

TIGOR

rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica



I—2022

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, Paolo Moro, Federico Puppo, Gabriele Qualizza, 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. XIV (2022) n. 1 (gennaio-giugno)

Sommario

Presentazione

3 Elena Bettinelli

Narrazioni culturali, mediche e pratiche del corpo. Il confine ambiguo fra salute (ordine) e malattia (disordine)

15 Daniela Zamolo

*The dark side of organizational change management.
A few notes from a theoretical perspective*

20 Luca Barchiesi

Dal fatto al dato: il 'rasoio di Occam'

31 Arianna Maceratini

Tensioni e prospettive della democrazia deliberativa habermasiana nell'emergenza da Covid-19

46 Persio Tincani

Diritto e libertà

56 Marco Cossutta

Sulla giurisprudenza come fonte del diritto

72 Valentina Monateri

Pietro Spica, Lorenzo Pezzica, Storie d'anarchia per 50 ritratti. Racconto corale di immagini, sogni, canzoni e storie. Prefazione di Michele Serra, pp. 300, Milano, Shake Edizioni, 2021

Presentazione

Il primo fascicolo del 2022 si apre con un saggio di Elena Bettinelli, la quale si sofferma sulle *Narrazioni culturali, mediche e pratiche del corpo* concentrando la propria attenzione sulle modalità in cui il contesto culturale influisce e determina di volta in volta il significato di termini quali salute e malattia. A questo primo contributo segue un'indagine condotta da Daniela Zamolo sul "lato oscuro" della gestione aziendale con particolare riguardo al cambiamento organizzativo.

L'articolo di Luca Barchiesi apre la serie dei contributi più propriamente giuridici, l'autore, cultore di discipline privatistiche, affronta una questione prettamente informatico-giuridica concentrando la sua attenzione sulle relazioni fra intelligenza artificiale e scienze cognitive. A questo segue un saggio di Arianna Maceratini incentrato sulla tutela dei diritti e della libertà fondamentali nell'esperienza dell'emergenza sanitaria dovuta al Covid-19; l'autrice nell'affrontare l'argomento di ricollega al pensiero di Habermas.

I contributi di Persio Tinca e di Marco Cossutta sono stati presentati nel giugno scorso quali relazioni al seminario *Che cos'è il diritto* organizzato dal professore Enrico Ferri presso l'ateneo telematico "Niccolò Cusano" di Roma (all'iniziativa hanno partecipato anche Giuseppe Cricenti, Francesco Romano, Fabrizio D'Amico, Javier Ansuategui e Francesco Mancuso).

Il contributo di Valentina Monateri, una ragionata presentazione del recente volume di Pietro Spica e Lorenzo Pezzica, *Storie d'anarchia per 50 ritratti*, chiude il numero.

Si dà altresì notizia che dal primo al quattro settembre si terrà la decima edizione della Scuola Estiva Arpinate, organizzata dalla Unicu-

sano, auspice il professore Enrico Ferri, dedicata al tema "Lavoro e insegnamento universitario nell'era della rivoluzione telematica".

Narrazioni culturali, mediche e pratiche del corpo. Il confine ambiguo fra salute (ordine) e malattia (disordine)

Elena Bettinelli

ABSTRACT

Il testo analizza le modalità attraverso cui la cultura costruisce il corpo e influenza il significato di salute e malattia, attraverso simboli, rituali, linguaggi, prospettive e impostazioni metodologiche.

The text analyzes the ways culture constructs the body and influences the meaning of health and disease, through symbols, rituals, languages, perspectives and methodological approaches.

PAROLE CHIAVE

CORPO; MEDICINA; SALUTE;
MALATTIA; CULTURA;
USI SOCIALI DEL CORPO.

KEYWORDS

BODY; MEDICINE; HEALTH; ILLNESS;
DISEASE; CULTURE;
SOCIAL USES OF THE BODY.

1. IL CARATTERE COSTRUITO DELLA CORPOREITÀ

Un certo novero di discipline e, all'interno di queste, diversi pensatori hanno dibattuto sulla relazione che oppone e ricompone le dimensioni di natura e cultura.

In questo senso il corpo umano rappresenta un eccezionale "studio sul campo" per comprendere quanto affine e allo stesso tempo divergente, sia il rapporto fra le componenti biologiche che ne fondano esistenza, limiti, potenzialità e quelle culturali che lo descrivono, lo trasformano in oggetto simbolico e comunicativo.

Innanzitutto è opportuno porre una premessa riguardante non soltanto lo specifico tema preso in analisi, ma che investe l'intero apparato culturale in qualità di assetto astratto e pragmatico al tempo stesso con caratteristiche definite e codificate.

In qualsivoglia sistema culturale di riferimento, il corpo, come del resto le concezioni

di salute, malattia, privazione, danno, sofferenza fisica e dell'animo non rappresentano realtà inoppugnabili, ma sono circondate da un'aura di arbitrarietà seppur implicita e non del tutto consapevole.

In ogni gruppo umano emergono e agiscono rappresentazioni, pratiche, contenuti, rituali relativi a qualsivoglia oggetto che rivesta un significato di natura culturale, pubblico e condiviso.

In tal senso trovano forza demiurgica alcuni elementi costitutivi del processo di affermazione culturale: tra questi annoveriamo le credenze dominanti, un insieme di asserzioni sull'esistenza di fenomeni che non trovano conforto da prove e testimonianze, ma che nondimeno rappresentano un solido sostrato di certezza e di valori condivisi dal gruppo e dai singoli individui, sulla cui base si fondano i giudizi sull'agire¹.

¹ Cfr. S. Abbruzzese, *Modernità e individuo*, Brescia, 2016, pp. 13 e ss.

Tra questi, il corpo si configura come realtà intessuta di narrazioni, simboli e rappresentazioni, un “oggetto” costruito e negoziato culturalmente su più livelli e su diverse dimensioni.

Per quanto possa sembrare una operazione contro-intuitiva, il corpo non può essere definito qualcosa di intrinsecamente naturale, ma rappresenta piuttosto un termine all'interno del quale trovano collocazione numerose visioni della realtà e differenti esperienze di vita.

Le immagini che giungono dagli studi socio-antropologici ci consegnano corpi dalle fattezze innaturali, scarificati, costretti, dipinti, deformati, agghindati da orpelli tali da inibirne le funzioni.

Appare quindi ragionevole ritenere che il corpo che natura fuoriesce viene in un certo senso accreditato ed inserito in un ordine significativo soltanto successivamente ad una pianificazione² che lo renda appetibile secondo canoni di estetica, sacralità, rappresentazione che ne decretino, per così dire, la fruibilità condivisa ad un livello simbolico.

Infatti, sebbene presenti varietà somatiche, polimorfismi e variabili genetiche, il corpo in quanto apparato biologico può a buon diritto essere considerato come qualcosa di universale, la cui fisicità si impone trasversalmente ad ogni tentativo di categorizzazione etnica e persino “razziale”.

Vi è tuttavia un altro dato che può essere considerato pressoché universale, e cioè la necessità avvertita da qualsivoglia gruppo umano di modificarne fattezze e fisionomia, quasi che esso, nella sua struttura biologica comune, non sia in grado di veicolare l'enorme rarefazione semantica propria a ciascuna cultura. Il corpo, dunque, va sottratto al dominio della natura e inserito nel fertile terreno culturale dove ogni tratto è segno, ogni diversità è significazione, ogni confronto è alterità.

Nella modernità post-industriale appare particolarmente significativo il fatto che esso diventi un veicolo del sé e di come l'individuo vorrebbe essere percepito e rappresentato. Il corpo diventa allora un oggetto di osservazione e confronto su cui si riverbera un intreccio

² Si veda la concezione del “corpo-progetto” in A. Giddens, *Identità e società moderna*, Napoli, 1999.

di valori antagonisti e pur compresenti, una intersezione fra la sfera individuale tesa all'aspirazione soggettiva e quella sociale, depositaria e custode di accettazione reciproca. Dimensioni quali peso, statura e forza, al pari di estetica e salute, divengono altrettanti criteri attraverso cui giocare visibilità, apprezzamento e congruenza tra ciò che si vorrebbe essere e ciò che si è³.

2. STORIA DELLA BIOMEDICINA:

UN ACCAVALLARSI DI PARADIGMI, CREDENZE, SELEZIONI, OMISSIONI

Una delle attuali definizioni di medicina suggerisce che questa rappresenta «in un dato contesto storico, l'assetto delle forme culturali, comportamentali e organizzative concernenti, grosso modo, la difesa della salute e dell'equilibrio psichico»⁴.

Nel corso del XIX secolo si rende necessaria la costruzione di un sapere medico ufficiale, accreditato, scientifico. L'idea stessa di ‘sistema medico’ avrebbe consentito di qualificare l'intero campo dei saperi, pratiche e rappresentazioni della biomedicina, considerandolo strutturato in una complessità organizzata - un “sistema”, per l'appunto - i cui elementi fossero connessi in una relazione sia funzionale che causale⁵. In tal modo questa medicina, brillante e patinata, ha acquisito una fisionomia autonoma, indipendente e facilmente identificabile rispetto a paradigmi medici esterni, ma anche rispetto a correnti interne, medicine “popolari”, “alternative”, “complementari”, in rapporto alle quali si poneva come dominante, godendo della più alta autorevolezza.

Foucault, in particolare, illustra i cambiamenti inerenti alla professione medica, soffermandosi sul modo di guardare alla malattia, un insieme di sintomi, segnali cioè significativi, provenienti dal corpo che consentono al personale specializzato di nominare e catalo-

³ Cfr. a riguardo P.G. Depretis, *Rappresentazioni sociali del corpo. Il corpo che siamo o che vorremmo essere*, Milano, 2011.

⁴ T. Seppilli, *Le tradizioni popolari in Italia. Medicine e magie*, Milano, 1989, p. 7.

⁵ G. Pizza, *Antropologia medica. Saperi, pratiche e politiche del corpo*, Roma, 2005, p. 127.

gare le affezioni dei pazienti, esercitando nei loro confronti controllo e disciplina⁶.

Centrali sono il concetto del *regard* medico, lo sguardo medico e la riorganizzazione della conoscenza avvenuta alla fine del diciottesimo secolo.

Una narrazione istituita dalla scienza occidentale, diffusa e comunemente accettata, ha indotto a credere che vi sia una essenza, per così dire, “naturale”, “scientifica”, “controllabile” nel corpo e nella fisiologia che gli è propria.

Il cosiddetto “modello biomedico” è basato pertanto su cinque convinzioni:

1. La mente e il corpo, due realtà differenti per funzionamento e processi, vanno considerate in modo separato.
2. Il corpo è suscettibile di essere “riparato”.
3. La tecnologia è estremamente importante e la sua efficacia in campo diagnostico e terapeutico è basilare.
4. La patologia va compresa facendo riferimento a meccanismi di tipo squisitamente biologico; le dimensioni sociale, ambientale, psicologica non trovano un reale interesse.
5. L'insorgenza della malattia viene spiegata facendo riferimento all'azione di un singolo agente, rientrando in un meccanismo di tipo causa-effetto⁷.

Non vi sono dubbi che tale impianto, teorico e pratico al medesimo tempo, abbia consentito di debellare tutta una serie di patologie gravi, molte delle quali di natura epidemica che hanno afflitto aree territoriali estese per lunghi periodi. Nel contempo va riconosciuto l'enorme impatto di una serrata ricerca scientifica e tecnologica (si pensi, ad es., ai microscopi ad altissima risoluzione) che ha consentito di effettuare scoperte rivoluzionarie in campo teorico e applicativo (natura di virus e batteri, antibiotici, vaccini, trapianti e molto altro), tali da produrre un insperato innalzamento della speranza nonché della qualità di vita.

Tuttavia considerare la storia della medicina come un percorso lineare, non accidentato,

6 M. Foucault, *Nascita della clinica. Un'archeologia dello sguardo clinico*, Torino, 1996.

7 S. Nettleton, *The Sociology of Health and Illness*, Cambridge, 2006.

collettore di successi in una configurazione progressiva e cumulativa, non rappresenta una prospettiva corretta⁸.

Il cammino della scienza medica o, più precisamente di quella ufficiale, non differisce dal percorso di altre scienze: una lunga sequenza di paradigmi considerati affidabili soltanto finché non emerga un vulnus, una falla, che esigono una opera di rivisitazione del modello accreditato e fino ad allora dominante. Più volte è accaduto che una determinata pratica terapeutica ritenuta in linea con le assunzioni ideologiche di razionalità e scientificità in una data epoca, subisse successivamente un declassamento tale da essere accostata a pura e semplice superstizione. Si possono citare, ad esempio, le numerose asportazioni chirurgiche dell'utero al fine di curare l'isteria femminile, una sindrome che ha avuto una notevole risonanza in ambito biomedico e psichiatrico, ma che appare oggi all'antropologo e al medico stesso come un riflesso, una contaminazione dovuta alla vicinanza storica fra biomedicina e religione in Occidente.

Si può altresì ragionare su una pratica comunemente effettuata sui bambini sino a tempi piuttosto recenti: l'asportazione delle tonsille, delle adenoidi o dell'appendice in quanto ritenute organi inutili e persino dannosi per la crescita⁹.

L'impressione del tutto profana rispetto a un tale approccio, seppur agito in buona fede, non può che condurci a constatare che l'asportazione di un organo sano comporta il fallimento della missione medica in un quadro sia epistemologico che deontologico.

Sono stati evidenziati forti tratti socio-culturali in questo genere di operazioni, tratti che l'antropologa Veronique Moulinié ha definito nel loro insieme come “chirurgia dell'età” poiché hanno assunto la funzione di scandire in modo rituale i passaggi da una età all'altra. Tali interventi chirurgici assumeva-

8 Si consideri infatti la distinzione operata da Kuhn nel delineare la cosiddetta “scienza normale” rispetto alle “rivoluzioni scientifiche” (T. Kuhn, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Torino, 2009).

9 G. Pizza, *Antropologia medica*, cit., pp. 128-129.

no il valore simbolico di assicurare la crescita attraverso la manipolazione medica dei corpi infantili, in una riuscita complicità fra madri, chirurghi e cultura stessa, sfondo legittimante all'intera operazione. A parere di Moulinié, se da un lato molte pratiche si sono arrese a una evidenza di ordine scientifico, altre sopravvivono: il taglio del perineo durante il parto, l'estrazione dei denti cosiddetti "del giudizio" o ancora l'asportazione di utero e prostata sembrano conferire un significato simbolico ogni volta che si accede ad una diversa stagione della vita¹⁰.

Per quanto argomentato, il raccontare la storia del sapere medico come una collezione di successi, costituirebbe un'opera narrativa non solo irrealista, ma anche una sorta di falsificazione.

In una narrazione addomesticata, non soltanto viene riprodotta e rafforzata l'idea che il corpo sia un oggetto osservabile autonomamente rispetto al contesto socio-culturale in cui è calato (fenomeno più volte acclarato), ma non si prendono in dovuta considerazione i documentati effetti iatrogeni delle cure (si pensi alla farmaco-resistenza per l'eccessivo ricorso agli antibiotici), i fenomeni di dominanza medica, la dipendenza dal parere esperto o dall'espulsione di altro genere di saperi¹¹ (l'esperienza del parto, dal XIX secolo in poi, si è svolta in contesti ospedalieri e medicalizzati dove pratiche muliebri e conoscenze secolari non trovavano alcuna legittimazione¹²).

La fisicità corporea, pertanto, non si concreta – soltanto – nell'essere un collettore di cellule sane e malate, l'involucro entro cui operano meccanismi chimici, metabolici, influenze genetiche.

Tutti i processi clinici, diagnostici e terapeutici, le terminologie usate per descrivere e comunicare la patologia vanno incontro ad un processo di attribuzione di senso inserito sistematicamente in una cornice socio-culturale.

Ogni condizione corporea che viene percepita, affanno, dolore circoscritto, diffuso,

10 V. Moulinié, *La chirurgie des âges. Corps, sexualité et représentations du sang*, Paris, 1997.

11 M. Cardano, G. Giarelli, G. Vicarelli, *Sociologia della salute e della medicina*, Bologna, 2020.

12 S. Nettleton, *The Sociology of Health*, cit.

acuto, sudorazione, panico, paralisi, afflizione non rappresenta uno stato meramente fisico, un evento singolare e isolato, bensì un processo che si dispiega nel tempo e coinvolge tutta una serie di dinamiche esistenziali non solo fisiche, ma anche sociali e culturali.

Nel medesimo tempo, concetti come vita, morte, riproduzione, realtà biologiche al pari di sangue, organi, secrezioni corporee sono costruiti, negoziati, assunti come portatori di simbologie funeste o salvifiche.

La dicotomia che oppone il concetto di "sano" a quello di "malato" è essa stessa una costruzione, una dinamica selettiva in base alla quale gli opposti si configurano come complementari: l'uno trova la sua ontologia nell'assenza dell'altro.

Lo stato normale, di salute, si configura nel *Churchill's Medical Dictionary* come uno stato di benessere di un organismo o di una parte di esso, caratterizzato da una funzione normale e non affetto da malattie. La malattia è invece una condizione che altera o interferisce con lo stato di salute di un organismo, caratterizzata da un anomalo funzionamento di uno o più sistemi.

Non si tratta qui di polemizzare su un percorso scientifico ricco di studi doviziosi e che negli ultimi due secoli ha garantito evidenti risultati.

I problemi che si presentano sono di due tipologie:

1. la malattia in tale concezione appare come un dato assolutamente oggettivo, osservabile e verificabile, un fatto concreto definito in base a parametri che escludono la percezione soggettiva del paziente che partecipa alla formulazione della diagnosi attraverso il suo racconto (una lettura clinica dei sintomi) o mostrando i suoi segni corporei allo sguardo del medico.

Come è stato evidenziato, la storia della biomedicina non differisce dal percorso di altre scienze. Essa risente del contesto sociale della ricerca scientifica diretto non tanto a concepire un paradigma rivoluzionario teso alla riformulazione di teorie socialmente e comunemente accreditate, bensì ne costituisce

un prosieguito. Teorie e pratiche che, un tempo, venivano considerate prove di scientificità, in epoca successiva vengono additate come il prodotto di superstizione e ignoranza.

La storia si presta a diversi esempi. I salassi, ad esempio, rappresentano una forma di pratica terapeutica insistita e utilizzata abbondantemente nei secoli passati.

Questo sta a significare che la veridicità, la correttezza scientifica non appartengono ad un territorio conoscitivo nel quale determinate idee sono garantite, bensì è necessario esporsi alle concrete esperienze a cui gli uomini vanno incontro. La scoperta scientifica dunque è dipendente da un contesto culturale, storico, di accadimenti concreti entro cui le ipotesi trovano un riscontro positivo e negativo.

Come ebbe a dire Gregory Bateson, la scienza non prova alcunché. Egli ritiene che la scienza sia un modo di percepire e di dare senso a quanto percepito. Tuttavia, l'acquisizione di informazioni opera su una percezione di differenza e questa è sempre limitata da una soglia: le differenze troppo lievi o presentate troppo lentamente non offrono nulla su cui argomentare. Da ciò consegue che la conoscenza scientifica è sempre funzione della soglia dei mezzi di percezione di cui si dispone e della loro sensibilità. La scienza, in quanto metodo di percezione, ha - a suo giudizio - una capacità delimitata di raccogliere i segni esteriori e visibili di ciò che può essere verità: essa pertanto non prova, esplora¹³.

2. Le dicotomie mente/corpo; salute/malattia; caos/ordine partecipano ad una narrazione culturale ben nota che vede nell'opposizione o/o il criterio definitorio attraverso cui interpretare la realtà.

Un concetto-base su cui la medicina ufficiale (biomedicina, scientifica, allopatrica) ha lavorato per molto tempo è la separazione mente-corpo.

Oggi, a dire il vero, tale concetto ha trovato una maggior apertura e diverse riformulazioni tese a rivedere il dualismo di partenza.

¹³ G. Bateson, *Mente e natura. Un'unità necessaria*, Milano, 1984, pp. 46-47.

Ad esempio nella trattazione del trauma e della sindrome da stress post-traumatico, il binomio mente-corpo riappare immediatamente, nel palesare che uno strappo psicologico di una certa entità ha delle innegabili ripercussioni a livello fisico (es. secrezioni degli ormoni dello stress) quando il contesto ambientale ricorda il trauma subito. Il corpo torna automaticamente in una situazione stressogena, attivandosi per difesa a livello biochimico¹⁴.

3. LE DIVERSE SINTASSI COMUNICATIVE DEL DOLORE: NARRATO, OSTENTATO, RIMOSSO

Se natura e cultura rappresentano una unione ricca di imprevisti e necessarie specificazioni, un analogo discorso può essere fatto per quanto concerne le sensazioni che il corpo comunica al suo possessore, nel caso in cui l'equilibrio vada incontro ad una crisi, un evento destabilizzante e traumatico che pregiudica non soltanto la funzionalità del soma, ma soprattutto la percezione che l'individuo ha della sua gestione.

Tutte le società e contesti culturali fronteggiano, rappresentano e conferiscono un senso al dolore in ogni sua declinazione. In tale circuito di ricerca di senso vengono fornite soluzioni differenti a problemi comuni. Pertanto, la molteplicità delle forme di terapia è virtualmente infinita: non è ragionevolmente possibile porre figure quali medici, stregoni, sciamani, guaritori, figure religiose sul medesimo livello eppure bisogna riconoscere che tutti sono, in tempi e modalità ben diverse e circoscritte, mediatori di guarigione. E a ciascuno di questi viene conferita una ben precisa autorevolezza nel porre in essere pratiche terapeutiche che risultano non raramente efficaci.

Il dolore, la sofferenza, scardinano completamente l'intervento disgiuntivo fra mente e corpo che rimane, a conti fatti, un tentativo artificioso e vano.

Il dolore è sempre una esperienza viva, concretissima, ma totalmente confinata nei recin-

¹⁴ B. Van der Kolk, *Il corpo accusa il colpo. Mente, corpo e cervello nell'elaborazione delle memorie traumatiche*, Milano, 2015.

ti dell'io senziente, difficilmente esprimibile secondo il linguaggio verbale.

Poiché il codice linguistico si rivela inadatto a comunicare sensazioni intense, stati dell'essere, esperienze che sfuggono ad una prassi definitoria precisa, si vedrà che il "linguaggio del dolore" sia meglio classificato come analogico piuttosto che digitale, il che significa che predilige l'utilizzo di metafore – per l'appunto in analogia con una realtà conosciuta, concreta, sperimentata – piuttosto che una narrazione composta secondo criteri astratti. Questa risulterebbe inefficace, incomprensibile, in un clima di greve solitudine avvertita dal soggetto narrante nello sforzo di descrivere una esperienza centrale, totalizzante e radicata.

Talora i codici utilizzati per conferire senso al dolore sono di altro tipo: assiologici, religiosi, simbolici. Tali codici giustificano il dolore e ne incoraggiano la sopportazione in qualità di passaggio "naturale", ineludibile o perché identificato in una rigorosa espiazione/purificazione (es. parto o dolore autoinflitto).

La letteratura etnografica presenta un ricco repertorio di prove assai dolorose inflitte al corpo e alle sue carni: il rito della frustata diffuso nel golfo di Guinea o le lacerazioni dorsali praticate ai giovani *aché* brasiliani. Il dolore è necessario e il corpo che lo subisce diventa supporto e mezzo indispensabile al fine di attraversare la soglia della normalità e acquisire uno status diverso.

E ancora, auto-infliggersi dolore con tagli, sfregi, punte può rappresentare un antidoto ad un altro dolore, quello esistenziale che annulla, annienta il sé. Il corpo umano diventa allora materia malleabile, da personalizzare secondo schemi culturali o individuali, attraverso cui è possibile scrivere la propria storia, il disagio, la gioia. In una parola: esistere¹⁵.

La sofferenza fisica infligge uno scacco a ogni tentativo di iscriverla in un codice culturale (morale, medico o religioso). Il dolore, come e forse più di ogni altra esperienza, è radicato nel soggetto sofferente, ed è incomprensibile per chi non lo prova. Ma la dimen-

sione culturale, sociale, politica e storica risiede tuttavia nelle innumerevoli metafore usate nel tentativo di comunicare il dolore. Anche se indicibile, il dolore per una persona che soffre è drammaticamente reale, ed esso non soltanto attiva una richiesta di senso, di comunicabilità, ma è anche un problema pratico che impedisce di fare molte cose, trasformando la vita quotidiana delle persone sofferenti e riconfigurando le loro *tecniche del corpo*¹⁶.

Sembra che gli etnologi abbiano riscontrato una certa universalità in questo tipo di esperienza.

Tra le diverse popolazioni vi sono infatti molti modi per definire l'emicrania. Per gli Ainu giapponesi, ad es., è metaforicamente connessa al rumore dei passi degli animali: mal di testa dell'orso, del cervo, del picchio.

Il "dolore cronico", quello continuo, insistente, inestinguibile che accompagna come un'ombra ogni minuta attività rappresenta la sofferenza meno socializzabile e condivisibile, poiché genera rifiuto e tendenza ad essere interpretato come mancanza di coraggio, acuendo il senso di impotenza e di frustrazione di chi ne è afflitto.

Il racconto del dolore non è letterale, ma è comunicato attraverso una trama di paragoni e metafore: "essere trafitti da una spada", "bruciare come il fuoco", "battere come un martello", un "dolore sordo", rappresentano altrettanti escamotage per aggirare un codice inadatto a veicolare compiutamente delle sensazioni, vivide, concrete e del tutto personali.

Il dolore "aggredisce" il linguaggio, si opera un passaggio dalla parola-segno portatrice di un significato convenzionale e condivisibile alla parola-grido, al suono¹⁷.

Il dolore psicologico ha ancor meno possibilità di essere spiegato. La sua natura non si presta a codici linguistici condivisi anche perché se una qualche forma di dolore fisico è stata da tutti sperimentata, quello psicologico viceversa no; e alla sofferenza si accosta l'incomprensione o una comprensione parziale, insoddisfacente, persino distorta. Il dolore e la reazione a questo sono fatti talmente enigma-

15 M. Aime, *Il primo libro di antropologia*, Torino, 2008, pp. 32 e ss.

16 G. Pizza, *Antropologia medica*, cit., pp. 107 e ss.

17 *Ibidem*.

tici che tuttora le persone si rivolgono a pratiche estranee rispetto all'ortodossia medica: autocura, guaritori, pranoterapeuti e quant'altro. Irrazionalità? Ignoranza? Disperazione? Sfiducia?

Non va sottovalutata una tendenza di fondo, sempre più manifesta, sempre più legittimata: la cultura occidentale contemporanea ha imparato a distogliere lo sguardo dinanzi al dolore, alla sofferenza dell'altro, segno inequivocabile del rifiuto di riconoscere i drammi altrui, e financo i propri.

Stanley Cohen illustra bene l'imperante "cultura del diniego". C'è un filo conduttore comune in tutte le diverse storie di diniego: vengono fornite informazioni troppo inquietanti, minacciose o anomale perché siano interamente assorbite o apertamente riconosciute. Pertanto, tale informazione è rimossa, negata, messa da parte o re-interpretata. Nel caso in cui sia stata colta a sufficienza, le sue implicazioni di natura cognitiva, emotiva e morale, sono accuratamente evitate, filtrate, neutralizzate o sottoposte ad un processo di razionalizzazione¹⁸.

4. UN CORPO "NATURALMENTE" IMPERFETTO

Come è stato in precedenza evidenziato, una nota trasversale a spazio, tempo, cultura è che il corpo che rende tutti noi "scimmie nude", come ci descriverebbe Desmond Morris¹⁹, non viene lasciato così com'è, ma agghindato, fasciato, dipinto, inciso, solo allora è in grado di emanciparsi dalla natura e entrare a pieno diritto in una dimensione culturale, simbolica, comunicativa, frutto di scelte e selezioni dell'umano.

Sembra che il corpo tradisca le aspettative degli individui, che quell'insieme di muscoli, nervi, ossa, tessuti sia troppo "naturale" per essere vissuto come pienamente umano. In tal senso le pratiche di disegno e di modellamento del corpo rappresentano una forma di scrittura che gli uomini vogliono imprimere,

18 S. Cohen, *Stati di negazione. La rimozione del dolore nella società contemporanea*, Roma, 2002, pp. 23 e ss.

19 D. Morris, *La scimmia nuda. L'Homo sapiens, una scimmia sprovvista di peli*, Milano, 1985.

a tinte più o meno forti, con segni più o meno profondi, su loro stessi²⁰.

Uno dei tabù che maggiormente colpiscono il corpo, il suo aspetto, le sue fragilità è certamente quello dell'impurità. Il corpo fisico si presenta quasi a priori carente e imperfetto, proprio perché la sua struttura, così permeabile, porosa, ricca di ingressi lo rende soggetto a contaminazioni di ogni genere.

Il corpo, in quanto perfetto, e pertanto come non esistente, non dovrebbe né ricevere né dare (forse nemmeno le urine, gli escrementi, le secrezioni, l'eliminazione dei peli e delle unghie). La perfezione assoluta, atta a preservare il tabù con la massima ampiezza possibile, dovrebbe essere un corpo inattaccato e inattaccabile, incontaminato e autosufficiente²¹.

In ogni caso, le norme relative alla contaminazione corporea sono del tutto convenzionali e arbitrarie. Fra queste un discreto numero di tabù riguarda, come si è detto, gli orifizi, in quanto potenziali ingressi per ogni forma di entità, per le funzioni legate all'attività sessuale e alla riproduzione (sangue mestruale e parto) e naturalmente per il cibo, elemento estraneo che attraverso la bocca viene ingerito e incorporato.

In modo del tutto analogo vengono concepiti come impuri, quindi colpiti da tabù, i momenti di transizione che segnano l'umana esistenza: quali nascita, pubertà, morte.

Venire al mondo e accomiarsi da questo rappresentano nodi irrisolti, furiosamente intrisi di ambiguità. Permane l'angosciante impossibilità di definire con chiarezza tali eventi, di collocarli in un ordine simbolico certo, in una sfera che sia a portata di comprensione: umana o sovrumana, viva o inerte. Gli esseri che attraversano le zone di confine sono indecifrabili, refrattari ad ogni categoria; la loro identità muta e la natura loro attribuibile è in transizione. Nel momento in cui si verifica il decesso, il defunto non si può considerare vivo, ma nemmeno morto; così come uscito dal grembo materno il neonato è un essere incompleto, in prodigiosa e veloce trasformazione ma in completa balia del mondo esterno.

20 M. Aime, *Il primo libro*, cit., p. 28.

21 M. Cosmai, *I tabù della modernità*, Roma, 2008, p. 38.

Natura, purezza, perfezione e i tabù che ne costituiscono il corollario rappresentano tentativi mai completamente riusciti di decifrare e ricomporre tutta l'inadeguatezza dell'essere umano sotto il peso del caos simbolico, della transitorietà degli eventi, della caducità di ogni esistenza terrena.

Dando per scontata l'esistenza di un ricco e articolato filone di ricerca che consegna al potere simbolico della cultura la possibilità di plasmare il corpo conferendogli una identità di genere, anche in questo campo la realtà biologica può rivelarsi carente o eccessiva, bisognosa di essere ridefinita.

Esiste differenza fra orientamento e appetito sessuale, fra fisiologia dell'apparato riproduttivo e sesso. Tali condizioni, al centro di un ricco dibattito antropologico, filosofico, ideologico, vengono accomunate dal fatto di ricevere quasi sempre una connotazione culturale e un riconoscimento sociale. Semplificando quanto è possibile, si è sufficientemente concordi nell'osservare che i sessi sono due, ma i generi sono di più. Il genere non è concesso gratuitamente, per così dire, ma conquistato, attraverso scelte, sacrifici, manifestazioni di coraggio e indipendenza come pure sottomissione e docilità o ancora all'interno di una narrazione ideologica e storicamente situata. Pare che le donne e gli uomini siano crudelmente accomunati dallo stesso destino: entrambi debbono combattere o addomesticare il sesso conferito dalla natura, entrambi devono cambiare pelle per conquistare il diritto di essere chiamati tali: i tratti di autonomia, indipendenza, forza, coraggio sono il lasciapassare dell'uomo in quanto portatore di virilità combattente e della donna in quanto capace di fuoriuscire da schemi angusti, eretti dalla tradizione. A ben vedere non c'è molta differenza. Non importa chi o cosa siamo nati, ciò che è sicuro è che lo status di rispettabilità non è assegnato gratuitamente, va guadagnato.

Si è detto che i generi, essendo una categoria eminentemente culturale, non si limitano a due. Chi sono gli altri corpi, imperfetti, carenti, così malleabili da poter fuoriuscire dai limiti del naturale e divenire esseri eminentemente culturali, inseriti e codificati in un cir-

cuito sociale? Chi sono i generi che stanno, per così dire, in mezzo e qual è la loro storia?

Si ha notizia di maschi dai modi tendenzialmente femminei, vestiti da donne e affaccendati in lavori femminili. Questa narrazione è stata ritrovata nei diari di viaggio dei *conquistadores* spagnoli, ma la medesima esperienza viene riportata da missionari, cronisti, viaggiatori, commercianti, recatisi nel continente americano. In antropologia queste persone al confine fra i due generi comunemente individuati vengono definiti *berdaches*²²: a livello sociale essi potevano contrarre matrimonio con altri maschi e veniva loro riconosciuto un rango assai elevato, come intermediari fra uomini e divinità.

Casi analoghi si registrano in diverse società native americane in cui tali persone godevano di una statura superiore di rispettabilità, in quanto dotati di una visione mistica del futuro o perché in grado di entrare in contatto con gli spiriti. Superata la semplicistica dicotomia che oppone e disgiunge, in quanto favoriti dagli dèi, erano in grado di travalicare il confine che separa l'ordine terreno da quello cosmico.

Tutto questo avvalorava l'idea che in talune culture sia concepibile un genere a sé non-femmina, non-maschio, costruito, peraltro come gli altri generi secondo educazione e modelli.

Vi sono esempi di generi di mezzo costituiti artificialmente, come gli eunuchi o, se vogliamo pensare al più familiare occidente, i bambini che venivano castrati per conservare i toni acuti a loro connaturati prima della muta vocale.

In questo senso Alan Turing²³ e Farinelli²⁴ rappresentano due vittime di vertice oppo-

22 M. Aime, *Il primo libro*, cit., pp. 43 e ss.

23 Com'è noto, Alan Mathison Turing (1912-1954) fu un matematico, informatico, crittografo britannico tra i più brillanti e talentuosi del XX secolo che collaborò attivamente durante la II Guerra mondiale alla decrittazione degli strumenti (fra cui *Enigma*) usati dai Tedeschi. Fu tratto in arresto a causa del suo orientamento omosessuale, processato e condannato. Preferì al carcere la castrazione chimica i cui pesanti trattamenti ebbero l'effetto, secondo molti studiosi, di condurlo al suicidio.

24 Carlo Maria Michelangelo Nicola Broschi, detto Farinelli (1705-1782), celebre cantante lirico sottoposto a castrazione.

sto rispetto ad una cultura in guerra con una condizione se non strettamente naturale, almeno genuina: nel primo caso creando uno stato patologico, una malattia in senso tecnico, ma refrattaria ad ogni cura, se non quella mirata all'annichilimento della personalità; nel secondo, sacrificando tale condizione ad un eccesso artistico peraltro prestigioso e redditizio, una performance inarrivabile per un uomo chirurgicamente non manipolato, e d'altronde vietata alle donne, cui - per prescrizione ecclesiastica - era inibito il canto negli spettacoli pubblici.

Morale, arte, malattia si mescolano in una ambiguità irriducibile in cui si riesce a intravedere solo l'infinita insoddisfazione dell'umano culturale battuto dal corpo come è e si presenta: mai abbastanza.

5. UN CORPO SOTTO STRETTO CONTROLLO. UN CORPO "A PEZZI"

Si può dunque ritenere che scientificità e non scientificità rappresentino i due estremi di un *continuum* fatto di protocolli identificativi del patologico e percorsi terapeutici che si snodano senza soluzione di continuità, nella ricerca affannosa di produrre una qualche soluzione (la fine dello stato di prostrazione) e nel contempo fornire un significato oggettivo/simbolico alla genesi di questo stesso. La salute, infatti, assume un carattere di segretezza: non si manifesta, non si dà a vedere, resta silente finché non vi è l'irruzione della malattia e la consapevolezza di tale aggressione²⁵.

Paradossalmente è ragionevole ritenere che il corpo che "funziona" è un corpo silente, non comunica più di quanto necessario, non dà segni della presenza di sé.

Drew Leder in *Il corpo assente* ammette che la fisicità corporea giochi un ruolo fondamentale nella nostra esperienza, tuttavia raramente ne abbiamo consapevolezza. La fluidità dei gesti, la motricità, il fatto che il corpo obbedisca al nostro pensiero-azione rimane del tutto irriflesso. Un dato naturale, scontato, oscurato alla nostra attenzione²⁶.

25 H.G. Gadamer, *Dove si nasconde la salute*, Milano, 1993.

26 D. Leder, *The Absent Body*, The University of Chicago

Il corpo è quindi umile, nella misura in cui assolve e asseconda le funzioni, motorie, digestive, respiratorie, neurologiche per le quali è biologicamente costituito.

Il corpo esce dalla sua zona di umiltà, d'ombra, quando un qualche segnale (sintomo) interrompe la linearità delle sequenze motorie e cognitive che ci consentono di agire nella quotidianità.

Non solo, la biomedicina non assume che un individuo è in buona salute in base al semplice fatto che egli si senta bene, che non denunci alcuna sensazione anomala, dolore, difficoltà motoria o cognitiva. I dati clinici su cui si basa il giudizio del medico sono ricavati da una operazione astratta. Il corpo viene disgiunto in distretti, funzioni, organi, apparati sottoposti ciascuno ad uno sguardo specializzato. Il privilegio della vista su tutti gli altri sensi, conferisce controllo, una analisi della patologia all'interno di un *frame* autonomo.

D'altronde la deroga all'integrità del corpo, alla sua unità e inviolabilità non è nuova e nemmeno completamente riconducibile alla priorità della vista sugli altri sensi.

Circoncisione, escissioni e, al di fuori di contesti rituali e religiosi, i sempre più numerosi interventi di chirurgia plastica, correttiva, impianto di protesi, danno la sensazione che il nostro corpo, più che un apparato fisiologico unitario sia frutto di una composizione più o meno riuscita di partizioni distinte asservite ad un minuzioso rimodellamento di carattere sacro, culturale, simbolico, funzionale ed estetico che la tecnologia chirurgica ha reso sempre più possibile e desiderabile.

La moderna tecnica chirurgica ha riconcettualizzato la relazione fra 'sé' e altro, fra individuo e società e fra le tre forme del corpo: il sé esistenziale del corpo vivente, il corpo nella sua rappresentazione sociale, il corpo politico. Siamo di fronte a una moderna declinazione del sacrificio umano. Nasce l'etica delle parti che assume le forme inquietanti di un neocannibalismo contemporaneo, dove a 'inghiottire'

Press, Chicago, 1990. Riguardo l'assente presenza del corpo nell'ambito della teoria sociologica si rimanda a C. Shilling, *The Body and Social Theory*, Los Angeles, 2003.

pezzi di umani non sono gli altri, i selvaggi, ma noi occidentali²⁷.

La condizione del paziente, la sua sensazione di benessere o malessere (*illness*) non contano nulla dinanzi alla *disease*, estrapolabile da dati certi perché oggettivi e oggettivi perché riprodotti in supporti visibili. Il benessere del paziente viene ricavato da esami ematochimici se i valori risultanti sono ricompresi nel *range* definito nella norma, se le sue radiografie, risonanze magnetiche, ecografie, TAC producono una fotografia del suo interno che non presenta alterazioni al di sopra della soglia di visibilità (all'incirca 5 mm).

Il feto non presenta alterazioni significative, dunque è "normale", se l'ecografia, il suo primo "ritratto" ufficiale in attesa della nascita rispetta i parametri e le misure attribuite nella media ad un feto sano. Il confine fra sano e patologico viene riferito a numeri, intervalli, unità di misura, percentili, immagini approssimativamente nitide, decodificabili "per quanto possibile".

Fabio Dei puntualizza che, nell'ambito della medicina pre-scientifica, l'osservazione del corpo fosse pratica comune, tuttavia i segni osservabili venivano interpretati in modo olistico e simbolico, testimoniavano cioè un livello più profondo di ordine e disordine, all'interno di una concezione unitaria tra elementi e forze. Il corpo veniva ricondotto a un macrocosmo di ordine superiore entro il quale l'equilibrio fra detti elementi era sinonimo di salute e la dissonanza identificava la malattia.

La medicina moderna si discosta nettamente da questa visione, rileggendo il corpo stesso alla luce di uno sguardo diverso, congiungendolo a una emergente necessità di controllo.

La visibilità è conferita dalla pratica di dissezionare i cadaveri, per esplorare e dominare ciò che il corpo cela alla vista.

Il filosofo Michel Foucault, sensibile ai processi di costruzione e disseminazione del sapere soprattutto in un'ottica di potere pubblico sostiene questo genere di processo affermando che «le forme della razionalità medica s'immergono nel meraviglioso spessore della percezione, offrendo come primo volto della

27 M. Aime, *Il primo libro*, cit., p. 36.

verità la grana delle cose, il loro colore, le loro macchie, la loro durezza, la loro aderenza. Lo spazio dell'esperienza sembra identificarsi al dominio dello sguardo attento, della vigilanza empirica aperta all'evidenza dei soli contenuti visibili²⁸».

Anche l'antropologa Mary Douglas discute sulla stretta attinenza fra visibilità, controllo sociale e usi simbolici del corpo. Nella teoria che postula l'esistenza di due corpi "fisico" e "sociale" legati fra loro, ma in un rapporto di tensione, vige la dicotomia purità/impurità riguardante il modo in cui vengono selettivamente esibite o celate alcune funzioni organiche a seconda della cultura e del tipo di socializzazione in questa operante²⁹. Il corpo fisico contrae e espande le sue funzioni corrispettivamente al tendersi o al rilassarsi delle pressioni collettive operanti nel corpo sociale. Alcuni atti fisiologici (ogni genere di evacuazione) andranno contenuti, nascosti, quindi; altri, come alcuni riflessi (starnuti, tosse, sbadigli), trattenuti, disciplinati.

6. RITUALI ESOTICI, ALTERNATIVI E LIBERTARI

Si prenda in considerazione questo passo, peraltro noto in ambito antropologico, che descrive in modo estremamente dettagliato alcune abitudini in uso presso la tribù dei Nacirema:

I Nacirema provano un orrore e una fascinazione quasi patologici per la bocca, le cui condizioni avrebbero una influenza soprannaturale su tutti i rapporti sociali. Ad esempio credono che se non fosse per i rituali riservati alla bocca, i denti cadrebbero, le gengive sanguinerebbero, le mandibole finirebbero col ritirarsi ed essi stessi verrebbero abbandonati dagli amici e respinti in amore. Essi credono anche che esista uno stretto rapporto tra condizioni orali e etiche. Esiste ad esempio una abluzione rituale della bocca prevista per i bambini allo scopo di rinforzare la loro tempera morale [...]. In aggiunta ai riti privati della bocca, una volta o due l'anno, le persone van-

28 M. Foucault, *Nascita della clinica*, cit., p. 7.

29 M. Douglas, *I simboli naturali*, Torino, 1979.

no a cercare un santone della bocca. Questi sacerdoti dispongono di un impressionante corredo di attrezzi che consiste in vari trapani, punteruoli, sonde e punzoni. L'impiego di tali oggetti per esorcizzare il male dalla cavità orale produce incredibili torture rituali inflitte al paziente [...].

Si può affermare che emerga uno schema alquanto interessante, poiché la maggior parte della popolazione mostra chiare tendenze al masochismo [...]. Tali riti prevedono di grattare e lacerare la superficie del viso [degli uomini] con uno strumento tagliente. Riti specifici rivolti al femminile sono eseguiti solo quattro volte ogni mese, ma se difettano in frequenza, si distinguono per crudeltà. Come parte della cerimonia, le donne cuociono le loro teste in piccoli forni per circa un'ora [...]. È arduo comprendere come siano vissuti così a lungo sotto il peso che essi stessi si sono dati³⁰.

Ma chi sono questi Nacirema, una popolazione tanto dedita alla sofferenza rituale, da aver previsto l'esistenza di figure specializzate nel provocare dolore? Per scoprirlo basta leggere Nacirema al contrario: American, gli Americani, popolo occidentale per antonomasia. Niente di esotico, eccentrico e sconosciuto, semmai irriducibilmente radicato nei nostri usi sociali del corpo.

È del tutto spontaneo sorridere dinanzi ad un calembour che ironizza su un assetto culturale abituato a osservare con sguardo paternalista e compassato ciò che risulta estraneo. Se il rigore metodologico della scienza moderna ha portato talora a cogliere in schemi interpretativi estranei ai propri criteri epistemologici una sorta di ingenuità stravagante, contrattare con lo stesso linguaggio sortisce un effetto di sana e liberatoria auto-ironia.

Come è stato più di una volta evidenziato, la maggior parte delle immagini relative al corpo e alla sua fisiologia, coincidono con il sapere acquisito e diffuso dal modello biomedico occidentale. Tale modello costituisce ad oggi, se non l'unica, almeno una delle più

accreditate fonti di costruzione e rappresentazione sociale del corpo.

Sebbene gli assetti socio-culturali presentino al loro interno una significativa struttura portante, è osservabile come nella realtà siano organizzati in modalità non del tutto coerenti, soprattutto considerando il fatto che ogni cultura non è statica o monolitica bensì mutevole e composita. Cambia, evolve quindi, imboccando direzioni imprevedibili e spesso divergenti fra loro.

In tal modo lo stile di vita occidentale, nel suo insieme di credenze, valori, rappresentazioni, si è via via sganciato da una originaria e fondante razionalità, approdando a sistemi di risoluzione del malessere a dir poco alternativi.

Divenuta una cultura sempre più incline all'individualismo autoreferenziale è proprio in tale struttura di attendibilità che moltissimi hanno colto una dimensione terapeutica. La rappresentazione di un "io" compiuto e autosufficiente ha fatto sì che si diffondesse la convinzione che la ricerca medica ufficiale non rappresentasse un interlocutore abbastanza sensibile da comprendere l'irriducibile complessità dell'essere umano.

Questi, a dispetto di inclinazioni e comportamenti che lo riconducono impietosamente a una identità monocroma e collettiva, in quanto si autopercepisce come diverso da tutti gli altri, è fine conoscitore di se stesso, pertanto non necessita di alcun intervento esterno per trovare o ri-trovare il benessere perduto.

La soluzione consiste nel radicarsi in una sola consapevolezza: è necessario riappropriarsi della propria unicità e autenticità, riflettere sull'unione fra materia e spirito per far sì che il proprio corpo, la propria psiche ritrovino l'originario equilibrio destabilizzato da interventi intrusivi ed estranei.

Alla malattia si dà una nuova definizione: essa è la discordia interna, una condizione che impedisce il naturale ritrovamento dell'equilibrio, una cura che ammalia e inabilita i naturali processi di guarigione che mente e corpo assieme naturalmente assecondano.

La malattia è rappresentata da alimenti non appropriati alla propria fisiologia e quindi da

30 H. Miner, *Body Ritual among the Nacirema*, in "American Anthropologist", LVIII (1956), pp. 503-507. Nostra traduzione.

bandire dalla propria dieta, sostanze chimiche che, spacciate per sollievo si rivelano dei veleni. Insomma tutto ciò che è esterno ha contribuito a corrompere la potenzialità di autoguarigione. In questo modo, solo dando la possibilità di una totale incorporazione, di un corpo cosciente, perfetta fusione fra materia e spirito, che si può tornare ad uno stato incorrotto e quindi sano.

La stessa concezione di sano e malato pertanto attraversa diverse e inedite celebrazioni. Nel paradigma biomedico tradizionale l'intervento medico viene definito dal giudizio del medico stesso, a cui il paziente dovrebbe completamente affidarsi, non solo per lo stato di vulnerabilità in cui si trova, ma per la palese asimmetria di conoscenza che descrive il loro rapporto. È interessante rilevare che tale *gap* conoscitivo, tecnico e scientifico, ha finito con il tradursi in una asimmetria ben più profonda fra i due protagonisti, supponendo che l'incapacità del paziente, in quanto malato e privo delle adeguate conoscenze, si traduca in una condizione di incapacità morale, più precisamente nella privazione della capacità di decidere autonomamente³¹.

Ciò che emerge prepotentemente a partire dalla fine del XX secolo è un mutamento qualitativo e quantitativo: la rivendicazione di libertà nella scelta terapeutica, invocata prima come diritto del paziente-cittadino, in seguito come conseguenza di una sempre più affermata conoscenza in campo terapeutico, fenomeno in crescita e inversamente proporzionale alla fiducia riposta nel professionista che decresce irrimediabilmente.

Si tratta di un tema delicato, non esente da contraddizioni, da una cattiva informazione in cui propaganda scorretta e cultura dell'auto-referenzialità si sovrappongono sostenendosi a vicenda verso un deragliamento dalla razionalità scientifica e terapeutica a cui la medicina comunque aspira.

Una delle conseguenze più importanti e gravi, oserei dire, è che la malattia non sarebbe mai casuale, bensì dipendente dalla condotta

che si è tenuta e dalla giusta opzione terapeutica che si è deciso di seguire.

Il raggiungimento dell'equilibrio passa per una presa di coscienza, un percorso non solo di guarigione ma di autorappresentazione del sé: un convincimento terapeutico e un impegno morale allo stesso tempo di colui o colei che ritiene che il tentativo di eliminare stress, obesità, tumori attraverso i mezzi offerti da una scienza troppo ottusa per comprendere l'irriducibile complessità dell'essere umano, rappresenta non solo un errore, ma un vero e proprio tradimento nei confronti della propria natura.

È l'occhio culturale che vede la malattia come una interruzione, una soluzione di continuità rispetto a un supposto equilibrio che trae la sua legittimità da un variegato insieme di premesse: etiche, estetiche, religiose, controterapeutiche a cui ognuno aderisce secondo la propria indefettibile convinzione, spesso propagandandola con effetti, talora, gravissimi.

In questa accezione la malattia è una responsabilità individuale riguardante la condotta di vita. Diventa una sorta di "banco di prova" per acclarare se si è prestata la dovuta attenzione ai segnali che il corpo manda e che la mente deve correttamente decifrare in una connessione mente-corpo ambigua, ancestrale, quasi esoterica, spesso venata da moralismo settario.

Elena Bettinelli è ricercatore in Sociologia dei processi culturali e comunicativi presso il Dipartimento di Studi Umanistici, Università di Trieste.

ELENA.BETTINELLI@dispes.units.it

³¹ E. Lecaldano, *Dizionario di bioetica*, Roma-Bari, 2002; voce *Relazione medico-paziente*, in A. Valdambrini, *La gestione dei conflitti in ambito sanitario*, Roma, 2008, p. 45.

The dark side of organizational change management. A few notes from a theoretical perspective

Daniela Zamolo

ABSTRACT

Contemporary organizations are facing several challenges in sustaining effective change, increasing competition, or in being able to survive in the market place. A number of them aim to preserve the status quo, whereas others implement strategies to sustain continuous innovation, or strengthen alliances with other organizations to meet objectives, while dealing with complexity, dynamism and environmental uncertainty.

This paper seeks to make a contribution to the research on organizational change management. The topic aims to encourage reflection from a theoretical lens, and via the exploration of relevant academic research, through in-depth reasoning about which factors and contextual pressures are likely to have the strongest impact on organizations' ability to effectively introduce, manage and embrace change.

Le organizzazioni stanno affrontando diverse sfide per reagire efficacemente al cambiamento e conseguire un vantaggio competitivo sostenibile, o semplicemente per sopravvivere nel mercato.

Change has become an essential and inevitable feature of contemporary organizations, sometimes difficult to be introduced or managed, and not always accepted by employees. A range of factors, internal and external to the organization, may exert pressure on leaders, who are required to rapidly provide effective change responses if they want organizations to keep up. Change not properly handled by leaders may generate feelings of

Alcune mirano a preservare lo status quo, altre implementano strategie al fine di alimentare l'innovazione. Altre ancora, stringono alleanze con organizzazioni esterne e affrontano i rischi legati alle complessità, al dinamismo e alle insicurezze inerenti al contesto.

Questo breve articolo vuole essere un contributo alla ricerca sul cambiamento organizzativo da una prospettiva teorica. L'intento è di incoraggiare una riflessione, a partire da fonti accademiche validate, sui fattori in grado di influenzare le organizzazioni nell'introduzione, gestione e realizzazione del cambiamento.

KEY WORDS

CHANGE; RESISTANCE; POLITICAL SKILLS; PARADOX; DISCOURSE.

PAROLE CHIAVE

CAMBIAMENTO; RESISTENZA; ABILITÀ POLITICHE; PARADOSSO; DISCORSO;

anxiety, uncertainty or instability among employees, with likely adverse impact on their commitment and motivation towards work and change initiatives.

Several studies¹ maintain that organizations fail in delivering change initiatives by 70%,

¹ e.g., refer to B. Burnes, and P. Jackson, *Success and failure in organizational change: An explanation of the role of values*, in "Journal of Change Management", 2011, 11(2), 133-162

with negative implications for organizational effectiveness. A deep understanding of organizational factors and contexts as drivers of change is therefore crucial, in order for organizations to decrease failure, to succeed and grow.

Managing change is one of the most difficult endeavours on which organizations embark, requiring a high level of leadership responsibility. Generally, it involves the planning and control of the change process, the implementation of a new strategy, and employees' support in the transition towards a new organizational state. Whether employees perceive leaders as having the proper knowledge, skills and expertise to lead and manage change, it is likely they feel more trusted and committed towards the organization and change initiatives.

Fincham and Rhodes² defined organizational change management as "the leadership and direction of the process of organizational transformation, especially with regard to human aspects and overcoming resistance³ to change".

The emphasis given to human aspects moves away from a functionalist perspective, centred on the essence of leadership, and towards an interpretive one, which emphasizes the role of social relationships and contextual aspects in leadership. Alvesson and Spicer⁴ argue for a socially constructed reality centred on human interaction, shifting the focus away from how an organization is led, or on a leader's behaviour in making decisions, as advocated by functionalists.

It could be useful to clarify the extent to which internal and external factors/pressures

2 Fincham and Rhodes, in G. Reese, and R. French, *Leading, managing and developing people*, CIPD, 2016, p. 104

3 The concept of resistance, which will be discussed a little further on, is of the utmost importance. In the recent literature on change management it is commonly agreed that resistance represents one of the main causes of an organization's failure. Leaders and managers are therefore required to develop specific capabilities in order to recognize the main causes of resistance (e.g. the introduction of a new Information Technology), to manage and overcome resistance effectively.

4 M. Alvesson, and A. Spicer, *Critical leadership studies: the case of critical performativity*, in "Human Relations", 2012, 65 (3), 367-390

do influence the development of such a construction of reality, and the conscious/unconscious mindset of individuals, given that it is likely they would interpret and experience the same situation differently.

Consistent with Morrell and Learmonth⁵, that "problems in management can always be understood in different ways and from different perspectives", the effectiveness of being a leader rests on behaving appropriately, according to the different situations⁶, and by enabling employees to act as agents of change.⁷ In many organizations, however, it emerges that leaders still adhere to rational approaches, and consider employees remote from more proactive subjectivistic positions, likely to "enhance performance in any situation"⁸.

It is noted that previous experience of change may affect employees' expectations regarding the introduction of a new change. An employee's reaction may translate into resistance if they experience emotions such as fear, anxiety and uncertainty, and if change is perceived as being implemented by leaders using an autocratic management style based on control and power over them. Peiperi⁹ provides a useful definition of resistance as "active or passive responses on the part of a person or group that militate against a particular change, a pro-

5 K. Morrell, and M. Learmonth, *Against Evidence-Based Management, for Management Learning*, in "Academy of Management Learning & Education", 2015, Vol. 14, No. 4, 520-533, p. 521

6 For an in-depth analysis, please refer to Stogdill, 1974; Yukl, 2002;

M.H. Kavanagh, and N.M. Ashkanasy, *The impact of leadership and change management strategy on organizational culture and individual acceptance of change during a merger*, in "British Journal of Management", 2006, Vol. 17, S81-S103

7 For an in-depth analysis regarding the concept of agency, refer to R. Caldwell (2003), who provided an interesting classification of change agency models. Please, see footnote 11 for full reference.

8 S. Jaynes, *Making strategic change: a critical discourse analysis*, in "Journal of Organizational Change Management", 2015, Vol. 28, No. 1, 97-116, p.112

9 M. Peiperi, 2005

gram of changes, or change in general”.¹⁰ Kyle¹¹ maintains that a decisive factor for the understanding of resistance and individual’s adaptation towards change is “the degree of impact the change has on individuals: the higher the impact of change, the greater the resistance”.

Resistance should not be viewed as negative *per se*, in that it obliges leaders to resonate with problems and dynamics underlying resistance, and according to Caldwell¹², to discover whether they are related to content, control or process of change. Karreman and Alvesson¹³ maintain that as resistance manifests in different forms, organizations should know these specifics, in order to “counter” and “neutralize” resistance in ways likely to solve issues that are resisted.

A way to understand how resistance may be countered, aligning employees’ behaviour towards change, is to analyse the organization from the “Resource-Based View” (RBV) perspective. Stressing resource heterogeneity, RBV theory assumes that competitive advantage and value creation should not disregard how rare and unique resources, unavailable for competitors, are reconfigured and redeployed over time. The RBV theory expands the earlier “Five Forces” model developed by Porter¹⁴, by focussing on the internal environment to emphasize the role of human capital as a primary source for competitive advantage.

Criticism of RBV arises from the lack of a definition of valuable resources in driving organizational change, and by highlighting paradoxes related to causal ambiguity “between

organizational resources and outcomes”¹⁵, or the ability to measure a resource, which would make it less likely to be positively correlated with competitive advantage.

According to Doldor¹⁶, leaders improve their ability to manage organizations and resources and achieve better performance outcomes, when they are politically skilled. A number of studies¹⁷ highlight that strategic leaders who are trained with political skills, and perform their role applying those skills effectively, are likely to achieve ‘healthy’ changes, away from side effects. According to Rees and French¹⁸, “the more strategic the change, the more politically charged it will be and thereby draw upon more power bases”. From a postmodernist perspective, it could be argued that leaders are able to navigate organizational domains effectively when they consider politics just as a sense-making process, characterized by the “management of meaning”¹⁹, enriched by discourse, learning and experience.

According to Buchanan²⁰, as “organizational politics is intimately connected to the notion of power”, and to Kotter²¹ as “managers typically form powerful coalitions through network building”, it is likely that employees perceive politics as not manipulative or detrimental if power is exercised informally. It could be useful to measure employees’ perceptions regarding whether politics and power are deployed effectively and humanly across the organization, or if they are used for satisfying leaders’ own interests. Nevertheless, it might be extremely difficult, especially during critical times of change.

10 M. Peiperi, “Resistance to change”. In N. Nicholson, P.G. Audia, and M.M. Pillutula: “The Blackwell Encyclopedia of Management”, *Organizational Behaviour*, Blackwell: Oxford, 2005, p. 348

11 Kyle, 1993, in W.H. Bovey, and A. Hede, *Resistance to organisational change: the role of cognitive and affective processes*, in “Leadership & Organization Development Journal”, 2001, 22/8, 372-382, p. 373

12 R. Caldwell, *Models of Change Agency: a Fourfold Classification*, in “British Journal of Management”, 2003, Vol. 14, 131-142

13 D. Karreman, and M. Alvesson, *Resisting resistance: Counter-resistance, consent and compliance in a consultancy firm*, in “Human Relations”, 2009, Vol. 62(8): 1115-1114

14 M.E. Porter, 1980

15 Lippman and Rumelt, 1982, in A.A. Lado, N.G. Boyd, P. Wright, M. Kroll, *Paradox and theorizing within the Resource-Based View*, in “Academy of Management Review”, 2006, Vol. 31, No. 1, 115-131. p.116

16 E. Doldor, *From politically naïve to politically mature: Conceptualizing leaders’ political maturation journey*, in “British Journal of Management”, 2017, Vol. 28, 666-686

17 e.g. Kimura, 2015; Geppert et al., 2016

18 p. 122, already cited

19 Pettigrew, 1977, in D.A. Buchanan, “Rats in the shadows: researching organisational politics”, in: *Handbook of Organisational Politics*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 348

20 p. 340, already cited

21 Kotter, 1999, in Reese and French, p. 122, already cited

An interesting way to understand organizational dynamics, and an individual's reaction to the introduction of organizational change, is to analyse them from a paradoxical lens.

In distinguishing among different forms of paradox, Lewis²² describes “paradoxes of organizing, especially prevalent in periods of change, as stemming from conflicts between old and new”. According to Tsoukas and Chia²³ as “organizations are sites within which the human action takes place”, leaders should aim to value the human capital, by fostering individuals' capability to interact, and to use reflexivity and discourse in reinterpreting actions of change. Thus, it could be argued that an employee's reflexivity and discourse may help leaders to understand their potential, overcoming paradoxical tensions consequent to the introduction of change interventions.

According to Burnes²⁴, as “the degree to which culture influences behaviour is dependent upon the presence of clear and consistent goals”, it is likely that as suggested by Stouten, Rousseau, and De Cremer²⁵, the specification of clear long-term objectives might foster followers' acceptance, commitment and trust towards change. Nevertheless, as highlighted by Rees and French²⁶, the achievement of goals cannot disregard the alignment of HR activities to the organizational strategy.

The process of change should be configured as constant and incremental, rather than radical, in response to a continually changing environment. As Weick and Quinn²⁷ maintain,

22 L.S. Lusher, and M.W. Lewis, *Organizational Change and Managerial Sensemaking: Working through Paradox*, in “The Academy of Management Journal”, 2008, Vol. 51, No. 2, 221-240, p. 233

23 H. Tsoukas, and R. Chia, *On Organizational Becoming: Rethinking Organizational Change*, in “Organization Science”, 2002, Vol. 13, No. 5, 567-582, p. 577

24 B. Burnes, *Managing Change*, Pearson, 2017, p. 262

25 J. Stouten, D.M. Rousseau, D. De Cremer, *Successful organizational change: integrating the management practice and scholarly literatures*, in “Academy of Management Annals”, Vol. 12, No. 2, 752-788

26 Already cited

27 K.E. Weick, and R.E. Quinn, *Organisational Change and Development*, in “Annual Review of Psychology”,

this position is contrasted by proponents of episodic change, who consider change as intentionally and externally driven whereas a different perspective is offered by recent research on complexity theories²⁸, by which change should be viewed as deliberate, created by “spontaneous self-organizing”²⁹, and characterized by some relevant features of emergent change.

Unquestionably leaders should move from the theory they consider best fits the organization, and take into account the variable environmental dynamics and the historical moment when considering change. In the current changing environments, organizational change should be analysed from a duality lens, by which stability and change should not be viewed as opposites, but as interrelated dimensions along a continuum. If on the one hand, ongoing dynamics and uncertainties require leaders to exercise an amount of power and control over people and performance outcomes, on the other hand, leaders should foster employees to proactively engage with innovation and change to meet objectives and performance improvements.

Despite challenges and constraints coming from both the internal and external environments, the integration of stability and change is likely to foster leaders and followers' trust and identification with the organization, allowing change to be carried out by overcoming paradoxes and resistance.

Daniela Zamolo is post-graduated in Educational Science and Continuing Professional Development (University of Trieste), and Industrial and Organizational Psychology (Birkbeck, University of London). She holds a Masters in Quality Management (University of Udine) and Scientific Publication (University of Padua).

1999, 50 (1), 361-386

28 e.g. Burnes, 2005; 2017

29 R.J. Blomme, and K. Bornebroek-Te Lintelo, *Existentialism and organizational behaviour. How existentialism can contribute to complexity theories and sense-making*, in “Journal of Organizational Change Management”, Vol. 25, No. 3, 405-421, p. 407

Daniela Zamolo è specializzata in Educazione degli Adulti e della Formazione Continua (Università di Trieste) e in Psicologia Industriale e Organizzativa (Birkbeck, Università di Londra). Ha conseguito un Master in Quality Management (Università di Udine) e in Pubblicazione Scientifica (Università di Padova).

zamodan@libero.it

Dal fatto al dato: il ‘rasoio di Occam’*

Luca Barchiesi

ABSTRACT

In una visione costruttiva, il meccanismo di apprendimento dell'intelligenza artificiale può essere paragonato a quello di un'intelligenza collettiva, capace di trascendere, per mezzo dell'interazione, le singole intelligenze umane e, così, di superare il conformismo, sul presupposto filosofico che l'uomo è in grado di scandagliare il funzionamento di ogni sistema pensante, naturale e artificiale.

Ciò può avvenire a due condizioni. In generale, se nel contesto della elaborazione dei modelli computazionali di ragionamento giuridico, il dibattito sulla disumanizzazione dei processi di digitalizzazione si doterà di argomenti sia dimostrativi che non dimostrativi, in un quadro nel quale diritto e tecnica non operino in antinomia, ma cooperino sotto il “primato della politica”, la quale deve ispirare la propria azione ad una forma di “razionalismo critico”. In particolare, rilevata una certa analogia tra tipizzazione giuridica e coding, se si è disposti a riconoscere che molto ancora esiste “fuori dal testo”, sicché il processo evolutivo di individuazione delle regole di azione non debba subire il rischio di pietrificazione del diritto vivente generato dalla riduzione della realtà sociale operata dai linguaggi “performativi”.

In a constructive view, the learning mechanism of artificial intelligence can be compared to a collective intelligence, capable of transcending, through interaction, individual human intelligences and, thus, to overcome conformism, on the philosophical assumption that man is able to fathom the functioning of every thinking system, natural and artificial it is.

This can happen under two conditions. Firstly, through the development of legal reasoning computational models, the debate on the dehumanization of digitization processes will equip itself with both demonstrative and non-demonstrative arguments, in a framework in which law and technology do not operate in antinomy, but cooperate under the "primacy of politics", which must inspire its action to a form of "critical rationalism". Secondly, once detected certain similarity between legal typing and coding, we can acknowledge that much more it exists "outside the text", so that the evolutionary process of identifying the rules of action does not must suffer the risk of petrifying the living law generated by the reduction of reality social activity operated by "performative" languages.

PAROLE CHIAVE

INTELLIGENZA COLLETTIVA; INFORMATICA; SCIENZA COGNITIVA; INTELLIGENZA ARTIFICIALE; PERELMAN (CHAIM); CONFORMISMO GIURIDICO; HEIDEGGER (MARTIN); CODING; TIPIZZAZIONE NORMATIVA; DERRIDA (JACQUES).

KEYWORDS

COLLECTIVE INTELLIGENCE; COMPUTER SCIENCE; COGNITIVE SCIENCE; ARTIFICIAL INTELLIGENCE; PERELMAN (CHAIM); LEGAL CONFORMISM; HEIDEGGER (MARTIN); CODING; REGULATORY TYPING; DERRIDA (JACQUES).

SOMMARIO: 1. PER UN APPROCCIO FENOMENOLOGICO AL TEMA DELL'I.A.: L'INTELLIGENZA COLLETTIVA – 2. L'INFORMATICA COME SCIENZA COGNITIVA (THOMAS HOBBS, GIAMBATTISTA VICO) – 3. POLITICA, DIRITTO, TECNICA: ARGUMENT MINING E INTERPRETAZIONE-APPLICAZIONE DELLA LEGGE – 4. EFFETTIVITÀ DEL FATTO, EVOLUTIVITÀ DELLA NORMA, PROCESSO DI MACHINE LEARNING – 5. LIMITI DELLE RETI NEURALI ARTIFICIALI E CONFORMISMO GIURIDICO: LO «SCAFFALE» DI MARTIN HEIDEGGER – 6. IL FATTO CONCRETO TRA CODING E TIPIZZAZIONE: LA «MACCHINA DEL LINGUAGGIO» DI MARTIN HEIDEGGER.

1. PER UN APPROCCIO FENOMENOLOGICO AL TEMA DELL'I.A.: L'INTELLIGENZA COLLETTIVA

L'applicazione dell'intelligenza artificiale (espressione, quest'ultima, per cui si usa normalmente l'acronimo I.A.) nell'attività giuridica, intesa, questa, in un senso onnicomprensivo quale attività volta alla realizzazione di prodotti intellettuali che hanno rilevanza giuridica, è un tema che si presta ad essere esaminato muovendo da assunti anche diametralmente opposti; si pensi, semplificando, alle proposizioni inconciliabili per cui l'I.A. è integrabile (non integrabile) nel processo di produzione giuridica, utile (non utile) nell'attività di applicazione della legge, affidabile (non affidabile) o, in un senso ancor più specifico, efficace (non efficace) in funzione della interpretazione evolutiva del diritto.

La pluralità di premesse plausibili rispetto ad un discorso sul rapporto tra I.A. e attività giuridica, ci impone pertanto di operare una scelta, fondata su una asserzione di carattere essenzialmente descrittivo, ipotizzando di collocarci, rispetto al problema da analizzare, con metodo fenomenologico, cioè non muovendo da ciò che in via di congettura si dà a vedere al soggetto (la pluralità dei possibili 'percorsi' speculativi, tutti accettabili sul piano logico, assumendo della realtà da indagare una sua natura oggettivamente plurale, così alludendo ad una supposta alternativa tra possibili opzioni o 'strade' tra le quali scegliere, con procedi-

mento euristico), bensì partendo da una prospettiva individuale, che è quella che fa capo al soggetto che guarda al fenomeno, soggetto nella cui singolarità del punto di vista 'intuitivo' si dissolve anche la pretesa multiformità dell'oggetto¹.

Un indice che conforta la possibilità di praticare un approccio fenomenologico al tema dell'I.A., ci pare si possa individuare nel modo di intendere la stessa comunità umana, quando, pur nella sua dimensione morale e politica di organizzazione o sistema sociale complesso, continua ad esser descritta in senso antropomorfo, cioè come 'unico organismo' dotato di una propria coscienza collettiva, strutturata con reti neurali artificiali sul prototipo di quelle biologiche: un soggetto autonomo, dunque, dotato di un'intelligenza superiore capace di trascendere le singole intelligenze umane per mezzo della cui interazione essa si forma; è il *topos* della c.d. intelligenza collettiva, che tanto ha a che vedere, come meccanismo dell'apprendimento, con l'I.A. e, più in generale, come fenomeno sociale, con quei processi culturali 'emergenti'² che portano al superamento del conformismo³.

2. L'INFORMATICA COME SCIENZA COGNITIVA (THOMAS HOBBS, GIAMBATTISTA VICO)

L'I.A. è una disciplina che appartiene all'informatica, ma non è soltanto una tecnica per fare macchine e algoritmi in grado di assicurare prestazioni che normalmente sono di

* Il saggio riproduce la relazione svolta nel seminario interdisciplinare dal titolo "Interpretazione e fonti del diritto tra tradizione e innovazione", organizzato nell'ambito delle attività dei Corsi di dottorato in Diritto e innovazione e Scienze giuridiche, dell'Università di Macerata, ivi tenutosi nelle giornate del 12 e del 19 aprile 2021.

Per Edmund Husserl (1859-1938) «è solo la coscienza nella sua ineliminabile intenzionalità che mette a nudo l'essenza degli oggetti su cui si dirige e quindi il senso del mondo», N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Torino, 1934, p. 23.

2 T. Tinti, *Storia del concetto di emergenza e teoria della complessità*, in *ComplexLab*, <www.complexlab.it>; Sito consultato il 24/03/2021.

3 P. Levy, *L'intelligenza collettiva. Per un'antropologia del cyberspazio*, Milano, 2002, *passim*.

pertinenza esclusiva dell'intelligenza umana, poiché è anche una scienza cognitiva, nel momento stesso in cui si preoccupa di studiare e approfondire i fondamenti teorici del processo cognitivo di un sistema pensante artificiale, e lo fa mediante un'ordinazione di concetti elaborati, come normalmente avviene in ogni scienza teoretica, con metodo deduttivo o induttivo¹, dentro una cornice assiologica non priva di implicazioni etiche.

Ma è scienza, la disciplina dell'I.A., anche nel senso hobbesiano del termine: per Thomas Hobbes (1588-1679), infatti, l'uomo ha scienza solo di ciò che egli è capace di produrre, per cui, essendo la mente 'artificiale' per definizione prodotta dall'uomo, questo ben può avere scienza di essa², essendo con ciò in grado di contemplare e comprendere gli effetti e le conseguenze che scaturiscono dai relativi processi di ragionamento.

Il tema del fondamento epistemico in ciò che si è capaci di produrre è, come noto, un tema ripreso dalla *Scienza nuova* di Giambattista Vico (1668-1744)³: nel *Verum ipsum factum*, nel criterio, cioè, secondo cui 'aver scienza di una cosa è il mandarla ad effetto' per cui vero e fatto si identificano⁴, si fissa un assioma (il principio per cui si ha conoscenza 'vera' solo di ciò che è stato fatto direttamente) e si legittima un ragionamento assiomatico di teoria della conoscenza, in base al quale di un fatto potrà essere reperita la connessione di causa ed effetto non sulla base del mero 'caso' o della 'cieca necessità fatale', ma se e in quanto quel fatto sia frutto delle nostre mani e/o del nostro intelletto⁵.

Il principio di teoria della conoscenza in virtù del quale si possono decodificare le connessioni di causa ed effetto soltanto di quei fatti che, nella 'prassi della vita'⁶, si distinguo-

no per essere un prodotto diretto dell'uomo⁷, costituisce poi, nella filosofia vichiana, un connotato epistemico della 'età degli uomini': nel dividere, come noto, la storia dell'uomo in tre differenti fasi (l'età degli dei, l'età degli eroi, e, infine, l'età degli uomini), si propone una struttura ideale ed eterna che, in un senso evolutivo, rappresenta il progresso ideale dell'uomo e quello ideale della Storia⁸; l'ultima età strutturale della successione cronologica dei vari momenti storici è, appunto, quella della spiegazione razionale della realtà umana, e con essa della conoscenza della mente umana: questa, in quanto produttiva della storia (di ciò che si è fatto direttamente e che è dato conoscere in quanto tale), è il 'principio' ovvero la causa della realtà storica, 'l'essenza universale', 'la struttura immutabile che va rivelandosi lungo la storia', e che si presta ad essere conosciuta ('la mente umana riesce veramente a guardare se stessa') così come lo è la storia, ovvero ciò che l'uomo ha fatto, di cui la mente è causa, principio ed essenza universale⁹.

Nella filosofia moderna, vista attraverso il pensiero dell'Autore citato, riscoperto poi nell'Ottocento e nel Novecento nello storicismo di Benedetto Croce (1866-1952)¹⁰, si assume pertanto che l'uomo ha scienza della propria mente; nell'età contemporanea, la scienza cognitiva, crediamo anche sulla base di questo assunto filosofico, approfondisce il solco con il dire che l'uomo scandaglia la propria mente, al fine di chiarire il funzionamento del sistema pensante, sia esso naturale o artificiale.

Non s'intravede, pertanto, in questa tendenza un ritorno al passato, un 'ricorso della Storia', per citare ancora una volta il pensiero

1 N. Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Torino, 1934, pp. 20, 22, 23.

2 E. Severino, *La filosofia dai greci al nostro tempo. La filosofia moderna*, Milano, 2015, p. 75.

3 Id., *op. cit.*, p. 76.

4 Id., *op. cit.*, p. 186.

5 U. Galeazzi, *Ermeneutica e storia in Vico. Morale, diritto e società nella "Scienza nuova"*, Milano, 1993, p. 166 ss.

6 R. Carbone, *Malebranche, Locke, Vico: momenti della riflessione sulla ragione universale*, in M. Cambi,

R. Carbone, A. Carrano, E. Massimilla (a cura di), *Ragione, razionalità e razionalizzazione in età moderna e contemporanea*, Napoli, 2020, p. 191 ss., specie p. 215.

7 H. Arendt, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2017, pp. 221-222.

8 J. Michelet, *Discorso su Vico. Il sistema e la vita (1668-1744)*, Messina, 2013, p. 21 ss.

9 E. Severino, *La filosofia dai greci al nostro tempo. La filosofia moderna*, cit., pp. 187-188.

10 E. Severino, *La filosofia dai greci al nostro tempo. La filosofia contemporanea*, Milano, 2010, p. 207.

di Giambattista Vico¹¹, cioè un ritorno ad età precedenti, dominate dal senso o dalla fantasia, piuttosto che dalla ragione¹²: ci sembra, infatti, una suggestione negativa e fuorviante quella di paragonare l'aspirazione a costruire un oggetto 'pensante' all'antico desiderio di 'fabbricare gli dei'¹³; al contempo, non ci pare neppure esauriente accogliere il monito di quella prospettiva che invita a prender congedo dalla metafisica, ritenuta di dubbia utilità, riducendo i termini del confronto tra intelligenza umana e intelligenza artificiale ad una 'partita', in cui per scendere in campo occorre prima prendere atto che l'età contemporanea è 'giunta al termine' e che l'identità dell'uomo non è più quella che eravamo abituati a conoscere, ma è quella diversamente relegata in un «orizzonte informativo [...] in cui le macchine intelligenti incidono sulla nostra percezione di noi stessi e degli altri e sui nostri processi cognitivi e decisionali», tanto che è auspicabile coltivare la prospettiva di acquisire «un nuovo stile di pensiero»¹⁴. Di quale stile di pensiero, se non quello con cui si augura una «ricostituzione digitale del sé»¹⁵, non è dato comprendere: ma lo slogan è già sufficiente a lasciarci inquieti.

Oggi al contrario, altri hanno, più in generale, cura di «precisare il posto della ragione nel mondo dei valori», per mezzo della definizione di ciò che, in tutti i campi del «discorso umano», assurge al livello del «ragionevole», di ciò che, applicando i dispositivi logici ed etici attinti dalla «teoria dell'argomentazione», appartiene al novero delle «buone ragioni» da veicolare con il discorso persuasivo, non da imporre con l'indottrinamento: in

11 Z. Xiaoyong, *La filosofia dell'età della crisi*, in A. Arienzo, M. Castagna (a cura di), *Le parole della crisi. Età della comunicazione, percorsi di riconoscimento, partecipazione politica*, Napoli, 2013, p. 209 ss., specie p. 214.

12 E. Severino, *La filosofia dai greci al nostro tempo. La filosofia moderna*, cit., p. 189.

13 G.F. Italiano, *Le sfide interdisciplinari dell'intelligenza artificiale*, in A. Nuzzo, G. Olivieri (a cura di), *Algoritmi. Se li conosci, li regoli*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019, p. 9.

14 A. Punzi, *Il diritto e i nuovi orizzonti dell'intelligenza umana*, in A. Nuzzo, G. Olivieri (a cura di), *Algoritmi*, cit., p. 21 ss., specie p. 26.

15 A. Punzi, *op. loc. cit.*

tal modo, il campo del «ragionevole» può essere distinto tanto dal «razionale puro quanto dall'irrazionale»¹⁶.

3. POLITICA, DIRITTO, TECNICA: ARGUMENT MINING E INTERPRETAZIONE-APPLICAZIONE DELLA LEGGE

Sui grandi temi posti dalla scienza cognitiva che studia un sistema pensante artificiale che voglia assicurare prestazioni competitive rispetto a quelle prodotte dalla intelligenza umana, il discorso argomentativo si rivolge ai due estremi dell' «uditorio universale», composto da tutti «gli esseri razionali», per un verso, e al dialogo con se stesso, cioè ad una dimensione in cui, nel foro della propria coscienza, «soggetto argomentante e uditorio sono la stessa persona»¹⁷, per altro verso; nel dibattito, i «materiali» attinti nel procedimento argomentativo sono categorie di fatti, categorie di valori, dati espressi con «linguaggi non formalizzati» o con «linguaggi scientifici», da proporre con «mezzi di prova non dimostrativi», quali sono quelli propri delle «scienze non dimostrative» (diritto, etica, filosofia)¹⁸, oppure *more geometrico*, ovvero con «ragionamenti formali, logici o matematici»¹⁹, in un'ottica discorsiva di costante «interazione tra loro»²⁰. È evidente allora che quanto più ampio sarà il margine di legittimazione riconosciuto alle «prove non dimostrative», tanto più esteso sarà, nella struttura del discorso argomentativo sull'I.A., il «campo dell'opinabile e del preferibile»; ciò che deve essere chiaro, infatti, è che il processo di interazione tra i vari mezzi argomentativi potrà dispiegarsi integralmente, sul piano quantitativo e qualitativo, solo se si è disposti a riconoscere la premessa assiomatica della pari dignità tra prove dimostrative e prove non dimostrative.

16 N. Bobbio, *Prefazione*, in C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, 2013, p. XII.

17 N. Bobbio, *op. cit.*, p. XIII.

18 N. Bobbio, *op. cit.*, pp. XI, XIV.

19 N. Bobbio, *op. cit.*, p. XIV.

20 N. Bobbio, *op. cit.*, pp. XV.

Ciò premesso, con particolare riguardo al dibattito in corso sulla costruzione di modelli computazionali di ragionamento giuridico, modelli che, come noto, ben possono per esempio basarsi anche su tecniche molto raffinate di *argument mining*²¹ – ovvero tecniche tendenti a predefinire e codificare argomentazioni-tipo, per mezzo della comparazione tra dati che possono essere interpretati secondo lo schema retorico sillogistico premessa-conclusione, o lo schema retorico dualistico argomentazione-controdeduzione, o lo schema dell'argomento 'forte' secondo l'*ars oratoria* di Marco Fabio Quintiliano²², cioè il peso del precedente giurisprudenziale autorevole²³ –, si deve senz'altro prendere atto che un tale tema normalmente invita a riflettere in termini di possibilità di raffronto tra conoscenze giuridiche e conoscenze tecniche e tecnologiche, nel senso che porta a interrogarsi sul se e sul quanto, in un ipotizzato reciproco senso, le une possano essere in grado di integrarsi proficuamente con le altre. Per il resto, pur non volendo sminuire l'apporto sistematico di un tale approccio, si è però altrettanto convinti che il problema del confronto interattivo tra le proprietà indefettibili della scienza e della tecnica computazionale²⁴ e le specificità, altrettanto irrinunciabili, della scienza e della

21 C. Morelli, *Intelligenza artificiale e diritto: a lezione di legal analytics*, in *Altalex*, <www.altalex.com>; Sito consultato il 10/03/2021.

22 R. Faranda, P. Pecchiura, *Introduzione*, in M.F. Quintiliano, *L'istituzione oratoria* (a cura di R. Faranda, P. Pecchiura), II, Torino, 1979, p. 13.

23 M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, p. 92.

24 Nel «Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, nella Versione 1.0 Marzo 2018», curato dalla c.d. Task force sull'intelligenza Artificiale, istituita presso l'Agenzia per l'Italia Digitale, intitolato *L'intelligenza artificiale. Al servizio del cittadino* (in AGID – Agenzia per l'Italia digitale, <ia.italia.it>; Sito consultato il 05/03/2021), figura, a pag. 25, la definizione di «Intelligenza Artificiale» elaborata dall'Università di Stanford (*Artificial Intelligence and life in 2030. One hundred year study on Artificial Intelligence*, Stanford University, 2016, p. 5). Secondo questa definizione, l'I.A. può essere identificata come «una scienza e un insieme di tecniche computazionali che vengono ispirate – pur operando tipicamente in maniera diversa – dal modo in cui gli esseri umani utilizzano il proprio sistema nervoso e il proprio corpo per sentire, imparare, ragionare e agire».

tecnica del diritto, debba porsi non più di quanto si ponga tutt'oggi, così come si è sempre posto, quello del rapporto tra diritto ed economia, tra diritto ed etica, tra diritto e filosofia o tra diritto e sociologia, cioè, in buona sostanza, tra una scienza con il suo linguaggio, i suoi concetti e i suoi principi, e ogni altra scienza, avente, anch'essa, il suo bagaglio di tecniche, il suo glossario e la sua semantica; non per questo, però, ogni qualvolta ci si trovi a dover affrontare la questione della necessità e/o dell'opportunità di un'interazione nei termini indicati, per ciò stesso ci si debba automaticamente porre, con una sorta di tensione esistenziale, la questione ontologica di che cosa sia, oggi, o che cosa sia, infine, divenuto il diritto²⁵.

Non ci pare inoltre – per tornare alla suggestione del 'percorso' – che rappresenti una strada obbligata quella che, pregiudizialmente, risolve la relazione tra diritto e tecnica nei termini di un rapporto tra «ordinante» e «ordinato»: non si può certamente mettere in discussione il limite che alla «tecnocrazia autoreferenziale» deve esser posto, con argomenti di politica del diritto, tutte le volte in cui ad essere attinti sono i diritti fondamentali²⁶: ma qui, appunto, non è in questione il rapporto tra diritto e nuove tecnologie, quanto piuttosto il tema ineludibile, al di là dei *topoi* rappresentati dalla perdita di centralità delle autorità statuali e dalla diffusione di un sistema di economia globalizzata, del «primato della politica»²⁷, al servizio della quale lo schema «ordinante-ordinato» perde carattere assiologico e mantiene solo quello descrittivo; sicché, è proprio tenuto conto di un tale primato, e della ordinazione degli interessi che spetta solo e soltanto ad essa, che dovrà porsi la questione della convivenza tra innovazione tecnologica e diritto, in tutti i casi in cui questo è chiamato svolgere il suo ruolo nobile, ovvero fornire alla politica i

25 Utile spunto prospettico è quello che vuole oltrepassare l'ontologia del giuridico per indagare l'ontologia nel giuridico, A. Olivari, *Santi Romano ontologo del diritto*, Milano, 2016, p. 11 ss.

26 G. Passagnoli, *Ragionamento giuridico e tutele nell'intelligenza artificiale*, in *Persona e Mercato*, 2019, p. 79 ss.

27 P. Perlingieri, *Il primato della politica*, in P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato – Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 281 ss.

dispositivi tecnico-giuridici che le consentono di contemperare la logica del profitto con i fini di utilità sociale²⁸.

È noto, inoltre, che il dibattito sull'affermazione crescente che le tecnologie di I.A. stanno assumendo, ai vari livelli delle società, registra anche le forti contraddizioni che talune scelte possono essere in grado di portare con sé. A questo proposito, basti rimandare a due aspetti: l'uno, rappresentato dai problemi ambientali che dall'uso dei dispositivi di I.A. possono scaturire a causa degli effetti che sul clima possono derivare dai gas emessi dai processori, pur a fronte del ruolo positivo che all'I.A. viene da più parti riconosciuto per il contributo che la stessa può fornire nel contrastare le cause e gli effetti dei cambiamenti climatici; l'altro, costituito dalle conseguenze negative che sui livelli di occupazione e sulla democraticità dell'accesso ai dispositivi di istruzione e di formazione tecnologica, la diffusione di sistemi informatici computazionali sempre più evoluti e complessi, è in grado di causare²⁹, pur a fronte, anche in questo caso,

28 M. Bianchi, *Oggi la questione sociale è diventata radicalmente questione antropologica. Una presentazione all'Enciclica Caritas in Veritate*, Milano, 2011, p. 61. In materia di I.A., la Commissione europea ha individuato concretamente una propria strategia anche per mezzo della pubblicazione, nella primavera del 2021, della proposta di «Regolamento in materia di intelligenza artificiale» (reperibile in [resource.html\(europa.eu\)](https://resource.html(europa.eu))), «che sintetizza la soluzione «mediana» europea incentrata su una concezione di innovazione in materia di intelligenza artificiale che possa qualificarsi come «sostenibile», in quanto rispettosa dei valori e dei diritti fondamentali dell'Unione e della sicurezza degli utenti» e che, soprattutto con riguardo ai «sistemi ad alto rischio», prevede disposizioni che convergono «verso il [...] requisito della supervisione umana, in base al quale la strutturazione» di tali sistemi «deve consentire il controllo umano in tutte le fasi del ciclo di vita dello strumento»; secondo tale «approccio incentrato sul rischio [...] il requisito della supervisione umana è direttamente funzionale all'identificazione dei rischi alla salute, alla sicurezza e agli altri diritti fondamentali, emergenti nel corso dell'utilizzo proprio o improprio del sistema» (N. Abriani, G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, Bologna, 2021, pp. 8, 66).

29 J. Cowsls, A. Tsumados, M. Taddeo, L. Floridi, *The AI Gambit – Leveraging artificial intelligence to combat climate change: opportunities, challenges and recommendations*,

del tendenziale ruolo positivo che all'I.A. viene riconosciuto nell'ottimizzazione dei processi produttivi, da un lato, e nonostante che tra gli obiettivi primari che le autorità nazionali e internazionali si pongono, a vari livelli e sotto forma di raccomandazioni, vi sia anche quello di migliorare le condizioni di fruizione delle nuove tecnologie³⁰.

Ma per tornare al punto focale di questa riflessione, in una fase come quella attuale, che non può certo dirsi agli albori del dibattito sul rapporto tra impiego della legge e I.A., un confronto dialettico sul riconoscimento all'I.A. di compiti negoziali, amministrativi o giurisdizionali, che implicano, appunto, l'uso di un ragionamento giuridico, è senz'altro più rassicurante se non è semplicisticamente affrontato con argomenti del tipo di quello per cui la ricostruzione del fatto e l'interpretazione e l'applicazione della legge, in quanto realtà fisica numericamente non misurabile, richiedano esclusivamente sensibilità, percezione e pensiero umano³¹; o che l'importante non è tanto che una pronuncia giudiziale sia prevedibile, date certe premesse, se a ciò non si accompagna la garanzia che la stessa è il frutto di una decisione ad opera di persone qualificate, imparziali, controllabili e responsabili, caratteri, questi, ritenuti per definizione irraggiungibili da una «giustizia robotica»³².

Si può infatti dare per scontato, in altri termini, il carattere sensibile dell'attività di interpretazione e applicazione della legge³³, come, del resto, è sensibile anche quella svolta da un algoritmo di *machine learning* che in medicina preventiva costruisce schemi o mo-

in *Semantic Scholar*, <<https://ssrn.com/abstract=3804983>>; Sito consultato il 09/03/2021.

30 Libro Bianco sull'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino, nella Versione 1.0 Marzo 2018, cit., p. 61 ss., p. 73 ss.

31 A. De La Oliva Santos, «Giustizia predittiva», *interpretazione matematica delle norme, sentenze robotiche e la vecchia storia del "Justizklavier"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 883 ss., specie pp. 891-892.

32 *Ibidem*.

33 Sulla delicatezza dell'attività di interpretazione e applicazione della legge, soprattutto nell'ottica dell'errore professionale, R. Favale, *La responsabilità civile del professionista forense*, Padova, 2011, *passim*.

delli di problemi che bisogna, poi, risolvere per mezzo di una decisione: i modelli di patologie vengono creati attraverso i dati provenienti dai pazienti, ed anche qui c'è un problema di fiducia in una c.d. *black box*, oltre che di c.d. validazione clinica da parte del medico in carne ed ossa³⁴. E non si può certo sperare di sostenere l'argomento per cui ricevere una diagnosi errata è meno disumano che subire una sentenza o una decisione legale ingiusta: in entrambi i casi, cioè, è facile quanto sterile l'argomento per cui i processi di digitalizzazione finiscono per disumanizzare il rapporto tra titolare della funzione e utente, e per comprimere e sottomettere, infine, la personalità umana del singolo individuo³⁵.

4. EFFETTIVITÀ DEL FATTO, EVOLUTIVITÀ DELLA NORMA, PROCESSO DI MACHINE LEARNING

Se il quadro del dibattito non si arricchisce, allora, di altri argomenti dimostrativi o non dimostrativi, è come se si riproponesse – in ciò si potrebbe scorgere il pericolo reale di un ricorso della Storia – quella contrapposizione che, nel suo *Trattato dell'argomentazione*, Chaim Perelman³⁶ pone tra le due posizioni estreme del «razionalismo etico» da un parte, che propugna «la costruzione di un'etica dimostrata da sostituire all'etica rivelata», e dell' «emotivismo contemporaneo», dall'altra parte, che pretende di sottrarre i giudizi morali e di valore «ad ogni forma di controllo razionale», di fronte al fallimento «dello scientismo positivistic»: tra i due estremismi, il teorico dell'argomentazione propone il medio etico-politico del «razionalismo critico», che, sull'ideale

34 G. F. Italiano, *Le sfide interdisciplinari*, cit., p. 14.

35 A. De La Oliva Santos, «Giustizia predittiva», cit., p. 891.

36 Per una lettura ragionata dell'approccio perelmaniano alla teoria e alla pratica dell'argomentazione, D. Murgia, *Pluralismo dei valori e argomentazione persuasiva in Chaim Perelman*, in D. Vinci, S. Zucal (a cura di), *La parola giusta. Linguaggio e comunicazione tra etica ed ermeneutica*, Trapani, 2008, p. 61 ss. Sui rapporti tra argomentazione, oratoria e oratore, C. Morselli, *L'oratoria, l'oratore e la prova nel processo penale: il carattere destinativo dell'eloquenza argomentativa* (l'agnizione), in *Archivio penale*, 2017, p. 1 ss.

rappresentato dall'uso pratico della ragione, riserva un ruolo centrale al momento della «giustificazione» dell'azione, di fronte alla quale tanto la caparbia infatuazione per la verità assoluta del «fanatismo», quanto l'inerente e sfiduciata indifferenza dello «scetticismo» perdono forza³⁷.

È in seno a quest'indirizzo intermedio che potrebbe essere accolta l'osservazione con la quale ci si accinge a delimitare il confine estremo di questa riflessione, nonché ad estinguere l'obbligo di dar conto del senso del titolo di questo breve saggio.

Si condivide la preoccupazione, anche da altri palesata, secondo la quale nell'uso del diritto da parte dell'I.A. potrebbe emergere una situazione che sembra riflettere un limite tendenziale del procedimento induttivo del processo di *machine learning*, basato sulla «mera computazione statistica della frequenza»: con espressione suggestiva si osserva, al proposito, che la robotica, per tale via, finirebbe per produrre «un'indesiderabile giurisprudenza pietrificata, composta da sentenze che, in realtà, sarebbero estranee ai casi concreti»³⁸.

In effetti, ci pare si possa ragionevolmente ipotizzare che al processo di apprendimento automatico dell'algoritmo che supporta la funzione giurisdizionale, per richiamarne un'applicazione molto discussa nel dibattito tra i giuristi, verosimilmente potrebbe sfuggire l'effettività del fatto, e con esso l'effettività della tutela, là dove le maglie del processo di autoapprendimento algoritmico non abbiano, all'atto in cui si tratta di *ius dicere*, ancora colto e metabolizzato quelle particolarità che i casi della vita presentano, particolarità che potrebbero fare, della situazione sostanziale dedotta in lite, una fattispecie concreta unica e irripetibile³⁹. In altri e più chiari termini, una non corretta impostazione della *quaestio facti* da parte dell'algoritmo per così dire inesperto, potrebbe frequentemente condurre, a sua volta, ad una non corretta applicazione del diritto e, in prospettiva, a «ne-

37 N. Bobbio, *Prefazione*, cit., pp. XVI-XVII.

38 A. De La Oliva Santos, «Giustizia predittiva», cit., p. 891.

39 L. Breggia, *Prevedibilità, predittività e umanità nella soluzione dei conflitti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, p. 395 ss.

gare la intrinseca evolutività della norma rispetto a testi pur letteralmente immutati»⁴⁰.

All'ermeneutica giuridica, infatti, non si ataglia il ruolo di una «replicazione di senso», non le è propria una condizione di «eccessiva automazione del giudizio», ma compete anche il compito di adeguare in senso evolutivo la norma al «nuovo»⁴¹; il soddisfacimento di questa esigenza è ineludibile⁴², oltre che, si direbbe, frutto di una riflessione scientifica oramai consolidata, in quanto esito di una lunga, dibattuta e non troppo risalente discussione sulla funzione dell'interprete: ad una tale missione non si può certo abdicare, giacché questo significherebbe altrimenti tornare indietro, provocando la riapertura di un dibattito anacronistico sulla funzione del diritto e sul ruolo del giurista.

5. LIMITI DELLE RETI NEURALI ARTIFICIALI E CONFORMISMO GIURIDICO: LO 'SCAFFALE' DI MARTIN HEIDEGGER

Una conferma a proposito del rilevato rischio di pietrificazione del 'diritto vivente' ad opera dell'algoritmo, con conseguenti ricadute in termini di conformismo giuridico, ci pare possa essere desunta anche prestando attenzione ad alcune informazioni inerenti più in generale i risultati sugli studi dei limiti delle

40 G. Passagnoli, *Ragionamento giuridico*, cit., p. 84.

41 *Ibidem*.

42 A proposito dei tratti di elasticità ed adattabilità di giudizio che, talvolta, in taluni contesti sono inevitabilmente richiesti, si osserva che una ricerca di equilibrio tra «razionalità della macchina» e «irrazionalità umana» è richiesta soprattutto in quei contesti nei quali «l'utilizzo di strumenti informatizzati ai fini della gestione societaria» rischia di «imbrigliare quest'ultima in un determinismo per così dire "analitico", che radicalmente sconfessa la natura duttile, complessa, e soprattutto adattiva da sempre consustanziale alla *corporate governance*»; tanto è vero che un certo margine «di irrazionalità, imprevedibilità e di incertezza nelle decisioni e nelle condotte costituisce sempre uno dei coelementi essenziali delle realtà imprenditoriali e dell'intero sistema in cui operano» (N. ABRIANI, G. SCHNEIDER, *Il diritto societario incontra il diritto dell'informazione. IT, Corporate governance e Corporate Social Responsibility*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 1326 ss., specie pp. 1386-1387).

reti neurali artificiali, da un lato, nonché prendendo spunto da talune riflessioni che, nella filosofia contemporanea, sono state notoriamente dedicate al ruolo e al significato della tecnica rispetto alla condizione umana.

Nel primo senso, ci sembra ragionevole dar conto di quanto appreso dalla nostra prospettiva di non addetti ai lavori, ovvero che le reti neurali artificiali presentano alcuni limiti, che allo stato non si è certi se possano essere eliminati o attenuati. Tra i più noti, di certo quello che viene comunemente segnalato nel fatto che la computazione di una rete neurale artificiale pare non permetta di essere analizzata in modo completo, si che non è consentito di esaminare i singoli stadi di elaborazione che determinano i c.d. *output*: ne consegue che la «discrezionalità automatizzata» potrebbe non essere compatibile con la necessaria trasparenza della motivazione della deliberazione legale⁴³; a ciò si aggiunge quanto da più parti viene rimarcato, ovvero che le reti neurali non sono ritenute per lo più idonee a risolvere esaurientemente determinate categorie di problemi in particolare quando il c.d. *input* è un tipo di *input* costituito da un numero elevato di c.d. variabili categoriche: esempio, la variabile 'numero di figli' rispetto alla variabile 'stato civile' o alla variabile 'genere'⁴⁴.

Non ci possiamo addentrare per varie ragioni in queste criticità, mentre desideriamo provare a tirare le conclusioni di questa nostra rapida riflessione dando conto di alcuni

43 S. Crisci, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro. amm.*, 2018, p. 1787 ss.

44 Cfr. Reti neurali, in *Intelligenza artificiale. Il portale dedicato all'Intelligenza Artificiale*, <www.intelligenzaartificiale.it>; Sito consultato il 10/03/2021. Nel contesto, già rimarcato, delle decisioni amministrative può essere rilevata un'altra sorta di limite delle reti neurali artificiali, in questo caso, si direbbe, di carattere qualitativo, per cui a causa degli «automatismi» cui sono soggette le macchine, queste sarebbero maggiormente adatte a prendere «decisioni di routine di carattere strutturato, e dunque altamente predittive e informatizzabili», piuttosto che le «decisioni strategiche e manageriali [...] le quali ultime sarebbero espressione di un *decision maker* che pensa e agisce con elevata discrezionalità e quindi con un più limitato ricorso agli automatismi» (N. Abriani, G. Schneider, *Il diritto societario*, cit., pp. 1387-1388).

approdi della riflessione filosofica contemporanea, entro i quali ci pare che il discorso sul rapporto tra tecnica e condizione umana possa trovare rifugio sicuro, oltre che conforto.

È noto che nel pensiero di Martin Heidegger la neutralità della tecnica è considerata un'illusione; la tecnica, al contrario, impone all'orizzonte disponibile degli esseri umani una concretezza che riduce la prassi dell'esistenza ad uno 'scaffale', in cui ordinare esperienze, oggetti, prodotti; in tal senso, la tecnica finisce per essere una struttura normativa (una 'modalità di regolazione') che può diventare ontologicamente parte del destino dell'uomo⁴⁵. A nostro giudizio, oggi, il valore di tale riflessione filosofica è tutt'altro che superato⁴⁶, se si considera, come si rimarca condivisibilmente, che con il linguaggio di programmazione possono essere immessi valori «in forma matematica nel corpo digitale di un algoritmo»⁴⁷: nulla di tanto diverso, pertanto, rispetto a ciò che normalmente accade nei processi di produzione delle norme di principio, anch'esse infatti sono l'espressione di valori, la cui attuazione viene presidiata per mezzo di tecniche particolari⁴⁸.

6. IL FATTO CONCRETO TRA CODING E TIPIZZAZIONE: LA 'MACCHINA DEL LINGUAGGIO' DI MARTIN HEIDEGGER.

Oltre al dato esistenziale, Martin Heidegger segnala la presenza di un dato antropologico: la tecnica si avvale di 'macchine per il linguaggio' che ne controllano le potenzialità e lo riducono a semplice supporto per la trasmissione di dati; la manipolazione del linguaggio, così operata dalla tecnologia, influenzando l'espressione, può infine e progressivamente

condizionare anche il pensiero: in un circuito multimediale che si forma tra la mente umana e le rappresentazioni virtuali del mondo esterno, il linguaggio e, con esso, il pensiero rischiano ancor di più una loro caduta, in quanto sempre più lontani dalla realtà concreta⁴⁹.

Anche la programmazione informatica (c.d. *coding*) è linguaggio, per taluni «semi-narrativo»⁵⁰, al pari di quello giuridico⁵¹, nonché pensiero computazionale⁵²; tanto che si è usi riconoscere, da più parti, la possibilità di processi di «alfabetizzazione digitale» per «imparare a pensare» secondo i canoni di «una nuova cultura tecnoumanistica»⁵³, in cui nel rapporto ad intensità progressiva uomo-macchina, spetta all'uomo di riscoprire una propria dignità e di riguadagnarsi la condizione per l'esercizio dei diritti⁵⁴: tra essi il diritto fondamentale alla comprensione del sistema algoritmico⁵⁵.

Nel vagliare la relazione che intercorre tra la disciplina dell'I.A. e la giuridicità interessa quella distinzione che, per sommi capi, può esser fatta tra algoritmi «che servono come ausilio per prendere una decisione [...] che

49 D. Rossi, *Alcuni spunti sul rapporto tra uomo, animale e macchina alla luce dell'analitica esistenziale heideggeriana*, in I. Adornetti, F. Cominetti (a cura di), *Animali, Umani, Macchine. Atti del Convegno 2012 del CODISCO – Coordinamento dei Dottorati Italiani di Scienze Cognitive*, Roma-Messina, 2013, p. 217 ss. M. Ricciardi, S. Sacco (a cura di), *La mela avvelenata. Alle origini dell'intelligenza artificiale. Gli scritti fondativi A. Turing, N. Wiener, V. Bush, D. Engelbart, T. Nelson*, prima edizione digitale, 2019, senza pagina. Cfr., inoltre, N. Irti, *Lo Stato: "machina machinarum"*, in N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 42 ss., specie pp. 45, 46, 47, in cui si ricorda la notazione del giurista, filosofo e politologo tedesco Carl Schmitt (1888-1985), secondo cui, sulla linea di pensiero hobbesiana del *Leviatano*, è lo Stato «il primo prodotto dell'epoca della tecnica [...] il primo moderno meccanismo in grande stile, ovvero [...] la "machina machinarum"», comprensiva di «*machine interne*», tra le quali figurano anche «le procedure amministrative e giudiziarie».

50 A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi*, cit., p. 59.

51 A. Nuzzo, *Algoritmi e regole*, cit., p. 39.

52 C. Morelli, *Come scrivere uno smart contract*, in *Altalex*, www.altalex.com; Sito consultato il 10/03/2021.

53 A. Punzi, *Il diritto e i nuovi orizzonti*, cit., pp. 33, 35, 37.

54 Id., *op. cit.*, p. 37.

55 A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi*, cit., p. 55.

45 A. Nuzzo, *Algoritmi e regole*, in A. Nuzzo, G. Olivieri (a cura di), *Algoritmi*, cit., p. 39 ss., specie p. 41.

46 In tal senso, invece, A. Punzi, *Il diritto e i nuovi orizzonti*, cit., p. 25.

47 A. Celotto, *Come regolare gli algoritmi. Il difficile bilanciamento fra scienza, etica e diritto*, in A. Nuzzo, G. Olivieri (a cura di), *Algoritmi*, cit., 47 ss., specie p. 59.

48 M. Zaccheo, *Valori e principi*, in *Persona e Mercato*, cit., p. 86 ss., specie pp. 88-89.

processano informazione e riducono la complessità a misure calcolabili e quantificabili» e algoritmi che «costruiscono intorno alle persone un ambiente al cui interno è possibile interagire, secondo precise regole di azione»⁵⁶. Tanto nei primi quanto nei secondi, invero, si assiste ad un processo ad intensità crescente di «tipizzazione» di modelli di fenomeni sociali, che ricalca le tecniche di predisposizione di «regole di azione», come la fattispecie giuridica⁵⁷. La fattispecie giuridica, infatti, per generalizzare deve ridurre artificialmente ad un insieme prescelto di dati la multiformità che i fatti della realtà concreta presentano; la tecnica della sussunzione, di cui la scienza normativa si serve⁵⁸, è un procedimento⁵⁹ atto proprio a ricondurre i fatti dell'esperienza concreta ai dati infine esplicitati all'interno di un modello di quei fatti, ridotto al minimo sufficiente a spiegarli in ordine alle loro conseguenze giuridiche.

Anche la scienza normativa, così come quella informatica con l'algoritmo, è soggetta dunque al 'principio di economia', compendiato nella metafora del 'rasoio' del filosofo inglese che, nel XIV Secolo, ha valorizzato un tale principio come metodo logico per procedere nella risoluzione dei problemi scientifici e filosofici⁶⁰.

Invero non si tratta solo di una questione epistemologica, che nei modi appena descritti può consentire di azzardare un parallelismo tra una gnoseologia giuridica e una gnoseolo-

56 A. Nuzzo, *Algoritmi e regole*, cit., p. 40.

57 Id., *op. loc. cit.*

58 N. Bobbio, *Scienza e tecnica*, cit., p. 11.

59 Il «mondo del diritto» è distrutto e costruito per mezzo di «macchine artificiali», le «procedure produttive di norme», attraverso le quali si svela il «formalismo», N. Irti, *Nichilismo e formalismo nella modernità giuridica*, in N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 18 ss., specie p. 27.

60 Guglielmo di Ockham, frate francescano nato nel piccolo paese a sud ovest di Londra, nel 1280, morto a Monaco di Baviera, nel 1349, studiò nell'Università di Oxford; in una direzione volta ad approfondire la funzione e il senso della conoscenza intuitiva, afferma la necessità di «tagliar via tutto ciò che nel conoscere è sovrabbondante» (E. Severino, *La filosofia dei greci al nostro tempo. La filosofia antica e medioevale*, Milano, 2016, p. 300 ss., specie p. 306).

gia informatica, in termini di riduzionismo⁶¹, ma, in entrambi i casi, di un vero e proprio processo performativo⁶², nel senso che sia il linguaggio normativo che il linguaggio algoritmico si traducono in enunciati narrativi, la cui formulazione è, all'atto stesso in cui si pone, essa stessa costitutiva della realtà sottostante nominata⁶³.

Più in generale, il diritto e l'informatica partecipano di una tendenza che, a nostro modo di vedere, si fonda su una ben precisa visione ontologica della realtà sociale, proposta di recente da una corrente filosofica neorealista, che per mezzo della 'teoria della documentalità' riconosce alla 'iscrizione' su qualunque tipo di supporto, l'attitudine a creare 'oggetti sociali' costitutivi di una realtà autonoma e distinta da quella formata dagli oggetti fisici o dalle oggettività ideali⁶⁴: al diritto e all'informatica, dunque, viene riconosciuto il compito di concorrere a formare, con le loro iscrizioni, il mondo degli oggetti sociali.

La questione centrale, a nostro avviso, allora non è tanto quella di stabilire a quale delle due scienze, e delle correlative tecniche, spetti il primato dell'una sull'altra, ma è l'altra, ben più pressante, di far presente che per entrambe debba valere un'avvertenza: quella di evitare di incorrere nella visione inquietante segnalata

61 Per una riflessione sul riduzionismo, visto nelle sue varie versioni (ontologica, metodologica, epistemologica), cui man mano si sono contrapposte, dalla prima metà dell'Ottocento, le sfide poste dalla ««complessità del reale», G. Giordano, *La polemica contro lo specialismo. Tappe di un percorso verso la complessità da Ortega a Morin*, in G. Bentivegna, S. Burgio, G. Magnano San Lio (a cura di), *Filosofia, scienza, cultura. Studi in onore di Corrado Dollo*, Catanzaro, 2002, p. 353 ss.

62 Si allude all' «enunciato performativo» secondo la definizione che, nell'ambito della teoria degli atti linguistici, è stata elaborata dal linguista e filosofo J.L. Austin (1911-1960), nel suo celebre testo *How to do Things with Words* (Oxford University Press, Oxford 1962, p. 10): si veda l'edizione italiana curata da C. Penco, M. Sbisà, *Come fare cose con le parole*, Genova, 1987, p. 12.

63 Si vedano, anche R. Orestano, *La parola creatrice*, in U. Scarpelli, P. Di Lucia (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, p.197 ss.; A. Carcaterra, *Il linguaggio del legislatore romano*, ivi, p. 325 ss.

64 M. Ferraris, *Documentalità. Perché è necessario lasciar traccia*, Bari-Roma, 2014, *passim*.

da Jacques Derrida nella sua *Grammatologia*⁶⁵, per la quale nulla esiste fuori dal testo ⁶⁶.

Luca Barchiesi è professore ordinario di Diritto privato e insegna Istituzioni di diritto privato e Diritto dei contratti e della digitalizzazione nel Dipartimento di Economia e Diritto dell'Università di Macerata. È Giudice per la Terza Istanza Civile nel Tribunale Unico della Repubblica di San Marino. È Avvocato iscritto all'Elenco speciale dei Professori universitari dell'Ordine degli Avvocati di Ancona e all'Albo speciale degli Avvocati Cassazionisti. Si è occupato di temi riguardanti svariati ambiti del Diritto privato, sui quali ha concentrato la propria produzione scientifica di cinque monografie e numerosi saggi e articoli, pubblicati anche in opere collettanee, nonché capitoli di manuali universitari. Attualmente, i suoi interessi di ricerca riguardano prevalentemente argomenti di teoria generale del diritto e di diritto privato digitale.

luca.barchiesi@unimc.it

⁶⁵ Nell'«essere scritto», discorso che si sviluppa nel solco del pensiero heideggeriano, quando, in *Introduzione alla metafisica*, Martin Heidegger «rinuncia al progetto e alla parola ontologia», l'Autore citato nel testo premette che «la linguistica moderna rimane interamente chiusa in una concettualità classica» allorché «si serve ingenuamente della parola *essere* e di tutto ciò che questa suppone». Per tale via: «la domanda sull'essere si unisce indissolubilmente, senza ridursi ad essa, alla precomprensione della *parola essere*»; «l'essere non si produce come storia» se non «attraverso il logos e che nulla è fuori di esso» (J. Derrida, *Della grammatologia*. Nuova edizione aggiornata a cura di Gianfranco Dalmaso, Milano, 2012, p. 38 ss., specie pp. 41, 43).

⁶⁶ Per una rivisitazione critica di una tale affermazione, M. Ferraris, *Postille a Derrida*, Torino, 2021, *passim*. Quando la realtà intera «viene [...] risolta nel nostro sapere», allora «la forma svolge una *funzione redentrice* ... può riempire di sé il vuoto dell'universo» (N. Irti, *Nichilismo e formalismo*, cit., pp. 20, 26), e, per tale via, emerge anche «l'essenza tecnica del diritto», con i tratti della «artificialità, macchinalità, proceduralità», N. Irti, *L'essenza tecnica del diritto (terzo dialogo con Emanuele Severino)*, in N. Irti, *Nichilismo giuridico*, cit., p. 30 ss., specie p. 36.

Tensioni e prospettive della democrazia deliberativa habermasiana nell'emergenza da Covid-19

Arianna Maceratini

ABSTRACT

L'esame della ragione pratico-comunicativa, declinata dalla teoria del discorso di Jürgen Habermas, e le dinamiche della sfera pubblica, quale periferia e facilitatore del sistema politico, concorrono a delineare un fertile terreno di riflessione sulle criticità e sulle prospettive della democrazia deliberativa, posta in tensione dall'emergenza sanitaria da Covid-19. Da tale prospettiva, se nel modello habermasiano della democrazia deliberativa, le libertà individuali si accompagnano alla partecipazione politica dei cittadini ai processi di formazione della volontà comune, facendo emergere la solidarietà civile come esito di un autentico consenso discorsivo, nella società complessa sembra, per lo più, affermarsi un linguaggio strumentale e mediatico - implementato e potenziato dall'attuale indispensabilità dell'adozione di modalità di comunicazione a distanza - tale da ridurre la politica ad esibizione personalistica e le garanzie giuridiche a vuota forma, con una sostanziale perdita di efficacia delle tradizionali istituzioni della rappresentanza democratica. Nella pandemia, diritti e libertà vengono, inoltre, temporaneamente limitati dal rafforzamento dei necessari interventi coercitivi dei pubblici poteri, tramite i quali lo Stato richiede "un'insolita cooperazione" ai cittadini sottoposti a restrizioni, anche a discapito di fondamentali libertà soggettive. In tale condizione di incertezza, che evidenzia e alimenta un'imprescindibile dipendenza della governance dalle competenze degli esperti, è, tuttavia, da rilevare come la dimensione deliberativa, propria del sistema democratico, non venga sospesa dall'eccezionalità della situazione sanitaria: il pluralismo ed disaccordo sociale permangono, infatti, come irrinunciabili principi ed esigenze della ragione normativa, pur essendo subordinata la loro espressione al prioritario obiettivo della risoluzione dell'emergenza sanitaria. Qualora si tratti, poi, di indi-

viduare potenziali criteri di guida nell'arduo bilanciamento tra i diritti e i doveri di cittadini e istituzioni, Habermas mostra come il diritto alla vita e alla salute, in situazioni di emergenza, impedisca la stessa possibilità di effettuare una ponderazione con altri diritti fondamentali in conflitto, esprimendo i primi interessi prevalenti la cui tutela rappresenta il presupposto ad evitare il collasso della società nei suoi aspetti politici, personali ed economici. Di fronte alla tragicità delle scelte emerge, così, tutta la necessità di offrirne una giustificazione razionale e pubblicamente condivisibile, aprendo ad un più ampio dibattito sui legami sociali, le garanzie giuridiche e le dinamiche della rappresentanza democratica nell'individuazione delle proposte più adeguate per affrontare i presenti e i futuri scenari.

The examination of practical-communicative reason, declined by Jürgen Habermas' theory of discourse, and the dynamics of the corresponding public sphere, as the periphery and facilitator of the political system, combine to outline a fertile ground for reflection on the criticalities and perspectives of deliberative democracy, put in tension by the Covid-19 health emergency. From this perspective, if in the Habermasian model of deliberative democracy, individual freedoms are accompanied by the political participation of citizens in the processes of formation of the common will, making civil solidarity emerge as the result of an authentic discursive consensus, in complex society it seems, for the more, to establish an instrumental and media language - implemented and strengthened by the current indispensability of the adoption of remote communication methods - such as to reduce politics to personal exhibition

and legal guarantees to empty form, with a substantial loss of effectiveness of traditional institutions of democratic representation. In the pandemic, rights and freedoms are also temporarily limited by the strengthening of the necessary interventions by public authorities, through which the state requires "unusual cooperation" from citizens subjected to restrictions, even to the detriment of fundamental subjective freedoms. In this condition of uncertainty, which highlights and nourishes an essential dependence of governance on the expertise, it should nevertheless be noted that the deliberative dimension of the democratic system is not suspended by the exceptionality of the health situation: pluralism and social disagreement in fact, the principles and requirements of normative reason remain as indispensable, although their expression is subordinated to the priority objective of resolving the health emergency. If it is a question, then, of identifying potential guiding criteria in the difficult balance between the rights and duties of citizens and institutions, Habermas shows how the right to life and health, in emergency situations, prevents the very possibility of weighing them up with other fundamental rights

Questo lavoro si propone, a partire dalla prospettiva critica della Teoria del discorso di Jürgen Habermas, di offrire alcuni spunti di riflessione e di discussione per alimentare e arricchire il dibattito sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali nell'esperienza del Covid-19¹, interrogandosi sulla possibilità di individuare potenziali criteri nel delicato bilanciamento tra i diritti e i doveri di cittadini e istituzioni, teso alla valorizzazione della solidarietà civica: in tale contesto, sebbene l'equilibrio tra i valori di riferimento possa essere, seppur temporaneamente, ridefinito dalla situazione emergenziale, esponendosi, talvolta, a pericolose tentazioni populistiche e tecnocratiche, le garanzie formali e sostanziali proprie dello Stato democratico di diritto appaiono come l'unico orizzonte percorribile

¹ Questo saggio costituisce lo sviluppo e l'ampliamento di alcune sintetiche linee di ricerca e di discussione critica sul tema, da me proposte nell'ambito del Progetto RADAR, *Reinvigorate Democracy in time of crisis*, dell'Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Giurisprudenza.

in conflict, expressing the first prevailing interests whose protection represents the prerequisite for avoiding the collapse of society in its political, personal and economic aspects. In the face of tragic choices, therefore, all the need to offer a rational and publicly acceptable justification emerges, opening up to a broader debate on social ties, legal guarantees and the dynamics of democratic representation in identifying the most adequate proposals to face present and future scenarios.

PAROLE-CHIAVE

TEORIA DEL DISCORSO; SFERA PUBBLICA; DEMOCRAZIA DELIBERATIVA; EXPERTISE; COVID-19; DIRITTI FONDAMENTALI; "SCELTE TRAGICHE".

KEYWORDS

DISCURSIVE THEORY; PUBLIC SPHERE; DELIBERATIVE DEMOCRACY; EXPERTISE; COVID-19; FUNDAMENTAL RIGHTS; "TRAGIC CHOICES".

ed in grado di resistere alle turbolenze descritte dall'attuale scenario globale.

LA RAZIONALITÀ COMUNICATIVA: CENNI INTRODUTTIVI ALLA TEORIA DEL DISCORSO DI J. HABERMAS

L'esame della *ragione pratico-comunicativa* si rivolge all'analisi delle strutture della razionalità comunicativa insita, secondo Habermas, nelle istituzioni sociali² poste alla base

² Cfr. G. E. Rusconi, *Introduzione a J. Habermas, Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, 1980, p. 8. Su questo punto, la teoria del discorso di Habermas segna una distanza critica dalla dialettica negativa della Scuola di Francoforte, cfr. ad es. D. M. Rasmussen, *Leggere Habermas*, Napoli, 1993, p. 51. Sui nessi tra la teoria del discorso di Habermas e la Scuola di Francoforte, si veda S. Maffettone, *Critica e analisi. Saggio sulla filosofia di Jürgen Habermas*, Napoli, 1980; H. Brunkhorst, *Jürgen Habermas. Die Rächende Gewalt der kommunikativen Vernunft*, in J. Henningfeld, H. Jansohn, (a cura di), *Philosophen der Gegenwart. Eine Einführung*, Darmstadt, 2005, pp. 198-215; J. G. Finlayson, *Morality and Critical Theory. On the*

dei processi di apprendimento collettivo e in grado di interagire con gli imperativi funzionali del sistema [System], divenendo fattori di guida dell'evoluzione storica³. In tale contesto, va precisato come i processi di integrazione e di *regolazione sociale*, propri del *mondo-di-vita* [Lebenswelt], si differenzino sostanzialmente dalle dinamiche di *controllo sistemiche*: Habermas sottolinea, infatti, la dissonanza cognitiva stabilita tra il dominio strumentale, non integrato dall'intesa comunicativa e raccolto in una socialità priva di norme, ed il contesto del mondo-di-vita sostenuto da interazioni inclusive e paritarie⁴. Lo stesso linguaggio, che nella teoria habermasiana costituisce il tramite dell'intesa intersoggettiva, può essere concepito tanto come guida di un agire sociale orientato da norme quanto come mezzo per il *trasferimento di informazioni*⁵ ed il concetto di *ermeneutica* è definito, appunto, come prerogativa dei linguaggi naturali, descrivente un processo, sempre incompiuto, di autoriflessione e di comprensione dell'altro, esercitato nel contesto del linguaggio ordinario e differenziato da un'interpretazione prettamente scientifica dei fenomeni⁶. Nel tratte-

giare questa distinzione, non è, tuttavia, sottovalutato il potenziale di riflessione insito nel sapere scientifico, né sminuita la ricerca empirica o le discipline propriamente tecniche: Habermas, piuttosto, come spiegherà anche a proposito dell'emergenza pandemica, rifiuta lo scientismo inteso come assolutizzazione monologica del sapere scientifico e la pretesa di universalizzazione degli *standards* di razionalità da esso sottesi⁷ proponendo, di contro, un modello di *razionalità comunicativa* fondato sull'intesa intersoggettiva e sulla flessibilità linguistica del linguaggio naturale⁸. Solo al linguaggio ordinario appartiene, infatti, la dimensione dialogica della reciprocità delle attese comportamentali che offre una "porta di accesso al mondo" e rimanda alla *garanzia giuridica* esprimendo, nella tensione tra comunicazione reale e ideale, tutto il potenziale critico della teoria habermasiana⁹. In particolare, nell'*accordo razionalmente motivato*¹⁰ i soggetti comunicano per intendersi razionalmente, assumendo la condivisione della *situazione comunicativa ideale* [*sprachliches Verständigung*]¹¹ come criterio di verità, di razionalità e di libertà dell'azione¹²: da tale prospettiva, il carattere di accettabilità, riferito alla prassi argomentativa, non coincide

Normative Problem of Frankfurt School Criticism, in "Telos", CXLVI, (2009), pp. 7-41; U. Steinhoff, *The Philosophy of Jürgen Habermas. A Critical Introduction*, Oxford, 2009.

3 Cfr. G. Kirkpatrick, *Evolution or progress? A (critical) defence of Habermas's theory of social development*, in "Thesis Eleven", LXXII, (2003), pp. 91-112.

4 Cfr. J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns. Bd. II. Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Frankfurt am Main, 1981, trad. it. *Teoria dell'agire comunicativo*, vol. II. *Critica della ragione funzionalistica*, Bologna, 1986, p. 959; B. Accarino, *Comunicazione e democrazia in Habermas*, in "Democrazia e diritto", (1983), n. 2, p. 110.

5 Cfr. J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt am Main, 1971, trad. it., *Teoria della società o tecnologia sociale. Che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*, Milano, 1983, p. 187.

6 Cfr. C. Donolo, C., *Prefazione a J. Habermas, Teoria e prassi nella società tecnologica*, Roma-Bari, 1971, p. 14. Su questo tema, Grondin, J., *Die Hermeneutik und Habermas*, in Id., *Der Sinn für Hermeneutik*, Darmstadt, 1994, pp. 103-146; R. Waizbort, *Objectivity in Social Science. Toward a Hermeneutical Evolutionary Theory*, in "Philosophy of the Social Sciences", (2004), n. 1, pp. 151-62; T. Bube, *Von der Kritischen Theorie zur Kritischen Hermeneutik? Jürgen Habermas' Transformationen der Verstehenslehre*, in R. Faber, E. M. Ziege, (a cura di), *Das Feld der Frankfurter*

Kultur und Sozialwissenschaften nach 1945, Würzburg, 2008, pp. 139-166.

7 Cfr. E. Agazzi, E., *Prefazione a Aa. Vv., La ragione emancipativa. Studi sul pensiero di Jürgen Habermas* Palermo, 1983, p. 12.

8 Cfr. H.-K. Keul, *Subjectivity and intersubjectivity. Remarks on the concept of freedom in Kant and Habermas*, in "The Journal of Value Inquiry", (2002), n. 2-3, pp. 253-266.

9 Cfr. J. Habermas, *Public space and political public sphere – the biographical roots of two motifs in my thought. (Commemorative Lecture, Kyoto Nov. 11, 2004)*, 2004, p. 5.

10 Cfr. J. Habermas, *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, Frankfurt am Main, 1983, trad. it., *Etica del discorso*, Roma-Bari, 2000, p. 142; J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992, trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, p. 112.

11 J. Habermas, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Bologna, 1980, p. 331.

12 Cfr. R. Geuss, R. *L'idea di una teoria critica. Habermas e la Scuola di Francoforte*, Roma, 1989, pp. 66-67.

con l'arbitrarietà decisionale¹³, bensì con il *consenso razionale* che è posto a fondamento della validità e della legittimazione delle norme di azione. In altri termini, se nell'agire strategico la coordinazione delle azioni è rivolta al conseguimento di obiettivi parziali e utilitaristici, nell'agire comunicativo, i piani di azione individuali tendono all'accordo razionalmente motivato, creando significati condivisi e tali da consentire inediti accordi discorsivi¹⁴.

Da quanto detto, appare di centrale rilevanza una riflessione critica sulle modalità di comunicazione a distanza le quali, diventate ancor più indispensabili per milioni di persone nel tempo tutt'ora in corso della pandemia, con il prevedere uno spostamento comunicativo dalla dimensione reale allo spazio virtuale e determinando una potente invasione di campo delle tecnologie informatiche nelle modalità di espressione del linguaggio ordinario, potrebbero condurre ad un impoverimento della prassi comunicativa avente ripercussioni in ambito politico e giuridico¹⁵. Ci si domanda, in altri termini, se la piattaforma informatica possa ridurre, o meno, la ricchezza dei codici non strettamente linguistici trasmessi nei processi comunicativi e la complessità della comunicazione stessa, favorendo l'espressione emozionale e un'indebita semplificazione del discorso politico, adeguata alle esigenze funzionali delle piattaforme di volta in volta utilizzate¹⁶, per giungere ad una sorta di cacofonia digitale capace di porre in discussione le garanzie giuridiche e democratiche che trovano nella ricchezza espressiva del linguaggio ordinario il proprio sostegno ed implemento¹⁷.

13 Cfr. J. Habermas, *Zwischen Naturalismus und Religion. Philosophische Aufsätze*, Frankfurt am Main, 2005, trad. it., *La condizione intersoggettiva*, Roma-Bari, 2007, p. 23.

14 Cfr. S. Ferri, *Smart working: opportunità o nuova fonte di alienazione? Rispondono Aristotele e Habermas (e altri non citati)*, in "Milano-Sud", 11.05.2020, <https://www.milanosud.it>

15 Cfr. *ibidem*.

16 Cfr. F. J. Ansuátegui, *Democrazia e post-verità*, in "ORDINES", (2021), n. 1, p. 58.

17 Cfr. *ivi*, p. 57.

IL NESSO TRA SFERA PUBBLICA E DEMOCRAZIA DELIBERATIVA

La distanza tra il diritto e il *potere normativo*¹⁸ è tratteggiata da Habermas come un'irriducibile opposizione concettuale tra la giustificabilità discorsiva, propria della norma giuridica, e l'imposizione di leggi tramite il potere di elevare interessi particolari al rango di una generalità solo apparente¹⁹. Va, inoltre, rilevata la permeabilità del discorso giuridico al discorso morale che non comporta, qui, la subordinazione o l'omologazione delle due sfere, ma garantisce il diritto dal coincidere con il fatto: al di là della validità formale, si può, infatti, parlare di legittimità normativa solo laddove i procedimenti di formulazione del diritto vigente risultino razionali *anche* sotto il profilo pratico-morale, ricondotto alla forza motivante della migliore argomentazione²⁰. Da tale prospettiva, nella società complessa, nella quale i legami personali appaiono radi e deboli, spetta, in egual misura, ad una sfera pubblica critica e capace di contra-

18 Cfr. J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a. M., 1973, trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari, 1976, p. 124.

19 Cfr. J. Habermas, *Solidarietà tra estranei. Interventi su "Fatti e norme"*, Milano, 1997, p. 110. Tra i più recenti lavori critici sulla concezione habermasiana della norma giuridica: H. Baxter, *Habermas' Sociological Theory of Law and Democracy*, in "Philosophy & Social Criticism", (2014), n. 2, pp. 225-234; Zurn, C. F., *Bringing Discursive Ideals to Legal Facts: On Baxter on Habermas*, in "Philosophy & Social Criticism", 2014, n. 2, pp. 195-203; R. Frega, *From Normative Spheres to Normative Practices: New Prospects for Normative Theory after Habermas*, in "International Journal of Philosophical Studies", (2013), n. 5, pp. 680-712.

20 In Habermas, il concetto di razionalità è da intendersi in senso critico e comunicativo: la razionalità comunicativa costituisce la "possibilità dell'intesa linguistica, è ciò che regola l'argomentazione dall'interno, ciò che ci aiuta a superare le nostre immagini soggettive e a renderle comuni a tutti", J. Habermas, *Eppure non sono pessimista*. in Filippini, E. *Eppure non sono pessimista. Conversazioni con Jürgen Habermas*, Roma, 2013, p. 34. Sull'argomento, si vedano anche A. Norval *Don't Talk Back! The Subjective Conditions of Critical Public Debate*, in "Political Theory", (2012), n. 6, pp. 802-810 e A. Allen, *The Unforced Force of the Better Argument: Reason and Power in Habermas' Political Theory*, in "Constellations", (2012), n. 3, pp. 353-368.

stare il dominio tecnocratico e ideologico²¹ e ai procedimenti istituzionalizzati di formazione e di espressione della volontà comune il compito di riprodurre le forme moderne dell'identità collettiva tanto che, per Habermas, lo stato critico di una democrazia può principalmente dedursi dalla vitalità della corrispondente sfera pubblica e politica²². Quest'ultima si pone, così, in rapporto di cooperazione con il sistema politico, come *periferia* e *facilitatore* dello stesso, declinando un sistema a *multilivello* che dal parlare ordinario, attraverso la mediazione di "deboli" discorsi pubblici, giunge all'istituzionalizzazione politica e giuridica²³, mentre il sistema politico, a sua volta, si giova di quel varco alla società civile rappresentato dalla "vita irregolata" della sfera pubblica²⁴, il cui carattere deliberativo non coincide con il consenso acquisito, ma è sostenuto dal confronto di pubbliche opinioni contrastanti²⁵, ponendo la democrazia deliberativa a ideale criterio decisionale²⁶.

In tal modo, nel modello habermasiano della democrazia deliberativa, le libertà individuali si accompagnano alla partecipazione politica dei cittadini ai processi di formazione della volontà comune, intesa come *potere comunicativo* [*kommunikative Macht*], descrivendo una proce-

21 Cfr. F. Carmagnola, *Ragion pratica. Nodi della tradizione filosofica in Habermas*. In Carmagnola F. (a cura di), *La ragione emancipativa. Studi sul pensiero di Jürgen Habermas*, Palermo, 1983, p. 48. Per un primo approccio al concetto di sfera pubblica in Habermas: L. Dahlberg, *The Habermasian Public Sphere and Exclusion*, in "Communication Theory", (2014), n. 1, pp. 21-41, A. Allen, *The Public Sphere: Ideology and/or Ideal?* in "Political Theory", (2012), n. 6, pp. 822-829; R. J. Bernstein, *The Normative Core of the Public Sphere*, in "Political Theory", (2012), n. 6, pp. 767-778.

22 Cfr. J. Habermas, *Public space and political public sphere*, cit., p. 9; A. Florida, *Un'idea deliberativa della democrazia. Genealogia e principi*, Bologna, 2017, p. 225.

23 Cfr. J. Habermas, *Political Communication in Media Society: Does Democracy Still Enjoy an Epistemic Dimension? The Impact of Normative Theory on Empirical Research*, in "Communication Theory", XVI, (2006), n. 4, pp. 415-416.

24 Cfr. *ivi*, p. 417.

25 Cfr. J. Habermas, *Commentary on, Cristina Lafont, Democracy Without Shortcuts*, in "Journal of Deliberative Democracy", VI, (2020), n. 2, p. 13.

26 Cfr. T. Rasmussen, *The Internet and Differentiation in the Political Public Sphere*, in "Nordicom Review", XXIX, (2008), n. 2, p. 73.

dura attraverso la quale i destinatari della decisione possono intendersi come gli autori della stessa²⁷. In altri termini, il *nesso interno* tra linguaggio, sfera pubblica e procedure decisionali democratiche²⁸ connette la validità normativa alla legittimazione democratica nell'ideale habermasiano della democrazia deliberativa, nella quale la *componente deliberativa* [*Deliberative Komponente*] espressa dalla "ricerca cooperativa di cittadini deliberanti le soluzioni dei problemi politici prende il posto dell'aggregazione di preferenze di privati cittadini o dell'autodeterminazione collettiva di una nazione eticamente integrata"²⁹, facendo emergere la solidarietà civile e l'orientamento al bene comune come esiti di un autentico consenso discorsivo³⁰. Si può, pertanto, comprendere come la necessaria presenza di una sfera pubblica critica e capace di dar voce al pluralismo insito nell'agire comunicativo costituisca un nucleo problematico della teoria habermasiana, dal momento che nella società complessa sembra affermarsi, per lo più, un linguaggio strumentale e mediatico, tale da ridurre la politica ad esibizione personalistica e le garanzie giuridiche a vuota

27 Cfr. J. Habermas, *Solidarietà tra estranei*, cit., p. 143; J. Habermas, *Stato di diritto e democrazia: nesso paradossale di principi contraddittori?* in "Teoria politica", (2000), n. 3, p. 9.

28 Cfr. J. Habermas, *Teoria e prassi*, cit., p. 3; J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 1992, trad. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Milano, 1996, pp. 152-56.

29 J. Habermas, *Political Communication*, cit., p. 413. Sull'idea dell'autolegislazione democratica, cfr. J. Habermas, *Commentary on, Cristina Lafont*, cit., pp. 10-14.

30 Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 301.

J. Habermas, J. Ratzinger, *Ragione e fede in dialogo. Le idee di Benedetto XVI a confronto con un grande filosofo*, Padova, 2005, pp. 51-52; cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 301; G. Vettori, *Persona e mercato al tempo della pandemia*, in "Persona e Mercato", (2020), n. 1, pp. 5-8. Sul passaggio dalla sfera pubblica, luogo fondamentale della libertà di espressione, della democrazia politica e del discorso pubblico, all'ambito di un'azione politica strategica e rivolta, in direzione diametralmente opposta a quella habermasiana, all'affermazione di una "post-verità" diretta alla rappresentazione di una realtà alternativa e tale da facilitare l'affermazione di una particolare prospettiva politica, si veda F. J. Ansuátegui, *Democrazia e post-verità*, cit., pp. 48-62.

forma³¹, con una sostanziale perdita di efficacia delle tradizionali istituzioni deputate alla rappresentanza democratica degli interessi che favorisce una mobilitazione plebiscitaria degli attori sociali³² capace di smarrire la pluralità delle voci e, con essa, la stessa ragione di esistenza del sistema politico³³.

LA DEMOCRAZIA DELIBERATIVA HABERMASIANA ALLA PROVA DEL COVID-19

Nel contesto qui solo tratteggiato, diviene quasi superfluo evidenziare le condizioni di tragica indigenza nelle quali versa gran parte della popolazione mondiale e indubbiamente esasperate dall'emergenza pandemica che sta influenzando profondamente sul sistema dei diritti³⁴: in tale ambito, i criteri indicati da Habermas della simmetria, della reciprocità e della reversibilità delle posizioni soggettive nel discorso potrebbero apparire, tutt'al più, come astratti principi, così come i parametri dell'eguaglianza contrattualistica sembrerebbero testimoniare la *situazione eccezionale* delle società maggiormente sviluppate³⁵. "La crisi del coronavirus sembrerebbe un evento pandemico, come tutti i rischi globali. C'è il paradosso che un rischio che ci egualizza tutti riveli, allo stesso tempo, quanto siamo diseguali, provochi altre disuguaglianze e metta alla prova le nostre democrazie"³⁶, facendo emergere tutta l'urgenza di riequilibrare un mondo che aveva già tanti squilibri

31 Cfr. J. Habermas, *Political Communication*, cit., p. 422

32 Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 438-440; J. Habermas *La risposta democratica al populismo di destra*, in "Micromega", (2017), n. 2, pp. 7-12; N. Urbinati, *La crisi europea tra populismi e nuove costituzioni*, in "RESET", 08.04.2014, <http://www.reset.it>; J. W. Müller, *What is populism?*, Filadelfia, 2016, trad. it, *Cos'è il populismo?* Milano, 2017, p. 8.

33 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia: Una filosofia de la crisis del coronavirus*, Barcelona, 2020, p. 59.

34 Cfr. F. J. Ansuátegui Roig, *Una riflessione su pandemia, diritto e società*, in "Scienza & Pace Magazine", 18.06.2020.

35 Cfr. E. Mendieta, *Dialogo su Dio e il mondo. Intervista con Edoardo Mendieta*, in "Teoria politica", (1999), n. 2-3, p. 145.

36 D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., p. 25.

che questa situazione ha contribuito ad evidenziare³⁷. L'emergenza pandemica rilascia, d'altro canto, l'immagine di una vulnerabilità condivisa e capace di mettere in luce le reciproche dipendenze in materia economica, monetaria, fiscale, sanitaria e sociale³⁸: al riguardo se, come insegna Beck, la condivisione dei rischi costituisce il primo fattore di globalizzazione³⁹, un'adeguata protezione dei beni pubblici globali non potrà che richiedere un'efficace cooperazione istituzionale, nella ricerca di soluzioni altrettanto globali⁴⁰. Di fronte ad ogni visione della crisi intesa come occasione di affermazione unilaterale⁴¹, un'efficace discussione pubblica sembra, dunque, di primaria rilevanza nel tentativo di rispondere all'emergenza sanitaria poiché spetta, in primo luogo, alle istituzioni democratiche il compito di reagire alla situazione odierna e alle sue ripercussioni sociali ed economiche, facendo "un uso intenso e responsabile di ciò che è pubblico, ed assumendosi sempre la risposta e la responsabilità di agire"⁴².

Sul piano comunicativo, l'emergenza da Covid-19 appare caratterizzata da una pressoché illimitata circolazione di dati e di informazioni, tale da generare una sorta di "infodemia"⁴³ che, se da un lato è giustificata dal bisogno e dal diritto di conoscere dell'opinione pubblica, dall'altro ha condotto ad un vero e proprio bombardamento informativo e mediatico, in grado di monopolizzare il pubblico dibattito, nell'evidente difficoltà, per il profano, di individuare le numerose *fake news* alle quali si è costantemente esposti⁴⁴.

37 Cfr. *ivi*, p. 112.

38 Cfr. *ivi*, p. 129.

39 Cfr. U. Beck, *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne: Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Frankfurt am Main, 2012, trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000.

40 Cfr. F. J. Ansuátegui Roig *Una riflessione su pandemia*, cit.; D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., p. 112.

41 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., pp. 15-17.

42 *Ibidem*.

43 D. De Lungo, *Liberalismo, democrazia, pandemia. Appunti sulla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali dell'individuo di fronte alla decisione collettiva*, in "Nomos. Le attualità nel diritto", (2020), n. 2, p. 8.

44 Cfr. *ibidem*.

Su questi temi, nell'intervista rilasciata alla *Kölner Stadt-Anzeiger* del 3 aprile 2020, Habermas ha sostenuto: "Una cosa si può dire: non abbiamo mai saputo così tanto la nostra ignoranza, e insieme la nostra insicurezza (...) ma queste ignoranze e insicurezze sono risolte dagli esperti, così gli esperti diventano più forti che mai (...). Ora l'insicurezza esistenziale è globale, è grande, gli individui sono collegati alle reti di comunicazione e cercano di trovare una soluzione (...). Ogni individuo isolato è messo al corrente dei rischi della pandemia con una grande informazione dai mezzi di comunicazione e con istruzioni comportamentali che formano nuove situazioni"⁴⁵. Nella pandemia, diritti e libertà – che nella prospettiva discorsiva sono garantiti dalla partecipazione, in forma diretta o indiretta, del maggior numero di cittadini alle decisioni che li riguardano, realizzando l'aspirazione a che nessuno possa essere sottoposto a vincoli che non abbia volontariamente accettato⁴⁶ - sono posti in tensione dal rafforzamento dei necessari interventi dei pubblici poteri, intesi come sistema di autorità⁴⁷. Tale situazione si accompagna alla già tratteggiata crisi dei tradizionali meccanismi della rappresentanza politica, una condizione resa ancor più problematica dal contesto di straordinaria amministrazione dovuto all'urgenza sanitaria.

In quest'ambito, le decisioni collettive, assunte ed implementate principalmente nell'ambito medico-scientifico, sembrano incidere ancor più profondamente nei tradizionali processi della scelta pubblica: se, infatti, il carattere della legittimazione normativa, nella direzione habermasiana, deriva dalla circostanza che i destinatari della norma possano considerarsi come gli autori della stessa, lo stato di emergenza pandemica tende a far retrocedere tale principio per preferirgli una legittimazione di tipo tecnocratico dove tanto la scelta della *leadership* quanto la validità del comando riposano sulla competenza dei sog-

45 J. Habermas, *So viel Wissen über unser Nichtwissen gab es noch nie*. Intervista concessa alla Rivista *Kölner Stadt-Anzeiger*, 03.04.2020 (traduzione mia).

46 Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 40.

47 Cfr. D. De Lungo, *op. cit.*, p. 5.

getti dai quali esso promana⁴⁸. Così, se, da un lato, il settore politico sembra espandersi verso settori tradizionalmente sottratti al pubblico controllo, dall'altro le istituzioni democratiche appaiono irrinunciabilmente sussidiate da tecnici e da esperti la cui funzione, dal calcolo dei mezzi, si centra, ora, nella definizione delle finalità da perseguire, spesso tramite valutazioni in tempo reale di eventi in corso di svolgimento che rappresentano, in virtù dell'adozione di un principio precauzionale, la base per l'esercizio di poteri legislativi d'urgenza⁴⁹, in contesti estranei alle abituali forme del controllo e della responsabilità democratica⁵⁰. Si pensi, al riguardo, alle mobilitazioni di *task-forces* di esperti e al proliferare di prescrizioni e linee guida entrate, ormai, a far parte del sistema delle fonti, che riflette un contemporaneo processo di scientizzazione della politica e di politicizzazione della scienza, le due facce di una stessa medaglia rappresentata da un'ambigua commistione di poteri e funzioni, sorretti da differenti logiche e argomentazioni⁵¹. Ciò risulta particolarmente evidente se si considerino i processi logico-argomentativi delle cosiddette "scienze dure", principalmente impostate sulla raccolta di dati e sulla

48 Cfr. *ivi*, p. 6.

49 A tal proposito, va ricordato il criterio della *ragionevolezza scientifica delle leggi* secondo il quale il legislatore, laddove debba assumere decisioni politiche che coinvolgano elementi ed abbiano riflessi di carattere tecnico-scientifico "non possa limitarsi al puro esercizio della discrezionalità politica ma debba tenere in dovuta considerazione lo stato delle conoscenze scientifiche e delle evidenze sperimentali acquisite tramite istituzioni e organismi tecnico-scientifici nazionali e sovranazionali", Corte Cost. 26 giugno 2002, n. 282. Anche in materia di obblighi vaccinali, la Corte costituzionale, con sentenza del 18 gennaio 2005, n. 5 ha stabilito che il legislatore, nell'esercizio delle scelte in materia, debba farsi guidare dalle condizioni sanitarie ed epidemiologiche accertate dalle autorità preposte, e dalle acquisizioni, in evoluzione, della ricerca medica. Sul tema, si veda F. G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise tecnico* in De Minico, G. (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, 2020, E-book di Consulta On Line, p. 115, https://www.giurcost.org/COLLANA/ebook_DeMinico_Villone_%20STATODIDIRITTO_EMERGENZA_TECNOLOGIA.pdf

50 Cfr. D. De Lungo, *op. cit.*, p. 8.

51 Cfr. *ivi*, p. 6.

verifica delle tesi in termini di contrapposizione vero/falso⁵² mentre, dalla prospettiva indicata da Habermas, la logica del confronto democratico dovrebbe, innanzitutto, assicurare il presupposto relativistico che non esistono verità assolute su cui fondare la decisione, privilegiando la mediazione tra interessi contrastanti, tale che la funzione di sintesi, tipicamente appartenente al sistema politico, possa, in egual misura, riferirsi alla garanzia giuridica dei differenti mondi vitali. L'emergenza virale pone, dunque, in primo piano una profonda riflessione critica circa il ruolo dell'"espertocrazia" nelle politiche democratiche, sollevando rilevanti quesiti sulle modalità mediante le quali le competenze possano essere integrate al meglio nei sistemi democratici, su come i cosiddetti sistemi esperti possano consentire un giudizio "laico" sulle proprie affermazioni e, viceversa, sui modi attraverso i quali i non-esperti possano acquisire una sorta di "competenza da interazione", ovvero una capacità di giudizio pratico e di discernimento finalizzata a considerare le competenze come parte integrante di qualsiasi sistema politico⁵³. Tale riflessione sul potere degli esperti nel governo delle società democratiche e sulla competenza come valore politico si sviluppa, più in generale, nella considerazione del rapporto tra scienza e diritto, nonché nell'analisi del nesso tra decisione politica ed *expertise* tecnico-scientifica⁵⁴ rappresentando entrambe un "parametro interposto" dei pubblici poteri⁵⁵ e mostrandone la consistenza in ambiti di primario rilievo politico e giuridico⁵⁶. Ciò suggerisce

52 Cfr. *ibidem*.

53 Cfr. A. Moore, *Three Models of Democratic Expertise*, in "Perspectives on Politics", IXX (2020), n. 2, pp. 1-30. Nel saggio di Moore vengono articolati e posti in tensione tre modelli stilizzati dei modi in cui le competenze possono essere impegnate: rappresentativo, partecipativo e associativo, cfr. *ivi*, pp. 3-21.

54 Cfr. D. Sorace, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giurpubblicisti. Intervista di F. Francario a D. Sorace, F.G. Scoca e G. Montedoro*, in "Giustizia Insieme", 26.06.2020, pp. 11-12, <https://www.giustiziainsieme.it>

55 Cfr. F. G. Pizzetti, *op. cit.*, pp. 117-118.

56 Sui diritti scientificamente sensibili e sul loro imprescindibile collegamento ai valori fondamentali

risce la stabilizzazione di un canale ordinario di comunicazione tra politica e sapere scientifico raccordato, mediante un'opinione pubblica informata, al sistema della rappresentanza democratica⁵⁷ e capace di superare ogni stilizzata distinzione tra democrazia e "governo degli esperti" che ostacolerebbe un'efficace discussione sulle effettive sfide e potenzialità in cui la competenza tecnica può aprirsi alla collettività assimilandosi alle forme della democrazia deliberativa⁵⁸.

La pandemia, inoltre, sembra aver momentaneamente favorito "un'insolita obbedienza" – se si eccettuano le manifestazioni, talvolta politicamente aggressive, dei negazionisti del coronavirus, sintomo, secondo Habermas, non solo di paure represses ma di un nuovo e preoccupante "estremismo nel mezzo"⁵⁹ - da intendersi come una maggiore centralizzazione decisionale⁶⁰. È, tuttavia, da rilevare come il sistema democratico, così come la sua dimensione deliberativa, seppur sottoposti a tensione, non vengano sospesi dall'eccezionalità della situazione sanitaria: "Trovandosi in una situazione di allarme non significa privarsi della ragione e, quindi, privarsi dei benefici della deliberazione e del confronto sereno e leale delle argomentazioni"⁶¹. Il pluralismo ed disaccordo sociale, che rappresentano principi ed esigenze della ragione normativa⁶², permangono, intatti pur essendo subordinata la loro espres-

che ispirano l'ordinamento giuridico, si veda A. Ruggeri, *Scelte tragiche e Covid-19*, in "Giustizia Insieme", 24.03.2020, p. 8, <https://www.giustiziainsieme.it>

57 Cfr. C. Casonato, *Salute ed eguaglianza alla prova dell'emergenza*, in De Minico, G., Villone, M. (a cura di), *Stato di diritto, emergenza, tecnologia*, Napoli, 2020, p. 128, <http://www.giurcost.org/studi/index.html>; A. Farano, *La repubblica degli scienziati? Saperi esperti e biopolitica ai tempi del Coronavirus*, in "BioLaw Journal", (2020), p. 5.

58 Cfr. D. F. Thompson, *Deliberative Democratic Theory and Empirical Political Science*, in "Annu. Rev. Polit. Sci.", (2008), n. 11, p. 515.

59 J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens. Zur Grundrechtsdebatte in der pandemischen Ausnahmesituation*, in "Blätter für deutsche und internationale Politik", September 2021 (traduzione mia).

60 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, *cit.*, p. 60.

61 D. Innerarity, *El desafío democrático de la pandemia*, in "ORDINES", (2021), n. 1, p. 38.

62 Cfr. *ibidem*.

sione al prioritario obiettivo della risoluzione dell'emergenza sanitaria⁶³. È evidente, infatti, come la democrazia, anche e soprattutto in tempi di crisi, necessiti di contraddizioni e pretenda giustificazioni, in modo tale da non sospendere la molteplicità delle opinioni ma, eventualmente, solo la sua più manifesta dimensione competitiva⁶⁴: "le situazioni di eccezionalità o emergenza non esimono dal dovere di giustificazione in relazione al limite dei diritti. La vocazione dello Stato di diritto dev'essere anche quella di regolare l'eccezionalità"⁶⁵. La straordinaria limitazione di alcuni diritti, intesa da Habermas come un'asimmetrica rivendicazione statale della solidarietà civile⁶⁶, non potrebbe in alcun modo tradursi in regola democratica, trovando la propria giustificazione unicamente nella protezione della vita e dell'integrità fisica.

Al riguardo, nell'intervista rilasciata a Nicola Truong e concessa a *Le Monde* il 10 aprile 2020, Habermas rilevava come la pandemia abbia sostenuto una spinta riflessiva collettiva, avviata dall'acquisizione dei limiti cognitivi che, sebbene in misura diversa, nell'attuale situazione appartengono tanto al profano quanto agli esperti, costringendo ad una riflessione comune su qualcosa che, prima d'ora, era tema di indagine proprio di questi ultimi. Parallelamente, nell'emergenza da Covid-19, le decisioni pubbliche, che sperimentano la conciliazione di differenti e talvolta incompatibili prospettive di analisi, nonostante si basino su acquisizioni scientifiche, assumono, talvolta, un carattere di "gioco d'azzardo", non essendo precedute e sostenute da ragioni schiacciati⁶⁷, alimentando un'incertezza mai come ora così "brillantemente illuminata"⁶⁸ e che evi-

63 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., p. 74.

64 Cfr. *ivi*, p. 75.

65 F. J. Ansuátegui Roig, *Una riflessione su pandemia*, cit.

66 J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit. Su questo punto, cfr. anche J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*. Intervista rilasciata a Nicola Truong, concessa a *Le Monde* il 10.04.2020, riportata in *la Repubblica* 12.04.2020; S. Maffettone, *Il problema di convincere gli altri. Etica pubblica al tempo della pandemia*, 2020, <https://open.luiss.it>

67 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., pp. 43-44.

68 J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*, cit.

denza un'imprescindibile dipendenza della *governance* dalle competenze degli esperti, in un contesto nel quale gli stessi esperti devono affrontare un "dilemma di legittimazione" consistente nella scelta tra l'impiego del potere loro delegato nell'elaborazione di una politica "efficiente", da un lato, e un maggiore coinvolgimento del pubblico, dall'altro, con il rischio di deviazioni comunicative disinformate e "ingenuè"⁶⁹. Paradossalmente, dunque, la crisi che stiamo vivendo, nel rivalutare le conoscenze degli esperti, attesta fino a che punto queste ultime siano insufficienti, cosicché aumentare la competenza risulta necessario tanto quanto gestire l'ignoranza, dal momento che quest'ultima non diminuirà con l'aumento delle competenze⁷⁰. "Raramente, il terreno per l'azione in condizioni di incertezza è stato illuminato in modo così vivido. Forse questa esperienza insolita lascerà un segno nella coscienza della sfera pubblica"⁷¹, risolvendosi in un'opportunità di sviluppare una relazione più sana con l'*expertise* senza cedere a tentazioni tecnocratiche o populistiche, ma guardando ad una "*collaborative governance*" di cittadini democratici⁷². L'emergenza da coronavirus dimostra, infine, come gli eventi globali non possano essere compresi e gestiti senza un pensiero complesso, con processi di apprendimento collettivo e attraverso l'imprescindibile mediazione istituzionale, in grado di raccordare opportunamente la società civile al sistema politico⁷³. Ciò attesta, altresì, come la conoscenza non possa venire, in alcun modo, monopolizzata essendo, per definizione, plurale, discutibile e revisibile: la coscienza della vulnerabilità, infatti, appartiene all'uomo in quanto tale⁷⁴ e, nell'emergenza da Covid-19, pertiene ad ogni

69 Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., pp. 417-418.

70 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., p. 45.

71 J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*, cit.

72 Cfr. D. W. McIvor, *Toward a Critical Theory of Collaborative Governance*, in "Administrative Theory & Praxis", XLII (2020), n. 4, pp. 501-516. Sul nesso tra *expertise* e democrazia, si veda anche Neblo M. A., Wallace J. L. *Letter A Plague on Politics? The COVID Crisis, Expertise, and the Future of Legitimation*, in "American Political Science Review", CXV (2021), n.4, pp. 1524-1529.

73 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., p. 35.

74 Cfr. F. J. Ansuátegui Roig, *Una riflessione su pandemia*, cit.

individuo anche la conoscenza esplicita del comune non sapere⁷⁵ spostando, semmai, l'attenzione sul se e in che misura gli esseri umani imparino dalle crisi⁷⁶. Ciò, dalla prospettiva habermasiana, apre al dibattito pubblico e alla solidarietà civica come possibili contrappesi al potere politico e tecnocratico⁷⁷, all'interno di un contesto dialogico e comprensivo nel quale l'individuo viene considerato nella sua dimensione esistenziale e relazionale⁷⁸.

Nella lotta alla pandemia, lo Stato richiede, infatti, "un'insolita cooperazione"⁷⁹ dei cittadini sottoposti a restrizioni, esigendo legalmente e per motivi funzionali⁸⁰ alcune prestazioni di solidarietà tra estranei, anche a discapito di libertà soggettive. Viene, in altri termini, tratteggiato uno sbilanciamento, come tale legittimo solo in un tempo limitato, tra coercizione legale e solidarietà civile, necessario allo sforzo collettivo di fronteggiare la pandemia e tale da sollecitare una solidarietà che vada oltre il grado normalmente esigibile del *welfare* pubblico⁸¹. L'impiego, quasi come fosse un "involucro rassicurante"⁸², della coercizione giuridica concernente la solidarietà dei cittadini non muterebbe, tuttavia, la natura essenzialmente volontaria del comportamento solidale basato sulla fiducia reciproca e sulla vicendevole aspettativa di mutuo sostegno, seppur situato in differenti fasi temporali⁸³: i fondamentali principi della sovranità popolare e dello Stato di diritto risultano, infatti, costantemente connessi mediante la Costituzione, attestante una volontà di convivenza politica che si estende nel tempo dello Stato democratico di diritto, descrivendone i cittadini al di là di ciò che essi sarebbero obbligati a fare come controparti private, ma in un'azione stabilmente orientata

al bene comune⁸⁴ che sollecita un più ampio dibattito sui legami sociali, le garanzie giuridiche e le dinamiche della rappresentanza democratica nell'individuazione delle proposte più adeguate per fronteggiare l'odierna situazione e i futuri scenari⁸⁵.

LE "SCELTE TRAGICHE"

La contemporanea condizione di fragilità, individuale e collettiva, sembra essere percepita in modo particolarmente evidente essendo diritti e libertà, tradizionalmente considerati come essenziali, ridotti e colpiti⁸⁶. In tale contesto, il diritto assume un ruolo centrale, intrecciandosi a riflessioni filosofiche e scientifiche, descrivendo una prospettiva multidimensionale entro la quale si può tentare una valutazione sul se, e in che modo, le decisioni assunte dagli esperti e dai governi dei Paesi coinvolti nella gestione della pandemia⁸⁷ risultino adeguate alla garanzia di diritti fondamentali nei confronti dei quali la crisi sanitaria impone stringenti limitazioni⁸⁸. Si tratta, in altri termini, di stabilire *fino a che punto* le misure adottate per contrastare la pandemia debbano conformarsi al necessario rispetto dei diritti fondamentali o, diversamente, qualora sia in gioco il bene della vita umana, se questi possano essere, seppur temporaneamente, limitati⁸⁹, ponendosi un problema di bilanciamento *in primis* tra il diritto alla vita e alla salute e il rispetto della dignità umana⁹⁰.

84 Cfr. *ibidem*.

85 Cfr. F. J. Ansuátegui Roig, *Una riflessione su pandemia*, cit.

86 Cfr. *ibidem*.

87 Sulla decretazione di urgenza e sul potere di ordinanza, nella situazione emergenziale, cfr. F. De Vanna, *Il diritto "imprevedibile": notazioni sulla teoria della necessità a partire dall'emergenza Covid-19*, in "Nomos. Le attualità nel diritto", (2020), n. 2, pp. 1-21.

88 Cfr. G. Sabattini, *Conta di più la limitazione della vita o la tutela della libertà?* in "Avanti", 11.08.2020.

89 Cfr. *ibidem*.

90 Cfr. F. Francario, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuspubblicisti. Intervista di F. Francario a D. Sorace, F.G. Scoca e G. Montedoro*, in "Giustizia Insieme", 26.06.2020, p. 2, <https://www.giustiziainsieme.it>. Si veda anche

75 Cfr. J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*, cit.

76 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., p. 34.

77 Cfr. J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*, cit.

78 Cfr. F. G. Pizzetti, *Decisione politica ed expertise*, cit. p. 117.

79 J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit.

80 Cfr. *ibidem*.

81 Cfr. *ibidem*.

82 Cfr. *ibidem*.

83 Cfr. *ibidem*.

Al riguardo, e a partire dall'impostazione della *Grundgesetz*, al cui vertice, come è noto, è posta la dignità umana, Habermas e il teorico del diritto Klaus Günther si sono interrogati su *Die Zeit* del 9 maggio 2020 affrontando il delicato tema della bilanciabilità del diritto alla vita con altri diritti costituzionalmente protetti⁹¹. Habermas, rifacendosi ad un'affermazione di Aristotele secondo la quale una "vita buona" varrebbe per l'uomo più della "mera vita biologica", rilevava come la consapevolezza etica e giuridica moderna consideri "degnà" la vita quando questa sia autodeterminata e responsabile⁹². La coincidenza habermasiana tra dignità e autodeterminazione – che solleva, tuttavia, pesanti interrogativi in riferimento alla tutela delle forme di disabilità prive di qualsivoglia autonomia⁹³ - fa sì che tale decisione possa essere assunta, in via esclusiva, dalla persona coinvolta poiché nessun altro soggetto, e "tanto meno nessun potere statale che deve rimanere nei limiti dei diritti fondamentali, può sostituirsi al singolo cittadino in una simile scelta"⁹⁴. Nel momento in cui i cittadini di uno Stato democratico obbediscono a leggi che si sono dati "da soli e tutti insieme", essi non potrebbero, al contempo, "approvare una politica che contro la loro parità di trattamento mette in gioco la vita di alcuni per gli interessi di tutti gli altri"⁹⁵.

Nell'emergenza pandemica, vengono, quindi, individuati due possibili casi nei quali è posto in tensione il principio dell'intangibilità della vita umana: la fase del *triage* e la decisione sul momento più opportuno per interrom-

G. Silvestri, Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona, in AIC, 14.03.2008, www.associazionedeicostituzionalisti.it

91 Cfr. J. Habermas, K. Günther, *Diritti fondamentali: "Nessun diritto fondamentale vale senza limiti"* in "Giustizia Insieme", 30.05.2020, pp. 1-14, <https://www.giustiziainsieme.it>

92 Cfr. *ivi*, p. 3.

93 Cfr. G. Montedoro, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuristi pubblici. Intervista di F. Francario a D. Sorace, F.G. Scoca e G. Montedoro*, in "Giustizia Insieme", 26.06.2020, pp. 8-13, <https://www.giustiziainsieme.it>

94 J. Habermas, K. Günther, *op. cit.*, p. 3.

95 *Ivi*, p. 11.

pere o per stabilire misure meno stringenti al distanziamento sociale⁹⁶.

Quanto al primo punto, su questo tema si è sviluppato un vivace dibattito⁹⁷ che ha alimentato molteplici perplessità sulla reale attitudine, in uno scenario caratterizzato dall'estrema variabilità delle condizioni⁹⁸, dei tradizionali strumenti del bilanciamento e della proporzionalità ad offrire un'efficace tutela dei diritti e delle libertà individuali, mostrando come gli interessi costituzionalmente protetti non possano essere staticizzati in gerarchie prestabilite, ma vadano situati in schemi mobili ed il più possibile estranei ad ogni deferenza verso logiche di mercato⁹⁹. Habermas, in particolare, respinge il ricorso alla metafora della bilancia per giustificare ogni compromesso tra la salvaguardia della vita e il sacrificio di altri diritti fondamentali. Precisamente, "il linguaggio dei 'valori' originato in economia induce alla 'quantificazione oggettivante che è propria della prospettiva dell'osservatore. Ma questa prospettiva non può essere il modo di trattare l'autonomia delle persone: quando mi rivolgo a una seconda persona (tu-voi), l'autodeterminazione dell'altro può essere soltanto o rispettata o negata, vale a dire o riconosciuta o ignorata"¹⁰⁰. I diritti fondamentali, dunque, "non sono 'beni' che si possano bilanciare in base al peso. I diritti non sono neanche 'valori' che si possano collocare in una sequenza transitiva fondata su una condivisa preferenza politico-culturale"¹⁰¹. Se infatti, per una qualsiasi ragione, questi ultimi dovessero entrare in conflitto, il ricorso all'idea della bilancia renderebbe inevitabile che uno di essi, per

96 Cfr. J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*, cit.

97 Al riguardo, si veda *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte prima): R. Natoli intervista Francesco Busnelli e Aurelio Gentili*, in "Giustizia Insieme", 02.07.2020, <https://www.giustiziainsieme.it> e *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I giuristi pubblici (parte seconda): Intervista di F. Francario a D. Sorace, F. G. Scoca e G. Montedoro*, in "Giustizia Insieme", 26.06.2020, <https://www.giustiziainsieme.it>

98 Cfr. F. J. Ansuátegui Roig, *Una riflessione su pandemia*, cit.

99 Cfr. D. De Lungo, *op. cit.*, p. 13.

100 J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà*, cit.

101 J. Habermas, K. Günther, *op. cit.*, p. 6.

quanto solo temporaneamente, finisca per prevalere rispetto ad altri diritti fondamentali che dovrebbero “arretrare”¹⁰²: la logica del bilanciamento non potrebbe, dunque, applicarsi alla protezione della vita allo stesso modo in cui si applica agli altri diritti fondamentali¹⁰³, individuando, conseguentemente, limiti rigorosi che non consentono a un governo di “mettere in conto” il prevedibile rischio di morte di alcuni per bilanciarlo con differenti diritti fondamentali in conflitto¹⁰⁴. In altri termini, i diritti fondamentali, e primo fra questi il diritto alla vita, impediscono di “sostenere politiche che, negando la loro uguaglianza, mettono a repentaglio la vita di alcuni di loro in nome dell’interesse di tutti gli altri”¹⁰⁵. Pertanto, nella fase del *triage*, gli operatori sanitari che si trovassero a decidere in una situazione definibile come tragica - dal momento che essi sarebbero costretti ad assumere una decisione comunque immorale¹⁰⁶, in quanto in grado di pregiudicare in radice ogni *chance* di guarigione di un malato rispetto ad un altro¹⁰⁷ - dovrebbero essere guidati esclusivamente dalle disposizioni sanitarie relative alla maggiore prospettiva di successo del trattamento clinico¹⁰⁸. È evidente, tuttavia, come, in simili circostanze tragiche, il principio di eguaglianza venga letteralmente sovvertito rispetto alla tradizionale logica universalistica della cura, ordinariamente adottata, poiché diventerebbe necessario individuare i malati con una maggiore e più rapida possibilità di guarigione, impiegando le scarse risorse a loro beneficio e a svantaggio dei pazienti più gravi. Nell’emergenza sanitaria, ad una maggiore vulnerabilità potrebbe, dunque, corrispondere una rinuncia all’intervento, addivenendo ad una successiva

102 *Ibidem*.

103 Cfr. *ivi*, p. 7.

104 Cfr. *ibidem*.

105 *Ivi*, p. 11.

106 Cfr. J. Habermas, *L’unica cura è la solidarietà*, cit.

107 Cfr. C. Casonato, *op. cit.*, p. 122.

108 Cfr. J. Habermas, *L’unica cura è la solidarietà*, cit. Su questo delicatissimo tema, si veda anche C. Del Bo, *Covid-19 e criteri di ammissione alla terapia intensiva. Uno sguardo filosofico sulle Raccomandazioni Siaarti*, in “*Politeia*”, XXXVII (2021), n. 141, pp. 11-24.

focalizzazione degli indicatori più significativi di una prognosi di guarigione¹⁰⁹, mentre un eventuale trattamento sfavorevole, dovuto alla considerazione di altri fattori, costituirebbe una palese e inaccettabile violazione dell’eguaglianza, rappresentando un’inquietante relativizzazione dei diritti umani¹¹⁰.

Da una differente prospettiva, nella quale si inserisce la posizione di Günther, viene descritto come, fermo restando il limite della riserva di legge, anche in una situazione di eccezionale gravità, come quella pandemica, si tratti, pur sempre, di effettuare un bilanciamento del diritto alla vita con altri diritti fondamentali in competizione, poiché la “necessità di bilanciare fra loro i diritti fondamentali deriva dalla circostanza che vi è più di un diritto fondamentale e nessun diritto è privo di limiti. Essi possono collidere l’uno con l’altro. Perciò anche la maggior parte dei diritti fondamentali (come la vita e la libertà) possono essere espressamente limitati tramite leggi, non solo per evitare prevedibili collisioni, ma anche per realizzare altri scopi legittimi sul piano giuridico-costituzionale. All’effettivo bilanciamento tra due o più diritti, come da un lato vita e salute, dall’altro libertà è, però, preliminare la verifica della proporzionalità dell’intervento”¹¹¹, fermo restando che le eventuali restrizioni dei diritti fondamentali non potrebbero spingersi oltre ciò che è individuato come necessario alla salvaguardia della vita e della salute dei cittadini¹¹². Vi è inoltre – osserva Günther – un altro aspetto problematico, in analoghe circostanze, che grava sulla valutazione della proporzionalità ed è espresso dalla condizione per la quale, in origine, il diritto alla vita era stato pensato a difesa del cittadino contro uno Stato “che spesso, con coazione e violenza, ha inciso arbitrariamente nella vita dei suoi sudditi. Il dover morire in conseguen-

109 Cfr. C. Casonato, *op. cit.*, pp. 123-124.

110 Cfr. *ivi*, p. 126; F. Busnelli, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte prima)*: R. Natoli intervista Francesco Busnelli e Aurelio Gentili, in “*Giustizia Insieme*”, 02.07.2020, p. 4, <https://www.giustiziainsieme.it>

111 J. Habermas, K. Günther, *op. cit.*, p. 4.

112 Cfr. *ivi*, p. 5.

za di malattie apparteneva, nei tempi passati, al generale rischio di vita, che solo di rado poteva evitarsi o ridursi”¹¹³. Soltanto dopo il secondo conflitto mondiale e l'avvento dello Stato sociale di diritto, è stata posta la questione di cosa e quanto lo Stato e la società debbano fare per prevenire o alleviare malattie potenzialmente letali¹¹⁴. In questo contesto sorge, dunque, l'obbligo statutale di proteggere la vita e la salute dei cittadini contro eventuali attacchi di terzi, così come quello di fornire, in caso di necessità, le più adeguate cure mediche¹¹⁵: la tecnica, in altri termini, avrebbe conformato il diritto alla vita fino a trasformarlo in una pretesa giuridica soggettiva¹¹⁶. Tale obbligo, tuttavia, “è sottoposto alla riserva del possibile”, in quanto nessuna società può, com'è ovvio, investire tutte le proprie risorse nel sistema sanitario: è, allora, in base a come viene realizzato e gestito tale sistema che si determina il confine in corrispondenza del quale effettuare, secondo il principio di proporzionalità, il bilanciamento dei diritti fondamentali¹¹⁷. Detto altrimenti, la resilienza del sistema sanitario verrebbe individuata come la “linea rossa” da non oltrepassare, sebbene il problema del sovraccarico delle strutture ospedaliere sia connesso ma non coincidente con la domanda, fondamentale, su come evitare i possibili decessi¹¹⁸ ed equivocare questa distinzione comporterebbe, secondo Habermas, uno spostamento e un “declassamento” dell'obiettivo¹¹⁹, acconsentendo

113 *Ibidem*.

114 Cfr. *ibidem*.

115 Cfr. *ivi*, p. 6.

116 Cfr. R. Natoli, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte prima): R. Natoli intervista Francesco Busnelli e Aurelio Gentili*, in “Giustizia Insieme”, 02.07.2020, p. 2, <https://www.giustiziainsieme.it>

117 Cfr. J. Habermas, K. Günther, *op. cit.*, p. 6.

118 Cfr. J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit.

119 Se la proporzionalità delle misure può essere correttamente valutata solo in relazione allo specifico obiettivo di pubblico interesse perseguito dallo Stato, evitare il sovraccarico del sistema sanitario rappresenta uno scopo diverso rispetto al ridurre al minimo il numero dei decessi per coronavirus.

Cfr. anche D. Murswiek, *Die Corona-Waage – Kriterien für die Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Corona-*

ad una mortalità altrimenti evitabile¹²⁰. In tal caso, il bilanciamento dei diritti seguirebbe, infatti, una logica tecno-efficientistica¹²¹, centrandosi in una valutazione dei costi-benefici implicati dalla rinuncia ad alcuni diritti, un vaglio cruciale soprattutto se le conseguenze di tale sacrificio non siano prevedibili¹²² e sussista un disaccordo sul discrimine tra decorsi patologici mortali evitabili e inevitabili¹²³. Nonostante il rilievo di tali criticità, i diritti fondamentali, secondo Günther, si lascerebbero relativizzare, potendo prevalere l'uno sull'altro¹²⁴ e consentendo legittime restrizioni da applicare, eventualmente, anche al diritto alla vita¹²⁵ anche se, spiega ironicamente lo stesso Günther, data l'indubbia difficoltà di tracciare una distinzione univoca tra decorsi patologici mortali ancora evitabili e non più evitabili¹²⁶, occorrerebbe illustrare ai pazienti più esposti, ai più deboli, o al primo individuo che non riesca più a respirare in conseguenza dell'allentamento delle misure di contenimento epidemico che egli dovrebbe morire per amore della libertà degli altri¹²⁷. Al di là delle reciproche distanze tra i due autori, si potrebbe, dunque, individuare un orientamento comune notando come il diritto alla vita e alla salute, in situazioni di emergenza, blocchi la stessa possibilità di effettuarne un bilanciamento con altri diritti fondamentali in conflitto¹²⁸, esprimendo i primi interessi prevalenti la cui tutela rappresenta, sebbene a discapito di altre posizioni giuridicamente tutelate, il presupposto ad evitare il collasso della società nei suoi aspetti politici, economici e personali¹²⁹.

Anche per quanto concerne l'individuazione del momento idoneo all'introduzione di *Maßnahmen*, in “Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht”, (2021), n. 5, pp. 1-15.

120 Cfr. J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit.

121 Cfr. G. Montedoro, *op. cit.*, p. 9.

122 Cfr. F. Busnelli, *op. cit.*, p. 7.

123 Cfr. J. Habermas, K. Günther, *op. cit.*, p. 6.

124 Cfr. *ivi*, p. 7.

125 Cfr. *ibidem*.

126 Cfr. *ivi*, p. 8.

127 Cfr. J. Habermas, K. Günther, *op. cit.*, p. 8.

128 Cfr. J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit.

129 Cfr. G. Sabattini, *op. cit.*

sposizioni meno restrittive di distanziamento sociale – tema che solo in apparenza può apparire meno traumatico del primo, considerate le ricadute dello stesso sui diritti e sugli interessi di persone, attività, imprese coinvolte dalle misure emergenziali¹³⁰ – ci si domanda, ancora una volta, se uno Stato costituzionale democratico possa perseguire politiche con le quali sono messi, sostanzialmente, in conto tassi di contagio e di mortalità altrimenti evitabili¹³¹. Al riguardo, emerge di nuovo la priorità del diritto alla vita e alla salute rispetto ad altri diritti fondamentali¹³², nella direzione indicata da Habermas e altresì confermata dalla prassi giudicante dei tribunali della Repubblica Federale Tedesca in tema di denunce contro gli interventi statali di politica sanitaria incidenti nei diritti fondamentali dei cittadini¹³³ essendo l'azione statale vincolata ad obblighi collettivi che impongono l'esclusione di strategie implicanti l'accettazione di un rischio probabile per la vita e per l'integrità fisica dei cittadini¹³⁴. “Nello sviluppo della crisi, molti politici non capiscono che la strategia è una, cioè lo sforzo dello Stato di salvare la vita di tutti i cittadini e ciò deve avere la priorità sul calcolo utilitaristico delle conseguenze economiche”¹³⁵; successivamente andranno quantificate le risorse da destinare ai settori pubblici attivando una scelta che, sebbene presupponga l'attendibilità scientifica dei dati, assume una connotazione eminentemente politica¹³⁶. In definiti-

130 Cfr. R. Conti, *Le conclusioni. Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia. Intervista di Roberto Conti*, in “Giustizia Insieme”, 17.05.2020, p. 7, <https://www.giustiziainsieme.it>

131 Cfr. J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit.

132 Cfr. *ibidem*.

133 Cfr. *ibidem*.

134 Cfr. *ibidem*.

135 J. Habermas, *So viel Wissen über unser Nichtwissen*, cit.

136 Cfr. A. Gentili, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana. I civilisti (parte prima): R. Natoli intervista Francesco Busnelli e Aurelio Gentili*, in *Giustizia Insieme*, 02.07.2020, p. 11, <https://www.giustiziainsieme.it>. Cfr. F. G. Scoca, *Il dialogo Habermas-Günther riletto dalla cultura giuridica italiana, parte seconda. I giuspubblicisti. Intervista di F. Francario a D. Sorace, F.G. Scoca e G. Montedoro*, in “Giustizia Insieme” 26.05.2020, pp. 12-13, <https://www.giustiziainsieme.it>

va, non può che rilevarsi, con Philip Bobbitt, coautore insieme a Guido Calabresi di *Scelte tragiche* - testo divenuto un classico, come ha opportunamente indicato Rodotà nella prefazione al Volume¹³⁷ - l'impossibilità di individuare un punto di equilibrio che, bilanciando i valori in competizione riesca a massimizzarli tutti contemporaneamente¹³⁸, anche se paradossalmente “è proprio il modo in cui una società risolve le sue tragiche scelte che definisce quella società”¹³⁹. Nell'assoluta inammissibilità di attribuire un valore economico alla vita umana e posti di fronte alla tragicità delle scelte emerge, dunque, la necessità di giustificare le stesse, ovvero, di offrirne, per quanto possibile, una spiegazione razionale e pubblicamente condivisibile. La centralità dell'uomo, che emerge in una dimensione globale e sfuggente ogni parametrizzazione economica, conduce, dunque, ad una profonda riflessione capace di rivelare la nostra dipendenza sia dagli esseri umani che dal mondo non umano¹⁴⁰ aprendo ad un discorso più ampio e comprensivo sulla necessaria valorizzazione della ricerca e della prevenzione globale, nonché ad un complessivo ripensamento delle relazioni tra gli uomini e con l'ambiente che li circonda, in primo luogo, con il mondo animale¹⁴¹. Nella ricerca di soluzioni che permettano di conciliare i beni coinvolti andrebbe, altresì, valutato, nella direzione proposta da Habermas, se non sia più opportuno ragionare su *standard* minimi comuni¹⁴², cogliendo l'emergenza pandemica come una possibilità, per i governi europei, di mobilitarsi in senso condiviso e solidale¹⁴³: la scelta dei mezzi, come si

137 Cfr. Calabresi, G., Bobbitt P. *Tragic Choices*, New York, 1978, trad. it., *Scelte tragiche*, Milano, 2006.

138 Cfr. A. Ruggeri, *op. cit.*, p. 3.

139 P. Bobbitt, *Tragic choices, 42 anni dopo. Philip Bobbitt riflette sulla pandemia. Intervista di Roberto Conti*, in “Giustizia Insieme”, 17.05.2020, p. 2, <https://www.giustiziainsieme.it>

140 Cfr. D. Innerarity, *Pandemocracia*, cit., pp. 110-115.

141 Cfr. C. Casonato, *op. cit.*, p. 128; cfr. L. Lo Sapio, *SARS-CoV-2 e salute circolare: un'occasione per ripensare il rapporto tra sapiens e gli animali non umani*, in “Politeia”, XXXVII (2020), n. 142, pp. 3-10.

142 Cfr. J. Habermas, *Corona und der Schutz des Lebens*, cit.

143 Cfr. J. Habermas, *L'unica cura è la solidarietà?* cit.; cfr.

è visto, è rimessa alla politica e alla responsabilità collettiva che salda il diritto alla vita alla solidarietà sociale, intrinseca allo Stato democratico di diritto e riflessa nelle Costituzioni democratiche¹⁴⁴.

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 a 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

anche I. Aubert, *Social inclusion, a challenge for deliberative democracy? Some reflections on Habermas's political Theory*, in "European Journal of Social Theory", 2020, n. 30, pp. 448-466.

144 Cfr. F. J. Ansuátegui Roig: *Solidariedad, deberes y Constitución: algunos apuntes conceptuales*, in "Dir. Cost.", (2019), n. 2, pp. 11-35.

Diritto e libertà

Persio Tincani

ABSTRACT

In questo articolo presento la teoria liberale del diritto fondata sul principio del danno di John Stuart Mill, come lo strumento per garantire il massimo della libertà in condizioni di uguaglianza. Concepito in origine come una regola morale indirizzata al legislatore con la funzione di limitare le proibizioni a quelle moralmente ammissibili nel rispetto dell'autonomia individuale, non esistono ragioni per non applicare il principio del danno anche alla legislazione in materia civile, con il risultato di creare la possibilità giuridica dell'uguaglianza di opportunità.

In this paper I present the liberal theory of law based on John Stuart Mill's harm principle, as the tool of guaranteeing maximum freedom under conditions of equality. Originally conceived as a moral rule addressed to the legislator with the

function of limiting prohibitions to those that are morally permissible while respecting individual autonomy, there is no reason to not apply the harm principle to civil lawmaker as well, with the result of creating the legal possibility of equality of opportunity.

PAROLE CHIAVE

TEORIA LIBERALE DEL DIRITTO;
PRINCIPIO DEL DANNO;
LIBERTÀ; UGUAGLIANZA.

KEYWORDS

LIBERAL THEORY OF LAW; HARM PRINCIPLE;
FREEDOM; EQUALITY.

INDICE: 1. QUALCHE PAROLA COME INTRODUZIONE – 2. IL PRINCIPIO DEL DANNO – 3. IL TEST DEL BIASIMO – 4. CRITICHE (E CRITIQUE OBLIQUE) – 5. DAL DIRITTO PENALE AL DIRITTO CIVILE – 6. CONCLUSIONI

1. QUALCHE PAROLA COME INTRODUZIONE

Quando si domanda a qualcuno di fare un esempio di una norma giuridica, quasi sempre la risposta è una norma di diritto penale, esistente o inventata. La cosa è abbastanza curiosa, perché in ogni ordinamento giuridico

evoluto, compreso il nostro, le norme di diritto penale o quasi-penale (i divieti amministrativi) sono decisamente la minoranza, le norme di diritto civile sono molte di più. Inoltre, e questo vale per tutti, nella vita di ogni giorno abbiamo a che fare molto di più con le norme di diritto civile che con le norme di diritto penale. Entriamo in un negozio e compriamo qualcosa, paghiamo il biglietto dell'autobus, andiamo a lavorare e percepiamo lo stipendio, compriamo un biglietto del cinema e così via: tutto questo è disciplinato dal diritto (ciascuna di queste attività realizza un istituto giuridico) e il diritto penale non c'entra niente.

Perché, allora, quando pensano al diritto, le persone tendono a pensare a una norma di diritto penale? La risposta è abbastanza semplice. Se guardiamo agli ordinamenti primitivi e cosiddetti primitivi (gli ordinamenti contemporanei elementari), che consistono di poche norme, con alcune eccezioni statisticamente non significative queste norme sono di diritto penale. Anche se guardiamo alla mitologia le cose non sono diverse. Si pensi ad Adamo ed Eva nell'Eden, per esempio: "non potete mangiare di quell'albero" (sottinteso: "altrimenti vi punirò"); i Dieci comandamenti sono dieci comandi e divieti, obblighi di tenere una certa condotta a meno di andare incontro a una punizione (che anche qui è sottintesa). Si potrebbe sostenere, come in molti hanno fatto, che questo dimostri che l'intima essenza del diritto è disciplinare i comportamenti delle persone, consentendo loro di fare certe cose, obbligandole a farne altre, proibendo loro di farne altre ancora. Forse questa ipotesi è corretta, e in fondo è vero che chiunque dal diritto si aspetta prima di tutto la generazione e il mantenimento di una certa regolarità, che comprende la ragionevole certezza che certe cose non possano essere fatte (a loro stessi, prima di tutto) senza che chi le ha fatte sia punito.

Hans Kelsen, il più importante filosofo del diritto del Novecento, addirittura definisce il diritto come la regola della sanzione, anzi, come una regola per l'esercizio della forza¹. Secondo questa concezione, la norma giuridica consiste in una regola, rivolta al giudice, che stabilisce quando la sanzione deve essere applicata e in quale misura. Il diritto è quindi un sistema coattivo, che collega normativamente a certi atti certe conseguenze specifiche (obbligatorie), cioè sanzioni². Le norme di diritto civile sembrano sfuggire a questa definizione, ma per Kelsen esse non sono norme giuridiche complete, bensì frammenti di norma, norme incomplete che si completano

1 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. di M. G. Losano, Torino, 1966, p. 243; Id., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, trad. di S. Cotta e G. Treves, Milano, Etas, 1994, p. 123.

2 H. Kelsen, *Lineamenti Di Dottrina Pura Del Diritto*, trad. di R. Treves, Torino, 1967, p. 66.

guardando alla struttura complessiva (l'ordinamento giuridico del quale fanno parte), in fondo alla quale l'uso della forza (la norma coattiva di infliggere una sanzione) c'è sempre. Pensiamo, per esempio, a un contratto di compravendita: l'acquirente ha il dovere di pagare il prezzo di quello che ha acquistato. Se non paga, il venditore si rivolge al giudice, che intima con un decreto al debitore di pagare. Se il debitore ancora non paga, il giudice dispone l'esecuzione forzata, cioè un pignoramento: contro la volontà del debitore vengono prese delle somme di denaro dal suo conto in banca, oppure si procede a pignorare i suoi beni che poi vengono venduti all'asta, il creditore viene soddisfatto e l'eventuale denaro rimasto viene restituito al debitore³. Il diritto, quindi, tutto il diritto consiste in regole per l'esercizio della forza legittima, della violenza legittima (che prende la forma di sanzione, nel diritto penale, o di esecuzione, nel diritto civile)⁴. Il che, passando dalla norma primaria alla norma secondaria (la metafora della norma rivolta al giudice, che prende la forma di regola del comportamento per i consociati), significa che consiste sempre di regole che dicono alle persone che cosa devono fare per non andare incontro a una conseguenza sgradita: chi uccide viene messo in galera e ci viene tenuto contro la sua volontà, chi non paga il debito viene costretto a pagare, in un modo o nell'altro previsto dalla legge, contro la sua volontà.

Questa argomentazione, ovviamente, è possibile soltanto se si intende l'ordinamento giuridico come un sistema, cioè come un insieme di elementi interconnessi in modo diretto o indiretto, idea che rappresenta uno dei punti cardinali dell'intera costruzione kelseniana⁵.

3 H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 130-1

4 H. Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit. p. 209

5 Sul punto, si veda per es. la chiarissima analisi di J. Raz, *The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System (Second Edition)*, New York, 1997, pp. 97-9. V. anche N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 134 ss.

2. IL PRINCIPIO DEL DANNO

Non è questo il luogo per approfondire la discussione su questa sorta di riduzione di tutto il diritto in uno schema che rientra in quello della norma penale. È invece utile sottolineare che la discussione è stata in pratica assente fino alla metà del Novecento, e in particolare fino a quando Herbert Hart non l'ha introdotta con il suo testo capitale, *The Concept Of Law* (1961), che con un po' di rozza approssimazione potremmo dire che sostiene (tra le altre) la tesi che la sanzione non sia affatto un elemento essenziale del diritto, ma solo di alcuni tipi di norme giuridiche. Del diritto penale, in primo luogo, che consiste in norme che dicono "Fai questo, altrimenti ti punirò", ma non del diritto civile, che consiste in norme che dicono "Se vuoi fare questo, ecco il modo per farlo". Mentre le norme di diritto penale impongono determinate condotte, le norme di diritto civile mettono a disposizione delle persone mezzi per realizzare i loro desideri, cioè procedure mediante le quali esse, a certe condizioni, possono creare o modificare strutture di diritti e di doveri all'interno della struttura (coattiva) dell'ordinamento giuridico⁶.

John Stuart Mill, l'autore dal quale prenderò le mosse in questo saggio, scrive in un contesto nel quale la riduzione allo schema penalistico era particolarmente marcato – il positivismo britannico entro il quale, negli stessi anni, si sviluppa la teoria imperativistica (il diritto come insieme di imperativi) di John Austin – e questo spiega perché la sua riflessione su diritto e libertà paia centrata sul solo modello della norma penale. Come vedremo, però, si tratta di un principio che può essere applicato anche a tutte le altre branche del diritto, senza bisogno di apportarvi nessuna correzione.

Nel saggio *Sulla libertà* (*On Liberty*, 1859), Mill sostiene – o meglio: propone – una regola morale rivolta al legislatore, cioè una regola che stabilisce un limite a ciò che il legislatore può legiferare. Si tratta di un limite "morale", beninteso (è una regola morale), e in particolare del limite che non può essere valicato da un legisla-

tore che possa essere definito "liberale". Non è qualcosa come il principio di contraddizione, che vale in assoluto, ma un principio che vale solo nell'ambito di un determinato contesto ideologico-politico, quello del liberalismo.

Si tratta di un principio molto semplice, che possiamo dividere in due regole. La prima: non possono essere vietate le condotte che causano un danno soltanto alle persone che le compiono. La seconda: non tutte le condotte che causano un danno agli interessi altrui possono essere vietate, ma solo quelle che causano un danno agli interessi altrui che, per la legge o per la convenzione, sono anche diritti⁷. Tradotto in termini più familiari ai giuristi, viene escluso che si possano promulgare leggi paternalistiche e si specifica la differenza tra danno giusto e danno ingiusto, stabilendo che solo le azioni che causano il secondo possano essere proibite dalla legge. Questo principio è noto come "principio del danno" (*harm principle*) ed è il principio nel quale si esaurisce tutto il liberalismo.

Con il principio del danno, Mill espande una tesi già introdotta dal suo maestro Jeremy Bentham nel saggio sui limiti della legislazione penale, che sostanzialmente consiste solo nella prima delle due regole che compongono il principio del danno: la proibizione delle leggi paternalistiche. La regola di Bentham però, sebbene meno estesa, era in compenso intesa come più potente, valida indipendentemente dal contesto ideologico che ispira questa o quella legislazione, in quanto fondata su ragioni logico-ontologiche e non ideologiche. In breve: il diritto è uno strumento per regolare le relazioni interpersonali; perché vi sia una relazione interpersonale occorrono almeno due soggetti; la legge paternalistica si rivolge a un soggetto soltanto, quindi non può essere considerata una regola di diritto⁸. Mill evita di impelagarsi in questa direzione, che presenta più di qualche punto debole, e preferisce concentrarsi su un obiettivo a prima vista più modesto: la costruzione di una regola morale, la cui coerenza dipende dall'accettazione di una

7 J.S. Mill, *Saggio sulla libertà*, trad. di S. Magistretti, Milano, 1997, pp. 86, 108-9.

8 J. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, trad. di S. Di Pietro, Torino, 1998, p. 309.

6 H. L. A. Hart, *Il concetto di diritto*, trad. di M. A. Cattaneo, Torino, 1965, p. 35.

particolare ideologia come principio dell'ordinamento.

Presentato in questo modo, il principio del danno sembra però ancora molto debole. La sola cosa che stabilisce con chiarezza è il divieto di legislazioni paternalistiche, perché la seconda regola è in realtà una regola vuota. Leggiamola con un po' più di attenzione.

La prima parte della seconda regola stabilisce che possono essere proibite solo le azioni che causano un danno ad altri. Subito dopo, viene precisato che non possono essere proibite tutte le azioni che danneggiano gli interessi di altri, ma solo quelle che danneggiano gli interessi (di altri) che sono anche diritti, per la legge o per la convenzione. Il "danno" in senso "preciso", il senso che interessa il diritto, è solo questo: un danno ai diritti altrui. Oltre alle azioni che causano effettivamente un danno, Mill ammette che possano (o debbano) essere proibite anche le azioni che causano un pericolo di danno, intendendo "pericolo" in senso preciso, tecnico, e non come un generico "rischio". La ragione di questa precisazione è molto semplice: in astratto, ogni azione può essere potenzialmente pericolosa per gli altri, e non circoscrivere il concetto di pericolo al pericolo concreto e attuale avrebbe la conseguenza di poter proibire virtualmente ogni attività, il che è ovvio che sia irragionevole⁹.

In primo luogo, possiamo notare che Mill intende i diritti come un sottoinsieme dell'insieme degli interessi: tutti i diritti sono interessi. In secondo luogo, notiamo che la corrispondenza tra diritti e interessi non è biunivoca, ma univoca: non tutti gli interessi sono diritti (se questo concetto risultasse oscuro, si pensi a esempi come questo: Tutti gli alunni della classe Prima A sono liguri, ma non tutti i liguri sono alunni della classe Prima A).

Quest'ultimo punto è di particolare importanza per la comprensione della funzione del principio del danno nel contesto di un sistema giuridico liberale. In realtà, le cose sono molto semplici: il diritto serve a garantire alle persone la massima libertà possibile, cioè a garantire che chiunque possa determinare da sé quali

sono i propri interessi e a garantire che questi interessi possano essere soddisfatti. Ciascuno è sovrano sulla dimensione degli interessi: io e solo io posso determinare quali sono le cose che mi stanno a cuore e con quanta intensità voglio proteggerle o realizzarle, e lo stesso vale per ogni persona. È normale che gli interessi di qualcuno entrino in conflitto con quelli di qualcun altro, e che in caso di interessi confliggenti (o addirittura antagonisti) la soddisfazione degli interessi di uno si ottenga al prezzo del sacrificio degli interessi di un altro. Si pensi al caso di due uomini innamorati della stessa donna ed entrambi intenzionati a sposarla: a meno che l'ordinamento giuridico non preveda la possibilità del matrimonio polandrino, se uno dei due pretendenti riuscirà a soddisfare questo suo interesse, l'altro non potrà soddisfarlo. Io ho interesse a parcheggiare di fronte al teatro dove si tiene un concerto che voglio andare a sentire, ma questo interesse ce l'hai anche tu, se vuoi ascoltare lo stesso concerto. Il mio interesse sarà soddisfatto solo se quando arriverò nel parcheggio del teatro troverò ancora qualche posto libero, altrimenti non sarà soddisfatto perché altri hanno soddisfatto il proprio interesse.

In tutto questo non c'è niente di strano, né niente di male. È impossibile che tutti gli interessi siano sempre soddisfatti; anzi, è normale che non sia così. Dal momento che ciascuno è sovrano sulla sfera dei propri interessi, questi sono virtualmente infiniti, e le circostanze oggettive fanno sì che sia impossibile che gli interessi non entrino in conflitto e che in molti casi non tutte le persone potranno soddisfarli proprio perché altri vi riescono. Ogni volta che un mio interesse non è realizzato viene fatto un danno ai miei interessi, e se un mio interesse non è realizzato a causa della condotta di altre persone si può senz'altro affermare che queste persone hanno danneggiato i miei interessi. Tuttavia, nella maggior parte dei casi, la loro condotta è lecita, perché io non ho il diritto a realizzare tutti i miei interessi (si pensi al concetto di diritto comune di "danno giusto", prima richiamato). Se faccio una gara di corsa voglio vincerla; se non succede è perché qualcuno (che voleva vincere) è stato più ve-

⁹ N. Luhmann, *Sociologia Del Rischio*, trad. di Giancarlo Corsi, Milano, 1996, p. 31 ss..

loce di me, ha realizzato il suo interesse e ha danneggiato il mio.

Questi “danni” non interessano il principio del danno, che si occupa di proteggere solo gli interessi che la legge ha trasformato in diritti. Io non ho il diritto di vincere la gara, ma soltanto l’interesse a farlo. Ho però il diritto che la gara si svolga in modo regolare, e questo stesso diritto ce l’hanno tutti gli altri corridori. Non potrò pretendere di essere risarcito dal vincitore che ha frustrato il mio interesse di vincere la medaglia d’oro, ma potrò pretendere che il vincitore sia squalificato se non ha gareggiato lealmente, cioè se ha violato una o più regole di gara, che attribuiscono altrettanti diritti ai gareggianti.

È il legislatore che stabilisce quali interessi sono anche diritti; io ho quei diritti, tutti quei diritti, anche se alcuni di essi non sono miei interessi. Il danno “in senso preciso”, quello che viene coperto dal principio del danno, è il danno ai diritti, non semplicemente agli interessi (ed è un danno anche se per qualcuno quei diritti non sono anche interessi). La decisione di quali interessi (astratti) debbano diventare anche diritti (concreti) è orientata dalla dimensione delle libertà individuali: queste decisioni devono avere l’effetto di aumentare la libertà delle persone, e lo fanno limitando alcune specifiche libertà materiali. Per esempio, la mia libertà è subordinata all’esistenza del mio diritto alla vita, così la libertà materiale di uccidere il prossimo deve essere limitata: l’interesse di uccidere chi ci è antipatico non potrà mai diventare un diritto. Questo è un esempio estremo, ovviamente, ma rende bene l’idea di come deve funzionare la trasformazione per via legislativa degli interessi in diritti.

3. IL TEST DEL BIASIMO

A questo punto si potrebbe sollevare una facile obiezione. Se è il legislatore a decidere quali interessi sono anche diritti, è possibile che un legislatore abbastanza forte, con un ampio consenso democratico, trasformi in diritti interessi futili con l’effetto di limitare fortemente le libertà. Per esempio, immagi-

niamo che molte persone preferirebbero vedere per strada solo uomini in giacca e cravatta e donne in *tailleur*. Immaginiamo anche che queste persone abbiano un forte interesse a questo, e che provino un sincero e profondo dispiacere (o addirittura disgusto) quando incontrano una donna in *jeans* o un uomo con un paio di bermuda. Perché un legislatore non potrebbe elevare questi interessi al rango di diritti? E perché un legislatore non potrebbe elevare qualsiasi interesse al rango di diritto, per esempio l’interesse di qualcuno a vedere in giro solo persone che rientrano nei canoni classici di bellezza o di sobrietà?

In effetti, fino a qui il principio del danno sembra essere abbastanza vuoto. Anzi, se consideriamo che potrebbe essere interesse di qualcuno (o di molti) che le persone non arrechino danno a loro stesse con condotte autolesionistiche, anche la prima regola (si possono proibire solo le condotte che arrecano danno ad altri) vacilla. Tuttavia, se il principio nella sua esposizione elementare è in effetti poco incisivo, esso diviene molto più potente con l’integrazione che lo stesso Mill prevede, e che riguarda il contenuto delle proibizioni (cioè dei diritti per la cui protezione quelle norme sono promulgate). In breve, afferma Mill, non possono essere proibite quelle condotte la cui sola ragione che sostiene la proibizione è che sono disapprovate, cioè le proibizioni che hanno come sola giustificazione la disapprovazione della condotta proibita, quelle la cui ragione per punire è inscindibilmente legata alla nostra disapprovazione. In queste rientrano tutte quelle che Mill (seguendo Bentham) chiama “offese costruttive”, cioè le offese che io provo immaginando di assistere a qualcosa che mi offende ma che non sto davvero vedendo (una proiezione di un film pornografico in una sala chiusa, per esempio, o una qualsiasi altra condotta che giudico immorale e che si svolge lontano dalla mia vista): in quest’ultimo caso, si pretenderebbe di proibire comportamenti reali per proteggere qualcuno da offese immaginarie, cioè di limitare la libertà di qualcuno proibendo condotte che non limitano la libertà di altri, e perciò la legittimazione morale di

questo tipo di proibizioni è esclusa¹⁰. Se per le offese costruttive la soluzione è semplice, può sembrare meno facile stabilire quando una condotta che realmente ci arreca offesa morale possa essere proibita e quando no.

Mill, ripeto, lo chiarisce: non posso proibire un'azione quando la sola ragione che posso addurre per proibirla è che io disapprovo quell'azione, ma forse non è immediatamente chiaro che cosa questo significhi. Per chiarire questo punto, in un lavoro di qualche anno fa avevo proposto "il test del biasimo", un esperimento mentale molto semplice che permette di stabilire quali condotte possano essere proibite secondo il principio del danno e quali no. Il punto, infatti, è che sugli autori di molte condotte proibite ricade il nostro biasimo: biasimiamo gli assassini, i borseggiatori, i truffatori, per esempio, ma biasimiamo anche altri che compiono azioni che non sono proibite, o azioni che sono proibite ma per le quali la giustificazione morale della proibizione è discutibile.

Immaginiamo a una persona che si inietta una dose di eroina. Personalmente, la cosa non mi fa né caldo né freddo perché la inietta a se stesso e non ad altri contro la loro volontà, ma molte persone biasimano questa condotta. Anch'io, che non censuro moralmente l'uso di stupefacenti, disapprovo il comportamento di chi ne fa un consumo compulsivo: non è, la sua, una condotta che consiglieri di imitare, né indicherei mai quelle persone come modelli da seguire. In questi termini, posso dire che anch'io biasimo chi fa uso di stupefacenti. Quella persona è seduta su una panchina, oppure è a casa sua, si inietta una dose di eroina e non fa nient'altro fino a quando l'effetto della droga non è terminato. Lo fa ogni giorno, da anni, e noi lo biasimiamo.

Ora immaginiamo un'altra persona, che guida un camion a rimorchio su un'autostrada. A un certo punto, si ferma in una piazzola di sosta, si inietta una dose di eroina e dopo qualche minuto si rimette alla guida. Biasimiamo questa condotta? Sì, e per ragioni tanto

10 Sul punto v. anche il capitale saggio di R. Dworkin, 'Is There a Right to Pornography?', *Oxford Journal of Legal Studies*, 1.2 (1981), pp. 177-212.

evidenti che non è neppure necessario mettersi a elencare.

Qualcuno, o molti, potrebbe pensare che entrambe queste condotte debbano essere proibite e che i loro autori debbano essere puniti; magari gli autori della prima condotta in modo più lieve che quelli della seconda. Ora svolgiamo l'esperimento mentale: eliminiamo il biasimo dallo spettro delle nostre sensazioni e torniamo a cercare le ragioni di giustificazione della proibizione delle due condotte. Nel secondo caso, rimane qualcosa – la guida sotto gli effetti di stupefacenti è un'attività che crea un pericolo per gli altri – mentre nel primo caso non rimane niente. La proibizione della seconda condotta è quindi indipendente dal nostro biasimo, mentre la prima no, il nostro biasimo è anzi la ragione esclusiva della proibizione. Quello che intende Mill è proprio questo, e come si vede è ancora una volta un concetto molto semplice.

Il principio del danno è uno strumento che limita le singole libertà al solo fine di aumentare la libertà complessiva di tutti e di ciascuno. Le limitazioni, le singole proibizioni, sono giustificate solo nel caso in cui servano a impedire che le libertà vengano compresse. È ragionevole che io voglia essere libero di girare per strada senza che qualcuno possa offendermi, ma è irragionevole pensare che io possa essere protetto da ogni comportamento che considero offensivo. Le persone possono legittimamente pretendere di essere protette dal cosiddetto *bodyshaming*, gli insulti per caratteristiche del loro corpo, ma non possono pretendere che venga proibito che le pubblicità mostrino persone dai fisici statuari sulla base del fatto che intendere quel tipo di fisico come modello di bellezza offende tutti coloro che sono in sovrappeso. Posso pretendere che sia proibito che io insultato per la mia religione o per il mio ateismo, ma non posso pretendere che vengano proibite le pubblicità dell'8permille o i manifesti dell'Uaar che invitano a fare a meno di dio. Ovviamente, posso biasimare tutto questo, nessuno può impedirmelo: sono cose che urtano i miei interessi, dei quali sono il sovrano assoluto. Ma il truccetto di fare un test ed eliminare

il biasimo mi aiuta, e soprattutto aiuta il legislatore, per capire quali condotte potrebbero essere legittimamente proibite e quali no.

4. CRITICHE (E CRITIQUE OBLIQUE)

È chiaro che tutto questo si presti a facili obiezioni, ma si tratta di obiezioni che non riguardano il principio del danno in sé bensì il liberalismo politico. Si potrebbe sostenere che la società abbia il dovere di proteggere le persone dai danni che esse stesse potrebbero provocarsi, e sostenere che esiste un interesse a che il legislatore sia paternalista. In questo caso, ritornando all'esempio che abbiamo visto più sopra, la proibizione sarebbe giustificata per entrambe le condotte, non solo per la seconda. Oppure si potrebbe obiettare che è compito del legislatore garantire il rispetto della pubblica moralità, intendendo il rispetto di una moralità pubblica specifica e normativa: si pensi, per esempio, alle tesi di Patrick Devlin, che intende il diritto (soprattutto il diritto penale) come il "cemento della morale"¹¹. Anche in questo caso, se lo specifico codice morale normativo considera immorale fare uso di stupefacenti, sarebbe giustificata la proibizione di entrambe le condotte.

Queste e simili obiezioni sono legittime, ma il loro obiettivo, come dicevo, non è il principio del danno ma l'ideologia liberale. Il principio del danno, lo ripeto, non è un principio che vale in assoluto, ma vale se e solo se si accetta il liberalismo come ideologia morale, e in particolare il liberalismo giuridico. Che cos'è il liberalismo giuridico? È una dottrina morale che ritiene che il diritto sia uno strumento che serve per garantire alle persone il massimo della libertà possibile, in condizioni di uguaglianza. Per far ciò è necessario che certe libertà materiali vengano compresse o eliminate, e il punto è allora trovare uno strumento che consenta di determinare quali libertà materiali debbano essere limitate o eliminate e quali no. Il principio del danno è questo strumento, e come abbiamo visto è uno strumento

¹¹ È la tesi centrale sostenuta in P. Devlin, *The Enforcement of Morals*, London-Oxford, 1965.

che funziona molto bene. Le obiezioni che ho richiamato a titolo di esempio (ce ne sono altre, ma qui non importa parlarne) criticano il principio del danno perché criticano il liberalismo. Come dicevo, sono obiezioni legittime (nessuno è obbligato ad abbracciare l'ideologia liberale), ma se sono intese come obiezioni al principio sono male indirizzate, perché la loro critica può essere ridotta al fatto che il principio del danno, appunto, funziona molto bene.

Chiarito il punto su questa famiglia di critiche "esterne", rimane ora da affrontare il problema delle critiche "interne", cioè da quelle che provengono da chi abbraccia l'ideologia liberale e accetta il principio del danno, ma ritiene che esso abbia bisogno di integrazioni (più propriamente: di correzioni), senza le quali non potrebbe realizzare pienamente il liberalismo (o il "vero" liberalismo).

Mi riferisco in particolare a quello che possiamo chiamare il "movimento del *nudge*", il cui più celebre esponente è Cass Sunstein, che ritiene che il liberalismo non solo sia compatibile con un'intromissione statale nelle scelte personali, ma che anzi ne abbia bisogno. Intromissioni statali "mirate" sarebbero ciò che serve alle persone per poter guadagnare una posizione di piena libertà, dalla quale poter decidere in autentica autonomia le proprie azioni e compiere consapevoli scelte di vita. Che cos'è il *nudge*? Alla lettera, significa "colpetto col gomito", "spintarella", e nella pratica indica quelle misure politiche e giuridiche volte ad orientare il comportamento delle persone in determinate direzioni, senza obbligarle. Per esempio, siccome il fumo è nocivo, si pensa che aumentare il costo delle sigarette o proibire di fumare per strada sia utile per scoraggiare la gente a fumare. Il tabacco non viene messo fuori legge, fumare rimane un'attività lecita ma più onerosa o più complicata da effettuare. Ovviamente, non mi riferisco al divieto di fumare in luoghi in cui il fumo può danneggiare o infastidire altri, ma in spazi aperti come strade o spiagge. Nel primo caso, il divieto è perfettamente compatibile con il principio del danno, perché appunto serve per impedire che i diritti altrui siano aggrediti; nel secondo caso, il divieto serve solo a proteggere la salute del fumatore, ed è quindi

una misura paternalistica, incompatibile con il liberalismo (a meno di voler accettare la foglia di fico che sia un divieto introdotto per ridurre l'inquinamento).

Sia chiara una cosa: un ordinamento giuridico liberale perfetto o puro non esiste, perché in ogni ordinamento che definiamo "liberale" esiste un numero più o meno alto di norme paternalistiche, che il pubblico accetta. L'obbligo di indossare le cinture di sicurezza in automobile e l'obbligo per i motociclisti di indossare il casco sono classici esempi: si tratta di obblighi che hanno il solo scopo di proteggere la salute della persona alla quale sono imposti. La tesi che sarebbero motivati dalla protezione del sistema sanitario nazionale è del tutto infondata. L'art. 32 della Costituzione garantisce le cure a tutti indipendentemente dalla loro condotta; e, d'altra parte, negli ospedali vengono curate le persone che si infortunano facendo sport come le persone che fanno una vita sedentaria, anche se è indubbio che sia più probabile rompersi una gamba giocando a calcio che passeggiando per strada o cercando la posizione più comoda sul divano.

La ragione per la quale accettiamo queste e simili norme paternalistiche è che non richiedono un grande sforzo per essere obbedite e che non impediscono di svolgere nessuna attività. Chi inforca una moto, non lo fa con l'intenzione di rompersi la testa, e in fondo indossare un casco protettivo non è qualcosa di impegnativo né di limitante. Il punto, però, è che nessuno sostiene che queste norme siano necessarie per realizzare compiutamente il liberalismo, cosa che invece viene sostenuta nel caso del *nudge*. Certo, tra le due categorie di norme esistono importanti differenze, prima tra tutte il fatto che il *nudge* non impone niente a nessuno, mentre le norme paternalistiche standard sì. Tuttavia, perché il *nudge* funzioni deve consistere in norme che rendono più oneroso compiere un comportamento che il legislatore vuole sconsigliare, oppure in norme che premiano in qualche modo i comportamenti che il legislatore vuole incoraggiare. Di quali comportamenti si tratta? Ovviamente, non sono comportamenti che interessano i diritti altrui, altrimenti sarebbero proibiti o imposti, a seconda dei casi, dal prin-

cipio del danno. Basta questo per escludere che il *nudge* e il liberalismo siano compatibili: se un comportamento lede i diritti altrui, allora deve essere proibito, scoraggiarlo non basta; se un comportamento non lede i diritti altrui, non c'è ragione (liberale) perché il legislatore se ne interessi. Talvolta – è per esempio il caso di Sunstein – si sostiene che il *nudge* sarebbe una forma di informazione: i cittadini potrebbero non essere informati circa la nocività di una certa condotta, perciò il legislatore la scoraggia, tipicamente rendendola più costosa o più scomoda. Non c'è nessuna proibizione, è chiaro, ma il principio è lo stesso del paternalismo classico: siccome non capisci che fare X è dannoso per te, il legislatore, che è più saggio e più informato, punisce chi fa X, perché una punizione la capiscono tutti. Il liberalismo, anche nella versione di Mill, concorda con il *nudge* (e con il paternalismo classico) sul fatto che una scelta non informata non è una scelta libera, ma sostiene che la soluzione è informare, non punire o scoraggiare. Sostenere che il *nudge* sia una forma di informazione è corretto solo nel senso che comunica l'informazione che il legislatore non gradisce una certa condotta giuridicamente non significativa, ma non è affatto corretto sostenere che comunichi informazioni circa la nocività di una condotta, perché semplicemente non lo fa. In tutta onestà, non vedo come si possa sostenere che per realizzare appieno il liberalismo si debba integrare il principio del danno con politiche di *nudging*. Casomai, l'integrazione (necessaria) è l'informazione. Una persona che sceglie di non svolgere una certa azione perché è costosa non compie una scelta libera.

5. DAL DIRITTO PENALE AL DIRITTO CIVILE

Come abbiamo visto, il principio del danno consiste in uno strumento per stabilire che cosa il legislatore possa legittimamente proibire, ed è quindi naturale pensarlo come un principio che riguarda il diritto penale. Lo stesso Mill, nel suo trattato, prende in considerazione soltanto casi ed esempi che riguardano il diritto penale, e questo ha contribuito a portare la letteratura a considerarlo un principio che

trova applicazione soltanto in quella branca del diritto e nel diritto amministrativo (per quanto riguarda le norme cosiddette “quasi-penali”). Anche Joel Feinberg, che dedica al principio del danno l’opera più profonda ed esaustiva che sia mai stata scritta sull’argomento (il poderoso trattato in quattro volumi *The Moral Limits of The Criminal Law*¹²) per lo più non lo estende al di fuori dell’ambito penale: le integrazioni che aggiunge al principio consistono soltanto nello sviluppo del “principio dell’offesa”, inteso come un principio del danno che si occupa di proteggere da danni lievi (i quattro volumi che compongono il trattato riguardano, rispettivamente, il danno a sé, il danno ad altri, l’offesa ad altri, i reati senza danno).

È solo in tempi abbastanza recenti che si sono registrati i primi tentativi di estendere il principio del danno al diritto civile, e un piccolo contributo l’ho dato anch’io, con un ormai vecchio libro sull’ammissibilità del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il ragionamento alla base di questa “estensione” del principio è molto semplice: il principio del danno, mediante indicazioni rivolte al legislatore, stabilisce che cosa le persone possono o non possono fare. Si tratta di limitazioni della libertà materiale: una certa condotta materialmente possibile viene qualificata come illecita e proibita; tutto ciò che non è proibito è consentito, perciò giuridicamente non significativo. Il diritto civile non consiste di proibizioni e imposizioni di obblighi, ma di procedure che le persone devono tenere se intendono raggiungere un certo risultato giuridicamente significativo (si ripensi alla distinzione di Hart che ho riassunto nel primo paragrafo).

Il presupposto necessario, come nel caso del diritto penale, è l’uguaglianza dei cittadini, condizione essenziale per il liberalismo politico. Tuttavia, non per questo chiunque può accedere a ogni procedura che consenta di ottenere risultati giuridicamente significativi. L’ordinamento giuridico, infatti, richiede il possesso di determinati requisiti (personali o di status), e prevede anche che determinate procedure siano attivabili solo se ricorrono determinate

12 J. Feinberg, *The Moral Limits of The Criminal Law*, New York, 1982-1984.

circostanze. Non è quindi di per sé un problema o di per sé illegittimo che alcuni cittadini non possano accedere a determinate procedure mentre altri sì. Per un esempio che non potrà che essere chiaro a tutti, si pensi al diritto di avviare le procedure per aprire uno studio legale, che sono consentite soltanto alle persone laureate in giurisprudenza e iscritte all’albo degli avvocati. Queste limitazioni sono giustificate, perché sono poste a tutela delle persone che si rivolgono a un avvocato per la miglior cura dei propri diritti che si suppone, ragionevolmente, sarebbero in pericolo se la loro protezione fosse affidata a soggetti privi di una certificazione di competenza in materia.

In altri casi, però, la giustificazione delle limitazioni non appare altrettanto fondata. Un esempio per tutti: l’impossibilità per le persone dello stesso sesso di sposarsi, limitazione alla quale il nostro legislatore attribuisce invece una grande importanza. Si pensi alla pluridecennale vicenda parlamentare che è faticosamente terminata con l’approvazione della legge sulle unioni civili, che introduce una procedura alla quale possono accedere sia le coppie omosessuali che quelle eterosessuali. Le unioni civili sono state presentate sul dibattito politico, tanto dai favorevoli quanto dai contrari, come un “matrimonio” con un diverso nome. Le cose non stanno affatto così, le differenze tra il matrimonio e l’unione civile sono numerose e importanti, ma qui non importa andarle a esaminare perché basta notare un fatto macroscopico: le coppie omosessuali e le coppie eterosessuali possono accedere alle unioni civili, ma solo le coppie eterosessuali possono accedere al matrimonio. Il che significa che le persone eterosessuali possono scegliere tra unirsi con un istituto (il matrimonio) che attribuisce maggiori diritti e doveri e che ha effetti sulle parentele (effetti molto importanti, per esempio ai fini successori) e unirsi con un istituto più “snello”, che attribuisce meno diritti e doveri e che non ha effetti sulle parentele, mentre le persone omosessuali no. La limitazione è evidente, e l’applicazione del principio del danno ci consente di valutare se sia oltre che evidente anche giustificata. Ricordiamo quando una limitazione della libertà

è giustificata secondo il principio del danno: quando è necessaria per evitare che i diritti dei terzi siano violati o siano messi in pericolo. In che modo un matrimonio può violare i diritti dei terzi? Di certo un matrimonio può danneggiare gli interessi dei terzi; è banale: Caio vorrebbe sposare Nadia, ma Nadia si sposa con Mauro, impedendo a Caio di realizzare il proprio interesse di sposarsi con lei. Tutto questo è molto triste, al netto del fatto che poi a Caio passa, ma non c'è nessun diritto che venga violato da quel matrimonio, quindi non c'è nessun danno a terzi. Il fatto che io sia sposato o no, non ha alcun effetto sui vostri diritti, e nessun vostro matrimonio ha effetti sui miei.

Se è vero – ed è vero – che un matrimonio non ha effetti sui diritti dei terzi, la limitazione che impedisce che le persone dello stesso sesso possano sposarsi non è giustificata: essa, infatti, consiste in una limitazione della libertà che non trova nessuna giustificazione nella protezione dei diritti altrui. Un ordinamento, come il nostro, che non prevede che persone dello stesso sesso possano unirsi in matrimonio riduce la libertà di alcuni di compiere un'azione che, se compiuta, non incide in nessun modo sui diritti dei terzi, e che quindi non li viola. Il principio del danno, applicato al diritto civile, impone quindi di rimuovere quella limitazione.

6. CONCLUSIONI

Un'accusa che spesso viene mossa al liberalismo politico è quella di disinteressarsi della morale, di essere una dottrina a-morale. Soprattutto, la critica viene mossa nei casi in cui il dibattito riguarda le cosiddette “questioni eticamente sensibili”, in particolare (ma non solo) quelle che coinvolgono gli argomenti che interessano la bioetica.

L'accusa, tuttavia, non è per niente fondata: il liberalismo è infatti una dottrina morale, prima che economica, politica o giuridica. L'idea sulla quale si fonda è che esista una sfera privata che il diritto non può aggredire e che, anzi, deve proteggere, dove per “dovere” si intende un dovere morale. Il principio morale di base è che ciascuno ha diritto al massimo della libertà

possibile, compatibilmente con un uguale diritto di tutti gli altri; questo principio significa anche che tutti hanno diritto al massimo possibile di autonomia (compatibilmente con un uguale diritto di tutti gli altri). La conseguenza è che la sfera privata deve essere intangibile, più ampia possibile, identica per chiunque: nessuno deve avere una sfera privata meno intangibile o meno estesa di quella di chiunque altro.

Come si vede, è assurdo qualificare questa ideologia come non-morale; al contrario, essa è interamente costituita da concetti morali e da regole morali. L'accusa di a-moralità è pertanto sbagliata e, soprattutto, scorretta: la sua funzione strategica è quella di squalificare il liberalismo nel dibattito pubblico, per esempio presentandolo come una teoria non interessata alle persone. Sia il paternalismo classico che il *nudge* fanno precisamente questo: il liberalismo non proteggerebbe le persone da loro stesse, dimostrando così di non tenerle in adeguata considerazione. Al contrario, proprio perché intende garantire alle persone il massimo dell'autonomia di condotta e di scelta dei fini, il liberalismo mostra di tenere le persone nella massima considerazione, un atteggiamento che, lo abbiamo appena visto, discende da una posizione morale molto forte: garantire alle persone il massimo della libertà possibile in condizione di uguaglianza. In quest'ottica, l'affermazione di Lord Devlin sopra ricordata – il diritto è il cemento della moralità – può essere condivisa anche da un liberale: il diritto serve a concretizzare il principio del danno, il legislatore ha l'obbligo morale di realizzarlo, costruendo una legislazione che ha la funzione di garantire e di proteggere la libertà di tutti.

Persio Tincani è professore associato di filosofia del diritto. Tra le sue ultime pubblicazioni: Perché l'antiproibizionismo è logico (e morale) (Milano, 2013), Filosofia del diritto (Milano-Firenze, 2017), Raccontare la società (Milano-Firenze, 2022)

persio.tincani@gmail.com

Sulla giurisprudenza come fonte del diritto

Marco Cossutta

ABSTRACT

Il saggio presentato si incentra sulla centralità dell'attività interpretativa nella concreta determinazione della norma giuridica, ovvero del diritto capace di dirimere una controversia. La imprescindibilità dell'interpretazione nella definizione del diritto risulta palese avuto riguardo vuoi all'uso del linguaggio ordinario nella stesura delle disposizioni, vuoi alla necessità di mediare costantemente in un contesto giuridico pluralistico fra valori ed interessi a volte divergenti.

The author argues on the centrality of jurisprudential activity in determining the law, of the rule that resolves a dispute. This is due to the vagueness and ambiguity of ordinary language and, in contemporary societies, to the need for mediation between different values and interests.

SOMMARIO

AVVERTENZA; 1. INTORNO AL MODO DI DOMANDARE; 2. SU UN PARTICOLAR MODO DI INTENDERE IL DIRITTO; 3. UN'OBIEZIONE DI NATURA POLITICA; 4. ULTERIORI SVILUPPI DELL'OBIEZIONE POLITICA; 5. BREVE CONSIDERAZIONE INTORNO ALLA PRIMA OBIEZIONE; 6. UNA OBIEZIONE DI NATURA TECNICA; 7. VERSO UN GIUDICE ATTIVISTA; 8. UNA PRIMA CONCLUSIONE; 9. ALTRE QUESTIONI DA RISOLVERE PRIMA DI CONCLUDERE; POSTILLA.

PAROLE CHIAVE

INTERPRETAZIONE GIURISPRUDENZIALE;
FONTI DEL DIRITTO;
LINGUAGGIO GIURIDICO;
STATO PLURI-CLASSE.

KEYWORDS

JURISPRUDENTIAL INTERPRETATION;
SOURCES OF LAW;
LEGAL LANGUAGE;
MULTI-CLASS STATE.

AVVERTENZA

Nel corso dell'intervento, pur intitolato *Sulla giurisprudenza come fonte del diritto*, non si farà cenno alla sentenza della Corte di cassazione penale¹, che, sulla scorta della giurisprudenza

¹ Per le Sezioni Unite della Cassazione penale (sentenza n. 18288 del 21 gennaio 2010), "la Corte europea ha saputo «distillare dalla disposizione dell'art. 7 [della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali] il condensato dei più importanti principi espressivi della civiltà giuridica europea», conciliando, all'interno di una realistica visione del principio di legalità, aspetti peculiari di ordinamenti giuridici diversi. In considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di common law e

europea, ha sancito ufficialmente la collocazione della giurisprudenza tra le fonti del diritto, integrando di fatto il primo articolo delle *Disposizioni sulla legge in generale*. Ciò avviene non perché non si ritenga che tale sentenza, che fra l'altro tratteggia una prima strutturazione gerarchica delle fonti giurisprudenziali, non abbia soverchia importanza per il discorso che qui si condurrà, tutt'altro.

Le ragioni di tale omissioni vanno ricercate piuttosto nel desiderio di non indurre un osservatore distratto a ritenere che la giurisprudenza sia da annoverarsi tra le fonti del diritto solo a seguito di tale sentenza e che, prima di questa, vi fosse oltre che *de iure* anche *de facto* esclusa dal novero delle stesse. Si reputa, come si cercherà di argomentare, che alla giurisprudenza sia connaturato l'essere fonte del diritto, anche in un ordinamento di non *common law*, e che tale qualificazione prescinda totalmente da ogni suo formale riconoscimento. Sicché la sentenza in oggetto non fa che riconoscere quel dato di fatto che caratterizza l'esperienza giuridica anche in un contesto codificato.

1. INTORNO AL MODO DI DOMANDARE

Va premesso che la domanda formulata dall'organizzatore di questa serie di seminari, il professore Enrico Ferri, che si interroga e ci interroga su *cos'è il diritto*, mi appare particolarmente significativa; ciò almeno per una ragione. Il quesito così posto induce a leggere il nostro fenomeno in tutte le sue sfaccettature e proprio per questo motivo, evitando l'*impasse* che il più delle volte genera la domanda sull'es-

quelli di civil law, il principio convenzionale di legalità è stato inteso, per così dire, in senso «allargato». Per effetto dell'esplicito riferimento al «diritto» (law) – non soltanto alla «legge» – contenuto nell'art. 7, la giurisprudenza di Strasburgo, infatti, ha inglobato nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale, riconoscendo al giudice un ruolo fondamentale nella individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati: quello legislativo e quello interpretativo". Le Sezioni Unite richiamano dal testo delle sentenze della Corte europea Scoppola vs. Italia (17 settembre 2009) e Previti vs. Italia (8 dicembre 2009).

senza, lascia liberi i partecipanti al simposio di offrire il proprio contributo dalla visuale che preferiscono.

Ci troviamo quindi di fronte ad una interrogazione sull'essenza del fenomeno indagato: il *cos'è* apre la risposta e quindi l'argomentazione e la discussione che a questa segue ad infinite prospettive, le quali potrebbero generare una situazione di baccano (*noise*, per richiamare il gergo informatico) nei partecipanti al dialogo, ciò non di meno possono indurre gli stessi ad approfondire le proprie posizioni in chiave critica traendo beneficio dal confronto fra le varie opinioni di volta in volta espresse.

La domanda sull'essenza non è però l'unico modo in cui il linguaggio manifesta la sua funzione interrogativa (le altre funzioni del linguaggio, come noto, si riconducono ad intenti prescrittivi, descrittivi, emozionali e performativi² – tutte queste funzioni sono presenti nell'uso del linguaggio settoriale giuridico³). Infatti, l'interrogazione può svilupparsi lungo l'asse della domanda semplice (*è vero che*), la quale permette la formulazione di una sola risposta, oppure assumere le sembianze della domanda disgiuntiva (*se e come possa dirsi che*); quest'ultima si apre a due possibili risposte, che necessariamente devono fra loro confrontarsi dando vita a due serie di argomentazioni, che entrano in relazione non escludendosi aprioristicamente. La domanda disgiuntiva dà inizio ad una *quaestio*, una disputa fra due prospettive, che richiede una soluzione la quale non potrà non tener conto delle argomentazioni addotte dalle due parti⁴.

2 Fra la sterminata letteratura in argomento evidenziamo la raccolta di saggi curata da Marina Sbisà, *Gli atti linguistici. Aspetti e problemi di filosofia del linguaggio*, Milano, 1993 (con testi di J. L. Austin, T. Cohen, H. P. Gricce, R. Lokoff, J. R. Searle, R. Stalnaker, P. F. Strawson, Z. Vendler, G. J. Warnack).

3 Cfr. in tema A. Belvedere, *sub voce Linguaggio giuridico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile (Aggiornamento 2000)*.

4 In tema si rimanda a E. Ancona, *La struttura del ragionamento giuridico tra contesto della scoperta e contesto della giustificazione. Il modello della quaestio disputata*, in *Appendice a U. Pagallo, Testi e contesti dell'ordinamento giuridico. Sei studi di teoria generale del diritto*, Padova, 2001.

Ciò premesso, nell'affrontare il tema relativo alla giurisprudenza quale fonte del diritto, sono indotto a svolgerlo a partire da una domanda disgiuntiva, che formulerei in questi termini: se e come possa dirsi che *il diritto non è la legge che dorme nei codici*, ma quello che viene ricercato e che vive nell'attività giurisprudenziale.

Che la domanda disgiuntiva qui proposta risulti pertinente ad un simposio di giuristi lo si può evincere non tanto (o non soltanto) dai sia pur latenti richiami in essa contenuti all'idealismo giuridico di sapore crociano⁵, alla scuola dell'esperienza giuridica iniziata da Giuseppe Capograssi⁶, ai percorsi di cultori del diritto costituzionale quali Massimo Severo Giannini e Vezio Crisafulli (l'espressione "diritto vivente" è presente sin dai suoi albori nella giurisprudenza costituzionale)⁷, quanto dal fatto che sia proprio la domanda disgiuntiva a dare l'avvio ed ad accompagnare lo svolgimento di una controversia giudiziaria, ove le parti, pur contrapposte nelle loro pretese ciò non di meno convergono sulla necessità di un confronto dialettico al fine di evitare il conflitto attraverso il loro dire e contraddire⁸.

Ciò detto tentiamo di svolgere il tema.

5 Si veda del pensatore partenopeo *Filosofia della pratica. Economia e etica* (1908) ove egli nella parte terza ripropone al lettore, sia pure revisionata, la memoria *Riduzione della Filosofia del diritto alla Filosofia dell'economia*, proposta l'anno precedente alla Accademia Pontaniana. In particolare si vedano pp. 341 e segg. della VIII edizione, Bari, 1963.

6 Di Capograssi si vedano almeno i saggi *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)* (1938) e *Giudizio processo scienza verità* (1950), entrambi ora in *Opere*, Milano, 1959, rispettivamente nel vol. IV e nel vol. V.

7 Cfr. M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità delle norme*, e V. Crisafulli, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, entrambi i saggi in "Giurisprudenza costituzionale, I (1956), n. 4-5.

8 In proposito si rimanda a F. Cavalla, *Retorica giudiziale, logica e verità*, in *Id.* (a cura di), *Retorica, processo, verità*, Padova, 2005 (con scritti di U. Vincenti, M. Manzin, S. Fuselli, C. Sarra, P. Moro, P. Sommaggio, D. Velo Dalbrenta). Sulla centralità della controversia si veda anche F. Gentile, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. Perlingieri (a cura di), *Soggetti e norma individuo e società*, Napoli, 1987 (con contributi di C. Argiroffi, P. Barcellona, G. Capozzi, A. Carrino, A. Catania, F. M. De Sanctis).

2. SU UN PARTICOLAR MODO DI INTENDERE IL DIRITTO

Volendo procedere in modo schematico, possiamo iniziare richiamando le opinioni di coloro i quali ritengono che il diritto sia racchiuso nelle legge, intesa questa quale manifestazione di volontà sovrana; sicché il diritto risulterebbe essere ciò che il sovrano comanda: per una prospettiva che sorge agli inizi della modernità politica e si conduce sino al pieno sviluppo del positivismo giuridico novecentesco, "inerisce interamente alla sovranità il diritto di prescrivere le regole mediante le quali ognuno possa sapere di quali beni può disporre e quali azioni può compiere senza essere molestato da alcuno degli altri sudditi" (*Leviathan*, II, XVIII). In questo contesto, prima del comando sovrano non vi è né il giusto, né l'ingiusto, né il lecito, né l'illecito: "le nozioni di diritto e torto, di giustizia e di ingiustizia non vi hanno luogo. Laddove non esiste un potere comune, non esiste legge; dove non vi è legge non vi è ingiustizia" (*ibidem*)⁹.

Le citazioni hobbesiane esemplificano una lunga tradizione di pensiero che attraversa la civiltà occidentale dal suo nascere (*Deuteronomio* 4, 1-2 - 6-8) al secolo dei Lumi¹⁰ e che riverbera i suoi effetti nell'Ottocento informato dalla *École d'Exégèse* per la quale "per il giureconsulto, per l'avvocato, per il giurista, un solo diritto esiste, il diritto positivo [...]. Lo si definisce: l'insieme delle leggi che il legislatore ha promulgato per regolare i rapporti tra di loro [...]. *Dura lex sed lex*: il buon magistrato umilia

9 In proposito della non sussistenza d'un *giusto* che non sia conseguente d'un comando sovrano, si leggano le pagine dedicate da Hans Kelsen alla questione dell'interpretazione racchiuse alla fine della sua *Reine Rechtslehre* del 1960.

10 Si pensi al celeberrimo passo del Beccaria, per il quale "in ogni delitto si deve fare dal giudice un sillogismo perfetto: la maggiore dev'essere la legge generale, la minore l'azione conforme o non alla legge, la conseguenza la libertà o la pena. Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche soli due sillogismi, si apre la porta dell'incertezza, non v'è cosa più pericolosa di quell'assioma comune che bisogna consultare lo spirito della legge". Il passo è tratto capitolo quarto de *Dei delitti e delle pene*, uscito anonimo a Livorno nel luglio del 1764. Citiamo dalla edizione curata da Giuseppe Armani, Milano, 1987, p. 15.

la propria ragione davanti a quella della legge; poiché egli è istituito per giudicare secondo essa e non per giudicarla: Nulla è al di sopra della legge. L'eluderne le disposizioni sotto il pretesto che l'equità naturale vi contrasta non è altro che prevaricarle. In giurisprudenza non c'è, non vi può essere ragione più ragionevole, equità più equa della ragione o dell'equità della legge"¹¹.

Questa variegata prospettiva di pensiero, a volte definita come *geometria legale*¹², è certamente difforme in molti suoi punti, pur tuttavia converge nel comune riconoscimento

Al quale fa eco, nell'illuminismo partenopeo, Filangieri, che, commentando il *dispaccio* reale di Ferdinando IV di Borbone del 23 settembre 1774, sottolinea: "nei governi dispotici gli uomini comandano; nei governi moderati comandano le leggi [...]. L'arbitrio giudiziario è quello che si cerca d'estirpare. Bisogna dunque torre a' magistrati tutto quello che li rende superiori alle leggi. Ecco il fine di questa legge. Vediamone ora i mezzi. Il re vuole che tutto si decida secondo un testo espresso; che il linguaggio del magistrato sia il linguaggio delle leggi: che egli parli allorché esse parlano, e si taccia allorché esse non parlano, o almeno non parlano chiaro; che l'interpretazione sia proscritta; l'autorità dei dottori bandita dal foro, e il magistrato costretto ad esporre al pubblico la ragione della sentenza. Questi sono gli argini che il sovrano ha innalzati contro il torrente dell'arbitrio". Così nelle *Riflessioni politiche sull'ultima legge del nostro Sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia*, citiamo dalla riproduzione parziale in P. Comanducci (a cura di), *Illuminismo giuridico. Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1978, pp. 173-174.

11 Il passo riportato è di Frédéric Murlon e l'originale è: "lorsque la loi est claire, formelle, le juge doit la suivre, alors même que son application paraît peu raisonnable et contraire à l'équité naturelle: *Dura lex sed lex!* Un bon magistrat humilie sa raison devant celle de la loi; car il est institué pour juger selon elle, et non pas pour la juger. Rien n'est au-dessus de la loi, et c'est prévariquer qu'en éluder des dispositions, saur prétexte que l'équité naturelle y résiste. En jurisprudence, il n'y a pas, il ne peut pas y avoir de raison plus raisonnable, d'équité plus équitable que la raison au que l'équité de la loi", *Répétitions écrites sur le premier examen du Code Napoléon. Tome premier*, Paris, 1866, pp. 58-59 (ma 1852 – cfr. la trad. it. Palermo, 1859-1863). La trad. it. qui proposta e tratta da N. Bobbio, *Il positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dott. Nello Morra*, Torino, 1961, p. 97.

12 Prendo a prestito l'espressione dalla riflessione di Francesco Gentile. Cfr. in argomento, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano, 1983 e *Filosofia del diritto. Lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Napoli, 2017 (ma 2006), segnatamente pp. 41-128.

della validità dell'equazione diritto-comando del sovrano, ovvero più semplicemente diritto quale legge. All'interno di questa prospettiva, per Hobbes, "la legge è l'insieme delle parole enunciate da colui che a buon diritto comanda gli altri di fare o di non fare qualche cosa" (*De cive*, III, 33). Al fine di non ingenerare equivoci intorno al richiamo hobbesiano al *buen diritto*, è d'uopo specificare come, sempre all'interno della geometria legale, il diritto di fare le leggi spetta a colui che "facendole farà sì che esse siano meglio osservate o addirittura assolutamente osservate" (così Marsilio da Padova nel suo *Defensor pacis*, I, XVII, 11).

Il diritto sarebbe contenuto esclusivamente all'interno della legge, ove la stessa sia da intendersi come comando del sovrano (anche – qui riaffiora il pensiero kelseniano – del sovrano del *caso particolare*¹³).

13 Si veda ancora la questione dell'interpretazione autentica. Più in generale per Kelsen "un comando [giuridico] è vincolante non perché l'individuo che comanda ha un potere effettivamente superiore, ma perché è «autorizzato» o «dotato di potere» di emanare comandi di natura vincolante. Ed egli è «autorizzato» o «dotato di potere» solo se un ordinamento normativo, che si presuppone vincolante, gli conferisce quella facoltà, cioè la competenza ad emettere comandi vincolanti. Allora l'espressione della sua volontà, diretta al comportamento di un altro individuo, è un comando vincolante, anche se l'individuo che comanda non ha di fatto alcun potere effettivo sull'individuo a cui è indirizzato il comando. La forza vincolante di un comando non è «derivata» dal comando stesso, ma dalle condizioni in cui il comando viene emanato. Supponendo che le regole di diritto siano comandi vincolanti, è chiaro che in quei comandi risiede una forza vincolante perché sono emanati da autorità competenti", così nella *Teoria generale del diritto e dello stato*, trad. it. Milano, 1963 (ma 1945), p. 31. Come ampiamente noto, nella prospettiva kelseniana, le "condizioni in cui il comando viene emanato" e dalle quali dipende il suo essere vincolante, si riconducono alla *Grundnorm*, per la quale "ci si deve comportare secondo la costituzione effettivamente statuita e efficace", così ne *La dottrina pura del diritto*, trad. it. Torino, 1975 (ma 1960), p. 242. Ecco allora che Kelsen ci riconduce idealmente a ritroso nel tempo sino a giungere a quel 1324, anno in cui il Marsilio qui richiamato enuncia la sua teoria. Non a caso lo stesso Kelsen chiude il paragrafo dedicato a *Validità ed efficacia* con questa constatazione: "la soluzione qui prospetta è soltanto la formulazione scientificamente esatta dell'antica verità: il diritto non può esistere senza la forza", *ibidem*, p. 243.

In questo senso, la legge, il suo testo, è ciò che *lega* il giurista indicandogli in modo non equivocabile la retta (perché diritta) via. Quindi, per andare diritti, bisogna attenersi alla legge (regola – o regolo); al fine di attenersi alla legge, questa deve essere applicata così com'è. La cosa non appare facile, è certamente operazione complicata, ma non complessa.

Al di là della necessità di spiegare ciò che è complicato (su questo compito si concentra certa teoria generale del diritto), tale prospettiva, sommariamente e, per certi versi anche arbitrariamente ricostruita, ci pone non pochi problemi che ci inducono a problematicizzarla alla luce degli stessi. Osserviamo alcuni degli intoppi.

3. UN'OBIEZIONE DI NATURA POLITICA

Il volere caparbiamente racchiudere il diritto entro i confini tracciati dalla legge, ovvero dalla istituzionalizzazione della volontà (sovrana) del legislatore, offre il destro ad alcune critiche.

La prima è inerente al forte depotenziamento della cosiddetta teoria della *divisione dei poteri*, che ritrova nel Montesquieu *De l'esprit des lois* il proprio antesignano. È infatti il pensatore francese che nel 1748 classifica le funzioni statali distinguendole lungo il noto asse dei tre poteri: il potere legislativo, il potere esecutivo ed il potere giudiziario. Ma nella ricognizione tassonomica o descrittiva, nel proseguo della sua analisi, Montesquieu introduce elementi prescrittivi dato che, come egli stesso sottolinea, è “un'esperienza eterna che chiunque abbia potere è portato ad abusarne; egli arriva sin dove non trova dei limiti [...] Perché non si possa abusare del potere occorre che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere”. Ciò che emerge è la necessità, al fine di non generare derive dispotiche, di un *bilanciamento dei poteri*¹⁴.

14 Come sottolinea Barberis, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in P. Comanducci-R. Guastini, *Analisi e diritto 2004*, Tornio, 2005, “ciò che Montesquieu vuole ottenere bilanciando gli organi legislativi ed esecutivi, non è la separazione dei poteri in senso stretto, ossia l'esercizio delle rispettive funzioni da parte di organi specializzati, bensì il concorso nel loro esercizio da parte di organi non specializzati

Ora in una prospettiva che vede il diritto totalmente assorbito nella legge, frutto dell'attività del potere legislativo (inteso in senso lato), il potere giudiziario si ritrova ad assumere un ruolo meramente servente colui il quale ha il potere di dettare la retta via. Ruolo ancillare, ben incarnato da quel giudice *bouche de la loi*¹⁵ che contraddistingue certo positivismo non solo ottocentesco¹⁶, ma di cui

l'obiettivo è evidentemente costringere ogni organo che di per sé tenderebbe solo ad accrescere il proprio potere, a esercitarlo di concerto con gli altri”, p. 5. In argomento vedi anche F. Gentile, *L'esprit classique nel pensiero del Montesquieu*, Padova, 1965

15 Tale affermazione ritroverebbe legittimazione in una certa lettura del Montesquieu *De l'esprit des lois*, secondo il quale “i giudici [...] sono solo [...] la bocca che pronuncia le parole della legge; esseri inanimati che non possono moderarne né la forza né il rigore” (cfr. la trad. it. curata da Sergio Cotta, Torino, 2005).

16 Non è possibile sottacere in questa sede come la *teoria dell'interpretazione logica o meccanicistica del diritto* sia annoverata da Norberto Bobbio fra le sei concezioni fondamentali del positivismo giuridico quale teoria del diritto; le altre, come noto, sono la teoria coattiva, la teoria legislativa, la teoria imperativa del diritto alle quali si aggiungono la teoria della coerenza e della completezza dell'ordinamento giuridico. In proposito va rivelato come il pensatore torinese ritenga che “le critiche alle prime tre teorie non siano consistenti, e che comunque tali teorie rimangano intatte nella loro essenza anche dopo che si è tenuto conto delle obiezioni ad esse rivolte”; viceversa “la critica alle ultime tre teorie è invece fondata”. Evitando di soffermarci sulle teorie della completezza e della coerenza dell'ordinamento, constatiamo come Bobbio riconosca che “l'interpretazione del diritto fatta dal giudice non consiste mai nella semplice applicazione della legge in base a un procedimento puramente logico: anche se non se ne accorge, per giungere alla decisione egli deve sempre introdurre valutazioni personali, fare delle scelte, che non sono vincolate allo schema legislativo che egli deve applicare”. Ora, tralasciando ad esempio la questione della discrezionalità del giudice nell'erogazione della pena – che pur è vincolata da uno schema legislativo – ciò che emerge dal testo di Bobbio è l'impossibilità di applicare la disposizione in modo logico o meccanicistico tanto da far risultare il giudice la *bouche de la loi*. Il giudice intervenendo in quale modo sulla legge, *interpretandola*, di volta in volta la determina rispetto al caso particolare e, pertanto, non la applica in modo pedissequo. Ma se ciò corrisponde alla realtà, così come pare far intendere Bobbio, allora il diritto non si determina definitivamente attraverso la posizione della disposizione da parte del legislatore (da cui alla teoria legislativa del diritto), questo si definisce anche

ancora oggi non sono scovre certe rappresentazioni del diritto¹⁷.

Contro queste si scaglia, ad esempio, Salvatore Satta nella voce *Giurisdizione* da egli redatta per l'*Enciclopedia del diritto*; qui possiamo leggere: “cominciamo col dire criticamente che, se si tiene conto di questo inalienabile linguaggio legislativo, difficilmente si possono ritenere esaurienti le comuni definizioni della giurisdizione, che anzi in certo qual modo, in quanto presuppongono un sistema chiuso, sono la negazione della giurisdizione e comunque ne sminuiscono la portata. La dimostrazione più evidente è data dalla definizione della giurisdizione come attuazione della legge”.

Per Satta, il quale si colloca pienamente della prospettiva capograssiana dell'esperienza giuridica, la legge, che la giurisdizione sarebbe chiamata ad attuare, verrebbe concepita come una volontà esterna, che avrebbe la pretesa di esaurire in sé l'intera attività regolamentativa, la giurisdizione si limiterebbe perciò ad attuare questo comando esterno: “è come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare giuoco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra la applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire”.

Ricollegandosi ancora al testo legislativo, Satta riconosce come fra legge e giustizia non vi è identificazione; infatti “la giustizia, cioè la giurisdizione, ha un'area più vasta della legge, ben inteso se per legge si intende, come si deve nella specie e quando si parla di sua

attraverso l'opera della giurisprudenza. Dal che se ne deduce che, cadendo la teoria della interpretazione logica o meccanicistica del diritto, cade (o risulta notevolmente depotenzializzata), di conseguenza, anche la teoria legislativa del diritto.

17 Non appare un caso che un giurista destinato poi a presiedere la Corte costituzionale scriva alla fine del Ventesimo secolo, “temiamo l'inquinamento – ché sarebbe tale – di una nozione della interpretazione come attività puramente logica e dell'interprete come un automa senza volontà e libertà proprie, che constatiamo ancora dominante presso tanti giuristi beatamente e beatamente paghi ancor oggi di riaffermare entusiasti e inconsapevoli il principio di stretta legalità e l'immagine dello *iudex* come *servus legis*, che la propaganda giuridica borghese da due secoli ha loro instillato nel cervello”, così Paolo Grossi nel suo *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2006 (ma 1995), p. 163.

attuazione, il cosiddetto comando formale, poiché se si assumono le parole come simbolo dell'intero e indivisibile ordine giuridico, è ovvio che legge e giustizia si equivalgono e così ad esempio nella famosa scritta «La legge è uguale per tutti»¹⁸.

Quindi, in questa prospettiva, che ci riconduce sempre più verso la speculazione capograssiana, “l'area della giustizia è più vasta di quella della legge”. Infatti, per Satta, “la giustizia ricomprende in sé la legge, che ne è un elemento o se si vuole un momento, ma, lungi dall'esaurirla, sta rispetto ad essa come la parte sta al tutto”¹⁹. Nell'argomentare l'autore si ricollega in modo chiaro a quanto ebbe ad affermare Capograssi nel saggio *Intorno al processo*; infatti, “essendo la legge astratta, è assolutamente impossibile (sul piano giuridico) parlare di giustizia per la legge, in quanto la giustizia si realizza nel concreto, e ha un senso solo nel concreto”²⁰.

In tal modo si palesano le intuizioni capograssiane intorno alla inconsistenza d'una legge avulsa dal processo; la legge, ricordiamolo, non è qualcosa che si possa applicare dall'esterno, la legge dipende per la sua attuazione non da un atto di volontà, quale si manifesta il comando del legislatore, bensì “dipende per la sua attuazione dal potere del soggetto, dall'azione”²¹. In definitiva, la legge dipende dal processo perché fuori dal processo questa rimane astratta, inidonea a regolare la realtà concreta. La regola, come ben evidenzia Capograssi, emerge non dall'alveo del legislatore, ma dal dispiegarsi concreto della propensione delle parti alla regolarità.

Infatti, anche per Satta l'attuazione della legge nel processo passa attraverso la sua trasformazione in legge del caso concreto. Egli scrive: “per dare un senso all'attuazione della legge (se si vuol confermare questa espressione, al che non abbiamo nulla in contrario) bisogna uscire dalla immagine, traducendola in termini reali, e cioè riportarla alla dinamica dell'ordinamento”²².

18 S. Satta, *sub voce Giurisdizione* in *Enciclopedia del diritto*, p. 220.

19 *Ibidem*.

20 *Ibidem*, pp. 220-221.

21 G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., p. 147.

22 S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 221.

Appare evidente come l'ordinamento, a cui fa riferimento l'autore, non possa essere da lui inteso in senso formale, ovvero quale insieme di disposizioni giuridiche poste dall'autorità competente, piuttosto vada recepito quale processo di ordinamento, quindi come un complesso di attività che tendono a riportare ordine all'interno di una controversia, a risolvere la crisi generata dal sorgere del caso controverso. Sicché la legge va tradotta in termini reali avendo come punto di riferimento la risoluzione della concreta crisi e non già, ad esempio, un inserimento sistematico e, quindi, di per sé astratto, della risultante dell'attività interpretativa all'interno dell'ordinamento giuridico formalmente inteso.

Traducendo, quindi, la legge in concreto, di modo che questa possa realmente essere momento di risoluzione della particolare crisi, non si potrà che riconoscere "che la legge non è e non può essere altro che la giustizia di cui parlano i testi: e questa giustizia è quello che si vuole figuratamente indicare come la sua attuazione"²³. Soltanto se la legge si trasforma in momento di soluzione del caso concreto, in legge del caso concreto abbandonando con ciò la sua veste eteronoma di comando formale posto in essere da una autorità estranea al caso in oggetto, soltanto in questa accezione l'attuazione della legge sarà anche e contemporaneamente attuazione di giustizia. Capograssi evidenzierrebbe come la legge diviene "valore nel rapporto concreto" e non va più, perciò, considerata "come pura e nuda volontà". Per il pensatore di Sulmona, infatti, "la legge è presa qui nel senso pieno solido concreto di volontà diretta a un complesso sistema di principi vitali, ai quali tutto il mondo sociale si riporta, e che costituiscono la concreta e storica ratio di un ordinamento giuridico, ciò che questo ordinamento giuridico vuole col profondo atto di vita e di volontà con cui esiste e si afferma nel concreto"²⁴.

Anche per Satta, quindi, "l'ordinamento si risolve nella giustizia, e la giustizia, lungi dall'essere attuazione della legge nel senso in

²³ *Ibidem*.

²⁴ G. Capograssi, *Intorno al processo*, cit., pp. 149-150. Tali temi verranno poi ripresi da Luigi Caiani nel suo studio su *I giudizi di valore nell'esperienza giuridica*, Padova, 1954.

cui questa comunemente si intende, ha un carattere originario, quindi creativo nella dinamica dell'ordinamento". Va altresì rilevato come per Satta "nessuna legge, esteriore o superiore, può dire: tu sei colpevole, o tu sei innocente, anche se contiene l'ipotesi o la fattispecie di reato. Questa affermazione, che è affermazione dell'ordinamento, non può farsi che nel concreto della giurisdizione, nella «giustizia» di cui parlano i testi, e non i testi soltanto, ma anche la comune intuizione e il comune linguaggio"²⁵.

4. ULTERIORI SVILUPPI DELL'OBIEZIONE POLITICA

Fortemente critica a fronte d'una riduzione dell'attività giurisprudenziale ad applicazione della legge si dimostra anche la prospettiva dell'idealismo giuridico; di tale distanza ne offre chiara testimonianza la polemica intrapresa (sia pur "a distanza") da Giudo Calogero nei confronti di un Alfredo Rocco, che nel suo volume *La sentenza civile. Studi*²⁶, ipotizzava l'utilizzo del sillogismo – sulla scorta evidentemente della perorazione del Beccaria qui richiamato – quale strada regia per la soluzione delle controversie giuridiche, metodo, mutuato dalla logica deduttiva, che implica di per sé l'applicazione automatica della legge da parte dell'organo giudicante. Calogero,

²⁵ S. Satta, *sub voce Giurisdizione*, cit., p. 221. Sempre all'interno della prospettiva dell'esperienza giuridica, per Enrico Opocher il diritto non può "esser «posto» indipendentemente da un continuo confronto con la cangiante realtà di quel mondo umano dal quale esso sorge come norma astratta ed al quale ritorna come definizione di concreti rapporti. Come se l'applicazione, sia pure intesa in quello che io preferirei chiamare il suo momento finale di «osservanza spontanea» o di accertamento vincolante e conseguente realizzazione forzata, non attuasse la piena posizione del diritto [...] giacché ciò che si pone indipendentemente dal processo di attuazione non è il diritto e nemmeno la norma astratta, bensì la fonte da cui la norma discende", così nel saggio *Rapporti tra teoria generale ed interpretazione nella prospettiva della "applicazione" del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", XLII (1965), n. 3, pp. 418 e 420

²⁶ Il testo, *La sentenza civile. Studi*, viene pubblicata dai Fratelli Bocca Editori in Torino nel 1906 (ristampa Milano, 1962).

con tono sprezzante, così argomenta contro tale ipotesi: “chi non potrebbe fare quello che il giudice dovrebbe fare? Non solo il più candido dei professori di logica scolastica quale continuava ad insegnarsi anche in Italia prima della riforma Gentile, ma addirittura l’ultimo dei mortali, e magari una scimmia e un cane con cui si riuscisse a intendersi (cioè a parlare, cioè a entrare in un qualsiasi rapporto semantico: e non è forse un perfetto sillogismo quello per cui l’asino, avendo appreso, come verità generale o universale che dir si voglia, che a un certo movimento del braccio del padrone segue il dolore della frustata, affretta il passo appena si profila l’inizio del movimento?) saprebbe dire quale conclusione discende da quelle premesse. Occorrerebbe mantenere tanti organi giurisdizionali, e amministrare la giustizia in nome della suprema autorità dello stato, se la funzione essenziale e centrale della giurisdizione consistesse veramente nel trovare quale conclusione sillogistica deriva da due premesse già note, come «i debitori sono tenuti a pagare» e «Tizio è debitore»? Le cause potrebbero decidersi per le strade, e non ci sarebbe bisogno né di magistrati né di avvocati, ma solo di uscieri e di carabinieri”²⁷.

Al fine di non ridurre il potere giudiziario all’animale da soma del legislatore o, in altri termini, al *razionale*, chiamato di volta in volta al *redde rationem*, appare quindi utile rivedere la rigida inclusione del diritto nella legge.

5. BREVE CONSIDERAZIONE INTORNO ALLA PRIMA OBIEZIONE

Gli autori richiamati nel paragrafo precedente esprimono un profondo dissenso a tale riduzione facendo leva su quella che a loro avviso è necessità politica d’autonomia della giurisprudenza dal potere legislativo. Di modo che in quella che noi definiamo comunemente una *democrazia avanzata* (ad ogni buon conto rammentiamo che tali pensatori non si sono formati, né nella loro intelligenza hanno elaborato i loro scritti all’interno d’un contesto che

²⁷ G. Calogero, *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*, Padova, 1937, p. 50.

potremmo definire propriamente democratico), la magistratura non sia soggetta al potere legislativo, ma possa, in autonomia, integrare ed adattare alla realtà contingente la legge.

Si tratta in definitiva d’una presa di posizione frutto d’una particolare visione dei rapporti politici, che mira al *bilanciamento dei poteri* in una prospettiva che vede un loro concorso nella concreta determinazione della regola giuridica (quindi, non una rigida separazione degli stessi avuto riguardo alle loro precipue funzioni). Ma tale opzione è soltanto una fra le molte che possono essere adottate al fine di regolare i rapporti sociali e si contrappone ad esempio a quella che vede una soluzione a tale questione in una rigida separazione dei poteri rispetto alla loro funzione; sicché il potere legislativo *fa* la legge e quello giudiziario la *applica* (senza interferire nella funzione propria al legislativo)²⁸.

Si tratta insomma d’una critica non direttamente, in quanto frutto d’una opinabile (sia pur condivisibile) scelta di campo.

Va rammentato come la storia del pensiero giuridico degli ultimi due secoli sia intrisa di polemiche fra i fautori d’una prospettiva codificata ove la giurisprudenza sia soggetta alla legge e coloro che, all’incontrario, tendono a riconoscere proprio all’attività giurisprudenziale un ruolo centrale nella determinazione del diritto. Basti richiamare lo scontro dottrinale che vede protagonisti sul suolo germanico nel primo Ottocento Savigny e Thibaut²⁹ ;

²⁸ Tale posizione è condivisa da uno studioso quale Uberto Scarpelli, per questi infatti “ la democrazia liberale e la democrazia sociale, o socialista, ma erede della tradizione liberale, si distinguono dalla democrazia totalitaria grazie all’impegno di specifiche tecniche per l’accertamento degli orientamenti politici dei cittadini e per la formazione delle leggi esprimenti la volontà generale, mentre gli organi dello stato, compresi gli organi giudiziari [...] sono legati alla volontà generale espressa nella legge [...]; alle decisioni politiche prese dall’organo di rappresentanza politica, il parlamento, tutti concorriamo, sia pure in maniera minima, indiretta ed esposta ad ogni sorta di pressioni e compressioni; il giudice che si svincola dalla legge è invece per me, cittadino, il portatore di un potere autocratico, al quale resto estraneo, un piccolo despota, benché certo nel caso del giudice progressista, un despota illuminato”, così in *I magistrati e le tre democrazie*, in “Rivista di diritto processuale”, XXV (1970), n. 4, pp. 653 e 658.

²⁹ Cfr., fra gli innumerevoli studi in proposito, G.

le posizioni assunte Oltre Manica da John Austin con il suo contributo a favore d'un diritto codificato, *The Province of Jurisprudence Determined*³⁰; polemica che si infuoca a cavaliere tra Otto e Novecento con il *Freirechtsbewegung* promosso tra gli altri da Kantorowicz con il suo *La lotta per la scienza giuridica*³¹. Nella nostra penisola vanno rammentati, fra i molti, gli interventi di Sergio Cotta³² e Luigi Lombardi³³, il dialogo, recentemente riproposto³⁴, fra Nicola Matteucci e Norberto Bobbio, nonché il fenomeno dell'uso *alternativo del diritto*³⁵.

Al di là della indubbia autorevolezza degli autori dobbiamo riconosce di trovarci di fronte a delle opzioni non ineludibili e pertanto non tali da dirimere definitivamente il dibattito dottrinario in tema.

6 UNA OBIEZIONE DI NATURA TECNICA

Forse più decisiva in merito alla necessità di integrazione dell'opera del legislatore da parte della giurisprudenza potrebbe apparire la banale constatazione per la quale, al di là di ciò che il legislatore del 1942 ci suggerisce nel

Marini, *La codificazione in Germania. Introduzione generale alla raccolta di scritti di A. F. J. Thibaut – F. C. von Savigny, La polemica sulla codificazione*, trad. it. Napoli, 1989.

30 Trad. it. a cura di M. Barberis, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1996.

31 Si veda la ristampa anastatica della trad. it. Milano, 1908 proposta dall'editore Forni nel 1988.

32 *La sfida tecnologia*, Bologna, 1969.

33 *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

34 Vedi N. Matteucci – N. Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Brescia, 2021 con una introduzione di Tommaso Greco.

35 Cfr. i volumi curati da P. Barcellona *L'uso alternativo del diritto. Scienza giuridica e analisi marxista*, Roma-Bari, 1973, ove sono riportati i contributi di T. Blanke, U. Cerroni, B. De Giovanni, A. Di Majo, L. Ferrajoli, F. Galgano, F. Mazziotti, U. K. Preuss, S. Rodotà, J. Seifert, E. Spagna Musso, G. Tarello e R. Wiethlöter, e *L'uso alternativo del diritto. Ortodossia giuridica e pratica politica*, Roma-Bari, 1973, ove sono riportati gli interventi di R. Guastini, C. U. Schminck, N. Lipari, N. Salanitro, F. Governatori, D. Pulitanò, A. Pavone La Rosa, F. Leonardi, G. Cotturri, R. Wiethölter, E. Russo, E. Grasso, A. Cataudella, P. Abadessa, L. Barbiera, L. Ricca, G. Vecchio, U. Ruffolo, P. Vittle, C. Varrone, F. Merusi, G. Ghezzi, M. Bin, P. Picone, J. Agnoli, S. Andò, A. Chiappetti, M. Costantino, C. Amirante.

primo comma dell'articolo 12 delle *Disposizioni sulla legge in generale*, il "significato proprio delle parole" non esiste all'interno di un linguaggio ordinario, quale è quello giuridico sia pur integrando il primo con elementi tecnici propri al suo oggetto³⁶.

L'espressione sopra richiamata implica l'adesione implicita dell'estensore della stessa "a quella teoria del significato – al tempo stesso ingenua e fallace – secondo cui ogni parola incorpora un significato intrinseco, che dipende dalla sua stabile relazione col mondo (con la realtà extralinguistica), e non dai mutevoli usi linguistici dei parlanti e degli interpreti: «nomina sunt consequentia rerum». Se si conviene, però, che la teoria in questione non ha fondamento, giacché non esiste affatto una cosa come il significato «proprio» delle parole, la disposizione in esame non può essere intesa alla lettera"³⁷.

36 Vedi Belvedere *sub voce Linguaggio giuridico*, cit., p. 560.

37 R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 393. Cfr. anche G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 26. Sull'argomento è intervenuta più di recente anche Francesca Poggi, *Contesto e significato letterale*, in P. Comanducci – R. Guastini, *Analisi e diritto*, 2006, Torino, 2007. Nel saggio citato, "si è negata l'utilità della nozione di significato letterale di un enunciato, non perché le parole che in esso compaiono non abbiano significato alcuno, bensì perché (1) tali significati possono essere vaghi, molteplici, generici; (2) la proposizione espressa può essere vaga, ambigua, generica (anche indipendentemente dal fatto che lo siano i termini che in essa compaiono) e il suo riferimento e quasi sempre indeterminato; (3) per un difetto non eliminabile di eternizzazione; (4) perché il background di assunzioni di fondo non rientra né può essere incluso nel contesto semantico [... pertanto ...] il contesto svolge un ruolo imprescindibile nell'individuazione del significato di un'enunciazione", così a pp. 187 e 188. Il contributo, alla cui lettura si rimanda, è corredato da interessanti riferimenti bibliografici non solo inerenti alla letteratura giuridica in argomento e da una breve, ma significativa, rassegna giurisprudenziale in argomento di interpretazione letterale. Per una critica delle teorie interpretative in chiave di *significato letterale* cfr. anche G. P. Monateri, *Interpretazione del diritto*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, pp. 36 e segg. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004, ritiene che "la molteplicità delle interpretazioni, si noti, non dipende tanto dalla equivocità – diciamo così – «oggettiva» del linguaggio in cui gli enunciati normativi sono

I termini presenti nel linguaggio giuridico non sono cioè inequivocabili, ovvero nella stragrande maggioranza dei casi non possiedono un significato univoco (si pensi al sostantivo *articolo* ed ai suoi molteplici significati nel lessico ordinario). Pertanto colui che è chiamato ad applicare la regola (giuridica) formulata per forza di cose con il linguaggio ordinario, prima di operare concretamente dovrà interpretarla, ovvero offrire ai significanti un significato districandosi fra termini ambigui e vaghi collocati all'interno di costruzioni sintattiche. Il percorso è quindi irto di ostacoli di natura semantica, sintattica ed anche logica, se prendiamo in considerazione antinomie e ridondanze³⁸.

Insomma non potrà procedere attraverso una applicazione logica o meccanicistica proprio perché l'oggetto della sua attività non è formulato con un linguaggio formalizzato, l'unico suscettibile di applicazione automatica. Nel linguaggio formalizzato ogni termine possiede uno ed un unico significato, indicato attraverso prevee definizioni stipulative. Questo è il linguaggio della logica deduttiva e, quindi, anche della matematica, ove l'operatore non deve interpretare i termini che compongono l'algoritmo, perché il loro significato è reso preventivamente palese ed univoco. Non appare un caso che questo particolare linguaggio possa venire applicato più che proficuamente dalle macchine calcolatrici.

Il testo va pertanto indagato al fine di coglierne il significato, il quale dipenderà di volta in volta da variabili non tutte e non sempre controllabili dall'estensore. Da qui deriva quella necessaria ed ineliminabile autonomia, che caratterizza l'attività interpretativa ed applicativa del testo (legislativo).

A tale proposito sovviene una seconda questione inerente a ciò che il testo (il documento redatto) è: se il punto di riferimento dell'attivi-

(spesso) formulati, sebbene anche da questo. Le controversie interpretative dipendono piuttosto: a) dal contesto in cui ciascun enunciato si inserisce [...] b) dalle tesi dogmatiche elaborate dai giuristi [...] c) dalla molteplicità di tecniche interpretative", p. 50.

38 Cfr. per tutti il classico *Diritto e giustizia* di Alf Ross, trad. it. Torino, 1965, pp. 117 e segg.

tà interpretativa, qui presa in considerazione, è *la legge*, vale la pena interrogarsi, se la stessa possa venire annoverata fra quei documenti dispositivi ("il documento dispositivo può contenere qualunque tipo di dichiarazione di volontà"³⁹), nei quali la dichiarazione di volontà avviene con la formazione del documento stesso, oppure a quei particolari documenti dispositivi, i documenti riproduttivi, i quali, come evidenzia Carnelutti⁴⁰, riproducono una dichiarazione già in altro modo effettuata.

Ci stiamo addentrando in una questione solo apparentemente di *lana caprina*⁴¹; infatti, nel caso in cui si accettasse questa seconda ipotesi, il documento sarebbe sì l'oggetto dell'attività interpretativa, ma questa sarebbe in ogni caso attratta, operando su una riproduzione della volontà, ad indagare, nella ricerca di significato, la volontà originaria, in quanto momento crono-logico antecedente al documento stesso, il quale non avrebbe senso se separato dalla volontà, altrimenti espressa e di cui è mera rappresentazione. Viceversa, se si ritenesse che la volontà politica, la quale è indicata dall'atto della promulgazione, si sia manifestata e non solo estrinsecata nella formulazione del documento, allora sarà il documento a palesare in sé e per sé la volontà e, pertanto, ad essere esclusivo oggetto dell'attività interpretativa, la quale, al fine di svolgersi correttamente, non dovrebbe indagare ciò che si trova al di fuori dal documento.

In definitiva, per un verso si pone all'attenzione dell'attività interpretativa la *volontà del legislatore*, la quale, pur rappresentata nel/dal

39 Si veda Francesco Carnelutti nella voce *Documento - Teoria moderna*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, p. 87.

40 *Ibidem*.

41 Per Guastini, "spesso non si distingue - come pure sarebbe opportuno - tra interpretazione del testo in quanto tale e l'interpretazione del comportamento umano consistente nel produrre quel testo. Vero è che la linea di demarcazione tra le due cose, se mai sussiste (il che non è certo), è assai sottile. Nondimeno, la distinzione concettuale va tenuta ferma: altro è interrogarsi sul significato delle parole, altro è interrogarsi sulle supposte intenzioni del parlante", *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 4. Tale argomento viene trattato anche da F. Viola - G. Zaccaria, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2000, pp. 120-121.

documento, risulta prioritaria sullo stesso nella ricostruzione del significato, per altro si ritiene che esclusivo oggetto di interpretazione sia *la legge*, ovvero il documento formulato. Le due prospettive sono solo apparentemente fra loro parallele e difatti non giungono a convergenza; una cosa è interpretare la legge, altra è interpretare la volontà politica del legislatore. Va operata una scelta ed il giurista di trova di fronte ad un dilemma ben presente nella formulazione del primo comma del sopra richiamato articolo 12 che pone accento al “significato proprio delle parole” accanto alla “intenzione del legislatore”.

7. VERSO UN GIUDICE ATTIVISTA

La riflessione in materia proposta da due cultori del diritto costituzionale, Massimo Severo Giannini e Vezio Crisafulli, pare ricondurci a quanto evidenziato nel paragrafo precedente, essendo più legata a constatazioni di fatto, che ad opzioni soggettive. Non va dimenticato come le loro riflessioni si basino sull'attività della Corte costituzionale.

È Crisafulli nelle sue *Lezioni di diritto costituzionale* a suggerirci in merito alla supposta sussunzione del diritto nella legge: “non solo le norme non vanno confuse con l'atto, di cui si configurano come l'effetto o il prodotto, ma nemmeno sarebbe esatto identificarle (come molti fanno) con le «disposizioni»: le quali costituiscono propriamente il contenuto prescrittivo dell'atto, il «voluto» in esso manifestato, e possono vedersi, in un certo senso, come l'atto medesimo (o una sua parte) nella sua unità dialettica di forma e contenuto”. Per Crisafulli, che qui definisce la distinzione fra disposizione e norma⁴², “le norme, invece, lungi dal configurarsi come un elemento dell'atto, ne stanno fuori, quali entità staccate ormai dalla loro fonte (dall'atto che le ha poste), con un proprio significato, che può in varia misura divergere, e tanto più con l'andar del tempo, da quello originariamente espresso dalle rispettive disposizioni, singolarmente considerate, poiché esso si determina in

42 Che vedrà istituzionalizzazione anche nella voce *Disposizione (e norma)* da egli redatta per l'*Enciclopedia del diritto*.

funzione dell'ordinamento complessivo, e su di esso perciò si riflettono altre norme a questo appartenenti”⁴³. Egli ci indica come la legge “è fonte delle norme: una tra le possibili fonti (di norme) del diritto oggettivo”⁴⁴.

Sulla stessa falsariga (meglio, anticipandola) si colloca la riflessione di Massimo Severo Giannini, per il quale “contrariamente all'opinione corrente la norma come fatto, o meglio il fatto della norma, è ben lontano dall'essere un'entità sicura e apprensibile; ma costituisce uno dei fatti più incerti che possano sussistere in un ordinamento”⁴⁵.

L'incertezza intorno alla norma ritrova, per l'autore, la propria ragione in due cause; la prima, va ricercata nel “fatto che la norma è cosa distinta dal testo normativo, e che è cosa distinta dalla sua fonte”, sicché la norma non è riconducibile pienamente né al testo (definito con il termine di disposizione), né alla fonte che lo ha posto in essere. Questo dato *tecnico*, per Giannini, fa sì che, in ogni caso (vedi l'intervento correttivo del legislatore integrato dalla giurisprudenza e dalla dottrina) vi sia una non coincidenza fra testo normativo e norma da questo derivata⁴⁶.

Per l'autore, “la fonte crea la norma, ma non riesce a determinare se non parzialmente il contenuto; l'altra parte del contenuto è determinata da altre norme, ossia ogni norma, per sua natura subisce un'estraneazione”, che si manifesta anche contro la volontà dell'autore della norma stessa. In questo senso Giannini può significare che “l'esistere della norma è determinato dal sistema, la fonte [ne determina] invece solo l'essere”; il sistema che determina l'esistere della norma, è un sistema in divenire, il quale non si modifica soltanto “per atti volontari, cioè per nuove leggi o atti normativi in genere [... ma ...] segue il divenire delle comunità associate che usano degli strumenti positivi, attraverso modificazioni, spesso im-

43 V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La corte costituzionale*, Padova, 1984, p. 41.

44 *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., p. 51.

45 M. S. Giannini, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, cit., p. 906.

46 Cfr. *ibidem*, p. 907.

percettibili, indotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza”.

Oltre a tale dato *tecnico*, il rinvenimento della norma è ulteriormente aggravato da cause di natura *storica*, che concorrono a favorirne l'incertezza. Per Giannini “si tratta di questo: col venir meno dello Stato neutro (o a gruppi omogenei, o censitario, o liberale puro, ecc. ecc., a seconda dell'ordine di concetti in cui si ponga) proprio – *grosso modo* – dello scorso secolo, e col sopravvenire di quell'altro tipo di ordinamenti statali, che i costituzionalisti chiamano a regime misto, la legislazione statale è venuta ad accogliere nel suo seno principi giuridici fra loro configgenti”⁴⁷.

Questo ulteriore elemento aumenta l'incertezza della norma, già gravata dal dato *tecnico*, nel momento in cui il legislatore accoglie ed istituzionalizza, nel sistema dei testi dispositivi, principi ed interessi fra loro configgenti; come esemplificato da Giannini, dalla libertà d'impresa alla censura dei monopoli, dalla tutela del risparmio al favorire “forme sempre più ingegnose di credito”. Al di là della necessità di evitare conflitti nel trarre la norma dal testo (o dai testi), “a rendere ancor meno semplici le operazioni, intervengono quegli istituti che, esistendo da tempo antecedente l'introduzione dei nuovi principi, debbono trovare con questi un coordinamento. Di qui una ragione di incertezze sul significato delle norme”⁴⁸.

Sicché a seguito della convergenza fra i due fattori di incertezza si manifesta ineludibile la presenza d'una giurisprudenza *politicizzata*, che integri con la propria attività l'opera del legislatore. Quindi non scelta di campo, ma necessità indotta vuoi dal materiale da applicare, vuoi dalla realtà sociale da regolamentare.

Non appare un caso che decenni dopo Antonio Baldassarre rilevi: “il classico Stato di diritto [...] suppone che tutta l'attività giuridica (privata e pubblica) sia misurabile secondo parametri di legalità e sia, quindi, controllabi-

le giurisdizionalmente. Sin dall'epoca in cui dominava questa forma di Stato, è stata da più parti sottolineata la rottura prodotta su questo principio della giustizia politica, cioè da quella attività di ponderazione e di composizione di interessi confliggenti o distinti che viene svolta in forma giudiziale”⁴⁹. Soltanto all'interno di una compagine statale caratterizzata dalla sola vigenza dei diritti civili e politici, ovvero dall'astratta eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, questa (eguaglianza) deve ritrovare immediata applicazione da parte dell'organo preposto, lasciando al solo legislatore il compito di stabilire i modelli a cui adeguare i comportamenti concreti; ogni intromissione da parte di altri organi dello stato nell'attività politica risulta esiziale a tale forma di stato.

Per l'autore, infatti, “in un sistema fondato sul principio della «libertà naturale» (o negativa) la giurisdizione può essere idealmente concepita come *bouche de la loi*, in quanto che lo stesso principio di fondo esige, per la sua piena osservanza, giudici «non-attivisti» e strettamente legati al tenore della legge stessa”⁵⁰. Ci troviamo, dunque, di fronte ad una regolamentazione dei rapporti giuridico politici improntata sulla netta separazione (più che dei poteri) delle funzioni attribuite agli organi dello stato.

Sottolinea Baldassarre come, con l'apparire dello stato democratico, o sociale che dir si voglia, “viene ampliato il concetto [di giustizia] attraverso un uso più esteso e più penetrante [...] delle «clausole generali» (ordine pubblico, ecc.) e dei «concetti indeterminati» (utilità sociale, ecc.)” e, contemporaneamente, si assiste all'istituzionalizzazione di “una particolare forma di giustizia politica, quella delle Corti costituzionali [...] la quale [...] è chiamata anche a commisurare continuamente le decisioni legislative ai valori astratti fissati in Costituzione e ai criteri di una ancor indeterminata «ragionevolezza», secondo il modello di legalità proprio dello «Stato di diritto materiale»”⁵¹.

In questo quadro si assiste ad una modificazione dell'idea di legalità, la quale non appare

47 *Ibidem*. Come noto Giannini svilupperà il tema del passaggio dallo stato monoclasse a quello pluriclasse, fra i vari luoghi, nella monografica del 1986 su *Il pubblico potere. Stati ed amministrazioni pubbliche*.

48 *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità costituzionale*, cit., p. 908.

49 A. Baldassarre, *sub voce Diritti sociali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, p. 9.

50 *Ibidem*, p. 10.

51 *Ibidem*, p. 9.

più strettamente legata all'attuazione letterale della disposizione legislativa, bensì quale frutto di un adattamento della stessa ai criteri di ragionevolezza, tanto da supporre che l'attività degli organi giurisprudenziali sia legittima in quanto ragionevole e non perché legata alla sola regola astratta (la presupposizione di un'interpretazione ed applicazione meccanicistica del dettato legislativo caratterizzava, invece, lo stato liberale). Ad un rigido recepimento del principio di legalità si sostituisce l'idea per la quale la risultante di una interpretazione ed applicazione della disposizione legislativa debba conformarsi a criteri di giustizia rilevabili e definibili proprio nell'ambito dell'attività interpretativa.

Constatata, infatti, la vigenza "in uno Stato democratico-pluralistico di una «legalità per valori» [...] che [...] deriva dalla complessa trama sociale che innerva gli organi politici supremi [...] si rende necessaria, per i giudici, una quotidiana opera di integrazione di quei parametri [di ragionevolezza] con il complesso sistema dei valori costituzionali"⁵²; sicché sono i parametri di ragionevolezza assunti di volta in volta a fronte del caso concreto che fanno sì che la decisione, non più ancorabile ad un mero riferimento formalistico, quale appare la lettera della legge, risulti non arbitraria. In questo contesto, l'asse della certezza del diritto si distanzia sempre più dalla disposizione legislativa per inclinarsi verso una concezione di ragionevolezza che di volta in volta deriva dalla mediazione fra i valori e gli interessi sociali in ballo ed i principi (costituzionali) fondanti la comunità sociale, pertanto, dall'astratto principio di legalità a quello concreto di giustizia. Quindi, per Baldassarre, "il significato della classica «divisione dei poteri» e della regola del reciproco controllo e bilanciamento ha finito per ampliarsi fino a ricomprendere anche questa stessa rete pluralistica"⁵³.

In conclusione, "un ordinamento fondato sul bilanciamento del principio di libertà positiva e quello di eguaglianza porta inevitabilmente ad accrescere l'importanza della giustizia politica e a riconoscere in via di principio

52 *Ibidem*, p. 9.

53 *Ibidem*.

un'interpretazione «attivista» del ruolo del giudice, in quanto è chiamato spessissimo a operare bilanciamenti di valore e, in particolare, a mediare «ragionevolmente» fra istanze di libertà e esigenze sociali, fra diritti individuali e diritti sociali"⁵⁴.

8. UNA PRIMA CONCLUSIONE

Raccogliendo le fila del discorso, possiamo riconoscere come gli *inciampi* che pare incorre chi percorra la strada segnata dalla riduzione del diritto alla legge possano sostanziarsi nella totale sottomissione del mondo giudiziario al potere legislativo. Se questa subordinazione potrebbe in linea teorica ingenerare un deriva che conduca il cosiddetto regime democratico verso una forma di gestione dei rapporti politici connotati da una spiccata propensione alla demagogia (in parte riassumibile con la contrapposizione fra una democrazia costituzionale ed una maggioritaria⁵⁵, ove il legislatore si ritrovi ad inseguire sia gli umori degli elettori, che gli interessi propri alla sola maggioranza parlamentare), per altro verso farebbe sì che la modificazione e l'adeguamento della regolamentazione giuridica dei rapporti sociali alle nuove emergenti e sempre mutanti esigenze sia legata ai tempi ed alla volontà del potere legislativo, il quale, come in certi frangenti avviene, potrebbe rivelarsi sin troppo *dormiente*.

Va ribadito come la sola impostazione critica nei confronti della riduzione del diritto a legge non risulti, a ben vedere, dirimente la questione posta all'inizio del contributo; infatti, come più volte sottolineato, le argomentazioni proposte ad esempio da Satta e da Calogero paiono indirizzarsi – per lo meno così come sono state qui presentate – più verso la *prescrizione* su di una giurisprudenza attiva nella determinazione della norma giuridica, che verso la *descrizione* di una attività giurisprudenziale che sia effettivamente indirizzata verso la definizione della norma e, quindi, del diritto a

54 *Ibidem*, p. 10.

55 Cfr. S. Stammati, *Una decisione condivisibile messa in forse da un impianto argomentativo perplesso e non persuasivo*, in "Giustizia costituzionale", XLVIII (2004), n. 1, p. 399.

partire dal dato legislativo. Si tratterebbe quindi dell'enunciazione di un'opzione, fra le molte possibili e che dunque non assume alcuna connotazione di necessità.

Diversa appare la questione se esaminata alla luce dell'ineliminabile ambiguità e vaghezza che caratterizza il linguaggio ordinario utilizzato nel discorso giuridico, a maggior ragione se colta tenendo presente lo iato che separa un'attività interpretativa volta a cogliere attraverso il testo la volontà del legislatore da una che, all'incontrario, ritiene che nel testo vi sia espressa *alla lettera* la volontà di tale organo. Quindi il tentativo di fornire un significato al documento rimanendo racchiusi all'interno d'una rigida interpretazione testuale, contrapposta allo sforzo di coglierne il significato corrente attraverso un'indagine extra-testuale. Qui, a prescindere dalla strada prescelta, l'attività giurisprudenziale appare necessariamente integrativa di quella legislativa, tanto da poter ritenere che la prima integri e completi la seconda a maggior ragione in un contesto caratterizzato dallo "stato di diritto materiale", a cui si riferisce Baldassarre.

La giurisprudenza va quindi pienamente annoverata tra le fonti del diritto, tanto da poter attribuire l'articolo primo delle *Disposizioni sulla legge in generale* il significato ai sensi del quale *sono fonti del diritto: la legge, i regolamenti, gli usi, i quali costituiscono oggetto primario dell'attività interpretativa ed applicativa svolta dalla giurisprudenza*. È la giurisprudenza, che, avuto riguardo a queste fonti, determina il diritto.

Per un verso, la giurisprudenza determina a partire dalle fonti la norma atta a dirimere la controversia e per altro la giurisprudenza indica il diritto sulla cosa giudicata.

9. ALTRE QUESTIONI DA RISOLVERE PRIMA DI CONCLUDERE

La questione parrebbe risolta se non sorgessero a latere degli altri inciampi, che potrebbero indurci ad abbracciare non troppo strettamente la soluzione ora palesata.

Infatti, ritornando al problema del linguaggio, l'evidenziato rapporto non lineare ed univoco fra significato e significante potrebbe ri-

sultare foriero d'un'attività arbitraria da parte dell'organo interpretativo-applicativo della disposizione, facendo venir meno, come ben denunciato dagli Illuministi, quella certezza a cui il mondo del diritto aspira. Parimenti interviene sulla certezza del diritto un'indagine extra-testuale protesa ad indagare di volta in volta l'intenzione del legislatore⁵⁶.

Sicché depotenziando notevolmente la validità (intesa quale capacità di dominare il fenomeno indagato) di una teoria che riconduca il diritto alla legge, poniamo in bilico anche il sistema valoriale in funzione del quale si è generata; istanze che vanno dall'idea di certezza del diritto accompagnata all'esigenza di prevedibilità delle reazioni dell'ordinamento, alla necessità, propria al regime democratico, che le regole giuridiche siano discusse e poste in essere dai rappresentati del popolo e non da funzionari professionali privi di responsabilità politica, ne risulterebbero lese.

Pare insomma che l'alternativa, uscendo dal monismo (forte) e non volendo approdare ad un dualismo di sapore giusnaturalistico, sia quella di porsi nelle mani (auspicabilmente coscienziose) del *sovrano del caso particolare*, ovvero di colui che detiene il potere di dare attuazione, dopo averlo significato, al comando legislativo. Ipotesi, questa, in vero tratteggiata – se non implicitamente caldeggiata – da un autore quale Hans Kelsen⁵⁷.

Forse, esaminando le cose da un certo punto di vista, il baratro dell'incertezza del diritto non è così vicino come potrebbe apparire. Un'opportunità potrebbe venire offerta proprio da una banale riflessione volta a cogliere

56 Giovanni Tarello nel suo studio su *L'interpretazione della legge*, qui già richiamato, individua quindici figure argomentative attraverso le quali può evidenziarsi l'ipotetica intenzione del legislatore.

57 Si veda ancora Hans Kelsen sull'interpretazione autentica. La lettura di tali passi fa sovenire alla mente la cosiddetta "giustizia da Cadì", di cui parla Max Weber (*Economia e società. Sociologia del diritto*, III, trad. it. a cura di Pietro Rossi, Milano, 1961, p. 132) descrivendola come fenomeno giuridico irrazionale e contrapponendola come prassi a quelle istanze razionali tendenti ad una attività giuridica rigorosamente formalizzata, a cui – paradossalmente – tende l'intera costruzione kelseniana, ma che ritrova proprio nella sua concezione dell'interpretazione autentica una palese contraddizione.

ciò che sta alla radice del *certo*. Un *certo*, sia ben chiaro, che, nell'universo di discorso giuridico, non va colto in una prospettiva logico-deduttiva o matematica che dir si voglia (se non altro perché abbiamo a iosa riconosciuto come il linguaggio giuridico non sia quello formalizzato utilizzato da tale prospettiva); fra l'altro il termine in questione (al pari del *giusto*) non viene utilizzato *nel parlar forbido* di tale prospettiva a tutto vantaggio del termine *valido* o, nei limiti della logica induttiva, del *corretto*.

È evidente che alla radice del *certo-certus* (nel suo etimo) vi sia il *cerere*; la cernita tra due o più opzioni. Sicché ciò che è certo non è un'entità a cui non si dà (logicamente) alternativa (se così fosse si dovrebbe utilizzare il termine *valido*), piuttosto è il frutto di una ponderata scelta tra più alternative. Se le cose stanno in questo modo, allora il diritto è certo non perché non si diano razionalmente alternative, piuttosto perché è la risultante d'una scelta fra più possibilità condotta con ponderazione, potremmo dire con prudenza. Ecco che appare la giurisprudenza.

Una giurisprudenza il cui compito precipuo, lungi dal sillogizzare, è quello di attribuire significato ai significanti che compongono le disposizioni, trasformandole in norme⁵⁸. Quindi, la giurisprudenza ha il compito di esperire il diritto, trasformando la legge astratta in concreta regola di condotta per mezzo della quale valutare l'azione⁵⁹.

58 Si vedano ancora i contributi di Massimo Severo Giannini e di Vezio Crisafulli qui richiamati.

59 Per Capograssi, "l'interpretazione è ineliminabile dalla vita giuridica non per la pretesa generalità della legge, non perché la legge non possa prevedere i casi singoli, ma perché la singola norma, la singola legge, il singolo comando che sono sempre particolari formazioni, debbono essere ricondotti alla loro vera essenza spirituale e razionale e non possono esserlo, se non in quanto sono riportati a questa profonda esigenza di formazione della vita giuridica come unità, come realizzazione dei principi costitutivi di questa vita, solo per i quali quelle leggi quei comandi quelle norme singole hanno significato e valore originale", *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in *Opere*, vol. II, Milano, 1959, p. 490. Per l'autore, "in altri termini si tratta di cogliere la razionalità concreta che dà il valore all'azione che fa il valore dell'azione. Questa ricerca del principio o valore al quale misurare l'azione e decidere in virtù di essa la controversia è un ritrovamento del principio adeguato alla controversia. È indifferente se il principio sia già obiettivamente posto prima e al di fuori della controversia: non si tratta di trovare un principio

In questo contesto è la giurisprudenza che pone in essere il processo di ordinamento giuridico, non inteso quale rigido sistema di disposizioni (pre-)poste dal legislatore, ma quale costante moto di risoluzione di controversie attraverso l'individuazione della regola capace di dirimerle. La determinazione della regola avviene non in astratto, ma avuto riguardo al caso concreto.

Pertanto il moto di ordinamento giuridico è il frutto d'un approccio inter-sistemico⁶⁰; da un lato l'insieme delle disposizioni, dall'altro i valori, gli interessi, le aspirazioni che caratterizzano un certo momento storico di un dato contesto sociale. Dall'incontro dei sistemi regolamentativi la vita sociale scaturiscono di volta in volta le norme: il diritto sul caso controverso.

In questo senso il diritto si palesa alla conclusione di un processo di ordinamento, non al suo inizio; Giuseppe Capograssi direbbe che il diritto si forma all'interno del processo⁶¹.

generale come si farebbe in una ricerca teorica, si tratta di trovare il principio che costituisce il valore al quale adeguare l'azione o le azioni che formano l'oggetto della controversia. [...] La regola alla quale conformare l'azione, che deve regolare l'azione, si presenta appunto come regola decisiva della controversia e cioè come regola che è uscita fuori dalla sua generalità indistinta e si è concretata e determinata in modo da poter essere misura adeguata dell'azione che è concreta e determinata", *ibidem*, p. 530.

60 In questo modo, per Luigi Caiati, In questo modo, per l'autore, si coglie "il processo di traduzione e recezione delle valutazioni sociali metagiuridiche nell'ambito dell'ordinamento positivo, cioè in forma giuridicamente valida [...]. Vale a dire che è in questo compito fondamentale della giurisprudenza che si può cogliere, in un certo senso, lo stesso processo produttivo del diritto, il quale invero, da questo punto di vista, potrebbe esser visto come un processo sempre più approssimato e determinato di traduzione dei giudizi di valore operanti socialmente in giudizi di valore operanti giuridicamente", *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, cit. p. 209.

61 All'interno di tale contesto e sulla scorta del pensiero di Capograssi, per Enrico Opocher va solcata "una prospettiva processuale del diritto e cioè una prospettiva che, relativamente ai rapporti tra diritto e processo, non considera il processo in funzione del diritto, come se avesse il compito di ristabilire un ipotetico ordine giuridico compromesso dall'insorgere della controversia, ma, piuttosto, il diritto in funzione del processo, nel senso che tutta l'esperienza giuridica è condizionata dalla esigenza di risolvere le controversie", *Riflessioni su*

Il compito della giurisprudenza non è pertanto quello di creare il diritto (compito creazionista che invece certa prospettiva attribuisce al legislatore), questa si limita a determinarlo, attingendo ai valori sociali e tramutandoli in valori giuridici, incrociandoli con disposizioni. È fonte nel senso più proprio del termine, in quanto luogo ove sgorga il diritto, non dove si crea⁶².

Ma nel far ciò deve effettuare una cernita tra le varie opzioni contingentemente possibili; allora, volendo ritornare alla domanda iniziale: cos'è il diritto? Il diritto è la risposta più o meno convincente ad una domanda disgiuntiva.

POSTILLA

Poc'anzi si è rilevato che la *fonte* è il luogo (figurato) ove sgorga il diritto. Nel far ciò si è raccolto e seguito le suggestioni di Enrico Paresce racchiuse nella sua voce *Fonti del diritto (Filosofia del diritto)* apparsa nella *Enciclopedia del diritto*⁶³. Il termine fonte è comunemente utilizzato dalla letteratura giuridica nel senso di luogo e di modo di produzione del diritto (si pensi alle fonti atto ed alle fonti fatto, alle fonti primarie ed alle fonti secondarie e così via⁶⁴). Richiamare l'uso del sostantivo fonte (*fons*), quale termine per evocare le caratteristiche dei soggetti coinvolti nella produzione di diritto oggettivo, nonché le sue modalità di produzione, implica l'utilizzo di una metafora al fine di indicare, per

diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di G. Capograssi, in *Studi in onore di Angelo Falzea. I*, Milano, 1991, p. 409. Secondo Salvatore Satta, "il diritto fa la sua apparizione soltanto nel momento del giudizio, quando, cioè sorge l'esigenza di valutare l'azione che si è compiuta, e di affermare in ordine ad essa l'ordinamento, nel momento cioè della giurisdizione, o, per esprimersi con il legislatore o col linguaggio comune, della giustizia. L'ordinamento, in altri termini, si identifica col giudizio", così nella già citata voce *Giurisdizione* a p. 223.

62 E. Paresce, *sub voce Fonti del diritto (Filosofia del diritto)*, in *Enciclopedia del diritto*.

63 Vedi in proposito le riflessioni raccolte a pp. 893-895.

64 Non potendo qui approfondire il discorso si rimanda agli ormai classici contributi di V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale. II*, cit., pp. 1-218 e di V. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, pp. 299-364.

un verso, il fondamento (formale) del diritto oggettivo, ma, per altro, anche il suo punto d'origine, inteso non solo quale luogo in cui questo si manifesta. Nella seconda accezione viene chiaramente ripreso il significato originario di fonte quale punto fisico da cui scaturisce l'acqua. Va tenuto presente come la fonte è il luogo da cui sgorga la vena d'acqua; la fonte (sia questa naturale o artificiale poco importa), è soltanto il punto in cui l'acqua si manifesta passando dal sottosuolo alla superficie, dove diviene utilizzabile dall'essere umano. Sarebbe del tutto errato affermare che la fonte *crei* l'acqua; la fonte, per così dire, permette soltanto all'acqua di manifestarsi e, quindi, di venire utilizzata. Attraverso questo passaggio si modifica la funzione dell'acqua, da fenomeno meramente geo-fisico, non dominato ed invisibile dalla superficie terrestre, diviene, per lo meno potenzialmente, fenomeno economico, elemento controllabile ed utilizzabile, in ogni caso tangibile e disponibile. L'attività interpretativa è quindi solo la fonte (una delle fonti), nel senso sopra indicato, del diritto, rappresentando uno dei luoghi da cui il diritto scorga; in quanto fonte, ovvero sorgente, non può venire concepita come luogo di produzione o creazione del diritto, dato che questo sussiste, sia pure in altro modo e forma prima del suo emergere attraverso la fonte.

In buona sostanza, come soleva dire il mio *Maestro* non può sussistere una regola senza che a monte non vi sia una propensione alla regolarità⁶⁵.

Alla luce di ciò la sentenza della Cassazione penale, sulla scorta della giurisprudenza europea, non crea *ex abrupto*, con un atto di pura volontà, la giurisprudenza quale fonte del diritto, si limita a riconoscere, istituendolo, il ruolo centrale della stessa nella determinazione del diritto.

Marco Cossutta – professore associato di Filosofia del diritto nell'Università degli Studi di Trieste

cossumar@units.it

65 Cfr. F. Gentile, *Filosofia del diritto*, cit.

Pietro Spica, Lorenzo Pezzica, *Storie d'anarchia per 50 ritratti. Racconto corale di immagini, sogni, canzoni e storie*. Prefazione di Michele Serra. Pp. 300, Milano, Shake Edizioni, 2021

Valentina Monateri

ABSTRACT

Storie d'anarchia per 50 ritratti. Racconto corale di immagini, sogni, canzoni e storie di Pietro Spica e Lorenzo Pezzica è un volume che racconta per immagini, per ritratti e per canzoni la storia del movimento anarchico euro-americano. Dalla forte chiamata iconologica, grazie ai ritratti di Pietro Spica che affiancano ogni biografia, scopo di questo volume è dimostrare l'esistenza di una linea continuativa, unitaria, fatta di costanti, del movimento anarchico. Proprio il movimento tra la pagina scritta e la rappresentazione, a volte fiera, arcigna o divertita delle figure raccolte nel volume, aiuta a visualizzare l'ampiezza del tema, il lascito materiale di questi pensatori, la tangibilità di queste biografie.

Storie d'anarchia per 50 ritratti. Racconto corale di immagini, sogni, canzoni e storie di Pietro Spica e Lorenzo Pezzica è un volume che racconta per immagini, per ritratti e per canzoni la storia del movimento anarchico euro-americano. Dalla forte chiamata iconologica, grazie ai ritratti di Pietro Spica che affiancano ogni biografia, scopo di questo volume è dimostrare l'esistenza di una linea continuativa, unitaria, fatta di costanti, del movimento anarchico. Proprio il movimento tra la pagina scritta e la rappresentazione, a volte fiera, arcigna o divertita delle figure raccolte nel volume, aiuta a visualizzare l'ampiezza del tema, il lascito materiale di questi pensatori, la tangibilità di queste biografie.

Lorenzo Pezzica's and Pietro Spica's *Storie d'anarchia per 50 ritratti*. Racconto corale di immagini, sogni, canzoni e storie is a collaborative work that tells the story of the Euro-American anarchist

movement through images, portraits and songs. Starting from a strong iconological call, thanks to Spica's portraits, scope of this volume is to run the continuous lines of the anarchist movement. The movement between the written page and the visual elements of the volume helps to visualize the greatness of the theme, the material legacy of these thinkers, the materiality of these biographies. Lorenzo Pezzica's and Pietro Spica's *Storie d'anarchia per 50 ritratti*. Racconto corale di immagini, sogni, canzoni e storie is a collaborative work that tells the story of the Euro-American anarchist movement through images, portraits and songs. Starting from a strong iconological call, thanks to Spica's portraits, scope of this volume is to run the continuous lines of the anarchist movement. The movement between the written page and the visual elements of the volume helps to visualize the greatness of the theme, the material legacy of these thinkers, the materiality of these biographies.

PAROLE CHIAVE

SPICA; PEZZICA; MOVIMENTO ANARCHICO;
STORIA DELL'ANARCHISMO;
BIOGRAFIE POLITICHE.

KEYWORDS

SPICA; PEZZICA; ANARCHIST MOVEMENT;
POLITICAL BIOGRAPHIES.

L'anarchia non ha casa, non ha mai eretto «Parlamenti, Caserme e Palazzi di Giustizia. L'anarchia non esiste ed è esattamente per questo che gli anarchici sono affascinanti: vedono qualcosa che non c'è», si legge nella prefazione di Michele Serra al recente volume di Pietro Spica e Lorenzo Pezzica *Storie d'anarchia per 50 ritratti* (p. 11). E scopo di questo volume è proprio quello di mostrare il fascino di cinquanta figure storiche, leggendarie, rappresentative della storia del pensiero anarchico, dalle sue origini fino alla contemporaneità. Donne e uomini dell'anarchia vengono presentati al lettore dalla penna da ritrattista di Lorenzo Pezzica che, con occhio memorialistico, affronta le difficili biografie di figure come Camillo Berneri, Carlo Cafiero, Emma Goldman, Errico Malatesta, Gaetano Bresci, Gustav Landauer, Marija Spiridonoba, Max Stirner, Michail Bakunin, Paul Goodman, Pëtr Kropotkin, Pierre-Joseph Proudhon, Pietro Gori, Simone Weil, Voltarine De Cleyere, William Godwin, e altri.

Pezzica, già autore di due volumi dedicati a biografie ribelli: *Anarchiche. Donne ribelli del Novecento* (Shake edizioni, 2013) e *Le magnifiche ribelli (1917-1921)* (Milano, 2017), torna sul difficile compito di raccontare biografie rivoluzionarie, ribelli, anarchiche che, sebbene lontane tra di loro dal punto di vista anagrafico, geografico, sociale e culturale, si incontrano nell'orizzonte del movimento libertario, sempre sospettoso di ogni forma di potere e di oppressione.

In ordine alfabetico, il volume ricostruisce le storie dei fondatori del pensiero anarchico classico: dai già citati Godwin e Proudhon, a Michail Bakunin e al suo celebre confronto-scontro con Marx, fino a Max Stirner, autore, tra il 1844 e il 1843, dell'opera fondamentale *L'unico e la sua proprietà*, giudicata dalla censura prussiana «troppo assurda per essere pericolosa» (p. 177). A queste figure si affiancano gli eroi della guerra civile spagnola: da Francisco Ascaso a Buenaventura Durruti, protagonisti, insieme a Garcia Oliver, del gruppo «Los Solidarios» cantato da Chicho Sánchez Ferlosio nel *Canconero de Durruti* (p. 39). Vi compaiono figure poetiche e solitarie come quella di Gustav Landauer, una

figura che si staglia a cavallo tra l'anarchismo delle origini e quello della contemporaneità (cfr. G. Ragona, *Gustav Landauer. Anarchico, ebreo, tedesco*, Roma, 2010), portatore di una diversa visione della rivoluzione, una «capace d'integrare anarchismo e socialismo, individuo e comunità, libertà e giustizia sociale» (p. 120).

Ancora, il volume offre al lettore le biografie di alcune fondamentali figure femminili del pensiero anarchico classico e post-classico, portatrici di un'idea di lotta anarchica come lotta *individuale, personale, d'abitudini*; del resto, come ebbe a dire Emma Goldman: «La storia ci ha insegnato che ogni classe oppressa ha ottenuto la sua liberazione dagli sfruttatori solo grazie alle sue stesse forze. È dunque necessario che la donna apprenda questa lezione, comprendendo che la sua libertà si realizzerà nella misura in cui avrà la forza di realizzarla. Perciò è molto più importante per lei cominciare con la rigenerazione interna, facendola finita con il fardello di pregiudizi, tradizioni, abitudini» (p. 62). Si raccontano, allora, al di là della nota biografia della Goldman – «ancora oggi una delle voci più rappresentative del movimento anarchico internazionale e anarcofemminista» (p. 62) –, gli eventi caotici della vita di Ida Mett, anarchica bielorusa, collaboratrice di Nestor Makhno e poi autrice di un pamphlet, nel 1948, fondamentale per l'analisi e la revisione storica del *machnovismo*, dal titolo *Souvenirs sur Nestor Makhno* (p. 126). Si passa, tra le altre, alla biografia ricca e complessa di Louise Michel, figura centrale della Comune di Parigi, cui Victor Hugo dedica un omaggio poetico dal titolo *Viro major* (p. 139); più tardi Paul Verlaine l'avrebbe cantata nella *Ballade en l'honneur de Louise Michel* (p. 141) e con il cui nome, infine, nel 2020, è stata varata la nave per la missione umanitaria nel mediterraneo finanziata da Banský (p. 140). Una figura certamente non convenzionale, fuori dalle righe e, per questo, propriamente «un'anima della Comune», che «nella città affamata si occupa di trovare cibo per i bambini, soccorre i feriti guidando l'ambulanza, incoraggia i combattenti e combatte lei stessa [...]» (p. 138).

La ricchezza del volume consiste nella presentazione di un affresco variegato di individualità uniche, tutte legate al movimento anarchico e che dimostrano, nella limpidezza del racconto biografico, la difficoltà della «definizione di anarchico». Come ha scritto Michele Serra, infatti, citando la definizione Treccani, secondo cui un anarchico è un insofferente alle leggi imposte dall'esterno, «l'insofferenza delle regole, e l'estremo culto della libertà, sono ingredienti che possono generare tutto e il contrario di tutto» (p. 13). Da qui, la difficoltà di definizione. Tutto è possibile nell'orizzonte dell'anarchismo, ma questi racconti biografici dimostrano abbastanza facilmente, attraverso la penna di Pezzica, cosa *non* è possibile, cosa *non* è accettabile per un pensatore libertario. Dato, invero, che la divertita prefazione di Serra non riesce molto a mettere in luce. Infatti, al di là di presentare le biografie interessanti degli stessi autori – Spica e Pezzica – nella prefazione non risulta immediatamente evidente che lo scopo di questo volume è anche dimostrare l'esistenza di una linea continuativa, unitaria, fatta di costanti, del movimento anarchico. Una linea che si fonda proprio sullo sposalizio biografico tra pensiero e azione e che si manifesta al di là di confini geografici, nazionali e culturali.

Riferimenti fondamentali per un confronto scientifico sono altre opere di scavo biografico tipiche di molti studiosi dell'anarchismo, che si sono dedicati con un'attenzione peculiare allo studio delle biografie dei principali personaggi della storia del pensiero e del movimento anarchico. Lo stesso George Woodcock – celebre studioso e storico anarchico canadese – ha dedicato tre volumi a tre pensatori dell'anarchismo classico: *William Godwin. A biographical study* (1946), *The Anarchist Prince. A Biographical Study of Pëtr Kropotkin* (1950) e *Pierre-Joseph Proudhon* (1952), dedicandosi così a quell'idea di *biographical study* che prevede lo scavo storico e memorialistico di personalità eccentriche, tralasciate da altre tradizioni politiche, e rese interessanti proprio da quell'incontro tra vita attiva (militante) e produzione scientifica, scrittorica, pamphlettistica.

Il cuore del volume è costituito dall'opera di Pietro Spica, veneziano di nascita e nipote dell'artista Gianni Dova (1925-1991), figura centrale del Movimento Spazialista italiano. Dopo gli anni di formazione assieme allo zio, è stato l'incontro con Bruno Munari (1907-1998), designer, scrittore protagonista dell'arte italiana del Novecento, a spingere Spica alla professione d'artista come illustratore di libri per l'infanzia. Le sue opere sono esposte in diverse gallerie italiane e statunitensi. I ritratti, dalle sfumature sgargianti e dalle linee morbide, di figure storiche come Joyce, Orwell o Proust sono caratterizzati da un gusto espressionista e sono quasi tutti conservati in collezioni private. Ma grazie a questo volume è invece possibile fare un viaggio attraverso i ritratti spichiani di tutte le biografie incluse da Pezzica. Proprio questo movimento tra la pagina scritta e la rappresentazione, a volte fiera, arcigna o divertita delle figure raccolte nel volume, aiuta a visualizzare l'ampiezza del tema, il lascito materiale di questi pensatori, la tangibilità di queste biografie.

I ritratti di questi personaggi giganteggiano in bianco e nero su intere pagine oppure allineati a fianco della corrispondente biografia. Sono tutti affiancati dal simbolo di una A racchiusa in un cerchio – «simbolo presentato per la prima volta da Tomás Ibáñez sul bollettino "Jeunes Libertaires"» (p. 26) – appuntato o sulla giacca, o sul gilet, o sul bavero.

Notevole è il fanta-ritratto (o ritratto immaginario) di Max Stirner: una figura di profilo, accennante un sorriso, che campeggia su uno sfondo stellato, con un sole e una luna (p. 175). Il ritratto, in abiti d'epoca, è rappresentativo di una biografia frammentaria, nota per lo più attraverso l'opera di John Henry Mackay del 1898 e quasi priva di immagini o di fotografie a rappresentarlo, a eccezione di un noto disegno, «eseguito a memoria, e circa quarant'anni dopo, da Friederich Engels su richiesta di Mackay» (p. 174).

Il corredo rappresentativo ed ecfrastico del volume ne amplia quindi le prospettive di ricezione, ne arricchisce la scrittura e si accorda con quell'interesse scientifico mosso a uno studio biografico dei protagonisti più libertari,

più eccentrici, in quanto propriamente, in senso greco: «fuori» dal «centro», e, in definitiva, più anarchici della storia del pensiero politico.

Alice Alessandri cura infine una biografia culinaria di Pietro Spica. Vi è accluso anche un autoritratto.

Valentina Monateri è dottoranda in Letterature Compare presso l'università degli Studi di Torino. I suoi interessi di ricerca riguardano gli studi di ricezione del classico; gli studi di cultura visuale e i rapporti tra storia della letteratura e storia del pensiero politico. Ha pubblicato un intervento in volume in una pubblicazione Dell'Orso nell'ambito dei 'Classical Reception Studies' dal titolo: Reading Shakespeare and the Classics. A Postgraduate Seminar. In Chiara Lombardi, Luigi Marfè, Cristiano Ragni (a cura di). Alessandria: Dell'Orso, 2021. È in uscita un suo articolo sul Metamodernismo in «Poli-femo» - The (B)end of (Hi)story: oltre la narrativa postmoderna (2021),