutica, ambulatoriale) – Assistenza ospedaliera. I principi fondamentali del SSN vengono affiancati così ai principi organizzativi essenziali al fine di garantire un'adeguata programmazione sanitaria; si ricorda tra i più importanti:

1. la Centralità della persona;
1. la responsabilità pubblica per la tutela del diritto alla salute;
1. la collaborazione tra i livelli di governo del SSN;
1. la valorizzazione della professionalità degli operatori sanitari;
1. l'integrazione sociosanitaria.

Oltre agli organi su menzionati, vi sono altri organi e istituti, alle dipendenze del ministero, che offrono il loro contributo per il funzionamento del Servizio Sanitario Nazionale, si pensi ad esempio all'Istituto Superiore di Sanità. Quest'ultimo rappresenta l'organo tecnico-scientifico di riferimento del SSN e lavora alle strette dipendenze del ministero. Si occupa principalmente di approntare piani di ricerca, sperimentazione e formazione; il suo ruolo è determinante nella preparazione dei piani sanitari nazionali, nella promozione di sperimentazioni cliniche di nuovi farmaci o metodi di cura, nella possibilità di produzione o utilizzo pubblico di materiali nocivi per la salute.

O ancora al Consiglio Superiore della Sanità, composto da membri designati dal ministero, esperti tecnico-scientifici e due magistrati, esamina gli interventi nel campo dell'igiene e della salute pubblica, dando poi il suo parere agli organi decisionali. Fondamentale è il suo giudizio riguardo alle regolamentazioni, alle convenzioni da stipulare con altri paesi, alle norme relative a lavori pericolosi e alla tutela ambientale; esso ha infine diritto alla revoca di farmaci sul mercato e può impedire l'approvazione di quelli nuovi. Si pensi ancora all'Agenzia italiana del farmaco, istituzione di recente introduzione, aassolve a diversi compiti nonché

riunisce competenze disperse ai vari livelli di governo. sostiene altresì il confronto tra i farmaci in uso e quelli proposti come innovativi tant'è vero che, oltre a prevedere al suo interno un rapido sistema di registrazione dei c.d. "farmaci nuovi", dispone di un fondo destinato esclusivamente allo studio delle malattie rare. Responsabilità dell'Agenzia è anche la comunicazione e il sistema di informazione sui farmaci alla popolazione.

Altro organo di fondamentale importanza è l'Istituto per la prevenzione e la sicurezza del lavoro tutela la salute e la sicurezza nei luoghi di lavoro; questo organo tecnico-scientifico collabora direttamente con enti pubblici e privati. Oltre a fornire consulenza al ministero nella stesura dei piani sanitari, l'ISPESL si occupa dell'ideazione di metodologie e criteri standard per valutare i rischi a cui può essere soggetta la salute dei lavoratori e formulare proposte atte a migliorare la sicurezza. Rientra, per esempio, nella sua competenza la certificazione, negli ospedali e nelle ASL, della conformità alle norme di sicurezza di apparecchiature tecniche e diagnostiche. Ed infine, ma chiaramente non per importanza, vi sono gli Istituti Zooprofilattici Sperimentali, coordinati dal Ministero della Salute, rappresentano gli strumenti grazie ai quali le Regioni e le Province possono condurre ricerche in merito all'igiene e alla conformità degli allevamenti e delle produzioni zootecniche e, in generale, sulla sanità veterinaria. Riguardo agli alimenti di origine animale, il loro compito è quello di sviluppare tecnologie e metodi di controllo e di assicurare il costante aggiornamento di veterinari e altri operatori del settore zootecnico.

A seguito di un breve excursus in merito agli organi che compongono il Servizio Sanitario Nazionale nonché sulle modalità di ripartizione delle competenze tra Stato ed enti territoriali, è ora possibile presentare sviscerare la modalità di finanziamento dello stesso partendo da una breve, seppur necessaria descrizione dei diversi modelli sanitari universalmente riconosciuti. Per ciò che attiene l'aspetto di natura economica è opportuno evidenziare che il servizio sanitario italiano è un servizio pubblico a copertura universale, sostanzialmente finanziato dalla fiscalità generale (il c.d. modello *Beveridge*). Tenuto conto di tale affermazione è necessario porre in evidenza che, in linea di massima, il mondo accademico distingue tra tre principali

modelli sanitari sulla base del grado di intervento pubblico, ovvero il sistema *tax-financed*, (modello Beveridge), il *social health insurance SHI* (cd. modello Bismarck) ed il sistema c.d. misto. Molto brevemente il sistema Beveridge si è sviluppato in Inghilterra intorno alla prima metà del Novecento a seguito della presentazione del Rapporto Beveridge da parte del primo ministro, avente come obiettivo il superamento del modello Bismarck e la nascita di un Servizio sanitario nazionale che portò alla nazionalizzazione della sanità britannica. Diversamente dallo schema precedente il nuovo modello sanitario è strutturato in modo tale che lo stato assuma un ruolo centrale nel finanziamento e nella fornitura delle cure sanitarie della popolazione in cui le prestazioni sanitarie sono garantite a tutti i cittadini e sono finanziate con imposte generali a carico della collettività. Allo stato attuale sono diversi i paesi che adottano il modello Beveridge il Regno Unito, l'Italia, la Spagna, la Danimarca, la Norvegia, la Finlandia, la Svezia e l'Islanda.

Al contrario il modello Bismarck, che prese il nome dal suo ideatore ovvero il primo ministro tedesco Otto Van Bismarck che, si diffuse intorno alla fine dell'Ottocento in buona parte d'Europa, era un sistema fondato sui principi della solidarietà, sussidiarietà e corporativismo finanziato interamente dalla contribuzione privata in cui di conseguenza, le assicurazioni sociali, ricoprivano un ruolo determinante.

Nella fattispecie distinguiamo 3 diverse modalità di finanziamento che avvengono rispettivamente attraverso il Fondo Sanitario Nazionale (FSN) – attraverso imposte e contributi – nonché mediante la contribuzione diretta del cittadino (ticket) attraverso 4 schemi organizzativi:

- Pubblico: secondo cui tutti i cittadini hanno diritto ad usufruire di prestazioni sanitarie al cui finanziamento concorrono con imposte generali;
- Privato: bisogni sono soddisfatti sul mercato, eventualmente mediante assicurazioni di tipo volontario;
- Rimborso: prevede un'Assicurazione obbligatoria, finanziata con contributi sociali a favore di organismi senza finalità di lucro, che stipulano convenzioni con strutture pubbliche o private che offrono i servizi. Larga possibilità di scelta da parte del cittadino, che paga i servizi

e viene rimborsato dall'assicurazione sulla base di tariffe standard;

- Integrato: è quello che maggiormente si avvicina al modello pubblico puro. Il cittadino usufruisce di prestazioni gratuite offerte da strutture principalmente pubbliche e/o private convenzionate.

Per ciò che attiene il fondo sanitario nazionale, quest'ultimo viene determinato dalla legge di bilancio sulla base dei vincoli di finanza pubblica correlati ovviamente al PIL, nel rispetto dei criteri essenziali dei LEA nonché la ripartizione del fabbisogno economico in capo alle regioni verrà calcolato sulla base di due indicatori che spiegheremo più avanti nel dettaglio, ossia il saldo di mobilità passiva ed il saldo di mobilità attiva.

5 CRITICITÀ DEL SERVIZIO SANITARIO NAZIONALE. FOCUS SUL GAP TRA IL SSR CALABRESE VS SSR LOMBARDO di Roberta Pittelli

L'Italia è stato uno dei paesi europei maggiormente colpiti dalla crisi dei mutui subprime del 2007, non tanto in relazione al sistema bancario salvatosi grazie all'attitudine al risparmio degli italiani, ma dal palesarsi nel 2011 della crisi dei debiti sovrani dell'eurozona che ha costretto l'Unione Europea ad imporre tali su citate ferree misure in relazione anzitutto al pareggio di bilancio dei conti pubblici. A seguito di questa politica a partire dal 2008 l'Italia non è stata più capace di crescere ed è iniziato un lungo periodo d'impoverimento alternando periodi di stagnazione a veri e propri periodi di recessione. Sebbene il sistema finanziario italiano fosse sostanzialmente uscito indenne dal terremoto che aveva colpito la finanza mondiale vista la scarsa internazionalizzate delle banche aventi in portafoglio una modesta quantità di titoli tossici, subì un duro colpo dalla conseguente crisi delle economie reali di molti paesi occidentali che rappresentavano importanti mercati di sbocco per le nostre esportazioni.

Oltretutto l'Italia giacché paese aderente al patto di stabilità, non ha potuto agire immediatamente mediate l'attuazione di una politica economica espansiva concernente l'aumento della spesa pub-

blica e la riduzione delle tasse ma al contrario, al fine del contenimento del deficit e della riduzione del debito si è trovata costretta ad attuare una politica fiscale restrittiva che ha determinato nel breve periodo la chiusura di circa 82 mila imprese.

Altresì il Servizio Sanitario Nazionale italiano nel corso dei decenni ha subito diversi ed innumerevoli tagli rispetto al piano di finanziamento il che ha generato molteplici falle all'interno del sistema: si è proceduti con un processo di *spending review* attraverso un ricalcolo della spesa sanitaria delle singole regioni al fine di ridurne la spesa sia in termini di prestazioni, che in termini di strutture ospedaliere effettivamente operanti sul territorio, nonché uno stop alle assunzioni e al turn over del personale medico- infermieristico.

Ad oggi, le aziende ospedaliere attive sul territorio nazionale sono 53 di cui 36 presenti al centro-nord e 17 nel sud e nelle isole, mentre si contano circa 329 ospedali a gestione diretta: 235 al centro-nord e 178 nel sud-isole. Ciò ha generato lo sviluppo di un SSN differenziato tra regioni del nord e del sud rispetto al grado di accessibilità e di qualità del servizio erogato. Per tutte queste ragioni il legislatore ha dapprima inteso mettere mano all'insieme delle norme che regolano di fatto la gestione del SSN introducendo il c.d. "federalismo sanitario" attraverso il quale si è cercato di creare 21 sistemi sanitari diversi attribuendo, anche attraverso la riforma del titolo V della costituzione, maggiore autonomia alla regioni moltiplicando di fatto, così come vedremo successivamente, le disuguaglianze tra territori lungo l'asse Nord Sud penalizzando l'area Sud e Isole.

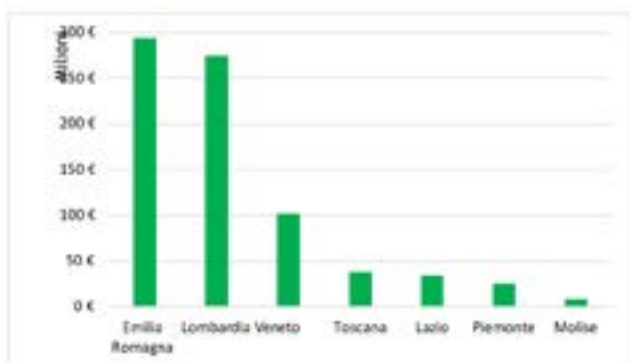
Come già si è detto, nel corso dei decenni il Servizio Sanitario Nazionale è stato oggetto di innumerevoli tagli sia in termini di capitale umano sia in relazione agli investimenti in capo alle strutture, all'attrezzatura e quindi all'offerta. Tutto ciò ha determinato un disallineamento tra domanda e offerta che risulta avere una maggiore incidenza nelle regioni del sud Italia.

Nella fattispecie nelle regioni del nord Italia si è assistito ad una radicale privatizzazione del SSN sorta a seguito della progressiva e costante sottrazione di risorse alla sanità pubblica che dal 2010 al 2019 ha visto perdere 37 miliardi di finanziamenti a fronte di una crescita del fabbisogno nazionale di 8,8 miliardi. Lo stesso trend

si osserva analizzando il rapporto tra spesa sanitaria e PIL, che si ridurrà dal 6,6% del periodo 2019-2020 al 6,5 nel 2021 e al 6,4 nel 2022. Basti pensare che il 69% di chi rinuncia alle cure si trova nel sud e nelle isole forse perché, solo per fare un esempio, le liste d'attesa più lunghe si riscontrano sempre nel Sud e nelle Isole. Tale condizione di disparità non fa altro che incentivare e dare linfa al c.d. fenomeno della "migrazione sanitaria" il quale racchiude in sé, tutte una serie di prestazioni erogate fuori regione, delle quali i pazienti fanno richiesta a strutture appartenenti alla sanità pubblica o privata accreditata poiché risultano attrattive per servizi e efficienza. È chiaro quindi che tale condizione sia espressione della ormai nota questione del divario nord/sud che non afferisce esclusivamente al settore economico ma anche a quello relativo ai servizi offerti dalle pubbliche amministrazioni in termini di qualità del servizio e di capacità di risposta.

Il fenomeno della mobilità sanitaria in Italia per l'anno 2021 vale circa 4,6 miliardi di euro. Prima di procedere con l'analisi dei dati riportati nel grafico successivo, è necessario porre una distinzione tra mobilità attiva, ossia l'indice di attrazione di una regione attraverso l'identificazione di prestazioni sanitarie offerte a cittadini non residenti; e la mobilità passiva, ovverosia l'indice di fuga da una regione misurato attraverso una valutazione delle prestazioni sanitarie erogate ai cittadini al di fuori della regione di residenza. Il confronto tra l'indice di attrazione e quello di fuga fornisce un quadro sull'efficacia e sull'efficienza di ogni Servizio sanitario regionale nella capacità di rispondere ai bisogni di salute della popolazione residente. Attraverso il grafico successivo, si inteso studiare il livello di convergenza dell'offerta rispetto alla domanda mediante l'analisi dei dati forniti dal Ministero della salute, relativamente al saldo di mobilità attivo e passivo delle 14 regioni italiane "più significative".

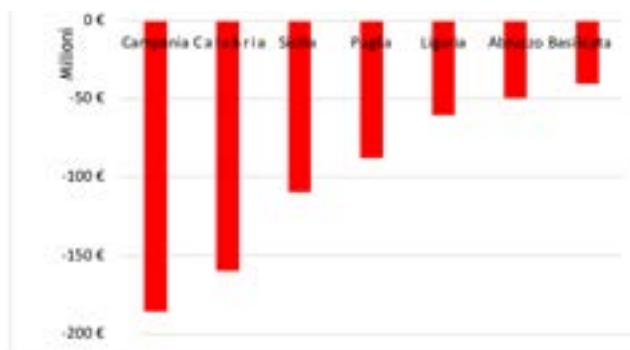
Grafico1: mobilità attiva in Italia per l'anno 2021 espressa in milioni di euro.



Fonte: elaborazione propria su dati AGENAS.

Nella fattispecie è emerso che le sette regioni italiane aventi maggiori capacità di attrazione nel 2021, ovverosia Emilia-Romagna, Lombardia, Veneto, Toscana, Lazio, Piemonte e Molise che vantano crediti superiori a 776 milioni di euro. In testa vi è l'Emilia-Romagna che vanta crediti per oltre 293 milioni di euro, seguita dalla Lombardia con oltre 274 milioni di euro di crediti sanitari in bilancio, dal Veneto con oltre 102 milioni di euro di crediti; Toscana con circa 38 milioni; Lazio con poco più di 34 milioni; Piemonte quasi 25 milioni e Molise circa 8 milioni e 700 mila.

Grafico 2: mobilità passiva in Italia per l'anno 2021 espressa in milioni di euro.



Fonte: elaborazione propria su dati AGENAS.

Le sette regioni con maggiore indice di fuga generano debiti per oltre 693 milioni di euro. In primis vi è la regione Campania con un saldo di mobilità passiva di - 186,76 mln di euro, seguita dalla Calabria con oltre -159 mln di euro, dalla Sicilia con oltre -109 mln di euro debiti, dalla Puglia con -87,61 mln di euro, dalla Liguria con -60,74 mln di

euro, Abruzzo -49,51 mln di euro e dalla Basilicata - 40,35 mln di euro. Se si intendesse andare più a fondo alla questione, sarebbe interessante porre a confronto l'operato della regione Calabria con quello della regione Lombardia durante le prime fasi di contrasto all'epidemia da Covid-19. In tale condizione di stress salta all'occhio le difficoltà di gestione di una regione la cui sanità è commissariata da oltre 10 anni, che ha avuto 6 commissari e che nonostante i grossi sacrifici il deficit finanziario è stato ridotto solo di 6,2 milioni di euro partendo da un disavanzo che nel 2009 ammontava circa a 104.304 milioni di euro si è passati ad un deficit che nell'ultima rilevazione del 2019 si attestava a 98.013 milioni di euro. L'esempio relativo le diversità del SSR calabrese rispetto a quello lombardo riportato all'interno del lavoro, è importante al fine di comprendere come uno Stato non possa essere competitivo se presenta al suo interno due realtà così diverse: mi preme sottolineare al riguardo che "per fortuna" i primi casi di infezione da Covid-19 si ebbero in Lombardia, una tra regioni italiane maggiormente sviluppate e dal punto di vista economico e dal punto di vista sanitario. Solo per avere un'idea sulla distribuzione effettiva del SS all'interno del territorio nazionale basta analizzare la distribuzione numero di strutture sanitarie pubbliche in Italia sono 10.576 di cui 1080 in Lombardia contro i 353 della regione Calabria, e private accreditate di cui in Italia 14.831 in Lombardia 2463 contro i 359 regione Calabria. Altro dato interessante attiene al personale dipendente del SSN costituito dal personale delle Aziende Sanitarie Locali, compreso quello degli istituti di cura a gestione diretta, dal personale delle Aziende Ospedaliere, Aziende Ospedaliere integrate con il Servizio Sanitario Nazionale e dal personale delle Aziende Ospedaliere integrate con l'Università. Nel 2020 tale personale ammonta a 617.466 unità e risulta così ripartito: il 72,3% ruolo sanitario, il 17,8% ruolo tecnico, il 9,7% ruolo amministrativo e lo 0,2% ruolo professionale⁴⁰. Se volessimo andare più a fondo alla questione ci accorgeremo che dei 617.466 dipendenti del SSN, 446.327 ruolo sanitario, 1.348 ruolo professionale,

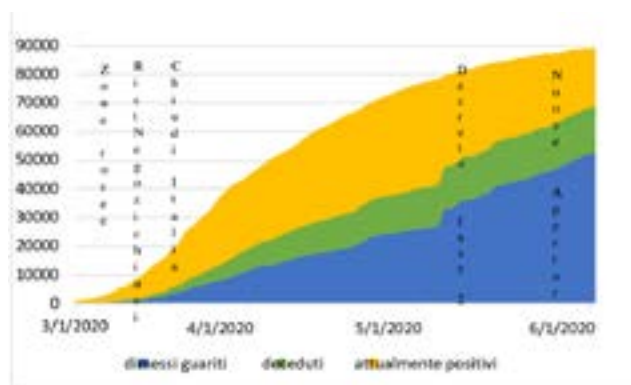
40 *Annuario statistico del servizio sanitario nazionale. Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi del SSN*, 2020. PP. 83. Nell'ambito del ruolo sanitario, il personale medico è costituito da 103.092 unità e quello infermieristico da 264.686 unità; il rapporto fra infermieri e medici, a livello nazionale, si attesta sul valore di 2,6 infermieri per ogni medico. Rispetto all'anno 2019 il personale risulta aumentato di 13.610 unità pari al 2,3%.

109.814 ruolo tecnico 59.784 ruolo amministrativo. Nella fattispecie, all'interno del territorio italiano vi sono 617.466 dipendenti del SSN di cui 479.053 al centro-nord e 138.393 al sud e nelle isole. Il numero dei medici presenti sul territorio su un totale di 41.707 in Lombardia 5.984 in Calabria 1.494.

In Calabria quindi, sono impiegate in strutture sanitarie in media 9,6 persone ogni mille abitanti; il blocco del turnover ha determinato l'aumento dell'età media degli operatori sanitari in tutte le ASP calabresi: oltre il 60 per cento degli impiegati supera i 50 anni di età. Negli ultimi anni nel sud e nelle isole sono stati chiusi 42 piccoli centri ospedalieri, di cui 4 solo in Calabria.

Ciò, ovviamente ha generato un maggior carico di lavoro sulle strutture sanitarie rimaste aperte, senza però che venisse rimodulato l'assetto organizzativo di queste strutture. Anzi a questi ospedali è stata imposta una riduzione dei posti letto (in Calabria si è passati da 4,47 posti letto ogni mille abitanti a 2,98). Tant'è vero che durante i primi due anni di emergenza Covid, su un totale di 235.255 posti letto Covid presenti sul territorio nazionale, il 32,1% si trova in Lombardia mentre il solo 5,2% in Calabria. Al contrario osservando i grafici successivi relativi la prima ondata di Covid-19 in Italia, è facile immaginare cosa sarebbe potuto succedere in termini di numero di decessi, se l'epidemia fosse comparsa con la stessa prepotenza in una regione come la Calabria.

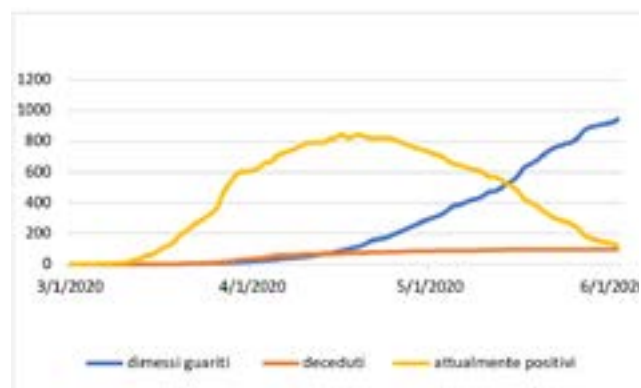
Grafico 3: numeri complessivi regione Lombardia osservati su scala giornaliera dal 01/03/2020 al 02/06/2020.



Fonte: elaborazione propria su dati della Protezione civile.

Il grafico 3 mostra un trend dell'indicatore attualmente positivi il cui andamento risulta essere costante e crescente fino ai primi giorni del mese di maggio e nello specifico al 5 maggio in cui i positivi risultavano essere 37.092 raggiungendo così il picco più alto. Su un totale di circa 89.205 casi di positività attestati nell'arco temporale preso ad esame, 16.143 sono i casi di pazienti deceduti.

Grafico 4: numeri complessivi Regione Calabria osservati su scala giornaliera dal 01/03/2020 al 02/06/2020.



Fonte: elaborazione propria su dati della Protezione civile.

Nel grafico n. 4 dai dati in possesso, l'indicatore attualmente positivi indica una crescita esponenziale dei casi dalla fine del mese di marzo e per tutto il mese di aprile per poi decrescere progressivamente nel mese di maggio. La curva raggiunge il suo punto più alto alla data del 16 aprile indicando 847 casi positivi. Tuttavia, a confronto con la Lombardia, su un totale di 1158 casi di positività, il numero di decessi alla data del 2 giugno 2020 risulta essere di 97.⁴¹ Mediante un'attenta lettura dei suddetti grafici è facile comprendere come il SS della regione Calabria si sia trovato impreparato a gestire un evento di tale portata non soltanto a causa della presenza di personale amministrativo non adeguatamente qualificato che opera all'interno delle ASL o delle USL, ma anche a causa dell'annosa mancanza di personale sanitario, o ancora a causa della limitata disponibilità in termini di attrezzature, di posti letto, di sale rianimazione: basti pensare che se la Lombardia al 2 giugno 2020 ha elaborato 766.122

41 *Annuario statistico del Servizio Sanitario Nazionale. Assetto organizzativo, attività e fattori produttivi. 2020. PP 13.*

tamponi, alla stessa data la Calabria ne riuscì ad effettuare solo 71.617.

6 CONCLUSIONI

Giunti a questo punto è possibile offrire al lettore qualche considerazione su quanto fin qui confluuto. Il modello della gestione pandemica è stato sicuramente contraddistinto da una stratificazione normativa imponente che ha alimentato polemiche, anche di legittimità costituzionale circa lo strumento legislativo adoperato.

A ciò bisogna aggiungere, però, che la gestione emergenziale — a lungo tempo prospettata solo a livello teorico — ha “colto di sorpresa” l'apparato istituzionale trovando sfornito degli strumenti idonei per farvi fronte.

Si può affermare, senza paura di smentita, che la pandemia Covid-19 se da un lato ha rappresentato la chiave di svolta in alcuni settori pubblici “critici” — si pensi alla digitalizzazione nel comparto Giustizia — dall'altra ha messo in rilievo il difficile rapporto istituzionale.

L'intensa produzione legislativa dello Stato, delle regioni ordinarie, di quelle a statuto speciale e delle province autonome sicuramente ha indotto una profonda incertezza sociale che si è tradotta, inevitabilmente, in un depotenziamento delle misure proposte.

La ragione potrebbe rinversi nella tecnica legislativa adoperata dal Governo, non sempre lineare e di facile intuizione. La bassa qualità legislativa si ripercuote, inevitabilmente, anche sugli enti periferici, i quali hanno contribuito — e non poco — alla confusione normativa.

Il principio di leale collaborazione, alla quale anche la Presidente della Corte costituzionale ha fatto richiamo, ha vissuto una fase altalenante in quanto diretta espressione del dialogo tra il Governo e le Regioni.

Il caso della Regione Calabria, ad esempio, mostra come il valore solidaristico tra le istituzioni abbia subito una “battuta d'arresto” e come l'attività legislativa regionale sia rientrata solo ricorrendo all'autorità giudiziaria amministrativa.

Le argomentazioni in esame, però, sono ampiamente estensibili al più generale rapporto enti centrali e periferici.

La recente — e ancora attuale — esperienza pandemica dimostra come soltanto la ricerca di punti di comune convergenza e di efficace condivisione tra i diversi livelli di governo in un rapporto di leale e reciproca collaborazione, pur nella distinta assunzione delle responsabilità, può consentire di superare gravi crisi per l'intera collettività.

Tuttavia, i principi *de quibus*, ancorché indicati come imprescindibili per le istituzioni della Repubblica per superare l'emergenza sanitaria, non sempre sono stati rispettati e forse tale *vulnus* nel dialogo istituzionale, in virtù del contesto che lo ha originato, meriterebbe maggiore considerazione e riflessione dal legislatore.

Roberta Pittelli

Dottoranda di ricerca in Economia Pubblica – Imprese, mercati ed istituzioni dell'Unione Europea presso l'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

roberta.pittelli@unicz.it

Sebastian Ciancio

Avvocato e dottorando di ricerca in “Ordine giuridico ed economico europeo” presso l'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

ciancio@unicz.it

Fenice Valentina Valenti

Avvocato e dottoranda di ricerca in “Diritto della società digitale e dell'innovazione tecnologica” presso l'Università degli Studi “Magna Graecia” di Catanzaro

fenicevalentina.valenti@studenti.unicz.it