

Tigor. Rivista di scienze della comunicazione e di argomentazione giuridica

A. X (2018) n. 2 (luglio-dicembre)

Sommario

Presentazione

- 3 Roan Costa Cordeiro
Natalina Stamile
A construção da narrativa jurídica periférica e a preponderância da força. uma leitura de Osman Lins
- 16 Serena Baldin
Linguaggio di genere, principio antisubordinazione e traduzioni giuridiche: annotazioni giuscomparate
- 29 Rudi Di Marco
Su taluni problemi (bio-)giuridici delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento. Brevi cenni per un primo «schema» di riflessione
- 73 Giacomo Fiscarelli
Lavoro e salute, diritti indivisibili
- 80 Arianna Maceratini
Retrotopia. L'utopia che guarda al passato
- 94 Dario Alparone
Dell'ignoranza della Legge. Una riflessione tra psicoanalisi e filosofia del diritto
- 104 Daniela Zamolo
Leading virtual teams while fostering psychological safety
- 111 Gabriele Qualizza
Marche locali e territorio: quale rapporto? Risultati di un'indagine esplorativa
- 125 Sara Del Zotto
Dal gender mainstreaming all'approccio intersezionale. Nuove sfide per gli organismi di parità universitari, Genova 3-4 maggio 2018
- 132 Enrico Ferri
L'alterità come pericolo e come minaccia: la riduzione dell'altro a non-io. Ottava Edizione della Scuola Estiva Arpinate 6/8 Settembre 2018

Presentazione

Il fascicolo che chiude la decima annata di attività della Rivista raccoglie, come da costume consolidato, contributi inerenti alle scienze della comunicazione assieme a studi di sapore prevalentemente giuridico e politico.

Il primo saggio presentato, a firma di Roan Costa Cordeiro e di Natalina Stamile e redatto in lingua protoghese, ha come obiettivo fornire una lettura critica del diritto e della sua relazione con il potere attraverso l'analisi di un'opera singolare nel panorama letterario brasiliano del Ventesimo secolo *A rainha dos cárceres da Grécia* (*La regina delle carceri della Grecia*) di Osman Lins. A questo segue il contributo di Serena Baldin in tema linguaggio non discriminatorio con particolare riguardo alla crescente estensione di garanzie alle donne fino all'elaborazione del concetto di *gender mainstreaming*, soffermandosi sulle problematiche delle traduzioni giuridiche, evidenziando come trasposizioni imprecise possano stravolgere un impianto costituzionale *gender sensitive*, che assegna chiaro rilievo al genere femminile. Rudi Di Marco affronta, sempre in una prospettiva giuridica, il problema delle disposizioni di trattamento riconoscendo come le stessa implica capire preliminarmente che cosa si intenda per patologia e che cosa si intenda per terapia; l'autore si interroga altresì su quali siano i limiti e/o i criteri per l'esercizio dell'autodeterminazione relativamente alle scelte che riguardano il proprio corpo e la propria vita. La centrale questione del rapporto fra il diritto al lavoro ed il diritto alla salute e, quindi, della necessaria mediazione fra diritti *fondamentali*, viene affrontato nello studio proposto da Giacomo Fiscarelli a cui segue il contributo di Arianna Maceratini che ha per

oggetto una riflessione sulla retrospia a partire dal recente contributo di Bauman. Dario Alparone a partire dall'esperienza di ascolto psicologico di alcuni detenuti riflette sul concetto di non scusabilità dell'ignoranza della legge, da cui all'art. 5 del Codice penale, intersecando la riflessione giuridica (criminologica, in particolare) con la filosofia e psicoanalisi.

La ricerca di Daniela Zamolo, che ha come obiettivo l'analisi del ruolo dell'*e-leader* specificatamente finalizzato a preservare alti livelli di sicurezza psicologica, motivazione e impegno lavorativo tra i collaboratori, in un quadro che vede la diffusione delle tecnologie comunicative e informatiche (ICTs), apre la sezione del fascicolo più propriamente legate alle scienze della comunicazione, la quale comprende il contributo di Gabriele Qualizza, studioso di marketing, che propone una riflessione frutto di un'indagine empirica sulla relazione fra il territorio e le marche locali.

Completano il fascicolo una dettagliata relazione critica del Convegno *Dal gender mainstreaming all'approccio intersezionale. Nuove sfide per gli organismi di parità universitari*, svoltosi a Genova dal 3 al 4 maggio 2018, che ha illustrato il ruolo degli organismi di parità, proposta da Sara Del Zotto ed un breve resoconto, redatto da Enrico Ferri, sulla Scuola estiva arpinate del settembre 2018.

A construção da narrativa jurídica periférica e a preponderância da força. Uma leitura de Osman Lins

Roan Costa Cordeiro
Natalina Stamile

ABSTRACT

Este estudo tem por objetivo apresentar uma leitura crítica do direito e da sua relação com o poder por meio da análise de uma obra literária singular no panorama literário brasileiro do século XX. “A rainha dos cárceres da Grécia”, de Osman Lins, tem a peculiaridade de mostrar-se atenta à realidade periférica e às suas problemáticas, além de dar destaque às delicadas questões identitárias e de reconhecimento jurídico concernentes à representação de povo.

L'obiettivo del presente studio, “La costruzione della narrativa giuridica periferica e la preponderanza della forza. Una lettura di Osman Lins”, è quello di fornire una lettura critica del diritto e della sua relazione con il potere attraverso l'analisi di un'opera singolare nel panorama letterario brasiliano del XX secolo. “A rainha dos cárceres da Grécia” (*La regina delle carceri della Grecia*) di Osman Lins si focalizza, infatti, sulla peculiare realtà periferica e sulle sue problematiche nonché sulle delicate questioni identitarie e di riconoscimento giuridico della rappresentazione di un popolo.

1 INTRODUÇÃO

O direito permanece definido não apenas pelos limites específicos da sua linguagem “jurídica”, de seu léxico elementar e de seus rearranjos sintáticos, mas por aqueles da própria linguagem, enquanto experiência narrativa complexa estruturada no discurso articulado. Restando uma *narração*, uma concretização por palavras de experiências sociais relevantes,

PAROLE CHIAVE

DIREITO E LITERATURA; NARRAÇÃO;
LINGUAGEM JURÍDICA;
OSMAN LINS;
REALIDADE E FICÇÃO; ROMANCE;
REPRESENTAÇÃO; IDENTIDADE;
NOMEAÇÃO; POLÍTICA E DIREITO.

KEYWORDS

DIRITTO E LETTERATURA; NARRAZIONE;
LINGUAGGIO GIURIDICO; OSMAN LINS;
REALTÀ E FINZIONE; ROMANZO;
RAPPRESENTAZIONE; IDENTITÀ;
DENOMINAZIONE; POLITICA E DIRITTO.

pode-se conhecer a experiência jurídica por meio do confronto com a concretização de sua narrativa, análise que pode ser feita a partir das próprias representações do direito (internas) ou das representações sobre o direito (externas). Para analisar uma narrativa do direito que esteja deslocada das construções dominantes, pode-se privilegiar uma que parta das construções da imagem do direito do ponto de vista das *margens* das sociedades da periferia global.

Nesse sentido, a perspectiva aqui evidenciada encontra seu ponto de condensação em um momento singular da prosa de Osman Lins, um dos grandes e pouco conhecidos prosadores brasileiros do século XX. Nascido em 1924, em Vitória de Santo Antão (Pernambuco), Osman Lins morreu em 1978, em São Paulo. Com sua estreia literária em 1955, manteve produção literária regular ao longo de mais de trinta anos. Professor de literatura brasileira na Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Marília (UNESP), da qual se demitiu para que pudesse se dedicar à carreira literária, foi ainda um crítico rigoroso, além de manter colaborações com a imprensa escrita e televisiva¹. A sua narração, entre diversas marcas, desafia a tradição do realismo e do formalismo, transformando o próprio romance em objeto de indagações do pensamento e em elaboração da multiplicidade sensível do mundo. Para Osman Lins, portanto, narrar representava um exercício potente de compreensão, pois permitiria ao romancista desafiar as categorias herdadas por mudanças e deslocamentos *imaginários* que o discurso oficial não poderia fazer sem se transformar em realismo-fantástico. Daqui, assim, que a figura e o exercício da imaginação sejam fundamentais à sua obra: princípios criativos, eles consolidam também uma tópica para problematizar o papel dos mecanismos literários e a função e necessidade do romance como forma literária por cultivar, enquanto ligada aos discursos e aspirações da modernidade. Essa perspectiva, cultivada em senso ambivalente, é sublinhada particularmente no seu último romance, *A rainha dos cárceres da Grécia*, de 1976, uma obra que, seguindo o caminho de experimentações aberto pela sua produção precedente, é aqui retomada como um percurso original para isolar e analisar alguns aspectos e problemas concernentes à compreensão da narrativa em geral.

¹ Dentre as suas obras principais, destacamos *Nove, Novena* (1966), conjunto de narrativas, *Lisbela e o prisioneiro* (1964), peça de teatro, adaptada mais tarde para TV e cinema, *Avalovara* (1973), talvez sua *magna opus*, em que desenvolve um experimento literário original, e, objeto de nossa atenção, *A rainha dos cárceres da Grécia* (1976).

2. 2 UMA CADEIA ININTERRUPTA DE FATOS: A RAINHA DOS CÁRCERES DA GRÉCIA

A rainha dos cárceres da Grécia é obra caracterizada pelo seu narrador como “uma arte que se oculta”². Enquanto romance de forma complexa, apresenta, ao mesmo tempo, uma crítica da ficção romanesca, constituindo-a em diversos estratos, planos de um edifício cuja prosa se revolve a construir e a pensar a própria forma de romance. No início, há o autor: Osman Lins, soberano que “autoriza” o romance, faz-se presente desde a capa. O guia do leitor através das páginas de *A rainha*, porém, da primeira página do texto em diante, quando se entra na construção, a voz que conduz a experiência literária, é um narrador singular, sem nome, professor secundário de biologia, que constrói o seu texto como um ensaio em forma de diário: é pela sua mão que se conhece – ou não – o que há para conhecer, que se experimenta – ou não – o que há para experimentar. Mais do que um duplo do autor, o narrador de *A rainha* efetua um cruzamento de vozes, na qual aquela, inclusive, vem exercer função espectral, sombra sem forma imediata, mas definível no conjunto de gestos que se insinuam e também traçam a obra. É do ensaio-diário, ainda, que se concebe o romance dentro do romance, homônimo, mas agora escrito por Julia Marquezim Enone, que constrói, por sua vez, a protagonista da ficção interna, Maria de França. A voz do narrador, função da voz do escritor, é aquela que narra e descreve, assim como a de Maria de França é função da sua escritora fictícia, Julia Marquezim. Tal “maneirismo” seria ainda uma forma concreta para o narrador enfrentar as suas relações pessoais com a escritora do romance e para também expor os problemas mais urgentes da narração e da crítica da ficção. O narrador, porém, conhecendo a crítica literária de seu tempo, marcada pela leitura de tipo estrutural inscrita sob a ideia de que deveria separar a mão que escreve e o texto, acaba por escolher uma via própria. Em primeiro lugar, por considerar os textos uma “doação universal”, sendo toda consideração a respeito

² O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*: romance, São Paulo, Companhia das Letras, 2005, p. 51.

deles construída sobre um “patrimônio coletivo”³. Em segundo lugar, porque deve usar o discurso pessoal e falar como um *eu* para que possa analisar o texto sem anular a si e às suas relações com a escritora, de modo que ainda gracieja: «assente que o autor não existe, teria eu sido amante de ninguém?»⁴. Assim começa a sua batalha com a crítica literária formalista, contra a qual defenderá, digamos, um “princípio de sensibilidade” por meio do qual o leitor se torna também um “cúmplice” na percepção construtiva dos textos, documentos da vida⁵.

Osman Lins constrói essa sua obra entre a realidade e a ficção, com ambas se entrelaçando em diversos níveis: tanto a ficção reforça a exploração da realidade, desvelando os seus limites, sentidos e fatos, possibilidades abertas pela imaginação, quanto a realidade permite à ficção solidificar sua consistência. O tempo e o espaço, fictícios ou reais, também são entrelaçados no sentido de refletir, em particular, a estrutura do romance e, em geral, a da escritura. Com base nesses processos criativos, constitui-se um chamamento à complexidade no terreno da literatura como experiência do mundo, particular e comum.

O romance “interno”, ao seu modo, é formado como uma

«cadeia ininterrupta de fatos, centrados em Maria de França, heroína parda e pobre, perdida nas escadas, nos corredores e nas salas da burocracia previdenciária, onde luta por determinado benefício»⁶.

Maria de França, personagem especular do romance, personifica uma série de figuras periféricas na sociedade: ela é mulher, mestiça, migrante, doméstica, operária, babá, prostituta, analfabeta, habitante da periferia e dos

³ *Ivi*, p. 8.

⁴ *Ivi*, p. 11.

⁵ *Ivi*, p. 14. Os mais diversificados processos em que a narrativa literária se torna ficção são explorados e abertos: alguns amigos ou colegas de Osman Lins (a exemplo de Anatol Rosenfeld ou Orlando da Costa Ferreira) são plasmados na prosa como pertencentes ao círculo do narrador, assim como Julia Marquezim Enone aparece também em transcrições de áudio cujo sentido atribui uma ordem mais imediata de realidade ao texto.

⁶ *Ivi*, p. 15.

manicômios, louca. Apresentada segundo a filtragem do diário do narrador, ela, na verdade, configura o *tópos* da experiência de uma realidade aviltante e a *voz* sempre anulada dessa experiência em um *lógos*, que, do ponto de vista oficial, é sempre ameaçado pela loucura da protagonista,

«agente fictícia do discurso, oscila entre a sanidade e a loucura: devido ao seu estado de saúde é que pretende mesmo obter uma pensão temporária ou vitalícia»⁷.

O retrato de tempo de *A rainha* articula um procedimento reflexivo que mostra o presente como constituído pela estratificação das diversas formas do passado: presente e passado coexistem como dimensões diversas da experiência que se cruzam. A debilidade da memória intervém e intensifica esse processo, estabelecendo uma repetição estrutural das instituições, a exemplo do caos previdenciário em que se move a protagonista.

A matéria urgente da narrativa poderia assim aparecer como uma variação da própria realidade, uma vez que o narrador destaca que estava se movendo, na sua criação, “entre carnal e verbal”⁸. Na composição da obra, há passagens de seu diário, por exemplo, concernentes às vicissitudes da realidade circunstancial em que se encontraria imerso. A realidade da década de 1970 (precisamente entre 26 de abril de 1974 e 23 de setembro de 1975, a primeira e última datas indicadas no livro pelas entradas do diário) esgarça alguns pontos da ficção e estabelece mais um estrato de realidade textual: cria-se um *jogo de espelhos* que, com os seus reflexos e inversões, atravessa todo o livro⁹. Ainda, a composição da narrativa de Maria de França faz-se segundo formas e con-

⁷ *Ivi*, p. 107.

⁸ *Ivi*, p. 34.

⁹ O narrador presta homenagem aos trinta anos da explosão da bomba atômica sobre Hiroshima (1945-1975), por exemplo, assim como lamenta, depois de apresentar algumas conquistas na guerra espacial entre estadunidenses e soviéticos, um episódio da história natural brasileira: as inundações no Nordeste e a geada rigorosíssima ocorrida na região Centro-Sul (a “geada negra” de 1975).

teúdos inteligíveis segundo a realidade formada pelo abuso, pela pobreza, pela loucura e pela opressão dos cruzamentos de poderes, tanto minúsculos e quotidianos quanto gigantes e intensificados pela loucura da personagem. São ilustrativas, nesse sentido, algumas declarações do então presidente do Instituto Nacional de Previdência Social, que fez carreira na política brasileira por décadas¹⁰, mas principalmente os apontamentos sobre a Operação Camanducaia, em que

«noventa e três menores, escoltados por treze homens da lei – alguns destes com capuzes ocultando o rosto –, foram conduzidos num ônibus para o município mineiro de Camanducaia e abandonados no mato, nus, às três da madrugada (chovia), debaixo de pau e de canos de ferro»¹¹.

Caso notório de abuso policial, jamais foi inteiramente processado, como tantos outros permanecem acobertados pelas forças repressivas do Estado (Polícia e Forças Armadas), que seguem tendo um papel relevante no imaginário nacional brasileiro quanto à ordem social¹². O abuso, no aparato social, estatal e midiático instalado no país, é a prática em que se objetiva

¹⁰ *Ivi*, p. 33; pp. 39-40; p. 85 e p. 177.

¹¹ *Ivi*, pp. 58-59 (Cf. p. 61; p. 75; p. 92; p. 127).

¹² O período histórico entre 1964 e 1985 corresponde à Ditadura Civil-Militar no Brasil. Instaurada com um golpe de Estado, em que se depôs o presidente legítimo com base em “ameaças fantasmas”, manteve-se com base em abusos institucionais que caracterizam a força de instituições militaristas – sociais e políticas – existentes na política brasileira. Foi um período turbulento, marcado por repressões e cerceamento de direitos individuais e políticos dos mais diversos gêneros; ao mesmo tempo, logrou-se uma política econômica ambígua, baseada no endividamento externo e na sustentação relativa de altas taxas de crescimento. A insustentabilidade econômica desse modelo marcou os anos 80 como um período de ampla crise. A transição para a democracia foi bastante complexa, e pode-se dizer que afetou a composição da Constituição Brasileira de 1988, um verdadeiro pórtico em que se agregaram, para a sua possibilidade fática, forças do passado militarista, esperanças políticas e uma visão plural e fragmentada da sociedade. A esse respeito, sobre os elementos herdados da Ditadura Civil-Militar na ordem jurídica brasileira, bem como do seu peso sobre a democracia atual, veja-se E. Teles, V. Safatle (ed.), *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*, São Paulo, Boitempo, 2010.

a aplicação pura e real da força; a narrativa social do direito permanece aprisionada em uma representação herdada das situações em que a violência é a lei concreta e aplicável do Estado.

O ingresso do passado no presente é estabelecido sem divisões cronológicas: Maria de França vê as invasões holandesas (século XVI) e os burocratas das agências estatais sobre um mesmo plano espacial que condensa todo o tempo em um presente, cuja relação com a história é indicada sob o sinal de um menos, de uma subtração efetuada pelo sofrimento, pela violência e pela morte. Há uma indagação do narrador, nesse sentido, que poderia demonstrar um princípio de composição em que haveria o vínculo, na força, entre dominação e resistência. «Quem vê as forças que hoje nos invadem?»¹³. As visões de Maria de França das invasões do passado mostram o cuidado da visão, mas que perdeu os vínculos de determinação espacial e temporal – o “filtro” é desconfigurado pela sua loucura. Aquela pergunta, portanto, é sustida diante do tempo do narrador, diante de seu mundo, do qual nem mesmo a configuração literária poderia estar distanciada ou imune, pois a escritura é atravessada, e também composta, por redes, interesses, posturas, assim como o são o cotidiano, a política, o direito¹⁴:

¹³ *Ivi*, p. 148.

¹⁴ A literatura, ou melhor, aquele que escreve, tende a *saber* que o comprometimento existe e, de alguma forma, responde a esse saber, inclusive quando o nega justa e tenazmente. O jurista, ao invés, tende a *dissimular* que não existem apelos que perpassam sua função, vivendo uma rede de complexas relações com a realidade, entre saber e não saber, compromissos e imparcialidades. Nessa rede, está mais próximo dos dilemas éticos que assaltam os escritores do que pensam os tribunais. Dirigido a construir respostas, às vezes para problemas que não condizem ao seu domínio, o direito e os seus “operadores” não podem afrontar questões que arruinariam integralmente as soluções propostas. A literatura, ao contrário do direito, é um laboratório de perguntas tanto quanto de respostas. Mais corretamente, pode-se dizer que a literatura não fornece respostas, nem mesmo isso seria necessário, mas oferece *problemas*. A relação que se pode estender da literatura ao direito é aquela de oferecer problemas quando e onde este apenas enxerga e busca soluções. Não para que não se julgue – afinal, o julgamento pertence à natureza da

«Apesar de tudo, subsiste a indagação que hoje afronto. O mundo, mais do que nunca, estende-nos laços e redes. Sei disso, sei disso e vivo em guarda»¹⁵,

até mesmo quando

«[...] pergunto se o conceito de obra literária simplesmente evolui, depura-se, ou se acaso penetra-o insinuante, algum sopro emanado do poder. Tocamos aí talvez numa zona cambiante, onde os matizes e as reverberações também pesam»¹⁶.

O espaço, por sua vez, tema de preocupações conceituais de Osman Lins (a sua Tese dedicava-se ao “espaço romanesco” na obra de Lima Barreto), representa um dos principais problemas de seu romance¹⁷. O espaço fictício é o lugar de todos os tempos representados e condensa os lugares colocados em cena: Recife, São Paulo, Olinda são espaços imaginários cruzados com referenciais tomados da topografia quotidiana da vida dessas cidades, em que

«transitam as personagens em um espaço simultaneamente real e irreal, que o estado mental de Maria de França justifica ou simula justificar: *A Rainha dos Cárceres da Grécia*, insisto, é um tecido de simulações»¹⁸.

A relação entre simulação (ficção) e tempo-

aplicação do direito –, mas para que seja suspensa a resposta automática e se procure uma “prudência” e “razoabilidade” no e do julgar.

15 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit. pp. 64-65.

16 Ibidem.

17 Cf. O. Lins, *Lima Barreto e o espaço romanesco*. São Paulo, Editora Ática, 1976 (originalmente publicada como Tese de Doutorado na Universidade de São Paulo-USP, em 1973). Afonso Henriques de Lima Barreto (Rio de Janeiro, 13 de maio de 1881 - Rio de Janeiro, 1 de novembro de 1922), mais conhecido como Lima Barreto, é considerado um dos mais importantes escritores brasileiros. Negro, neto de escravos, foi um ativo crítico (inclusive satírico) da sociedade brasileira, bem como um de seus maiores escritores. Fez as mais diversas incursões literárias, destacando-se na crônica, no conto e no romance, além de suas contribuições para periódicos. Como Maria de França, acumulou entradas no hospício. Sua obra mais conhecida é o romance *Triste fim de Policarpo Quaresma* (1915), mas também devemos ressaltar: *Recordações do escrívão Isaiás Caminha* (1909), *Os bruzundangas* (1923), *Clara dos Anjos* (1948), *O cemitério dos vivos* (1953) e *Diário do hospício* (1953). Para uma biografia acurada e elegante da trajetória desse escritor, ver Schwarcz L. M., *Lima Barreto: triste visionário*, São Paulo, Companhia das Letras, 2017.

18 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit. p. 117. Grifo nosso.

-espaço está entre os nós constituintes da composição narrativa: simulação do tempo e do espaço, sim, mas também espaço e tempo da simulação, plano de experimentos em que cada componente (real ou fictício) é um material que pode ser desenvolvido. Aqueles que são silenciados na realidade obtêm voz, tanto ou mais significativa quando entrecortada por ruídos que ameaçam a efetividade da articulação discursiva (como quando de Maria de França fala usando um modelo radiofônico); os poderes, quando expostos sem as suas máscaras, mostram-se ardilosos e também ridículos. Longe de óbvias contraposições morais, a narrativa configura-se como um aguçamento da percepção da realidade, intensificada naquelas zonas em que os valores se expõem ambigualmente. O confronto entre a dominação e a resistência conduz a uma provocação, segundo a qual «representar a espoliação fere mais fundo do que representar a resistência»¹⁹. Porém, se a representação da espoliação pode ser um testemunho, com todos os seus dilemas, do sofrimento, a representação da resistência continua a ser um expediente literário cuja força pode ser explorada além dos modelos que retoma, geralmente narrativas consoante o ponto de vista daqueles que, tendo triunfado, entrelaçam os acontecimentos segundo uma determinação torção de sentidos.

3.3 O JOGO DE ESPELHOS

A imagem do *jogo de espelhos* constitutiva de *A rainha dos cárceres da Grécia* não é aquela da literatura “espelhando a realidade”. Não há apenas o mundo (o referente, o representado) e a literatura (a representação), nem mesmo seriam determinados através do próprio jogo, mas determináveis. O que temos, nas palavras de José Paulo Paes, é um

«dispositivo de espelhos conjugados em que o jogo de mútuos reflexos põe em xeque não apenas a noção de homologia como de realidade»²⁰.

19 Ivi, p. 149.

20 J. P. Paes, *O mundo sem aspás*, em J. P. Paes, *Transleituras: ensaios de interpretação literária* São Paulo, Editora Ática, 1995, p. 33.

A teoria e a crítica da literatura, desde a segunda metade do século XX, tem apresentado o tema da representação como condizente aos problemas do texto, da escritura e da narrativa. Isso em parte responde à fragmentação à qual a arte do romance conduziu, desafiando as categorias mais típicas com as quais construía a sua identificação nos séculos precedentes. O romance como forma foi reavivado por novos expedientes, diante dos quais

«A *rainha dos cárceres da Grécia* é, ao fim e ao cabo, uma ilustração e defesa da arte do romance, sem deixar de ser ao mesmo tempo uma sátira a certas pretensões da crítica ou hermenêutica literária»²¹.

A dimensão dos problemas textuais é um dos planos que compõem esse livro, em que se faz um experimento entre a narrativa, enquanto vida e história, e metanarrativa, aqui uma narrativa que se retoma enquanto texto/problema. Osman Lins questiona os limites; na medida em que constrói passagens ficticiamente críticas, estabelece uma perspectiva através da crítica da crítica literária (veja-se aqui o “espelhamento” em atuação):

«Os densos objetos do poeta, fabricante de sínteses, atraem – hoje, mais do que nunca – inteligências analíticas. Armamo-nos de instrumentos separadores, para deslindar o que é emaranhado. Penso: o texto, uma vez decomposto (no sentido químico), decifrado – e se a decomposição integral seria viável e provável, como ambicionar à total decifração -, de certa maneira se evolui. Mesmo pensando assim, sou homem do meu tempo e, como um nadador a quem puxa a corrente, vou sendo levado, neste meu comentário, a separar, isolar, classificar o que no romance é uno. Neste ponto, penso em algo inviável: uma obra que se apresentasse desdobrada, construída em camadas e que fingisse ser a sua própria análise. Por exemplo, como se não houvesse Julia Marquezim Enone e *A rainha dos cárceres da Grécia*, como se o presente escrito é que fosse o romance desse nome e eu próprio tivesse existência fictícia»²².

Com um golpe magistral, o narrador torna-se uma ficção da ficção. Os estratos da obra abrem-na à vida textual, e o prefixo “meta”, usado para indicar aquele que se move para um “além” ou “ao lado de”, converte-se no lugar

21 Ivi, p. 34.

22 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit., pp. 54-55.

mesmo das operações desse romance, o qual é caracterizado por Paes como um processo “hipermetalinguístico”²³. Operação em absoluto radical, que remonta às características da prosa moderna e, mais, aos seus fundamentos, assim revela algo sobre a própria forma da modernidade e das figuras que estabeleceu como figura de pensamento. Da política ao direito, da literatura à filosofia, *representar* é uma operação crucial: fundamenta o conhecimento possível (conhecemos aquilo que podemos captar por meio de uma representação, e não alguma coisa em si, segundo aprendemos do criticismo kantiano)²⁴; a política moderna também é construída como representação institucional da sociedade²⁵; o direito começa a mover suas engrenagens quando alguém é representado como pessoa (por uma ficção)²⁶; a literatura, enfim, joga com a própria existência perguntando a sua natureza estrutural em uma “arte de fingir”. As reflexões sobre a arte do romance operam, em *A rainha*, de modo a transformar a arte plurissecular em uma construção viva, que se dissolve além das certezas construídas ao redor de um gênero e se adensa incorporando narrativa e metanarrativa, ficção e metaficção: nada se constitui como um “objeto” seguro, suficiente, muito menos do ponto de vista da elocução narrativa.

Nesse contexto, a representação opera estruturando-se por meio do discurso; a narração da vida apenas é compartilhada no mundo quando somos capazes de organizá-la no discurso, com o qual nos fazemos inteligíveis para

23 J. P. Paes, *O mundo sem aspas*, cit., p. 38.

24 Para um maior aprofundamento da teoria da representação ver: W. P. Alston, *Filosofia da Linguagem*, Rio de Janeiro, Zahar, 1972. Também ver: L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 2. ed., São Paulo, EDUSP, 1994.

25 Para a complexa relação entre política, direito e sociedade, ver, segundo diversas perspectivas: M. Weber, *Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*, 2v., Brasília, UnB, 1982; G. Gurwitsch, *Sociology of Law*, London, 1953; J. Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2v, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003; M. Foucault, *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, São Paulo, Martins Fontes, 2004; M. Foucault, *A ordem do discurso*, São Paulo, Edições Loyola, 1999.

26 Para a definição de direito como ficção e como magia ver: A. Ross, *Tû-Tû*, São Paulo, Quartier Latin, 2004.

nós e para os outros. Osman Lins, quando indagava sobre a natureza do romance, também questionava sobre a faculdade de narrar, isto é, pela relação entre o romance e a narração, entre a representação e as formas de vida. Até mesmo a história, aqui, o fluxo narrativo que geralmente pode ser visto como o conteúdo do romance, é um de seus aspectos e, inclusive, é daqui que são desenvolvidos mecanismos que permitem explorar a potência dessa arte:

«o romance – construção verbal, feixe de alusões, laboratório de instrumentos, campo de provas de materiais tanto novos como aparentemente obsoletos [...], fingindo servir às fábulas que narra, delas se serve para existir, a tal ponto que talvez se afirme: ele não conta uma história, é a história que o conta»²⁷.

Em declarado conflito com a burocracia, Maria de França aparece como heroína do povo contra o Estado. Não obstante, a estrutura da fabulação não é assim tão simples, e a loucura da personagem, inclusive o “fundamento” da sua busca por auxílio previdenciário, conduz o percurso que institui os aparatos aplicadores do direito ao longo do romance, dos administrativos aos jurisdicionais.

As faculdades representativas operam de diversos modos por meio das capacidades criativas humanas. Também a humanidade é um conceito operado a partir de diversas representações – literárias, científicas, políticas, filosóficas. Quando pensamos no caso específico do direito, questionar a representação significa indagar a respeito da *fundação* segundo a qual o criamos, buscando pensar *como* é construída pelas operações jurídicas e a quais fins está consagrada. Assim, por exemplo, faz-se aparecer o debate sobre a relação entre norma e fato apenas uma variação do dilema, mais essencial ao direito, entre a imunidade (a manutenção de si, a construção normativa como defesa, como proteção) e a alteridade evanescente da vida – aqui, por mais que pareça uma categorização esgotada, pode-se ver que a representação atua como um dos mecanismos que assegura, por meio de construções fictícias (“*como se*”), que exista uma conexão, uma articulação possível, entre direito e vida. Devemos, portanto, ver a

27 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit., p. 46.

representação não através de esgotadas categorias políticas, mas segundo os critérios dos mais eficientes dispositivos, por exemplo, nos quais o seu papel expõe o problema de fundo das *ficções* instauradoras e mantenedoras do direito.

4.4 NARRAR O DIREITO

Ao lado da questão sobre o modo da aquisição de voz no romance, pode-se colocar outra, a partir da filosofia do direito: *como* “alguém” é “vocalizado” no direito? Como se chega, aqui, à representação? Quem representa? Antes, como se passou da voz à representação? Ora, é por meio de uma operação que apresenta, ficcionalmente, aquele que não mais está presente “em si” que a modernidade se propôs pensar os seus sujeitos, da política ao direito, que, ao fim e ao cabo, tornam-se outros de si mesmo (sua voz é sempre mediada) – autor, juiz, advogado e tantos outros são *peçoas* do direito construído como narrativa, afinal

«é de uma face a outra que a *jurisdictio* é penetrada pela narrativa, que é reconstrução imaginária de seu contexto e produção narrativa de seu sentido»²⁸.

O problema da representação, assim, pode ser ainda considerado contiguamente a outro problema, tanto antigo quanto o homem possa falar, a saber, aquele da *nomeação*²⁹. Se representar tem sido uma das questões da teoria do conhecimento, mediando suas estruturas, o nomear tem sido uma das incógnitas da teoria da linguagem, uma vez que funda, a partir deste mundo (e daqui o problema da referência), um mundo de unidades, palavras e relações *de linguagem*³⁰.

Entre mundo e palavra, entre palavra e coisa, a nomeação opera como articulação e cria-

28 F. Ost, François. *Entrevista com François Ost. Direito e literatura: dois lados do espelho*, em: “Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura”, v. 3, n. 1, 2017. p. 261.

29 Ver: W. P. Alston, *Filosofia da linguagem*, cit.; L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, cit.; A. Ponzio, S. Petrilli, P. Calefato, *Fundamentos de filosofia da linguagem*, Petrópolis, Vozes, 2007.

30 *Ibidem*.

ção. Como demonstra a literatura, tendo por limiar a loucura,

«Jogados em um universo impenetrável, tentamos nomeá-lo, teimosamente, cômicos da nossa insuficiência. A nomeação, ato inteligente, é também – e por isso – um ato aflito. Daí as aventuras da linguagem, expressão – com as suas distorções, buracos, obscuridades – dessa tentativa tão desesperada»³¹.

Em primeiro lugar, a insuficiência decorre de um limite da linguagem e do conhecimento, de um limite operado entre diversas dualidades e oposições que conformam uma cultura como a ocidental moderna, insistentemente dualista. O limite, porém, encontra-se na condição mesma da experiência possível. Em segundo lugar, a insuficiência do ato nomeante torna-se aflição, angústia, desespero. Novamente, a falta tornar-se lugar da experiência, mas agora como experimento – com a linguagem, com a vida, com a expressão. Não é nunca um ato ingênuo, mas germen que dissimula uma dominação, um poder sobre, uma *potestas* (recorde-se o papel da nomeação nas diversas cosmogonias, a judaico-cristã entre elas³²). Nomear, na medida de um mundo que sempre nos precede e no qual existimos e atuamos, é um ato político da existência em que o comum e o singular coabitam em uma rede de conflitos e colaborações, rupturas e alianças; é «uma forma eficaz de dominar e possuir aquilo que é assim nomeado»³³, pois é um ato de poder, inclusive como *potentia*. Quando nomeamos, *abrimos* um objeto, uma vida, uma experiência a uma outra existência, mediata, exprimível segundo uma rede comum de signos, sentidos, imagens. Aquele objeto, vida, experiência, nesse sentido, torna-se também nosso, ainda que “aprisionado” nas nossas palavras

«muitas vezes, a nomeação é um engano, uma expressão de cegueira ou imaturidade: ludibriamos, nomeando algo bem maior que o nome»³⁴.

O contato mais íntimo dos indivíduos com o ato de nomeação geralmente é dado com a atri-

buição de nome aos descendentes, aos filhos. Uma tal nomeação, todavia, é um complexo ato de linguagem e de poder que é o *topos* de uma série de atos reivindicados pela família (Smith, Silva, etc.), pela sociedade (mulher, homem), pelo Estado e pela nação (italiano, brasileira, chinês; com número *x* de identificação; cidadão, estrangeiro), por exemplo, e todos esses atos se sobrepõem e se acrescentam uns aos outros em uma situação concreta. A nomeação, enquanto ato, produz não apenas aquilo que cria nomeando, mas aquilo que exclui não nomeando. O inominável torna-se função negativa da nomeação (que atua concretamente sobre nomeáveis), podendo tanto permanecer na negatividade quanto restar como base de uma disputa pela positividade, resíduo confiado ao esquecimento e à morte ou à resistência e à vida. As disputas políticas são também disputas por nomeação, a qual delimita tanto os marcos, os termos em jogo, quanto os agentes; como *potência*, o nomear pode ser um ato resistente³⁵.

O nome oferece a um ser vivente a possibilidade de se tornar também *humano*: o ingresso da vida no nome e do nome na vida são fundações que coexistem na experiência de linguagem. A nomeação torna-se essencial às experiências humanas que têm a sua vida através da palavra; como problema, nesse sentido, diz respeito também ao direito, que atua em todos aqueles atos nomeadores que exemplificamos acima. A dimensão jurídica de controle – resguardado o espaço funcional e estruturante dos aparatos repressivos – representa sua dominação como essencialmente articulada pela linguagem, da língua ao discurso, da sintaxe à semântica. Não é por acaso que uma filosofia que se defronta com o problema da linguagem como aquela de Agamben se revolve ao modelo jurídico de constituição da lei (compreendida aqui no sentido mais abrangente possível) e da sua aplicação quando busque um modelo de linguagem³⁶. A relação entre direito e lin-

31 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit., p. 112.

32 Cf. *Gênese*, 2: 19-20.

33 F. Ost, François. *Entrevista com François Ost*, cit. p. 268.

34 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit., p. 79.

35 Adotamos neste trabalho uma perspectiva de análise que adota uma compreensão da linguagem mais próxima da linguística e da virada teórica pós-estruturalista do que a do positivismo lógico ou mesmo aquela de Wittgenstein.

36 Cf. G. Agamben, *Stato di eccezione*. Torino, 2003. A

guagem é constitutiva, assim como o é, na dimensão da sua concreção, aquela entre direito e narração³⁷. Perceber isso significa entender que a aplicação do direito é a construção ou realização não apenas de uma narrativa cogente, mas antes *nomeante*. No caso do direito, experiência mediadora e constituinte da vida nas nossas formas de sociedade “biopolíticas”, a sua nomeação normatiza e institui,

«realmente, aqui, “dizer é fazer”. O direito identifica as pessoas e as coisas; literalmente ele às faz vir à existência jurídica [...]. A essas pessoas, o direito atribui papéis e estatutos aos quais se associam direitos e deveres»³⁸.

Dizer o direito, e também dizer no direito, não é, portanto, um ato puramente burocrático capaz de escusar aquele que o diz, o lê, o aplica e o escreve. Qualquer coisa que seja dita, será conformada por um poder capaz de normatizar, normalizar e controlar: essas tensões,

propósito da ideia de linguagem, Agamben sintetiza um tópico que tem papel fundamental no seu pensamento quando diz que “a lógica tem o seu âmbito exclusivo no juízo: o juízo lógico é, na verdade, imediatamente juízo penal, *sentença*” (G. Agamben, *Idea della prosa*, Macerata, 2002, p. 106). Malgrado a correção, ou não, da leitura *ultranegativa* de Giorgio Agamben quanto ao fenômeno jurídico (e também à linguagem), o seu modo de pensar esses vínculos mais profundos com a linguagem abre a possibilidade de pensar criticamente a experiência de criação e aplicação do direito: podemos ver, nesse sentido, que essas também são fundadas sobre atos performativos, ou seja, sobre aqueles atos de fala que criam a sua própria instância de aplicação significativa.

37 O problema da relação entre direito e linguagem aflige não só a filosofia do direito, mas também a filosofia política e as teorias linguísticas e semiológicas da linguagem. Riccardo Guastini, por exemplo, sustenta que «uma coisa é bastante clara: o direito – ou pelo menos, o direito moderno – é (essencialmente) um fenômeno linguístico» (R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014, p. 26). Nesse sentido, veja-se: R. Guastini, *Filosofia del diritto positivo*. Lezioni, (a cura di) V. Velluzzi, Torino, 2017; G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit.; G. Agamben, *Il sacramento del linguaggio*, *Archeologia del giuramento* (Homo sacer II, 3), Roma-Bari, 2008; G. Agamben, *Il fuoco e il racconto*, Roma, 2014; E. Benveniste, *Vocabulário das instituições indo-europeias: Poder, Direito, Religião*, v. 2. Campinas, Editora Unicamp, 1995.

38 F. Ost, *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo, Editora Unisinos, 2007. p. 43.

longe de se contradizerem em essência, atuam como forças ambigualmente conjugadas, pois se completam e se contradizem, exercitando-se em direções e por meios institucionais diversos. “Tomar o nome, nomear a si mesmos e às coisas”, nesse sentido, «significa poder conhecer e dominar a si e a elas; mas significa, ao mesmo tempo, submeter-se às forças da culpa e do direito»³⁹. O direito *vincula* quem diz, como e o que é dito; essencialmente, é uma forma social do *nexus*, do *vinculum*, isto é, da articulação, cujo sentido tanto pressupõe quanto cria a desarticulação (pessoa/coisa, por exemplo):

«Toda essa construção é doravante convencional, e a verdade que se lhe atribui é, ela própria, construída ou interna à narrativa jurídica: far-se-á ‘como se’ tudo isso fosse verdade, como diz muito bem o adágio ‘*res iudicata pro veritate habetur*’ (‘a coisa julgada é tida como verdadeira’). Compreende-se, nessas condições, que as ficções que proliferam no direito (...), longe de serem uma exceção intrusa, uma aproximação da qual seria melhor prescindir, exprimem com certeza a natureza real da discursividade jurídica como um todo»⁴⁰.

Ato de poder nomeador das instituições na dominação das pessoas e das coisas, o direito tende a viver *contraditoriamente* no espírito e no corpo de uma sociedade periférica. As antigas promessas, fora de seu centro de produção nas sociedades modernas, aparecem como aspirações cujo malogro revela uma “vontade de força”. O direito na periferia não apenas foi construído segundo parâmetros historicamente herdados do centro, mas também os transformou de modo tal que funcionam em uma sociedade marcada por um incompleto processo de modernização que se entrelaça com uma mentalidade colonial ainda presente nos aparelhos de Estado. A crítica que se lhes pode fazer, portanto, não é estabelecida como crítica da racionalização (que, de todo modo, resta enviesada e incompleta em termos institucionais), mas como crítica da “irracionalidade” que permeia os processos sociais. A *rainha dos cárceres da Grécia* mostra uma burocracia formada através de concepções personalistas e classistas cuja irracionalidade aparece na fi-

39 G. Agamben, *Il fuoco e il racconto*, cit., p. 22.

40 F. Ost, *Contar a lei*, cit., p. 43.

gura do direito tanto quanto na loucura que constitui a narrativa de Maria de França e que às vezes parece ser uma tentativa mais coerente de configurar a experiência da realidade, inclusive quando seus colegas de hospício recomendam que ela busque, diante de seus padecimentos, a assistência social. Diante disso, os aparelhos burocráticos evidenciam um mundo «feito de prorrogações, ofícios, indeferimentos, equívocos, arquivos, protocolos, estampilhas, mentiras, atestados, carimbos, arbítrio»⁴¹, em que um único funcionário pode agir como se fosse a extrema personificação do soberano: seja-lhe dada uma posição qualquer e se poderá ver o uso que é feito da força.

O narrador de *A rainha dos cárceres da Grécia*, observando a representação do direito na desesperada e desastrosa jornada de Maria de França, sintetiza o papel dessa estrutura em uma imagem de caráter operativo:

«Uma legislação com seus artigos, parágrafos e alíneas, compõe essa entidade com que luta a heroína. Compõe, eu disse: faz parte da composição. Vejo o texto legal, aí, como uma espécie de veículo inseguro acionado por condutores ineptos e malignos, que trocam peças, invertem comandos, deterioram o veículo, transformando-o num monstro voluntarioso – num insano. Assim, o desequilíbrio mental da personagem soa com ironia: há, nos seus atos, no objetivo que busca, certa coerência. A verdadeira loucura reina no outro lado, na máquina viciosa. O ambíguo confronto entre a mulher e esse ente só pode ser expresso a partir de uma série de respostas, tão laboriosas como ineficazes, a exigências que se alteram sem cessar»⁴².

Essa visão nos permite sugerir algumas vias de interpretação do ato de “conduzir” o direito. Em primeiro lugar, as pretensões jurídicas que sustentamos hoje – a partir da modernidade e de suas instituições – são pretensões que, de algum modo, estão relacionadas à figura do Estado, não sendo a busca por saídas da concepção formalista de pactuação sobre o direito positivado uma alternativa efetiva. Porém, o direito possui dimensões que “sobrevão” o Estado, assim como o Estado possui dimensões que ultrapassam o direito: o contrário e a exceção são

partes do direito e fundamentos da norma; essa aceção da realidade jurídica, certamente, provoca os maiores desafios em um contexto de valoração *politicamente* pluralista, no qual nos situamos, pois não se trata jamais de uma legitimação do arbítrio. Em segundo lugar, pensar o direito como dispositivo, no sentido filosófico de tal categoria (considerado ao menos segundo o percurso que vai de Michel Foucault e Gilles Deleuze a Giorgio Agamben e Roberto Esposito⁴³), significa considerar que a constituição desse dispositivo é propriamente *assim*: a “falta”, o “defeito”, a “ausência” são *partes estruturantes* do direito e não apenas “defeitos” da aplicação (uma aplicação total, integral, seria não apenas utópica, mas *distópica*). O “ruído” deve ser considerado positivamente, isto é, como uma possibilidade da comunicação jurídica. Ainda mais por, nas sociedades periféricas, muito dessa comunicação ocorrer ruidosamente. Se um tal dispositivo funciona é porque é “defeituoso”. Em terceiro, em contradição com essa forma de estruturação, é da natureza de funcionamento das técnicas jurídicas (e também do seu pensamento) julgar *como se fosse*, porém, um “*directus*” em si. A correta ou incorreta condução do dispositivo pelos utentes é uma situação sempre local, resultante da conjuntura, uma vez que se situa dentro dos limites de plasticidade de sustentação do próprio aparato, no qual são cabíveis, nesse mesmo nível, ações que, da ótica de um sistema estável, seriam desestabilizadoras. A dominação e a resistência fazem parte de um sistema de relações de poder o qual, na forma jurídica, responde segundo a própria velocidade, em geral mais lentamente que a celeridade dos fluxos sociais, quando antes a “má condução” não os atropela.

5. 5 NARRAÇÃO E RESISTÊNCIA

Maria de França surge como uma voz das margens, que não apenas vive na opressão,

43 M. Foucault, *A ordem do discurso*, cit.; G. Agamben, *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Chapecó, Argos, 2009. G. Deleuze, *Foucault*, São Paulo, Brasiliense, 2004; R. Esposito, *As pessoas e as coisas*, São Paulo, Rafael Copetti Editor, 2016. A título de síntese, veja-se S. Chignola, “Sobre o dispositivo: Foucault, Deleuze, Agamben”, in *Cadernos IHU ideia*, ano 12, n. 214, v. 12, 2014, pp-3-18.

41 O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia*, cit., p. 23.

42 Ivi, p. 25.

mas é capaz de subjetivar como agente da resistência. Suas relações, negativas ou positivas, são constituídas pela linguagem narrativa de Osman Lins, caracterizando o seu percurso, no interior do romance, como um frequente corpo a corpo com o discurso oficial.

«A heroína, membro de uma classe oprimida, bate-se durante anos com a burocracia que a desnortheia e cuja língua tenta aprender, sempre em vão»⁴⁴.

O falimento da linguagem não é apenas a sua falência pessoal, segundo o crivo individualista de construção da culpa, mas um sintoma do fechamento da linguagem jurídica, que se apresenta hermética, claramente formulária e procedimental, isto é, como técnica especializada para conteúdos jurídicos. O fechamento da linguagem jurídica possui um claro efeito de distanciamento do proponente, na medida em que a força de seu “procedimento” está em relação com a força do próprio mito do procedimento como distância (uma técnica de controle usada por iniciados). Sendo assim, constitui-se, na verdade, como convenção, por meio de palavras, que consagra algumas figuras capazes para dizer o direito com poder instituinte. Vemos tal imagem plasmada literariamente em *A rainha dos cárceres da Grécia*:

«Se estou ante o juiz e o juiz me fala, conclui-se, ouvintes, que o juiz tem boca, e eu, ouvidos. Como falar, ele, despojado de seu órgão emissor, a alguém que, por dolo ou má-fé, privou-se de ouvidos? Senão, vejamos. Portanto, não só fica provado que ele fala, e que fala a alguém na situação de receber sua judiciosa preleção, como, para que não se conteste, ou negue, ou *ab juris* se tente distorcer os fatos, transmito para longe das janelas seladas e lacradas deste seletto recinto o seu princípio – sábio, pois vem de um doutor – de que toda e qualquer lei, minha filha, se for clara, atua contra o réu, pois aí é pão, pão, queijo, queijo, não havendo escapatória ou apelação possível. Em segunda instância, a que viriam o juiz e o direito romano, a que viriam os compêndios e as apelações, a que viriam a toga e o chanfalho, a que viriam o *Diário* e a *Revista*, esta *dos Tribunais* aquele *da Justiça*, a que viria toda essa egrégia construção se as leis, claras, dispensassem as interpretações e portanto os intérpretes, sendo oportuno salientar que tanto mais arbitrárias as interpretações quanto mais ampla a margem de o infrator achar uma

44 Ivi, p. 148.

brecha na lei, hein? Resumo toda a minha doutrina numa antílabe. Contraria o espírito da lei ser o texto legal um livro doméstico, um almanaque como o do *Capivarol* (o fortificante da família), ou um catecismo para iniciantes, ou o *Manual prático do abridor de latas*. Isto avacalha o troço. A lei, distintos jurados, tem de ser escrita numa língua nobre, se possível morta e enterrada, desconhecida das gentes, porque senão perde a graça. O modelo das leis são os oráculos, e cada servidor será um intérprete. Por isso, todos são iguais perante a lei, e, sem razão alguma, pode-se ter ganho de causa ou ser absolvido, tudo depende de nós, seus humildes guardiões e hermeneutas *uti possidetis*. Já imaginou que chato, peticionária, se todo gato-pingado tem de pagar quando se mexe ou abre a boca? O sentido natural da Justiça exige que o povo em geral dependa de uma plêiade – nós –, porque de acordo com o artigo primeiro, você, infringindo as cláusulas segundas, beneficia-se do item anterior, incorrendo nas penalidades inerentes ao parágrafo final, no uso todavia das atribuições que lhe conferem as alíneas correlatas e revogadas as disposições em contrário. Ou, conforme preconizam os tratadistas: *Ab hoc et ab hac*»⁴⁵.

Nessa passagem, configura-se um dos ápices construtivos da narrativa de Osman Lins no interior de *A rainha dos cárceres da Grécia*. O que é a loucura de Maria de França diante daquela de um juiz ironicamente prototípico? Atua-se com a nomeação, aqui, explorando suas possibilidades, a tal ponto que se mostra oportuno expor um poder imponente e que se pretende nobre no ridículo de sua encenação social, como o conhecido rei da fábula que estava nu. Se

«narrar supõe testemunhar – real ou falsamente –, (...) como fazê-lo sem colocar-se num determinado ponto ou em vários?»⁴⁶,

indaga o narrador, arremetendo-nos, de agora em diante, ao problema da perspectiva:

«O ponto de vista é então no romance uma fatalidade: o romancista experimenta-o, disfarça-o, luta com ele, subverte-o, multiplica-o, apaga-o e sempre o tem de volta»⁴⁷.

O ponto de vista como testemunho é estruturante da narração: narrar significa adotar uma perspectiva. Ora, erige-se assim um princípio

45 Ivi, pp. 100-101.

46 Ivi, pp. 72-73.

47 *Ibidem*.

que pode ser estendido à compreensão do fenômeno jurídico. Por exemplo, a imparcialidade buscada no julgar, princípio válido para a aplicação do direito, na medida em que preserva a pluralidade dos pontos de vista, mostra-se bastante diversa da mímica da neutralidade ou do princípio epistemológico da objetividade. Ainda, se há uma narrativa “dominante”, é porque existem outras, por mais “dominadas” que sejam, tantos quantos possam ser os seus agentes. Ora, a construção da narrativa jurídica advém uma cadeia de atos, leituras e disputas, uma vez que, se os juristas frequentemente dizem e reproduzem a narrativa oficial, segundo o ponto de vista “dominante” no sistema jurídico, não se esgotam em um papel passivo nem dizem a integralidade da narrativa do direito, entrando em jogo o papel da resistência – a retórica da pacificação social não cumpre outra função a não ser dissimular a dimensão agonística das aspirações de vida e das outras vozes que disputam, até mesmo contra a lógica da representação, o dizer – e o calar – o direito.

A circulação do discurso cria uma dinâmica que é regulada, operando nos níveis da representação e do imaginário. A dificuldade para administrar a extensão e a região dos efeitos é um problema real que diz respeito à relação com o mundo das *demandas*, sociais e individuais. O fato de ser o direito uma técnica de controle social, que serve antes de tudo à estabilização de estruturas sociais – não se deve esquecer o papel do direito como um instrumento de construção de hegemonia –, torna difícil conceber uma gramática da resistência nas diversas esferas de sua construção. Recorde-se, contudo, que as redes de poder atravessam e constituem não apenas a literatura, mas o direito, a política: as relações “microfísicas” estão entrelaçadas com uma dimensão “macrofísica” (a reinvenção da soberania, da guerra, os dispositivos da exceção, etc.), por mais que a construção da teoria do direito tenha sido feita praticamente na integralidade à luz da segunda, como nos resta das certas críticas de Foucault quanto à construção das doutrinas jurídico-políticas da modernidade ocidental.

Em síntese, as narrativas são produto de um complexo processo de narração que é também relação de poder, interpretação, pelo discurso e pelo imaginário, das forças constituintes

da sociedade, tanto em sentido constituinte quanto destituente. Assim,

«quando o narrador, no variado mundo, elege os seus temas, define uma atitude [...]. Diz, com a sua opção, até que ponto, comprometido *com a nomeação das coisas*, está também comprometido com as coisas nomeadas e qual o gênero desse compromisso»⁴⁸.

O modo de nomear – e o fato de que, antes, se *nomeie* – define um compromisso no qual está implicado o cuidado ético, demonstrando que sempre está presente o enredamento com aquilo que nomeamos e, ao mesmo tempo, a resistência possível à própria nomeação. Pode-se narrar o mundo para mantê-lo ou para mudá-lo; para dar um testemunho; pode-se narrar de modo a provocar esquecimentos, seleções, mas também memória; pode-se não narrar; pode-se impedir que se narre. O direito, enquanto poder nomeador, é o canal pelo qual a dominação dos corpos e as relações de poder se expõem diante de um processo de narração que se origina sempre de pontos de vista – a começar por aqueles das próprias representações do direito instituído. Não podemos denegar, assim, os diversos pontos de vista que perpassam a dimensão jurídica⁴⁹.

Roan Costa Cordeiro, Mestre em Filosofia pela Universidade Estadual de Campinas (Brasil).
roan.costa@gmail.com.

Natalina Stamile, Professora de Filosofia e Informática Jurídica (Universidade de Bergamo); Pós-doutoranda e Professora de Teoria de Argumentação Jurídica e *Ragionevolezza, uguaglianza e giustizia costituzionale* na Universidade Federal do Paraná (Brasil).
natalinastamile@yahoo.it

⁴⁸ Ivi, p. 65.

⁴⁹ Pode-se dizer que uma das diferenças essenciais entre direito e literatura seja concernente à natureza cogente da narrativa jurídica, que se constitui por um *enforcement* (ou é por ele complementada); a narrativa literária tem sua força intrínseca garantida pelos discursos, uma força “débil” não por serem os seus mecanismos menos judiciosos, mas por não terem a sua “eficácia” mediada pelo poder de polícia.

REFERÊNCIAS

- G. Agamben, *Idea della prosa*, Macerata, Quodlibet, 2002.
- G. Agamben, *Il fuoco e il racconto*, Roma, 'Nottetempo', 2014.
- G. Agamben, *Il sacramento del linguaggio, Archeologia del giuramento* (Homo sacer II, 3), Laterza, Roma-Bari, 2008.
- G. Agamben, *O que é o contemporâneo? e outros ensaios*. Chapecó, Argos, 2009.
- G. Agamben, *Stato di eccezione*. Torino, Bollati Boringhieri, 2003.
- W. P. Alston, *Filosofia da Linguagem*, Rio de Janeiro, Zahar, 1972.
- E. Benveniste, *Vocabulário das instituições indo-europeias: Poder, Direito, Religião*, v. 2. Campinas, Editora Unicamp, 1995.
- S. Chignola, "Sobre o dispositivo: Foucault, Deleuze, Agamben", in *Cadernos IHU ideia*, ano 12, n. 214, v. 12, 2014, pp-3-18.
- G. Deleuze, *Foucault*, São Paulo, Brasiliense, 2004;
- R. Esposito, *As pessoas e a coisas*, São Paulo, Rafael Copetti Editor, 2016.
- M. Foucault, *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*, São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- M. Foucault, *A ordem do discurso*, São Paulo, Edições Loyola, 1999.
- R. Guastini R., *Filosofia del diritto positivo. Lezioni*, (a cura di) V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 2017
- R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014.
- G. Gurvitch, *Sociology of Law*, London, Routledge & K. Paul, 1953.
- J. Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2v, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003.
- O. Lins *Avalovara*. 2ed. São Paulo, Melhoramentos, 1974.
- O. Lins *Lima Barreto e o espaço romanesco*, São Paulo, Editora Ática, 1976.
- O. Lins *Lisbela e o prisioneiro*, São Paulo, Planeta, 2003.
- O. Lins *Nove, Novena: narrativas*. 4ed. São Paulo, Companhia das Letras, 1994.
- O. Lins, *A rainha dos cárceres da Grécia: romance*, São Paulo, Companhia das Letras, 2005.
- F. Ost, *Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico*, São Leopoldo, Editora Unisinos, 2007.
- F. Ost, *Entrevista com François Ost. Direito e literatura: dois lados do espelho*, in: "Anamorphosis. Revista Internacional de Direito e Literatura", v. 3, n. 1, 2017, pp. 259-274.
- J. P. Paes, "O mundo sem aspas", in: ID., *Transleituras: ensaios de interpretação literária*, São Paulo, Editora Ática, 1995, pp.
- A. Ponzio, S. Petrilli, P. Calefato, *Fundamentos de filosofia da linguagem*, Petrópolis, Vozes, 2007.
- A. Ross, *Tû-Tû*, São Paulo, Quartier Latin, 2004.
- L. M. Schwarcz, *Lima Barreto: triste visionário*, São Paulo, Companhia das Letras, 2017.
- E. Teles, V. Safatle (ed.), *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*, São Paulo, Boitempo, 2010.
- M. Weber, *Economia e sociedade. Fundamentos da sociologia compreensiva*, 2v., Brasília, UnB, 1982;
- L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, 2. ed., São Paulo, EDUSP, 1994.

Linguaggio di genere, principio antisubordinazione e traduzioni giuridiche: annotazioni giuscomparate

Serena Baldin

ABSTRACT

Il presente articolo affronta il tema del linguaggio non discriminatorio individuando nel principio di eguaglianza nella sua versione antisubordinazione la fonte che legittima le regole relative all'uso di un linguaggio non sessista. Dopo una premessa introduttiva volta a segnalare l'androcentrismo insito nelle espressioni lessicali, si sottolineano i caratteri del costituzionalismo occidentale, teso alla crescente estensione di garanzie alle donne fino all'elaborazione del concetto di gender mainstreaming (§ 2), e si illustrano i significati del principio di eguaglianza nella prospettiva antisubordinazione (§ 3). Indi, nel § 4, il contributo si sofferma sulle problematiche delle traduzioni giuridiche, evidenziando come trasposizioni imprecise possano stravolgere un impianto costituzionale gender sensitive, che assegna chiaro rilievo al genere femminile.

This article focuses on the topic of non-discriminatory language. Its source of legitimacy is identified in the principle of equality, in its anti-subordination perspective. Section 1 underlines the linkages between linguistic and law and the widespread androcentrism in language, while section 2 is devoted to some

features of Western constitutionalism, aimed at the extension of guarantees in favor of women, up to the elaboration of the concept of gender mainstreaming. Section 3 highlights the significance of the principle of equality explaining the anti-subordination approach. Section 4 is devoted to the problems of legal translations, underlying how incorrect transpositions can overturn a gender sensitive constitutional configuration.

PAROLE CHIAVE

EGUAGLIANZA; LINGUAGGIO E GENERE;
PRINCIPIO ANTISUBORDINAZIONE;
TRADUZIONI GIURIDICHE.

KEYWORDS

EQUALITY; LANGUAGE AND GENDER;
ANTI-SUBORDINATION PRINCIPLE;
LEGAL TRANSLATIONS.

SOMMARIO

1. LINGUAGGIO DI GENERE E DIRITTO 2. COSTITUZIONALISMO INCLUSIVO, PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E *gender mainstreaming* 3. IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NELLA PROSPETTIVA ANTISUBORDINAZIONE 4. IL GENERE NELLE TRADUZIONI GIURIDICHE 5. CONSIDERAZIONI FINALI

1. LINGUAGGIO DI GENERE E DIRITTO

I *gender studies* rappresentano da vari decenni un punto di riferimento per chi si occupa di elaborazioni concettuali, evoluzioni e nuove prospettive di indagine sui significati socio-culturali della sessualità e dell'identità di genere. Mentre nel sentire comune sesso e genere appaiono come termini sinonimici, in ambito

accademico il genere designa il processo di costruzione sociale e culturale di quei comportamenti che tendono a definire le differenze fra donne e uomini al di là del dato biologico che demarca il sesso.

Gli archetipi che definiscono i rapporti interpersonali primari e le strutture profonde della nostra identità alimentano le questioni di genere: la società organizza e produce modelli di relazioni che vengono riprodotti attraverso meccanismi di controllo familiare e sociale, quali l'educazione, la religione, la cultura e, naturalmente, le espressioni lessicali¹. Meccanismi di controllo che l'analisi di genere intende disvelare.

Sottolinea Barbara Pezzini che il genere è sia binario e relazionale per ciò che riguarda la dicotomia maschile/femminile, sia un codice che restituisce un rapporto gerarchico in quanto basato sull'elaborazione sociale delle differenze tra i sessi, differenze veicolanti subordinazione, discriminazione e stigmatizzazione. La costruzione del genere è un'opera socialmente determinata che investe anche la sfera del diritto. Questo, a sua volta, restituisce l'immagine del genere attraverso regole che contribuiscono a conformare l'identità così espressa².

Il tema della presente indagine offre varie angolature di analisi, in virtù dei molteplici legami che la linguistica intreccia col diritto, identificabili in special modo nelle sfere della semantica giuridica, della filosofia del diritto, della logica deontica, della giuscomparazione. I rapporti fra queste due discipline si innervano anche nell'universo dei diritti, a partire dalle teorie che fondano il costituzionalismo contemporaneo e dalle concezioni dell'egualianza. In questa prospettiva, una considerazione preliminare poggia sul piano semantico, ispirata da un dialogo fra Alice e Humpty

1 Si v. F. Fusco, *La lingua e il femminile nella lessicografia italiana. Tra stereotipi e (in)visibilità*, Alessandria, 2012, p. 7 ss.; S. Piccone Stella, C. Saraceno (a cura di), *Genere. La costruzione sociale del femminile e del maschile*, Bologna, 1996.

2 Cfr. B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *Questioni di genere nel diritto: impliciti e crittotipi*, Torino, 2015, p. 202 ss.

Dumpty che compare nel racconto di Lewis Carroll *Attraverso lo specchio*. In un passaggio caro a linguisti e giuristi, ad Alice, che rimprovera a Humpty Dumpty l'attribuzione di un significato arbitrario a una parola, questi replica che «essa significa esattamente quello che decido io ... né più né meno». E, di fronte alle proteste di Alice: «bisogna vedere se voi potete dare tanti significati diversi alle parole», Humpty Dumpty conclude: «bisogna vedere chi comanda... ecco tutto»³. In verità, di solito le parole non significano quello che ciascuno decide vogliono dire. Il loro contenuto è dato dall'uso che delle parole stesse si fa comunemente. Nella prospettiva di genere, studiare il linguaggio induce però a riflettere sull'ipotesi che Humpty Dumpty non abbia tutti i torti.

La produzione della conoscenza, veicolata in massima parte dal linguaggio, è profondamente politica. E anche il diritto è parte di quel tipo di conoscenza e dunque della struttura che garantisce il potere a certi gruppi dominanti. Le parole producono consenso e conformità. Allo stesso modo possono anche condurre a trasformazioni, essendo uno strumento di cambiamento del mondo. Come accade nell'ambito giuridico, e proprio grazie a un certo uso dei termini. La stessa parola "diritto" «si è caricata nella storia della cultura di una forza emotiva favorevole e intensa, sino a costituire uno strumento retorico di notevole efficacia. È molto più inquietante e persuasivo... pretendere qualcosa come proprio diritto, che non farne l'oggetto di una invocazione o preghiera affidata alla buona volontà del destinatario»⁴.

Gli studi di genere smascherano l'androcentrismo insito nelle espressioni lessicali, dovuto al predominio del maschile che, nelle lingue neolatine come l'italiano, lo spagnolo, il portoghese, il francese, ha una doppia valenza. Marcata, ossia riferita solo agli uomini, e una non marcata, riferita a entrambi i sessi in quanto il maschile si considera neutro, sebbene in que-

3 L. Carroll, *Attraverso lo specchio*, Milano, 1978, p. 203.

4 Cfr. U. Scarpelli, *Diritti positivi, diritti umani: un'analisi semiotica*, in S. Caprioli, F. Treggiari (a cura di), *Diritti umani e civiltà giuridica*, Centro Studi giuridici e politici, Perugia, 1992, p. 39.

ste lingue il genere neutro non esista⁵. Diversamente, il femminile è sempre marcato. Questi casi palesano una dissimmetria grammaticale, visto che il linguaggio simbolizza al suo interno la differenza sessuale in forma già gerarchizzata e orientata⁶. L'uso del genere maschile al singolare, qualora incorpori il femminile, non è né neutro né inclusivo; declinato al plurale, il maschile può svolgere una funzione inclusiva del femminile, senza però divenire neutro. Non è neutro in quanto impiegare un termine al posto di un altro comporta una modifica nel pensiero e nell'atteggiamento di chi lo pronuncia e di chi lo ascolta⁷. E mediante la verbalizzazione di concetti si veicolano stereotipi di genere.

Gli stereotipi operano come strumenti di definizione dell'identità propria e altrui, servendosi della semplificazione, della riduzione o della negazione delle differenze per mantenere l'ordine simbolico e sociale prefissato. Volgendosi a un gruppo subordinato, gli stereotipi contribuiscono a perpetuare l'egemonia, agendo non con la forza bensì con la persuasione⁸. La parola può trasformarsi in un'azione vera e propria, condizionando la realtà circostante⁹. Poiché il genere opera nel e sul linguaggio, è possibile resistere alle forme di subordinazione mediante atti di sovversione linguistica. Un esempio lontano nel tempo, e ancora attuale, è il documento steso dalla scrittrice Olympe de Gouges nel 1791: la *Declaration des droits de la femme et de la citoyenne*. Emblema delle richieste, sovente inascoltate, di adeguare la sostanza nonché lo stile redazionale dei testi normativi per includervi la componente femminile, palesemente omessa nella *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* del 1789¹⁰.

5 Si v. C. Bazzanella, *Genere e lingua*, voce in "Enciclopedia Treccani", in www.treccani.it.

6 P. Violi, *L'infinito singolare. Considerazioni sulla differenza sessuale nel linguaggio*, Verona, 1986, p. 40.

7 Così A. Sabatini, *Raccomandazioni per un uso non sessista della lingua italiana*, in Id., *Il sessismo nella lingua italiana*, Ist. Pol. Zecca dello Stato, Roma, 1987, p. 97.

8 P. Villano, *Pregiudizi e stereotipi*, Roma, 2013, p. 9.

9 Cfr. A. Sabatini, *op. cit.*, p. 97.

10 Si v. A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, Bologna, 2013, p. 62 ss.

Il "potere di nominare" implica riconoscere. A livello giuridico, il riconoscimento di specifici gruppi ha tutta una serie di ricadute significative che si proiettano sui profili dell'inclusione sociale e del conferimento di diritti. I paragrafi che seguono intendono evidenziare sommariamente i caratteri del costituzionalismo occidentale fino all'elaborazione del concetto di *gender mainstreaming* (§ 2), a illustrare il principio di eguaglianza nella prospettiva antisubordinazione (§ 3) e a individuare le problematiche insite nelle traduzioni giuridiche, segnalando come trasposizioni imprecise possano stravolgere un impianto costituzionale *gender sensitive*, che assegna chiaro rilievo al genere femminile (§ 4).

2. COSTITUZIONALISMO INCLUSIVO, PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA E GENDER MAINSTREAMING

L'esclusione sociale dei gruppi svantaggiati è sovente all'origine di richieste di riconoscimento giuridico, in quanto i pregiudizi e le discriminazioni subite ne rafforzano l'identità collettiva, sviluppando forme di solidarietà basate su aspetti ascrivibili.

Il mancato riconoscimento giuridico o il misconoscimento possono tradursi in forme di oppressione che imprigionano le persone in un modo di vivere falso e impoverito, producendo inferiorità e marginalità¹¹. Iris Young sostiene che in società dove «alcuni gruppi sono privilegiati mentre altri sono oppressi, insistere che le persone come cittadini dovrebbero lasciar da parte le loro particolari caratteristiche ed esperienze per assumere un punto di vista generale serve solo a rafforzare quel privilegio; le prospettive e gli interessi dei gruppi privilegiati tenderanno a dominare questa sfera pubblica unificata, marginalizzando o riducendo al silenzio quelli di altri gruppi»¹². Non esplicitare le differenze può

11 In argomento, v. C. Taylor, *La politica del riconoscimento*, in J. Habermas, C. Taylor, *Multiculturalismo: lotte per il riconoscimento*, Milano, 2008, p. 9 ss.

12 I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1990, p. 257.

dunque generare l'estromissione dai benefici derivanti da un diverso *status* giuridico attraverso un processo all'apparenza neutrale e di fatto discriminante, basato sull'idea di un soggetto universale e decontestualizzato che non esiste, le sue caratteristiche corrispondendo a quelle del gruppo dominante¹³.

I teorici della politica focalizzano il dibattito anche sul rapporto fra redistribuzione socio-economica e riconoscimento collettivo alla base delle lotte sociali. Si tratta di un rapporto che non è necessariamente antitetico, dato che spesso le due direttrici si intersecano, come accade nei riguardi delle donne e delle minoranze etnico-razziali. Vale a dire che l'appartenenza al genere femminile¹⁴ incide sulla condizione individuale sia all'interno delle relazioni socio-economiche che dell'opinione svalutativa del gruppo di appartenenza. Tali gruppi «subiscono tanto la maldistribuzione quanto il misconoscimento in una maniera in cui nessuna delle due forme di ingiustizia è una conseguenza indiretta dell'altra, ma in cui entrambe sono primarie e cooriginarie». Pertanto, la discriminazione può sradicarsi solo con politiche in grado di cambiare entrambi gli schemi di riferimento¹⁵.

Si parla di "norma maschile", o di patriarcato o di sistema sesso-genere, per intendere che il diritto non è neutro, essendo inficiato dalla struttura di potere dominante che assegna un

ruolo subordinato alle donne¹⁶. Storicamente, le costituzioni offrono svariati esempi di gruppi esclusi dallo Stato sin dal momento fondativo, e le donne condividono spesso le sorti delle minoranze etniche, per cui gli appelli all'eguaglianza possono risultare falsamente universali¹⁷. Il noto *incipit* del preambolo della costituzione statunitense risalente al 1787 – «*We the People*» – era all'epoca il riflesso di una sola classe (maschio, bianco, proprietario), con chiare implicazioni negative per i nativi americani, gli afrodiscendenti, nonché per la componente femminile nella sua interezza¹⁸. Per converso, il riconoscimento di gruppi storicamente emarginati e oppressi nel testo solenne equivale a renderli parte integrante della comunità politica. La loro menzione è inoltre un gesto emblematico per riparare alle ingiustizie subite e atto a rafforzare la loro inclusione mediante normative specificamente dedicate.

Attualmente, le costituzioni di ogni dove statuiscono il principio di eguaglianza e il divieto di discriminare. Oltre a ciò, l'evoluzione dei tempi registra una fase di ampio riconoscimento costituzionale delle categorie di soggetti deboli, che ora abbracciano, oltre alle donne e alle minoranze etniche, anche bambini, adolescenti, anziani, disabili¹⁹.

Il principio di eguaglianza è «un complesso contenitore di istanze e di strumenti giuridici, tenuti insieme dal supremo valore della pari dignità sociale della persona»²⁰. Esso sottende

13 Cfr. A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, 2004, p. 5; W. Kymlicka, *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, 2002, p. 188; C. Taylor, *op. cit.*, p. 29 s.; C. Piciocchi, *La prescrittività culturale degli ordinamenti giuridici tra ordinamenti statali e Unione europea*, in R. Toniatti, F. Palermo (a cura di), *Il processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea. Saggi su valori e prescrittività dell'integrazione costituzionale sovranazionale*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004, p. 216 ss.

14 Senza dimenticare che le donne sono spesso oggetto di doppia discriminazione, visto che il genere si combina con la razza o l'origine etnica, la religione, la disabilità, l'età.

15 Cfr. N. Fraser, *Giustizia sociale nell'era della politica dell'identità: redistribuzione, riconoscimento e partecipazione*, in N. Fraser, A. Honneth, *Redistribuzione o riconoscimento? Una controversia politico-filosofica*, Roma, 2007, p. 20 ss., 30 ss.

16 M.A. Barrère Unzueta, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo. Il principio d'uguaglianza di donne e uomini come strategia per una rilettura giuridica*, in "Ragion Pratica", 2, 2004, p. 364.

17 Si v. N. Garay Montañez, *Investigación y docencia en derecho constitucional: Apuntes y materiales para la comprensión de un constitucionalismo inclusivo*, in "Revista de Educación y Derecho", 11, 2015, p. 10 ss.

18 D.R. Miller, *Recontextualizing 'equality' in the Constitution of the USA, or, a tale of the inadequacy of the grammar of equality: one constitutional instance*, in "Revista General de Derecho Público Comparado", 3, 2008, p. 9 ss.

19 A titolo esemplificativo, si vedano le costituzioni di Ecuador (2008), Bolivia (2009), Kenya (2010).

20 Cfr. A. D'Aloia, *Argomenti per uno statuto costituzionale delle azioni positive: uno sguardo all'esperienza italiana*, in L. Califano (a cura di), *Donne, politica e processi decisionali*, Torino, 2004, p. 34.

una pluralità di accezioni e di funzioni²¹, che può essere raffigurata con «una linea progressiva ... fatta di stadi e di significati differenti ma non slegati gli uni agli altri, né rappresentabili alla stregua di opposti che non possono mai congiungersi»²². In questa sede si abbozzerà solamente il noto binomio formale/sostanziale, per poi chiarire il significato del principio antisubordinazione.

Nella sua formulazione classica, l'eguaglianza davanti alla legge implica che situazioni simili debbano essere trattate in modo eguale e situazioni diverse in modo differente. Dal dogma aristotelico che soggiace a tale formulazione discende un giudizio di natura esclusivamente relazionale e comparativa, soddisfatto qualora due persone siano trattate egualmente bene o egualmente male. In caso contrario, e in assenza di ragionevoli giustificazioni, il trattamento si considera discriminatorio. Nelle carte costituzionali è d'uso elencare i fattori ascrivibili reputati particolarmente meritevoli di tutela, la società avvertendo come odiosi gli eventuali trattamenti di sfavore da essi derivanti. La menzione dei motivi di discriminazione c.d. sospetti (es. sesso, razza, lingua) ha l'effetto di porre un limite al legislatore, il quale non può adottare atti che ledano certe categorie di soggetti trattandole differentemente da altre a causa di un loro attributo. In ciò risiede il significato dell'eguaglianza formale e del suo corollario, il divieto di discriminare²³.

Quanto alla discriminazione sulla base del sesso, in via prodromica va segnalato l'ossimoro che lega la nozione di genere, basata sul concetto di differenza, al valore dell'eguaglianza, che presuppone somiglianza²⁴. A essere vietate non sono unicamente le discriminazioni dirette o palesi²⁵. Il divieto si estende

21 Si rinvia a L. Gianformaggio, *L'eguaglianza e le norme*, in Id., *Eguaglianza, donne e diritto* (a cura di A. Facchi, C. Faralli, T. Pitch), Bologna, 1997, p. 125 ss.

22 A. D'Aloia, *op. cit.*, p. 34.

23 In prospettiva comparata, v. E. Palici di Suni, *Il principio di eguaglianza*, in Id. (a cura di), *Diritto costituzionale dei paesi dell'Unione europea*, II ed., Padova, 2011, p. 279 ss.

24 Così M. Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Milano, 1991, p. 40.

25 Ai sensi dell'art. 2, c. 2, della direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre

anche quelle indirette o dissimulate, agendo come uno strumento orientato alla giustizia sociale. La discriminazione indiretta sottende quell'ipotesi in cui la norma contestata, sebbene espressa in modo neutro e dunque rivolta ai destinatari nei medesimi termini senza distinzioni, finisce per avere un impatto disparato su un gruppo sociale debole²⁶. Superando l'approccio individualistico insito nel concetto di discriminazione diretta, la fattispecie indiretta si basa su una comparazione fra gruppi assunta a fondamento per stabilire una condizione di disparità, e dove l'attenzione attribuita sul piano degli effetti all'impatto diseguale acquisisce una rilevanza primaria²⁷. Nell'alveo europeo, la nozione venne esplicitamente definita negli anni Ottanta dalla Corte di giustizia di Lussemburgo con l'obiettivo di salvaguardare il personale lavorativo part-time, composto in prevalenza da donne²⁸.

La regola generale di eguaglianza non si arresta alla sua declinazione in senso formale, contemplando un'ulteriore specificazione. L'eguaglianza sostanziale ambisce alla parità di fatto e non solo di diritto, aspirando a colmare le differenze dei punti di partenza fra soggetti che discendono dalla ricchezza, l'educazione, ecc. Sandra Fredman elenca quattro funzioni dell'eguaglianza sostanziale: interrompe la

2002, la discriminazione diretta indica la situazione nella quale una persona è trattata meno favorevolmente in base al sesso di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga.

26 Si v. D. Strazzari, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello "europeo" dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, p. 11 ss.

27 O. Pollicino, *Di cosa parliamo quando parliamo di uguaglianza? Un tentativo di problematizzazione del dibattito interno alla luce dell'esperienza sovranazionale*, in C. Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2006, p. 453.

28 Corte giust., sent. 13 maggio 1986, causa 170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v. Weber Von Hartz*. In seguito, la discriminazione indiretta venne disciplinata nella direttiva 97/80/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso. Sull'evoluzione del concetto di discriminazione nell'ambito europeo si rinvia a O. Pollicino, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario. Un profilo giurisprudenziale alla ricerca del nucleo duro del new legal order*, Milano, 2005.

spirale dello svantaggio; promuove il rispetto dell'eguale dignità di tutti gli individui; accomoda le istanze identitarie, rimuovendo gli svantaggi nel rispetto delle differenze ascrivite; promuove la partecipazione alla vita pubblica a fini inclusivi²⁹. Essa si configura quale strumento di riequilibrio delle contraddizioni sociali e presuppone un ruolo attivo del legislatore, avente il compito di sanare le situazioni generatrici di diseguaglianze attraverso «un processo di redistribuzione delle *chances* fra soggetti avvantaggiati e soggetti discriminati, ovvero un processo che riattribuisce in modo diseguale le opportunità di accedere a un determinato bene»³⁰.

Si rinviene qui il fondamento della ragionevolezza dei trattamenti preferenziali volti a evitare o compensare svantaggi legati al fattore ascrivito, che assumono il nome di azioni positive. Nella sua declinazione classica, il principio di eguaglianza formale non costituisce la base per attribuire un vantaggio ai soggetti deboli. Diversamente, l'*affirmative action policy*, introdotta negli anni Sessanta negli Stati Uniti per compensare la comunità afroamericana dei trattamenti degradanti subiti nel tempo, si propone di rendere effettiva l'eguaglianza di opportunità (o di mezzi) e quindi l'ordinamento fa leva sul tratto ascrivito per introdurre trattamenti di favore che discendono dal canone di parità sostanziale³¹.

A differenza di quanto si sosteneva tempo addietro, l'eguaglianza sostanziale non può più essere assicurata con la sola previsione di benefici economici a fini redistributivi. Le misure rivolte agli individui che fanno parte di gruppi svantaggiati vittime di oppressione non possono consistere soltanto nel pagamen-

to di eventuali indennizzi o nel dichiarare illegittimi gli atti compiuti in loro pregiudizio. Nell'attuale contesto storico, la questione centrale verte sull'effettivo esercizio dei diritti³². Occorre mirare a un'opera di riqualificazione sociale da ottenersi, ad esempio, con l'introduzione di azioni positive nell'ambito educativo e in quello dell'aggiornamento professionale³³. Il principio di eguaglianza sostanziale è strettamente legato ai diritti sociali, la cui garanzia permette di dare consistenza ai punti di partenza che si vogliono livellare sul piano lavorativo, abitativo, dell'istruzione, dell'assistenza socio-sanitaria. Solo affrancandosi dalla schiavitù del bisogno gli individui svantaggiati possono effettivamente godere delle libertà civili e politiche.

Il godimento effettivo dei diritti non si configura solo come un prodotto giuridico, bensì quale conseguenza di una serie di trasformazioni che rilevano sul piano sociale, economico, culturale. Per siffatto motivo, nei paesi aderenti all'Unione europea, la promozione delle pari opportunità fra donne e uomini era già un obiettivo primario negli anni Settanta, come si evince dalla normativa volta a garantire la parità sui posti di lavoro, e ora sancita all'art. 8 del Trattato sul funzionamento dell'UE.

La promozione delle pari opportunità è perseguita secondo i principi che reggono il c.d. *gender mainstreaming*. Alla lettera «stare nella corrente principale, scorrere al centro del flusso», il *mainstreaming* si diffonde dalla Conferenza mondiale sulle donne organizzata dall'ONU a Pechino nel 1995. Compiutamente, il termine indica «la promozione da parte dei governi e degli altri soggetti attivi di una politica attiva e visibile di *mainstreaming*, di una prospettiva di genere in tutte le politiche e i

29 Cfr. S. Fredman, *Discrimination Law*, II ed., OUP, Oxford, 2011, p. 25 ss.

30 Così M. Barbera, *op. cit.*, p. 97.

31 La previsione di quote o di punteggi per l'accesso a enti pubblici e privati è il modo attraverso cui gli ordinamenti introducono misure positive: le quote puntano a riservare posti alle categorie svantaggiate, mentre col sistema dei punteggi si accreditano punti più elevati ai soggetti deboli, senza compromettere il diritto di ogni candidato a concorrere per tutti i posti disponibili. Cfr. M. Ainis, *Azioni positive e principio d'eguaglianza*, in "Giur. cost.", 1992, p. 586 s.

32 L. Azzena, *Divieto di discriminazione e posizione dei soggetti «deboli»*. Spunti per una teoria della «debolezza», in C. Calvieri (a cura di), *op. cit.*, p. 55.

33 Cfr. A. Pizzorusso, *Le minoranze nel diritto pubblico interno*, Milano, 1967, p. 342 ss.; S. Fredman, *Combating Racism with Human Rights: The Right to Equality*, in Id. (ed.), *Discrimination and Human Rights. The Case of Racism*, OUP, Oxford, 2001, p. 20 s. V. altresì A. D'Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 114 s., *passim*.

programmi per assicurare che, prima di prendere decisioni, sia effettuata un'analisi degli effetti che essi hanno sulle donne e gli uomini rispettivamente». In altri termini, le politiche per la parità di genere indicano un insieme di interventi pubblici messi in atto dallo Stato per contrastare o alterare condizioni che possono dare origine e alimentare una situazione di disegualianza fra donne e uomini, ovvero creare un divario nella partecipazione alla vita politica, sociale ed economica per ragioni legate al sesso³⁴. Si tratta dunque di un ideale di integrazione orizzontale (o trasversale), in origine destinato ad atti di indirizzo politico e di programmazione dell'azione di governo³⁵. Nato e sviluppatosi come direttiva politica, il concetto di *mainstreaming* è stato di recente codificato in atti di carattere normativo, a partire dalla direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 settembre 2002.

3. IL PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA NELLA PROSPETTIVA ANTISUBORDINAZIONE

Nonostante il percorso fatto in favore del riconoscimento dei diritti delle donne, nei riguardi della componente femminile permane una disegualianza strutturale che è il prodotto di relazioni sociali. Il tenore assimilazionista di certe locuzioni normative, costruite a partire dall'uomo assunto come unico modello possibile e i suoi diritti come parametro di riferimento, può annidarsi anche nei testi più insospettiti. Basta leggere l'art. 2 della Convenzione sull'e-

34 Cfr. A. Donà, *Genere e politiche pubbliche. Introduzione alle pari opportunità*, Milano, 2007, p. 6.

35 Alla base del *gender mainstreaming* vi sono tre principi. In primo luogo, il considerare gli individui in senso olistico nelle sfere lavorativa, familiare, sociale, politica, evitando gli stereotipi e le definizioni unidimensionali in base al genere (lavoratore, casalinga). Qui ricadono le misure che favoriscono la conciliazione fra lavoro e famiglia, come i congedi parentali, gli orari flessibili, i servizi di assistenza agli anziani e all'infanzia. Il secondo principio inerisce alla partecipazione democratica nella vita politica, da cui discendono le misure atte a rafforzare la presenza femminile. Il terzo principio si richiama alla giustizia e all'equità, ossia all'equa allocazione delle risorse fra donne e uomini. Si v. A. Donà, *op. cit.*, p. 64.

liminazione di ogni forma di discriminazione contro le donne (CEDAW) del 1979, laddove si afferma che «Gli Stati membri ... si impegnano a ... c) Stabilire la protezione giuridica dei diritti della donna su una base d'uguaglianza rispetto a quelli dell'uomo». Ciò a dimostrare che l'universalismo del diritto si fonda in realtà su strutture giuridiche sessuate, che incorporano il paradigma implicito della regola sociale di subordinazione femminile³⁶. Questa disegualianza strutturale è una condizione che il principio antisubordinazione intende scardinare.

La subordinazione è disegualianza di potere, che si traduce in esclusione, svalutazione, mancanza di autonomia³⁷. Funzionale a tale punto di vista è la precisazione di Owen Fiss, il quale distingue due diversi "paradigmi": antidiscriminazione e antisubordinazione. I movimenti femministi si focalizzano soprattutto su ciò che ruota attorno al concetto di gerarchia e che si esprime col termine *antisubordination principle* (o *group disadvantaging principle*). Esso venne dapprima proposto nell'ambito razziale, quale diversa lettura dell'*equal protection clause* contenuta nel XIV emendamento alla Costituzione statunitense, suggerendo di interpretare tale clausola non in senso procedurale bensì sostanziale, per sindacare anche la legittimità dei fini di un atto e per ricomprendere la prospettiva del gruppo e non solo del singolo individuo³⁸.

Il paradigma antisubordinazione condanna quelle pratiche il cui effetto è di creare o perpetuare la posizione subalterna dei gruppi svantaggiati. Seguendo questo tracciato, la discriminazione è solo uno dei vari processi sociali responsabili di statuire un ordine

36 Si v. B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna come principio anti-discriminatorio e come principio antisubordinazione*, in G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (a cura di), *Scritti in onore di Lorenza Carlassare. Il diritto costituzionale come regola e limite al potere*, vol. III, *Dei diritti e dell'uguaglianza*, Napoli, 2009, p. 1148.

37 Si v. M.A. Barrère Unzueta, *op. cit.*, p. 378.

38 O. Fiss, *Groups and Equal Protection Clause*, in "Philosophy and Public Affairs", 2, 1976, p. 107 ss. In argomento, v. altresì D. Strazzari, *op. cit.*, p. 123 ss.; L. Fabiano, *Le categorie sensibili dell'uguaglianza negli Stati Uniti d'America*, Torino, 2009, p.73 ss.

gerarchico fra i sessi³⁹. In altri termini, l'eguaglianza formulata in chiave antisubordinazione rappresenta il superamento proiettivo della dimensione antidiscriminatoria⁴⁰. María Angeles Barrère Unzueta chiarisce bene la differenza con un esempio. Supponiamo che la percentuale di donne iscritte a giurisprudenza sia superiore agli uomini. Supponiamo inoltre che il corso post-laurea in "Avvocato di impresa" sia frequentato in pari numero da studenti e studentesse. Supponiamo infine che gli uomini siano assunti dalle imprese in misura maggiore rispetto alle donne. Il diritto antidiscriminatorio potrà incidere solo sul terzo momento della sequenza, le altre fasi non prefigurando alcun tipo di violazione del principio di eguaglianza⁴¹.

Secondo tale linea interpretativa, la discriminazione è un mero epifenomeno della subordinazione. In pratica, la dimensione antidiscriminatoria attiva un processo ascensionale di inclusione che riconosce al soggetto discriminato l'accesso a uno spazio prima precluso. Il principio antisubordinazione, che incorpora quello antidiscriminatorio, enfatizza invece l'esigenza di riconoscere le tematiche di genere come un assetto di potere. Esso protende al tema del dominio, ossia di chi abbia stabilito nel passato e di chi abbia nel presente il potere di stabilire i caratteri della norma – che tutela solo il potere di uno dei due sessi – e di come ciò avvenga⁴².

Il significato dell'eguaglianza come non subordinazione accentua la responsabilità istituzionale, che si estende dal legislatore alle corti e alle altre istituzioni politiche, per contrastare la diseguaglianza strutturale. Si mira in tal modo al rovesciamento e al superamento dell'assetto che produce l'esclusione, dando avvio a un processo circolare di ri-definizione di

tutti i soggetti coinvolti e dello stesso spazio in cui agiscono e su cui insistono⁴³.

La dimensione tacita del diritto, con le sue regole non verbalizzate eppure effettive, è un ambito da studiare con particolare attenzione al fine di superare gli assetti di potere consolidati, in quanto le norme implicite sono rispettate anche più di quelle espresse, essendo interiorizzate dai consociati⁴⁴. Nell'applicare norme riguardanti il genere, la precomprensione dell'interprete riveste un ruolo essenziale, potendo influenzare in un senso o nell'altro il significato da dare a esse. Ad esempio, la disparità di trattamento fra coniugi in merito alla punibilità del reato di adulterio avallata nei primi anni Sessanta dalla Corte costituzionale italiana fa chiaramente emergere il pregiudizio di genere che plasma un modello familiare basato sull'autorità patriarcale⁴⁵.

Strumenti per fare affiorare l'implicito, che esercita un controllo profondo sulla vita sociale, consentono pertanto una validazione logico-argomentativa delle regole tale da poter smascherare stereotipi e prospettive giuridiche discriminatorie⁴⁶. Il mutamento paradigmatico, con la ridefinizione del campo di indagine, della metodologia e dei concetti fondamentali impiegati che esso richiede, è una sfida che obbliga a svelare il non detto nei testi normativi e a esplicitare argomenti e giustificazioni a sostegno di norme considerate alla stregua di assiomi. Solo così facendo è possibile intraprendere un percorso di demolizione giuridica del postulato, nelle cui fasi di

39 Cfr. O. Fiss, *¿Qué es el feminismo?*, in "Doxa", 14, 1993, p. 319 ss.

40 B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., p. 1141 ss.

41 M.A. Barrère Unzueta, *Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades*, in "Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho", 9, 2003, p. 10 s.

42 Si v. B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., p. 1151.

43 *Amplius*, B. Pezzini, *L'uguaglianza uomo-donna*, cit., p. 1141 ss.; Id., *Costruzione del genere e costituzione*, in Id. (a cura di), *La costruzione del genere. Norme e regole*, vol. I, Studi, Bergamo, 2012, p. 16 ss. Cfr. altresì A. Lorenzetti, *Case law on the access and supply of goods and services. Equal is not enough: moving towards the formulation of an anti-subordination principle*, in J. Motmans et al. (eds.), *Equal is not enough: challenging differences and inequalities in contemporary societies*, University of Antwerp-Hasselt University, Antwerpen, 2001, p. 57 ss.

44 Si v. J. Long, *Diritto italiano della famiglia e impliciti "normativi"*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 149 s.

45 B. Pezzini, *Implicito ed esplicito nel rapporto circolare tra genere e diritto*, cit., p. 224 s.

46 L. Morra, B. Pasa, *Diritto tacito, diritto implicito e questioni di genere nei testi normativi*, in Id. (a cura di), *op. cit.*, p. 9 s.

passaggio sono possibili, se non addirittura inevitabili, le fratture tra formanti di diversa provenienza, quali emblemi del vecchio e del rinnovato ordine pre-stabilito.

La lettura del principio antisubordinazione, proposta altresì per garantire la tutela delle persone disabili⁴⁷, potrebbe ulteriormente estendersi all'orientamento sessuale e all'identità di genere. Già ora gli strumenti previsti per garantire il trattamento paritario uomo-donna si estendono a omosessuali e transessuali⁴⁸, seguendo un'interpretazione adeguatrice del fattore sesso laddove l'orientamento sessuale non sia ancora esplicitamente contemplato fra i motivi di discriminazione sospetti. Tuttavia, la posizione di svantaggio e la stigmatizzazione di questi soggetti, in quanto lontani dal modello basato sul binomio maschile/femminile e sul dimorfismo sessuale, sono aggravate dalle normative eterodeterminate che incidono sensibilmente sull'autodeterminazione dei singoli, come nel caso del matrimonio. Affrontare la tematica implica *in primis* riconoscere il paradigma eterosessuale egemone, che fa propria l'idea di una proiezione affettiva e sessuale verso il sesso opposto. Un orizzonte di senso in molti ordinamenti reputato inamovibile e a cui il diritto si uniforma rafforzandolo mediante istituti e categorie giuridiche.

Mettere in dubbio la "naturalzza" del matrimonio come prerogativa di coppie eterosessuali significa ad esempio evidenziare la sua mera contingenza storica, al pari di quanto accaduto con il superamento del concetto di inferiorità naturale delle donne e della loro preclusione a certi lavori e all'ingresso nell'arena politica, nonché nei riguardi del divieto di matrimoni interrazziali disposto in vari Paesi⁴⁹. Nella decisione

47 Sulla lettura del principio di eguaglianza in chiave antisubordinazione nell'ambito della disabilità, v. A. Lorenzetti, *Dis-eguaglianza e disabilità*, 2015, in <http://www.gruppodipisa.it/wp-content/uploads/2015/06/lorenzetti-disabilita%CC%80.pdf>.

48 Su cui v. A. Lorenzetti, *Diritti in transito. La condizione giuridica delle persone transessuali*, Milano, 2013, p. 198.

49 Sostiene l'analogia tra matrimoni interrazziali e matrimoni tra persone dello stesso sesso nell'ottica del principio antisubordinazione A.M. Morrison, *Black v. Gay? Centering LGBT People of Color in Civil-Marriage Debates*, in K.N. Maillard, R.C. Villazor (eds.), *Loving*

Obergefell v. Hodges resa dalla Corte suprema americana nel 2015, in cui si afferma che le coppie dello stesso sesso hanno il diritto fondamentale di sposarsi negli stessi termini e alle stesse condizioni previste per le coppie etero, si rifiuta l'argomento storico atto ad avallare solo il matrimonio fra persone eterosessuali. In proposito, il collegio ricorda che se i diritti fossero definiti da coloro che li hanno esercitati nel passato, le prassi consolidate servirebbero a loro continua giustificazione, e i nuovi gruppi non potrebbero invocare diritti negati in altre epoche⁵⁰.

La prospettiva antisubordinazione potrebbe fungere da grimaldello per combattere gli stereotipi e la segregazione di gruppi target svantaggiati e per alimentare un processo di ricodifica dei rapporti legati all'identità di genere. Varie strategie possono portare al sovvertimento degli assetti di potere consolidati, e fra esse si annoverano le azioni tese a costituire un nuovo immaginario fondato su valori alternativi e la rimozione delle regole che mascherano il dato reale, laddove esso sia appiattito su un paradigma che di fatto dicotomizza le esistenze negando l'eguaglianza sostanziale a chi non ricade nell'idealtipo. In definitiva, occorrono strategie e interventi che sottendano una visione dinamica della società, scevra da pregiudizi su ruoli tradizionali, gerarchie, caratteristiche di normalità vs. minorità.

4. IL GENERE NELLE TRADUZIONI GIURIDICHE

Come si è tentato di spiegare *supra*, le attuali concezioni dell'eguaglianza aspirano alla liberazione da forme di subalternità. In tale quadro, il linguaggio rappresenta uno degli ambiti da considerare nelle iniziative che perseguono l'effettiva equiparazione fra donne e uomini tramite lo sviluppo della cultura di genere. Nella seconda metà del secolo scorso cominciano a fiorire negli Stati Uniti numero-

v. Virginia in a post-racial world. *Rethinking race, sex, and marriage*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2012, p. 236 s.

50 V. *Opinion of the Court*, p.to III. La sentenza *Obergefell v. Hodges* del 26 giugno 2015 è reperibile in www.supremecourt.gov/opinions/14pdf/14-556_3204.pdf.

se prese di posizione ufficiali sui modi in cui il sessismo si manifesta nella lingua inglese⁵¹. Analoghe considerazioni verranno svolte con riguardo alle lingue neolatine. Il tema investe anche le istituzioni internazionali. Nel 1987, l'UNESCO predispone la *Guide to Non-Sexist Language*, la cui seconda edizione, del 1999, si intitola *Guidelines on Gender Neutral Language*. Nel 1990, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa fornisce indicazioni sull'uso non discriminatorio del linguaggio nella Raccomandazione n. R (90)4, *On the Elimination of Sexism from Language*. Nel 2008, il Parlamento dell'Unione europea predispone una guida intitolata *La neutralità di genere nel linguaggio usato al Parlamento europeo*⁵².

Le discussioni sul ruolo della lingua come strumento per la realizzazione della parità fra uomo e donna sono state recepite dalla comunicazione specialistica giuridica. In breve, le strategie da seguire possono essere ricondotte alla femminilizzazione della lingua (*engendering* o *regendering*) e alla neutralizzazione del genere (*de-gendering*). Nel primo caso ricadono le ipotesi in cui si specifica il sesso di ognuno dei referenti, nonché le ipotesi che adottano la tecnica dello *splitting* (o dello sdoppiamento), che consiste nella separazione dei destinatari, vuoi indicando per esteso «donne e uomini», «lavoratrici e lavoratori», ecc., vuoi utilizzando la forma concisa «il/la». Il *de-gendering* consiste invece nell'utilizzo di termini neutri rispetto al sesso (es. l'uso di «persona», «individuo», «soggetto» al posto di «uomo»; e, in inglese, «*chairperson*» in luogo di «*chairman*»; «*members of Congress*» e non «*Congressmen*»), oppure una riformulazione mediante l'uso di pronomi indefiniti come *chi/coloro*⁵³.

Volgendo l'attenzione all'ambito della comparazione giuridica, giova preliminarmente segnalare che la linguistica funge da corollario necessario per chi si interroga su ordinamenti e istituti diversi da quello di appartenenza. La

51 Si v. J.D. Fischer, *The Supreme Court and Gender-Neutral Language: Splitting la Difference*, in "Women's Rights Law Reporter", 33, 2012, p. 218 ss.

52 Reperibile in http://ec.europa.eu/translation/italian/rei/drafting/documents/neutralita__genere__it.pdf.

53 F. Fusco, *op. cit.*, p. 25.

conoscenza dell'idioma straniero è di basilare importanza per comprenderne il sostrato normativo: sia per avere accesso alle informazioni, sia per spiegare i condizionamenti lessicali che influiscono sul tessuto giuridico. Si pensi agli ostacoli che possono discendere dalla mancanza di corrispondenza concettuale, dalle differenze nei canoni interpretativi, dal diverso ruolo delle fonti del diritto⁵⁴. L'accostamento alla linguistica concorre dunque a marcare un'importante linea di confine fra comparatisti pubblicisti e studiosi dei diritti interni. Una differenza che non è solo quantitativa, imputabile alla maggiore difficoltà nel servirsi dei materiali; essa è anche qualitativa, giacché presuppone la percezione delle diverse implicazioni che in ciascuna comunità rivestono i segni linguistici⁵⁵.

Uno dei maggiori problemi della comparazione è la traduzione delle espressioni che esprimono i concetti giuridici⁵⁶. Nel trasporre si corre il rischio o di essere infedeli alla cultura di provenienza del testo originario o di essere inintelligibili al pubblico a cui la versione tradotta è destinata⁵⁷. Chi traduce elabora un metatesto. Il testo è una produzione linguistica fatta con l'intenzione e con l'effetto di comunicare; in esso si individuano un emittente da cui parte il messaggio e un destinatario per cui il messaggio è stato pensato⁵⁸. Il metatesto è il testo secondario e derivativo; è il risultato di un intervento di mediazione e interpretazione da parte di chi traduce che si radica in una precisa cultura ed è pertanto legato a certe particolari condizioni storiche e sociali. Nella stesura del metatesto, le regole della cultura di arrivo condizionano l'uso di espressioni in voga e influenzano gli agenti coinvolti nel lavoro traduttivo,

54 Cfr. D.J. Gerber, *Authority Heuristics: Language and Transystem Knowledge*, in B. Pozzo (a cura di), *Ordinary Language and Legal Language*, Milano, 2005, p. 41 ss.

55 Così L. Pegoraro, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bologna, 2014, p. 78.

56 Si v. R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, V ed., Torino, 1992, p. 27 ss.

57 Cfr. B. Pozzo, *Comparative Law and Language*, in M. Bussani, U. Mattei (eds.), *The Cambridge Companion to Comparative Law*, Cambridge Univ. Press, Cambridge, 2012, p. 94.

58 L. Serianni, *Italiani scritti*, III ed., Bologna, 2012, p. 23.

siano essi committenti, traduttori, revisori⁵⁹.

Nell'esercizio di conversione di un testo giuridico si può scegliere fra la traduzione, la ricostruzione del pensiero dell'autore, la formulazione che appare oggettivamente corretta di un diritto redatto al di fuori dei propri confini linguistici. Tale attività si presenta quindi come molto complessa, incontrando ostacoli che non esistono in altri tipi di traduzioni. Essi sono riconducibili alla difficoltà di rendere in un'altra lingua o concetti giuridici che sono culturalmente vincolati oppure stili che riflettono una data mentalità giuridica, nonché all'individuazione dei valori impliciti all'interno di un gruppo sociale, che influenzano l'elaborazione delle nozioni giuridiche e il sistema normativo nella sua interezza⁶⁰. Secondo Rodolfo Sacco, i giuscomparatisti hanno tre possibilità: rinunciare a tradurre; individuare le differenze fra il termine espresso nella lingua in cui si esprime il diritto studiato e il termine più vicino a esso nella lingua del ricercatore e, qualora tali differenze siano irrilevanti ai fini dell'indagine, procedere alla traduzione; creare *ex novo*, nella propria lingua, il neologismo per esprimere il significato di un termine straniero. In quest'ultimo caso, chi traduce esercita il potere di imporre alle parole un determinato significato⁶¹.

A tali osservazioni possiamo ora aggiungere l'aspetto derivante dai segni linguistici che rafforzano la "norma maschile", la quale dirige la società anche nell'opera di conversione.

Il linguaggio *gender sensitive* è una modalità per affermare la trasformazione culturale che in primo luogo investe le istituzioni e i documenti da esse prodotti. Un modo per manifestare la volontà di includere esplicitamente le donne nell'ordinamento è nominarle nel contratto sociale per eccellenza, la costituzione, come fatto in alcuni Stati adottando un linguaggio appropriato con finalità emancipatorie e inclusive. Esempi sono «*Nosotras y noso-*

59 E. Monti, *Ritradurre una Carta costituzionale: la Costituzione americana in diacronia*, in "Dir. Pubbl. Comp. Eur.", 3, 2011, p. 745.

60 Cfr. B. Pozzo, *op. cit.*, p. 95; M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, Napoli, 2001, p. 12.

61 R. Sacco, *Lingua e diritto*, in "Ars Interpretandi", 2000, p. 125 s.

tros, el pueblo soberano del Ecuador» nel preambolo e «*Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos*» nell'art. 6 della costituzione ecuadoriana del 2008. La traduzione offerta da *Constitute*, uno dei più noti siti web dove reperire i testi costituzionali in lingua inglese⁶², rispetta il genere femminile utilizzando queste formule: «*We women and men, the sovereign people of Ecuador*» e «*All female and male Ecuadorians are citizens*».

Similmente, all'art. 21 della costituzione boliviana del 2009 leggiamo: «*Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos*». In questa sede è degno di nota segnalare che la versione inglese riportata su *Constitute* tradisce il significato originale. «*Bolivians have the following rights*» non corrisponde al concetto in lingua castigliana, né è in grado di esprimere il portato semantico sotteso al disposto. L'enunciato, infatti, veicola una narrazione contro-egemonica, laddove il recente rinnovamento giuridico del paese si fonda su una chiara politica di desubalternizzazione, che riguarda tanto le donne quanto le componenti indigene. Un monito, a quanti si occupano di giuscomparazione, a non trascurare le sfumature del linguaggio.

Come segnala Lucio Pegoraro, la superficialità che connota alcuni inquadramenti dottrinali, i quali appiattiscono sugli stilemi occidentali le categorie di culture diverse, si riverbera pure a livello traduttivo, quale conseguenza della limitata attenzione per le culture aliene che rappresentano le matrici dei diversi linguaggi utilizzati, e di cui sono testimonianze molte versioni approssimative⁶³. L'esempio citato denota una scarsa consapevolezza dell'importanza dell'attività interpretativa che presiede al processo di traduzione, il cui esito è un metatesto infedele sia alla "lettera" sia allo "spirito" dell'originale. Si può ipotizzare che la cultura linguistica inglese abbia agevolato questa infelice scelta traspositiva, a cui va assommata la mancanza di considerazione per il linguaggio di genere.

62 Si v. il sito *Constitute*, in <https://www.constituteproject.org/search?lang=en>.

63 Così L. Pegoraro, *op. cit.*, p. 81 s.

5. CONSIDERAZIONI FINALI

Nel contesto contemporaneo il discorso universalista non può più considerarsi falso per la mancanza di estensione dei diritti alle donne, quanto meno negli ordinamenti occidentali. Esso tuttavia rimane falso per la costruzione di strutture sociali – e giuridiche: siano concetti, metodi o ragionamenti – che prendono come modello implicito gli uomini⁶⁴. E la falsità può anche manifestarsi, come si è dimostrato, nelle traduzioni che veicolano la “norma maschile”.

Lottare contro la disegualianza strutturale implica l'adozione di un ventaglio di strumenti, strategie e soluzioni normative finalizzate a sviluppare una cultura di genere che disinnesci stereotipi, atteggiamenti e scelte decisionali che alimentano la subalternità femminile. Il ruolo delle istituzioni è fondamentale, sia per individuare tali strumenti che per monitorare la loro attuazione e anche per dare il buon esempio. La funzione pedagogica degli organi costituzionali è, a modesto avviso di chi scrive, un elemento imprescindibile per operare una metamorfosi così profonda della società come quella che il principio di eguaglianza in chiave antisubordinazione imporrebbe.

La dottrina, a sua volta, è chiamata ad assolvere un compito importante in questa fase di trasformazione. Sotto il profilo del linguaggio, l'analisi linguistica è un esercizio connaturato alla scienza giuridica, quantunque vi sia chi reputi il linguaggio uno «strumento semplice e onesto, intorno a cui non c'è troppo da discutere, perché quanto alle sue finalità ed al suo impegno non possono nascere gravi dubbi». Con queste premesse, quasi mezzo secolo fa Uberto Scarpelli ammoniva la dottrina a rinnovarsi profondamente per un'aderenza maggiore al servizio politico e sociale che è chiamata a rendere, mediante una revisione dei metodi giuridici da farsi con i lumi della filosofia politica, una vasta conoscenza sociologica e un'acuta consapevolezza linguistica⁶⁵. Ai tradizionali compiti che la scienza giuridica assolve nei riguardi del linguaggio del

legislatore per trasformarlo in un discorso rigoroso, ossia di purificazione per renderlo più preciso, di completamento per rifinirlo meglio, e di ordinamento per ridurlo a sistema⁶⁶, ora se ne aggiunge uno ulteriore: la correzione del linguaggio nell'ottica di genere. Un'attività che ha l'intento di promuovere un linguaggio più aderente alla realtà e non discriminatorio a partire dalle qualificazioni e dagli *status*, da enunciare in modo da fare emergere il soggetto-donna⁶⁷.

La presenza dell'implicito nei testi normativi tocca poi le corde della metodologia allorquando si voglia stabilire il procedimento per fare affiorare il non detto. Generare enunciati espliciti può avere risultati ridondanti ma, al contempo, ha il notevole pregio di recuperare più informazioni sul mondo e di potenziare l'apprendimento. Nell'ambito giuridico, l'esplicitazione serve a fare capire cosa prescrive il testo o quali comportamenti contino come sua attuazione⁶⁸. E se una «guida per l'interprete» si reputa necessaria per distinguere tra ciò che il testo effettivamente non dice e ciò che in esso è implicito, tale guida è ancora più urgente da definire qualora entrino in gioco le questioni di genere, «per non cadere nella tentazione di “mentire” inferendo significati che attingono al proprio vissuto personale, o alle proprie convinzioni ideologiche»⁶⁹. Il processo di emersione dell'implicito nell'ordinamento domestico può allora essere agevolato dall'osservazione delle matrici e delle dinamiche culturali e giuridiche straniere, chiamando in causa l'analisi giuscomparata⁷⁰.

Anche per queste vie è possibile contribuire alla diffusione di una cultura di genere e a contrastare le gerarchie e la subordinazione femminile, quale base per la realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale.

66 N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, p. 306 s.

67 Sul punto v. O. Giolo, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in “Diritto e Questioni pubbliche”, 15/2, 2015, p. 73.

68 M. Sbisà, *Normatività e comunicazione*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 26.

69 B. Pasa, *Dal crittotipo all'implicito: diritto tacito, muto, vissuto?*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 65.

70 Si v. F. Cassone, *Procreazione e norme. Quali implicature?*, in L. Morra, B. Pasa (a cura di), *op. cit.*, p. 146.

64 M.A. Barrère Unzueta, *Diritto antidiscriminatorio, femminismo e multiculturalismo*, cit., p. 364.

65 U. Scarpelli, voce *Semantica giuridica*, in “Nov. Dig. Ital.”, vol. XVI, Torino, 1969, p. 994.

Serena Baldin è professoressa associata di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Trieste. I suoi principali interessi di ricerca riguardano la giustizia costituzionale, la tutela delle minoranze, il costituzionalismo ambientale, la metodologia del diritto comparato.

serena.baldin@dispes.units.it

Su taluni problemi (bio-)giuridici delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento. Brevi cenni per un primo «schema» di riflessione

Rudi Di Marco

ABSTRACT

Il problema delle disposizioni di trattamento impone di capire preliminarmente che cosa si intenda per patologia e che cosa si intenda per terapia. Esso impone anche di comprendere quali siano i limiti e/o i criteri per l'esercizio dell'autodeterminazione soggettiva relativamente alle scelte che riguardano il proprio corpo e la propria vita.

Astrattamente si contrappongono due modelli di riferimento: quello volontaristico e quello realistico. Essi, a loro volta, si declinano secondo due paradigmi valoriali: quello del bene-in-sé e quello del benessere-per-sé. Il «rapporto», poi, tra Stato e individuo consente di definire, in relazione a ciascun modello e a ciascun paradigma, il riferimento concettuale sul piano politico-giuridico.

The problem of the living wills requires to understand what is meant by pathology and what is meant by therapy. It also requires us to understand the limits and/or the criteria for the exercise of self-determination with regard to the choices concerning the body and the life.

In the abstract there are two reference models: the voluntary and the realistic one. They, in turn, are

SOMMARIO.

1. QUESTIONE PRELIMINARE: POTERE, DIRITTO, LIBERTÀ. IL PROBLEMA DEL C.D. DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE. 1.1. AUTODETERMINAZIONE DELL'ESSE E AUTODETERMINAZIONE DEL VELLE. QUALE DIRITTO? 2. FISIOLOGIA E PATOLOGIA NELL'ORGANISMO UMANO TRA REALTÀ DELL'ORDINE ED EFFETTIVITÀ DEL DISORDINE. 3. CENNI SULLA «GRAMMATICA» DEL C.D. INTERVENTO MEDICO. 4. RIFIUTO DELLE CURE ED EUTANASIA. ALCUNE BREVI PRECISAZIONI. 5. CONCLUSIONE.

declined according to two value paradigms: that of the good-in-itself and that of well-being-for-itself. The «relationship» between State and individual, allows to define, in relation to each model and each paradigm, the conceptual reference on the political-juridical plane.

PAROLE CHIAVE

TERAPIA; PATOLOGIA; SALUTE;
DIRITTO DI AUTODETERMINAZIONE;
EUTANASIA; CONSENSO INFORMATO;
RAPPORTO PAZIENTE-MEDICO.

KEYWORDS

THERAPY; PATHOLOGY; HEALTH;
SELF-DETERMINATION RIGHT;
EUTHANASIA; INFORMED CONSENT;
PATIENT-DOCTOR RELATIONSHIP.

CONSIDERAZIONI «A MARGINE» DELLA LEGGE 219/2017 (NORME IN MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DI DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO).

Il testo propone, corredato di un minimo apparato critico, il contenuto di una Lezione che l'Autore di esso ha tenuta il giorno 24 Novembre 2017, nell'ambito della Scuola di Dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova, su invito del Direttore.

1. QUESTIONE PRELIMINARE:
 POTERE, DIRITTO, LIBERTÀ.
 IL PROBLEMA DEL C. D. DIRITTO
 DI AUTODETERMINAZIONE. CENNI¹.

È noto che il tema del diritto all'autodeterminazione rappresenti una tra le questioni di maggiore rilievo sia per la riflessione politico-giuridica del nostro tempo, sia per gli aspetti applicativo-operativi legati alla c.d. pratica del diritto. Altrettanto è noto, però, che il tema in parola spesso assuma connotazioni equivoche e si presti a trattazioni contraddittorie, anche rispetto alle stesse premesse dalle quali esso pur germina. Il «diritto» all'autodeterminazione, infatti, per come viene trasversalmente inteso dalla *post-modernità* politico-giuridica, si condensa in un *μᾶλλον*-diritto dell'individuo all'esercizio di qualunque opzione egli intenda realizzare per sé stesso e su ciò che afferisce alla sua propria sfera di signoria. Si tratta, dunque, di un diritto di e alla libertà negativa, o – per usare una «immagine» proposta da Rodotà² – di una prerogativa sovrana che l'individuo stesso ha e/o rivendica su e per sé medesimo³.

¹ Questo paragrafo, scritto sulla traccia della parte introduttiva di un nostro contributo già pubblicato in una rivista cilena nel 2017 (cfr – *si vis* – R. Di Marco, *Il dogmatismo dell'autodeterminazione «giuridica» contemporanea. Il diritto di autodeterminazione quale problema gius-filosofico*, in *Derecho Público Iberoamericano*, Santiago de Chile, Universidad del Desarrollo, 2018, 12, pp. 99 – 120, in particolare pp. 100 – 104), riprende per cenni un tema da noi ampiamente trattato in una nostra recente monografia (cfr – *si vis* – R. Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, 2017). Il testo qui presentato, dunque, non svilupperà compiutamente i problemi che pur esso considera, ma si limiterà a qualche indicazione «di base» e a qualche richiamo generale, al solo fine di agevolare il Lettore nella comprensione del nostro pensiero.

²Ma – se così possiamo dire – ripresa da Paolo Zatti (che Rodotà stesso cita), il quale parla di “riserva di sovranità” a favore dell'individuo, fondata sulla “sottrazione di una parte di ciò che è originariamente ‘mio’ alla cessione di sovranità del contratto sociale; che è poi il significato originario di ‘privato’, *privus*, un confine dentro al quale non entra il potere della *res publica*” (P. Zatti, *Principi e forme del «governo del corpo»*, in S. Rodotà – P. Zatti, (a cura di), *Trattato di biodiritto. Il governo del corpo*, Milano, 2011, II, p.125).

³Rodotà – come è noto – scrive che “nel complesso passaggio dal soggetto astratto alla persona costituzionalizzata [...] si

Tale «diritto», nella sua proteiformità, sia genetica, sia funzionale, è concepito – proprio al pari del c.d. potere sovrano⁴ – come *ab-solutus*, cioè esso nasce come potere del soggetto di agire senza che la sua azione sia intrinsecamente normata da una regola e/o da un criterio informatore intrinseci. Ciò significa che, *ex latere subiecti*, esso sia un diritto anarchico, anche se, *ex latere obiecti*, esso medesimo sottostà alla regola geografica del proprio limite operativo, ovvero sia esso incontra un *non plus ultra*, esterno ed estrinseco, rappresentato dalla identica, anche se opposta, altrui libertà-autodeterminazione.

Nella «prospettiva interna» dell'Ordinamento giuridico, allora, il problema del bene comune e con questo il problema politico relativo ai fini di questo e alla sua stessa «giustificazione», coerentemente si riducono a questioni operative concernenti il c.d. benessere privato degli individui, da perseguirsi attraverso lo Stato. Infatti, radicalmente abbandonato il concetto classico di bene comune in sé, quale bene che nella sua sostanzialità metafisica è proprio di ogni uomo e rappresenta la causa e il fine della comunità politica⁵, al «paradigma forte» del bene pubblico quale bene privato della *Persona civitatis*⁶ (proprio dell'impostazione vetero-po-

realizza un trasferimento di sovranità” (S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma – Bari, 2012, p. 297).

⁴ Facciamo riferimento alla definizione correntemente data della sovranità quale “supremazia nei confronti di ogni altro soggetto [...] operante nel territorio statale [...] e quale (nda)] indipendenza [...] rispetto agli altri Stati” (G. Falcon, *Lineamenti di diritto pubblico*, Padova, 2003⁹, p. 115).

⁵ A questo proposito, per esempio, De Koninck, riprendendo il pensiero di Aristotele, correttamente osserva che “*el bien común difiere del bien singular en esta misma universalidad. Tiene razón de superabundancia y es eminentemente defusivo de suyo en tanto que es más comunicable: se extiende todavía más al singular que el bien singular: es el mejor bien del singular. El bien común es mejor, no porque comprenda el bien singular de todos los singulares: no se daría entonces esa unidad del bien común mediante la qual es en alguna manera universal; sería una mera colección y no sería sino materialmente mejor. El bien común es mejor para cada uno de los particulares que en él participan, en tanto que es comunicable a otros particulares; la comunicabilidad es la razón misma de su perfección*” (C. De Koninck, *De la primacia del bien común contra los personalistas*, Madrid, Ediciones Cultura Hispanica, 1952, pp. 26 e s.).

⁶ Per esempio Danilo Castellano osserva che “*la identificación de bien común y bien público es la negación de*

sitivistica di stampo per esempio rousseauiano⁷), si contrappone quello *post-moderno* d'ispirazione liberalistico-personalistica, che fa dello Stato-Ordinamento un mezzo per il soddisfacimento delle opzioni liberamente operate dai singoli, eppertanto per la massimizzazione delle concrete potenzialità espressive della loro libertà negativa⁸, in altre parole... dell'esercizio del loro diritto all'assoluta autodeterminazione *in rebus privatis*. Tutto ciò, evidentemente, presuppone una prospettiva ideologica secondo la quale politica e diritto, cioè potere politico e norma giuridica – per riprendere le parole di Anna Arendt – altro non sono se non un “male necessario per la sopravvivenza della comunità”⁹, un male, dunque, rappresentato dalla limitazione della libertà soggettivo-negativa, inevitabile ai fini della «pacifica» convivenza degli individui, gli uni accanto agli altri¹⁰. L'esercizio della libertà-autodeterminazione, dunque, in quanto considerato un *affaire πάλν-privato*, diviene per ciò solo insindacabile e α -nomico: esso, cioè, gravita nell'ampio e indefinito spettro del “*right to be*

la posibilidad misma del bien, ya que éste viene a depender de la voluntad de la realidad que es considerada ética y racional sobre la base de la consideración de que su voluntad efectiva aporta el criterio de la racionalidad universal sólo porque es única y, por ello, general” (D. Castellano, *¿Qué es el bien común?*, in M. Ayuso (a cura di), *El bien común*, Madrid, Itinerarios – Fundación Elías de Tejada, 2013, p. 16).

7 Per Rousseau, infatti, “la volontà generale è sempre retta e tende sempre all'utilità pubblica [...] questa mira unicamente all'interesse comune [...] è dunque importante, perché si abbia chiaramente enunciazione della volontà generale, che non ci siano società parziali [... vero è che (nda)] come la natura dà a ogni uomo un potere assoluto su tutte le sua membra, il patto sociale dà al corpo politico un potere assoluto su tutte le sue ed è appunto questo potere che, diretto dalla volontà generale, porta [...] il nome di sovranità” (J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, Milano, 2005, pp. 80 e s.).

8 In un articolo-intervista apparso in Argentina, per esempio, Danilo Castellano, alla domanda “*¿Puede definir la libertad negativa que Ud. Considera irracional?*” risponde osservando che “*la 'libertad negativa' es aquella que pretende poder ser ejercida con el solo criterio de la libertad, esto es, con ningún criterio*” (B. Montejano, *Reportaje a Danilo Castellano*, in *Centuriòn*, Ottobre – Novembre 2014, Buenos Aires, Marcelo H. Loberto, 2014, p. 18).

9 H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, Milano, 1995, pag. 23.

10 *Contra* la concezione aristotelica della comunità politica (κοινωνία πολιτική). Cfr, in particolare, Aristotele, *Politica*, III, 4, 1277 b.

let alone”¹¹, ovvero sia del c.d. diritto alla *privacy* e si configura, per l'appunto, *sub specie* di μισρά-sovranità dell'individuo su sé stesso¹².

La prospettiva di riferimento di questo «diritto» all'autodeterminazione, allora, sarebbe – sotto un certo profilo – sia quella del binomio *liberty-property* che si riscontra nell'impostazione lockiana¹³; sia quella del binomio felicità-libertà che caratterizza il sistema kantiano secondo il quale, da un lato “ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona”¹⁴ e dall'altro, la condotta umana è da ritenersi “conforme al diritto quando, per mezzo di essa [...] la libertà dell'arbitrio di ognuno può coesistere con la libertà di ogni altro”¹⁵. Ciò significa, invero, che il soggetto, nell'esercizio del suo potere-diritto di autodeterminarsi, godrebbe la facoltà di disporre dei propri beni, della propria libertà e della propria vita – quindi, anche del proprio corpo, delle proprie opzioni *lato sensu* familiari¹⁶ *et coetera* – in modo

11 L. Brandeis – S. Warren, *The right to privacy*, in *Harvard law review*, Harvard, The Harvard Law Review Association, 1890, vol. IV, p. 193.

12 Un'interessante contributo sul punto è offerto da C. Sarthea, *Autodeterminazione e privacy*, in *L'arco di Giano*, Roma, 2018, 96, pp. 25 e ss., il quale correttamente rileva che “il principio di autodeterminazione [elaborato dalla Giurisprudenza americana a partire dal noto caso *Roe versus Wade* del 1973 (nda)] passava a identificare la versione postmoderna dell'autonomia” (Ivi, p.26).

13 Locke, invero, fa coincidere la libertà del soggetto con l'esercizio della proprietà legale, vale a dire con l'esercizio del «diritto» di proprietà garantita dalla legge e dalla legge riservata al *dominus* di riferimento: infatti “la ragione per cui gli uomini entrano in società è la conservazione della loro proprietà e il fine in vista del quale essi [...] conferiscono autorità al legislativo è che possano essere emanate leggi [...] per la custodia e la difesa della proprietà di tutti i membri” (J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, Milano, 2013⁷, p. 363). Per una disamina del pensiero lockiano, con particolare riguardo alle questioni politico-giuridiche, si fa rinvio a J. F. Segovia, *La ley natural en la teleraña de la razon. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

14 I. Kant, *Sopra il detto comune: questo può essere giusto in teoria ma non vale per la pratica*, in, I. Kant, *Scritti politici*, Torino, 1995, p. 255.

15 I. Kant, *Metafisica dei costumi*, Bari, 1970, pp. 34 e s.

16 In termini paradigmatici può farsi riferimento alla Giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo con sede a Strasburgo (c.d. Corte E.D.U.), la quale, in una nota pronunzia (29 Aprile 2002, Corte

assolutamente libero, vale a dire affermando quella libertà negativa πόν-moderna che Danilo Castellano ha efficacemente descritto come libertà esercitata con il solo criterio della volontà, *id est* senza alcun criterio.¹⁷ Dall'esercizio della libertà negativa quale esercizio del «diritto» di autodeterminazione, dunque, si realizza compiutamente lo schema lockiano-kantiano testé veduto: l'atto di autodeterminazione, infatti, viene a sostanzarsi ^{a)} in un atto di libera, *rectius* assoluta (*ab-soluta*) disposizione della *property*; ^{b)} in un mezzo per la ricerca della felicità soggettivisticamente (e solipsisticamente) intesa¹⁸ e da ultimo ^{c)} in un coacervo di condotte inidonee (almeno a una superficiale lettura del problema) a ledere altri nell'esercizio delle loro identiche prerogative¹⁹.

Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty versus Regno Unito*, Ricorso № 2346/2002), allocando il c.d. diritto all'autodeterminazione nell'ambito concettuale dell'art. 8 C.E.D.U., ha affermato che “*comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de 'vie privée' est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle [recte, dovrebbe dirsi d'autodétermination, giacché l'autodeterminazione come determinazione del volere è altro rispetto all'autonomia quale capacità di riconoscere la «propria» regola e di seguirla razionalmente (nda)] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article*”.

17 Cfr B. Montejano, *Reportaje a Danilo Castellano*, in *Centuriòn*, cit., p. 18.

18 Il riferimento più immediato, ovviamente, è al testo della Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 Luglio 1776, a mente della quale, infatti, “*we hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty, and the Pursuit of Happiness*”.

19 Per un'analisi del problema posto dalla moderna concezione della libertà, in particolare con riferimento alla c.d. libertà di coscienza e alla c.d. libertà di religione, si fa rinvio a J. Alvear Tellez, *La libertad moderna de conciencia y de religión. El problema de su fundamento*,

1.1 AUTODETERMINAZIONE DELL'ESSE E AUTODETERMINAZIONE DEL VELLE. QUALE DIRITTO?

Quando si fa riferimento all'autodeterminazione, indubbiamente ci si riferisce a un movimento della volontà, a una determinazione, cioè, del volere soggettivo. Di talché, sotto questo profilo, ogni autodeterminazione, ogni forma di autodeterminazione è un'autodeterminazione del *velle*. Ne discende che la capacità di autodeterminazione dipende dalla capacità di volere, ovverosia dalla capacità del soggetto di esprimere una volontà consapevole e cosciente, di essere – diremo – *compos sui et suorum*.

Nondimeno, l'autodeterminazione del *velle* può anche essere intesa come autodeterminazione del mero volere, del volere-assoluto, del volere cioè, esercitato con il solo criterio della volontà, *ergo* del volere heideggerianamente autentico²⁰ che si afferma come *velle vultum* attuale e contingente. In questo caso l'atto di autodeterminazione è dato da un movimento della volontà che è in un tempo causa e fine di sé stesso; esso inverte, dunque, l'esercizio della già citata libertà negativa.

Sotto questo profilo, allora, nello spettro dell'autodeterminazione può rientrare qualunque condotta effettivamente voluta per sé dal suo autore e a lui direttamente imputabile/attribuibile sul piano della responsabilità: sia la condotta giuridica, sia quella antiggiuridica; sia la condotta morale e razionale, sia

Madrid, Marcial Pons, 2013.

20 Come è noto Heidegger scrive che “l'esserci per essenza è via via la propria possibilità [onde (nda)] questo ente può nel suo essere «scegliere» sé stesso, conquistarsi, perdersi, o conquistarsi solo «in apparenza». Esso può essersi perso o non ancora conquistato, solo in quanto è per sua essenza possibilità di essere autentico, cioè a sé proprio” (M. Heidegger, *Essere e tempo*, Milano, 2011, p. 69). Nel merito è stato opportunamente osservato che per Heidegger “essere autentico significa essere autentico nel mondo, accettare le cose nel mondo come meramente fattuali e il proprio essere come meramente fattuale [...] siamo, in ultima analisi, di fronte alla mera fatticità o contingenza” (L. Strauss, *Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger*, in AA.VV., *Su Heidegger, cinque voci ebraiche*, Roma, 1998, p. 12).

quella immorale e irrazionale; sia, da ultimo, la condotta propriamente umana, sia quella propriamente disumana. È prerogativa del soggetto capace, infatti, quella di esercitare il c.d. libero arbitrio, vale a dire quella di operare consapevolmente qualunque opzione egli «voglia-per-sé» *hic et nunc*.

Viceversa l'autodeterminazione che abbiamo chiamata dell'*esse*, cioè dell'*esse personae*, pur compendiandosi necessariamente in una forma di autodeterminazione del volere, si caratterizza per il fatto di non assurgere il volere medesimo a criterio della stessa volizione; essa, cioè, rappresenta una forma di autodeterminazione – diremo – della volontà qualificata e dunque regolata dalla natura, dall'essere-in-sé del soggetto che vuole e che volendo si autodetermina per quello che egli è e deve essere *ut natura*. L'autodeterminazione dell'*esse*, allora – semplificando i termini della questione²¹ – si struttura in una forma di autodeterminazione della volontà razionale, della volontà guidata e orientata sul piano oggettivo dalla razionalità, *id est* dalla ragione che è propria dell'uomo e della sua natura di persona... boezianamente intesa²². Si potrebbe anche parlare, in questo caso, di autodeterminazione del *velle secundum esse*, in quanto il movimento della volontà che necessariamente inverte l'atto di autodeterminazione (dell'*esse*) e che, altrettanto necessariamente, ne è causa prima, è regolato dall'essere-in-sé e quindi dall'essenza del soggetto che vuole e che, volendo, egli vuole ciò che è proprio della sua natura volere, ciò che lo compie nell'ordine del suo fine, ciò che, da ultimo, ne esprime compiutamente la dimensione ontologico-teologica. In questo caso, dunque, il soggetto si-autodetermina operando una scelta legittima e razionale, entro un ventaglio di possi-

21 Per una più approfondita analisi facciamo rinvio – *si vis* – a un nostro lavoro monografico sul tema: cfr R. Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, Napoli, 2017, *passim*, in particolare Cap. 1.

22 Ricordiamo la nota definizione di persona data da Severino Boezio, secondo la quale “*persona est naturae rationalis individua substantia*” (S. Boezio, *Liber contra Eutichen et Nestorium (De persona et duabus naturis)*, c. 4, in G. P. Migne (a cura di), *Patrologia latina*, Parigi, Garnier, 1882-1891, LXIV, 1343).

bili opzioni altrettanto legittime e altrettanto razionali.

Sul problema del rapporto tra autodeterminazione e diritto, allora, si possono sinteticamente delineare quattro paradigmi concettuali di riferimento: ^{a)} quello della c.d. modernità forte, ^{b)} quello della c.d. modernità debole-liberale, ^{v)} quello della c.d. post-modernità-radical e ^{d)} quello classico.

Non è questa la sede per una compiuta disamina di essi, tuttavia possiamo brevemente rilevare come il paradigma della c.d. modernità forte – rousseauiano – contempli la mera autodeterminazione del *citoyen* attraverso la legge. Il cittadino, infatti, quale frazione del corpo politico, partecipa della libertà negativa dello Stato e dunque egli è libero all'interno dello Stato, prestando fedele ossequio al contenuto delle *normae positae*: il di lui diritto all'autodeterminazione, allora, coincide con quello che potremmo tautologicamente chiamare diritto all'esercizio dei diritti soggettivi, vale a dire con il diritto all'esercizio delle *facultates agendi ex norma agendi* intese alla maniera di von Gerber, cioè intese come sommatoria di fattispecie normativo-oggettive «proiettate» (non a caso si parla di diritti riflessi²³) dall'Ordinamento di riferimento sopra i proprii soggetti (*rectius*, sopra i cc.dd. capi d'imputazione) individuati per norma e *in casibus*. Nessun diritto in sé proprio della persona, allora, sarebbe ipotizzabile, anche perché la persona coinciderebbe *in parte qua* con l'unità numerica dello stato di natura e

23 Il riferimento è alla nota teoria di Gerber sui cc.dd. *Reflexrechte* (cfr. K. F. W. von Gerber, *Diritto pubblico*, Milano, 1971, *passim*), nell'ambito della quale – come è stato pure osservato – “lo Stato precede il diritto ed è un ente materiale, sostanziale, «organico», rispetto al quale le norme del diritto [ovviamente positivo (nda)] rappresentano solo una specie di tecnica organizzativa” (M. La Torre, *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, Dedalo, 2006, p. 100), vale a dire che le cc.dd. norme giuridiche, nell'ambito della “linea Gerber-Laband-Jellinek” (Ivi, p. 100) inverano in sé stesse un mero strumento atto al controllo della «società» e al mantenimento di un «ordine» tutt'affatto funzionale al perseguimento dei “fini generali e indeterminati” (M. Della Torre – A. Maestroni, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2008, p. 99) cui lo stesso Stato-ente avrebbe da tendere.

“le buone istituzioni sociali sono quelle che meglio riescono a snaturare l’uomo”²⁴.

Au contraire, il secondo paradigma, quello della c.d. modernità debole-liberale, d’ispirazione lockiano-kantiana, contempla la garanzia legale dell’autodeterminazione dell’individuo, come guarentigia esterna che l’Ordinamento pone a presidio dell’anarchia privata (interna rispetto alla *property*). Nell’ambito di questa prospettiva, infatti, l’Ordinamento statuale è concepito non in termini palesemente totalitarii, quanto piuttosto in termini amministrativi. Lo Stato, invero, deve risultare servente rispetto a due fini: un primo rappresentato dalla definizione geografica dei confini tra privato e privato o, per meglio dire, tra *privacy* dell’uno e *privacy* dell’altro e un secondo rappresentato dalla tutela del privato medesimo contro le ingerenze esterne, siano esse quelle del Pubblico *lato sensu* inteso, per le quali è posto il presidio del c.d. Patto costituzionale, oppure quelle tra privati che il Sistema punto «risolve» mercé i meccanismi regolativo-sanzionatori proprii. In questo caso, allora, il diritto di autodeterminazione del *velle* rientrerebbe, *ex latere subiecti*, nel novero dei cc.dd. diritti naturali moderni che Locke chiama «primari»: essi, infatti, appartengono all’essere umano quale analogato del di lui diritto di proprietà-libertà²⁵, ma... gli appartengono (come cittadino) secondo la conformazione di essi che ne dà il sovrano²⁶.

Entrambi i paradigmi – si badi – hanno una genesi liberale, sol che il liberalismo di Rousseau²⁷ è – potremmo dire – un μακρός-

24 J.J. Rousseau, *Emilio o dell’educazione*, Roma, 1994, p. 67.

25 Invero “il giusnaturalismo moderno da Hobbes a Locke, da Rousseau a quello del nostro tempo [...] assume l’uomo come libertà, intesa questa come assoluta e, cioè, come potere autoaffermentesi. L’uomo non sarebbe un’essenza attualizzata o, meglio, la sua essenza sarebbe la stessa libertà, libertà negativa” (D. Castellano, *La verità della politica*, Napoli, 2002, p. 121).

26 È vero, infatti, che, lo stesso Locke, pur ammettendo il diritto naturale anche nel c.d. stato di natura “finisce nel giuspositivismo assoluto per via ermeneutica. Il diritto naturale, infatti, a suo avviso, per essere determinato e, quindi, per avere «contenuto» necessita di essere interpretato [e (nda)] l’interpretazione può essere data [...] solamente dal sovrano, cioè dallo Stato, per mezzo del suo ordinamento” (D. Castellano, *Costituzione e costituzionalismo*, Napoli, 2013, p. 69).

27 Acutamente osserva Gioele Solari che “l’assolutismo del Rousseau è la condizione del suo liberalismo [...]. Lo

liberalismo di Stato, dacché esso solo può dirsi negativamente libero e i suoi cittadini lo sono unicamente in virtù della loro natura di unità frazionarie del suo stesso Corpo, mentre il liberalismo *lato sensu* lockiano è un μακρός-liberalismo individualistico, dacché la libertà negativa dei singoli viene garantita loro dallo Stato, all’interno delle aree di *privacy-property* che lo Stato medesimo loro «concede» per norma. Il sovrano e dunque il soggetto veramente libero in termini negativi – sia ben chiaro – resta sempre e solo lo Stato, ma se nella modernità c.d. forte lo Stato si pone, almeno *in thesis*, come totalitario e totalizzante, perché esso opera in termini palesemente escludenti rispetto alle iattanze individuali; nella modernità c.d. debole lo Stato medesimo apparecchia per sé una coorte di limiti formali all’esercizio del proprio potere e nel contempo definisce una serie, sempre provvisoria e precaria, di cc.dd. libertà civili²⁸ che via via includono, trasformandole in diritti soggettivo-positivo-civili, le pretese dei singoli e dei gruppi (maggiormente capaci di emergere dal conflitto *ἔνδοξο-istituzionale*²⁹). E in questo senso è assai

Stato, scrive il Rousseau, deve poter costringere l’uomo [*recte*, il cittadino (nda)] ad essere libero del suo malgrado. Nello Stato del Rousseau [infatti (nda)] l’uomo [*recte*, il cittadino (nda)] non ha la scelta tra la legge del senso e quella del dovere: esso deve seguire quest’ultima perché vuole essere libero” (G. Solari, *La formazione storica e filosofica dello Stato moderno*, Napoli, 2000⁴, p. 67); infatti “il contratto sociale [...] è per Rousseau lo strumento di [...] «liberazione», per la qualcosa il corpo politico, cui esso dà vita, diventa la *condicio sine qua non* della libertà. Di quale libertà? [si chiede giustamente Danilo Castellano (nda)]. Di quella negativa, ovviamente, che si ritroverebbe nella società in forma «reale» e potenziata” (D. Castellano, *La verità della politica*, cit., p. 123).

28 Si tratta, evidentemente, dei diritti già sanciti dalla *Déclaration des droits et devoirs de l’homme et du citoyen* del 1795 (premessa alla c.d. *Constitution du 5 Fructidor An III*), la quale, all’art. 1, precisa che “*les droits de l’homme en société sont la liberté, l’égalité, la sûreté, la propriété*”. Ciò significa che i diritti *de quibus* non sono quelli che l’uomo ha in quanto uomo, quelli, cioè che gli pertengono *ut natura*, ma sono quelli che derivano dal suo essere membro del Corpo politico, eppertanto, rousseauianamente, quelli che lo Stato gli attribuisce.

29 Gustavo Zagrebelsky, per esempio, ben descrive il c.d. Stato politologico quale Stato nel cui sistema “l’atto creativo di diritto legislativo è l’esito di un processo politico nel quale operano numerosi soggetti sociali

eloquente l'esperienza del moderno costituzionalismo che viepiù si coglie nella «logica» del c.d. Stato di diritto³⁰.

Il terzo modello, quello della c.d. post-modernità-radical, invece, si conforma in guisa di sotto-struttura del secondo: esso, infatti, ne rappresenta un'evoluzione (*rectius*, una degenerazione) operativo-applicativa e – come direbbe Danilo Castellano³¹ – includente, imperocché concepisce lo Stato-ordinamento e le sue Istituzioni, *in primis* quella lato sensu legislativa, come mezzi funzionali non solo a garantire, ma addirittura a promuovere e a consentire effettivamente l'autodeterminazione individuale del *velle*. L'Istituzione statale, infatti, diviene, *ex uno latere* il luogo per la prosecuzione *ἐνδον*-ordinamentale del conflitto tra portatori di differenti interessi «privati» e dunque il luogo della sua provvisoria composizione³² ed *ex alio* lo strumento per favorire particolari (gruppi di pressione, sindacati, partiti) (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 44), onde “la sovranità dello Stato [...] non può mai prescindere dalle finalità determinate e volute dalle forze politiche” (C. Cereti, *Diritto costituzionale italiano*, Torino, 1963, p. 247) prevalenti nelle istituzioni e nei processi formativi delle istituzioni, tant'è che “il carattere elettivo e rappresentativo dei supremi organi costituzionali è garanzia che quelli e non altri fini [...] saranno perseguiti e attuati” (*Ivi*, pp. 247 e s.).

30 È stato opportunamente osservato – in senso critico – che “il costituzionalismo [...] rimanda ad una concezione della comunità politica, del potere e dei suoi limiti che siamo soliti racchiudere nella formula [...] dello Stato di diritto [...] il quale, se (nda) è limitato dalla legge, [...] non c'è legge che non possa essere modificata purché si osservino le formalità previste dalla Costituzione” (M. Ayuso Torres, *L'Àgora e la piramide*, Torino, 2004, pp. 42 et 63).

31 Facciamo riferimento alla terminologia che Danilo Castellano ha efficacemente usata con riguardo al tema della laicità: egli, infatti, osserva che la laicità escludente “implica [indicativo nostro (nda)], da una parte, l'esclusione del fenomeno religioso dall'ordinamento giuridico; dall'altra, essa pretende [indicativo nostro (nda)] di regolamentare la coesistenza senza interferenze, né dirette né indirette, dal potere religioso [...] mentre la laicità includente (nda) considera e include il fenomeno religioso ma come diritto all'esercizio della libertà negativa” (D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Napoli, 2011, p. 31).

32 Ciò – evidentemente – rappresenta il “principio della guerra istituzionalizzato” (D. Castellano, *Questione cattolica e questione democristiana*, in *AA.Vv.*, *Questione*

re ciascheduno nella realizzazione dei propri proponimenti, ovvero sia nella compiuta realizzazione del proprio diritto all'assoluta autodeterminazione della volontà negativa³³.

Su presupposti completamente diversi, invece, alligna l'ultimo dei citati paradigmi: quello classico. Un approccio classico al problema del diritto di autodeterminazione, infatti – il quale riporta “il concetto di autodeterminazione alla sua valenza semantica”³⁴ – impone di considerare la natura della persona e la natura del diritto, rispetto all'essere in sé della libertà umana. Il discorso, ovviamente, meriterebbe una trattazione più ampia e articolata, tuttavia possiamo sinteticamente dire che il modello classico, realistico, del diritto all'autodeterminazione, se ovviamente presuppone l'autodeterminazione del *velle subiecti*, non può fare del contenuto di questa l'oggetto di un diritto α -nomico. La natura razionale della persona, invero, rappresenta per lei sia il

cattolica e questione democristiana, Padova, 1987, p. 135). Vero è che “l'epoca attuale è caratterizzata dalla polverizzazione del diritto legislativo attraverso la moltiplicazione di leggi a carattere settoriale [...] onde (nda) le ragioni di questa dissoluzione [...] possono in sintesi essere colte soprattutto in relazione ai caratteri della società [...], determinati da un'estesa diversificazione di gruppi e strati [...] i quali, a loro volta (nda) determinano una accentuata differenziazione dei trattamenti normativi [...] in conseguenza della pressione sul legislatore degli interessi corporativi” (G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, cit., 1992, p. 43). Ciò significa, finalmente, che “l'ordine giuridico [proprio della politologia (nda)] coincide e deve coincidere con l'ordine sociologico effettivo. Esso [infatti (nda)] è la rappresentazione del modo, contingente e talvolta effimero, di essere della società definita «civile»” (D. Castellano, *Costituzionalismo ed esperienza politico giuridica*, in *Boletín N.º 15 del Instituto de Estudios constitucionales*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 2008, p. 22).

33 Condivisibilmente critica in relazione a un «diritto all'assoluta autodeterminazione» del *velle* è anche l'autorevole posizione di Mauro Ronco. Egli, infatti, pur facendo riferimento a uno specifico problema (quello della nota L. 40/2004), fa notare come “il principio dell'assoluta libertà di autodeterminazione si autoconfuta inesorabilmente, posto che l'assolutezza del desiderio individuale nega radicalmente la verità dell'uomo, poiché lo sconfinato mondo dei desideri deve necessariamente confrontarsi con la loro inevitabile selezione, che soltanto la ragione può compiere” (M. Ronco, *Scritti patavini*, Torino, 2017, I, p. 1894).

34 F. D'Agostino, *L'autodeterminazione, chiave del postmoderno*, in *L'arco di Giano*, cit., p. 17.

presupposto del libero arbitrio, ovverosia della c.d. capacità di agire, sia la norma e il criterio del suo proprio agire libero. Se, infatti, la persona *compos sui*, nell'esercizio del di lei libero arbitrio, può operare qualunque scelta senza nessun condizionamento, onde ella porta la responsabilità morale e giuridica per la sua stessa condotta, non ogni scelta da lei compiuta è, per ciò solo, confacente alla di lei natura³⁵. La persona capace, in altri termini, può esercitare e realizzare qualunque opzione, può rivendicare qualunque pretesa, ciò solo però non significa che l'opzione e la pretesa *de quibus* siano legittime: la di loro legittimità, infatti, non dipende dalla volontà del loro autore, ma piuttosto dalla loro stessa natura razionale e giuridica. Un tanto significa, nel merito del discorso che quivi ci interessa, che il diritto all'autodeterminazione, per essere diritto in senso ontologico (*in se*), non può ridursi a un assurdo diritto all'anarchia, a un diritto di e alla libertà negativa, a un diritto, finalmente, privo di contenuto e/o a contenuto potestativo dipendente dal capriccio del suo stesso titolare: ma al contrario significa che la persona, in quanto soggetto libero per natura e – come direbbe Rosmini – per natura “diritto sussistente”, ha il diritto all'esercizio e al compimento di tutte le opzioni legittimamente operate all'interno di uno spettro di scelte libere, altrettanto legittime e giuridicamente valide. La persona, cioè, ha il diritto di autodeterminarsi come vuole, alla condizione che la volontà di lei sia informata ai principii proprii e oggettivi della ragione e della giustizia.

Rinunziando, però, a questa fondazione ontologica del diritto in parola o dovrebbe negarsi la possibilità concettuale di esso o, al contrario, dovrebbe ritenersi che ogni norma, ogni Ordinamento, in quanto regolativi dell'umana condotta, siano di per sé stessi lesivi del diritto medesimo, se non – ancora più nihilisticamente – conformativi del suo stesso contenuto e della sua stessa *ratio essendi*³⁶.

35 L'omicida, per esempio, *coeteris paribus*, compie liberamente (cioè nell'esercizio del libero arbitrio) il delitto del quale egli si macchia, ciò però non significa che l'assassinio medesimo sia qualche cosa di assiologicamente umano.

36 *Contra*, per esempio, la chiara e coerente «posizione» fatta propria dai costituzionalismi democratici e lucidamente espressa da Rolla il quale rileva che

2. FISIOLOGIA E PATOLOGIA NELL'ORGANISMO UMANO: UNA QUESTIONE GIURIDICAMENTE RILEVANTE?

Un primo dato da considerare preliminarmente riguarda il binomio corpo-persona: occorre, cioè, dire se vi sia coincidenza ed eventualmente quale ne sia il rapporto. Ebbene, in primo luogo è mestieri di rilevare che il corpo vivo (e vitale), l'organismo umano, rappresenta *ex se* il presupposto oggettivo dell'essere-persona: né, infatti, lo spirito, l'anima, possono essere veramente considerati persona, né può esserlo il cadavere o la porzione di corpo (foss'anche il cervello) concepita al di fuori del suo naturale insieme. In questo senso, allora, si può dire, pur senza troppo entrare nella disamina della questione, che un corpo umano vivo sia, in quanto tale, una persona e ciò – si badi – anche se il valore della persona medesima trascende (e supera) il dato fisico della sua stessa corporeità.

Il corpo umano, infatti, è sostantivo della persona, non in quanto esso sia un organismo vivo e vitale *sic et simpliciter*, ma piuttosto in quanto esso, essendo necessariamente un organismo vivo e vitale, è coesenzialmente latore di una peculiare natura sua propria derivantegli *ex se* dal fatto stesso dell'umano concepimento. Invero, quando il già ricordato

“attraverso la codificazione costituzionale dei diritti si garantiscono le posizioni soggettive dei singoli e si affermano i valori caratterizzanti l'ordinamento. In virtù del nesso inscindibile che lega lo Stato di diritto ai diritti fondamentali della persona, la loro garanzia e tutela [positive (nda)] concorre a definire la fisionomia degli ordinamenti democratici: costituisce un elemento caratterizzante tale forma di Stato. [...] I diritti della persona divengono [allora (nda)] un elemento essenziale dell'ordinamento costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione [...] esprimono l'ideale politico che plasma un determinato corpo sociale, conferendogli una particolare identità [habermasianamente condivisa (nda)]: una teoria dei diritti fondamentali poggia su di una determinata idea [*recte*, opzione (nda)] della Costituzione. [...] I diritti fondamentali [...] possono essere considerati nella loro unità sistematica, quale elemento caratterizzante la qualità dell'ordine costituzionale”. (G. Rolla, *Profili costituzionali della dignità umana*, in A. D'Atena (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, p. 1077).

Boezio afferma che la persona è “*individua substantia*”, sì egli pone come *prius* concettuale il dato della sostanza distinta dalle altre sostanze per quanto in sé indivisibile, ma immediatamente egli aggiunge, nel senso che fa rilevare, l'elemento ontologico grazie al quale una siffatta sostanza individuale è *in se* persona. Questo elemento è, appunto, rappresentato dalla “*natura rationalis*”, cioè dalla attitudine dell'organismo umano medesimo all'esercizio della ragione; ciò, infatti, fa del corpo umano vivo e vitale un soggetto, o per meglio dire una persona portatrice della giuridica soggettività³⁷ (ond'essa è ontologicamente distinta da tutti gli altri esseri viventi). Questo, però, anche significa – in estrema sintesi – che lo «elemento personificante», cioè l'elemento in funzione del quale la persona è persona, non è rappresentato dalla mera individualità sostanziale – evidentemente propria anche degli animali – e nemmeno esso è rappresentato, contrariamente a quanto sostenuto da Engelhardt³⁸,

37 Quando il Codice civile all'art. 1, infatti, riconosce all'essere umano (nato) la c.d. capacità giuridica, pur scontando l'ipoteca romanistica che lo porta a non individuarla fin dal concepimento, come sarebbe coerente e giusto fare (e come altrove l'Ordinamento positivo in un certo senso fa), esso non crea il soggetto, ma lo riconosce in quanto persona-che-è e che, essendo, è latrice della propria soggettività e del proprio diritto... rosminianamente inteso. Non a caso è stato rilevato che la “capacità giuridica è sinonimo di personalità” (N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano – parte generale*, Milano, 1915, p. 141).

38 Come è noto, infatti, Engelhardt sostiene che “non tutti gli umani sono persone in senso stretto [poiché (nda)] non tutti gli umani [...] sono agenti morali [...] gli infanti non sono persone in questo senso. Lo stesso si dica degli individui in stato di grave demenza senile, di quelli affetti da *handicap* mentale grave e di quelli che abbiano riportato consistenti lesioni cerebrali. Di nuovo: è perché la morale laica generale deriva la propria autorità e la propria portata dal permesso delle persone, che le persone, come agenti morali, ossia come datori del permesso, vi occupano una posizione centrale” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, Milano, 1999, p. 256). Lo *status personae*, dunque, secondo l'opinione dell'Autore, coinciderebbe con quella che in un certo senso potrebb'essere definita – giuridicamente – capacità di agire, vale a dire con la capacità di prestare un «certo tipo» di consenso su e per sé stessi. Un tanto, però, nega la soggettività propria della capacità giuridica e fa dipendere il *proprium* della personalità da un mero modo-di-essere dell'ente e non già dalla sua essenza; infatti – sostiene

dalla capacità di esercizio di date funzioni, compresa quella della ragione, o dalla compiuta funzionalità dell'organismo tutto, ma è punto rappresentato dalla citata natura o essenza razionale di esso, talché, anche il corpo non ancora del tutto e compiutamente formatosi, quale è quello dell'embrione³⁹, per esempio, o il corpo gravemente mutilato per deficienze dei vari organi, compreso il cervello⁴⁰, comunque essi sono pienamente e compiutamente espressivi della personalità ontologica del soggetto che in loro esiste *ex se* come essere umano. Ne discende – *ça va sans dire* – che la natura umana dell'uomo e dunque la sua soggettività ontologica e la sua dignità di persona, non vengono meno né per una deficienza o mutilazione del

l'Autore – “la vita umana meramente biologica precede l'emergere della vita delle persone in senso stretto [*id est*, dei cc.dd. agenti morali (nda)] e di solito prosegue per un certo periodo dopo la loro morte” (Ivi, p. 257).

39 *Contra* la disciplina della c.d. legge sull'aborto procurato (L. 194/1978) la quale consente alla gestante di chiedere e ottenere la soppressione della vita del feto e ciò, sul presupposto – apertamente dichiarato dai Giudici costituzionali investiti della questione – che “non esiste equivalenza fra il diritto non solo alla vita ma anche alla salute proprio di chi è già persona, come la madre, e la salvaguardia dell'embrione che persona deve ancora diventare” (18 Febbraio 1975, Corte Costituzionale, Sentenza № 27, Presidente: Bonifacio, Relatore: Rossi).

40 *Contra*, i cc.dd. *Harvard Criteria*, ovvero sia le teoriche ideologiche giuste le quali la c.d. “cessazione irreversibile delle funzioni dell'encefalo” (ex Legge 578/1993, art. 1) determinerebbe la morte della persona. Si tratta di un'impostazione, recepita e fatta propria dall'Ordinamento giuridico positivo, la quale pretende di definire il «concetto» di morte prescindendo dalla morte stessa e pretende di surrogare la c.d. morte naturale-biologica con un'elaborazione «scientifica» della stessa. Infatti “nel 1968 la Commissione della Harvard Medical School [...] equipara il *coma dépassé* alla morte del paziente e stabilisce quattro criteri per accertarla [...] inoltre autorizza l'interruzione di ogni sostentamento artificiale e il prelievo degli organi per scopi di trapianto anche con il paziente ancora sottoposto a ventilazione” (A. Pessina, *Bioetica. L'uomo sperimentale*, Milano, 1999, p. 160), vale a dire... indipendentemente dall'essere-in-vita dell'organismo. Come riferisce Adriano Pessina, peraltro, lo stesso Jonas si chiede se il «criterio» *de quo* non sia stato individuato per “liberare pazienti, congiunti e risorse mediche dal peso di un coma indefinitamente protratto ed evitare controversie riguardo l'ottenimento di organi per trapianto” (*Ibidem*).

corpo, né per un *vulnus* dell'intelletto, sia esso reversibile o meno: esse, infatti, principiano con il (e per effetto del) concepimento umano e cessano solo (con la e) per effetto della morte, la quale appunto priva l'organismo stesso della sua vita facendolo cessare⁴¹, cioè facendolo venire meno in quanto tale, *ergo* in quanto portatore della soggettività sua propria (sul piano ontologico)⁴².

Non entriamo più oltre nel merito di questo discorso anche perché ora, per fare cenno alla fisiologia e alla patologia, giova di considerare, pur brevemente, la natura e la realtà del corpo umano nel suo essere organismo, del quale, dunque, diamo per scontata l'espressione della soggettività-personalità.

L'essere in sé dell'organismo, infatti, non è rappresentato da un insieme «casuale» di elementi od organi l'un l'altro accidentalmente connessi, per quanto indipendenti tra loro, e nemmeno esso è rappresentato da possibili manifestazioni o forme del suo modo-di-essere legate all'esteriore e mutevole aspetto di sé, ma è piuttosto espressivo di un ordine suo proprio che punto qualifica l'organismo medesimo come un tutto *in se* inscindibile e *in se* ordinato al fine dell'auto-conservazione (vita ← salute). L'organismo, infatti, è tale in funzione dell'ordine naturale che ne consente una vita *lato sensu* autonoma. Che poi siffatto ordine possa manifestarsi in differenti modi, o esprimere diverse *figurae* del proprio aspetto, essa è una questione di altra natura, la quale può involgere valutazioni di carattere estetico o considerazioni di ordine funzionale, ma la

41 Non a caso l'accertamento della morte un tempo veniva fatto dipendere dall'accertamento dell'arresto del battito cardiaco e della funzionalità respiratoria, vale a dire che esso veniva fatto dipendere dall'accertamento della cessazione delle funzioni corporee punto deputate a mantenere vitale l'organismo tutto.

42 *Contra*, il già citato Engelhardt, secondo il quale, invece, "a essere speciali [...] vale a dire a essere dotati di capacità giuridica (nda)] sono solo le persone e non gli esseri umani [id est, i corpi umani vivi e vitali (nda)]. Gli umani adulti capaci di intendere e di volere moralmente, [infatti (nda)], hanno uno *status* morale che i feti umani e i bambini piccoli [ma si potrebbe dire lo stesso anche dei mentecatti, dei soggetti in c.d. stato di coma irreversibile *et coetera* (nda)] non possiedono" (H. T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 155).

quale certamente non può incidere sull'ordine proprio del bene della salute, vale a dire sulla verità della fisiologia dell'organismo *de quo*, quale verità del suo essere-in-sé.

La stessa «perfezione ontologica» del corpo, allora, così come il suo stesso *bonum* oggettivo, non sono dati (né sono dipendenti) dalla manifestazione di elementi accidentali che pur esso corpo può variamente esprimere (come, per esempio, il colore degli occhi, le forme della figura del corpo, la dimensione e/o la con formazione di determinati «organi» *et coetera*), ma sono dati dallo stesso ordine fisiologico che gli è confacente *ut natura* e che ne consente il bene sostanziale (*id est*, il bene in sé) della salute. L'essere proprio della vita dell'organismo, dunque, cioè la di lui struttura e il di lui funzionamento ordinato al fine della propria (auto-) conservazione, non possono dipendere da alcuna opzione, non possono derivare, dunque, da alcun atto di volontà, né essi possono dipendere da alcuna percezione o valutazione di carattere eminentemente estetico, legata alle varie e accidentali *figurae* che l'organismo medesimo può assumere *in casibus*. La fisiologia, insomma, quale ordine proprio della salute, non può dipendere da un modello astratto, da uno schema o da un protocollo *lato sensu* convenzionali: essa, infatti, è resa palese *ex se* dalla regola e dalla norma che la natura stessa del corpo in quanto tale rende evidente alla ragione. Si può dire, dunque – anche qui senza approfondire ulteriormente – che la salute rappresenti il bene *in se*, cioè la condizione di e del bene *in se*, che è naturalmente e oggettivamente propria dell'organismo umano e della di lui realtà.

Vedremo dopo come questo abbia massimo rilievo *in rebus iuris*.

È ovvio, però, che tutto ciò richiede, sia pure sinteticamente, alcune considerazioni di ordine generale.

In primis, dunque, occorre rilevare che la salute della persona non può essere vagliata solo sotto il profilo strettamente fisico: essa, infatti, va inscindibilmente valutata come salute del corpo e come salute della mente. Invero, a rilevare non è solo l'ordine fisiologico dell'organismo *stricto sensu* inteso, nel suo essere ordine proprio del funzionamento dei di lui organi e della di

loro connessione, ma anche, necessariamente, l'ordine proprio della *mens* la quale, invero, rappresenta sì il «prodotto pensante» del cervello, ovverosia il «prodotto» di un organo dell'organismo, ma essa non si riduce alla funzionalità «biologicistica» di questo, né a un ipotetico «dato» strumentalmente rilevabile. La salute mentale, infatti, la quale non si riduce all'assenza di lesioni o di malformazioni fisiche dell'encefalo, (al pari della salute del corpo) è data da un certo ordine – diremo – della «normalità mentale»: esso, allora, è giuocoforza rappresentato dall'ordine proprio dell'intelletto, il quale ordine, a sua volta, si concreta nella capacità dell'intelletto medesimo di rendere attuale la natura razionale che è propria del soggetto *in se*.

La salute della mente, dunque, è data – potremmo dire – dalla capacità razionale, *id est* dalla capacità del libero arbitrio, in termini giuridici... dalla capacità di agire, vero è, che così come la persona è e può dirsi sana nel corpo quando il di lei organismo funzioni bene, cioè quando il di lei organismo funzioni nell'ordine del suo fine, consentendole un'esistenza in vita senza patologie (*id est*, senza disordini), allo stesso modo essa può dirsi sana nella mente (*rectius*, di mente) quando il di lei intelletto le consenta di essere *compos sui et suorum*, vale a dire quando il di lei intelletto, o per meglio dire le di lei facoltà mentali, le consentano di essere pienamente capace e pienamente responsabile delle proprie azioni⁴³.

Che poi, sotto un certo profilo la diagnosi della patologia del corpo possa essere più

43 Un discorso a parte, ovviamente, dovrebbe essere fatto – ma noi non ci soffermiamo su questo, *brevitatis causa* – per i cc.dd. minori, vale a dire per gli esseri umani i quali, pur non soffrendo alcuna patologia della mente, essi sono comunque incapaci di ragione o di piena ragione: in questo caso, infatti, l'incapacità è fisiologica e non patologia, poiché essa è legata al naturale e normale sviluppo dell'organismo e della personalità del soggetto di giovane età. Rileviamo, anche in questo caso senza approfondire, che non solo l'intelletto, ma anche alcuni organi del corpo sono suscettibili di «maturazione funzionale» legata al passaggio della persona dall'età c.d. pediatrica a quella c.d. adulta. Si pensi, per fare un esempio, all'apparato riproduttivo e ai mutamenti che esso assume con la c.d. pubertà; oppure, più genericamente, si pensi alla stessa struttura fisica e alla stessa corporatura che si modifica e si irrobustisce con il raggiungimento dell'età adulta *et coetera*.

«semplice» o di più immediata «percezione» (anche e soprattutto per lo stesso «paziente» e anche e soprattutto per un approccio «strumentalistico» della medicina) rispetto alla diagnosi della patologia psichiatrica, essa è una diversa questione la quale, però, attiene alla dimensione delle *res facti*, piuttosto che a quella del *principium*. Diagnosticare una cardiopatia, per esempio, o un cancro, è ben probabile che ponga, *coeteris paribus*, minori problemi rispetto alla diagnosi dell'incapacità razionale e ciò, soprattutto in alcune situazioni cc.dd. «di confine (con un anglismo si potrebbe dire: *borderline*)», questo, tuttavia, non mina a nostro avviso la fondatezza del discorso sviluppato in relazione alla dicotomia concettuale tra ordine-fisiologia e disordine-patologia con riguardo alla c.d. capacità razionale-intellettuale-mentale.

Così come, infatti, c'è *ut natura* un ordine proprio del corpo, il quale ordine non è convenzionale e non dipende dalle varie prospettive e/o dai vari approcci cc.dd. diagnostici, allo stesso modo c'è un ordine della mente, altrettanto naturale, il quale è punto dato da quella che potremmo chiamare la capacità dell'intelligenza razionale, vale a dire che esso è dato dalla capacità della persona-soggetto di comprendere le cose per quello che le cose stesse sono in realtà e conseguentemente di auto-determinare una propria volontà pienamente cosciente e pienamente consapevole. La possibile «difficoltà operativa» della c.d. diagnosi psichiatrica⁴⁴, dunque, non può negare la contingenza della patologia della mente, o indurre a una «sottovalutazione socializzante» di questa, e allo stesso modo essa nemmeno può ridurre il problema *de quo* a una *summa divisio*, netta, radicale e senza gradazioni, tra la pazzia o incapacità totale del soggetto e la totale salute o capacità della di lui mente, dovendosi, infatti, considerare e vagliare con attenzione e

44 Resa ancora più difficile – se così possiamo dire – dalle assurde tesi esistenzialistiche in virtù delle quali l'esistenza precederebbe e determinerebbe l'essenza (cfr J.P. Sartre, *L'essere e il nulla*, Milano, 1975, *passim*, in particolare pp. 533 e ss.), onde la pazzia non sarebbe patologica, ma sarebbe solo un'espressione di un particolare modo di essere del soggetto, giacché la di lui essenza sarebbe determinata dalla «esperienza prasseologica» che egli stesso fa della propria vita.

competenza metafisiche i singoli casi, alla luce delle rispettive specificità. Ed è ovvio che tutto ciò abbia rilievo al netto – come si dice – delle varie «tare» culturali, ideologiche, sociologiche *et coetera* che pure possono incidere sulle valutazioni personali, ma le quali mai possono obnubilare il binomio ragione-responsabilità che è ontologicamente proprio della persona *compos sui* e che, nella sua manifestazione concreta, ne rappresenta la condizione di normalità, ovverosia la condizione fisiologica della già citata capacità di agire⁴⁵. Allo stesso modo,

45 Per esempio: l'assassinio commesso dal marito tradito contro l'amante della moglie adultera, per ragioni legate a un certo, particolare modo di concepire l'onore, non viene meno nella sua natura di male, in termini giuridici di reato (nell'originaria formulazione del Codice penale, infatti, esso contemplava *sub art. 587*, quale fattispecie attenuata di reato, lo "omicidio e lesione personale a causa di onore"), né ne viene meno la responsabilità morale e giuridica del suo autore, solo in ragione del contesto sociale e delle influenze culturali che, ipoteticamente, abbiano caratterizzato l'esperienza di vita dell'autore medesimo; non si può dire, infatti, che egli, pur anche avendo agito in uno "stato d'ira determinato da un fatto ingiusto altrui" (art. 62 co. II n. 2 c.p.), ovvero in uno stato emotivo o passionale (cfr art. 90 c.p.), particolarmente acuito dell'educazione ricevuta e dal contesto sociale di riferimento, non sia responsabile della condotta compiuta perché incapace di intendere e di volere, in altre parole... perché malato di mente. Allo stesso modo, peraltro, *mutatis mutandis*, non può negarsi la patologia della mente, cioè l'incapacità del soggetto di avere un contegno pienamente razionale e di operare, *compos sui*, secondo i principii proprii della ragione, solo perché un dato atteggiamento, ovverosia una data abitudine di condotta risultino sociologicamente diffuse. Anche qui, però, occorre una puntualizzazione, pur nell'assoluta brevità dell'analisi. Ebbene, così come le patologie del corpo hanno *in se* una loro possibilità di gradazione, onde non tutte le cardiopatie, per esempio, sono eguali ed egualmente invalidanti, allo stesso modo anche l'approccio alle patologie della mente non può essere ridotto alla dicotomia sano-capace *versus* ammalato-incapace. Dell'incapacità o per meglio dire della deficienza, infatti, quale *vulnus* della mente possono darsi una pluralità di stadii e di manifestazioni. Per esempio una persona potrebbe, pur non avendo altri problemi di natura psichiatrica e pur essendo sostanzialmente capace di intendere e di volere, soffrire una certa deficienza intellettuale, la quale, sempre in ipotesi, potrebbe portarlo a non essere in grado di un completo dominio di sé, in determinate circostanze. È noto, per esempio, che il Codice penale, opportunamente informato a un approccio realistico

evidentemente, non ha rilievo alcuno in questo discorso nemmeno il profilo pratico-operativo delle condotte in sé considerate: ciò che importa, infatti, non è, *in se*, il contegno storicamente tenuto dal soggetto e/o la sua abilità nell'apparecchiarsi i mezzi necessari per perseguire il fine che egli medesimo si è dato, ma è la capacità di comprendere il valore delle proprie azioni e di dominarle fino in fondo. Sicché, così come non è mentalmente malato, ma (*in parte qua*) ignorante, colui il quale non sappia come fare per porre in essere il proponimento della di lui volontà, allo stesso modo, però *a contrario*, è incapace di ragione e dunque è non responsabile-imputabile, colui il quale non sia nella condizione soggettiva sufficiente per avere *hic et nunc* contezza del valore morale del proprio agire e per avere padronanza piena nel dominarlo (e nel dominarsi), indipendentemente dalla di lui abilità tecnica, o dalla di lui possibilità concreto-operativa di realizzare la condotta medesima⁴⁶.

In secundis, è opportuno rilevare quanto discende dai discorsi testé fatti e cioè è opportuno comprendere che l'oggettività della salute e conseguentemente della malattia implicano una loro valutazione di carattere razionale e obiettivo. Esse negano e ricusano – potremmo dire sinteticamente – ogni forma di relativismo; anzi... il relativismo stesso è di per sé solo impeditivo della diagnosi, qualunque sia il contenuto di questa e – in termini generali

– come direbbe Castellano – contempli anche l'ipotesi del c.d. "vizio parziale di mente" *sub art. 89 c.p.*

46 Con riferimento al problema della colpa e del dolo relativi alla condotta dell'incapace, infatti, Marcello Gallo opportunamente rileva che "il tentativo di conservare l'accoppiata imputabilità-colpevolezza, rimettendosi all'idea che, per chi non è capace di intendere e di volere, non può parlarsi di dolo io di colpa in senso proprio [...] è il tipico frutto di una presa di posizione concettualistica maturata prima e indipendentemente dal reale normativo. Il quale ci dice che dolo e colpa sono enunciati in termini naturalisticamente riferibili anche all'agire degli incapaci [...]. Se si tratta di dolo, conta che si possa accertare la volizione dell'evento: che sia volizione inficiata da incapacità [...] non rileva. Quanto alla colpa, non c'è dubbio che il metro col quale misuriamo la rispondenza di una certa condotta a regole di precauzione, funziona anche in caso di agire di incapace" (M. Gallo, *Diritto penale italiano. Appunti di parte generale*, Torino, 2015, II, p. 382).

– esso è impeditivo della stessa pratica dell'arte medica (come di ogn'altra *ars*, è ovvio!)⁴⁷. Se la salute e la malattia, in ipotesi, dipendessero dall'opinione del «paziente», il medico altro non dovrebbe fare se non assecondarne le richieste, ma questo, in termini oggettivi, potrebbe essere di danno alla persona medesima, la quale, infatti, potrebbe ritenersi (/volersi) sana, essendo ammalata, ovvero ritenersi (/volersi) ammalata essendo sana e richiedere al medico, ridotto al ruolo di mero operatore, di prescrivendogli farmaci e/o interventi chirurgici oggettivamente inutili (e in ipotesi dannosi), ovvero di omettere un dato trattamento terapeutico invece oggettivamente necessario. La malattia (cioè il «negativo»), infatti, si può definire e individuare solo in funzione della salute (cioè del «positivo») ed essa solo in virtù dell'ordine proprio della fisiologia, onde ne consegue la natura di bene-in-sé-oggettivo, propria della salute medesima e quella di male-in-sé-oggettivo, propria della patologia⁴⁸. Altro sono le sensazioni o percezioni dipendenti da aspetti di carattere psicologico-soggettivo.

Una diversa «definizione della salute», al contrario, come per esempio quella di “*complet bien-etre physique, mental et social*”⁴⁹ data dall'Organizzazione Mondiale della Sanità nel 1946, fa perdere alla salute stessa il suo valore

47 Platone infatti rileva che l'arte regia, per esempio, è esercitata per il bene di coloro i quali ne sono sottoposti, secondo l'ordine proprio della loro natura: essa, invero, non è esercizio di un potere fine a sé stesso, ma è esercizio di un potere qualificato moralmente e ordinato dalla natura e dal bene-in-sé degli uomini che compongono la comunità politica (cfr. Platone, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a), giacché “non esiste scienza [qui il traduttore usa il termine in senso etimologico e non galileiano (nda)] che abbia per oggetto l'utile del più forte e che lo imponga; ciascuna scienza, invece, si occupa del vantaggio del più debole, ossia di chi le è sottomesso” (Platone, *Repubblica*, in Platone, *Tutti gli scritti*, Milano, 2016, p. 1096 [342 d]).

48 Non a caso è stato detto che la malattia “cambia radicalmente il nostro modo di essere e di vivere” (M. Marzano, *Straniero nel corpo*, Milano, 2004, p. 91) anche se essa non muta lo statuto ontologico-personale che ci è proprio *ut natura*.

49 Protocollo relativo alla costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, stipulato a Nuova York il 22 luglio 1946, allegato al D. Lgs del Capo provvisorio dello Stato 1068/1947, il quale ne dà, per l'Ordinamento giuridico italiano, “piena ed intera esecuzione” ex art. 1.

oggettivo: essa, invero, dal suo essere oggettivamente il bene dell'organismo, «scade» al rango di una mera percezione e/o sensazione legata a fattori anche estranei rispetto a quelli propri dell'ordine fisiologico⁵⁰. I problemi della mentovata definizione, infatti, sono due: il primo concerne la qualificazione della salute come benessere e non come bene, cioè come sensazione e non come realtà dell'ordine; il secondo riguarda il riferimento non solo alla sensazione psico-fisica, ma anche – addirittura – al c.d. benessere sociale e ciò, come se la salute potesse dipendere in modo diretto dalle condizioni *lato sensu* sociali, quindi anche economiche, culturali *et coetera*, nelle quali la persona storicamente si trovi. Di talché se la salute “*ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité*”⁵¹, lo stesso stato di salute viene a dipendere dalle percezioni soggettive e dal loro «inevitabile» mutamento⁵²,

50 Dello stesso tenore, peraltro, è anche l'art. 12 dello *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, a mente del quale – riprendiamo il testo tradotto e riportato da Salvatore Amato (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, Torino, 2011, p. 2) – viene riconosciuto il “diritto di ognuno a godere del più alto *standard* attendibile di benessere fisico e mentale”.

51 Protocollo relativo alla costituzione dell'Organizzazione mondiale della sanità, stipulato a Nuova York il 22 luglio 1946, allegato al D. Lgs del Capo provvisorio dello Stato 1068/1947, *supra* citato.

52 *Contra* è stato sostenuto che la “salute come assenza di malattia [...] si tratta di una definizione che non tiene [...] presenti tutte le dimensioni della persona (psichica, spirituale, sociale) oltre a quella fisica e che riduce la malattia a un evento incidentale nella vita del soggetto” (M.L. Di Pietro, *L'educazione alla salute*, in E. Sgreccia – A.G. Spagnolo – M.L. Di Pietro, *Bioetica*, Milano, 2002, p. 291). La preoccupazione dell'Autore è chiara, ma essa sconta – a nostro avviso – da un lato una concezione «incompleta» del valore della salute come ordine fisiologico del solo corpo e dall'altro un approccio «inclusivo» verso elementi ultranei rispetto al bene che la salute medesima esprime, quali la spiritualità la socialità *et coetera*. Sotto il primo profilo, infatti, l'Autore considera insufficiente la definizione che equipara la salute all'assenza di malattia poiché in essa mancherebbe la considerazione della malattia psichica. Ebbene noi riteniamo – come abbiamo scritto *supra* – che la salute del corpo e la salute della mente concorrano a definire in sé la salute dell'individuo e che, corrispettivamente, la malattia del corpo sia rappresentata da un disordine della di lui fisiologia, come quella della mente è rappresentata da un

onde la persona sarebbe sana se e quando ella si sentisse bene e sarebbe malata se e quando, al contrario, ella percepisse come patologico il proprio stato, indipendentemente dal fatto in sé della di lei salute e della di lei malattia.

La percezione soggettiva, o comunque la sensazione che il soggetto ha, invece, possono essere eventualmente rivelativi di un problema o al contrario di una condizione normale, ma essi non esauriscono in sé medesimi né l'uno, né l'altro. Infatti è sì probabile che il malessere (fisico) rappresenti l'effetto di un sintomo di un male (fisico), come è altrettanto probabile che il benessere (fisico) rappresenti la conseguenza della salute del corpo (e della mente), cionondimeno la percezione di un dato malessere nel caso in cui l'organismo goda buona salute, come anche, al contrario, l'assenza di questa percezione nell'ipotesi della malattia, non sono così remoti nell'esperienza e anzi essi, per esempio, potrebbero essere a loro volta sintomi di una patologia mentale più o meno grave, ovvero di una particolare «risposta» dell'apparato sensoriale da valutarsi a sua volta caso per caso. Non è, dunque, la percezione

disordine della capacità razionale del soggetto, onde la salute come assenza di malattia già contempla e la salute del corpo e la salute della mente. Sotto il secondo profilo, poi, riteniamo «pericoloso» confondere la salute propriamente detta, cioè l'ordine fisiologico del corpo e della mente, con le dimensioni spirituali e sociali che pur posso interessare la persona storica: esse, infatti, da un lato non hanno una dimensione obiettiva poiché dipendono dalla particolare sensibilità del singolo soggetto e dai mutamenti di questa a seconda delle circostanze; mentre dall'altro non incidono sul bene obiettivo della fisiologia, quanto piuttosto sulla percezione di benessere *lato sensu* intesa che ciascheduno ha e che giuocoforza dipende dalle condizioni sociali, culturali, economiche di riferimento. Per esempio, un certo disagio rispetto a una condizione di percepita povertà, da un lato può dipendere dal contesto nel quale il soggetto vive e dall'altro muta con il mutare della stessa sensibilità soggettiva. L'impossibilità economica, sempre a titolo d'esempio, di disporre di un'automobile e il possibile stato di disagio che essa ingenera in un particolare soggetto, da un lato dipende dal contesto di riferimento, poiché se il soggetto medesimo vivesse in un contesto diverso tale deficienza egli neppure potrebbe percepire e dall'altro dipende dalla sua personale percezione dell'impossibilità stessa come problema, dacché egli potrebbe anch'essere indifferente rispetto alla cosa, per le più disparate ragioni.

soggettiva a fondare la malattia, così come non è l'assenza di essa a escluderla. Tantomeno può esserlo una percezione che intersechi il piano fisico-corporeo con quello di una non meglio precisabile socialità.

Altro, infatti, sono il bene e il male e altro, tutt'altro, sono il benessere e il malessere: in estrema sintesi, allora, dobbiamo rilevare che il bene e il male – particolarmente con riguardo al tema *de quo*, ma il discorso vale anche, *mutatis mutandis*, per l'aspetto morale e giuridico di essi – hanno *ex se* una loro sostanza metafisica e un loro valore ontologico⁵³. Essi, cioè, dipendono e derivano dalla natura buona o malvagia delle cose; che la salute sia un bene *in se*, dunque, dipende non da un'opzione purchessia, ma dalla circostanza in virtù della quale essa salute, rappresentando l'ordine della fisiologia, consente all'organismo di vivere e segnatamente di vivere secondo la sua natura e il suo fine. Allo stesso modo, che la malattia sia un male *in se* dipende non già da una volontà auto-determinantesi in termini *ab-soluti* (foss'anche quella del Legislatore), ma dal suo essere di pregiudizio al buon funzionamento dell'organismo e dunque all'ordine psico-fisico della persona in quanto tale. La malattia è un male, cioè, poiché essa è impeditiva o di una normale funzione del corpo o, *in extremis*, della sua stessa esistenza in vita⁵⁴. Una malattia de-

53 Facciamo rinvio – *si vis* – a un nostro recente contributo il quale entra, in parte, nel merito della questione. Cfr R. Di Marco, *Le paradoxes du bien-être contre le bien. Analyse de la sentence de la Cour suprême du Royaume-Uni relative au cas d'Alfie Evans*, in *Catholica*, Paris, Catholica, 2018, 140, pp. 88 – 96.

54 Per esempio la stessa giurisprudenza in materia di danno biologico, proprio per poterlo affermare e per poterlo discernere dal c.d. danno morale, consentendone un'autonoma risarcibilità, deve presupporre l'oggettività di esso in relazione all'oggettività del bene della salute. La Corte Costituzionale, infatti, ha precisato che “il danno biologico costituisce l'evento del fatto lesivo della salute, mentre il danno morale subiettivo (ed il danno patrimoniale) appartengono alla categoria del danno-conseguenza in senso stretto. La menomazione dell'integrità psico-fisica dell'offeso, che trasforma in patologica la stessa fisiologica integrità (e che non è per nulla equiparabile al momentaneo, tendenzialmente transeunte, turbamento psicologico del danno morale subiettivo) costituisce l'evento (da provare in ogni caso) interno al fatto illecito, legato da un canto all'altra

gl'occhi (in ipotesi il glaucoma), per esempio, è un male in quanto essa impedisce alla persona di vedere; una malattia delle articolazioni delle gambe (in ipotesi la condropatia rotulea), sempre proseguendo con gli esempi, è un male in quanto essa impedisce alla persona di camminare; una malattia della mente (come, per esempio, il morbo di Alzheimer), in fine, è un male poiché essa impedisce alla persona di essere compote di sé stessa e questo vale, evidentemente, per ogni patologia grave o meno grave che essa sia. *Viceversa* l'organismo c.d. in salute, per restare ai casi *de quibus*, è quello punto capace di vedere autonomamente, capace di camminare senza difficoltà, capace di autodeterminarsi coscientemente *et coetera*⁵⁵.

componente interna del fatto, il comportamento, da un nesso di causalità e dall'altro, alla (eventuale) componente esterna, danno morale subiettivo (o danno patrimoniale) da altro, diverso, ulteriore rapporto di causalità materiale. [...] Il danno morale subiettivo, che si sostanzia nel transeunte turbamento psicologico del soggetto offeso, è danno-conseguenza, in senso proprio, del fatto illecito lesivo della salute e costituisce, quando esiste, condizione di risarcibilità del medesimo; il danno biologico è, invece, l'evento, interno al fatto lesivo della salute, che deve necessariamente esistere ed essere provato, non potendosi avere rilevanza delle eventuali conseguenze esterne, all'intero fatto (morali o patrimoniali), senza la completa realizzazione di quest'ultimo, ivi compreso, ovviamente, l'evento della menomazione dell'integrità psico-fisica del soggetto offeso. Il danno biologico (o fisiologico) è danno specifico, è un tipo di danno, identificandosi con un tipo di evento" (30 Giugno 1986, Corte Costituzionale, Sentenza № 184, Presidente: Paladini, Relatore: Dell'Andro).

⁵⁵ Questo discorso, allora, impone un approccio razionale-metafisico al problema *de quo*, il quale consideri l'organismo umano, la sua fisiologia e la sua patologia per quello che essi sono in sé. Non può essere, allora, né la percezione del benessere fisico a fondare la salute, né è la percezione del malessere o del disagio a fondare la malattia. La prova di ciò, peraltro, è tosto offerta anche dalla circostanza in virtù della quale alcune patologie come per esempio il diabete, i primi stadii delle coronaropatie, le prime fasi di sviluppo tumorale *et similia* sono cc.dd. asintomatiche; esse, cioè, non vengono percepite dal soggetto colpito, il quale avverte, *coeteris paribus*, uno stato di benessere pur in costanza del morbo. *Viceversa*, possono darsi altre situazioni nelle quali la persona, pur essendo sostanzialmente sana e nel corpo e nella mente, per una sua particolare psicologia, ovvero per la concomitanza di determinati elementi esterni, avverte una condizione di generale malessere. L'esempio, poi, della patologia psichiatrica rappresenta

La salute e la malattia, peraltro – e qui sfioriamo un diverso, ma connesso problema – nemmeno possono ridursi a un'applicazione meccanica di protocolli convenzionali (siano essi *lato sensu* medico-operativi, legislativo-normativi, assicurativo-previdenziali *et coetera*). È da ritenersi infatti del tutto arbitraria e assai pericolosa la pratica di fare dipendere la salute e la malattia medesime, dunque anche l'esito della c.d. diagnosi (della quale è proprio di riconoscere la salute e la malattia), da un mero procedimento sussuntorio della fattispecie concreta, rappresentata dal c.d. caso clinico (o per meglio dire dalla sintomatologia riferita dal «paziente»), entro gl'estremi di un dato e astratto modello di riferimento. Per esempio, risulta concettualmente assurdo fare dipendere la diagnosi del diabete dal mero superamento, pur reiterato, dei valori glicemici fissati dai «riscontri-soglia» di riferimento: il medico, infatti, pur dovendo considerare attentamente il rilievo statistico e l'evidenza di un'anomalia almeno apparente, egli deve sempre e necessariamente valutare *in casibus* se un dato riscontro strumentale abbia natura patologica o se esso invece sia da ritenersi fisiologico con riguardo all'organismo concreto sottoposto alle cure della di lui arte (lo stesso discorso vale, ovviamente, anche per la pressione del sangue, per i valori del colesterolo *et coetera*). Non entriamo, ora, nel merito delle cc.dd. linee guida, né nell'analisi della loro disciplina normativa (recentemente novellato ex L. 24/2017 c.d. Legge Gelli – Bianco), ma rileviamo soltanto questo, che nell'ipotesi in virtù della quale esse, pur elaborate sulla base di studi e di ricerche anche seriamente condotti, venissero utilizzate dal medico stesso in modo schematico, *ergo* senza una prudente attenzione al caso concreto, ciò determinerebbe una sovrapposizione della statistica alla clinica, con conseguente abbandono della medicina stessa intesa come *ars*⁵⁶. Né, infatti, le cc.dd. linee

la c.d. prova del nove: quale persona malata di mente, infatti, è conscia del di lei male ed è consapevole di essere incapace di intendere e di volere?

⁵⁶ È stato rilevato, invero, che "i modelli antropologici del passato suggerivano una prospettiva filosofica che [... non deve (nda)] andare perduta. Non serve a

guida possono creare la patologia e/o stabilire *ex se* i principii della salute, né la di loro applicazione può essere fatta trattando del paziente – e dunque del caso concreto – come se l'organismo umano replicasse sempre e necessariamente un «astratto» schema progettuale suo proprio. Onde i problemi delle linee guida *lato sensu* intese sono due: un primo, preliminare, concerne il loro fondamento e dunque sia il loro «valore medico», giusta la natura dell'organismo umano, sia il loro «valore morale», giusta la natura della persona; un secondo, poi, concerne la loro applicazione e cioè il modo nel quale esse vengono utilizzate nell'ambito della c.d. pratica clinica. In questo senso, peraltro – ci limitiamo a un minimo cenno – parrebbe essere orientata anche la citata L. 24/2017, la quale, se da un lato pur prescrive all'esercitante le professioni sanitarie di attenersi alle “raccomandazioni previste dalle linee guida” (art. 5 co. I), dall'altro essa fa “salve le specificità del caso concreto” (*ibidem*) e anche quando all'art. 6 la medesima legge contempla l'esclusione della responsabilità per “i fatti di cui agli articoli 589 e 590” del Codice penale, commessi dal sanitario per imperizia, qualora egli abbia “rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida” (*ibidem*) essa comunque, opportunamente, pone la condizione che “le raccomandazioni [*de quibus* (nda)] risultino adeguate alle specificità del caso concreto” (*ibidem*). Ciò significa che anche il Legislatore, in questo caso, ha avvertita, sia pure indirettamente, la necessità di cogliere l'intervento medico-terapeutico nel suo *proprium*, vale a dire nel suo essere un intervento caratterizzato dalla professionalità intrinseca all'arte medica, la quale, conoscendo e dovendo conoscere l'ordine oggettivo della realtà della salute, può riconoscere e deve riconoscere il disordine altrettanto oggettivo dell'effettività della patologia e ciò, proprio per potere attuare il fine suo proprio consistente nel ristabilire la normalità delle condizioni psico-fisiche all'interno dell'organismo trattato. Concludendo ora il discorso con una battuta finale, potremmo coerente-

preparare un farmaco, ma allarga l'orizzonte etico di comprensione della sofferenza” (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 6).

mente dire che il «valore» delle cc.dd. linee guida e dunque la stessa possibilità di riferirsi a queste e per la pratica dell'arte medica e per la valutazione morale e giuridica dell'operato del professionista, risiede non mai nel loro essere protocollo o schema operativo *sic et simpliciter*, quanto piuttosto esso risiede (ovviamente se vi sia un vero fondamento!) nella loro natura di *lex artis*, vale a dire che esso risiede nella loro capacità di esprimere una norma intrinseca all'arte medica stessa e fondata sulla medesima natura dell'organismo umano⁵⁷.

In tertiis, finalmente, rileva un ultimo elemento, a nostro avviso utile assai per avere chiaro quantomeno lo σχῆμα del quadro concettuale necessario ad affrontare i problemi *de quibus*. Si tratta del rapporto tra effetto della patologia (potremmo anche impropriamente parlare di «sintomo») e patologia stessa, ché, infatti, risulta di fondamentale importanza distinguere i due termini della questione, in quanto una loro confusione potrebbe ingenerare equivoci anche nella definizione di un criminale discreto oggettivo tra terapia (propriamente intesa) e assistenza.

Il sintomo *lato sensu* inteso, invero, il quale può anche manifestarsi sotto forma di deficienza o di incapacità dell'organismo di compiere determinate funzioni, rappresenta la conseguenza e/o l'effetto di una data condizione patologica della persona medesima: le persone, infatti, le quali, per esempio, non possono nutrirsi per la via normale dell'alimentazione, così come quelle che non riescono a respirare autonomamente, o quelle che hanno una tale deficienza della deambulazione da non potersi muovere, con le loro incapacità e con il loro stato di invalidità funzionale, manifestano l'effetto, diretto o indiretto, di una o più patologie che in qualche modo le affliggono e ciò, anche se, evidentemente, le patologie medesime non si esauriscono nella loro «immediata conseguenza» *id est*, nella deficienza che si può notare *ictu oculi*. La questione, allora, impone

57 Che poi sul contenuto delle cc.dd. linee guida si possa e si debba discutere è un diverso discorso, come diverso è quello che riguarda la loro genesi e la finalità di risparmio loro attribuita. Cfr sul tema, L. Ventre (a cura di), *Responsabilità e linee guida*, Udine, 2017.

(quantomeno) due considerazioni: una prima concerne il rapporto patologia-organismo-persona; una seconda, invece, riguarda il profilo della terapia e la necessaria distinzione tra cura e assistenza.

Ebbene, quanto al primo aspetto giova di rilevare che la patologia, se è sempre patologia dell'organismo, in quanto ne rappresenta una certa manifestazione di disordine, essa è nel contempo sempre e necessariamente una malattia che colpisce la persona in quanto tale. Ciò non significa – è ovvio – che la personalità dell'ammalato subisca una *capitis deminutio* per effetto della patologia, o che essa ne scemi la dignità subiettiva – un tanto sarebbe assurdo e contraddittorio rispetto alle stesse premesse concernenti la natura della persona *in se* –, ma significa, invece, che la malattia, colpendo un organo o una porzione dell'organismo, essa affligge necessariamente la persona nell'insieme del suo corpo. In questo senso, allora, – facendo un esempio – la cardiopatia non interessa «solamente» il cuore del cardiopatico, essa non rappresenta, cioè, una mera patologia di un suo organo, ma interessa l'organismo tutto del cardiopatico medesimo e dunque interessa il cardiopatico come persona: egli, infatti, non ha, propriamente parlando, il cuore ammalato *sic et simpliciter*, ma è ammalato di cuore, cioè è ammalato a causa del cattivo funzionamento del muscolo cardiaco.

Ne consegue, allora, che la cura, per essere veramente tale e cioè per essere veramente in funzione del bene dell'organismo-persona, essa non può curare la malattia senza curare l'ammalato⁵⁸: essa, cioè, non può curare l'organo senza curare e senza considerare l'organismo nel suo insieme complesso. E tutto ciò – si badi – proprio in virtù di quanto già si diceva in principio relativamente al fatto che l'organismo, per sua natura, è un tutto ordinato e coordinato secondo la propria essenza e secon-

58 Molto opportunamente, infatti, Francesco D'Agostino rileva che “se è vero che [...] il dolore aggredisce la dimensione fisica dell'individuo, mentre la sofferenza aggredisce l'io nella sua unicità, ne segue che appartiene alla eticità intrinseca della medicina quello di prendere sì sul serio l'orizzonte circoscritto della mera fisicità, integrandolo però nel ben più complesso orizzonte della persona” (F. D'Agostino, *Parole di bioetica*, Torino, 2004, p. 57).

do il proprio fine. La prescrizione dei farmaci, per esempio, o di un intervento chirurgico, non può considerare «specialisticamente» la mera patologia dell'organo ammalato e tendere a contenerla o a eliminarla, senza nel contempo e innanzitutto considerare l'effetto che i farmaci medesimi hanno o possono avere su tutto il corpo e sulla persona in sé, onde il trattamento c.d. terapeutico, prima ancora di dovere essere (tendenzialmente) efficace per l'eliminazione del morbo, esso non dev'essere di danno a colui il quale ne viene sottoposto: *primum non nocere*⁵⁹! Il medico, infatti, che operando in modo tecnicamente ineccepibile con riguardo alla pratica di un dato «protocollo terapeutico» e dunque con riguardo alla procedura di eliminazione di una data patologia, cagionasse comunque la morte o una lesione personale al paziente, in quanto l'organismo di lui non è stato in grado, per le più disparate ragioni, di sopportare l'intervento praticatogli, egli, *coeteris paribus*, non potrebbe andare esente da responsabilità civile e penale determinata da negligenza – potremmo ipotizzare – e ciò, proprio per non avere egli medesimo opportunamente e diligentemente considerati tutti i problemi specificamente inerenti alla persona affidata alle di lui cure.

Quanto al secondo aspetto, poi, rileva l'indigenza di discernere la cura propriamente detta, cioè l'intervento medico finalizzato a debellare il morbo e a ripristinare l'ordine fisiologico dell'organismo malato⁶⁰, dalle atti-

59 È noto il testo del c.d. giuramento ippocratico, il quale fa dire al medico giurante: “ἐπὶ δηλήσει δὲ καὶ ἀδίκῃ εἰργάζειν”.

60 In termini analoghi – come è noto – parla della terapia anche san Tommaso d'Aquino nell'ambito dell'analogia che egli propone tra male del corpo e male della società. San Tommaso, infatti, dice che il “*medicus in sua operationem intendit sanitatem, quae consistit in ordinata concordia umorum. [...] Medicus autem abscindit membrorum putridum bene et utiliter, si per ipsum immineat corruptio corporis*” (San Tommaso d'Aquino, *Summa Theologiae*, II, II, q. CVIII, a. 3). Tommaso – si badi – mette in luce tre aspetti che noi abbiamo ritenuti di particolare interesse: un primo concerne la considerazione della salute come ordine oggettivo del corpo; un secondo riguarda il fine della terapia rappresentato dal ripristino dell'ordine fisiologico; un terzo – forse meno evidente (ma ritrovabile anche sub

vità – diremo – sussidiarie e ancillari rispetto alla cura, le quali possono ricondursi nell'alveo concettuale dell'assistenza *lato sensu* intesa. Prestare assistenza, infatti, significa apparecchiare a favore del soggetto bisognoso tutte le provvidenze necessarie ad alleviarne i sintomi della patologia e a consentirne il mantenimento in vita. Per esempio, l'assistenza alla ventilazione della persona incapace di provvedervi autonomamente, come anche una particolare procedura per consentirne l'alimentazione e l'idratazione, al pari delle pratiche igieniche e/o delle procedure riabilitative o conservative dell'apparato scheletrico e dei tessuti (come per esempio quelle atte a evitare il formarsi delle cc.dd. piaghe da decubito), non possono considerarsi pratiche terapeutiche *stricto sensu* intese, imperocché il loro fine non è appunto terapeutico, cioè curativo rispetto alle patologie che sono causa delle deficienze *de quibus*, ma è «meramente assistenziale». Il fine che esse perseguono, invero, al di là degli aspetti procedurali che le caratterizzano e al di là delle professionalità che esse richiedono, è conservativo e satisfattivo rispetto alle esigenze fisiologiche della persona: la necessità di alimentarsi, di idratarsi, di respirare, di muoversi *et coetera*, infatti, non sono necessità determinate dalla patologia, non sono sintomi di un morbo, né tantomeno sono patologie esse stesse, ma si tratta di necessità naturali dell'organismo vivente. Sicché, nell'ipotesi in cui una data patologia impedisca alla persona di provvedere autonomamente all'appagamento delle naturali indigenze che essa ha, la peculiare procedura di assistenza che la loro soddisfazione richieda non ne trasforma l'essenza fisiologica e normale, così come non può qualificare l'assistenza medesima in guisa di terapia.

3. CENNI SULLA «GRAMMATICA» DEL C.D. INTERVENTO MEDICO.

Prima di entrare nel merito dei problemi posti dalle cc.dd. disposizioni di trattamento,

art. 5 c.c.) – sfiora il problema relativo alla legittimità delle mutilazioni corporee per il fine di preservare la vita dell'organismo tutto.

giova soffermarsi – sia pure brevemente – su due questioni di particolare rilievo: la prima concerne la «natura» dell'intervento (*in se*) terapeutico; la seconda riguarda la «declinazione» del rapporto paziente-medico.

Quanto al primo aspetto, allora, in aggiunta alle osservazioni già presentate *supra* e in continuità con le stesse, possiamo concludere definendo la terapia o intervento terapeutico come qualunque intervento sull'organismo ammalato, il quale abbia per effetto o per scopo (ricordiamo che l'obbligazione terapeutica propriamente detta è un'obbligazione di diligenza e non di risultato, in virtù della sua stessa natura) il ripristino dell'ordine fisiologico proprio dell'organismo medesimo e ciò, indipendentemente dal mezzo «tecnico» (farmacologico, chirurgico, psichiatrico, fisiatrico *et coetera*) utilizzato *in casibus*.

La terapia o intervento terapeutico, dunque, *ex uno latere* presuppone la patologia dell'organismo sottoposto e la corretta diagnosi della stessa, non essendo e non potendo essere propriamente terapeutico nessun intervento realizzato sopra un individuo sano, ovvero senza un previo accertamento della di lui patologia in atto, o per un fine diverso da quello della cura ed *ex alio* essa presuppone la *lex artis* propria del medico, il quale, infatti, può curare nel vero senso della parola solo avendo conoscenza piena della fisiologia e dell'ordine che essa medesima esprime *ex se* e dunque solo avendo intelligenza metafisica del bene che è in sé (oggettivamente) proprio dell'organismo sul quale egli interviene... allo scopo di «ripristinarlo».

La terapia, insomma, ha necessariamente per suo fine la cura dell'ammalato (attraverso l'eliminazione della di lui malattia) e per sua regola la norma della di lui natura, *rectius* la norma che è espressa dalla natura psico-fisica del di lui organismo (*id est*, la norma della fisiologia).

Ciò significa, allora, che non rientra nel novero degli'interventi propriamente terapeutici né l'insieme delle pratiche *lato sensu* assistenziali (riabilitative, di alimentazione e idratazione, di ventilazione *et coetera*), cui abbiamo fatto precedentemente cenno; né le attività (particolarmente quelle strumentali) che perseguono un mero fine diagnostico

(auscultazione, palpazione, radiografie, esami di laboratorio *et coetera*), anche se la diagnosi rappresenta, come detto, la premessa della terapia; né, ancora, gl'interventi di carattere profilattico e/o preventivo (somministrazione dei cc.dd. vaccini, profilassi antibiotica *praeoperatoria*, asportazione chirurgica di organi, come nel caso della mastectomia c.d. preventiva, finalizzata a scongiurare l'eventualità di un carcinoma mammario *et coetera*) che tendono a preservare l'organismo medesimo da una possibile affezione morbosa; né – vi facciamo un mero cenno – le cc.dd. pratiche di potenziamento del corpo umano (impianti chirurgici per accrescere la funzionalità di alcuni organi, somministrazione di sostanze finalizzate ad aumentare alcune prestazioni fisiche [c.d. *doping*], manipolazioni genetiche sugli embrioni *et coetera*) che ambiscono a svilupparne innaturalmente alcune funzioni fisiologiche; né, in fine, gli interventi sul corpo (chirurgia estetica, interventi cc.dd. ricostruttivi *et coetera*), i quali abbiano per iscopo la mera realizzazione di un effetto *lato sensu* estetico o la mera attenuazione di alcuni «sintomi» o «effetti» pur causati da una patologia (terapia del dolore, applicazione di apparecchi finalizzati ad agevolare il senso dell'udito o della vista, elaborazione di protesi ortopediche *et coetera*).

Ovviamente – su questo dobbiamo essere molto chiari – la *summa divisio* tra quanto rientra nel concetto di intervento strettamente terapeutico e quanto ne sta al di fuori, non discernere immediatamente ciò che è buono e meritorio, poiché *in se* necessario, da ciò che è necessariamente superfluo, se non addirittura censurabile in quanto realizzato con mere finalità di comodo o in quanto nocivo, addirittura, per la persona; ma solo circoscrive – diremo – la terapia stessa entro il proprio alveo concettuale e ontologico. Che poi anche alcuni «interventi medici» di natura non propriamente terapeutica, così come gl'interventi *lato sensu* assistenziali, siano altrettanto funzionali al bene *in se* della persona e siano altrettanto necessari per la di lei salute, infatti, è questione del tutto evidente: basti considerare, per esempio, oltre alla già citata attività diagnostica, la prescrizione delle lenti correttive ai miopi, che consentono

loro di sopperire a una deficienza del *visus*; le cc.dd. campagne vaccinali, che preservano *in parte qua* i soggetti sottoposti da certune affezioni; le somministrazioni analgesiche, che attenuano il dolore provocato da una malattia del corpo; la c.d. assistenza protesica, che supplisce alle mutilazioni fisiche; la prescrizione di psicofarmaci *lato sensu* intesi, che permette un certo «controllo» degli effetti delle patologie psichiatriche; la stessa chirurgia estetica c.d. ricostruttiva, che ripristina la naturale condizione del corpo danneggiato da un evento traumatico o da un intervento chirurgico-terapeutico (si pensi al ripristino del setto nasale rotti a seguito di un incidente automobilistico, o alla mastoplastica successiva a un intervento di mastectomia) *et coetera*. Tutte queste provvidenze mediche, infatti, pur non essendo propriamente terapeutiche, poiché esse non curano alcuna patologia, sono comunque buone per la persona sottoposta in quanto esse medesime le giovano nell'ordine proprio del bene di lei: esse sono serventi e adiuvanti, cioè, rispetto alla sua salute, attenuano gl'effetti della malattia che l'affligge, consentono una sopportazione meno straziante di questa, evitano o rallentano il peggioramento delle di lei condizioni generali *et similia*.

Ciò che importa rilevare, dunque, con riguardo alla coorte degli «interventi medicalizzati» sopra l'organismo umano, ma non immediatamente terapeutici, è la loro tripartizione concettuale tra ^{a)} attività di assistenza alla persona, necessarie per la sua stessa vita; ^{b)} attività non indispensabili (anche se ipoteticamente doverose sul piano morale), ma comunque *in se* buone, nell'ordine proprio della natura umana e ^{c)} attività le quali, invece, rappresentano una sostanziale *iniuria* contro il soggetto, anche se esse siano da lui autorizzate e/o rivendicate come attuazione di un proprio diritto all'assoluta autodeterminazione del *velle in corpore suo*.

Per esempio tra le attività non *in se* terapeutiche, cioè non finalizzate alla cura dell'ammalato *stricto sensu* intesa, ma evidentemente indispensabili per il di lui mantenimento in vita rientrano la ventilazione, l'alimentazione e l'idratazione, le quali *supra* abbiamo già quali-

ficato come attività di assistenza: esse, infatti, non sono né attività terapeutiche, dacché nulla possono curare; né sono attività propriamente mediche, anche se ipoteticamente medicalizzate (cioè da realizzarsi attraverso una procedura tecnicamente qualificata), poiché non si sostanziano in «interventi sul corpo», quanto piuttosto in «provvidenze per il corpo».

Tra le attività non terapeutiche e nemmeno assistenziali, ma comunque necessarie per il bene oggettivo della persona, invece, rientrano, sempre a titolo d'esempio, le prescrizioni delle protesi funzionali a compensare oggettive deficienze dell'organismo, vi rientra la c.d. chirurgia ricostruttiva, la c.d. terapia del dolore *et coetera*. Si tratta, insomma, di pratiche propriamente mediche, poiché invasive rispetto all'organismo sottopostovi e non già assistenziali, ma orbe – diremo – di un fine *in se* terapeutico: esse, piuttosto, sono caratterizzate da un fine adiuvante rispetto all'ordine della salute.

Tra le attività non necessarie al bene della persona e anzi lesive dell'ordine oggettivo suo proprio e della di lei dignità, *viceversa*, rientrano tutte le forme di strumentalizzazione del corpo umano attuate, direttamente o indirettamente, per finalità *lato sensu* di comodo: per esempio vi rientra il c.d. accanimento terapeutico, che proprio in quanto accanimento non è *in se* terapeutico...; vi rientra ogni forma di mutilazione dell'organismo non indispensabile per la di lui conservazione⁶¹ (compresa l'asportazione degli organi per finalità di c.d. donazione⁶²); vi rien-

61 L'art. 5 c.c., per esempio, fa divieto di compiere «atti di disposizione del proprio corpo [...] che (nda) cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica» e quindi siffatta disposizione nega il diritto di autodeterminare qualsiasi volontà e di realizzare qualunque opzione, le quali abbiano a oggetto il corpo umano, anche se la volontà e l'opzione *de quibus* siano quelle, «libere» e consapevoli, del «titolare» di esso.

62 La L. 458/1967, all'art. 1 prevede che «in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del Codice civile, è ammesso disporre a titolo gratuito del rene al fine del trapianto tra persone viventi» e ciò, purché siano rispettate le seguenti condizioni: precedenza dei parenti sugli estranei (art. 1 co. II *et* III), maggiore età, capacità naturale del donante e verifica giudiziale dei requisiti (art. 2 co. II *et* III) gratuità e assenza di condizioni dell'atto dispositivo (art. 2 co. IV), giudizio tecnico favorevole al prelievo e al trapianto (art. 2 co. V), stato di necessità del donatario e

tra ogni pratica di c.d. potenziamento umano (chirurgica, farmacologica, genetica *et coetera*); vi rientra l'uso del corpo medesimo per fini di mera sperimentazione farmacologica⁶³ *et coetera*. In questo caso, infatti, pur riscontrandosi una medicalizzazione della procedura e una obiettiva invasività degli interventi, non può parlarsi né di assistenza né di terapia, altro e diverso essendone il fine e la natura.

Insomma – concludendo il discorso – vi sono due ordini di problemi da considerare e da non confondere: il primo riguarda il crinale discrezionale tra ^{a)} terapia o cura propriamente dette e ^{b)} attività non-terapeutiche; mentre il

suo consenso (art. 4), nullità di pattuizioni accessorie, in particolare di quelle concernenti compensi (art. 6). Lo stesso schema, peraltro, è ripreso anche dalla L. 483/1999, la quale, all'art. 1, co. I, prevede che «in deroga al divieto di cui all'articolo 5 del codice civile è ammesso disporre a titolo gratuito di parti di fegato al fine esclusivo del trapianto tra persone viventi», facendo rinvio, in quanto compatibili, alle norme *sub* L. 458/1967. Un tanto impone di rilevare questo: ^{a)} che il Legislatore non consente l'assoluta autodeterminazione del *velle* in ordine agli atti dispositivi del proprio corpo, impendendo, a titolo d'esempio, la compra-vendita degli organi medesimi e/o la disposizione, anche a titolo di donazione, di organi diversi da quelli per i quali la legge stesse ne prevede espressamente la possibilità e ^{b)} che, se l'Ordinamento pur consente, nei casi veduti e con le garanzie considerate, la donazione di un rene e di «parti di fegato», esso non consente, invece, la donazione di altri organi o di altre parti del corpo la cui asportazione o recherebbe un pregiudizio «troppo» grave alla vita del donante – come nel caso della donazione di una cornea, di un arto *et similia* – o ne cagionerebbe la morte.

63 Basti considerare il disposto dell'art. 1 co. V del D.P.R. 2011/2003 a mente del quale «è fatto divieto di offrire, elargire o richiedere incentivi o benefici finanziari per la partecipazione dei soggetti alla sperimentazione clinica, ad eccezione delle eventuali indennità per il volontario sano», sicché è da escludersi la possibilità di appaltare il proprio corpo ai fini di una o più sperimentazioni. Inoltre, la medesima disposizione, all'art. 3, co. I, lett. a), prescrive, quale pre-requisito necessario per l'intrapresa della sperimentazione, che «i rischi e gli inconvenienti prevedibili siano stati soppesati rispetto al vantaggio per il soggetto incluso [...] e per altri pazienti attuali e futuri» e nondimeno l'Ordinamento, con una diversa disposizione, coerentemente impone che «la tutela dei diritti, della sicurezza e del benessere dei soggetti della sperimentazione prevalga [congiuntivo nostro (nda)] sugli interessi della scienza e della società» (art. 3 co. I del D. Lgs 200/2007).

secondo riguarda la *summa divisio* tra ^{a)} interventi sul corpo umano o per il corpo umano necessari al fine di mantenerlo in vita; ^{b)} interventi finalizzati al bene oggettivo (dell'ordine) della sua salute e ^{γ)} interventi che gli recano nocimento (altrettanto oggettivo), anche se posti in essere attraverso una procedura tecnicamente qualificata.

Come è noto e come abbiamo brevemente veduto, infatti, si danno terapie non indispensabili per il mantenimento in vita della persona (per esempio la discectomia dell'ernia discale); si danno interventi assistenziali non terapeutici, ma necessari affinché la persona stessa non perisca (per esempio la c.d. alimentazione parenterale); si danno interventi medici non terapeutici, ma comunque finalizzati al bene del paziente (per esempio la c.d. leniterapia); si danno interventi *lato sensu* tecnico-medici (*recte*, tecnicamente medicalizzati), i quali invece sono di nocimento all'organismo umano (per esempio l'asportazione di un organo sano); si danno interventi realizzati per mere finalità di comodo (per esempio la mastoplastica additiva) *et coetera*. I piani del ragionamento, dunque, si intersecano tra loro e manifestano problematiche diverse e complesse, il cui peso *in rebus iuris* non è affatto di poco momento.

Noi, in questa sede, non possiamo soffermarci più oltre sul tema *de quo*. Il discorso appena cennato, infatti, ci occorre solamente per gettare uno sguardo sulla seconda delle questioni preliminari alla quale abbiamo fatto riferimento in principio, ovvero su quella concernente la natura (la causa, potremmo dire⁶⁴) del rapporto paziente-medico. Anche in questo caso, peraltro, ci limiteremo a una scarna schematizzazione, giacché una compita disamina

64 Il Diritto civile, come è noto, studia la "causa del negozio: *cur contractum est?*" (A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2005⁴², p. 133) e rileva che "un concetto di causa, come punto di riferimento della volontà e come base di una giustificazione sociale, si deve riscontrare in qualsiasi atto volontario che miri a un riconoscimento giuridico" (*ibidem*). La causa del negozio, infatti, va oggettivamente definita come "proprio scopo immanente, come la ragione e funzione economico-sociale di ciascun negozio [ed essa (nda)] non si deve confondere con lo scopo individuale [intimo-soggettivo (nda)], con l'impulso che induce il soggetto al negozio, cioè con il motivo" (*Ivi*, p. 134).

del tema *de quo* richiederebbe innanzitutto di considerare (anche con riferimento all'evoluzione che la Giurisprudenza ha avuta sul punto) la genesi e la funzionalità del rapporto contrattuale, sia nel caso della c.d. libera professione, sia nel caso della c.d. prestazione di ospedalità, sia, da ultimo, nel caso del c.d. lavoro di/in *équipe*; la qualcosa, evidentemente, risulta ultronea rispetto ai fini di questo breve contributo.

Ebbene in termini generalissimi potremmo ora rilevare che il rapporto paziente-medico manifesta una triplice possibilità di declinazione causale: esso, infatti, può essere concepito ^{a)} come rapporto terapeutico propriamente detto; ^{b)} come rapporto di mera consulenza; ^{γ)} come rapporto eminentemente tecnico o di *locatio operarum*. Rileviamo immediatamente, a scanso di equivoci, che dalla coorte di fattispecie testé vedute resta esclusa quella concernente il c.d. rapporto di assistenza e ciò inquantocché, come abbiamo *supra* rilevato, essa esula dal trattamento medico *stricto sensu* inteso, non essendo realizzata «sul corpo», ma «per il corpo», cioè non essendo una pratica di modificazione delle funzioni corporee, ma solo di mantenimento delle stesse.

Con il rapporto terapeutico propriamente detto, infatti, il medico al quale il paziente si affidi per essere curato, assume una generale obbligazione di cura: egli, cioè, assume l'obbligo di fare – in scienza e coscienza, ovvero sia nel libero esercizio dell'arte medica – tutto ciò che risulti obiettivamente necessario o utile ai fini del bene oggettivo della persona. In altri termini, il medico che assuma l'obbligazione propriamente terapeutica dovrà valutare quale sia il migliore approccio al caso concreto che egli è chiamato ad affrontare e dovrà procedere nel modo che egli reputi più opportuno con riferimento alle condizioni generali, anche psicologiche, del paziente concreto. Per esempio, il medico-terapeuta, ottenuto lo «incarico terapeutico»⁶⁵, cioè l'incarico di curare

65 Le «fonti» dell'incarico possono essere molteplici, tra le quali, per esempio, potrebbe farsi riferimento anche al c.d. contatto sociale che "surroga la consensualità tipica dell'accordo negoziale, giustificando la nascita di vincoli contrattuali in tutto equivalenti a quelli generati da un contratto di prestazione d'opera" (M. Sella, *La quantificazione dei danni da malpractice*

il paziente *sic et simpliciter*, dovrà innanzitutto valutare se e quali informazioni riferirgli⁶⁶;

medica, Milano, 2009², p. 109). Il «principio» *de quo* peraltro emerge anche dalla Giurisprudenza della Cassazione, la quale ha già chiaramente affermato che “l’obbligazione del medico dipendente dalla struttura sanitaria nei confronti del paziente, ancorché non fondata sul contratto, ma sul ‘contatto sociale’, ha natura contrattuale” (11 Gennaio 2008, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite Civili, Sentenza № 577).

66 *Contra* l’impianto giurisprudenziale più consolidato, secondo il quale “il risarcimento del danno da lesione del diritto di autodeterminazione che si sia verificato per le non imprevedibili conseguenze di un atto terapeutico, necessario e correttamente eseguito *secundum legem artis*, ma tuttavia effettuato senza la preventiva informazione del paziente circa i suoi possibili effetti pregiudizievoli e dunque senza un consenso consapevolmente prestato, potrà conseguire alla allegazione del pregiudizio” (23 Marzo 2018, Suprema Corte di Cassazione, Sez. III Civile, Sentenza 7248). La Cassazione, infatti, dopo avere detto che “il consenso informato [...] pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all’autodeterminazione e quello alla salute” (20 Agosto 2013, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza 19220), coerentemente afferma che “la finalità dell’informazione che il medico è tenuto a dare è [...] quella di assicurare il diritto all’autodeterminazione del paziente” (*Ibidem*) giacché “il diritto all’autodeterminazione [...] rappresenta, ad un tempo, una forma di rispetto per la libertà dell’individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi, che si sostanzia non solo nella facoltà di scegliere tra le diverse possibilità di trattamento medico, ma altresì di eventualmente rifiutare la terapia e di decidere consapevolmente di interromperla, atteso il principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé e ne sancisce il rispetto in qualsiasi momento della sua vita [...] in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive” (9 Febbraio 2010, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 2874). Conseguentemente e coerentemente, allora, la medesima Corte arriva ad affermare che “anche in caso di sola violazione del diritto all’autodeterminazione, pur senza correlativa lesione del diritto alla salute ricollegabile a quella violazione, per essere stato l’intervento terapeutico necessario e correttamente eseguito, può [...] sussistere uno spazio risarcitorio” (*Ibidem*). In senso conforme, *ex multis*, cfr 16 Maggio 2013, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza 11950; più recentemente, poi, è stato affermato che “la lesione del diritto ad esprimere il c.d. consenso informato da parte del medico si verifica per il sol fatto che egli tenga una condotta che lo porta al compimento sulla persona [*recte*, sul corpo (nda)] del paziente [...] di atti medici senza avere acquisito il suo consenso” (21 Giugno 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezione III, Civile, Sentenza № 12205) talché “il danno conseguenza [...] è [...] rappresentato

dovrà scegliere se e quale pratica terapeutica applicargli ed eventualmente in quali termini renderlo partecipe; dovrà valutare, nell’ipotesi di un intervento (anche chirurgico), quali siano le modalità procedurali più idonee e ciò, con il solo fine del bene oggettivo del paziente medesimo *et* indipendentemente dallo spettro informativo che egli ha potuto o ha (fondatamente) ritenuto opportuno di «condividere» con lui.

Nell’ambito, dunque, di un rapporto siffatto, l’intervento propriamente terapeutico, cioè quello finalizzato alla cura *in se* dell’ammalato, è sempre legittimo ed è sempre giustificato dal suo medesimo fine qualunque sia la pratica concretamente attuata; esso, infatti, con riguardo al medico è libero... nella libertà dell’arte che egli esercita: esso, cioè, è libero, non in quanto sia arbitrario, ma poiché è regolato ed è ordinato *ex se* dalle stesse *normae* dell’arte medica (*ergo* dalle regole che la natura stessa del corpo umano esprime *ex se*). È del tutto chiaro, allora, che nell’ambito di un siffatto rapporto, se il medico è – come abbiamo detto – libero di attuare gli interventi strettamente terapeutici che egli reputi necessari per il fine della cura del suo paziente e se egli è libero di farlo secondo le sue prudenti valutazioni, in applicazione dei principii proprii della medicina, egli stesso, però, non può ritenersi altrettanto libero per quanto riguarda gli interventi non propriamente terapeutici anche se finalizzati al bene della persona. Per questi ultimi, infatti, occorre qualificare un differente rapporto, nell’ambito del quale vengono a rilevare ulteriori e distinte specificità causali: altro, infatti, è il rapporto terapeutico del quale stiamo trattando e altro – si badi bene – è il rapporto che abbia per oggetto una consulenza e un’attività tecnica finalizzate a «contenere» gli effetti di una patologia non curabile. Ciò significa – è

dall’effetto pregiudizievole che la mancata acquisizione del consenso [...] ha potuto determinare sulla sfera della persona del paziente” (*Ibidem*). Ne consegue – attenzione – che il medico il quale abbia agito *lege artis* e abbia effettivamente curato il paziente, giovando alla salute di questo e ripristinando nel suo organismo l’ordine proprio della fisiologia, debba comunque risarcirlo del... danno da mancata acquisizione del consenso, avendogli provocate “sofferenza e [...] contrazione della libertà di disporre di sé stesso psichicamente e fisicamente” (*Ibidem*).

chiaro – che sotto il profilo pratico-operativo della questione, le declinazioni della complessa relazione paziente-medico presentino elementi di compartecipazione dinamica, anche se le specificità attinenti a ciascun rapporto rimangono sempre causalmente definite nel loro *proprium*. La complessità stessa della relazione *de qua*, infatti, è punto data in virtù di tali elementi ed essa si costruisce, realisticamente, sulla base delle effettive circostanze del caso concreto. Sicché, all'interno di un'ampia relazione paziente-medico possono darsi una pluralità di rapporti anche differenti tra loro, a seconda delle varie specificità che la relazione stessa assume *in casibus*; per esempio, un rapporto di *locatio operarum* avente a oggetto la realizzazione di un intervento di c.d. chirurgia estetica per finalità di mero comodo, potrebbe essere occasione per un diverso e circoscritto rapporto terapeutico e ciò, nell'ipotesi in cui una complicazione dell'intervento medesimo richiedesse certune cure indifferibili da parte del medico. In questo caso, infatti, la terapia non verrebbe somministrata o praticata eccedendo i limiti del rapporto meramente tecnico, ma verrebbe somministrata o praticata nell'ambito di un diverso rapporto, eventualmente costituitosi *per facta concludentia*, la cui causa è punto quella terapeutica. E lo stesso discorso, poi, *mutatis mutandis*, può essere fatto anche nell'ambito di differenti circostanze.

Un tanto precisato, allora, con riguardo al c.d. rapporto *in se* terapeutico, tosto rileva che l'eventuale opzione del paziente contraria a quella del medico, come anche un'eventuale diniego che egli manifesti rispetto a una pratica ordinata dal terapeuta stesso, non rappresentano un «momento fisiologico» del rapporto *de quo*, ma ne fanno venire meno gli stessi presupposti: il sovrapporsi della volontà del paziente ai principii dell'*ars medica* che il terapeuta applichi, infatti, pregiudica la stessa causa terapeutica del rapporto in parola e dunque l'essere in sé del rapporto stesso. Ciò non significa, evidentemente, che il medico-terapeuta non debba o non possa coinvolgere il paziente stesso nella c.d. pianificazione delle terapie, o che il paziente sia privato di ogni capacità/potere decisionale, ma solo significa che la natura medesima del

rapporto *de quo* pone il medico, per il solo bene del paziente – lo ribadiamo –, in una posizione di *potestas*, ovvero sia lo pone nella posizione propria dell'autorità di colui il quale eserciti l'arte medica, onde è prerogativa del medico stesso valutare se e quali opzioni terapeutiche rimettere alla decisione (informata) del paziente e quali, invece, prendere in autonomia.

È del tutto evidente, allora, che nel caso *de quo*, così come i poteri dell'arte medica sono esercitati per il bene di chi ne è soggetto, allo stesso modo e conseguentemente colui il quale li eserciti – nel nostro caso, il medico – ha su di sé la piena e totale responsabilità del proprio operato. Il medico, cioè, essendo *dominus curationis*, porta la responsabilità della cura, quindi egli porta la responsabilità dell'intervento terapeutico considerato nel suo complesso. Di conseguenza il medico-terapeuta risponde anche dell'approccio informativo-comunicativo che egli ha optato di porre in essere nel caso considerato: egli, cioè, risponde dell'adeguatezza di tale approccio, avendo la responsabilità di valutare quali informazioni dare al paziente, in quali tempi e con quali modalità e avendo la correlata responsabilità di decidere per quali interventi chiedere un esplicito consenso e per quali, invece, operare in regime di autonomia decisionale. Se però il paziente – come abbiamo veduto – ricusasse di ubbidire al proprio medico, o esplicitamente pretendesse di esercitare un pieno dominio sugli interventi che riguardino il di lui corpo, ciò, determinando il venire meno dello stesso rapporto terapeutico, farebbe anche decadere il medico dalla propria responsabilità, avendo egli perduta – diremo – la *potestas terapeutica*⁶⁷. Che poi – come abbiamo veduto – a una siffatta opzione del «paziente» possa anche fare seguito un diverso rapporto con lo stesso medico, il quale rapporto abbia un differente compendio causale, questo è pur possibile proprio nell'ambito della già citata complessità della relazione in parola; ciò però non fa veni-

67 In termini penalistici, allora, potrebbe farsi riferimento, *mutatis mutandis*, alla c.d. posizione di garanzia *sub art. 40 co. II c.p.* e potrebbe dirsi che il medico-terapeuta la rivesta fintanto che il paziente *compos sui et suorum* non lo faccia decadere.

re meno le specificità dei differenti rapporti e delle loro *causae* oggettive.

In termini generali potremmo conclusivamente rilevare che quella strettamente terapeutica rappresenti la causa ordinaria e normale che qualifica i rapporti paziente-medico, soprattutto quelli che non abbiano una precedente pianificazione, ovvero che s'instaurino in condizioni di urgenza *lato sensu* intesa. Non a caso, infatti, la c.d. responsabilità medica è, in via ordinaria, una responsabilità di diligenza e non già di risultato.

Viceversa, quando il rapporto paziente-medico abbia una sua specifica qualificazione causale, diversa rispetto a quella propriamente terapeutica, in questo caso possono darsi – come cennato – due fattispecie: o quella del rapporto di consulenza, o quella del rapporto meramente tecnico, ovverosia di *locatio operarum*. E l'una e l'altra – lo rileviamo immediatamente – si caratterizzano per una sostanziale assenza, o per una fortissima attenuazione, della c.d. *potestas* terapeutica in capo al medico: in entrambe, infatti, ciò che rileva *ictu oculi* è rappresentato dalla preminente posizione dello «interessato», *dominus ab-solutus* della pratica che egli richiede (chiamarlo paziente sarebbe un errore), a fronte di un ruolo eminentemente tecnico-operativo-esecutivo del sanitario.

Nell'ambito della prima fattispecie, infatti, ciò che rileva è la richiesta di un parere qualificato. Il «professionista», invero, viene incaricato dalla persona in questione, non di prendersi cura di lei, quanto piuttosto di fornirle una diagnosi, vale a dire di renderla compiutamente edotta in merito al proprio stato di salute, ovverosia in merito alla condizione nella quale si trovino uno o alcuni dei suoi organi. Il medico-consulente, allora, innanzitutto è tenuto a limitare la propria sfera di intervento diagnostico all'ambito indicatogli dal cliente e in secondo luogo egli è tenuto a relazionare al cliente stesso, in modo completo e dettagliato, ogni aspetto e ogni esito della valutazione fattane. Qualunque reticenza, dunque, qualsiasi filtro delle informazioni, sarebbe da considerarsi illegittimo, un inadempimento dell'obbligazione; così come ogni eccesso rispetto alle richieste ricevute od ogni indagine

ulteriore rispetto a quelle concordate, sarebbe *ex se* abusivo e incoerente con la stessa natura del rapporto *de quo*. Il medico, per esempio, il quale essendo espressamente richiesto di fornire solo una diagnosi circa lo stato di salute di una porzione dell'intestino, nell'ambito di un concordato esame endoscopico, avendo rilevata la presenza di un c.d. polipo, proceda alla sua asportazione senza essere a ciò espressamente autorizzato dal cliente (in ipotesi sottoposto a parziale sedazione), violerebbe i termini del rapporto medesimo, rendendosi *in parte qua* inadempiente (... per eccesso). Che poi sia del tutto discutibile la qualificazione dell'eccesso d'intervento come danno, essendo, invece, essa, da qualificarsi come vantaggio *a pro* della salute dell'interessato, è una diversa e più complessa questione, la quale in questa sede non può essere più oltre trattata, ma la quale, però, presuppone sia il discorso *supra* proposto in ordine alla natura del bene della salute e alla sua oggettività, sia la qualificazione in termini altrettanto oggettivi del concetto di terapia.

Per quanto concerne, invece, il c.d. rapporto meramente tecnico o di *locatio operarum*, giova distinguere due sotto-fattispecie: quella dell'intervento tecnico, comunque in sé terapeutico, da quella dell'intervento tecnico per mere finalità di comodo.

È ben vero, infatti, che al di fuori di un rapporto terapeutico propriamente detto l'assistito possa pur richiedere al professionista sanitario di sottoporlo a una determinata pratica medica la quale abbia comunque l'effetto della cura. In questo caso, però – ecco il punto – non è il medico a essere *dominus curatio-nis*, a gestire, cioè, il complesso sistema della terapia del paziente, ma è il paziente stesso che, mantenendo una piena signoria su di sé, richiede al medico-operatore una determinata pratica, slegata dal più complesso «affidamento alle cure». Quivi, allora, il fine terapeutico è un fine volontariamente eletto per sé dall'assistito, ma non essenzialmente proprio del rapporto che lo «lega» al professionista; anzi, potremmo dire che dal punto di vista del rapporto medesimo, il fine perseguito dal cliente risulti irrilevante per il medico, non abbia valore causale, restando, esso, nell'ambito dei

cc.dd. motivi. Al medico, infatti, non viene chiesto di curare in scienza e coscienza e dunque facendo riferimento alle regole oggettive della di lui *ars*, non viene chiesto di realizzare un intervento con fini di cura, ma viene chiesto invece di realizzare un dato risultato tecnico-operativo *sic et simpliciter*, sulla base delle di lui abilità pratiche; che l'effetto, poi, sia curativo risulta indifferente *quoad causam*. Altro, invece, è chiedere al medico di curare un paziente, per esempio affetto da gangrena a un arto, per il quale il medico stesso ne disponga autonomamente l'amputazione e altro è chiedere al medico, sempre per esempio, di amputare un arto in istato gangrenoso: nel primo caso ciò che rileva sotto il profilo causale è il fine della cura, onde il medico decide quali provvidenze adottare e risponde della stessa pratica da lui suggerita e poi realizzata; nel secondo caso, invece, ciò che rileva è l'esito tecnico dell'amputazione, onde il medico non risponde – almeno *in thesis* – della natura terapeutica o meno della stessa e nemmeno della sua opportunità dato il caso concreto, ma solo egli risponde del risultato ottenuto.

Lo stesso vale, poi, *mutatis mutandis*, per la fattispecie della *locatio operarum* finalizzata a un intervento di mero comodo: anche in questa circostanza, infatti, ciò che il cliente chiede al professionista è un dato risultato il quale egli stesso ha elaborato per sé e il quale egli stesso ha eletto a causa del rapporto medesimo. Nel caso della *locatio operarum* per fini di mero comodo, infatti, non muta, rispetto a quella con effetto terapeutico, la causa del rapporto medesimo, ma solo muta – diremo – il motivo esterno di questa, considerato dal punto di vista del committente. Nell'ipotesi, per esempio, di una c.d. mastoplastica additiva, ciò che il medico è chiamato a fare si riduce alla realizzazione di dato risultato estetico, indipendentemente da qualsiasi sua valutazione circa l'opportunità o meno dell'intervento *de quo*⁶⁸.

68 Ebbene, la sotto-distinzione testé fatta tra intervento tecnico con effetto terapeutico, e intervento tecnico per mere finalità di comodo – si badi – anche se essa non rileva ai fini della qualificazione causale del rapporto paziente-medico, essa non è comunque di poco momento, anche perché grandemente rileva in ordine

Il medico, dunque, in questi casi, non opera in qualità di terapeuta, non opera, cioè, secondo i principii dell'arte medica, ma opera in qualità – potremmo dire – di tecnico, dunque egli opera mettendo sì in pratica le conoscenze della tecnica chirurgica e/o della tecnica clinica, ma senza applicare i principii e senza ubbidire ai fini della Medicina in quanto tale (e in quanto tale *ars*). Che poi dal punto di vista della professione medica non possa darsi per scontata la legittimità deontologica di una pratica la quale riduca il medico al rango di un mero strumento acritico nelle mani dell'assistito, è una diversa questione, pure rilevante, ma ultronea rispetto al discorso che quivi stiamo portando innanzi⁶⁹.

al giudizio di legittimità dell'intervento praticato *in corpore*: infatti, l'intervento sul corpo dell'assistito non perde la sua natura di intervento finalizzato al bene oggettivo di lui, solo perché esso rientra in un rapporto casualmente diverso da quello terapeutico *stricto sensu* inteso; talché giova distinguersi la natura del rapporto paziente-medico dalla natura dell'intervento praticato, anche considerando la già citata complessità della relazione in parola e la «dinamicità» di questa.

69 L'art. 4 del Codice deontologia medica, per esempio, prevede che "l'esercizio professionale del medico è fondato sui principi di libertà, indipendenza, autonomia e responsabilità [e che (nda)] il medico ispira la propria attività professionale ai principi e alle regole della deontologia professionale, senza sottostare a interessi, imposizioni o condizionamenti di qualsiasi natura", compresi – possiamo rilevare – quelli che eventualmente provenissero dal «paziente». Il successivo art. 73, in materia di c.d. *doping* sportivo e il successivo art. 76 in tema di c.d. medicina potenziativa, peraltro, paino riprendere il principio di autonomia della professione testé enunciato in termini generali, punto prevedendo, rispettivamente che "il medico non consiglia, favorisce, prescrive o somministra trattamenti farmacologici o di altra natura non giustificati da esigenze terapeutiche, che siano finalizzati ad alterare le prestazioni proprie dell'attività sportiva o a modificare i risultati dei relativi controlli" (art. 74) e che "il medico, sia in attività di ricerca, sia quando gli siano richieste prestazioni non terapeutiche ma finalizzate al potenziamento delle fisiologiche capacità fisiche e cognitive dell'individuo, opera nel rispetto e a salvaguardia della dignità dello stesso in ogni suo riflesso individuale e sociale, dell'identità e dell'integrità della persona e delle sue peculiarità genetiche nonché dei principi di proporzionalità e di precauzione" (art. 76).

4. RIFIUTO DELLE CURE ED EUTANASIA. ALCUNE BREVI PRECISAZIONI.

Due preliminari precisazioni occorrono, a nostro avviso, per porre alcune indispensabili premesse alla conclusione, pur schematica, sul tema concernente le cc.dd. disposizioni di trattamento. Una prima interessa la natura e la portata del c.d. rifiuto delle cure; una seconda, in parte connessa, riguarda le declinazioni possibili della c.d. fattispecie eutanasi.

Ebbene, di rifiuto delle cure – richiamiamo quanto già osservato precedentemente – può parlarsi solo in presenza del binomio patologia-terapia: non si dà, infatti, neppure la teorica possibilità operativa di rifiutare le cure, qualora l'oggetto del possibile rifiuto non possa essere, per sua stessa natura, quello proprio di un trattamento terapeutico, sia esso farmacologico o chirurgico. Per esempio, l'ipotetico rifiuto della pratica assistenziale funzionale all'alimentazione e all'idratazione non rientra nello spettro concettuale del rifiuto delle cure, poiché l'alimentazione e l'idratazione stesse – come abbiamo già veduto – non hanno natura terapeutica. Allo stesso modo, nemmeno l'ipotetico rifiuto di un ausilio funzionale a sopperire alla deficienza di un organo (come le lenti, per esempio, nel caso di carenza del *visus*; la protesi nel caso di amputazione di un arto *et coetera*) può essere considerato quale rifiuto terapeutico, inquantoché esso non si sostanzia in un rifiuto di una terapia propriamente detta, ma piuttosto si sostanzia in un rifiuto avente a oggetto una provvidenza tecnica finalizzata ad attenuare gli effetti di una data patologia.

Per potere parlare, allora, di rifiuto terapeutico, o di rifiuto delle cure in senso proprio, giova porre come necessaria premessa il binomio patologia-terapia e giova intenderlo secondo quanto abbiamo *supra* osservato in merito all'oggettività della patologia e alla natura della terapia in quanto tale.

Un tanto però non basta, dacché lo spettro concettuale della terapia è ancora troppo vasto – se così possiamo dire – per qualificare ogni rifiuto od omissione terapeutica come rifiuto od omissione delle cure *sic et simpliciter*: se è vero, infatti, che il rifiuto (o l'omis-

sione) terapeutico abbia sempre, necessariamente a oggetto una cura, cioè una terapia, è altrettanto vero che vi sono ipotesi nelle quali il rifiuto o l'omissione della terapia medesima producono immediatamente e direttamente conseguenze ultronee rispetto alla mera «assenza di cura», ovverosia rispetto al mero mantenimento in essere della patologia e del decorso fisio-patologico che essa comporta *ex se* per l'ammalato. Il rifiuto (o l'omissione) terapeutico propriamente detto, infatti, non può essere confuso con la pratica eutanasi, vale a dire che esso non può essere confuso con la pratica della c.d. eutanasi diretta omissiva, punto realizzabile anche⁷⁰ attraverso un'omissione di cure attualmente e contingentemente necessarie al fine di preservare la vita della persona in questione. Ne è diverso, evidentemente, sia il fine, sia l'effetto immediato! Altro, infatti, è omettere una cura, dalla quale omissione derivi il «mero» mantenimento della patologia e il suo «ordinario» decorso e altro, tutt'altro, è omettere una cura, dall'omissione della quale derivi in modo immediato e diretto la morte della persona interessata. Per esempio, altro è omettere di curare un'infezione, la quale poi comporti anche un aggravamento delle condizioni generali dell'ammalato, ma non direttamente la morte di lui e altro è omettere di intervenire con le opportune terapie nel caso, sempre per esempio, di un arresto cardiaco

70 *Contra*: Stefano Rodotà, secondo il quale il suicidio rappresenta “una situazione [...] giuridica completamente diversa dalla condizione estrema di chi richiede una morte dignitosa” (S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, p. 255) da ottenersi mediante l'esercizio del «diritto» al rifiuto delle cure. Dello stesso avviso, peraltro, parrebbe essere anche Ferrando Mantovani il quale punto osserva che “trattandosi di un rifiuto della cura da parte del malato va abbandonata la impropria ed equivoca espressione di eutanasi passiva consensuale” (F. Mantovani, *Eutanasi*, in *Digesto delle Discipline penalistiche*, Torino, 1990⁴, IV, p. 423); nonché Silvia Tordini Cagli, dalla cui riflessione emerge che “non più di eutanasi passiva, ma di rispetto del diritto a rifiutare le cure è opportuno parlare, quando la morte sia conseguenza di una omissione o interruzione di terapia su richiesta del paziente” (S. Tordini Cagli, *Le forme dell'eutanasi*, in S. Canestrari – G. Ferrando – C. M. Mazzoni – S. Rodotà – P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, Milano, 2011, II, p. 1826).

non-impedendo, così, la morte della persona medesima⁷¹.

Invero, nel novero delle cure *stricto sensu* intese occorre tosto discernere la «cura terapeutica», da quella che potremmo chiamare «cura di soccorso» o intervento terapeutico salva-vita. Entrambe – si badi – rientrano nello spettro concettuale della cura *in se*, poiché entrambe le declinazioni dell'atto terapeutico sono oggettivamente funzionali a eliminare una patologia e perseguono, altrettanto oggettivamente, lo scopo di ripristinare, nell'organismo trattato l'ordine proprio della fisiologia ma non può nel contempo non rilevarsi come curare un morbo per ristabilire la salute dell'organismo, nell'ipotesi in cui esso organismo, pur ammalato, non versi in istato di imminente pericolo per la propria sopravvivenza, dia luogo a una fattispecie teleologicamente diversa rispetto all'intervento che appresti invece le cure necessarie al fine di evitare che una data situazione patologica (anche, in ipotesi, di origine traumatica) cagioni in via immediata e diretta il decesso della persona. La natura della patologia, quindi, così come la natura dell'intervento terapeutico, richiedono una *summa divisio* la quale tenga ben separate le due *figurae*: è chiaro che la terapia salva-vita sia innanzitutto terapia e che essa dia luogo a un intervento di cura propriamente detto, ma è altrettanto chiaro che essa abbia una direzione teleologica preminente e ulteriore rispetto alla «mera cura», la quale è punto definita dalla preservazione di un bene superiore e diverso punto rappresentato dalla stessa esistenza-in-vita dell'interessato.

Il bene della vita, infatti, rappresenta un valore diverso e superiore rispetto al bene della salute: esso è diverso poiché la vita – *ça va sans dire* – non è la salute ed esso è superiore poiché quest'ultima è in funzione della prima, giacché non è la vita medesima a servire alla

71 Ovviamente – lo rileviamo con le parole di Salvatore Amato – rappresenta “un grave errore [...] equiparare semplicemente e banalmente la volontà di morire con il rifiuto di quelle tecniche di differimento della morte che riservano un modello di esistenza innaturale e artificiale” (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 47), le quali, infatti, non hanno natura terapeutica in sé, quanto piuttosto di c.d. accanimento (anti-)terapeutico.

buona salute, non è il bene della vita, dunque, che vale in funzione del *quantum* di salute dell'organismo; ma è piuttosto la buona salute che serve a rendere buona la «condizione fisica» della vita⁷², è la salute, cioè, che consente

72 *Contra*, le note teoriche *lato sensu* utilitaristiche che fanno della c.d. qualità della vita il criterio per giudicare del valore della vita stessa. Per il c.d. utilitarismo (degli interessi/preferenze [cfr P. Singer, *Etica pratica*, Napoli, 1989; P. Singer, *Ripensare la vita. la vecchia morale non serve più*, Milano, 2000]) – a titolo di esempio – “ciò che conta [...], sul piano dell'agire, non è tanto l'attitudine a ragionare [...] quanto la capacità di provare piacere e dolore, o meglio, la capacità di preferire il piacere al dolore, ove tale preferenza o interesse include [...] i desideri del soggetto nel presente e nel futuro” (L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002, p. 22 e s.) e dunque «persona» sarebbe – sulla base di questa premessa (indimostrata e indimostrabile) – solo l'ente capace in questo senso, abile in questo senso e non gli altri (e.g. i pazienti in c.d. stato vegetativo, o comunque in istato di coma). È ovvio che tale prospettiva utilitaristica sia portata a considerare anche il problema dell'eguaglianza sotto il profilo della mera «sensitività» e ciò, ovviamente, intendendo l'eguaglianza medesima in termini convenzionali e non ontologici, come “eguale considerazione di interessi” (L. Palazzani, *Introduzione alla biogiuridica*, cit., pag. 258); sicché non sorprende che “la biogiuridica utilitaristica [...] è quella che si batte per la difesa della causa animale [...]: se il movente (l'unico) dell'atto morale [infatti (nda)], consiste nel ricercare e massimizzare il piacere [...] allora sono soggetti morale tutti gli individui senzienti [...]. Su tali basi si giustifica, sul piano ontologico, la negazione del salto qualitativo tra umani e animali non umani [...] e sul piano etico e giuridico, l'estensione del principio di eguaglianza agli animali” (*Ibidem*). Al riguardo – si badi – non può neppure essere accolta la tesi di Luigi Stefanini, secondo la quale è persona quello “ente che si esprime a sé stesso nell'atto in cui intende, vuole e ama” (L. Stefanini, *Persona*, in *Enciclopedia filosofica*, Firenze, 1967, IV, c. 1504), inquantoché siffatto aspetto non definisce la natura dell'*ens*-persona, quanto piuttosto si limita a descriverne una possibile (fisiologica) abilità: intendere, volere e amare, infatti, se da un lato sono certamente proprii della persona, dall'altro non rappresentano il *quid* che ne caratterizza ed esprime l'essenza. Sotto un primo profilo, invero, ci sono persone che sono incapaci di intendere, di volere e di amare: i bambini, per esempio, i mentecatti, i pazienti in istato di coma *et similia*; sotto un secondo, più pregnante profilo, poi, l'intendere, il volere e l'amare non sono – se così possiamo dire – idonei a giustificare sé stessi sul piano concettuale, imperocché essi presuppongono (*ex se*) la capacità razionale che del soggetto che intenda, voglia, ami e quest'ultima,

un modo normale (fisiologico) di essere della vita, pur non esaurendosi la vita stessa nell'assenza di malattia e pur potendo darsi – come l'esperienza mostra palesemente – un vita caratterizzata da una condizione patologica, acuta o cronica che sia⁷³. Ed è evidente che intanto può parlarsi di salute e di malattia, in quanto si abbia il presupposto dell'esistenza-in-vita, ma non *viceversa*.

Ciò che distingue, allora, conclusivamente, il rifiuto o l'omissione terapeutica dalla pratica dell'eutanasia c.d. diretta-omissiva, risiede non nella natura o nella causa remota dell'interven-

a sua volta, presuppone quella che abbiamo definito (attitudine o) natura razionale. Ond'è questa e non altro a rappresentare il *proprium personae*.

73 Invero – è noto – l'intervento salva-vita può anche non compendiarsi in un intervento terapeutico, come fattualmente accade nell'ipotesi in cui una persona perfettamente sana versi, per accidente, in istato di pericolo di vita, per esempio nel caso di colui il quale stia annegando, o di colui il quale sia altrimenti minacciato dal fuoco, dalle armi, da un imminente crollo determinato movimenti sismici *et coetera*. In tutti questi casi, infatti, nei quali vi è un attuale pericolo per la vita, pur potendoci anche essere un pericolo per la salute, sicuramente non v'è, *coeteris paribus*, una condizione patologica che abbia rilievo, infatti l'intervento di salvamento è opportunamente affidato, in ipotesi, ai Pompieri, ai Militari o ad altri Corpi variamente specializzati (speleologi, alpinisti, palombari, Agenti di Polizia *et coetera*) ed esso non ha affatto una qualificazione medica. Facciamo un solo cenno a questo problema: che con riguardo all'intervento di salvamento dell'aspirante suicida, posto il diritto della persona all'esercizio dell'autodeterminazione assoluta sulla propria vita, esso dovrebbe essere considerato alla stregua di un delitto di violenza privata *sub art. 610 c.p.* e non invece un atto legittimo (eroico) di colui il quale, magari mettendo a repentaglio la propria incolumità, impedisca alla «vittima» il raggiungimento del proprio fine. È significativo, anche se problematico, infatti, che le Sezioni Unite abbiano affermato, sia pure in un *obiter dictum*, che “non sarebbe configurabile un diritto al suicidio, tutelabile contro chi cerchi di impedirlo: ché anzi, non è responsabile il soccorritore che produca lesioni cagionate ad una persona nel salvarla dal pericolo di morte (stimato, per definizione, male maggiore). Si aggiunga, per completezza argomentativa, che seppur non è punibile il tentato suicidio, costituisce, per contro, reato l'istigazione o l'aiuto al suicidio (art. 580 C.P.): a riprova ulteriore che la vita – e non la sua negazione – è sempre stata il bene supremo protetto dall'ordinamento” (22 Dicembre 2015, Suprema Corte di Cassazione, Sezioni Unite, Sentenza № 25767).

to terapeutico rifiutato od omesso – vero è che quanto si rifiuta o si omette è sempre rappresentato da un provvedimento con finalità di cura – quanto piuttosto esso risiede nella sua causa prossima, ovverosia nell'effetto immediato e diretto che l'oggetto del rifiuto o dell'omissione *de quibus* provoca alla persona interessata. *L'ubi consistam* della distinzione, conseguentemente, riguarda il nesso eziologico tra omissione ed evento, sicché, dando penalisticamente per presupposta la posizione di garanzia in virtù della quale “non impedire un evento che si ha l'obbligo giuridico di impedire equivale a cagionarlo” (art. 40 co. II c.p.), deve ritenersi che l'omissione di una terapia c.d. salva-vita, cui effettivamente consegua in modo immediato e diretto l'evento della morte dell'interessato, dia luogo *ex se* non a un semplice *vacuum* terapeutico, quanto piuttosto a una *figura* di omicidio, la quale può finalmente assumere anche la fisionomia del c.d. omicidio del consenziente (*sub art. 579 c.p.*), nell'ipotesi in cui l'omissione *de qua* sia stata richiesta, al medico o ad altri in posizione di garanzia, dalla «vittima» medesima⁷⁴.

Questo significa, allora, che in merito a una siffatta circostanza di rifiuto o di omissione terapeutica eziologicamente idonea a provocare la morte della persona, non residui alcun margine di legittimità sostanziale, e nemmeno di legalità positiva, con riguardo alla valutazione dell'omissione medesima, rappresentando, essa omissione, infatti, come detto, la causa prossima, immediata e diretta, dell'evento omicidiario. Diversamente, invece,

74 La più autorevole manualistica (d'impostazione positivistica) rileva che “si è [...] ritenuto che [...] in alcuni casi (e quello dell'omicidio è in proposito emblematico), il non impedire, benché non esplicitamente menzionato dalla norma incriminatrice, sostanzialmente eguali, quanto a disvalore, la corrispondente ipotesi di commissione del reato mediante azione positiva. Ed è in questo senso che si spiega la stessa origine storica della etichetta «reato omissivo improprio» o dell'altra – equivalente – «reato commissivo mediante omissione» [...] invero (nda) i reati omissivi impropri violano [indicativo nostro (nda)] pur sempre il divieto di cagionare l'evento che dà vita alla fattispecie commissiva: l'unica particolarità consiste [indicativo nostro (nda)] nel fatto che questa volta il divieto si specifica nel divieto di cagionare, con la propria omissione, l'evento tipico” (G. Fiandaca – E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007⁵, p. 582).

un margine di valutazione residua con riferimento al rifiuto o all'omissione di quelle che abbiamo prima chiamate «cure terapeutiche» (non salva-vita), giacché in questo caso occorre valutare la sussistenza di un eventuale diritto della persona al rifiuto delle terapie medesime e correlativamente lo spettro dell'altrui dovere di astenersi dal praticarle.

Ebbene, limitandoci a un cenno sulla liceità del rifiuto in parola, dobbiamo ora rilevare due dati: un primo dato concerne l'ambito concettuale del diritto alla salute; il secondo, invece, riguarda lo scarto pratico-operativo tra ciò che è giuridicamente-razionalmente dovuto e ciò che è legalmente-politicamente coercibile. In merito al diritto alla salute, allora, possiamo tostamente osservare come esso rappresenti un diritto in sé della persona, non in quanto esso stesso manifesti una declinazione *ab externo* della libertà negativa, quanto piuttosto poiché esso alligna nel dovere che la persona medesima ha di mantenersi nell'ordine oggettivamente proprio della di lei condizione normale e fisiologica⁷⁵. La persona, cioè, avendo l'atto di essere (uomo-soggetto) e dovendo riconoscere la propria natura umana e la natura del proprio corpo, con l'ordine che esso medesimo espri-

75 Il diritto alla salute, infatti, è *in se* un diritto della persona; esso è quello che Danilo Castellano chiamerebbe diritto dell'uomo, distinguendolo dai cc.dd. diritti umani. Castellano opportunamente rileva infatti, che “i veri diritti dell'uomo sono, innanzitutto, esercizio dei suoi doveri [...] e (nda) sono strettamente legati alla sua natura, alla natura delle sue azioni, alla natura delle sue scelte. Hanno, pertanto, un riferimento ‘oggettivo’ [...] non un fondamento ‘soggettivo’, anche se quest’ultimo fosse la volontà dello Stato” (D. Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, Torino, 2004, p. 18). I cc.dd. diritti umani, *viceversa*, “non sono riconosciuti perché fondamentali, ma sono definiti [convenzionalmente (nda)] fondamentali perché riconosciuti. La loro esistenza [adunque (nda)] dipenderebbe da una generale «scelta condivisa»” (D. Castellano, *Ordine etico e diritto*, Napoli, 2011, p. 24). Infatti, “il nihilismo [...] sta alla base dell'assunzione della libertà negativa [...] la quale, a sua volta, sta alla base dei ‘diritti umani’ [...] che (nda) non sono [plurale nostro (nda)] mai logicamente e ontologicamente legati [plurale nostro (nda)] all'esercizio del dovere” (D. Castellano, *Razionalismo e diritti umani*, cit., p. 20) rappresentando, essi, null'altro che l'affermazione di un potere “esercitato di fatto (nello stato di natura) o nel rispetto di norme, talvolta solo procedurali (nella società), ma sempre in assenza di fondazione razionale” (*Ibidem*).

me *ex se* in funzione del di lei bene oggettivo e del di lei mantenimento in vita (quale mantenimento nella condizione dell'essere), ha il dovere morale-razionale di rispettare sé stessa e il proprio organismo, giusta l'equilibrio psicofisico che a questo pertiene *ut natura*. La persona, cioè, dovendosi riconoscere razionalmente per quello che essa è *in se* e dovendo parimenti avere intelligenza della natura del proprio corpo, ha il dovere di mantenere un condotta, anche sopra sé stessa, la quale sia sempre e oggettivamente confacente all'essenza di lei sul piano ontologico. Per esempio, essendo la persona un soggetto-in-sé e non potendo ella disporre della propria soggettività (di diritto o capacità giuridica)⁷⁶, ella medesima deve riconoscersi come tale e ha il conseguente dovere di non dar-si (nemmeno liberamente⁷⁷) in ischiavitù⁷⁸. Oppure – altro esempio – dovendosi la persona riconoscere nella propria natura razionale e dovendo ella prendere atto della propria indisponibile e irrefutabile capacità di ragione, ella stessa ha il dovere di mantenersi sempre e comunque *compos sui* e dunque ella ha il dovere di non perdere mai la padronanza di sé per fini di comodo o, comunque «ri-

76 Correttamente Castellano osserva, per esempio, che “la soggettività (ontica) [...] è indistruttibile poiché la sua sostanza spirituale [...] non dipende dagli elementi accidentali che concorrono alla sua «concretizzazione» e alla sua manifestazione” (D. Castellano, *Introduzione*, in D. Castellano (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, p. 17). *In posito iure*, peraltro, può rilevarsi la natura indisponibile della capacità giuridica, riconosciuta alla persona umana *ex art. 1 c.c.*

77 *Contra* le teorie di Locke, secondo il quale “lo stato in cui tutti gli uomini si trovano naturalmente [...] è uno stato (nda) di perfetta libertà di regolare le proprie azioni e di disporre dei propri beni e senza chiedere permesso o dipendere dalla volontà di un altro” (J. Locke, *Secondo trattato sul governo*, Milano, 2013⁷, p. 65), onde il proprietario lockiano, di ciò che costituisce l'oggetto della sua *property* – vita libertà e averi – può disporre nel modo che preferisce: può distruggere i propri averi, può suicidarsi, darsi in ischiavitù, appaltare il proprio corpo *et similia*.

78 Invero “l'uomo ha diritto alla libertà perché [egli (nda)] ha il dovere di conservare la sua libertà [...]. Questi e altri doveri derivano dal suo essere, non dalla volontà dell'uomo [...]. Dall'essere, dunque, deriva il dover essere; dal dovere deriva il diritto, anche quello alla vita” (D. Castellano, *Introduzione*, in D. Castellano (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, cit., p. 23).

creativi», in ipotesi attraverso l'assunzione di sostanze psicotrope o attraverso l'abuso di sostanze eccitanti. Parimenti, allora, anche le varie forme di mutilazione corporea non terapeutica, sotto questo profilo, non possono giammai essere considerate quali atti di esercizio del diritto che la persona stessa ha... *in se ipsa*, quanto piuttosto deve rilevarsi che esse ne rappresentino un abuso, un'*iniuria*, vero è che l'auto-mutilazione c.d. di comodo invero in sé stessa una irrazionale violazione dell'ordine proprio del corpo umano e un attentato contro la normalità della sua fisiologia.

Che poi – e qui passiamo alla seconda delle questioni cennate – vi sia un inevitabile scarto tra ciò che è dovuto sul piano sostanzialmente giuridico-morale e ciò che invece può essere prescritto per norma, dato un determinato «contesto politico»⁷⁹ di riferimento, essa è una diversa questione la quale già emerge peraltro dall'analisi eminentemente teorica del compendio normativo vigente e la quale per nulla incide sulla fondatezza del discorso che noi

79 Facciamo riferimento al concetto classico di «politico». Secondo Aristotele, infatti, come è noto, “lo Stato è comunanza di famiglie e di stirpi nel vivere bene: il suo oggetto [vale a dire il suo scopo (nda)] è una esistenza pienamente realizzata [...]; fine dello Stato [allora, (nda)] è il vivere bene [dacché (nda)] lo Stato è comunanza di stirpi e di villaggi in una vita pienamente realizzata e indipendente: è questo, come diciamo, il vivere in modo felice e bello. E proprio [infatti (nda)] in grazia delle opere belle [...] si deve ammettere l'esistenza della comunità politica” (Aristotele, *Politica*, Roma, 2005, pp. 88 e s.). Platone insegna, a sua volta, che l'arte regia è esercitata per il bene di coloro i quali ne sono sottoposti, secondo l'ordine proprio della loro natura: essa, invero, non è esercizio di un potere fine a sé stesso, ma è esercizio di un potere qualificato moralmente (cfr. Platone, *Repubblica*, I, 342 c-d, 346 e, 347 a). Correttamente afferma, da ultimo, Danilo Castellano che “la comunità politica [...] non è opzionale, ma naturale. Ciò richiede [ed esige (nda)] la sua conservazione (*salus Rei publicae suprema lex esto*). Non nel senso, però, di mera conservazione della *persona civitatis* la cui esistenza, in quanto esistenza, diventa in ultima analisi suo fine, la comunità politica, che [...] non è soggetto ma oggetto, finché ci saranno esseri umani non può scomparire [...] il fine della *Res publica* non è quello di garantire la sopravvivenza fisica o la conservazione degli arbitri, ma quello di aiutare l'uomo a vivere bene, cioè razionalmente” (D. Castellano, *L'ordine della politica*, Napoli, 1997, pp. 38 e s.), *id est* giuridicamente, moralmente, liberamente, umanamente.

abbiamo fatto in ordine alla legittimità giuridico-morale degli atti dispositivi del proprio corpo. Posto, infatti, il dovere della persona di mantenersi in salute, la salute rappresentando la di lei condizione normale e dunque la regola che a lei stessa impone la sua medesima natura, deve coerentemente dedursi che la persona non possa vantare alcun diritto di ammalarsi, né di mettere a repentaglio la propria salute e a *fortiori* la propria vita, né di disporre *ad libitum* dei propri organi nuocendo a sé stessa. Questo è vero! Cionondimeno, spostando il discorso sul piano della c.d. politica del diritto occorre prudentemente chiedersi se, con quali limiti e in quale modo un siffatto principio possa e debba trovare affermazione positivo-coercitiva in una precipua prescrizione di legge. In altri termini occorre chiedersi fino a che punto la Comunità politica possa e debba prendersi cura della salute delle persone, financo impedendone, per norma e sotto minaccia di pena, le condotte che la mettessero a repentaglio o che la ledessero *sic et simpliciter*. Non entriamo oltre nel merito dell'amplia questione in parola, solo rileviamo, però, che è irrefutabile ufficio del prudente Legislatore quello di risolvere il problema *de quo* e di apprestare una coorte di disposizioni le quali perseguano sì il fine di preservare il bene della salute, ma tenendo conto del contesto socio-storico-culturale di riferimento. Non che – si badi – il Legislatore possa creare i diritti e i doveri a seconda del contesto nel quale egli opera, o che egli possa o debba abdicare ai principii oggettivi del *bonum* e dello *iustum* per assecondare le mode e le tendenze di un dato «ambiente sociale» – questo mai! – ma rientra nella di lui funzione istituzionale proprio quella di tradurre – diremo in termini aristotelici⁸⁰ – il giusto naturale in giusto legale e di valutare in quale modo e con quali provvidenze i principii del giusto naturale possano trovare contingente applicazione e tutela *inposito iure*.

80 Invero “del giusto in senso politico [...] ci sono due specie, quella naturale e quella legale: è naturale il giusto che ha ovunque la stessa validità [...]; legale, invece, è quello che originariamente è affatto indifferente che sia in un modo piuttosto che in un altro, ma non è indifferente una volta che sia stato stabilito” (Aristotele, *Etica nicomachea*, Milano, 2007⁵, V, 7, p. 209).

Il discorso – sia chiaro – non è affatto lontano dall'esperienza: se solo si consideri, infatti, l'Ordinamento giuridico italiano, esso, pur nelle sue contraddizioni e aporie interne, comunque fa emergere una pluralità di disposizioni dalle quale proprio si evince la valutazione che il Legislatore ha operata *in casibus*, con riferimento all'opportunità della tutela indisponibile del bene della salute. Per esempio il Legislatore italiano, pur non imponendo ai suoi soggetti, esplicitamente e generalmente, di preservare la loro salute e pur non facendo divieto di molte attività palesemente lesive del bene della salute⁸¹, ma anzi consentendole⁸², comunque egli impone, per esempio, l'uso dell'elmetto protettivo (*ex art. 171 c.d.s.*) e delle cinture di sicurezza (*ex art. 172 c.d.s.*) per coloro i quali viaggino su veicoli a due ruote o in automobile; parimenti egli impone – facendo un altro esempio – l'uso dei cc.dd. dispositivi di protezione individuale (*ex art. 20 co. I D.Lgs 81/2008*) per coloro i quali svolgano determinate attività lavorative; ancora, continuando con gli esempi, l'Ordinamento positivo fa divieto di compiere atti dispositivi del proprio corpo i quali “cagionino una diminuzione permanente della integrità fisica” (art. 5 c.c.); priva di valore scriminante il c.d. consenso dell'offeso (art. 50 c.p.) qualora egli non avesse potuto “validamente disporre” del diritto leso o esposto a pericolo; impedisce il c.d. appalto del proprio corpo per finalità di sperimentazione clinica e farmacologica (art. 1 co. V D.P.R. 211/2003); non consente di destinare all'uso dell'abitazione stanze, locali ed edifici per i quali non sia stato rilasciato il c.d. certificato di abitabilità (*ex artt. 24 [L] e ss. DPR 380/2001 Testo Unico in materia Edilizia*); non consente il c.d. affitto dell'utero (*ex art. 12, co. VI, L. 40/2004*) *et coetera*. Insomma, il complesso

81 Per esempio il Legislatore – lockianamente – non punisce l'ubriachezza in quanto tale, ma solamente quella «palese e pubblica» a mente dell'art. 688 c.p. il quale, infatti, persegue, pur con una mera sanzione amministrativa, “chiunque, in luogo pubblico o aperto al pubblico, è colto in stato di manifesta ubriachezza”.

82 Abbiamo già citata la disciplina in materia di donazione degli organi, la quale invero consente al soggetto di recare nocumento a sé stesso e al proprio corpo, punto privandosi di un organo.

delle *normae positae*, pur nella loro disorganicità (e spesso contraddittorietà) strutturale – lo ribadiamo – dimostra come il Legislatore, anche in un contesto ideologico, quale è quello del nostro tempo, nel quale risulta imperante il dogma dell'assoluta autodeterminazione del *velle in se ipso*⁸³, comunque appresta indisponibili guarentigie per la tutela del bene della salute⁸⁴, impedendo per norma, agli individui,

83 La Corte costituzionale della Repubblica italiana, per esempio, già nel 1993 riconobbe, sulla base di una lettura sistematica della Costituzione e in particolare sulla base del c.d. principio di uguaglianza *sub art. 3 cost.*, che “il primario imperativo costituzionale [...] dovesse essere quello (nda) di perseguire l'obbiettivo finale della «piena» autodeterminazione della persona” (2 Aprile 1993, Corte Costituzionale, Sentenza 163, Presidente: Casavola, Redattore: Baldassarre). Gli stessi Giudici, peraltro, hanno successivamente ribadito, in continuità con siffatta impostazione, che la “libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché concerne la sfera privata e familiare” (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza 162, Presidente: Silvestri, Redattore: Tesaurò) della persona e che “l'art. 2 della Costituzione [tutela (nda)] l'integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata” (12 Luglio 2000, Corte Costituzionale, Sentenza N° 332, Presidente: Mirabelli, Redattore: Contri). Palesemente critica rispetto alla consolidata Giurisprudenza della Corte romana in materia di «ermeneutica del diritto» all'assoluta autodeterminazione, è la tesi di Mauro Ronco. L'Autore, infatti, sostiene che “il richiamo [...] a svariati articoli della Costituzione [...] costituisce il frutto di un'arrogante positivismo giuridico, che adatta i testi di legge in modo arbitrario alle più diverse situazioni, senza alcuna connessione reale con il tema oggetto di considerazione. [...] Nessuna di queste disposizioni costituzionali [artt. 2; 3; 31; 29; 32 citati nel testo dell'Autore (nda)] statuisce il diritto all'autodeterminazione assoluta, come sostiene apoditticamente la Corte. Anzi la Costituzione inserisce i diritti fondamentali all'interno di un ordinamento naturale, visto come previo e fondante lo stesso ordinamento giuridico [...]. Ricavare da questi articoli della Costituzione il diritto assoluto all'autodeterminazione significa arrogarsi un potere interpretativo che travalica sia il testo che l'intentio dei padri fondatori della Repubblica italiana, inseguendo in modo pedissequo il sociologismo creativo di coloro che intendono trasformare in senso individualistico il vigente ordinamento giuridico secondo la deriva del più assoluto relativismo morale” (M. Ronco, *Scritti patavini*, cit., p. 1894).

84 Non abbiamo fatto riferimento alle norme che impongono le cc.dd. campagna vaccinali, poiché in

nei casi e nei modi contemplati dalle leggi in parola, di disporre o di mettere a repentaglio la propria integrità psico-fisica.

Prima di volgere – riprendendo il discorso – un veloce sguardo alla disciplina delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento e di concludere questa breve riflessione, giova dare schematicamente conto della fisionomia che può assumere la c.d. fattispecie eutanasi e di alcuni, almeno, dei problemi che essa reca seco.

Ebbene, *in primis* è mestieri di premettere che da una prospettiva di assoluta obiettività fattuale l'eutanasi altro non è, *in se*, se non una *forma* dell'omicidio *sic et simpliciter*, ovvero una *forma* del c.d. omicidio del consenziente qualora essa venga realizzata su richiesta della «vittima»: l'atto eutanasi, infatti, in altro non consiste, se non nel provocare o nel non-impedire la morte di una persona, onde la sussunzione anche meramente positivista di questa condotta, entro gli estremi della fattispecie omicidiaria, risulta viepiù scontata. Non può parlarsi, dunque, per esempio, di eutanasi terapeutica, inquantoché altro sono il fine e l'effetto terapeutico e altro sono il fine e l'effetto eutanasi.

In secundis, poi – e questo rappresenta il vero *punctum dolens* della questione – è da rilevarsi che all'ipotetico (e indimostrabile sul piano razionale) motivo di una non meglio qualificata «pietà», il quale pur potrebbe astrattamente muovere l'agente storico alla realizzazione di un dato «omicidio eutanasi», non può essere attribuita *sic et simpliciter* una «qualificazione attenuante» rispetto al delitto commesso. La questione è problematica assai: è da valutarsi attentamente, infatti, se la pietà che muove l'omicida sia fondata in un valore umanitario, magari male interpretato e male perseguito per un vizio del ragionamento dovuto all'eccesso di partecipazione empatica da parte dell'agente, ovvero se essa derivi, al contrario, dall'applicazione lucida di schemi o protocolli, i quali surrogano, invece, il valore del bene questo caso la tutela della salute si accompagna a un più generale fine di preservazione della sanità, ma anche queste disposizioni, in realtà, non possono che tendere in modo immediato alla tutela della salute di coloro i quali sono sottoposti ai vaccini e solo in modo mediato alla scopo profilattico-generale.

con una peculiare percezione del benessere e dunque i quali attribuiscono alla vita umana un valore proporzionale alla di lei capacità di esprimere o di compartecipare siffatto paradigma volontaristico (*id est*, quello proprio della citata figura di «benessere-modello»).

È del tutto evidente, allora, che lo stesso movente c.d. pietistico si presti a un possibile contenuto il quale impone di qualificarlo, anziché immediatamente come attenuante, *sub specie* di aggravante dell'omicidio medesimo e ciò, per esempio, è quanto accade nell'ipotesi in cui la *figura* di «pietà» che caratterizza uno specifico impulso psicologico debba essere intesa in termini *lato sensu* utilitaristici⁸⁵. Infatti, la «pietà utilitaristica», propria della condotta di colui il quale uccide taluno per realizzare il fine (utilitaristico, appunto) che egli stesso ritiene essere superiore rispetto a quello della mera esistenza-in-vita della vittima – è il caso, per esempio, dell'eutanasi c.d. eugenica o dell'eutanasi c.d. analgesica –, appalesa un peculiare disvalore della condotta *de qua* e in certa parte un elemento aggravante a carico del suo autore. La remota ragione dell'omicidio in parola, infatti, alberga non già in una irrazionale ed errata percezione e applicazione di un valore in sé, quanto piuttosto in una valutazione lucidissima (financo premeditata) di indegnità avente a oggetto la vita umana soppressa e avente per parametro (ideologico) un dato, particolare modo di essere e di vivere, il quale viene ideologicamente ritenuto non solo migliore di altri, ma addirittura fondativo dello stesso diritto alla vita.

⁸⁵ Si ricorderà la posizione espressa da Bentham, secondo il quale: “la natura ha posto il genere umano sotto il dominio di due supremi padroni: il dolore e il piacere. Spetta ad essi soltanto indicare quel che dovremmo fare, come anche determinare quel che faremo. Da un lato il criterio di ciò che è giusto o ingiusto, da un altro la catena delle cause e degli effetti sono legati al loro trono [...] a parole si può anche proclamare di rinnegare il loro dominio [vale a dire il dominio del piacere e del dolore, come criterii operativi sui quali necessariamente si basa l'attività umana (nda)] ma in realtà se ne resta del tutto soggiogati. Il principio di utilità riconosce tale soggezione e la assume a fondamento di quel sistema il cui obiettivo è innalzare l'edificio della felicità per mezzo della ragione e della legge” (G. Bentham, *Introduzione ai principi della morale e della legislazione*, Torino, 1998, pp. 89 e s.).

Pur dovendosi rilevare, allora, che può essere considerata pietosa in senso proprio solamente la condotta di colui il quale curi e si prenda cura della persona dell'ammalato⁸⁶ (non abbandonandola alle sue sofferenze e aiutandola a vivere nell'accettazione del proprio inevitabile dolore), e dunque pur dovendosi rilevare che la vera pietà non può mai determinare la soppressione della vita umana, essa rappresentando il bene presupposto a tutti i beni dell'uomo; comunque possiamo ora ammettere che in relazione all'omicidio di una persona variamente sofferente, possa pur parlarsi, in determinati casi, anche di «motivo eccentricamente pietoso», eppertanto di attenuante *pietatis causa*. Ma – questo è il punto – noi riteniamo che possa fondatamente parlarsi in siffatti termini solo limitatamente alla circostanza (e anche in questo caso essa è tutta da dimostrare!) nella quale vi sia una oggettiva e inequivoca ragione per ritenere che l'autore dell'azione o dell'omissione *de quibus* si sia trovato, al *tempus commissi delicti*, in una condizione psicologica tale da essere stato portato a considerare la propria impotenza di fronte alla patologia e all'attuale dolore della vittima in guisa di con-causa della stessa sofferenza di questa, così da avere intesa (assurdamente) la soppressione della di lei vita alla stregua dell'unico mezzo (*extrema ratio*) per eliminarne la sofferenza e dunque per porre rimedio alla propria incapacità di prestarle altrimenti aiuto. Talché egli ha preferito, per atto di paradossale e irrazionale altruismo, sopportare il rimorso dell'omicidio consapevolmente compiuto, piuttosto che far rimanere la vittima nella sua condizione di tormento e di dolore.

L'attenuante della pietà, allora – la quale non fa certo scemare né il dolo, né l'imputabilità, ovviamente – non è affatto intrinseca al trionfo malattia-sofferenza-pratica eutanasi, essa, cioè, non ha ragione di essere invocata

86 Pur sostenendo una tesi a favore dell'eutanasia – si dice, infatti, che “coloro che scelgono di morire devono avere il diritto [...] di decidere autonomamente quale peso comparativo attribuire alla continuazione della propria sofferenza” (S. Bok, *Eutanasia*, in G. Dworkin – R.G. Frey – S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, Torino, 2001, p. 142) è stato comunque rilevato che “l'eutanasia non rappresenta sempre l'atto più pietoso per i pazienti” (*Ibidem*).

per il mero fatto in virtù del quale l'omicidio sopprime una persona *lato sensu* sofferente et «inguaribile»; anzi... la soppressione di coloro i quali vivono in una condizione di malattia, anche c.d. terminale, darebbe luogo, al contrario, a una aggravante determinata da un motivo abietto, suppostamente «eugenico» (*lato sensu* migliorativo della specie) o comunque utilitaristico, e nondimeno determinata dalla minorata difesa della vittima; ma ha ragione di essere invocata, *coeteris paribus*, solamente qualora essa compendi in sé stessa – diremo – una «diminuzione psicologica» dell'agente, il quale, per il vincolo affettivo (potremmo dire empatico) che lo lega alla vittima stessa, avverta (assurdamente, ma comprensibilmente) come colpevole la propria impossibilità di alleviarne le sofferenze e avverta, nel contempo, come unico (assurdo anche questo, ma anche questo psicologicamente comprensibile) mezzo per rimediare alla propria impotenza, e dunque per eliminare gli attuali patimenti dell'ammalato, quello paradossale di provocarne la morte, assumendo su di sé il rimorso per l'atto compiuto. Si badi: l'assurdità e l'irrazionalità di questo «ragionamento» sono evidenti⁸⁷ – uccidere (o uccidersi) per non far soffrire (o per non soffrire) è un assurdo⁸⁸ – tant'è che esse impediscono di scriminare la condotta eutanasi, ma il «ragionamento» medesimo comunque non può non avere, per ragioni di equità, un rilievo nella valutazione giuridi-

87 *Contra* le note tesi engelhardtiane, a mente delle quali, invece, “il prolungamento della vita non è sempre nei migliori interessi del malto” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit. p. 377).

88 Peraltro, anche il mondo classico, se pur approvò certe forme di suicidio, in particolare quand'esso avesse rappresentato una *species* di dovere morale della persona, certamente non lo considerò mai alla stregua di un “atto di autoannichilimento [...] né, a fortiori lo considerò (nda) un diritto, tanto meno un diritto di autodeterminazione” (D. Castellano, *Introduzione*, in D. Castellano (a cura di), *Eutanasia: un diritto?*, cit., pp. 11 e s.). *Contra* le opinioni sostenute da Umberto Veronesi, secondo le quali vi sarebbe “un diritto dell'individuo a difendere la qualità della propria vita anche in prossimità della morte. E quindi [...] un (nda) diritto di chiedere l'eutanasia se la sofferenza sta riducendo la qualità della vita a limiti [soggettivamente (nda)] inaccettabili” (U. Veronesi, *Il primo giorno senza cancro*, Milano, 2012, p. 44).

co-morale dell'agente storico e dunque nella quantificazione della sua pena: esso «ragionamento», infatti, sempreché sia plausibile date le circostanze del caso (*res facti*), rappresenta – possiamo dire – una reazione psicologica sbagliata, ma *in parte qua* comprensibile.

L'eutanasia, dunque – concludiamo questo breve *excursus* – integra sempre e necessariamente una fattispecie di omicidio e in quanto tale essa non può mai essere né approvata, né autorizzata, né – tantomeno – ritenuta idonea a integrare il binomio dovere-diritto; il giudizio sul fatto in sé, pertanto, non può che essere sempre e necessariamente di censura e di condanna sul piano morale e sul piano giuridico, preminente su tutti essendo e dovendo essere, infatti, il valore in sé del bene della vita.

Se mai, allora, ciò che deve essere oggetto di attento sindacato e ciò che può eventualmente portare l'interprete, dato un caso concreto, al riconoscimento di una possibile attenuante rispetto alla condotta eutanasi, è solo l'atteggiamento psicologico del di lei autore e l'incolpevole *vulnus* che lo ha caratterizzato al tempo del fatto compiuto. Vero è, che se sotto il profilo oggettivo non vi può essere alcun margine di discussione intorno alla piena responsabilità gius-morale di colui il quale abbia ucciso un innocente – lo stato emotivo non ne può far scemare la capacità razionale, infatti – comunque l'agente stesso dev'essere giudicato e punito tenendo conto – se ciò sia plausibile – della circostanza in virtù della quale egli stesso potrebbe avere agito (magari per solitudine, per ragioni legate all'età, per debolezza di spirito *et coetera*) per il «rifiuto psicologico» che ha avuto nei confronti dell'altrui condizione di dolore. In questo senso, allora, l'eutanasia realizzata dai medici e/o dal personale di strutture *lato sensu* ospedaliere, magari a seguito di un complesso *iter* formale-amministrativo e su istanza di (quindi in concorso con) un familiare, mai può essere considerata veramente pietosa e ciò, proprio in ragione della peculiare «preparazione», anche psicologica, che essi debbono avere e dei «filtri procedurali» che si frappongono alla realizzazione della condotta medesima; allo stesso modo, peraltro, risulta assai difficile sostenere il movente della pietà

(vera) anche nell'ipotesi in cui la persona ammalata, vittima dell'omicidio c.d. eutanasi, pur versando in una condizione, per esempio, di incoscienza, non manifesti una particolare e attuale sofferenza e dunque non possa ingenerare nell'agente quel senso di colpevole impotenza cui testé abbiamo fatto riferimento. Nessuna pietà, poi, può emergere nemmeno nel caso in cui si sospendano l'alimentazione e l'idratazione – quindi neppure provvidenze terapeutiche – per cagionare la morte di colui il quale, pur senza soffrire, versi, sempre per esempio, in c.d. stato vegetativo e ciò... tantomeno se l'agente rivendichi l'omicidio medesimo come esercizio di un suo diritto o come «esercizio mediato» di un diritto della vittima⁸⁹. Non vi è in questi casi, infatti, un *vulnus*

89 In materia di c.d. diritto al suicidio, anche nella forma assistita, pur permanendo formalmente in vigore gli artt. 580 e 579 c.p., i quali puniscono l'istigazione e l'aiuto al suicidio, nonché il c.d. omicidio del consenziente, la Suprema Corte di Cassazione – nel noto caso Englaro (cfr 16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748) – ha ritenuto perfettamente legittima (*recte*, legale) l'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione di una persona in istato di totale incapacità di provvedere a sé stessa, sul presupposto che ciò rappresenti – pur in forma del tutto presuntiva – la volontà del soggetto *de quo* di auto-determinarsi in questo senso e cioè di porre in essere pratiche teleologicamente orientate al proprio suicidio. I Giudici, infatti, hanno rilevato che “il carattere personalissimo del diritto alla salute dell'incapace comporta che il riferimento all'istituto della rappresentanza legale non trasferisce sul tutore, il quale è investito di una funzione di diritto privato, un potere incondizionato di disporre della salute della persona in stato di totale e permanente incoscienza. Nel consentire al trattamento medico o nel dissentire dalla prosecuzione dello stesso sulla persona dell'incapace, la rappresentanza del tutore è sottoposta a un duplice ordine di vincoli: egli deve, innanzitutto, agire nell'esclusivo interesse dell'incapace [il quale viene quivi letto in termini grettamente soggettivistici, come interesse della volontà negativa e non come interesse al bene in sé della persona (nda)]; e, nella ricerca del *best interest*, deve decidere non 'al posto' dell'incapace né 'per' l'incapace, ma 'con' l'incapace: quindi, ricostruendo la presunta volontà del paziente incoscienza, già adulto prima di cadere in tale stato, tenendo conto dei desideri da lui espressi prima della perdita della coscienza, ovvero inferendo quella volontà dalla sua personalità, dal suo stile di vita, dalle sue inclinazioni, dai suoi valori di riferimento e dalle sue convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche” (16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748).

psicologico che attenui il disvalore della condotta omicidiaria, né un senso di colpa per l'omicidio commesso, ma al contrario vi è una ferma e lucida convinzione dell'agente, il quale delibera con premeditazione l'omicidio *de quo* e con perizia ne apparecchia i mezzi necessari, avvia le procedure formali che gli servono per «scansare» o per attenuare gli effetti della propria responsabilità sul piano giuridico (per esempio quelli legati all'applicazione della giusta pena), cerca il modo più efficace per dimostrare il c.d. consenso dell'offeso *et coetera*.

La pietà che può avere un rilievo attenuante, insomma e che dunque può giustificare sul piano razionale-giuridico-morale una certa diminuzione di pena per colui il quale abbia commesso un omicidio, non può essere quella sociologica, ovverosia quella legata a una certa considerazione del dolore fisico e della malattia, ma può solamente essere quella che abbiamo definita psicologica, cioè quella che può nascere a fronte di un attuale stato di sofferenza non altrimenti placabile, in capo a colui il quale, avvertendo una colpevole impotenza, segnatamente acuita da un legame sentimentale con l'ammalato, pone fine alla vita di lui, preferendo – ecco il punto – sopportare su di sé, per atto di irrazionale e paradossale altruismo, il peso morale dell'omicidio commesso, piuttosto che lasciare l'altro nello strazio. È dunque il senso di colpa per l'omicidio commesso, che sostanzia e che dà credito al motivo autenticamente pietoso di colui il quale ha posto in essere la condotta eutanascica, onde ne può essere e ne deve essere attenuata la pena: fuori dal senso di colpa (*ex post*) e fuori dall'incapacità psicologica di accettare l'altrui attuale e contingente stato di sofferenza (*ex ante*), dunque, non vi può essere alcuna attenuante per ragioni di «umana pietà». Altri moventi eutanascici, infatti, altre forme di supposta pietà, nulla esprimono, se non il radicale egoismo di colui il quale li invochi per giustificare il proprio delitto... aggravato.

Un tanto premesso possiamo tosto rilevare – senza soffermarci ulteriormente sul punto – che la condotta eutanascica, qualunque possa esserne il movente, sia suscettibile di manifestarsi in due fogge: quella diretta e quella indi-

retta. All'interno di ciascheduna di queste, poi, vi può essere una ulteriore diversificazione tra condotta omissiva e condotta commissiva. Può aversi, infatti: ^{a)} eutanasia diretta commissiva; ^{b)} eutanasia diretta omissiva, ^{c)} eutanasia indiretta commissiva ed ^{d)} eutanasia indiretta omissiva, anche se in relazione a quest'ultima *figura* risulta più difficile la configurazione concettuale del nesso eziologico.

Ebbene, l'eutanasia diretta si caratterizza per la presenza di un nesso causale immediato e diretto, appunto, tra azione od omissione ed evento della morte: nella forma commissiva, per esempio, essa può integrarsi con la somministrazione alla «vittima» di una sostanza letale; mentre nella forma omissiva essa può integrarsi con il mancato apprestamento delle cc.dd. cure di soccorso, immediatamente necessarie a evitare la morte dell'interessato. In ipotesi potrebbe rilevare in questo senso la mancata sutura di un'emorragia massiva, il mancato supporto di base in caso di arresto cardiaco, la mancata somministrazione del farmaco adrenalinico in costanza di un c.d. *choc* anafilattico *et similia*.

L'eutanasia indiretta, invece, si ha allorché la condotta realizzata non sia immediatamente compiuta per ottenere l'effetto della morte (della persona), ma essa lo causi comunque in forma mediata, vale a dire che essa lo causa... come «secondo effetto». L'eutanasia indiretta, cioè, si caratterizza per una «diluizione» e per una «sfumatura concettuale» del nesso eziologico, nonché per un suo più complesso meccanismo di qualificazione e di individuazione sostanziale. Il nesso eziologico – si badi – non può mancare: se esso mancasse, infatti, nulla legherebbe causalmente la condotta all'evento e dunque di omicidio (eutanascico) non si potrebbe proprio parlare, ma nella forma indiretta della fattispecie in parola l'analisi che il nesso di causa richiede, esige una necessaria compartecipazione con l'elemento psicologico del dolo eventuale. Vediamo di entrare *in medias res* per comprendere, pur brevemente, i termini del problema. Ebbene, l'eutanasia indiretta commissiva si ha allorché sussistono tre condizioni: ^{a)} che l'evento morte non sia supportato dal dolo

specifico dell'agente, in relazione al suo *modus operandi*;⁹⁰ che l'evento morte non rappresenti il principale effetto della condotta medesima, ma una conseguenza secondaria di questa, un ulteriore effetto di essa, ma non il principale e⁹¹ che in relazione al secondo effetto possa individuarsi in capo all'agente lo stato soggettivo del dolo eventuale. Per esempio, rientra nella fattispecie *de qua*, la somministrazione di farmaci cc.dd. leniterapici⁹⁰, con un fine analgesico, i quali però, oltre a realizzare l'effetto loro proprio, provochino anche un deperimento dell'organismo e un danno ai suoi organi, tali da essere causa della di lui morte, qualora – ovviamente – tale secondo effetto sia stato previsto e accettato dall'agente come “possibilità positiva e concreta del verificarsi di esso”⁹¹. In questo caso abbiamo altrove parlato di «eutanasia eventuale»⁹², proprio facendo riferimento alla particolare figura di dolo che caratterizza, *coeteris paribus*, la condotta dell'agente il quale abbia appunto proceduto alla somministrazione *lato sensu* analgesica, accogliendo però il rischio che essa provochi, sia pure come effetto secondario, il decesso della persona interessata⁹³.

90 Infatti, “la c.d. «eutanasia attiva indiretta» [...] prevede l'impiego di farmaci idonei ad alleviare le sofferenze del paziente, i quali possono, a loro volta, sortire l'effetto ulteriore di portare alla morte del paziente” (M. M. Rocca, *I diritti del malato in genere*, in P. Cendon, *Informazioni erranee, soggetti deboli, illeciti informatici, danni ambientali*, Padova, 2011, p. 259).

91 F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, p. 312.

92 Pur partendo da presupposti concettuali diversi dai nostri, in merito a questo punto si può condividere in *parte qua* l'analisi di Frey. L'Autore, infatti, come noi rileva l'errore di coloro i quali sostengono una differenza morale radicale tra la somministrazione analgesica con fine leniterapico e con secondo effetto (previsto e accettato) eutanasico, rispetto a quella che persegue come unico scopo l'uccisione della persona, ovvero si rileva l'errore di coloro i quali sostengono una differenza morale radicale “tra morte voluta e morte prevista”. Frey scrive, infatti, che “il dottore ha scelto di agire in un modo che ha determinato la morte del suo paziente; iniettando una certa dose di morfina, [egli (nda)] è stato un attivo agente causale rispetto tale morte” (R.G. Frey, *Distinzioni tra tipi di morte*, in G. DWORKIN – R.G. Frey – S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, cit., 2001, p. 17).

93 Per esempio Tettamanzi sostiene che “non ci sarebbero

Più complessa, invece, è l'ipotesi della citata eutanasia indiretta omissiva; anche in questo caso, ovviamente, occorre la sussistenza delle tre condizioni sopra vedute e cioè: ^{α)} che l'evento morte non sia supportato dal dolo (specifico) dell'agente, in relazione alla di lui omissione; ^{β)} che l'evento morte non rappresenti il principale effetto della omissione medesima, ma una conseguenza secondaria di questa e ^{γ)} che in relazione al secondo effetto possa individuarsi in capo all'agente lo stato soggettivo del dolo eventuale. Quivi, infatti, l'effetto secondario della morte, accettato dall'agente come eventualità della propria omissione, non è causalmente connesso a un *facere* di lui, quanto piuttosto esso è connesso al suo *abstine*, di talché massimamente importa di considerare la possibilità del dolo eventuale nel caso della condotta omissiva. Ebbene, non è questa la sede per approfondire una questione così complessa e specialistica, nondimeno possiamo rilevare che operando all'interno dello spettro concettuale offerto dalla c.d. posizione di garanzia, pur potrebbero darsi ipotesi nelle quali l'omissione di una cura, cui consegue indirettamente la morte del soggetto per il quale sussiste la citata posizione di garanzia, abbia a essere imputata al responsabile a titolo di omicidio con dolo eventuale o, se si preferisce, a titolo di «eutanasia eventuale». Evidentemente non può essere questo il caso dell'omissione di provvidenze salva-vita e/o quello dell'omissione dell'assistenza necessaria al mantenimento in essere delle cc.dd. funzioni vitali, giacché le omissioni *de quibus* non causano la morte come secondo effetto e dunque indirettamente, ma la causano direttamente e come effetto principale punto perseguito dal *reus* a titolo di dolo diretto, infatti abbiamo parlato *supra*, in merito alle fattispecie *de quibus*, [condizionale nostro (nda)] dubbi circa la liceità morale, e in alcuni casi circa lo stesso dovere morale, di alleviare le sofferenze del malato grave e del morente con la somministrazione di analgesici e narcotici, anche se comportano il pericolo di abbreviarne la vita” (D. Tettamanzi, *Bioetica. Nuove sfide per l'uomo*, Casale Monferrato, 1987, p. 236). Il problema, però, non può essere «liquidato» in una così breve battuta: ciò che rileva, infatti, non è il pericolo di abbreviare la vita del soggetto sottoposto leniterapia, quanto piuttosto quello concernente il nesso eziologico tra omissione ed evento, letto in combinato disposto con lo stato soggettivo dell'agente, vale a dire letto alla luce della sussistenza o meno del dolo eventuale.

di eutanasia diretta omissiva. Tuttavia può sussistere – sempre considerando l’obbligazione di cura che sta in capo al garante (*id est*, al soggetto in posizione di garanzia), in termini civilistici si potrebbe invocare la figura del tutore⁹⁴ – anche la possibilità di una omissione indirettamente causativa della morte, in relazione alla quale il garante stesso ne abbia accettata l’eventualità. Per esempio questo potrebbe darsi nell’ipotesi in cui il tutore, negando senza una fondata ragione il consenso a un dato intervento chirurgico-terapeutico, ovvero alla pratica di una data terapia farmacologica, provochi, come secondo effetto del mancato intervento o della mancata cura, la morte della persona a lui affidata avendone già accettata la possibilità. La morte, in questo caso, non sarebbe, infatti, la conseguenza diretta del mancato intervento, ma il secondo effetto di quest’omissione, la quale, per esempio, potrebbe avere causato un prevedibile deterioramento delle generali condizioni di salute della persona, ovvero una prevedibile riacutizzazione della malattia, dalle quali poi sia derivato l’evento della morte. Si pensi, per fare un esempio, al rifiuto che il tutore opponga a un trattamento radioterapico o chemioterapico c.d. adiuvante, successivo all’intervento chirurgico di asportazione di una massa neoplastica (o di un organo affetto da tumore; il caso potrebbe essere quello del carcinoma prostatico), pur ordinato dai medici per evitare che eventuali cellule tumorali proliferino all’interno dell’organismo dell’incapace, provocandone metastasi. Ebbene nell’ipotesi in cui il

94 A mente del combinato disposto tra gli artt. 424 et 357 c.c. rileva che il criterio in relazione al quale il tutore deve agire in nome e per conto dell’interdetto è rappresentato dal bene di quest’ultimo, il quale bene, nella sua oggettività, è razionalmente coglibile e valutabile, né può o potrebbe essere rappresentato dal presunto volere dell’incapace, proprio in quanto la volontà, per sua natura, è soggettiva ed è impossibile da individuarsi prima della sua manifestazione o al posto di colui il quale debba manifestarla. *Contra* la già citata pronuncia sul c.d. caso Englaro (cfr. 16 Ottobre 2007, Suprema Corte di Cassazione, Sez. I, Civile, Sentenza № 21748). Né infine, il criterio *de quo* potrebbe essere rappresentato dal perseguimento di un presunto benessere dell’interdetto, inquantoché, anche il benessere rimane nell’alveo della dimensione intimo-soggettiva della persona. *Contra*, in questo secondo, caso, la nota sentenza sulla vicenda di Alfie Evans sulla quale già altrove ci siamo soffermati.

tumore poi si riformi e da questo suo riformarsi derivi la morte della persona sottoposta a tutela, ben potrebbe darsi l’integrazione degli estremi della fattispecie in parola, in quanto l’effetto eutanasi risulta essere indirettamente causato da una omissione del soggetto in posizione di garanzia, per le conseguenze della quale egli ebbe coscientemente accettato il rischio. La morte del soggetto, infatti, non deriva *sic et simpliciter* dalla omissione terapeutica, ma essa deriva da un secondo effetto di questa, punto preveduto e accettato dal *reus* come possibile conseguenza della di lui condotta omissiva. Né – si badi – può trattarsi in questo caso di una omissione terapeutica rientrante nel mero incoercibile rifiuto delle cure, inquantoché la posizione di garanzia propria del tutore – per restare all’esempio – lo pone in una situazione giuridica diversa rispetto a quella dell’interessato che agisca per sé: l’interessato (*compos sui*) che agisce su di sé e per sé, infatti, anche se ha l’obbligo morale-razionale di prendersi cura della propria persona, egli non ha un identico e generale obbligo giuridico-normativo, cioè preveduto e impostogli dall’Ordinamento, per le già studiate ragioni di politica del diritto. *Viceversa* il tutore, e comunque il soggetto in posizione di garanzia, è necessariamente vincolato ad agire solo per il bene oggettivo e solo secondo l’ordine altrettanto oggettivo del bene di colui il quale è soggetto alla sua *potestas*. Egli non può, invero, decidere e operare secondo parametri arbitrari e diversi, variamente afferenti a un suo possibile modo di intendere il benessere soggettivo⁹⁵: ciò, infatti, renderebbe anarchica la posizione del tutore e rimetterebbe l’incapace non più alle cure del tutore medesimo, quanto piuttosto al di lui capriccio e alle di lui personali opzioni. Il tutore,

95 *Contra* – per esempio – la posizione di Engelhardt, secondo il quale, premessa la qualificazione di non-persona posta in capo agli esseri umani incapaci di autocoscienza, overosia incapaci di “possedere una razionalità morale” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 156), “sono altri che devono decidere per loro e stabilire quali siano i loro migliori interessi. [...] Per loro devono scegliere le persone. Poiché tali scelte dipendono dal senso morale di chi le compie e poiché non esiste un senso morale univoco capace di stabilire in termini laici generali un’unica gerarchia autorevole di costi e benefici, la sorte degli individui che non sono persone risentirà delle scelte particolari di particolari persone o comunità di persone” (*Ivi*, p. 162).

dunque, non ha alcun diritto di rifiutare le cure che all'incapace servano per il bene della propria salute; egli, se mai, può (e deve) decidere di optare per la cura che sia più opportuna; può decidere di non sottoporre l'incapace medesimo a una terapia o a un intervento, se abbia ragione di ritenere che essi possano nuocergli o porlo altrimenti in pericolo di vita, ma non può preferire per l'incapace affidatogli una sua personale e soggettiva opinione di benessere, rispetto all'oggettività del bene; non può sottrarlo alle cure, dunque, poiché sottraendolo alle cure egli verrebbe meno alle obbligazioni proprie del suo *status* ed eserciterebbe il proprio potere per fini contarii rispetto quelli per i quali esso gli è stato conferito.

5. CONCLUSIONE. CONSIDERAZIONI «A MARGINE» DELLA LEGGE 219/2017 (NORME IN MATERIA DI CONSENSO INFORMATO E DI DISPOSIZIONI ANTICIPATE DI TRATTAMENTO).

Come si evince già dalla lettura dei Lavori preparatorii alla citata Legge 219/2017, in materia di cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento, l'asse concettuale attorno al quale essa gravita è quello dell'assoluta autodeterminazione küngiana⁹⁶ (del *velle*) della persona; essa, cioè, avrebbe dovuto, almeno nell'intenzione del Legislatore, consentire ai «suoi» soggetti l'esercizio della libertà negativa in ambito *lato sensu* medico-terapeutico. Significativamente si legge negli Atti parlamentari, infatti, che la sua stessa approvazione si basa sull'assunto in virtù del quale "l'autodeterminazione è il nucleo, il senso stesso della persona umana [e che (nda)] questa è, appunto, una legge di libertà"⁹⁷... negativamente intesa. È vero: indubbiamente la legge in parola fa perlopiù propria la *Weltanschauung* volontaristica già accolta dalla Giu-

96 È noto che per Küng "autodeterminazione in questo senso significa stabilire un criterio di demarcazione rispetto agli altri uomini: come a nessuno è lecito spingere, costringere o forzare un altro a morire, così nessuno può costringere un altro a continuare a vivere" (H. KÜNG, *La dignità della morte. Tesi sull'eutanasia*, Roma, 2007, pp. 63 e s.)

97 14 Dicembre 2017, Senato della Repubblica, Resoconto stenografico, p. 13, dichiarazioni del Senatore Mazzoni.

risprudenza costituzionale⁹⁸, già entrata nelle pronunzie della Corte di Cassazione⁹⁹, già affermata nell'ambito delle decisioni adottate dalla Corte di Strasburgo¹⁰⁰ e sostanzialmente coe-

98 La Corte costituzionale, infatti, ha rilevato "la circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute [...] proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale [...] Discende da ciò che il consenso informato deve essere considerato un principio fondamentale in materia di tutela della salute" (15 Dicembre 2008, Corte Costituzionale, Sentenza № 438, Presidente: Flick, Redattore: Saulle) e ha aggiunto che "la libertà di autodeterminarsi [...] è riconducibile agli artt. 2, 3 e 31 Cost., poiché [essa libertà (nda)] concerne la sfera privata e familiare [dell'individuo-soggetto (nda)]. Conseguentemente, le limitazioni di tale libertà, ed in particolare un divieto assoluto imposto al suo esercizio, devono essere ragionevolmente e congruamente giustificate dall'impossibilità di tutelare altrimenti interessi di pari rango" (9 Aprile 2014, Corte Costituzionale, Sentenza № 162, Presidente: Silvestri, Redattore).

99 La Cassazione bene interpreta l'impostazione della Corte Costituzionale, quando afferma, per esempio, che non si può porre un problema di "prevalenza del bene 'vita' o del bene 'salute' rispetto ad altri possibili interessi, giacché una valutazione comparativa degli interessi assume rilievo nell'ambito del diritto quando soggetti diversi siano titolari di interessi configgenti e sia dunque necessario, in funzione del raggiungimento del fine perseguito, stabilire quale debba prevalere e quale debba rispettivamente recedere o comunque rimanere privo di tutela; un 'conflitto' regolabile *ab externo* è, invece, escluso in radice dalla titolarità di pur contrastanti interessi in capo allo stesso soggetto, al quale soltanto, se capace, compete la scelta di quale tutelare e quale sacrificare" (12 Gennaio 2010, Suprema Corte di Cassazione, Sez. III, Civile, Sentenza № 2847).

100 In termini paradigmatici può farsi riferimento alla nota pronunzia 29 Aprile 2002, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, *Pretty versus Regno unito*, Ricorso № 2346/2002, ove i Giudici di Strasburgo, allocando il c.d. diritto all'autodeterminazione nell'ambito concettuale dell'art. 8 C.E.D.U., affermarono che "*comme la Cour a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de 'vie privée' est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne [...]. Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu [...]. Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 [...]. Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur [...]. Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire*

rente con l'esperienza giurisprudenziale nord-americana¹⁰¹, anche se – occorre segnalarlo – in palese contrasto con le *rationes* che stanno alla base dei vigenti Codici civile e penale. Secondo questa *Weltanschauung*¹⁰², infatti, le radici della quale allignano – come ben rileva Danilo Ca-

antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle [recte, dovrebbe dirsi d'autodétermination, giacché l'autodeterminazione come determinazione del volere è altro rispetto all'autonomia quale capacità di riconoscere la «propria» regola e di seguirla razionalmente (nda)] reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article”.

101 Invero “*anglo-american law starts with the premise of thorough-going self determination. It follows that each man is considered to be master of his own body*” (9 Aprile 1960, Corte Suprema del Kansas, Sentenza *Natanson versus Kline*, 186 Kan. 393). Si vedano, a titolo d'esempio, le pronunzie 22 Marzo 1972, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Sentenza *Eisenstadt versus Baird*, 405-438 et 7 Giugno 1965, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Sentenza *Griswold versus Connecticut*, 381-479. Marta Cartabia ha opportunamente rilevato, peraltro, che “i Giudici della Corte suprema ritengono che il diritto alla privacy si ritrovi ‘nella penombra’ di molti diritti costituzionalmente protetti [...] che indicano che la Costituzione americana si basa sulla libertà [negativa (nda)] di ogni individuo di effettuare le sue scelte personali, nella vita privata, senza interferenze del potere pubblico” (M. Cartabia, *Gli strumenti di tutela dei diritti fondamentali*, in B. Perrone (a cura di), *Istituzioni pubbliche e garanzie del cittadino – Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Milano, 3-4 Luglio 2008*, Milano, 2009, p. 16). Basti poi considerare che secondo i Giudici della Suprema Corte Americana “*no State shall ‘deprive any person of life, liberty, or property [... e (nda)]’ the fundamental liberties protected by this Clause include most of the rights enumerated in the Bill of Rights. [...] In addition these liberties extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices that define personal identity and beliefs*” (26 Giugno 2015, Corte Suprema degli Stati Uniti d'America, Sentenza *Obergeffell versus Hodges*, 14-556). In merito si veda – *si vis* – R. Di Marco, *Autodeterminazione e diritto*, cit., *passim*, in particolare, cap. IV.

102 Luca Antonini, a questo proposito, ha opportunamente rilevato che “il processo di sviluppo dei nuovi diritti si fonda [...] su una prassi di uso/abuso di procedure comparative, che può essere definita come uno scambio transnazionale di diritti umani” (L. Antonini, *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, in F. D'agostino (a cura di), *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale? Atti del Convegno nazionale dell'U.G.C.I. – Pavia, 5 -7 Dicembre 2009*, Milano, 2012, p. 13).

stellano¹⁰³ – nella gnosi propria del luteranesimo, la persona avrebbe il diritto di disporre in termini assoluti di sé stessa, della propria salute e del proprio corpo; onde la Legge altro non vorrebbe fare, se non punto consentire alla persona medesima, pur attraverso una certa disciplina della manifestazione del di lei consenso, di esercitare siffatto diritto, o per meglio dire di esercitare i poteri proprii di siffatta anarchia.

Cionondimeno, prima di passare in veloce rassegna le disposizioni che attuano una tale prospettiva e le altre che variamente pongono problemi, giova mettere in luce quegli aspetti della normativa in parola, i quali, contraddittoriamente (e sono felici contraddizioni!¹⁰⁴), paiono smentire le sue stesse premesse. Ci limitiamo a tre cenni. Un primo cenno concerne il disposto dell'art. 2 co. II, il quale fa obbligo al medico di “astenersi da ogni ostinazione irragionevole nella somministrazione delle cure e dal ricorso a trattamenti inutili o sproporzionati”, quando il paziente versi in una situazione di “prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte”. La disposizione, si badi, è in sé giusta e ragionevole per due ragioni: per quanto essa prescrive e per l'inderogabilità del suo stesso dispositivo. Abbiamo già detto, infatti, che l'accanimento terapeutico non ha mai una natura terapeutica e anzi esso si qualifica in guisa di *iniuria* rispetto alla persona «contro» la quale viene praticato, in quanto esso stesso rappresenta una forma di strumentalizzazione del di lei corpo per fini *lato sensu* egoistici. Dunque risulta più che opportuno il divieto sancito dal Legislatore, come risulta più che opportuna la circostanza in virtù della quale il Legislatore medesimo non dia rilievo (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) all'eventuale richiesta del «paziente» di essere sottoposto, o per meglio dire di sottoporre il proprio corpo malato, a siffatte pratiche. Il problema nasce, però, considerando che l'inderogabilità della norma in parola

103 Cfr D. Castellano, *Martin Lutero. Il canto del gallo della Modernità*, Napoli, 2016.

104 Claudio Saratea, proprio parlando della citata Legge, acutamente osserva che “ove si congiungono autodeterminazione e *privacy* [...], ci si trova poi immersi in aporie e paradossi” (C. Saratea, *Autodeterminazione e privacy*, in *L'arco di Giano*, cit., p. 17).

rappresenta *ex se* una violazione del c.d. diritto all'assoluta autodeterminazione terapeutica della persona, espressamente richiamato e sancito all'art. 1 della medesima Legge. La previsione di siffatta norma inderogabile, peraltro, rappresenta anche una patente sproporzione tra la trasformazione della pretesa in «diritto», quando la pretesa medesima abbia a oggetto una richiesta eutanasi e la negazione di tale trasformazione nell'identica, anche se opposta circostanza ove l'oggetto della stessa pretesa consista nello strumentale mantenimento in essere delle funzioni vitali dell'organismo moriente... Da un lato, infatti, si nega la possibilità per il soggetto di ottenere il c.d. accanimento terapeutico, dall'altro, però, gli si consente l'accesso alle pratiche *lato sensu* eutanasiche, anche se limitatamente alle forme indirette delle stesse. Quale autodeterminazione, allora?¹⁰⁵

La medesima «felice contraddizione», poi – secondo cenno – si riscontra all'art. 4 co. V, allorché la Legge, dopo avere stabilito che la persona “può, attraverso le DAT, esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari” (art. 4 co. I) e che “il medico è tenuto al rispetto delle DAT” (art. 4 co. V) medesime, afferma che esse “possono essere disattese in tutto o in parte” nell'ipotesi in cui si verificano due situazioni alternative: o ^{a)} che esse “appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente”, o ^{b)} che “sussistano terapie non prevedibili all'atto della sottoscrizione, capaci di offrire concrete possibilità di miglioramento delle condizioni di

105 L'impostazione – si badi – è sistematicamente sbagliata e non dipende da un errore procedurale; essa, infatti, alligna nelle tesi engelhardtiane, a mente delle quali “ogni giudizio in materia [di disposizioni di trattamento, eutanasi, interruzione della cura degli incapaci *et coetera* (nda)] dipende da una particolare visione morale sostanziale, e questa non può trovarsi in contesti laici generali. [...] In termini laici generali si possono creare solo *standard* pubblici arbitrari suscettibili di una facile articolazione in termini di costi e di probabilità di successo. In ogni caso [- conclude l'Autore - (nda)] il diritto di rifiutare il trattamento, non implica il diritto di esigerlo. Le comunità possono senza incoerenza affermare il diritto di rifiutare il trattamento e, nello stesso tempo, limitare il [*quantum* di (nda)] trattamento che si può richiedere a carico della comunità” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit., p. 377).

vita”. Anche in questo caso – si badi – la norma, pur nelle sue assurde premesse, è condivisibile nel dispositivo ed essa è coerente con i principi che noi abbiamo diffusamente sostenuti, ma proprio per questo essa stessa si pone in contrasto rispetto al dogma dell'assoluta autodeterminazione¹⁰⁶ e introduce elementi di «relativa oggettività», i quali contraddicono la stessa disciplina del consenso informato¹⁰⁷. Infatti, occorre rilevare che possibilità di disattendere le cc.dd. disposizioni di trattamento, già sottrarre queste ultime alla piena e assoluta disponibilità dell'interessato e ciò – si badi – non solo perché il Legislatore ha introdotta questa possibilità di sindacato da parte del medico, ma particolarmente in ragione della circostanza in virtù della quale la norma in parola neppure consente al disponente di vincolare il medico medesimo al contenuto delle proprie disposizioni, facendo espressamente riferimento all'ipotesi che esse siano o appaiano oggettivamente incongrue o che sussistano terapie nuove. La previsione del Legislatore che consente il «superamento» delle D.A.T., infatti, non ha natura cautelativa rispetto alla volontà del disponente, non persegue, cioè, lo scopo di evitare che una di lui manifestazione di volontà lo vincoli... *ultra vires*, ovve-

106 Per esempio, commentando il Documento del Comitato Nazionale di Bioetica del 2003 sulle direttive anticipate di trattamento, Salvatore Amato osserva che il Comitato medesimo “ha ritenuto che fosse possibile realizzare questo difficile incontro di sensibilità [quella del medico con quella del paziente (nda)], prevedendo che le richieste contenute nel *living will* siano vincolanti per il medico [...], ma non determinano un dovere assoluto e deterministico di esecuzione, perché è possibile assumere decisioni non strettamente conformi o addirittura diverse, purché sia fornita un'adeguata motivazione. Si cerca così di creare un equilibrio tra una bioetica dei desideri [...] e una bioetica dei valori” (S. Amato, *Eutanasi. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 166).

107 Helgelhardt, per esempio, più coerentemente osserva che “una volta che sulla questione di come si deve vivere e morire sia venuta meno la guida di una visione morale canonica [o anche semplicemente naturale-classica (nda)], l'autorità morale può discendere solo dal consenso, dal permesso delle persone coinvolte. E allora, nelle decisioni che riguardano la cessazione del trattamento o l'uccisione diretta degli individui, il consenso diventa la questione centrale della morale laica” (H.T. Engelhardt, *Manuale di bioetica*, cit. p. 385).

rosia oltre lo spettro delle sue stesse previsioni, ma proprio persegue lo scopo opposto di limitarne la signoria del volere e di caricare il medico della responsabilità di operare le valutazioni del caso su una base *lato sensu* obiettiva.

Ebbene, queste due contraddizioni, unitamente a quella che può farsi in merito all'art. 1 co. VI, dov'è contemplata la legale impossibilità per il paziente di "esigere trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali" – terzo cenno – potrebbe aprire le porte, o quantomeno la finestra, a un giudizio meno *tranchant* sulla Legge in parola. Si potrebbe sostenere, cioè, che essa in un certo modo contemperi il «diritto» del paziente di autodeterminarsi liberamente in merito alle decisioni che concernono il proprio corpo, con la tutela e la salvaguardia «realistiche» – direbbe Danilo Castellano¹⁰⁸ – dei beni oggettivi rappresentati *in se* dalla vita e dalla salute. Allo stesso modo si potrebbe ritenere «eccessiva» la deduzione secondo la quale il medico, alla luce della normativa in parola, assuma un ruolo preminentemente tecnico-esecutivo, nell'ambito di un rapporto con il paziente ridottosi a una *locatio operarum*, in luogo della funzione propriamente terapeutica che invece lo caratterizza nell'ambito di un rapporto di cura propriamente detto. In merito a quest'ultimo aspetto, peraltro, la previsione normativa in virtù della quale "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura" (art. 1 co. VIII), deporrebbe a favore della tesi «più conciliante». A nostro avviso, però, una siffatta interpretazione rap-

108 Danilo Castellano, per esempio, scrive che "il Codice civile italiano [...] nonostante gli orientamenti contrari dettati dalle dottrine condivise dal legislatore dell'epoca, è pervaso dal realismo il quale è particolarmente evidenziato da [...] diverse (nda) disposizioni [...] e anche se (nda) il codice civile del 1942, stabilisce [...] che la legge [...] è la prima fonte del diritto [...], questa norma esce sostanzialmente indebolita, anzi «svuotata», [...] dall'articolato codicistico (nda)]. La norma [...], infatti, è il prodotto dell'attività del legislatore il quale, per dare veramente la legge, non può invocare qualcosa di «altro» rispetto al diritto [...]. Il legislatore, infatti, non ha il potere di trasformare in giuridico un qualsiasi comando [...]. Il Codice [...] rappresenta, pertanto, la sconfessione del positivismo giuridico assoluto che il legislatore dell'epoca dichiarò di volere instaurare" (D. Castellano, *Quale diritto?*, Napoli, 2015, pp. 113 e ss).

presenterebbe un tradimento della stessa *ratio legis* e un pericoloso errore di sottovalutazione, oltretutto un'errata qualificazione della stessa facoltà legale riconosciuta al medico di operare un certo sindacato sopra le decisioni del «paziente». Non approfondiamo i vasti termini del problema, ma ci limitiamo a rilevare che tutto l'impianto della normativa in disamina risulta per così dire viziato da una concatenazione di «errori genetici», i quali, di fatto, pongono in una posizione di preminente rilievo concettuale e di primaria tutela normativa la volontà del benessere, rispetto all'oggettività del bene e ciò, financo introducendo surrettiziamente, ma coerentemente, una certa *forma* di «diritto» all'eutanasia indiretta nel caso di "prognosi infausta a breve termine [...] e (nda)] sofferenze refrattarie ai trattamenti sanitari" (art. 2 co. II).

Se ci soffermiamo un momento, infatti, a riflettere sui limiti che la Legge pone all'autodeterminazione del *velle in se ipso* e sui criteri che essa stessa consente al medico di utilizzare per operare un «sindacato di legalità» sopra le richieste dell'interessato, tosto vediamo che essi non allignano nella natura dell'arte medica e nei principii propri della cura oggettivamente intesa, né, conseguentemente, allignano nel riconoscimento del valore della vita quale bene *in se* indisponibile, quanto piuttosto trovano la loro *causa essendi* in una opzione fatta propria dal Legislatore per motivi di contingente ragion di Stato, i cui termini (assai labili) risultano tutti interni all'economia (*rectius*, al μΝΘός-sistema) della medesima Legge e vieppiù sbilanciati verso l'accoglimento del paradigma volontaristico-liberale di stampo kantiano-lockiano. Abbiamo detto, invero, che il medico non è tenuto a compiere "trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1 co. VI) e che egli può disattendere le disposizioni anticipate di trattamento "qualora esse appaiano palesemente incongrue o non corrispondenti alla condizione clinica attuale del paziente, ovvero [qualora (nda)] sussistano terapie non prevedibili" (art. 4 co. V); abbiamo anche detto che, a mente della Legge in parola, "il tempo della comunicazione tra medico e paziente costituisce tempo di cura" (art. 1 co. VIII). Interrogandoci, però – questo è *l'ubi consistam* del problema –

sul significato da dare sia alla prerogativa che la Legge attribuisce al medico, consentendogli, nei casi veduti, di non eseguire le richieste del «paziente», sia sui criteri che egli deve utilizzare per vagliare le richieste medesime e dunque su che cosa debba intendersi per “buone pratiche clinico-assistenziali”, per incongruità o non corrispondenza delle cc.dd. disposizioni anticipate di trattamento e per cura – rimanendo agli esempi fatti – tosto dovremmo rilevare due dati di non poco momento. *In primis* dovremmo rilevare che la Legge *de qua* non impone al medico di disattendere le richieste “palesamente incongrue” o quelle aventi a oggetto “trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali”, ma solo gli consente di non assecondare, in questi casi, il *desideratum* del «paziente». Onde le “buone pratiche” e le «regole» (anche deontologiche) della medicina – ecco il punto – non vengono qui considerate dal Legislatore in guisa di norme inderogabili e cogenti nemmeno per il medico, quanto piuttosto esse vengono considerate alla stregua di opzioni operative, il cui accoglimento *in casibus* è rimesso alla libera e personale scelta dell’operatore. E ciò – si badi bene – quasi attribuendo al medico stesso la facoltà di opporre una obiezione «di» coscienza – come direbbe Danilo Castellano¹⁰⁹ – per ragioni di intima coerenza ai

109 Il diritto all’obiezione «di» coscienza, infatti, è da intendersi in guisa di «diritto» alla mera coerenza con le proprie opzioni, qualunque ne sia il contenuto e/o la causa propulsiva, ma anche... entro i limiti temporali e concettuali in cui esse vengano esercitate e fatte valere. Danilo Castellano parlerebbe, in questo caso, di “diritto [...] all’anarchia” (D. Castellano, *Obiezione di coscienza e pensiero cattolico*, in *Ethos e cultura*, Padova, 1991, pag. 925). Invero l’Autore ha correttamente osservato che “è contraddittorio chiedere il riconoscimento giuridico della disobbedienza poiché equivarrebbe a chiedere il diritto appunto all’anarchia [...] un’obiezione di coscienza [infatti (nda)] che possa far valere qualsiasi istanza o opinione non è più appunto obiezione bensì facoltà. Ove, però, l’individuo potesse far valere qualsiasi sua decisione come facoltà sarebbe insostenibile qualsiasi ordinamento giuridico (*Ibidem*) e ha chiaramente fatto osservare che “la coscienza morale moderna [...] quella che sta alla base dell’obiezione di coscienza e del diritto all’assoluta autodeterminazione del *velle* (nda)] non si limita a manifestare l’obbligo, ma pretende di generarlo. In tal modo, in realtà, lo vanifica, poiché, ove il soggetto fosse legislatore di sé medesimo, esso non sarebbe subordinato ad alcuna <legge>, non avrebbe

proprii convincimenti *lato sensu* professionali, quando l’istanza del «paziente» gli chiederebbe di violarli¹¹⁰. Si potrebbe quasi dire, allora, che il Legislatore abbia voluto qui trovare un punto di equilibrio tra l’autodeterminazione del volere del medico e l’autodeterminazione del volere del paziente, ma senza andare oltre agli schemi della volontà, né, tantomeno, perseguendo

alcun obbligo. [...] Il soggetto, in altre parole, sarebbe sovrano della legge morale” (D. Castellano, *La razionalità della politica*, Napoli, 1993, p. 37). Si osservi che anche Sergio Cotta pose il problema *de quo*; egli, come è noto, scrisse che “Antigone, Socrate, i martiri cristiani disobbediscono bensì per decisione propria [...], ma in nome delle ‘leggi non scritte’, del daimon, di Dio – non mai in proprio nome. Invece chi oggi disobbedisce [...] lo fa non solo per decisione propria ma anche in nome proprio, appellandosi alla sovranità della propria coscienza individuale” (S. Cotta, *Resistenza: in nome di che cosa?*, in *AA.VV. Autonomia e diritto di resistenza*, Milano, 1973, p. 284). La «vera» obiezione – sia ben chiaro – non è né quella «di» coscienza, né quella «legale», ma è quella «della» coscienza ed è quella che si manifesta, proprio per ubbidire a un principio obiettivo e razionale disatteso dall’Ordinamento vigente, in un contengo illegale, *id est* in una condotta morale e razionale, di scontro e di opposizione al Sistema, motivata dalla necessità di tenere fede, non a un’opzione purchessia, ma alla verità e al valore di essa. Esempio archetipico, in questo senso, è l’opposizione di Antigone a Creonte.

110 *Contra* la tesi di Salvatore Amato, il quale, commentando un Documento del Comitato Nazionale di Bioetica del 2003 sulle cc.dd. *living will*, ha rilevato che “questo diritto-dovere del medico di assumere, con adeguata motivazione, una decisione diversa da quanto auspicato dal paziente è molto diversa dall’obiezione di coscienza [...]. L’obiezione di coscienza serve a risolvere un conflitto di valori. Abbiamo l’incompatibilità tra due etiche [...]. Nel nostro caso, invece, si tratterebbe di quella che potremmo chiamare un’obiezione di conoscenza: non vi è nessun conflitto di valori, ma il medico si rende conto che la richiesta formulata tradisce un’erronea visione del problema e può serenamente prevedere che, se adeguatamente informato, il paziente avrebbe assunto una decisione diversa” (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., 2011, p. 2). Il *punctum dolens*, però, a nostro avviso, riguarda sia il modo e prima ancora la possibilità astratta di un «giudizio sostitutivo-prospettico» relativamente a un mero atto di volontà, quale è quello del c.d. consenso informato al trattamento medico – la volontà, infatti, non è né prevedibile né esercitabile *in vece* di altri –; sia il giudizio sulla “erronea visione del problema”, giacché la correttezza e l’erroneità della “visione” postulano un criterio oggettivo che alberga al di fuori dello spettro concettuale definito dall’assoluta autodeterminazione del volere.

il fine di riconoscere magari in minima parte l'indisponibilità del diritto alla vita e alla salute.

In secundis, poi, rileva che la nozione di cura o trattamento sanitario fatta (assurdamente) propria dal Legislatore, va ben oltre i limiti oggettivi che informano il concetto di cura *in se* e li stravolge: a mente della norma in parola, infatti, non solo rientrano nel novero dei "trattamenti sanitari la nutrizione artificiale e l'idratazione artificiale" (art. 1 co. V), i quali invece integrano gli estremi della mera assistenza alle normali funzioni dell'organismo (l'artificialità non essendo propria né dell'alimentare, né dell'idratare, se mai nella procedura utilizzata) – come abbiamo *supra* veduto – ma anche la dimensione *lato sensu* terapeutica dell'aspetto comunicativo-informativo, propria dell'autentico rapporto di cura che lega il paziente al medico, viene del tutto snaturata, giacché nell'adempiere l'obbligazione informativa *de qua*, il medico, a mente del disposto legislativo, non è libero di agire in scienza e coscienza nel rispetto dei principii proprii dell'arte medica, valutando, per il bene oggettivo del paziente, se e quali informazioni trasmettergli, in quale modo e con quali tempi, ma al contrario egli deve informarlo "in modo completo, aggiornato e [...] comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti [...] e dei trattamenti [...] indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto" (art. 1 co. III). Sicché, da un lato il medico è qualificato *ex lege* quale mero consulente dell'interessato, non potendo egli operare alcuna valutazione in ordine all'opportunità terapeutica delle informazioni da trasmettergli e dall'altro il significato stesso della cura (essendo considerato, lo ribadiamo, tempo di cura quello dedicato al momento informativo-comunicativo) viene ulteriormente svuotato del suo *proprium*, punto rappresentato dal fine di perseguire il bene della persona, e viene riempito di un significato tecnico-operativo, il quale di fatto trasforma il rapporto terapeutico in rapporto misto di consulenza e *locatio operis*. Lo stesso discorso, peraltro, rileva anche in merito alla valutazione di palese incongruità circa le disposizioni di trattamento che il medico potrebbe disattendere a mente dell'art. 4 co. V della Legge in parola e ciò, poiché, anche

in questo caso, l'incongruità medesima non può essere vagliata rispetto ai principii oggettivi rappresentati dal valore del bene della vita e della salute che informano *ex se* le *leges artis* proprie della medicina e dell'assistenza agli infermi¹¹¹, ma dev'essere coerentemente vagliata rispetto a due criteri, uno normativo-positivo e un soggettivo, interni alle stesse *rationes* della Legge in disamina. Il criterio normativo-positivo, infatti, è dato dallo stesso testo della legge: per esempio esso è dato dall'impossibilità di negare la natura terapeutica dell'alimentazione e dell'idratazione e dalla conseguente impossibilità di ritenere sproporzionato il rifiuto delle stesse (causativo della morte), rispetto a una mera difficoltà di assunzione degli alimenti e delle bevande per la via normale. Il criterio soggettivo, invece, è rappresentato dalle opzioni personali del medico (che siano comunque non-in-contrasto con la norma) e dalla eventuale rivendicazione del «diritto» alla coerenza con queste che egli invochi *in casibus*. Premesso, infatti, che per mezzo delle citate disposizioni di trattamento (cc.dd. D.A.T.), "ogni persona [...] in previsione di un'eventuale futura incapacità di autodeterminarsi e dopo avere acquisito adeguate informazioni mediche [...] può [...] esprimere le proprie volontà in materia di trattamenti sanitari, nonché il consenso o il rifiuto rispetto ad accertamenti diagnostici o scelte terapeutiche" (art. 4 co. I), risulta assai difficile ipotizzare che il giudizio di incongruità sulle stesse disposizioni possa basarsi sull'oggettiva preminenza valoriale del bene della vita e del bene della salute, rispetto a una scelta operata dal «paziente», la quale gli sia di pregiudizio compromettendoli. È ben vero, infatti, che le disposizioni di trattamento *pro futuro*, come anche la dommatica del consenso informato attuale, altro non fanno, se non proprio compen-

¹¹¹ Le tesi di Dworkin, per esempio, gravitano attorno a una sostanziale anomia dell'arte medica; egli respinge, infatti, "la tesi che considerazioni derivanti dalla natura della medicina [vale a dire dalla *lex artis* (nda)], o norme professionali [vale a dire principii deontologici (nda)], possano precludere la partecipazione dei medici a forme di morte assistita. [...] Se è emotivamente difficile [infatti (nda)] aiutare un paziente a morire [*id est*, agevolarlo nella realizzazione del di lui proponimento suicidiario (nda)], il medico non deve poter evitare di confrontarsi con tale difficoltà" (G. Dworkin, *La natura della medicina*, in G. Dworkin - R.G. Frey - S. Bok, *Eutanasia e suicidio assistito*, cit., p. 17).

diare in sé stesse il contenuto di una volontà che la persona esprime in merito agli interventi sul proprio corpo, con l'obiettivo di vincolare in tale senso l'operato dei sanitari indipendentemente dagli effetti che l'operato medesimo possa sortire¹¹². Diversamente il consenso e le disposizioni potrebbero solo avere a oggetto il *quomodo* della cura, soprattutto di quella c.d. salva-vita, ma non anche il suo *an*. Dunque, la lettura del combinato disposto tra la norma in materia di consenso informato, la quale lascia libero il medico di rifiutare i "trattamenti sanitari contrari [...] alle buone pratiche clinico-assistenziali" (art. 1 co. VI) eventualmente richiesti dal «paziente», e la norma in materia di disposizioni anticipate di trattamento, nella parte in ove essa dà al medico stesso la facoltà di disattendere le richieste del medesimo «paziente» le quali "appaiano palesemente incongrue" (art. 4 co. V), impone di rilevare che la facoltà del medico di non eseguire le «istruzioni» ricevute, proprio perché si tratta di una facoltà, di una possibilità e non di un dovere, può solo trovare, quale ambito concettuale di applicazione, il contrasto dell'opinione del medico con il contenuto delle istruzioni medesime e dunque la di lui rivendicazione di un «diritto» alla coerenza con i propri convincimenti.

La Legge sulla quale ci siamo brevemente soffermati, dunque, e dalla quale, pur con incoerenze e contraddizioni, in un certo senso emerge la *Weltanschauung* propria dell'ideologia politico-giuridica del nostro tempo, ci impone di prendere coscienza di un problema morale e giuridico di primaria importanza: esso è rappresentato dalla costante deriva dell'Ordinamento verso una forma di radicale nihilismo rispetto ai «rapporti» della persona con il proprio corpo, con la propria vita e con la propria salute. Ciò si traduce in un abbandono dell'individuo alla fallacia della propria volontà e in una strumentalizzazione sostanziale degli operatori sanitari, cui consegue necessariamente un profondo e inesorabile declino dell'arte medica. Quest'ultima, infatti, orbata della sua

112 Non a caso l'art. 1 co. VI della legge in parola coerentemente manda "esente da responsabilità civile e penale" il medico che abbia rispettata "la volontà espressa dal paziente di rifiutare il trattamento sanitario o di rinunciare al medesimo", qualora dall'omissione del medico stesso sia derivato in pregiudizio (oggettivo) al «paziente».

propria natura di *ars* e del suo proprio obiettivo fine (ippocratico) rappresentato dalla cura delle persone e dalla protezione (sanitaria) della vita umana, si trasforma in tecnica manipolatoria del corpo e dei suoi organi (geni, tessuti, cellule *et coetera*), alla mercé dei vari committenti... onde il problema della responsabilità medica si riduce a un problema di valutazione tecnico-peritale avente a oggetto la modalità dell'adempimento di una prestazione generalmente di risultato e solo occasionalmente di diligenza¹¹³.

Rudi Di Marco, Allievo del Prof. Danilo Castellano. Dottore Magistrale in Giurisprudenza nell'Università di Udine; Dottore di Ricerca dell'Università di Padova. Abilitato all'esercizio della professione di Avvocato dalla Corte d'Appello di Venezia. Autore di saggi apparsi su Riviste italiane (Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto; L'Ircocervo) e straniere (Catholica di Parigi; Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada di Madrid; Ethos e Prudentia Iuris di Buenos Aires; Derecho Público Iberoamericano di Santiago del Cile) e di una monografia (R. Di Marco, Autodeterminazione e diritto, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2017, pp. 430) apparsa nella Collana De re publica. Relatore in Convegni nazionali e internazionali. Assegnista presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Udine.
rudi.dimarco@libero.it.

113 È stato opportunamente rilevato, infatti, che "la cultura contemporanea ha spesso denunciato i limiti del paternalismo medico in nome dell'autonomia del paziente. Rispondere ai possibili abusi del paternalismo medico ricorrendo soltanto al principio di autonomia non serve a riequilibrare la relazione medico-paziente, ma anzi sembra condannarla alla conflittualità, nella quale si confrontano due autonomie [più propriamente dovremmo dire due *figurae* di autodeterminazione assoluta del *velle* (nda)] e due prospettive sulla malattia" (E. Sgreccia, *Manuale di Bioetica*, Milano, 2007⁴, I, p. 279). È stato anche detto, con riferimento al tema del *living will*, pur da un Autore più «aperto» di noi alla possibilità di una loro disciplina normativa, che la sua "intrinseca immoralità [...] consiste nell'accentuare le condizioni di solitudine, rinchiudendo il malato nel suo atto e il medico nella sua tecnica: l'uno impone, l'altro esegue" (S. Amato, *Eutanasie. Il diritto di fronte alla vita e alla morte*, cit., p. 166).

Lavoro e salute, diritti indivisibili

Giacomo Fiscarelli

ABSTRACT

Le vicende legate allo stabilimento siderurgico Ilva di Taranto contribuiscono a delineare come radicalmente incompatibili le tutele del diritto al lavoro e del diritto alla salute, immiserendo la centralità che esse rivestono nell'assetto costituzionale italiano. La consapevolezza della gravità della situazione impone, tuttavia, l'esigenza di elaborare un nuovo senso di responsabilità, alla luce del quale affrontare la necessità di tutelare integralmente i diritti umani.

The events concerning Ilva plant in Taranto contribute to the incompatibility of the right to work and the right to health, decreasing their central position in Italian constitution. A new sense of responsibility must rise from the seriousness of the situation, to protect both rights integrally.

1. RIFLESSIONI INTRODUTTIVE SUL BILANCIAMENTO AMMINISTRATIVO TRA DIRITTI UMANI FONDAMENTALI

Ormai percepita come irrisolvibile, la vicenda riguardante l'emergenza sanitaria che sta vivendo la città di Taranto, ed in particolar modo i quartieri adiacenti allo stabilimento Ilva, costituisce un significativo banco di prova per le istituzioni giuridiche e per il ruolo effettivo del diritto, sia per l'eterogeneità dei fattori che hanno contribuito a creare una tale problematicità, sia per la evidente contrazione della tutela dei diritti umani.

Se, infatti, i profili critici, che hanno contraddistinto la gestione dell'attività di pro-

PAROLE CHIAVE

DIRITTO AL LAVORO; DIRITTO ALLA SALUTE;
AMBIENTE; ILVA; "BUEN VIVIR";
NUOVE GENERAZIONI.

KEYWORDS

RIGHT TO WORK; RIGHT TO HEALTH;
ENVIRONMENT; ILVA; "BUEN VIVIR";
FUTURE GENERATIONS.

duzione, attraversano in modo trasversale i confini che idealmente delimitano le sfere del diritto¹, ciò che appare più drammatica è la pretesa incompatibilità tra le tutele del diritto al lavoro e del diritto alla salute.

¹ Nelle controversie legate alla vicenda dell'acciaiera di Taranto concorrono istituti di stampo sovranazionale, come lo sviluppo sostenibile; o europeo, l'utilizzo delle migliori tecnologie disponibili o il divieto di aiuti di Stato; di matrice amministrativa, per quanto riguarda il bilanciamento tra interessi a protezione necessaria o le attività di controllo e vigilanza delle amministrazioni pubbliche; di natura costituzionale, si pensi ad esempio al conflitto tra poteri dello stato e la mediazione nella tutela di diritti fondamentali; o di rilevanza penale, poiché i processi in corso vertono anche su gravi imputazioni come quella di "disastro ambientale".

Delineare specifiche aree del territorio dello stato², nelle quali alla comunità non sia possibile godere contemporaneamente di una buona soglia occupazionale e di dignitose prospettive di salute, rischia di compromettere il principio di democraticità, al quale si deve ispirare anche l'amministrazione nel suo complesso, affinché l'azione amministrativa concorra materialmente alla rimozione degli ostacoli alla piena uguaglianza dei cittadini³.

La reciproca coesistenza delle tutele in esame, infatti, può ottenersi solo attraverso un regime di confronto tra i valori e i principi costituzionali, senza del quale il pluralismo di essi, su cui si fonda il contesto democratico dell'Europa del secondo dopoguerra, rimarrebbe una mera enunciazione programmatica⁴.

Il compito delle istituzioni statali, non può, dunque esaurirsi nella scelta alternativa tra le due tutele, ma deve necessariamente estendersi a quello di garantire il contemporaneo ed integrale rispetto dei diritti fondamentali.

Continuando, invece, a sostenere le ragioni della radicale, ma inaccettabile, incompatibilità tra il diritto al lavoro e diritto alla salute, si corre il rischio di svilire il significato esistenziale, sociale ed evolutivo che permette al concetto di lavoro di rivestire nell'assetto costituzionale italiano il ruolo di vero e proprio valore su cui si fonda la comunità della Repubblica; allo stesso tempo, concorre il rischio di comprimere l'ineludibilità del rispetto del patrimonio ambientale, senza uno stato salubre del quale, è pressoché compromessa anche la fruizione dei diritti alla vita e alla libertà.

Sostenere che il mercato possa spontaneamente provvedere a garantire anche la bonifica dei siti contaminati, oltre a rappresentare astrazione più vicina al dogma che al metodo empirico, rischia di far dimenticare alle amministrazioni pubbliche che la tutela dei diritti fondamentali comporta loro anche obblighi

² Taranto rientra nei "SIN", siti di interesse nazionale ai fini della bonifica, assieme ad altri 40 siti contaminati sul territorio italiano www.isprambiente.gov.it/temi/suolo-e-territorio/siti-contaminati/siti-di-interesse-nazionale-sin; Sito consultato il 17/10/2018

³ E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2009.

⁴ G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

operativi di prestazione, quando eventi calamitosi o particolari situazioni di indigenza ne minacciano l'effettiva protezione⁵.

2. IL "CASO ILVA", PROFILI CRITICI

Com'è noto, la delicatezza della situazione tarantina è emersa definitivamente quando la magistratura ha disposto il sequestro di alcune aree, impianti e materiali dello stabilimento, denunciando la grave situazione di emergenza ambientale e sanitaria⁶; in seguito il governo ha autorizzato l'Ilva, riconosciuta stabilimento di "interesse strategico nazionale"⁷, alla prosecuzione dell'attività produttiva, attraverso un decreto legge convertito in legge il 24 dicembre 2012, n.231.

Nel gennaio 2013 i magistrati del Tribunale di Taranto hanno sollevato questioni di legittimità costituzionale, per presunta violazione degli art. 32 e 41, c.2, e per conflitto di attribuzione tra poteri dello stato. Con la sentenza n. 85 del 2013, la Consulta ha sostenuto che "tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri" perché, in caso contrario, "si verificherebbe l'illimitata espansione di uno dei diritti, che diverrebbe "tiranno" nei confronti delle altre situazioni giuridiche costituzionalmente riconosciute e protette, che costituiscono, nel loro insieme, espressione della dignità della persona"⁸.

Senza addentrarsi oltre nella ricostruzione giudiziaria e politica della vicenda⁹, e senza

⁵ G. Rossi, *Principi di diritto amministrativo*, 2010.

⁶ G. Assennato, *Il caso "Taranto" e il rapporto ambiente-salute nelle autorizzazioni ambientali*, in "Questione Giustizia", n.2, 2014

⁷ Per l'ambiguità di tale definizione si veda G. Arconzo, *Note critiche sul "decreto legge ad Ilvam", tra legislazione provvedimentale, riserva di funzione giurisdizionale e dovere di repressione e prevenzione dei reati*, in "Diritto penale contemporaneo", n. 1/2013.

⁸ D. Pamelin, *Il difficile bilanciamento tra diritto alla salute e libertà economiche: i casi ILVA e TEXACO-CHEVRON*, in "Costituzionalismo", n.2/2017.

⁹ L'attuale situazione del "caso Ilva" ha profonde radici storiche legate all'industrializzazione di matrice

aver pretesa di definire le responsabilità penali delle parti coinvolte o sindacare l'operato della Consulta¹⁰, è, tuttavia, possibile evidenziare alcuni profili di strutturale criticità.

2.1 L'IDENTIFICAZIONE TRA FABBRICA E CITTÀ

Il polo siderurgico rappresenta il vero centro nevralgico dell'economia della città di Taranto, senza la presenza del quale appare, ormai, impossibile proiettare piani di sviluppo economico, e di conseguenza sociale, e garantire prospettive di benessere agli abitanti; tuttavia, la fortissima identificazione tra la città e lo stabilimento contribuisce anche a delineare una sorta di inevitabile sottomissione dei diritti alla salute e alla tutela dell'ambiente nei confronti delle logiche della produzione industriale e della massima occupazione possibile.

Una condizione per cui alla comunità territoriale sia chiesto di scegliere tra l'acciaio e la vita, può rappresentare gli albori di un nuovo stato di natura, in cui le esigenze di autoconservazione e di reciproche libertà siano, non già minacciate costantemente, ma definitivamente qualificate come secondarie.

2.2 L'ASSUEFAZIONE AD UNA CONDIZIONE STRAORDINARIA

Se all'identificazione tra polo siderurgico e cittadinanza si aggiunge l'unicità del modello

pubblica del meridione e risente della mancata previsione, nel piano industriale che negli'80 portò ad un notevole incremento della capacità produttiva dello stabilimento, di adeguate contromisure per tutelare la protezione dell'ambiente. Inoltre, la controversa gara del 2016 per l'assegnazione dell'azienda commissariata e il più recente accordo tra governo, impresa e sindacati contribuiscono a caratterizzare come emergenziale e provvisorio l'approccio governativo, in luogo di un forse più doveroso approccio strutturale che individui politiche economiche sostenibili dall'ambiente anche in un futuro meno prossimo.

10 Le conclusioni della Corte nella sentenza 85/2013 sembrano delineare un quadro in cui l'interesse strategico della produzione possa ergersi a "tiranno" rispetto alle istanze della tutela della salute e dell'ambiente.

di sviluppo proposto, il quale trae la propria economicità dall'esternalizzare i costi sanitari e ambientali, i margini per sottrarsi all'idea che la situazione in esame sia "normale" o "legale" diventano sempre più esigui; l'impostazione dominante per cui la produzione industriale debba necessariamente rappresentare un pericolo per la salute non tiene conto degli indirizzi dell'Unione Europea¹¹ e l'inerzia nell'implementare misure urbanistiche, che possano contribuire a migliorare la salubrità dell'ambiente, stride decisamente con il dettato costituzionale.

Se inteso come ordinario, infatti, l'attuale assetto di bilanciamenti priverebbe definitivamente la salute della sua essenza di "diritto fondamentale dell'individuo e interesse della collettività"¹² e annullerebbe i limiti posti all'iniziativa economica privata, la quale è sì libera, ma "non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"¹³.

2.3 IL METODO GIURIDICO

Un ulteriore profilo di criticità si accompagna al metodo che sta caratterizzando questa fase storica della tutela dei diritti fondamentali: le, seppur drammatiche, contingenze non sembrano poter giustificare un ribilanciamento dei principi e dei diritti della struttura costituzionale che non sia esplicita espressione della comunità democratica e delle sue istituzioni; provvedimenti governativi, decisioni giurisdizionali, accordi tra sindacati e datore di lavoro o referendum aziendali non costituiscono ragione giuridica sufficientemente valida per ridisegnare la scala dei valori costituzionali.

La situazione che riguarda l'Ilva e la città di Taranto può e deve essere affrontata all'insegna del confronto attento tra istituzioni scientifiche e politiche per giungere ad una necessaria

11 Si pensi ad esempio all'enunciato "sviluppo sostenibile" ex art. 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), al "principio di precauzione" o al principio "chi inquina paga" ex art. 191 TFUE

12 Art. 32 Costituzione della Repubblica Italiana

13 Art. 41, 2° comma, Cost.

risoluzione, affinché sia ripristinato l'assetto di valori, che nella Costituzione trova manifestazione delle intenzioni della comunità; tuttavia, proprio per la sua natura di straordinarietà, non può rappresentare terreno per istituzionalizzare le logiche dell'occupazione e della produzione industriale come preminenti su quelle della tutela della salute e dell'ambiente.

3. IL DIRITTO AL LAVORO

Nelle sue varie accezioni, la tutela del lavoro riveste un'importanza fondamentale affinché si possa realizzare il pieno sviluppo della persona umana, poiché è attraverso il lavoro che i principi di uguaglianza, libertà e dignità acquisiscono effettività. La componente materiale del lavoro, infatti, costituisce presupposto necessario per predisporre le risorse necessarie al fine di realizzare la persona anche nelle sue istanze morali e spirituali.

Lo stretto rapporto che il lavoro intesse con il concetto di proprietà, ha permesso all'uomo di misurare la sua stessa libertà attraverso i frutti della propria fatica, poiché "qualsiasi cosa alla quale l'uomo abbia mescolato il suo lavoro, e alla quale abbia aggiunto qualcosa di proprio, per ciò stesso diviene sua proprietà"¹⁴.

Al concetto di lavoro, inoltre, si lega indissolubilmente una componente morale individuale, in quanto "proprio nel lavoro, [...] la coscienza diviene senso proprio"¹⁵, e concorre a realizzare il progresso, anche spirituale, della società¹⁶. Una realizzazione, quindi, che si articola sia nel lavoro, sia oltre il lavoro, perché nonostante esso abbia un'incidenza costante, quasi totalizzante nella mediazione delle relazioni umane, resta pur sempre al servizio dell'uomo, in quanto è l'uomo stesso la più alta essenza per l'uomo¹⁷.

14 J. Locke, *Secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, Milano, 1998.

15 G. W. F. Hegel, *Fenomenologia dello spirito*, Firenze, 1973.

16 Art. 4, 2° comma, Cost

17 K. Marx, *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, Roma, 1983.

3.1 LA NECESSARIA COESISTENZA TRA COMPONENTE MATERIALE E COMPONENTE MORALE

Osservato, dunque, anche nella sua dimensione etico-antropologica, il concetto di lavoro non può essere separato da altri bisogni dell'uomo, attraverso la soddisfazione dei quali, egli può raggiungere un dignitoso e libero sviluppo che integri e superi quello meramente materiale.

La componente materiale e quella etico-antropologica devono, quindi, necessariamente coesistere e compenetrarsi a vicenda, affinché il lavoro possa svolgere congiuntamente le funzioni di liberazione dal bisogno e di realizzazione della personalità. Il diritto al lavoro, infatti, non si può intendere come pienamente tutelato, né quando la retribuzione non garantisca un'esistenza libera e dignitosa¹⁸, né quando il livello di sicurezza sul luogo di lavoro non sia abbastanza alto, né quando il lavoratore sia svuotato della dimensione di uomo portatore di valori e diventi un semplice strumento di un ingranaggio produttivo o una percentuale statistica nell'indagine sulle assunzioni.

Il contesto contemporaneo di flessibilità e di arretramento dalle conquiste del secolo scorso minaccia di rievocare le condizioni di alienazione, cui erano sottoposti i proletari di fine ottocento, poiché il lavoratore non tutelato, rischia di diventare "oggetto passivo delle possibili combinazioni di circostanze, che può ringraziare la fortuna se per qualche tempo riesce a salvare almeno la vita. E, come è naturale, il suo carattere ed il suo modo di vivere si adattano a loro volta a tali circostanze"¹⁹. Sfortunatamente, quest'ultimo aspetto sembra già pienamente manifesto nella vicenda in esame, dove per difendere l'occupazione, ci si abitua a convivere con malattie di vario genere, a vedere i propri figli nascere già malati o a non poter godere più serenamente dei frutti della propria terra.

Per quanto clamorosamente fallita nella sua teoria economica, la critica *marxiana* all'insufficienza formale dei diritti dell'uomo proclamati

18 Art. 36 Cost.

19 F. Engels, *Situazione della classe operaia in Inghilterra*, Roma, 1955.

dalla rivoluzione francese resta insuperata²⁰ e non sembra risentire dell'incedere del tempo, quando la dimensione dell'essere persona si esaurisce nell'essere lavoratore. La tutela del diritto al lavoro, dunque, deve ancora tendere, e forse più di prima, ad evitare che il lavoro si trasformi in merce, sia perché non può esserci libertà quando le leggi permettono, che in alcuni eventi l'uomo cessa di essere persona e diventi cosa²¹, sia perché non può esserci pieno sviluppo della persona umana quando l'uomo è trattato solo come mezzo e non anche come fine²².

Il lavoro, evidentemente, non può esaurirsi in uno schermo del diritto di produzione, soprattutto se questo è esercitato antepoendo del tutto le logiche del profitto a quelle della tutela ambientale, della salute dei lavoratori e dei cittadini che vivono in prossimità delle strutture che rilasciano materiali inquinanti; allo stesso tempo elevate soglie occupazionali non soddisfano la tutela dei diritti umani se non sono sinonimo anche del rispetto della dignità della persona umana.

L'equiparare la tutela della salute a qualcosa che ostacoli permanentemente lo sviluppo economico delle industrie e, quindi, dell'intera società, è da ritenersi, dunque, non solo anacronistico²³, ma anche fuorviante, poiché nel rivendicare i diritti alla produzione, facendosi scudo dell'importanza che il lavoro riveste tra i valori costituzionali, non si possono anche rivendicare diritti ad un'industrializzazione selvaggia, che non rispetti i limiti di emissioni, che non sia oggetto di controllo e vigilanza o che non utilizzi le migliori tecnologie.

Le istanze della tutela della salute e dell'ambiente, infatti, non sono sollecitate dal desiderio di arrestare la produzione industriale, ma dalla necessità di promuovere nuovi modelli di sviluppo che abbiano rispetto della natura e della dimensione che essa detiene sulla salute degli esseri umani.

20 C. Cardia, *Genesi dei diritti umani*, Torino, 2005.

21 C. Beccaria, *Dei diritti e delle pene*, Milano, 2005

22 I. Kant, *Fondazione della metafisica dei costumi*, Milano, 2003.

23 Si guardi alle politiche innovative che hanno permesso di superare le emergenze ambientali, per esempio, a Bilbao, Pittsburgh o nel bacino della Ruhr.

4. I DIRITTI ALLA SALUTE E ALLA TUTELA DELL'AMBIENTE

Difendere il deposito della salute pubblica dalle usurpazioni particolari, costituisce fondamento per il diritto del sovrano di punire i delitti²⁴, ed è volta allo scopo di garantire la tutela della vita di ciascuno, messa in pericolo dalla situazione di incertezza e di guerra potenziale tra tutti propria dello stato di natura²⁵, in cui ogni essere umano detiene il potere di fare tutto ciò che egli ritiene utile per la preservazione di se stesso e degli altri²⁶.

La preservazione della propria integrità, dunque, costituisce presupposto ineludibile del nucleo essenziale dei diritti fondamentali; è, infatti, strettissimo il legame che unisce la tutela della salute collettiva e quella del diritto alla vita, poiché entrambe condividono la caratteristica di essere alla base di tutti gli altri diritti fondamentali.

L'elevata casistica di malattie riscontrate nei bambini nel primo anno di vita nei quartieri adiacenti i siti contaminati²⁷, fa riflettere come in alcuni casi le due tutele si trovino necessariamente a coincidere, e come sia da ridiscutere un modello sociale, che non riesca a garantire in maniera efficace la preservazione degli individui fin dalla loro nascita, relegando quei nascituri a prospettive di esistenza, che difficilmente incontrano lo spirito della Costituzione italiana e la dignità che essa vuole tutelare sopra ogni altra cosa, insieme alla vita dei cittadini.

Se, inoltre, il concetto di salute viene analizzato alla luce della definizione dell'OMS²⁸, appare ancora una volta evidente come non lo si possa tutelare senza tutelare contemporaneamente anche i diritti sociali e le propensioni

24 C. Beccaria, *Dei diritti e delle pene*, cit.

25 M.A. Cattaneo. *Giusnaturalismo e dignità umana*, Napoli, 2006.

26 *Ibidem*

27 Secondo lo studio Sentieri, per quanto riguarda il primo anno di vita, vi è un eccesso compreso tra l'8 e il 16% rispetto alla media regionale, per le malattie respiratorie acute ed asma.

28 L'Organizzazione Mondiale della Sanità definisce il diritto alla salute nella sua Carta fondativa del 1948 come "stato di completo benessere fisico, mentale e sociale e non semplice assenza di malattia".

morali degli individui; nella sua prospettiva di rappresentare uno stato di pieno benessere fisico, psichico e sociale, dunque, il diritto alla salute compenetra interamente la vita in quanto tale e da questa coincidenza mutua il suo carattere di diritto fondamentale²⁹.

Per quanto utopistica e criticabile, la definizione richiamata apre alla possibilità di notare il ruolo pervasivo ed insostituibile della salute, e l'evoluzione di tale concetto, rende possibile considerare l'individuo nelle sue tre dimensioni: biologica, mentale e sociale; è altresì importante ricollegare ad esso anche aspetti ambientali, come clima, grado di inquinamento, condizioni di salubrità, etc., consolidando l'inquadramento del concetto in esame come una risorsa della vita quotidiana, e non come l'obiettivo del vivere.

Rassegnarsi all'aumento dell'incidenza dei tumori pediatrici nei paesi industrializzati sembra il fallimento di una società, che voglia tutelare come bene primario quello alla vita. Si incorre, inoltre, nel rischio di dilapidare le maggiori conquiste compiute dal pensiero moderno sul tema della convivenza sociale, delle quali i primi quattro capitoli della Costituzione sembrano costituire riepilogo, e "di non comprenderne né la lettera né lo spirito, se non mettendola a raffronto con lo sviluppo storico degli ultimi secoli"³⁰.

4.1 IL COSMOCENTRISMO DELL'AMERICA LATINA

La salute, quindi, costituisce condizione ineliminabile per il diritto e riguarda gli uomini ed il loro ambiente naturale; recenti sviluppi giuridici sembrano prestare molta attenzione a questo aspetto, tanto da proiettarci nella nuova era del riconoscimento della natura e del patrimonio ambientale salubre come veri

29 Quello alla salute è l'unico diritto sancito esplicitamente come fondamentale nella Costituzione. Certo non espone alla pretesa di farlo assurgere come diritto "tiranno", ma da tale riconoscimento emerge la portata che esso assume nell'assetto dei valori e dei principi costituzionali.

30 N. Bobbio, F. Pierandrei, *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1982.

e propri baluardi da tutelare e rispettare nella post-modernità.

La recente costituzione dell'Ecuador, ad esempio, pone tra i doveri fondamentali dello Stato, quello di "promuovere lo sviluppo sostenibile e l'equa distribuzione delle risorse e della ricchezza, per l'accesso al buon vivere"³¹ e l'altrettanto recente testo costituzionale della Bolivia, addirittura individua tra i principi etici e giuridici della società plurale, che lo Stato assume e promuove, quelli del "vivere bene", della "vita armoniosa" e della "terra senza male"³².

Evidentemente tutelare il diritto alla vita, esige la conservazione della vita e il rispetto della salubrità del territorio sul quale si fonda ogni comunità appare come condizione necessaria affinché tale conservazione possa essere attuale ed effettiva.

Oltre alla possibilità di intravedere negli sviluppi costituzionali di Ecuador e Bolivia, l'emergere del riconoscimento della terra come vero e proprio soggetto di diritto, intesa come casa comune dell'intera comunità, fonte di ricchezza e presupposto del buon vivere, la riflessione sulla tematica dei beni comuni³³ pone la sfida di riflettere sulla categoria del progresso, per reinterpretarla razionalmente alla luce delle nuove necessità di tutela sorte dalle emergenze ambientali nel contesto contemporaneo.

D'altro canto, la tematica dell'armonica convivenza dell'uomo con la natura ha radici sin nell'antichità classica: per l'etica stoica, infatti, stabilire l'accordo tra la natura e l'uomo costituiva il fine stesso dell'uso della ragione³⁴ e, Platone, addirittura, colloca la buona salute nel novero di quei particolari beni, tali da essere accettati "non per il desiderio dei vantaggi che ne derivano, ma perché ci sono cari per se stessi"³⁵. Questa particolare attenzione sembra presente anche in Hobbes, che con parole cariche di enfasi definisce la terra e il mare dello Stato "le due mammelle della nostra madre

31 Art.3, 5° comma, Costituzione politica dell'Ecuador.

32 Art.8, 1° comma, Nuova costituzione politica dello stato boliviano.

33 S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012.

34 N. Abbagnano, G. Fornero, *Protagonisti e testi della filosofia*, Milano, 2000

35 Platone, *La Repubblica*, Milano, 2008

comune”³⁶, inducendo a ritenere che anche la terra e il mare dello Stato debbano rientrare nella protezione di quel diritto alla vita, su cui si fonda il contrattualismo del filosofo inglese.

La possibilità contemporanea dell'uomo di indirizzare gli eventi naturali costituisce, dunque, nuova frontiera di riflessione sul ruolo dello Stato nella tutela del patrimonio ambientale, dalla quale dipende direttamente la fruizione di altri diritti fondamentali. La generazione attuale, infatti, ha una capacità di incidere sulle future generazioni senza precedenti e dalla responsabilità di agire nell'interesse dell'umanità, sorge l'esigenza di delineare nuovi scenari giuridici, che, senza affrancarsi dagli istituti della proprietà o del libero mercato, sappiano ridimensionarne la portata, al fine di garantire le libertà e la dignità anche alle generazioni di esseri umani che si avvicineranno a quella contemporanea.

Il “cosmocentrismo” delle citate costituzioni di Ecuador e Bolivia sembra trovare radici nella, quanto mai attuale, riflessione etico-filosofica di Hans Jonas, il quale, nel criticare le antropocentriche etiche tradizionali, pone l'attenzione sugli effetti a lungo termine del nostro agire e si pone la domanda “se continuiamo a consumare energia e a inquinare il pianeta con gli attuali ritmi, che destino riserveremo ai nostri figli e nipoti”³⁷?

5. NUOVO IMPERATIVO ETICO, CONCLUSIONI

Da qui sorge, pertanto, la necessità di formulare un nuovo imperativo etico che si sposi coerentemente con le conquiste storiche sia sul tema del diritto alla vita, per cui bisogna agire “in modo che le conseguenze dell'azione non distruggano la possibilità futura di tale vita”³⁸, sia sul tema della dignità umana, per cui occorre ricordare che prima di essere responsabili verso gli uomini, noi siamo assolu-

³⁶ T. Hobbes, *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Bari, 2008

³⁷ H. Jonas, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993

³⁸ *Ibidem*

tamente responsabili verso l'idea di uomo³⁹, in assenza della quale risulta inutile o meramente retorico parlare di dignità.

Gli stati, dunque, sono chiamati a far propria questa responsabilità verso i cittadini attuali e quelli futuri, se vogliono continuare la primaria funzione di conservazione dell'individuo e della specie, dalla quale traggono l'origine del proprio potere.

Nella dialettica tra lavoro e salute, in conclusione, non si può assolutamente lasciare spazio ad istanze che li tengano divisi, o li qualificano come alternativi, poiché sarebbe razionalmente impossibile tutelare la realizzazione della personalità, senza garantire, prima o simultaneamente, adeguate prospettive di autoconservazione materiale dell'individuo. Bisogna, inoltre, prestare sempre maggiore attenzione affinché la ragione che causi la contrazione nella tutela dei diritti alla salute o all'ambiente sia quella profonda di proteggere il lavoro e le sue funzioni materiali e morali e non quella retorica di proteggerlo solo al fine di poter perpetrare l'irresponsabilità di alcuni cicli produttivi o l'inerzia statale in materia ambientale.

La nuova frontiera della battaglia per il riconoscimento dei diritti umani e la loro difesa sembra, dunque, costituita dalla necessità di individuare minimi ecologici giuridici da rispettare, o da ripristinare nel caso siano stati precedentemente travalicati, che permettano alle generazioni attuali e future di fruire in modo eguale e libero dei beni comuni e di vivere nel rispetto della naturale dignità di cui l'essere umano è portatore.

Giacomo Fiscarelli è laureato in giurisprudenza presso l'Università degli Studi del Sannio, con tesi sull'impatto delle nuove tecnologie sul patrimonio culturale. Nominato cultore della materia di Filosofia del diritto presso l'Università degli Studi del Sannio, collabora con la relativa cattedra. giacomofiscarelli@gmail.com

³⁹ *Ibidem*

Retrotopia. L'utopia che guarda al passato

Arianna Maceratini

ABSTRACT

Retrotopia, il titolo di una recente opera di Zygmunt Bauman, evoca l'idea di un'età della nostalgia nella quale il futuro è demonizzato ed è affrontata un'opinabile rivalutazione del passato. Questo tipo di utopia al contrario deriva dalla negazione della classica utopia ed è basata sull'insuperabile rischiosità di ogni decisione e delle incognite che questa comporta nel tentativo di conciliare, nella società postmoderna, la sicurezza e la libertà individuale. Le speranze di miglioramento individuale e collettivo vengono, dunque, ricollocate dalla propria sede naturale, cioè il futuro, in interpretazioni particolaristiche del passato che si presuma stabile e maggiormente affidabile proprio perché già dato. Il processo a ritroso - determinato, in larga parte, dall'insieme di condizioni e processi politici, economici e sociali che genericamente vengono definiti con il termine di globalizzazione nonché dalla progressiva trasformazione dell'individuo in merce di consumo da pubblicizzare e vendere sul mercato - non consiste, tuttavia, in un ritorno al passato come tale, bensì in una sua parziale valorizzazione connessa ad una memoria e ad un oblio selettivi che volgono uno sguardo particolaristico e non oggettivo rivolto agli eventi passati. La privatizzazione e l'individualizzazione dell'idea di progresso che ne conseguono conducono alla riconsiderazione del modello della comunità tribale, al ritorno alla concezione di un io primordiale, all'abbandono della nozione di ordine civile come contesto regolato da principi non negoziabili e, infine, alla giustificazione di un diritto di gruppo, frequentemente identificato con la nazione. L'attestazione di una filosofia e di una politica manageriale pone le basi per il ritorno al paradigma della tribù e della lotta tra tribù estranee che esistono e sopravvivono per differenza, ovvero, nel reciproco rimando negativo. L'ottimistica utopia della modernità si specifica allora, nella società complessa, come retrotopia diffidente e rassegnata, indicante la strada di un narcisistico ritorno al grembo materno.

Retrotopia, the title of a recent work by Zygmunt Bauman, evokes the idea of an age of nostalgia in which the future is demonized and is faced with an debatable re-evaluation of the past. This type of utopia, on the contrary, derives from the negation of the classic utopia and is based on the insurmountable riskiness of every decision and the unknowns that this entails in the attempt to reconcile individual security and freedom in post-modern society. The hopes for individual and collective improvement are therefore relocated from their natural home, the future, into particularist interpretations of the past that are presumed to be stable and more reliable precisely because they have already been given. The backward process - determined, in large part, by the set of political, economic and social conditions and processes that are generally defined by the term globalization and by the progressive transformation of the individual into consumer goods to be advertised and sold on the market - it does not consist, however, in a return to the past as such, but in a partial valorization connected to a selective memory and oblivion that take a particularistic and non-objective look towards past events. The privatization and individualisation of the idea of progress that follow leads to the reconsideration of the model of the tribal community, the return to the conception of a primordial ego, the abandonment of the notion of civil order as a context governed by non-negotiable principles and, finally, to the justification of a group right, frequently identified with the nation. The attestation of a managerial philosophy and politics lays the foundations for the return to the paradigm of the tribe and of the struggle between foreign tribes that exist and survive by difference,

that is, in mutual negative reference. The optimistic utopia of modernity is then specified, in the complex society, as a diffident and resigned retrotopia, indicating the path of a narcissistic return to *mother's womb*.

RETROTOPIA

Retrotopia, il titolo di una recente opera di Bauman, evoca l'idea di un'età della nostalgia nella quale il futuro è demonizzato ed è affrontata un'opinabile rivalutazione del passato. Questo tipo di utopia al contrario deriva, secondo l'autore, dalla negazione della classica utopia, ed è basata sull'insuperabile rischiosità di ogni decisione e delle incognite che questa comporta nel tentativo di conciliare, nella società postmoderna, la sicurezza e la libertà individuale¹. Le speranze di miglioramento individuale e collettivo vengono, dunque, ricollocate dalla propria sede naturale, cioè il futuro – concepito come incerto perché dipendente da scelte – in interpretazioni particolaristiche del passato che si presume stabile e maggiormente affidabile proprio perché già dato. La retrotopia si situa, allora, in un passato non ancora superato e guarda con pessimismo ad un futuro ancora da delineare. “Un simile dietrofront trasforma il futuro, da habitat naturale di speranze e aspettative legittime, in sede di incubi (...). La via del futuro somiglia stranamente a un percorso di corruzione e degenerazione. Il cammino a ritroso, verso il passato, si trasforma perciò in un itinerario di purificazione dai danni che il futuro ha prodotto ogni qual volta si è

¹ “Termini teoricamente contrapposti e inconciliabili che nella pratica si privano a vicenda della forza d'attrazione e della capacità d'agire e risolvere problemi”, Z. Bauman, *Retrotopia*, Cambridge 2017; trad. it., *Retrotopia*, Bari-Roma, 2017, p. 142.

PAROLE CHIAVE

RETROTOPIA; PASSATO; FUTURO; MEMORIA; OBLIO; SICUREZZA; LIBERTÀ INDIVIDUALE; CONSUMATORE; TRIBÙ; DIRITTO DI GRUPPO; GREMBO MATERNO.

KEYWORDS

RETROTOPIA; PAST; FUTURE; MEMORY; OBLIVION; SAFETY; INDIVIDUAL FREEDOM; CONSUMER; TRIBE; GROUP LAW; MOTHER'S WOMB.

fatto presente”². È indispensabile precisare che il processo a ritroso, di cui parla l'autore, non consiste in un ritorno al passato come tale, bensì in una sua parziale valorizzazione connessa ad una memoria e ad un oblio selettivi che volgono uno sguardo particolaristico e non oggettivo agli eventi passati. Non il passato com'era, ma come *potrebbe essere immaginato* costituisce il fondamento della *politica della memoria*, non più rivolta al futuro della gestione delle istanze sociali ma situata nello spazio, manipolabile ed influenzabile, del ricordo. “Nella pratica della politica della memoria il futuro e il passato si sono – o è come se si fossero – scambiati i rispettivi punti di vista. La duttilità del passato, la facilità di plasmarlo e riplasmarlo, è sia la condizione necessaria della *politica della memoria*, sia il presupposto quasi assiomatico della sua legittimità, sia infine ciò che permette di ricrearlo e reinterpretarlo all'infinito”³. L'interpretazione del passato come *zona comfort*, nella relatività e molteplicità delle sue narrazioni possibili, sostiene e giustifica, paradossalmente, visioni fideistiche dello stesso, svincolate da verifiche oggettive e sottratte al confronto: “In fatto di fede, lo scopo del dibattito non è arrivare a un accordo, ma mostrare che l'avversario è incurabilmente sordo e cieco alla ‘verità dei fatti’”⁴. A tale condizione si accompagna la privatizzazione dell'idea di progresso, svincolato da ogni assolvimento di obblighi o servizi sociali.

² Ivi, pp. XVI-XVII.

³ Ivi, pp. 55-56.

⁴ Ivi, p. 60.

La retrotopia abbandona, pertanto, le visioni utopistiche di una società futura alternativa e migliore rispetto a quella attuale mentre il progresso evoca scenari negativi e comunque maggiormente svantaggiosi rispetto alle situazioni vissute⁵. L'aspettativa di condizioni esistenziali migliori si è ormai "svincolata dal suo indissolubile connubio con il futuro e – sulla strada che conduce al divorzio – è stata mercificata, affidata ai mercati consumistici e spaventosamente depauperata svuotandola di rilevanza etica"⁶. L'individualizzazione dell'idea di progresso, conduce come si vedrà nel prosieguo, alla riconsiderazione del modello della comunità tribale, al ritorno alla concezione di un io primordiale, all'abbandono della nozione di ordine civile come contesto regolato da principi non negoziabili e, infine, alla giustificazione di un *diritto di gruppo*, frequentemente identificato con la nazione⁷. Irreversibili risvolti sociali quali la flessibilizzazione, o meglio la precarizzazione, del lavoro, la molecolarizzazione dei legami e la delineazione di esistenze vissute nella dimensione dell'*anonimato*⁸, dimostrano come "non lo stare insieme ma l'evitarsi e lo star separati"⁹ siano diventate precipue strategie di sopravvivenza nelle società contemporanee. D'altro

5 Cfr. *ivi*, pp. 51 sgg.

6 *Ivi*, p. 128. La linea di demarcazione tra consumo e consumismo viene tracciata da Bauman allorché il consumo diventa il principale scopo dell'esistenza, la principale forza che alimenta e fa funzionare la società, processo che condurrebbe alla distorsione delle possibilità di scelta e di comportamento individuale, cfr. Z. Bauman, *Consuming Life*, Cambridge, 2007; trad. it., *Consumo, dunque sono*, Bari, 2010, pp. 36-37.

7 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. XIX.

8 Nella descrizione dell'individualizzazione e della disgregazione dei legami sociali Bauman riprende l'analisi di Sennett sulla vita urbana contemporanea, cfr. Z. Bauman, *Globalization. The human consequences*, Cambridge 1998; trad. it., *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Bari, 1999, p. 49-51. Su questo tema, si veda R. Sennett, *Uses of Disorders: Personal Identity and City Life*, London, 1966; trad. it., *Usi del disordine: identità personale e vita nella metropoli*, Genova, 1999, pp. 39-43.

9 Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 55. Beck, al riguardo, descrive la tipica conformazione *ad arcipelago* dell'ordine sociale contemporaneo, cfr. ad esempio, U. Beck, *Risikogesellschaft: auf dem weg in eine andere moderne*, Frankfurt a. M., 1986; trad. it., *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Roma, 2000, pp. 17 sgg.

canto, la perdita di centralità delle tradizionali istituzioni politiche e sociali, determinata dalla problematizzazione dell'equilibrio tra sistema economico, sistema giuridico e sistema politico e connessa a processi di deresponsabilizzazione statale – tratti caratteristici della *modernità liquida* – crea ambiti di incertezza individuale tradotti in coazione al consumo¹⁰. Tale situazione sembra determinata, in larga parte, dall'insieme di condizioni e processi politici, economici e sociali che genericamente vengono definiti con il termine di globalizzazione. "Possiamo dire senza esagerare molto che il termine 'globalizzazione' definisce la natura disordinata dei processi che hanno luogo al di sopra del territorio 'coordinato primariamente' dai 'massimi livelli' del potere istituzionalizzato, vale a dire dagli stati sovrani (...). Il nuovo 'disordine mondiale' detto globalizzazione ha tuttavia un effetto autenticamente rivoluzionario: la svalutazione dell'ordine in quanto tale (...). Nel mondo che si va globalizzando l'ordine diventa l'indice dell'impotenza e della subordinazione"¹¹. Naturalmente l'autore, che nel passaggio citato riprende alcune riflessioni di Beck non si fa qui sostenitore di una visione del mondo inautentica e conservatrice, ma sottolinea, piuttosto, come la flessibilità intesa quale deregolamentazione, che è caratteristica della società globale, comporti uno squilibrio tra potere e politica, tra sfera pubblica e sfera privata.

POLITICA E POTERE

In particolare, la modellizzazione del sistema politico su dinamiche prettamente privatistiche ha stravolto il nesso tra sfera pubblica e

10 La modernità, secondo Bauman, descrive il tentativo di sottrarsi alle incertezze che avevano qualificato l'Ancien Regime ed è strettamente connessa all'idea della regolamentazione, cfr. Z. Bauman, *Modernity and ambivalence*, Cambridge, 1993; trad. it., *La società dell'incertezza*, Bologna, 1999, p. 101. Ben presto, tuttavia, "ai disagi dei vincoli subentrarono – non menounmilianti, spaventosi e gravosi – i rischi che inevitabilmente finirono per saturare quella condizione di autonomia imposta per decreto", Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. XVI.

11 Z. Bauman, *The Individualized Society*, Cambridge 2001; trad. it., *La società individualizzata. Come cambia la nostra esperienza*, Bologna, 2002, p. 48.

privata lasciando che interessi particolari - di pubblico dominio non già di pubblica rilevanza - invadano e colonizzino la sfera degli interessi generali¹². “Grazie a questo nostro ‘accattonaggio’ della sfera pubblica, distruggiamo letteralmente lo spazio di tutti quegli argomenti che sono davvero pertinenti alla sfera pubblica. Il risultato è la morte della politica intesa come agire politico del cittadino all’interno del dibattito pubblico. Il nativo liquido oggi si muove solo all’interno della propria individualità e cerca affannosamente di notorizzarla per invadere la sfera pubblica”¹³. L’assolutizzazione dell’ottica privata del cittadino viene rafforzata dalla scoraggiante perdita di efficacia dei processi di formazione democratica delle opinioni e delle decisioni, nonché da una sfera pubblica progressivamente depoliticizzata e coincidente con la sfera privata di azione¹⁴. Ne consegue la restrizione dello spazio comune e la perdita di efficacia delle tradizionali istituzioni deputate alla rappresentanza democratica degli interessi. “Il privato è pubblico, e va celebrato e consumato da un gran numero di ‘amici’ e ‘utenti casuali’”¹⁵. Si vedrà in seguito come la

12 Cfr. Z. Bauman, T. Leoncini, *Nati liquidi*, Milano, 2017, p. 21.

13 *Ibidem*.

14 Secondo il pensiero di Habermas, “il privatismo familiar-professionale è complementare al privatismo dei cittadini; esso consiste in un orientamento familiare con interessi sviluppati nel senso del consumo e del tempo libero da una parte, e dall’altra in un orientamento caratteristico conforme alla concorrenza per lo status. Il privatismo corrisponde alle strutture di un sistema di formazione e di occupazione regolato mediante la concorrenza nella prestazione”, J. Habermas, *Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus*, Frankfurt a. M., 1973; trad. it., *La crisi della razionalità nel capitalismo maturo*, Roma-Bari, 1976, p. 84. Per un utile approfondimento di questo tema nei termini della teoria discorsiva di Habermas, si veda J. Habermas, *Was die Welt zusammenhält. Vorpolitische moralische Grundlagen eines freiheitlichen Staates*, Bayern, 2004; trad. it., *Quel che il filosofo laico concede a Dio (più di Rawls)*, in J. Habermas, J. Ratzinger, *Ragione e fede in dialogo. Le idee di Benedetto XVI a confronto con un grande filosofo*, Venezia, 2005, pp. 51-52. Sul concetto di sfera pubblica nella teoria discorsiva: J. Habermas, *Internet and the Public Sphere*, 2014, testo online in www.habermasforum.dk; J. Habermas, *Religion und Öffentlichkeit*, Frankfurt a. M. 2012.

15 Z. Bauman, D. Lyon, *Liquid Surveillance. A Conversation*, Cambridge 2013; trad. it., *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, Roma-Bari, 2015, p. XXV.

privatizzazione quale involuzione della sfera pubblica si risolve nella ricerca di visibilità in palcoscenici virtuali e nell’urgenza individuale di esibirsi in essi. Qui è da rilavare come una causa primaria del crescente divario tra potere e politica, tra possibilità di fare e possibilità di decidere cosa fare – che è prerogativa dello Stato sovrano – si rinvenga nella difficoltà di quest’ultimo nel garantire l’inderogabilità, la non negoziabilità e la vincolatività del confine che intercorre tra l’esercizio della legittima forza statale e l’efficacia di poteri informali e aterritoriali, svolti al di fuori delle tradizionali procedure politiche e democratiche. Lo stesso ambito della politica appare “inesorabilmente ridotto e svuotato dalla ‘sussidiarizzazione’ o ‘appalto’ di un numero sempre maggiore di funzioni, precedentemente dirette e gestite dalla politica, a forze di mercato dichiaratamente non politiche”¹⁶. Le funzioni e i compiti statali, attraverso i quali l’organismo pubblico trae la propria legittimazione, vengono dunque progressivamente distribuite al livello inferiore della “politica della vita”¹⁷, cioè risolte in quel contesto nel quale ogni individuo riceve da sé stesso e per sé stesso l’inedita e ambigua investitura di autorità legislativa, esecutiva e giudiziaria. “Ciò significa che il dominio si ottiene da un lato abolendo le regole che limitano la propria libertà di scelta e dall’altro imponendo il massimo possibile di regole restrittive alla condotta altrui. Quanto maggiore è la mia libertà di manovra tanto maggiore è il mio potere”¹⁸. Tra le cause individuate dall’autore, oltre alla progressiva perdita di efficacia delle tradizionali prerogative statali, determinata per lo più dai processi della globalizzazione, un ruolo di primaria attenzione è svolto, altresì, dall’interruzione del nesso tra capitale e lavoro, ovvero, dalla perdita

16 Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 180.

17 “Questa società è ormai assuefatta a ‘subappaltare’ e trasferire le attività politiche di interesse collettivo nell’ambito della ‘politica della vita’ gestita individualmente (...). Il capitale sociale non è l’unica vittima dell’azione di logoramento condotta dalla nostra società individualizzata, privatizzata, dedita soprattutto a cedere i compiti della Politica (con la maiuscola) alla ‘politica della vita’ progettata, gestita e monitorata a “livello individuale”, Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., pp. 95-96.

18 Z. Bauman, *La società individualizzata*, cit., p. 48.

di centralità dello Stato sociale, capace di condurre ad una società individualizzata e deregolamentata, portatrice di alleanze e coalizioni *ad hoc*¹⁹. “La liberazione dai vincoli normativi è stata a dir poco a senso unico”²⁰. La sovranità liquida e nominale²¹, descritta da Bauman, suggerisce allora un Leviatano dai confini territoriali porosi e facilmente permeabili²², ovvero, una contraddizione in termini. “Il risultato è che il Leviatano ha perso, in qualsiasi senso che non sia meramente formale, il presunto monopolio comunemente accettato sulla definizione della linea di demarcazione tra violenza legittima e illegittima (...). La conseguenza di tutti questi sviluppi è che lo Stato ha abbandonato nella pratica il proprio ruolo di paladino e custode della sicurezza, per diventare uno (il più efficace forse) dei tanti fattori che cooperano nell’elevare al rango di condizioni umane permanenti l’insicurezza, l’incertezza e il rischio per l’incolumità”²³. Tale condizione di crisi perma-

nente²⁴ è, appunto, determinata dalla separazione, anzi dal “quasi divorzio”, afferma Bauman con un tocco di ironia, tra potere e politica che si concretizza nello squilibrio spaziale e temporale sussistente tra la dimensione globale delle incognite sociali, da un lato e, dall’altro, il carattere particolaristico e locale delle procedure politiche e giuridiche di regolazione della collettività²⁵. “Il potere esiste ormai nello spazio globale ed extraterritoriale, mentre la politica, che un tempo raccordava interessi individuali e pubblici, rimane locale e non è in grado di operare su scala planetaria”²⁶. Ciò rimanda, seguendo l’interpretazione di Bauman dell’analisi di Beck, all’incongruità tra *condizione* cosmopolitica e *consapevolezza* cosmopolitica della società globale alla quale corrisponde l’inadeguatezza degli strumenti deputati a farvi fronte²⁷. I poteri si emancipano dal controllo della politica che mostra un incolmabile deficit di potere²⁸. Quello della limitatezza degli strumenti politici e giuridici idonei a fronteggiare le problematiche sociali della società globale “è il dilemma più arduo fra tutti quelli in cui l’umanità si trova di fronte: il meta-dilemma da cui dipende, in ultima analisi, la soluzione di tutti i dilemmi minori che ne derivano. C’è un abisso sempre più grande tra ciò che si *deve* fare e ciò che si *può* fare”²⁹. La destrutturazione dell’equilibrio tra politica, diritto ed economia, che comporta la

19 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, p. 95. Sulla progressiva dissoluzione, nella società globale, del legame tra capitale e lavoro e sui disagi individuali causati da un’iniqua distribuzione dei sacrifici nei differenti strati sociali, capace di creare un clima di privazione universale e permanente che favorisce il ritorno al modello della tribù, cfr. *ivi*, p. 86 e p. 97.

20 *Ivi*, p. 86.

21 Cfr. *ivi*, p. 14.

22 Cfr. *ivi*, p. 13.

23 *Ibidem*. “Il diritto di tracciare (e ritracciare a discrezione, se necessario) la linea di demarcazione fra coercizione legittima e illegittima, ammessa e vietata, legale e criminale, tollerata e intollerabile, è la principale posta in palio nella lotta per il potere. La titolarità di questo diritto è l’attributo definitivo del potere, mentre la capacità di esercitarlo e renderlo vincolante per altri è il tratto definitorio dell’autorità”, *ivi*, p. 8. L’endemica incertezza sociale sarebbe causa e conseguenza di due fenomeni: l’*adiaforizzazione*, per la quale sistemi sociali e processi si emancipano da ogni considerazione morale, e l’*affermarsi dell’agire a distanza* che comporta la separazione dell’individuo dalle eventuali conseguenze delle proprie azioni, cfr. Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. XVI-XVII. “Ognuno di noi è sospettato di recare con sé un pericolo e, dunque, ognuno di noi, in qualche misura, desidera che le minacce fluttuanti, diffuse e innominate si condensino e si comprimano in una serie di ‘soliti sospetti’ (...). È in questa duplice motivazione - porsi al riparo dei pericoli e anche dal rischio di essere collocati nella categoria dei pericoli - che va ricercato il nostro interesse oggettivo nell’esistenza di una densa

rete di misure di sorveglianza, selezione, separazione ed esclusione. Tutti noi dobbiamo marchiare i nemici della sicurezza per evitare di essere annoverati tra loro”, *ivi*, p. 93.

24 Spiega Luhmann come la *tecnica della crisi* indichi la differenziazione temporale del rischio del potere attraverso l’inclusione delle crisi nella pianificazione del potere stesso, in un meccanismo autoinibitore nel quale il transitorio diviene abituale, l’urgenza permanente, la crisi stabile, cfr. N. Luhmann, *Macht*, Stuttgart, 1975; trad. it., *Potere e complessità sociale*, Milano, 1979, p. 103.

25 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 154.

26 Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. XIV.

27 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 155 e p. 162. “L’innalzamento dell’integrazione a livello dell’umanità intera non può servirsi né dell’arma della ‘designazione di un nemico condiviso’, né del meccanismo del ‘noi contro loro’”, *ivi*, p. 162. La sfida, per Bauman, consiste nell’attuare un’integrazione che non postuli la separazione degli elementi sociali.

28 Cfr. *ivi*, p. 154.

29 Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 160.

perdita di incisività delle tradizionali politiche democratiche a sostegno del sistema degli scambi, si riflette nell'erosione di significato dei tradizionali legami sociali e nell'esasperazione del senso di incertezza e di provvisorietà esistenziale. "Le ondate di modernizzazione hanno reso ancor più invisibile la mano invisibile, ponendola sempre più fuori degli strumenti esistenti di intervento politico, popolare e democratico"³⁰. Profondamente snaturato, al sistema politico non residua che ricalcare ed emulare forme e modalità del marketing aziendale tentando di ricondurre le incognite sociali alla pervasiva preoccupazione per la sicurezza personale e catalizzando il consenso generale su questioni di ordine individuale³¹. La spettacolarizzazione delle operazioni punitive conta più della loro efficacia³². "Quando le autorità sono molte, tendono ad annullarsi a vicenda, e l'unica effettiva autorità sul campo è quella chiamata a scegliere tra esse. È per gentile concessione di chi sceglie che un'autorità potenziale diventa reale. Le autorità non comandano più, si ingraziano chi le sceglie, tentano e seducono"³³. L'esito dei processi descritti non può che rappresentare l'affermazione di una visione strategica e strumentale della persona, globalmente connessa eppure isolata dal prossimo laddove la vita in comune è ridotta e appiattita in un utilitaristico "stare insieme"³⁴. Bauman parla di *polarizzazione sociale*³⁵ per illu-

30 Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 179. Il sistema giuridico, secondo Bauman, andrebbe analizzato attraverso strumenti sociologici in grado di cogliere maggiormente quei fattori informali che smentiscono la tradizionale dogmatica giuridica, secondo la quale "le istituzioni giuridiche si fondano esclusivamente sulle norme di diritto", Z. Bauman, *In Search of Politics*, Cambridge, 1999; trad. it., *La solitudine del cittadino globale*, Milano, 2000, p. 99.

31 Cfr. Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Oxford 2000; trad. it., *Modernità liquida*, Bari, 2006, pp. 112 sgg.

32 Cfr. Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 131.

33 Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit., p. 64.

34 Cfr. Z. Bauman, *Liquid Love. On the frailty of human bonds*, Oxford 2003; trad. it., *Amore liquido. Sulla fragilità dei legami affettivi*, Bari, 2004, pp. 47 sgg.

35 Cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit., p. 98. Scrive Bauman: "Questa deviazione verso l'individuo si è riflessa anche nel passaggio etico-politico dalla 'società giusta' ai 'diritti umani', vale a dire al diritto degli

strare quel fenomeno per cui ciascun individuo, come singolo e solo in quanto tale, venuto meno ogni anelito alla solidarietà tra estranei³⁶, è spinto dall'urgenza di ricercare soluzioni individuali a problemi collettivi considerando, in primo luogo, le particolari abilità e risorse e avendo come obiettivo da conseguire non già l'utopia di una società migliore quanto la propria realizzazione personale³⁷. Autoreferenzialità ed egoismo come tensione, spesso antisociale, all'autoaffermazione³⁸ sono i termini più efficaci nel descrivere la società complessa, improntata – utilizzando termini habermasiani – ad un agire strategico che è in grado di sovvertire il rapporto tra i mezzi e i fini³⁹. "Il carattere 'strumentale' della nostra razionalità è stato capovolto rispetto ai tempi di Max Weber: essa non ci guida più nell'adattare i mezzi ai fini, ma lascia che i nostri fini siano definiti dai mezzi disponibili (...). Nel momento in cui le nostre scelte obbediscono al principio 'possiamo farlo, dunque lo faremo' siamo giunti al punto in cui la responsabili-

individui di essere *differenti* e di selezionare e scegliere a piacere i propri *modelli di felicità* e lo stile di vita adeguato. Siamo tutti individui, adesso, ma non per scelta, per necessità", *ivi*, p. 136.

36 La società globale "anziché favorire la solidarietà funziona come una fabbrica di mutuo sospetto, di antagonismo tra interessi, di rivalità e contrasti", Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 95. Per una definizione del concetto di solidarietà tra estranei nella direzione della teoria discorsiva di Habermas, si veda J. Habermas, *Solidarietà tra estranei. Interventi su "Fatti e norme"*, Milano, 1997, p. 110. (L'opera contiene i seguenti saggi: *Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School*, in J. Habermas, *Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a. M. 1996; *Ein Gespräch über Fragen der politischen Theorie*, in J. Habermas, *Die Normalität einer Berliner Republik*, Frankfurt a. M. 1995; *Intervista a Bert van den Brink*, in "Filosofie Magazine", 1993, n. 2, pp. 72-73).

37 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. XXIII.

38 Cfr. *ivi*, p. 96.

39 Nella vastissima produzione habermasiana, per un approfondimento della distinzione tra *agire strategico* e *funzionale* - diretto da interessi particolari e da regole tecniche ed empiriche - e *agire comunicativo* - espressione procedurale di bisogni condivisi e diretto da norme di azione sostenute dal riconoscimento intersoggettivo - si veda J. Habermas, N. Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie. Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M. 1971; trad. it. *Teoria della società o tecnologia sociale. Che cosa offre la ricerca del sistema sociale?*, Milano, 1983.

tà morale delle azioni umane e dei loro effetti disumani non può essere né autorevolmente postulata, né efficacemente applicata”⁴⁰.

RITORNO AD HOBBS?

In questa direzione va letto il ritorno, nella società liquida, a quel mondo pre-leviatanico che Hobbes descriveva come terreno di una guerra di tutti contro tutti e sostanzialmente verso nessuno di specifico, proprio perché mossa dal desiderio, come tale mai completamente saziato, di affermazione personale⁴¹. “Nella nostra riedizione del mondo di Hobbes, vivere è come attraversare un campo minato di cui non esiste la mappa, o in cui ci si è smarriti (...) anche se stavolta, se ci troviamo in una situazione di tutti contro tutti non dipende dalla mancanza di un gigantesco e potente Levitano, ma dalla compresenza di tanti, troppi Leviatani – grandi, piccoli e piccolissimi – gravemente difettosi e incapaci di assolvere alle funzioni che, a detta di Hobbes, spinsero i nostri progenitori a chiamare (anzi, ad evocare), il Leviatano”⁴². Per questa ragione, il concetto di sfera pubblica viene sostituito, in Bauman, dalla suggestiva idea degli *sciame sociali*, capace di descrivere più efficacemente, nella società complessa, la fragilità delle interazioni soggettive che corrisponde all’atomizzazione

40 Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. 74. Il capovolgimento del concetto weberiano della razionalità strumentale si rinviene nella circostanza che vede i mezzi postulare le applicazioni più idonee, anziché i fini rinvenire i mezzi più efficaci per il loro conseguimento. Nell’organizzazione della produzione, ad esempio, sono creati in primo luogo i consumi, ovvero, i consumatori e il desiderio di accesso a determinati *status* sociali e, secondariamente, i prodotti di consumo che vi corrispondono. “I prodotti, invece di rispondere a una domanda preesistente, sono costretti a crearla e a svilupparla; anzi, molto spesso a evocarla *ab nihilo*”, Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 16.

41 “La sensazione che abbiamo è che il nostro mondo – il mondo in cui i legami umani si allentano, il mondo della deregolamentazione e atomizzazione delle strutture politiche, il mondo del divorzio tra potere e politica – sia tornato ad essere un teatro di guerra: di una guerra combattuta da tutti contro tutti, e quindi da – e contro – nessuno in particolare”, *ivi*, p. 37.

42 *Ivi*, p. 41.

di centri di potere avulsi da ogni nesso con le tradizionali procedure della rappresentanza politica poiché diretti alla massimizzazione di obiettivi e interessi particolari. “Gli sciame non hanno bisogno di essere appesantiti dagli strumenti della sopravvivenza; essi si mettono insieme, si disperdono e si radunano nuovamente, da un’occasione all’altra, ogni volta per una ragione immancabilmente diversa, e sono attratti da obiettivi mutevoli e mobili”⁴³. Gli sciame non rappresentano squadre, non sono soggetti a gerarchie e non corrispondono ad ordini superiori, non rimandano ad alcuna divisione dei compiti, non individuano un centro né un vertice. Essi si identificano con estemporanei raggruppamenti di interessi a sostegno di mutevoli e volatili obiettivi. “Ogni unità dello sciame replica le mosse di tutti gli altri, svolgendo da sé tutto il compito, dall’inizio alla fine e in ogni sua parte”⁴⁴. Nello sciame ogni componente e nessuno è indispensabile al suo perpetuarsi funzionale, tutti e nessuno sono, al contempo, specialisti necessari ed elementi superflui nel perseguimento del labile obiettivo. Per fronteggiare le carenze sociali di legami deboli, occasionali ed inconsistenti, neppure potrebbe farsi ricorso alle peculiarità interattive del Web e delle più recenti forme di scambio virtuale, quali, ad esempio, i *social network* o i *social media*. Quest’ultimi vengono, anzi, definiti da Bauman come *filtri-bolla* della realtà, gonfiati dagli stessi individui-consumatori che, nell’esprimere le proprie preferenze attraverso i *likes*, riproducono il tipico meccanismo di introversione/estrovensione del desiderio, tutto privato, di accedere alla dimensione pubblica⁴⁵. In altre parole, la frequenza del numero di *likes* e di condivisioni sta a dimostrare la validità pubblica di una scelta individuale che, per ciò stesso, diviene desiderabile e da emulare⁴⁶. “L’emulazione somiglia a un esercizio

43 Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 96.

44 *Ivi*, p. 97.

45 Cfr. Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. 118.

46 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 24. Nella medesima direzione si colloca l’emulazione di atti di violenza che in parte ricalcano e in parte differiscono da azioni similari tentando di aggiungere qualche tocco spettacolare capace di incrementarne la visibilità e dei quali le

d'indipendenza, e per giunta dà la sensazione di aver compiuto un prode gesto di autoaffermazione, e con l'ulteriore valore aggiunto di garantire in anticipo il riconoscimento e l'approvazione del gruppo"⁴⁷. Nel gesto da emulare è presupposta una risposta ad aspettative e richieste preesistenti e consolidate, anche se inesprese, che ottengono, in tal modo, una sorta di valvola di sfogo socialmente riconosciuta⁴⁸. Ne consegue che attese, impulsi ed ambizioni individuali vanno a colonizzare lo spazio pubblico del dialogo, riducendolo ad una sorta di *maxischermo* sul quale proiettare desideri personali che, pur giovandosi di una diffusione potenzialmente illimitata, non acquisiscono alcuna dimensione generale di scambio⁴⁹. L'eccesso di informazioni si traduce, allora, in irrilevanza comunicativa, in rumore di fondo (*noise*). "Il risultato è che raccogliere frammenti di rumore e convertirli in messaggi dotati di senso si trasforma in un processo sostanzialmente casuale"⁵⁰. Le reti virtuali, sebbene in grado di innescare nuove idee e far circolare

tecnologie informatiche, secondo l'autore, avrebbero agevolato la diffusione giocando, in tal senso, un ruolo ausiliario, cfr. *ivi*, p. 25.

47 *Ivi*, pp. 24-25.

48 "Scaricare la rabbia accumulata è un atto disinteressato, in quanto autotelico: motivo e fine di se stesso", *ivi*, p. 29. È da notare come la violenza autotelica, e per ciò stesso insensata, ciò che perde nella qualità dell'azione lo recupera in quantità autopropagandosi ed autoamplificandosi, cfr. *ivi*, p. 31. Il fenomeno contemporaneo del terrorismo suicida si inserirebbe, per Bauman, nel fenomeno della violenza autotelica sopra descritto anche se ispirato dalla "grande causa" della lotta tra il Bene e il Male, entrambi assolutizzati nell'autoriferimento, cfr. *ivi*, p. 33. Questa qualità della violenza appartiene e si inserisce nella cultura consumistica dominante, dalla quale potenziali consumatori senza possibilità di accesso si sentirebbero esclusi, cfr. *ivi*, p. 35. "La scelta di una 'morte sensata' appare loro un'opzione migliore (spesso incomparabilmente migliore) rispetto all'unica alternativa realistica: un'esistenza disperatamente insignificante (...). Per quanto illusori siano quei momenti di potere, spesso si spera - contro ogni speranza - che riescano a compensare la perdurante e impalpabile impotenza e, indirettamente, a risarcire e vendicare la prolungata e brutale negazione di senso della loro vita", *ivi*, pp. 36-39.

49 Cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit., p. 48.

50 Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 51.

informazioni, avrebbero, dunque, ben poca attinenza con l'interesse comune e con l'idea di comunità, almeno nel senso tradizionalmente attribuito al termine, essendo per lo più caratterizzate da legami deboli ed estemporanei⁵¹. "Eppure il web con i social network ci inganna, facendoci credere che attraverso i like e i commenti possiamo davvero plasmare e diffondere una democrazia universale, invece creiamo semplicemente una nostra visione personale, individuale, che va a sommarsi ad altre diverse visioni individuali"⁵². Tutto ciò contribuisce alla riduzione della sfera pubblica a vantaggio dell'ambito privato di azione sottraendo peso al senso *politico* del cittadino⁵³. Se da un lato, infatti, il Web avrebbe contribuito ad eliminare alcune barriere di accesso alla sfera pubblica, dall'altro, esso sembra determinare un ampliamento più che altro formale della stessa facilitando, altresì, pratiche di esclusione e di isolamento (*enclosure*), come testimoniano i frequenti casi di cyber bullismo o di diffamazione *on line*⁵⁴. Così, se i vari commenti pubblicati nei social possono, ad una prima analisi, apparire come fiumi composti da molteplici gocce d'acqua in relazione e nella medesima direzione di corrente, ben presto ci si accorge, tuttavia, che l'immagine più appropriata per la loro descrizione è quella di un lago formato da infinite gocce di olio che non riescono a penetrare l'acqua, bensì permangono in superficie, senza essere realmente pesate quanto alla loro reale efficacia e a dimostrazione della condi-

51 Cfr. Z. Bauman, T. Leoncini, *Nati liquidi*, cit., p. 71. I media digitali, in ogni caso, non sarebbero da condannare in toto in quanto *neutrali* circa l'utilizzo effettuato della razionalità strumentale: nel sostenere un atteggiamento informativo e culturale onnivoro, essi possono agevolare tanto l'apertura quanto la chiusura verso ciò che viene scartato perché ritenuto ingombrante, scomodo e sgradevole, cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 81.

52 Z. Bauman, T. Leoncini, *Nati liquidi*, cit., p. 71.

53 Cfr. *ibidem*.

54 Cfr. *ivi*, pp. 78 sgg. L'organizzazione della sfera di azione del cosiddetto "spettatore attivo", da questa prospettiva critica, non verrebbe democraticamente costruita, ma mediante processi di deindividualizzazione capaci di ridurre l'efficacia delle norme comportamentali interiori, cfr. *ivi*, p. 73. "Online, a differenza di quanto avviene offline, sono io ad avere il controllo: io sono il padrone, io comando (*rule*)", *ivi*, p. 76.

zione di isolamento esistenziale⁵⁵. “Vivere la vita sociale a livello elettronico non è più una scelta, ma una necessità, un ‘prendere o lasciare’”⁵⁶ che ha come alternativa l’esclusione dalla vita pubblica. L’invisibilità rappresenta ora la più temuta patologia sociale. “La *doxa* ha preso il posto della ragione nella filosofia che va per la maggiore”⁵⁷. Nell’odierna *società confessionale*⁵⁸, alla tutela della *privacy* si affianca, pertanto, la prepotente esigenza di evitare l’anonimato che corrisponde ad una nuova morte sociale. “La gioia di essere notati ha la meglio sulla paura di essere svelati (...). La condizione di essere sorvegliati e visibili è stata derubricata da minaccia a tentazione. La promessa di accresciuta visibilità, la prospettiva di essere ‘allo scoperto’ e di poter essere visti e notati da tutti, ben si collega all’ambita prova di essere socialmente riconosciuti e, dunque, di avere un’esistenza valorizzata, ‘significativa’”⁵⁹.

55 Cfr. *ivi*, p. 71.

56 Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 5.

57 Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 96.

58 Cfr. Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. 12. “La confessione cristiana, che viene sussurrata a un solo interlocutore, è un atto di umiltà. Il blog viene trasmesso a chiunque abbia voglia di leggerlo ed è una *réclame* di se stessi. È una forma di pubblicità, o quanto meno di presenzialismo”, *ivi*, p. 12.

59 *Ivi*, p. 8. “Nel momento in cui frammenti di dati personali estratti per un determinato scopo divengono facilmente utilizzabili per altri scopi, gli antichi punti di riferimento vengono meno”, *ivi*, p. X. La sorveglianza nella società dei consumi appare flessibile, mobile e capace di penetrare in contesti di vita inusuali; essa reagisce alla caratteristica liquidità sociale e, al contempo, contribuisce a riprodurre le condizioni di esistenza, cfr. *ivi*, pp. X-XI. Viene così descritto il passaggio da un potere localizzato, o quanto meno localizzabile, ad una tipologia di potere pervasiva, determinata da flussi di informazioni che rendono di ardua distinzione la posizione dei controllati da quella dei controllori. “Se allora si poteva presumere che l’ispettore del Panopticon da qualche parte fosse presente, nei rapporti di potere di oggi chi detiene le leve del comando può fuggire in qualsiasi momento e diventare imprendibile”, *ivi*, p. XXI. La gestione e l’elaborazione delle informazioni è, infatti, resa possibile, in molti casi consapevolmente e con il pieno consenso, dagli stessi soggetti interessati e si attua nello svolgimento delle più comuni attività umane. Per una descrizione delle principali caratteristiche e modalità di azione del modello Panopticon nella società dei consumi, che da Bauman viene definito come Post-

CONSUMO, DUNQUE SONO.

È questa una diretta conseguenza della trasformazione dell’individuo in merce di consumo da pubblicizzare e vendere sul mercato: l’aspirazione al riconoscimento sociale conduce all’identificazione dell’individuo con il prodotto capace di attirare attenzioni e consensi di potenziali clienti. Spiega l’autore con una punta di ironia come “la versione più aggiornata e adattata del *cogito* di Cartesio è ormai ‘vengo visto (osservato, notato, registrato), dunque sono’⁶⁰. La società dei consumi si specifica quale contesto in cui le relazioni soggettive assumono il modello della relazione tra consumatori e merci⁶¹. Tale condizione è intesa come conseguenza della colonizzazione degli ambiti di vita individuali da parte dei mercati e sfocia nell’identificazione tra consumatore e merce di consumo⁶². “Nella maggior parte delle descrizioni, il mondo formato e sostenuto dalla società dei consumi rimane nettamente diviso tra le cose *da scegliere* e coloro che le *scelgono* (...). In realtà, la società dei consumi è ciò che è proprio perché non è fatta in quel modo: ciò che la distingue da altri tipi di società è proprio il fatto che le divisioni sopra indicate *si confondono* e, in ultima analisi, *si annullano*”⁶³. Il ruolo di consumatore e di merce consumata appaiono scambievoli, essendo entrambe finalizzati al mantenimento di un’identità sociale orientata al consumo. “Al giorno d’oggi, dunque, il termine consumare si riferisce non tanto alle delizie del palato quanto alla necessità di investire nella propria appartenenza sociale”⁶⁴. Per tale ra-

Panottico, o *Synopticon*, cfr. *ivi*, pp. 41-56.

60 *Ivi*, p. 121. “La ‘Lista Desideri’ ci ricorda che alle persone *piace* essere osservate; ecco qui all’opera una sorta di esibizionismo dei consumatori, che potremmo chiamare ‘scopofilia’”, *ivi*, p. 112.

61 Cfr. Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., pp. 15-16.

62 Cfr. *ivi*, p. 16. Bauman descrive efficacemente “l’invasione, la conquista e la colonizzazione della rete delle relazioni umane da parte di visioni del mondo e schemi di comportamento ispirati ai mercati dei beni di consumo e fatti a loro misura”, *ivi*, p. 32.

63 *Ivi*, p. 17.

64 Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. 19. “Chi fa parte della società dei consumatori è a sua volta un prodotto di consumo (...). Si noti: la sfida e l’impresa non è

gione, la sovranità soggettiva, concepita come libertà di scelta individuale, è costantemente posta in discussione ed esposta all'inconsistenza del desiderio di consumo⁶⁵. Il consumo, legato al desiderio, in questo caso di un modello esistenziale, tuttavia, non è mai totalmente appagato, ma appare "volatile" poiché possiede la sola durata necessaria alla consumazione⁶⁶. "La cultura della società dei consumi riguarda piuttosto il dimenticare che non l'imparare. In effetti, quando l'attesa viene eliminata dal desiderio, e il desiderio non vuole attese, la capacità di consumo dei consumatori può venire ampliata ben al di là dei limiti naturali o acquisiti; non c'è neanche più bisogno che gli oggetti del desiderio siano fisicamente durevoli. Il tradizionale rapporto tra i bisogni e il loro soddisfacimento viene invertito: la promessa e la speranza della soddisfazione precedono il bisogno che si promette di soddisfare e saranno sempre più intense e tentatrici di quanto lo siano i bisogni effettivi"⁶⁷. Il soggetto, gratificato dall'appartenere a nicchie di mercato più o meno privilegiate, è attratto sempre meno dall'acquisto di un bene materiale per aspirare ad una forma di esistenza non scelta ma assimilata o virtualmente imposta⁶⁸. In verità, Bauman definisce il

semplicemente *diventare ma costruire se stessi*", ibidem.

65 Cfr. Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 17. "La soggettività dei consumatori è costituita da scelte di acquisto - scelte compiute dal soggetto e dai suoi acquirenti potenziali - e la sua descrizione assume la forma della lista della spesa", ivi, p. 20.

66 Cfr. Z. Bauman, *Dentro la globalizzazione*, cit., p. 91.

67 Ivi, p. 92. Il tempo della società dei consumi è il tempo delle possibilità, contraddistinto da discontinuità e rotture, estraneo alla programmazione e alla pianificazione a lungo termine, poiché rivolto all'immediata soddisfazione di desideri effimeri, cfr. Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., pp. 40 sgg. Da tale dimensione temporale scaturisce un senso di urgenza, di ansia di decidere che espone al rischio della scelta e, al contempo, di precario sollievo per l'avvenuta soddisfazione del desiderio. "Quanto più intensa è l'azione, tanto più affidabile è il suo potere terapeutico. Quanto più si sprofonda nell'urgenza di un compito da svolgere immediatamente, tanto più si tiene a distanza l'ansia (...). L'ansia è dovuta al fatto che la fragilità, la temporaneità e la revocabilità degli impegni reciproci sono a loro volta fonte di rischi tremendi", ivi, p. 120 e p. 133.

68 Bauman illustra l'azione di inclusione ed, al contempo, di esclusione che deriva al consumatore dall'appartenere

al sistema economico fondato sulla tipica e perpetua insoddisfazione che scaturisce dal circolo autoreferenziale del desiderio, come un'*economia dell'illusione*⁶⁹ ed anche come il *sogno della Cuccagna*⁷⁰ poiché è sostenuto dall'irrazionalità e dall'emotività di fungibili selezioni soggettive di consumo⁷¹. "Il vero volano dell'economia orientata ai consumatori è costituito proprio dalla mancata soddisfazione dei desideri e dal costante rinnovarsi e rafforzarsi della convinzione incrollabile secondo cui il tentativo di soddisfare quei desideri è almeno in parte fallito"⁷². Il principio del "non annoiarsi mai" diviene, quindi, metro e misura di una vita di successo⁷³, garanzia del rispetto umano e di ri-

a segmenti di mercato virtuale: "I filtri-bolla, che cercano sempre più insistentemente di trasformare il segmento di mercato di cui facciamo parte in una nicchia formata da un unico consumatore, ci spingono anche ad ignorare gli altri soggetti che possono venir esclusi dall'azione filtrante dello stesso *triage*", Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. 119. Le attività di gestione, basate sulla raccolta di dati personali, consentono di classificare gli individui-consumatori in base a profili di acquisto ben precisi, optando per una "seduzione differenziata per categoria", ivi, p. 115. Si crea e si sostiene, in tal modo, il circolo autoreferenziale del desiderio di consumo che va innanzitutto a prestabilire la domanda e, successivamente, l'offerta di prodotti mirati. "Un altro cambiamento di fondo consiste nel mirare le offerte su persone o categorie già preparate ad accettarle con entusiasmo. In tal modo, la parte più costosa della precedente strategia di marketing - *suscitare i desideri* - viene depennata dalle spese di marketing e addossata agli stessi consumatori potenziali (...). Mirare alle nicchie di mercato bell'e pronte non richiede investimenti iniziali e promette risultati immediati", ivi, p. 116.

69 Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 60.

70 Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 149.

71 Cfr. Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 60.

72 Ivi, p. 59.

73 Nella ricerca del successo, anche nell'ambito lavorativo e produttivo, non si punta ancora sulla valorizzazione di qualità come la disciplina e l'obbedienza, ma si tende all'esaltazione di prerogative irrazionali, quali lo spirito di avventura, l'intraprendenza, l'emotività, la ricerca del piacere, cfr. Z. Bauman, D. Lyon, *Sesto potere*, cit., p. 45. "Lo scopo è mettere al servizio dei fini aziendali tutta la personalità dei subalterni e tutto il loro tempo di veglia (...). Nel 'mondo nuovo' liquido-moderno i lavoratori, come le lumache si portano dietro la casa, devono portare sul loro corpo i propri Panopticon personali", ivi, p. 46. Su questo tema, cfr. anche ivi, pp. 60-61.

conoscimento giuridico⁷⁴: sostenere un intenso consumo è la via maestra per accedervi, sebbene nessun acquisto condurrà alla soddisfazione di un desiderio circolarmente insoddisfabile⁷⁵. “Ormai non ci sono più standard (...). La linea del traguardo si sposta con i concorrenti”⁷⁶. Si compie il processo, per quanto accuratamente occultato, della *trasformazione dei consumatori in merce* che equivale alla loro dissoluzione nel mare delle merci⁷⁷. Per tale ragione, la produzione del soggetto e degli stili di vita ai quali accedere appare prioritaria rispetto alla stessa produzione delle merci essendo fondamentale, per la sopravvivenza della società dei consumi, garantire nuovi mercati attraverso la produzione di nuove fasce di consumi⁷⁸. “La mercificazione precede il consumo e controlla l’accesso al mondo dei consumatori”⁷⁹, ed il soggetto assume il ruolo di principale merce di scambio. Consumare equivale a sapersi vendere: la vocazione consumistica della società liquida si risolve nel progressivo affievolirsi dei legami

74 “Essere ‘consumatori *de jure*’ è a tutti gli effetti il ‘fondamento non legale della legge’, in quanto precede qualsiasi pronunciamento legale che definisca e dichiari i diritti e gli obblighi di un cittadino”, Z. Bauman, *Consumo, dunque sono*, cit., p. 79.

75 Cfr. *ivi*, p. 60.

76 *Ivi*, p. 163.

77 Cfr. *ivi*, p. 17. “Lo spazio di ipocrisia che si estende tra le convinzioni diffuse e la realtà della vita dei consumatori è condizione necessaria di una società dei consumatori correttamente funzionante. Se si vuole che la ricerca di appagamento prosegua e che le nuove promesse siano seducenti e allettanti, è necessario che le promesse già fatte siano puntualmente disattese e le speranze di appagamento vanificate. Ogni promessa *deve* essere ingannevole”, *ivi*, p. 60.

78 Sul fondamento metodologico e sulla rilevanza cognitiva dei cosiddetti “tipi ideali” - quali *strumenti* di analisi e di indagine sociale - riferiti alla società dei consumi, cfr. *ivi*, pp. 34-35.

79 *Ivi*, p. 85. “Le merci che sono sollecitati a mettere sul mercato, pubblicizzare e vendere sono *se stessi*. Essi sono, al tempo stesso, *promotori di un prodotto e il prodotto che promuovono*”, *ivi*, p. 9. In particolare, la mercificazione del lavoro può essere considerata come conseguenza dei più generali processi di deregolamentazione e di privatizzazione dei nessi sociali, cfr. *ivi*, pp. 12 sgg. “Il compito generale di favorire la vendibilità del lavoro nella sua globalità viene affidato alla cura dei singoli”, *ivi*, p. 13. Esso è sostenuto, per lo più, dall’ingegno, dall’inventiva e dalle abilità individuali.

sociali e nella massimizzazione delle prestazioni individuali⁸⁰. “L’economia consumistica prospera (o meglio sopravvive) grazie al magico stratagemma del convertire la possibilità in obbligo o, per dirla con il lessico degli economisti, l’offerta in domanda”⁸¹. Mediante l’affermazione dello slogan *se puoi farlo, devi farlo*⁸², che identifica l’obbligo di scelta con la libertà di scegliere⁸³, si rinviene, in ogni caso, il meccanismo circolare dell’appartenenza al gruppo come autoaffermazione individuale, ovvero, della realizzazione personale misurata dalla pubblica stima⁸⁴.

RITORNO ALLA TRIBÙ: NUOVE DISUGUAGLIANZE.

Attraverso l’attestazione di una filosofia e di una politica manageriale per la quale “l’obiettivo dichiarato ed effettivo è la diversificazione; al contrario, l’omogeneità e le routine vengono censurate ed evitate, perché ritenute controproducenti e non redditizie”⁸⁵, vengono poste le basi per il ritorno al paradigma della *tribù* e della lotta tra tribù estranee che esistono e sopravvivono per differenza, ovvero, nel reciproco rimando negativo⁸⁶. Il ritorno al modello della tribù è, altresì, sostenuto dai processi di destrutturazione della sovranità statale e dei tradizionali centri di imputazione del potere, dei quali si è qui solo potuto accennare, che si riflettono nella deformalizzazione giuridica e nella precarizzazione delle

80 “Utopie privatizzate dei cowboy e delle cowgirl dell’era dei consumi mostrano una vasta distesa di ‘spazio libero’ (libero per me, ovviamente): una sorta di vuoto che il consumatore liquido-moderno, intento a compiere prestazioni da solista, richiede sempre più senza averne mai abbastanza”, *ivi*, p. 64.

81 Z. Bauman, T. Leoncini, *Nati liquidi*, p. 32.

82 Cfr. *ibidem*.

83 Cfr. Z. Bauman, *Homo consumens*, Cambridge 2007; trad. it., *Homo consumens. Lo sciame inquieto dei consumatori e la miseria degli esclusi*, Trento, 2007, p. 47.

84 Anche il fattore della *ricchezza* è connesso alla *pubblica stima* e alla conseguente realizzazione personale, cfr. Z. Bauman, T. Leoncini, *Nati liquidi*, cit., pp. 35-36.

85 Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 48.

86 Cfr. *ibidem*.

garanzie, caratteristiche della società liquida⁸⁷. Il risultato è “l’obbligo di contribuire al ‘benessere’ di quella ‘comunità aperta’ senza alcuna garanzia di reciprocità, e tanto meno di assicurazione contro il rischio di non risultare all’altezza di aspettative permanenti indefinite e abbandonate alla volubile discrezione di una versione manageriale degli ‘anziani della comunità’”⁸⁸. Nostalgia di appartenenza e ansia di autoaffermazione si intrecciano nella dialettica estraneo/vicinato riproposta dalle attuali forme di tribalismo: esse mettono in gioco il delicato e precario nesso, costantemente sottolineato da Bauman nei suoi lavori, tra sicurezza e libertà⁸⁹, che qui si specifica nel rapporto tra appartenenza ed autonomia individuale, tra inclusione ed esclusione⁹⁰. La ricerca del proprio “posizionamento nel mondo” necessita, infatti, di punti di riferimento relativamente certi come indicano le coppie contemporaneamente in opposizione e in reciproco rimando della somiglianza/diversità, appartenenza/alterità, noi/loro⁹¹. L’esclusione, connessa all’idea della tribù, si manifesta, pertanto, come effetto necessario e collaterale del processo di costituzione del gruppo e ciò determina la creazione e la definizione di nuclei sociali caratterizzati da successivi innalzamenti del livello di integrazione e di diffe-

87 Cfr. *ibidem*.

88 *Ibidem*.

89 Bauman spiega come la conciliazione tra libertà e sicurezza sia di difficile attuazione in quanto non è possibile provvedere all’aumento di un termine senza che, inevitabilmente, diminuisca il secondo, cfr. pp. 84 sgg. In tale cornice interpretativa, inoltre, l’autore inserisce i rapporti più privati, ad esempio quello tra uomo e donna, sospesi tra la carenza e l’eccesso di sicurezza e di libertà, cfr. pp. 90 sgg.

90 Bauman tratta qui il tema delle migrazioni di massa nell’epoca moderna quale costante conseguenza di condizioni esistenziali principalmente rivolte alla creazione di ordine e di progresso economico. Dalla metà del ’900, il flusso migratorio diventerebbe centripeto rispetto all’Europa, cfr. *ivi*, p. 73. “Riuscire a tenere lontane le sciagure globali barricandosi in casa propria, nella speranza che quel territorio sia sicuro, non è meno improbabile che pensare di scampare alle conseguenze di una guerra nucleare acquattandosi in un rifugio per senzatetto. I problemi globali richiedono soluzioni globali”, *ivi*, p. 75.

91 Cfr. *ivi*, p. 79.

renziamento rispetto al contesto generale⁹². La differenziazione sociale si specifica e si legittima come autoidentificazione determinata dall’appartenenza⁹³. L’attuale attenzione riservata alla moda – rivelatrice di stile di vita e di status sociale - e al corpo esprimerebbe proprio il tentativo e la necessità di conciliare l’adesione al gruppo con la costruzione dell’identità personale, la permanenza con la transitorietà, ovvero, di intendere l’autoaffermazione come appartenenza, in condizioni di perenne mutamento⁹⁴. Un altro esempio può essere offerto dai tatuaggi quali segnali di stabilità, di impegno, e al contempo di libertà di scelta come diritto all’autoaffermazione e al suo esercizio⁹⁵. Anche la contemporanea attenzione riservata al fitness, alla forma fisica – si badi bene non tanto alla salute quale concetto ancora di epoca moderna, misurabile con una certa precisione mediante parametri precisi ed oggettivi

92 Cfr. *ivi*, pp. 156-59.

93 Cfr. *ibidem*. Anche il fenomeno del bullismo è letto attraverso le dinamiche dell’appartenenza/autoaffermazione e dell’integrazione/esclusione: escludere un individuo è visto come l’altra faccia della medaglia sia dell’identificazione personale, sia dell’appartenenza al gruppo, cfr. Z. Bauman, T. Leoncini, *Nati liquidi*, cit., p. 52. Non ci sarebbe un “io” senza l’“altro”, un “noi” senza “loro”, cfr. *ibidem*. Attraverso tale processo, la responsabilità, dal piano individuale delle azioni, è trasferita al livello sociale e collettivo determinando un “alleggerimento dell’individualità” e l’assunzione del ruolo soggettivo dello spettatore, di chi cioè, pur vedendo compiere il male, non fa nulla per fermarlo, cfr. *ivi*, pp. 56-58. Viene sottolineata, inoltre, la gratuità e la banalizzazione del male, che consegue all’assunzione del punto di vista esterno dello spettatore, sfuggente ad ogni motivazione razionale: “Fare il male non richiede più motivazioni. Il male, bullismo incluso, non si è forse già considerevolmente spostato dalla classe delle azioni finalizzate ad uno scopo (cioè a loro modo sensate) all’ambito di un piacevole passatempo e intrattenimento (per un numero crescente di spettatori?)”, *ivi*, p. 64. Il fenomeno del bullismo, secondo Leoncini, presenterebbe un duplice aspetto essendo contraddistinto, da un lato dalla marginalità e dall’esclusione, ma potendo esso condurre, proprio mediante tali fattori negativi, alla costruzione di nuclei minimi di appartenenza sociale, quali originali forme di aggregazione così come a ridefinizioni maggiormente efficaci della propria identità personale, cfr. *ivi*, p. 45.

94 Cfr. *ivi*, p. 25.

95 Cfr. *ibidem*.

e rivolto a soddisfare, tra le altre, le esigenze del mondo del lavoro⁹⁶ - attiene, con vaghezza, al desiderio, al potenziale di espansione della capacità corporea di recepire sensazioni, in un precario equilibrio di piacere ed ansia determinato dall'autoesame critico che sempre insinua il dubbio di non rientrare nella media⁹⁷. L'individuo, autoreferenzialmente identificato in moderne tribù, intende e progetta la propria esistenza nella quale gli altri sono intesi come rivali o, al più, come temporanei alleati in vista del raggiungimento di obiettivi effimeri, di progetti *ad hoc*.

RITORNO AL GREMBO MATERNO: IL NIRVANA.

L'ottimistica utopia della modernità si specifica allora, nella società complessa, come retrotopia diffidente e rassegnata, indicante la strada di un narcisistico *ritorno al grembo materno*⁹⁸. Condizione primaria del ritorno al nirvana del grembo materno è la sovrabbondanza e l'autoreferenzialità del desiderio che costringe l'individuo negli angusti confini di temporanee preferenze e indicazioni di consumo. Nella condizione del nirvana, infatti, non è data alcuna relazione, ma si gode di una perfetta solitudine che, tuttavia, va a contraddire la natura sociale dell'uomo⁹⁹. "Il nirvana del ritorno-al-grembo-materno è l'utopia creata a misura della sovrabbondanza eccitante, ma anche terribilmente logorante: di opzioni, scelte, sensazioni seducenti, attrazioni gradevoli, mosse possibili - e dei rischi di sconfitta di cui

sono colme tutte queste cose"¹⁰⁰. Alla sovrabbondanza di possibilità corrisponde, infatti, una sovrabbondanza di rischi nella selezione fra queste ultime che conduce ad una condizione di disimpegnata precarietà esistenziale¹⁰¹. "Alla luce di una condizione di vita che trasuda provvisorietà e ostenta senza pudore il proprio carattere spiccatamente temporaneo, qualsiasi progetto a lungo termine (...) ispira inevitabilmente scarsa fiducia e anche se venisse ciò nonostante sperimentato, accrescerebbe ulteriormente il rischio, moltiplicando il numero delle incognite di cui dovrebbe tener conto qualsiasi calcolo dei profitti e delle perdite o delle probabilità di successo o di fallimento"¹⁰². È essenziale rilevare come i rischi e le responsabilità che conseguono alla scelta di un'opzione tra le molteplici possibili vengano ora attribuiti per intero alla sfera dell'azione individuale¹⁰³. In altri termini, l'attribuzione degli obblighi imposti dalla vita, così come il loro corretto adempimento, si svolge per intero sul piano individuale dell'esistenza, nonostante la penuria dei mezzi soggettivi a disposizione¹⁰⁴: assumersi responsabilità e tenervi fede appaiono quali elementi centrali di un atteggiamento autereferenziale e privatizzato¹⁰⁵. "Nella nostra ricerca di risposte, tendiamo a dare fiducia a chiunque, dai politici ai preti (in cui non crediamo più), dagli chef-celebrità ai nutrizionisti, ci sappia indicare le 'grandi questioni esistenziali' (...). Quando esternalizziamo agli esperti la nostra vita intima e la ricerca di senso, il coaching ci porta ad interiorizzare la responsabilità"¹⁰⁶. Paradossalmente e criticamente, tuttavia, il rischio della scelta, completamente privatizzato

96 Su questo tema, si veda Z. Bauman, *La società individualizzata*, cit., pp. 145 sgg.

97 Cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit., p. 82.

98 Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, p. 124. Il nesso tra autoreferenzialità e narcisismo è premessa e conseguenza di una società dei consumi alla quale Bauman domanda, criticamente ed ironicamente, se il narcisismo possa essere considerato ancora una patologia della personalità soggettiva o non sia divenuto, invece, un disturbo sociale che contraddistingue la prassi delle interazioni, cfr. *ibidem*. "Sono anomalie che si moltiplicano ma rimangono marginali (e tali si spera che restino) o piuttosto sintomi di una nuova normalità emergente?", *ibidem*.

99 Cfr. *ivi*, p. 148.

100 *Ivi*, pp. 146-47.

101 Bauman descrive il disimpegno come quell'atteggiamento unilaterale che contraddistingue la figura del *proprietario assenteista*, cfr. Z. Bauman, *Modernità liquida*, cit., pp. 172-73. I legami umani e le relazioni sociali sono intese alla stregua di merci di consumo e, per tale ragione, inserite in una visione prettamente individualistica, cfr. *ivi*, pp. 158-60.

102 Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., p. 140.

103 Cfr. *ivi*, p. 125.

104 Cfr. *ivi*, p. 149.

105 Cfr. *ivi*, pp. 129 sgg.

106 *Ibidem*.

e tradotto in inadeguatezza personale, misurata dagli standard di mercato, si sottrae alla responsabilità dell'individuo per esporsi all'adesione acritica ai prevalenti modelli di consumo¹⁰⁷. Il circolo del desiderio conduce, dunque, l'individuo ad una condizione di isolamento e di protetta autoreferenzialità¹⁰⁸, al luogo utopico “senza conflitti e interferenze, né rivali che si diano da fare per sminuire il suo unico abitante e rubargli premi e privilegi (...) dove gli unici suoni sono gli echi dei nostri rumori, e le uniche visioni sono i riflessi delle nostre sembianze”¹⁰⁹.

Arianna Maceratini è ricercatrice in Filosofia del Diritto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Macerata e professore aggregato di Informatica Giuridica presso il Corso di Classe di Scienze dei servizi giuridici dell'Università degli Studi di Macerata. Tra i suoi lavori, Procedura come norma. Riflessioni filosofico-giuridiche su Niklas Luhmann, Torino 2001, Discorso e norma. Profilo filosofico-giuridico di Jürgen Habermas, Torino 2010 e, in questa Rivista, La sfera pubblica dei media nella teoria del discorso di Jürgen Habermas (2016); Il rischio dell'assicurazione contro i pericoli. Complessità e contingenza nella teoria sistemica di Niklas Luhmann (2017); Trust and Power. Potere, fiducia, sistemi (2018).

107 Cfr. Z. Bauman, *La società individualizzata*, cit., p. 154.

108 Ambito descritto da Bauman nei suoi lavori con immagini evocanti quali “zona di confort”, “camera di risonanza” o “sala degli specchi”.

109 Z. Bauman, *Retrotopia*, cit., pp. 150-52.

Dell'ignoranza della Legge. Una riflessione tra psicoanalisi e filosofia del diritto

Dario Alparone

ABSTRACT

A partire dall'esperienza di ascolto psicologico di alcuni detenuti si riflette sul concetto di non scusabilità dell'ignoranza della legge attraverso una prospettiva che intersechi la filosofia e psicoanalisi. Tale principio ha infatti valenza formale ma esprime anche una profonda verità psicologica utile anche alla spiegazione criminologica. L'azione individuale infatti senza la mediazione dell'Altro del legame sociale, in assenza del riferimento al Terzo giuridico, per i quali non è scusabile l'ignoranza della Legge, sfocia nel passaggio all'atto criminale.

Starting from the experience of psychological listening of some prisoners, we reflect on the concept of non-existence of ignorance of the law through a perspective that intersects philosophy and psychoanalysis. This principle has in fact a formal value but also expresses a deep psychological truth useful also for the criminological explanation. Individual action, in fact, without the mediation of the Other of the social bond, in the absence of reference to the juridical Third, for which the ignorance of the Law cannot be excused, results in the passage to the criminal act.

Questo contributo è una riflessione filosofico-giuridica e psicologica sul crimine e il criminale. Esso cerca di sviluppare alcune tematiche che sono state riscontrate durante alcuni incontri di ascolto e sostegno psicologico (orientati psicoanaliticamente) diretti ai soggetti detenuti (per reati associativi o legati ad associazione criminale mafiosa) del carcere di alta sicurezza Catania-Bicocca. Da questi incontri emergeva

PAROLE CHIAVE

IGNORANTIA LEGIS NON EXCUSAT; INCONSCIO; LEGAME SOCIALE; PSICOANALISI; FILOSOFIA DEL DIRITTO; CRIMINOLOGIA; RÉFÉRENCE; SUPER-IO; ISTITUZIONE.

KEYWORDS

IGNORANTIA LEGIS NON EXCUSAT; INCONSCIUS; SOCIAL BOND; PSYCHOANALYSIS; PHILOSOPHY OF LAW; CRIMINOLOGY; RÉFÉRENCE; SUPER EGO; ESTABLISHMENT.

una specifica particolarità: ogni soggetto riconosce sempre la validità dei reati "comuni" contestati ma non la validità dei reati associativi o delle implicazioni di carattere associativo nel reato commesso. Come dice S. (detenuto sessantenne che ha ormai collezionato una serie di arresti e condanne): «è un sistema in cui si è messi in mezzo in cose che non c'entri... basta che in un'intercettazione facciano il tuo nome e sei già dentro. Il

416bis è questo e quando sei fuori rimani marchiato a vita». Si evince che i soggetti accusati di appartenere all'associazione mafiosa o di aver commesso dei reati legati all'associazione pur riconoscendo in sé il valore antiggiuridico di qualsiasi altro reato (di carattere concreto) non comprendono il motivo per il quale sono sottoposti al regime di carcere duro «per essere parenti di...» o «essere amici di qualcuno». Si tratta di un problema reale in quanto per molti soggetti, soprattutto quando provenienti da alcuni quartieri più popolari, le esperienze di socializzazione implicano l'incontro con un ambiente, familiare e culturale, di carattere criminale.

Tali questioni pongono immediatamente all'operatore del carcere e all'istituzione penitenziaria stessa il problema della rieducazione, al quale la pena stessa dovrebbe tendere e le istituzioni dovrebbero garantire secondo l'art. 27 Cost. Se infatti il soggetto detenuto ha difficoltà a riconoscere la legittimità della pena inflittagli si pone la questione su come *far comprendere* al reo¹ che il delitto associativo di stampo "mafioso" sia, quantomeno giuridicamente, un vero e proprio delitto. Comprensione del reato che dipende dalla dimensione sociale e contestuale del reo:

le ragioni per cui si costituiscono, si espandono e proliferano varie forme di criminalità sono anche determinate da un'assuefazione psicologica e ad una permeabilità imbevuta di devianza e illegalità. Nei vasti territori dove le varie forme di criminalità organizzate si sono infiltrate e stabilite il quotidiano e l'ambiente sono impregnati di una violenza subdola e pervasiva che caratterizza ogni azione, ogni fatto ma anche il modo di pensare.²

¹ Cfr. M. Cossutta, *Digressioni sull'esecuzione della pena con particolare riguardo al cittadino straniero*, in "Tigor: rivista di scienze della comunicazione", 2009, n. 2 (luglio-dicembre), pp. 121-164, p. 127: «a fronte del fatto materiale e della qualificazione dello stesso come reato, primeggia la valutazione della buona fede dell'agente, dell'antigiuridicità di cui esso si fa portatore; la valutazione dell'antigiuridicità si ripresenta nel momento dell'erogazione della pena, nonché durante l'esecuzione della pena, che si caratterizza con un percorso rieducativo, il quale per essere efficace non può prescindere dalla base culturale di ognuno, ovvero dal suo essere persona umana; ciò al fine di rendere effettiva l'equità e l'eguaglianza di trattamento fra detenuti».

² R. Jaffé, *Forme di malessere e decadimenti istituzionali*, in "Psiche. Rivista di cultura psicoanalitica", n. 1, 2018, p. 265.

Per cercare di affrontare il problema della percezione del reato in quanto tale da parte del criminale si tenterà quindi di comprendere, a partire da un'ottica psicoanalitica, quale sia la dinamica sociale e psicologica che rende le istituzioni giuridiche talmente estranee da non riconoscerne nemmeno il senso in alcuni casi, da non produrre cioè nel soggetto detenuto alcun critica o revisione di certi prassi sociali che a lui paiono "ovvie"³. Per questo motivo tali problematiche legate agli aspetti sociali ci impongono di riflettere sul principio giuridico della "conoscenza necessaria" della Legge.

È evidente come il caso del detenuto mafioso ponga un problema allo studioso della mente e del comportamento umano e al giurista relativamente al principio giuridico della ignoranza della legge penale istituito nell'art. 5 c. p.: «nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale». È riconosciuto dalla comunità giuridica che tale principio abbia più che una valenza effettiva un valore formale e funzionale per il sistema penale⁴, cioè abbia il valore di una finzione giuridica. Tuttavia in un'ottica psicoanalitica non si può non rilevare come esso definisca in linea teorica e in senso lato un principio fondamentale dell'esistenza sociale dell'essere umano.

Si cercherà quindi di dimostrare il valore filosofico generale di tale principio giuridico e di cercare di comprendere a partire da esso certi

³ S. Aleo, *Stato sociale e risocializzazione*, in S. Aleo, *Lavoro e inclusione sociale dei condannati. Un'esperienza a Catania*, Padova, 2014, p. 218: «ci si riferisce a chi non abbia conosciuto altro che ambienti sociali, spesso familiari, nei quali il rispetto delle regole poste dalle condivise convenzioni macrosociali sia stato sostituito da quello intransigente e pervasivo delle norme della sottocultura del quartiere e nei quali l'esperienza del carcere (dei vicini, dei parenti, del padre) abbia tanta di quella familiarità da renderlo un evento possibile e quasi normale, quando invece a tutti gli altri considerarne la sola eventualità provocherebbe effetti ripugnanti».

⁴ S. Aleo, *Istituzioni di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2016, p. 93: «Da un canto, può dirsi che la condotta del soggetto che non conosce l'esistenza della norma violata sia carente di colpevolezza. D'altro canto, il sistema smetterebbe di funzionare se ogni autore d'illecito potesse addurre a propria discolta di non conoscere la norma. Così può dirsi che la presunzione di conoscenza della legge sia un criterio di funzionalità del sistema».

aspetti legati allo sviluppo della criminalità. Ciò nella convinzione che in ambito giuridico

pur se irrefragabili, e secondo l'espressione scolastica *iuris et de iure*, le presunzioni non rinunciano a un qualche rapporto con il sostrato di realtà al quale il loro enunciato fa riferimento. Il fatto di ritenere che nessuno ignori la legge presuppone che almeno una persona la conosca; che il giudizio abbia valore di verità significa, nell'ipotesi più pessimista, che può accadere che un giudizio sia vero.⁵

Al di là quindi dell'aspetto formale del principio è possibile cogliere un valore effettivo, e proprio su tale dialettica tra verità e finzione⁶ si articolerà la lettura psicoanalitica della Legge. Affermare che gli uomini, per il fatto stesso di vivere in società, non possano essere scusati dell'ignoranza della legge penale significa implica al tempo stesso affermare, secondo una finzione giuridica o potremmo dire *a priori*, che gli uomini siano a conoscenza delle legge, cioè che essi abbiano un'apprensione del vivere in società in maniera automatica. Un principio giuridico formale ma che preso alla lettera e in senso lato si rivela avere una funzione di istituzionalizzazione di un processo fondamentale del comune vivere civile, un fondamento che si potrebbe anche ritenere di immediata intuizione e secondo il quale il singolo «non ha bisogno di conoscere le regole dell'istituzione e di seguirle per potersi conformare ad esse; piuttosto, è soltanto disposto a comportarsi in un certo modo, ma ha acquisito quelle disposizioni e capacità inconsce in un modo che è sensibile alla struttura di ruolo dell'istituzione»⁷.

La questione qui posta apre ad una serie di problematiche relative alla possibilità dell'uomo di dirsi libero nel momento in cui “conosce” le regole in maniera apparentemente immediata; in cosa consista dunque tale conoscenza normativa abitudinaria tale per cui non si possa scusarne l'ignoranza.

5 Y. Thomas, *Fictio Legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales*, 2011, tr. it. Fictio Legis, Macerata, 2016, p. 18.

6 Sullo statuto di finzione delle strutture giuridiche e istituzionali degli ordinamenti sociali e antropologici si veda P. Legendre, *Law and the Unconscious: a Pierre Legendre reader*, McMillan, London, 1997, pp. 67-71.

7 J. Searle (1955), *The construction of social reality*, tr. it. *La costruzione della realtà sociale*, Torino, 2006, p. 164.

SU UNA CONCEZIONE DELLA LIBERTÀ UMANA

Nella parte iniziale de *La metamorfosi*⁸ Kafka⁹ descrive la trasformazione del protagonista, Gregor Samsa, in un enorme insetto (*Ungeziefer*). Nella lettura del racconto salta subito all'attenzione il fatto che Samsa non si chieda mai perché o come sia potuto accadere di aver assunto le sembianze di una tale creatura. Egli non si pone il problema sul perché sia diventato insetto né mostra alcuna intenzione di voler tornare alla sua forma umana originaria.

Un altro racconto kafkiano di metamorfosi è *Una relazione per l'Accademia*, nel quale si presenta ancora una trasformazione ma stavolta di segno inverso rispetto a *La metamorfosi*, cioè da animale a uomo. Nella *relazione* è una scimmia ad umanizzarsi, essa “diventa umana” (pur rimanendo una scimmia) al punto da tenere una conferenza accademica sulla sua trasformazione. Una relazione in cui è presentata la storia del protagonista, il quale sottopone ai presenti la sua versione sul come sia diventata umana fino a tenerne un vero e proprio discorso filosofico.

Su questi due racconti preme sottolineare quantomeno la differenza di atteggiamento dei due protagonisti rispetto alla trasformazione, un rapportarsi e un reagire ad essa quasi opposto. Se infatti la scimmia voleva diventare umana, anche se costretta a causa della sua situazione di cattura, e si interroga su come tale “umanizzazione” sia avvenuta, Samsa è quasi indifferente alla trasformazione, ne prende semplicemente atto e ne subisce semmai le conseguenze. Si tratta di una differenza tra i due protagonisti del loro rapporto con la trasformazione che richiama, per forma, quello che i nostri detenuti hanno con la pena dove il reato “associativo” non si pone mai come problema, semmai lo diventa solo dopo che si

8 F. Kafka (1915), *Die Verwandlung*, tr. it. *La metamorfosi in La metamorfosi*, Roma, 2010, pp. 55-91.

9 Sulla lettura di Kafka come interprete della del giuridico si veda P. Legendre, *Law and the unconscious: a Legendre reader*, McMillan Press LTD, London, 1997: «This function of deception is quite essential, and, although it may be difficult to locate in terms of scientific jargon, it is clearly illuminated by the aesthetics of Kafka who, it should be said, is an important and misunderstood interpreter of legalism».

viene arrestati. Essi non riconoscendosi come implicati, non riconoscendosi come rei di aver commesso un atto antiggiuridico, non possono maturare alcuna consapevolezza rispetto all'“errore” commesso.

Quello del relatore-scimmia è un espediente comico tipico dello stile kafkiano¹⁰, ma il fatto più importante è che il protagonista si chiede (a differenza di Samsa che non si pone alcuna questione al riguardo) come sia riuscito a diventar parte della comunità umana. Egli pone quindi il problema sul suo processo di trasformazione:

ho paura che non si capisca bene che cosa io intenda per via d'uscita. Uso la parola secondo il suo significato più comune e più completo. Intenzionalmente non dico libertà né allora né adesso. Tra parentesi: con la libertà ci si inganna troppo spesso tra gli uomini. Come la libertà va annoverata tra i sentimenti più nobili, così lo è anche la relativa illusione. Prima di entrare in scena m'è capitato spesso di vedere nei varietà delle coppie di acrobati che si muovevano sui trapezi appesi al soffitto. Volteggiavano, si dondolavano, saltavano, si slanciavano uno nelle braccia dell'altro, uno sorreggeva l'altro stringendogli i capelli tra i denti. «Anche questa è la libertà degli uomini», ho pensato «movimenti di autoesaltazione!». O irrisione della natura! Nessun edificio resisterebbe alla violenza delle risate che una visione simile susciterebbe nelle scimmie.¹¹

La scimmia disquisisce sul concetto di libertà e pone questo problema in maniera dialettica, poiché la libertà degli uomini non è quella che essi idealizzano pensando alla libertà delle scimmie né a quella di “negare” la natura nei giochi acrobatici. La scimmia si accorge della mistificazione e semmai fa notare che gli uomini per libertà intendono quel sorreggersi a vicenda degli acrobati, quel “tenersi l'un l'altro stringendosi i capelli”. Si tratta di una concezione della libertà non come autonomia astratta e solipsistica quanto piuttosto il suo contrario, contestualmente e socialmente determinata: la scimmia, catturata dai bracconieri, per riottenere la libertà deve perderla entrando a far parte della comunità umana e d'altro canto per esser parte della società ella deve smettere di

10 Cfr. G. Crespi, *Kafka Umorista*, Milano, 2018.

11 F. Kafka (1920), *Ein Bericht für eine Akademie*, tr. it. *Una relazione per un'Accademia*, in *La metamorfosi*, Roma, 2010, pp. 134-140, p. 136.

essere un animale perdendo quella libertà che tipicamente lo connota. In altre parole nella perdita della soddisfazione animale della libertà (quella a partire dalla quale le scimmie ridono fragorosamente della parvenza di libertà umana) ella può ottenere una nuova forma di libertà, quella mediata dalla dimensione sociale e normativa e nello specifico quella che passa attraverso l'acquisizione del linguaggio e il riconoscimento simbolico (la relazione per l'accademia). Si può delineare quindi una dicotomia nella concezione che diremmo liberale della libertà umana, di carattere atomistico e l'altra che si realizza nella dimensione sociale:

l'individuo astratto non può avere relazioni simboliche in quanto non è riconoscibile a se stesso o agli altri. Allo scopo di rendere la sua libertà effettiva l'individuo deve diventare concreto. Questa è la funzione di ciò che Hegel chiama diritto astratto. Attraverso un regime di possesso, godimento e scambio eterno di oggetti l'individuo individualizza se stesso, diventando unico e quindi riconoscibile agli occhi dell'altro¹².

Dal canto suo Freud affermava che la vita nella civiltà comporta una perdita fondamentale, quel baratto tra felicità e sicurezza che sta a fondamento del disagio della civiltà¹³ e della civiltà *tout court*, per il quale la possibilità dell'uomo di ottenere un'assoluta soddisfazione pulsionale è definitivamente perduta entro il processo di civilizzazione, o umanizzazione.

DELL'IGNORANZA DELLA LEGGE PENALE

Il discorso della scimmia kafkiana esemplifica una concezione della libertà umana come mediata dall'ordine sociale. Una concezione importante per la nostra riflessione in quanto implica una visione dell'essere umano come non concepibile in purezza o come ente astratto, quando piuttosto come immerso fin dall'origine all'interno del legame sociale. L'uomo è parte di un mondo

12 J. L. Schroeder (2016), *Strange Bedfellows: Lacan and the Law*, in “Teoria e critica della regolazione sociale”, n. 2, pp. 57-68, p. 58, trad. nostra.

13 S. Freud, (1929), *Das Unbehagen in der Kultur*, tr. it. *Il Disagio della civiltà* in *Il disagio della civiltà e altri saggi*, Torino, 2010, pp. 197-280, p. 250.

culturale orientato da leggi, regole, discorsi e simboli, che non comportano solo una limitazione, ma anche la garanzia nel vivere comune, oltreché una supplenza ad una carenza istintuale fondamentale¹⁴. Esser parte di una società implica imprescindibilmente la condivisione di una serie di assetti culturali istituiti, strutture simboliche, norme giuridiche che sono il risultato di un processo di mediazione del mondo naturale da parte del linguaggio¹⁵ e che per l'uomo corrispondono allo stesso vivere in civiltà. In qualche modo la scimmia, ormai uomo, deve rispondere a leggi sociali che già conosce ed agisce in quanto membro effettivo della comunità umana. Ciò fa sì che quello della *non ammissibilità dell'ignoranza della Legge* da parte dell'individuo diventi un assunto fondante di ogni vivere civile:

si presume che nessuno ignori la legge, - questa formula trascritta dall'umor di un Codice esprime peraltro la verità in cui la nostra esperienza si fonda e che conferma. Nessun uomo l'ignora infatti, poiché la legge dell'uomo è la legge del linguaggio da quando le prime parole di riconoscimento hanno presieduto ai primi doni.¹⁶

In un salto dalla condizione animale a quella umana, dall'ordine naturale a quello culturale, l'uomo è situato all'interno di un mondo simbolico, di linguaggio, costituito da quell'insieme di regole, istituzioni, relazioni simboliche che gli assegnano un posto nel mondo anche prima di nascere. Il mondo culturale è infatti imperniato sullo scambio reciproco del rico-

noscimento com'è nel caso del dono¹⁷, il quale veicola ed è veicolato dal legame intersoggettivo. In questo senso l'appartenenza dell'uomo all'ordine sociale costituisce un momento logico di particolare importanza in quanto implica il passaggio dalla dimensione naturale a quella culturale e che per certi versi comporta una seconda nascita, parallela a quella biologica:

for human beings, as members of the speaking species, this entry involves a secondbirth, out of which a subject of speech emerges. [...] This second birth is a birth into an institution of speech, and it founds the regulation of life in all societies. From this perspective, what is in issue is the problem face by each and every subject in elaborating a relationship with the founding Interdiction.¹⁸

L'entrare a far parte della comunità umana, quale mondo del linguaggio, è per il soggetto una sottomissione una perdita dell'originaria libertà, in ciò consiste l'Interdizione del linguaggio di cui parla Legendre cioè l'instaurarsi nel rapporto tra il soggetto e il mondo delle strutture simboliche e linguistiche che mediano il rapporto del soggetto con le cose del mondo, con il mondo naturale nella sua immediatezza¹⁹. La "Interdizione" è intesa da Legendre proprio in senso etimologico, cioè del linguaggio che si interpone (*inter-dictum*) nel rapporto del soggetto con il mondo, in cui si costituisce un ordine che regola le società e le sue istituzioni²⁰. Ciò comporta per ciascun essere parlante l'acquisizione di strutture culturali e simboliche che costituiscono, contingentemente con il clima culturale e le esperienze sociali, l'inconscio soggettivo. In questo senso si può dire che l'inconscio è «il discorso dell'Altro»²¹, dove per Altro si intende

14 Cfr. P. L. Berger, T. Luckmann (1966), *The Social Construction of Reality*, tr. it. *La realtà come costruzione sociale*, Bologna, 1969, p. 81: «l'immanente instabilità dell'organismo umano rende imperativo per l'uomo stesso provvedersi di un ambiente stabile per la sua condotta; egli infatti deve specializzare e dirigere i suoi impulsi. Questi fatti biologici fanno da presupposti necessari alla produzione dell'ordine sociale. In altre parole, sebbene nessun ordine sociale esistente possa essere fatto derivare da dati biologici, la necessità di un ordine sociale in quanto tale discende dalla natura biologica degli esseri umani».

15 Cfr. B. Romano, *Il diritto tra desiderio e linguaggio. L'autocoscienza in Hegel e l'inconscio di Lacan*, Roma, 1989 pp. 157-158.

16 J. Lacan (1953), *Funzione e campo della parola e del linguaggio in psicoanalisi*, in *Scritti*, vol. I, Torino, 2002, pp. 230-316, p. 265.

17 Cfr. M. Doni, S. Tomelleri, *Il dono come controparadosso. Scambio, gioco, reciprocità*, in "Sociologia. Rivista Quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali", n. 1, 2018, p. 40: «generativo è il dono perché rimette la gratuità del gesto ovvio dello scambio (donare il tempo) all'interno di dinamiche di reciprocità e di vincolo gerarchico (competizione, gara ecc.). Questo è il legame sociale».

18 P. Legendre, *Law and the Unconscious*, cit., p. 141.

19 Ivi, p. 146.

20 Ivi, p. 140.

21 J. Lacan (1981), *Le Séminaire de Jacques Lacan. Livre III. Les Psychoses (1955-1956)*, tr. it. *Il seminario. Libro III. Le psicosi. 1655-1956*, Torino, 2010, p. 129-130.

il punto di riferimento simbolico che istituisce l'elemento terzo è il linguaggio, l'ordine simbolico come il fulcro che legittima le istituzioni sociali. L'Altro è ciò che Legendre chiama indica come oggetto della *référénce* giuridica e che in psicoanalisi assume la funzione di Terzo simbolico²², elemento fondante i rapporti sociali e il reciproco riconoscimento tra soggetti.

Le Leggi sociali stesse e la loro autorevolezza si fondano e si istituiscono a partire dalla garanzia del rapporto con tale elemento di terzietà, e che è per il soggetto stesso determinante al fine di ottenere un riconoscimento all'interno della dialettica sociale. In questo senso, cioè proprio perché «l'inconscio è il discorso dell'Altro», il fatto che l'ignoranza della legge non possa essere ritenuta giuridicamente scusabile esprime dal punto di vista psicoanalitico la verità di ciascun essere parlante. La costituzione di questo Altro implica per il soggetto l'esser già parte di un tessuto di rapporti di reciprocità, un ordine simbolico, che istituisce la legge come elemento costitutivo della soggettività medesima²³, per questo al livello logico la conoscenza della Legge (cioè di questo Altro) è necessaria.

Tuttavia il rapporto di riconoscimento e di scambio simbolico su cui si fonda l'ordine sociale, così com'è sintetizzabile al livello logico nel principio di *non scusabilità della legge*, può trovare dei limiti nel caso concreto, come nel

22 L. Avitabile, *La filosofia del diritto* in Pierre Legendre, Giappichelli, Torino, 2004, p. 188: «la terzietà promana dalla ragione giuridica che è essa stessa terza, in quanto messa in parole, nel luogo della *référénce*, strutturata linguisticamente o meglio discorsivamente, mediante un Testo privo di soggettività, ma non privo di autori e di autorità, derivante da un passato attraverso l'opera di trasmissione storica di fatti cronologici, elaborati criticamente che garantiscono l'evocazione di un'origine istituita a carattere emblematico».

23 P. Barcellona, *L'individuo sociale*, Milano, 1996, pp. 119-120: «L'autonomia è insomma l'istituzione della soggettività riflessiva e, cioè, della consapevolezza che ciascuno di noi non può pretendere che non ci siano condizionamenti storico-affettivi, psichici e sociali del proprio agire». «La soggettività umana coincide, dunque, con la formazione sociale di un'istanza riflessiva e deliberante che allo stesso tempo libera l'immaginazione radicale dell'individuo come fonte di creazione e di alterazione e gli permette di raggiungere una libertà effettiva».

caso in cui è fatto oggetto di osservazione sociologica o psicologica. Qualora infatti venga meno il rapporto di *référénce*, di riferimento all'Altro simbolico, viene meno il principio di autorità, di legittimità su cui si fondano le istituzioni, le leggi, le norme, compromettendo anche l'assunzione di un'etica soggettiva da parte dell'individuo²⁴. Nel venir meno di tale rapporto soggettivo con il limite simbolico, espresso da una tale mediazione da parte dell'Altro, si descrive un profilo di incertezza e indeterminatezza simboliche del soggetto²⁵, i quali a loro volta si esprimono in un venir meno del rapporto di riconoscimento e nella degradazione dell'etica:

senza il luogo terzo, aperto al ricevere e al dare il riconoscimento secondo una misura imparziale e reciproca, il desiderio tende a spegnersi nel 'biologico' non essendo alimentato dall'altro regolato dal terzo, che togliendomi dal ripetere una immagine mia o dell'altro, ove sono confinato e saziato, mi avvia alla ripresa dell'«altrimenti», dell'ipotizzare, che è la ripresa dell'esistere nel desiderare di desiderare, oltre il vivere nell'appetire biologico.²⁶

A partire da tale possibile punto di *impasse* dell'ordine simbolico, e quindi istituzionale, si pone la questione di dover riflettere su quali siano gli effetti di una degenerazione del rimando al terzo giuridico. Effetti che già si è avuto modo di introdurre dinanzi in termini di possibile scusabilità dell'ignoranza della legge nel caso concreto e che si cercherà ora approfondire.

AI LIMITI DELL'ORDINE SIMBOLICO

The more the language withdraws from its relational aspects, the more its real effects become manifest.²⁷

L'art. 5 del codice penale sancisce il principio *ignorantia legis non excusat*. Si è detto che

24 L. Avitabile, *Filosofia...*, cit. p. 334.

25 Cfr. A. Honneth, *Leiden an Unbestimmtheit. Eine Reaktualisierung der Hegelschen Rechtsphilosophie*, tr. it. *Il dolore dell'indeterminato: una attualizzazione della filosofia politica di Hegel*, Roma, 2003, p. 65 ss.

26 B. Romano, *Filosofia del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 37.

27 Samo Tomšič, *The Capitalist Unconscious. Marx and Lacan*, 2015, Verso, London-New York, pp. 22-23.

«la presunzione di conoscenza della legge [è] un criterio di funzionalità del sistema» giuridico penale²⁸, cioè un principio formale che costituisce una finzione giuridica, che non ha piena operatività reale, concreta. Da questo punto di vista, infatti, nel 1988 questo articolo è stato ridimensionato da una sentenza della Corte costituzionale (Dell'Andro, sent. 364/1988) che ha sancito l'illegittimità costituzionale della norma nella parte in cui non è esclusa l'«ignoranza inevitabile».

In particolare deve ritenersi che l'ignoranza sia inevitabile allorché l'assenza di dubbi sull'illeceità del fatto dipenda dalla personale non colpevole carenza di socializzazione del soggetto. A seconda dei casi, perciò, le ragioni d'inevitabilità dell'errore possono essere più oggettive o soggettive, cioè tendenzialmente esterne rispetto al soggetto oppure strettamente attinenti alle sue caratteristiche personali.²⁹

Il principio assume così, secondo questo profilo, dei connotati differenti tendendo a contestualizzarsi entro la concreta esperienza di socializzazione del soggetto. Si valuta cioè se materialmente il soggetto in questione abbia avuto o meno la possibilità di apprendere le norme e di fare quindi esperienza di esse, o in altri termini di contemplare la possibilità per il soggetto di venire a contatto con quella rete organica di regole, così come fin qui si è cercato di descriverla, che opera una funzione di limitazione e mediazione per mezzo del Terzo simbolico. Senza un tale riconoscimento non è possibile infatti considerare l'intervento della pena come effettivamente utile nella sua funzione punitiva e rieducativa.

In assenza della possibilità di comprendere che un'azione non sia reato, viene meno infatti il principio riabilitativo medesimo della pena poiché la mancanza di piena consapevolezza circa l'effettiva anti-giuridicità della propria azione determina una lacunosità nella possibilità di poter dichiarare il soggetto come effettivamente capace di intendere e di volere³⁰ dal punto di

vista dell'osservanza delle norme. Tali capacità infatti suppongono la possibilità per il soggetto di conoscere e richiamare alla mente quali siano gli effetti, nella fattispecie le conseguenze giuridiche, delle proprie azioni. In senso lato potremmo descrivere tale scenario nei termini di un soggetto che fa riferimento a delle norme le quali psichicamente si stagliano su uno sfondo³¹ che, come si è mostrato, è di carattere sociale. Tornando entro la prospettiva psicoanalitica diremmo che il principio di *non scusabilità dell'ignoranza della legge* è possibile che venga applicata nei casi in cui vi sia un'iscrizione soggettiva nell'ordine sociale riconosciuto giuridicamente, ma che nei casi particolari in cui la *référence* non si "iscrive"³², riprendendo ancora un concetto psicoanalitico³³,

p. 26: «il concetto giuridico di imputabilità, cioè la riferibilità o il collegamento del fatto al suo autore, si ricava da una valutazione naturalistica sulla capacità di comprendere il disvalore del comportamento e ciò nonostante volerlo»; «solo in presenza della capacità di intendere e di volere è possibile muovere un rimprovero all'autore del reato, in mancanza il rimprovero non sarebbe compreso e soprattutto mancherebbe l'oggetto stesso del rimprovero, cioè la volontà colpevole».

31 J. Searle, *Mind. A Brief Introduction*, 2004, tr. it. *La mente*, Milano, 2005, p. 226: «la capacità esplicativa della postulazione di processi mentali inconsci dipende ampiamente dall'assunzione che, in tali processi, si segue una regola inconsciamente. L'idea è che il nostro comportamento intelligente sia spiegato da una quantità di processi mentali inconsci che consistono nel seguire regole di cui non siamo consapevoli, né potremmo diventarli».

32 L. Avitabile, *La filosofia*, cit., p. 178: «la questione del giuridico assume una valenza di simbolo perché "umanizza l'alienazione introducendo la creatività simbolica" per mezzo del legame con la dimensione sociale, istituito dal soggetto portatore di nome. In effetti, per lo stretto legame con la psicoanalisi, il giuridico si oppone necessariamente alla dimensione psicotica, perché *la follia dell'antigiuridico o agiuridico implica l'idea dell'esclusione della legge*».

33 In questo senso il discorso psicoanalitico sul soggetto psicotico offre un'utile intersecazione tra psicologia, psicoanalisi, diritto, scienze sociali. Si veda ad esempio J. Lacan (1981), *Le Séminaire de Jacques Lacan. Livre III. Les Psychoses (1955-1956)*, tr. it. *Il seminario. Libro III. Le psicosi. 1955-1956*, Torino, 2010, p. 288: «la nozione di *Verwerfung* [forclusione] sta a indicarvi che già nella prima introduzione ai significanti fondamentali dev'esserci qualcosa che manca preliminarmente nella relazione con il significante». Si veda anche Žižek che riprende i già citati studi di Searle sulla costruzione

28 S. Aleo, *Istituzioni di diritto penale*, Milano, 2016, p. 92.

29 Ivi, pp. 93-94.

30 Cfr. F. Paterniti *L'autore del reato. Confini normativi e riscontri criminologici*, in S. Di Nuovo (a cura di), *Criminologia e psicologia penale*, Acireale-Roma, 2007,

tale scusabilità troverebbe invece possibile applicazione.

In questo scenario si assume un «ritirarsi» della funzione relazionale delle relazioni simbolicamente mediate per subentrare un aspetto del linguaggio, della Legge, che può portare alla costituzione di condotte criminali e di formazioni sociali criminogene. Fin qui infatti ci si è riferiti alla Legge come *frame* rappresentazionale, normativo ed interpretativo, del soggetto che si sviluppa a partire dal contesto sociale e culturale di appartenenza e che si esprime al massimo grado nelle istituzioni giuridiche, le quali sono punto di riferimento (*référence*) e garante simbolico che sostiene l'etica soggettiva. L'aspetto che invece emerge nella degradazione di tale funzione simbolica (che   sociale e soggettiva a un tempo)   quello del passaggio all'atto criminale.

Il discorso psicoanalitico attuale tende a descrivere il crimine nei termini *passaggio all'atto*, cio  come la soddisfazione di un'esigenza di carattere pulsionale, di una fantasia inconscia³⁴ del soggetto, riconoscendone il carattere coattivo:

la struttura morbosa del crimine o dei delitti   evidente, il loro carattere coatto nell'esecuzione, la loro stereotipia quando si ripetono, lo stile provocante della difesa o della confessione, l'incomprensibilit  dei motivi, tutto conferma la «costrizione da parte di una forza cui il soggetto non ha potuto resistere».³⁵

sociale in un'ottica psicoanalitica, S.  i ek (1988), *Le plus sublime des hyst riques. Hegel passe*, tr. it. *L'isterico sublime. Psicoanalisi e filosofia*, Milano-Udine, 2012, p. 192: «per dirla con Searle, la regola della somma fa parte del *background*, dello sfondo presupposto dall'atto di sommare. In ultima analisi la regola   qui sinonimo di grande Altro. In un atto regolato dal simbolico, l'Altro   sempre gi  l . Gi  il fatto di parlare testimonia la credenza per cos  dire *a priori* nella regolarit  dell'Altro. Tale credenza   preliminare a qualunque ragionamento razionale, di cui costituisce il fondamento, lo sfondo preconstituito. Infatti solo uno psicotico non ci crede».

34 Per una chiarificazione di questa nozione si rimanda alla voce «Fantasia e fantasma» in J. Laplanche, e J. B. Pontalis (1967), *Vocabulaire de psychoanalyse*, tr. it. *Enciclopedia della psicoanalisi*, Laterza, Roma-Bari, 2010: «scenario immaginario in cui   presente il soggetto e che raffigura, in modo pi  o meno deformato dai processi difensivi, l'appagamento di un desiderio e, in ultima analisi, di un desiderio inconscio».

35 J. Lacan, Introduzione teorica alle funzioni della psicoanalisi in criminologia, in *Scritti*, Vol. I, op. cit., p. 125.

La spiegazione del crimine come passaggio all'atto determinato da un'operazione di scarica pulsionale   un diretto sviluppo del modello freudiano del "criminale per senso di colpa"³⁶, ampliandone la portata esplicativa. Secondo la teoria freudiana il senso di colpa soggettivo (legato ad una fantasia inconscia, un desiderio edipico negato dal soggetto) precede quello del crimine effettivamente commesso, anzi   proprio per il senso di colpa fantasmatico inconscio che il criminale ha bisogno di commettere il crimine e ricevere una punizione per esso, al fine "redimere" realmente il senso di colpa che lo affliggeva inconsciamente.

  questo per esempio il caso di un detenuto, che vive ormai da diversi anni l'esperienza del carcere, il quale raccontando la sua esperienza riporta il sogno ricorrente di essere arrestato, sogno che poi egli riteneva essere collegato direttamente a degli eventi reali, in quanto di l  a poco aver fatto questo sogno viene puntualmente sempre arrestato. In questo caso il sogno del detenuto, alla luce soprattutto della sua ricostruzione a posteriori³⁷ quasi superstiziosa o da pensiero magico, corrisponde all'esemplificazione di un fantasma di colpa: il sogno non   altro che una fantasia di colpa, la quale effettivamente precede il delitto ma che   riconosciuta solo a posteriori come sogno. Nell'individuo quindi il rapporto tra delitto e senso di colpa   rappresentato da un capovolgimento per il quale il secondo "precede" il primo e agisce sul soggetto nella forma di ingiunzione al passaggio all'azione, alla stregua di un Super-Io:

la dimensione fondamentale del Super-Io sta nell'imperativo impossibile che colpevolizza il

36 S. Freud (1916), *Einige Charaktertypen aus der psychoanalytischen Arbeit*, in *Gesammelte Werke*, cit., vol. 10, pp. 364-91; trad. it. *Alcuni tipi di carattere tratti dal lavoro psicoanalitico*, in *Saggi sull'arte, la letteratura e il linguaggio*, Torino, 2013, pp. 250-252.

37 Si veda la voce "Posteriorit , posteriore, posteriormente" in J. Laplanche, e J. B. Pontalis, cit.: «termini frequentemente usati da Freud in relazione alla sua concezione della temporalit  e della causalit  psichiche: esperienze, impressioni, tracce mnestiche vengono rielaborate successivamente in funzione di nuove esperienze o dell'accesso a un altro grado di sviluppo. Esse possono allora acquisire, oltre a un nuovo senso, una nuova efficacia psichica».

soggetto. L'ingiunzione superegoica non conosce scuse, non sente appelli delle nostre capacità illimitate, non può esentare perché «puoi perché devi!».³⁸

Il super-io è da questo punto di vista la Legge della spinta pulsionale interiore³⁹, un imperativo che spinge all'azione irriflessa e che soprattutto è privo di dialettica. La legge del super-io è una legge che non intrattiene alcun rapporto con l'alterità se non nella forma alienata di un altro che spinge "interiormente" il soggetto al godimento⁴⁰. In tale rapporto con la legge non c'è alcuna mediazione con l'Altro, l'ordine simbolico e giuridico, il soggetto è posto così al di là di qualsiasi rapporto di riferimento ad un Terzo garante e regolatore: Legge, imperativo del godimento solipsistico al di fuori di qualsiasi *référence* con le istituzioni.

Supponete che [tale imperativo] sia dotato di una forza ingiuntiva e che si agganci direttamente sul corpo. Il soggetto si trova allora nella necessità di obbedire a un comandamento tanto muto quanto inconfutabile, a un'esigenza assoluta di soddisfazione immediata. Un imperativo di godimento impone la sua legge che non ammette nessuna deliberazione: il passaggio all'atto si scatena. [...] Le prigioni sono piene di questi disgraziati presso i quali l'esigenza incondizionata della pulsione non è tamponata.⁴¹

Possiamo dire dunque che nell'ottica psicoanalitica il rapporto che l'individuo instaura con la funzione simbolica della Legge può assumere schematicamente due modalità⁴²: una relativa al tipo di rapporto che l'individuo ha con la legge sociale che gestisce e regola i rapporti ed i legami sociali; l'altra ha una matrice

individuale ed irriflessa, per il soggetto ha una valenza assoluta e non mediata. Si evidenzia quindi come nel soggetto il decadimento della funzione simbolica, l'ordine sociale dei valori condivisi e riconosciuti, a discapito della possibilità di riflessione e mediazione, possa portare all'espressione più feroce di quelle istanze psichiche di matrice superegoica che determinano il cosiddetto passaggio all'atto:

[ciò] che si presenta come effetto di questa difficoltà della dimensione simbolica è l'aumento considerevole del versante compulsivo dell'agire del soggetto, cioè del versante che porta il soggetto a compiere degli agiti o dei passaggi all'atto, quindi delle risposte, per esempio, a una situazione di disagio che possono andare nella direzione di una azione sconsiderata, di una azione non regolata dalla legge⁴³.

Tali considerazioni comportano una lettura del crimine come derivato da istanze sia individuali che sociali che influenzano in un dato soggetto il riconoscimento di ciò che è giusto e sbagliato. Ma quando tale di degradazione dell'ordine simbolico diventa di carattere sociale ciò che rimane della legge sociale è la Legge del super-io quale legge del godimento e non dell'interdizione. È ciò che si osserva in certe conformazioni sociali devianti nei quali si assiste allo svilupparsi di una cultura criminogena e che determina l'esperienza primaria di socializzazione individuale rendendo problematico il concetto stesso di rieducazione o riabilitazione della pena.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Il contributo della psicoanalisi all'interpretazione del fenomeno criminale sta proprio in questo tener conto ad un tempo e con uno sguardo caleidoscopico alla dimensione sociale e a quella soggettiva. Nel riconoscimento del valore formale del principio sancito dall'art. 5 c.p. la psicoanalisi trae un insegnamento generale sul funzionamento umano, dal quale si può ricavare anche un concetto di libertà. Ciò che si può presentare concretamente in certe condi-

38 S. Žižek, *L'isterico sublime*, cit., pp. 144.

39 A. Di Ciaccia, *La Legge in Jacques Lacan*, in "Teoria della regolazione sociale", n. 2, 2016, p. 51: «l'esigenza della pulsione si presenta come una legge, con le stesse caratteristiche della legge morale».

40 A. Fuentes, *Il super-io: la voce che non perdona*, in "La Psicoanalisi", n. 60, 2017, pp. 48-49.

41 J.-A. Miller, DSK, fra Eros e Thanatos, in *La Psicoanalisi*, N.51, 2012, Criminologia, psicoanalisi e diritto, Astrolabio, Roma, p. 37.

42 Su questa doppio risvolto della Legge in psicoanalisi si veda F. Ciaramelli, *Jacques Lacan o della duplicità della legge*, in "L'inconscio. Rivista italiana di filosofia e psicoanalisi", n. 2, 2016.

43 D. Cosenza, *Il fragile legame sociale*, in "La Psicoanalisi", N. 51, 2012, p. 99.

zioni sociali è la degradazione dell'articolazione significativa e simbolica come riferimento al Terzo del linguaggio (come interdizione) e quindi all'Altro della Legge come garante. In tale scenario infatti rischia di prodursi una scissione tra la legge della reciprocità del riconoscimento sociale e la Legge supereogica con un indebolimento del primo a favore del secondo, come avviene in maniera emblematica nei casi di soggetti legati all'associazione mafiosa che non riconoscono l'appartenenza associativa con una valenza "antigiuridica".

La riflessione filosofica e psicoanalitica su tale principio giuridico può permetterci innanzitutto di comprendere quale sia il funzionamento del soggetto rispetto alla Legge e da operatori di agire in modo che la pena possa assolvere alla sua funzione riabilitativa.

Dario Alparone, dottore in Psicologia è Psicologo abilitato presso l'Ordine degli Psicologi della regione Sicilia, membro Partecipante della Scuola Lacaniana di Psicoanalisi del Campo Freudiano (SLP - associazione scientifica), dottorando in Scienze Politiche e Sociali presso l'Università degli Studi di Catania, assistente psicologo presso l'Istituto di alta sicurezza Catania-Bicocca.

darioalpa9119@gmail.com

Leading virtual teams while fostering psychological safety

Daniela Zamolo

ABSTRACT

With the increasing sophistication and advances in Information and Communication Technology systems (ICTs) and the need to respond rapidly to changing markets and customer demands, an innovative style of leadership is required for the development of new forms of teams that support or even replace conventional teams. Based on using ICTs in the workplace, virtual team collaboration is oriented to achieve high performance outcomes by focusing on plans, goals and actions that could not be accomplished by working independently. The present research aims to examine 'e-leaders' behaviour and organizational strategies that promote increased levels of psychological safety within virtual teams, thus improving learning behaviour and personal work commitment. Since virtual team performance is dependent on the level of knowledge, skills, and abilities (KSAs) of each follower, it is likely that psychological safety contributes to increased work engagement and performance level, with consequent increased rates of error reporting and quality improvements in work processes and organizational outcomes.

Con il progresso e la diffusione delle tecnologie comunicative e informatiche (ICTs) e la necessità di rispondere rapidamente alla domanda e ai mutamenti di mercato, le organizzazioni necessitano di uno stile di *leadership* orientato allo sviluppo di nuove forme di *team* che supportino o sostituiscano i *team* convenzionali. La cooperazione in *team* di tipo virtuale si fonda sull'impiego di ICTs e mira al raggiungimento di *performance* di alto livello mediante la realizzazione e la gestione di progetti organizzativi che non possono essere intrapresi lavorando in autonomia.

Obiettivo della ricerca in oggetto è l'analisi del ruolo dell'*e-leaders* specificatamente finalizzato a preservare

alti livelli di sicurezza psicologica, motivazione e impegno lavorativo tra i collaboratori.

Poiché il livello di *performance* del *team* virtuale dipende dal livello di conoscenze, competenze e abilità (KSAs) possedute da ogni singolo professionista, è probabile che un livello ottimale di sicurezza psicologica promuova il coinvolgimento lavorativo e il miglioramento delle *performance* individuali, con effetti positivi sul tasso di registrazione degli errori, sulla qualità dei processi organizzativi e dei risultati.

PAROLE CHIAVE

VIRTUAL TEAM; ICTs; PSYCHOLOGICAL SAFETY; LEARNING BEHAVIOUR; HIGH PERFORMANCE; SYSTEM DYNAMICS; ORGANIZATIONAL CHANGE.

KEYWORDS

TEAM VIRTUALE; ICTs; SICUREZZA PSICOLOGICA; STILE DI APPRENDIMENTO; PERFORMANCE DI ALTO LIVELLO; DINAMICHE DI SISTEMA; CAMBIAMENTO ORGANIZZATIVO.

INTRODUCTION

During the last decade, due to professionalism and complexity of jobs, many people have been working together in a workplace in order to achieve a set of organizational goals, and to sustain a competitive advantage. To work effectively together, team members should possess specific knowledge, skills and attitudes (KSAs) related to the field, and should have a specific disposition toward working in a team.

A team consists of three or more individuals, who have specific roles, perform independent tasks, are adaptable, and share a common goal.¹ The definition of work-based teams focuses on that they are socially constructed organizational entities with a common purpose. Kozlowsky & Ilgen (2006) state that “Team development is regarded as a holistic process in that all team members go through it together”.² The existing literature underlines several team typologies. For instance, Blanchard and Thacker (2013) suggest that, of the many types of team structure available, not all teams work equally well for achieving particular outcomes. They differentiate among five main team types: informal teams, traditional work units with a supervisor, problem-solving task forces, committees, and quality circles. Other team types include: leadership teams, steering committees, and advisory boards and self-directed work teams.³

¹ Salas E et al., *The science of training: a decade of progress*, 1992. Regarding to this, Tuckman’s Model of Team Development (1960) describes five main stages of team development:

Forming: initial team-building phase in which it is supposed that members are unaware or uncertain about their specific roles, rules, norms and expectations from others;

Storming: members tend to get into competitiveness, defensiveness, and conflict over roles and personalities;

Norming: individuals tend to know each other, agree on the norms, and to show working styles;

Performing: teams works with positive and creative attitude in order to achieve the goals;

Adjourning: refers to a team breaking up after the task has been completed. Members establish closer relations.

² Kozlowsky & Ilgen, *Enhancing the effectiveness of work groups and teams*, Association of Psychological Science, 2006, p. 105

³ PN Blanchard, JW Thacker, *Effective Training. Systems, strategies and practices*, Pearson, 2013, p. 400

Exploring the potential benefits to organizations and employees, CIPD (2013)⁴ distinguishes among project teams, operational teams, crews, action and negotiation teams.

Differently to other typologies of working groups, the most characteristic aspect of a team is a collective vision towards the achievement of organizational goals. Smith & Katzenbach (1993) underline that an effective team is worth more than the sum of its members involving relationships supporting each other’s skills, communicating openly and clearly with one another, and holding themselves mutually accountable.⁵ Effective communication is important as there is evidence that it enhances information sharing and the search for solutions to problems, reduces role conflicts, and increases mutual cooperation. Moreover, working in teams represents an essential component of achieving high reliability, and its effectiveness depends on each member being able even to anticipate the needs of others.⁶

Although it is a commonly shared belief that such teams may be considered as the key building blocks of today’s knowledge-based organizations (Leonard & Sensiper, 1998)⁷, most departments/units choose to work as separate categories of professionals. This may be explained in relation to the fact that, coming from different disciplines and diverse training programs, employees are rarely trained together.

⁴ CIPD, professional body for HR and people development, available at www.cipd.co.uk

⁵ DK Smith, JR Katzenbach, *The discipline of teams*, Harvard Business Review, 1993, p.112

⁶ The authors E. Salas, ML Shuffler, et al. in *Understanding and improving teamwork in organizations: a scientifically based practical guide*, HRM, Wiley Periodicals, 2014, p. 2, state that for teams to be effective, they must successfully perform both taskwork and teamwork. The main factors affecting teamwork effectiveness include:

- *Attitudes*: an internal state that affects the team’s ability to interact together (what team members *feel* or *believe*)
- *Behaviours*: the skills and processes necessary to accomplish teamwork (what team members *do*)

- *Cognition*: the knowledge and experiences that guide effective teamwork (what team members *think* or *know*)

⁷ Leonard & Sensiper, 1998, in P. Kanawattanachai, Y. Yoo, *The impact of knowledge coordination on virtual team performance over time*, MIS Quarterly, Vol. 31, n. 4, Dec 2007, pp 783-808

There is evidence that the core dimensions of teams' specialization, hierarchy and formalization highlighted by Bunderson JS, *et al.* (2010), as well as Bresman and Zellmer-Bruhn (2013)⁸, and related to the concept of "structure" are perfectly in tune with modern organizational contexts. Nevertheless, simply establishing a team structure does not automatically ensure it will operate effectively, mainly because teamwork effectiveness depends on the willingness to cooperate together to achieve shared goals. Employees' relationships and resulting behaviour are often influenced by professional characteristics and personal background, as well as by leadership and organizational climate and culture. Thus, at the different levels of the organization, leaders and managers with different position of power and professional profiles should review their knowledge, conceptual and technical skills, and competencies in the fields of human resource management, training and development to better be able to manage the team.

CONVENTIONAL TEAMS AND VIRTUAL ONES

There are elements in common and differences between traditional teams and virtual ones. Both conventional and virtual teams rely on the collaboration among individuals to complete tasks and to achieve common goals, and its extent depends on the degree of interdependence among team members. 'E-leaders' possess different behaviours, knowledge, competences, assumptions and level of confidence about their work. These may positively impact on teams, or may contribute to the generation of conflict dynamics with negative effects, such as decreased levels of commitment, and of effort in performance when approaching adaptive changes and challenges.

According to Bell *et al.* (2002), traditional teams work in close physical proximity, and under the same roof, having face to face inter-

8 For an in-depth analysis refer to: H. Bresman, M. Zellmer-Bruhn, *The structural context of team learning: effects of organizational and Team Structure on internal and external learning*, Organization Science, 2013

actions.⁹ By contrast, some teams are entirely virtual and their members rarely, if ever, meet face-to-face. Regarding this, team membership may be relatively stable or may change on a regular basis, and can be drawn from the same organization or from different organizations. Friedrich (2017) suggests that even the smallest degree of dispersion may affect the quality of collaboration and performance.¹⁰

Virtual teams are typically project or task focused groups. The task itself usually provides the starting motivation level to work together across time and space with flexibility and responsiveness. According to Nemiro *et al.*, (2008), since virtual team members depend on one another to fulfill a common goal, as such, they need to be connected both at task and at interpersonal level, because challenges in working virtually emerge in both domains.¹¹

One of the foundations for the success of a virtual team is to build cohesion and trust. Information sharing is done through instant messaging platforms, e-mail, podcasting and teleconferencing. This requires communication ability, strategy, coordination and effort on the part of the 'e-leader' that aims to manage an effective team while stimulating conversations that can be revisited and referenced at any point in time. In addition to clarity about goals, roles and processes, virtual teams need clarity about leadership roles and responsibilities. Ideally the virtual team need to balance cooperation and control level, and between individual autonomy and the need for inter-dependence.

TRANSFER OF BEHAVIOURS AND SELF-EFFICACY

An amount of research focuses on the transfer of behaviours and findings from conventional teams to the situation of virtual teams,

9 Bell *et al.* (2002) in D. Pauleen, *Virtual teams: projects, protocols and processes*, 2004

10 R. Friedrich, *The virtual team maturity model*, Springer, 2017

11 For an in-depth analysis refer to: J. Nemiro *et al.*, *The handbook of high-performance virtual teams. A toolkit for collaborating across boundaries*, Jossey-Bass, 2008

and from the situation of virtual teams to the real operational settings. This aspect is particularly relevant since virtual teams may be difficult to design, costly and complex to implement and manage, and far less productive than conventional location-based teams.

Virtual teams face a level of complexity in terms of inter-communication and collaboration that may impede adequate transfer of learning topics in the real setting. The structure of such teams also differs in relation to purpose, task, setting, and formal relationships among different professional profiles. Each group has unique characteristics that add complexity to the workforce, and may challenge the meeting of organizational goals. Creating the conditions for high performance in virtual teams means realizing operational harmony, but not homogeneity. Too much homogeneity might lead to a lack of creativity and innovation, and to the generation of “group-think”. For any type of teams to perform in a correct way, they need to share communication, and should be able to disagree in a productive way, without blaming each other, in order to implement constructive and healthy interactions.

While the development of electronic ICTs has allowed virtual work to become easier, faster and more efficient, Rosen *et al.* (2007)¹² contend that virtual teams are particularly vulnerable to mistrust, communication breakdowns, conflicts, and power struggles. In this regard, self-efficacy, which refers to an individual’s perception of his or her capacity to perform a specific task, has been shown to have wide-ranging implications for learning behaviour. In particular, the research highlights that those with high self-efficacy beliefs are more motivated to learn, and more likely to transfer learning to the job. Moreover, there is evidence that self-efficacy is useful in predicting how individuals respond to new situations. In their research, Blanchard and Thacker (2013)¹³ state that self-efficacy seems to be a good predictor of both learning

12 B. Rosen, S. Furst, et al., *Overcoming barriers to knowledge sharing in virtual teams*, *Organizational Dynamics*, 2007, 36: 259-273

13 Already cited.

in the training environment and transfer of behaviour to the job.

Bandura A. (1977) stated that perceived negative discrepancies between performance and standards may create dissatisfaction that motivates a corrective change in behaviour.¹⁴ Compared with people with low self-efficacy, individuals with high levels of self-efficacy are more likely to transfer skills learned during training to their jobs because they perceive the usefulness of the training in improving performance. Also, the research highlights that trainees who believe in their job capabilities probably have a high level of self-efficacy, since they have a strong motivation to transfer learning, are goal-oriented, and plan for their future in the organization. In general, these people consider transfer of such training as a personal investment, are more likely to successfully transfer learning to their jobs, and try to achieve challenging objectives.

The mediating effect of self-efficacy on learning transfer is recognized by earlier research. There is evidence that the role of managers and supervisors in giving feedback to employees is fundamental. Positive feedback regarding the acquisition of knowledge and skills contributes to enhance an individual’s self-efficacy, increasing the transfer of KSAs to the real context. Performance assessment of each virtual team member should be effective and concrete, with results oriented to evaluate the required corrective actions and improvements.

THE MEDIATING ROLE OF PSYCHOLOGICAL SAFETY ON VIRTUAL TEAM EFFECTIVENESS

In their studies, Bresman & Zellmer-Bruhn (2013)¹⁵ found that the team structure influences team learning by promoting psychological safety. Edmondson A. (1999) defines *team psychological safety* as “people’s perceptions of the consequences of taking interpersonal risks in a particular context such as a

14 A. Bandura, *Self-efficacy: toward a unifying theory of behavioral change*, *Psychological Review*, 1977, Vol. 84, No. 2, 191-215, p. 193

15 Already cited.

workplace”.¹⁶ In other words, there is a shared belief that the team is safe for interpersonal risk-taking. The author maintains that *team psychological safety* describes a team climate characterized by interpersonal trust and mutual respect in which people feel comfortable being able to express themselves.

Psychological safety refers to the perception that there are no negative consequences to the individual's status or career in taking interpersonal risks, such as reporting mistakes, or even adverse events. According to Janis (1982) who states that “Team psychological safety is not the same as group cohesiveness, as research has shown that cohesiveness can reduce willingness to disagree and challenge others' views, implying a risk of interpersonal risk taking”.¹⁷

Different studies show how unsupportive environments may reduce levels of trust, and increase anxiety with a perceived culture of blame, by which individuals adopt defensive behaviour due to fear of taking interpersonal risks, such as reporting errors. Edmondson A. states that “through internal learning, teams are able to detect and to correct errors and to improve collective understanding of a situation or discover unexpected consequences of previous actions, enhancing both the quality and the efficiency of their work” (Edmondson A, in Bresman and Zellmer-Bruhn, 2013).¹⁸

Edmondson A. does not explain *how* to promote *psychological safety* within teamworks. Interdisciplinary virtual team training programmes may contribute to the improvement of team coordination and intercommunication. These development interventions allow professionals to gain improvements from practice, prevent hierarchical barriers, and help to reduce the likelihood of failure and the fear in error reporting, thus promoting increased levels of psychological safety.

16 A. Edmondson, K. Zhike, *Psychological safety: the history, renaissance, and future of an interpersonal construct*, Annual Review of Organizational Psychology and Organizational Behavior, Vol 1, 2014, pp 23-43

17 Janis IL, 1982, in A. Edmondson, *Psychological Safety and Learning Behavior in work teams*, Administrative Science Quarterly, 1999, Vol. 44, No. 2, pp. 350-383

18 Already cited.

Managers and coaches should guarantee psychological safety and a no-blame culture within conventional teams as well as in virtual ones, so as to create work environments that enhance mutual understanding, effective relationships, decision-making and knowledge-sharing among workers, and where individuals feel free and comfortable in engaging in discussion with each other without fear of blame. In order to realize effective virtual team performance, team members should take into consideration how others interact and provide feedback to maximize team functioning in a way in which every professional feels engaged and responsible.

VIRTUAL TEAM MANAGEMENT

What benefits can be drawn from implementing effective virtual teams? Leading virtual teams plays a key role in creating appropriate and constructive organizational environments based on cohesion and trusting relationships in line with business strategy. Since teams do not just happen naturally, and are created as dynamic systems for a purpose, coordinating and sustaining effective virtual teams requires strong investment from the ‘e-leader’ in terms of time, effort and energy.

The main challenge is to actively address the issues that arise when people communicate via the Web, Skype, videoconferencing, blogs and discussion forums, or when they are involved on projects simultaneously, and meet each other synchronously and asynchronously across organizational boundaries, respecting codes of conduct of procedures and policies.

‘E-leaders’ are required to implement high-impact strategies to make employees more psychologically safe and productive, since lack of commitment and avoidance of accountability on their part may lead to perceptions of ambiguity team members about the role of the ‘e-leader’, the direction of the team, and its work activities, priorities and goals.

Ensuring team members know why they are involved in a virtual team and what is expected of them, promotes their personal engagement

and work relationships. There is evidence that effective virtual team building significantly reduces workloads and organizational costs, increases job retention, and realizes personnel satisfaction, fostering *psychological safety*.

It should also be oriented towards the promotion of diversity and conflict resolution, improving shared communication and cooperation in overall work activities. 'E-leaders' should make the effort to understand the cultural complexities, developing a global mindset that helps them know how to best involve people from different cultures and backgrounds.¹⁹

Promoting and supporting diversity in virtual teams as well as in the workplace is an important aspect of good people management. "Diversity" consists of visible and non-visible differences which include factors such as age, gender, race, background, disability, personality, and work style. "It is founded on the premise that harnessing these differences will create a productive environment in which everyone feels valued, and where talents are being fully utilized and in which organizational goals are being met" (Kandola & Fullerton, 1994).²⁰ One way to promote diversity in organizations and virtual team effectiveness might be by providing training programmes related to human relations and intercultural communication oriented to support and enhance individuals' cultural differences.

FINAL THOUGHTS

At present, managing virtual teams effectively still represents a challenge, mostly because the lack of face to face interactions makes virtual teams more vulnerable than conventional ones.

There is earlier research evidence that virtual teams benefit from *psychological safety*, as this seems to mitigate at least some of the negative effects of uncertain virtual situations

¹⁹ For an in depth analysis refer to: B. Collins, *How to build a cohesive team*, CIPD, 2017.

²⁰ R. Kandola, J. Fullerton, *Diversity in action: managing the Mosaic*, CIPD, 1994

that impede the achievement of business results, thus boosting active learning and mutual understanding. Last, but not least, effective virtual team building may promote cooperation and information sharing among team members through the use of ICTs, co-facilitating programmes that articulate the team's shared culture and values.

With the increasing number of organizations characterized by horizontal and traversal structures, and geographically distributed resources, future research should focus on training individuals to take advantage of working virtually through an appropriate use of technology, and to identify which tools work best in each situation, keeping members motivated and *psychologically safe*.

Disclosure: the author declares the complete absence of conflict of interest in the present review.

REFERENCES

A. Bandura, *Self-efficacy: toward a unifying theory of behavioral change*, *Psychological Review*, 1977, Vol. 84, No. 2, 191-215

PN Blanchard, JW Thacker, *Effective Training. Systems, strategies and practices*, Pearson, 2013

H. Bresman, M. Zellmer-Bruhn, *The structural context of team learning: effects of organizational and Team Structure on internal and external learning*, *Organization Science*, 2013

B. Collins, *How to build a cohesive team*, CIPD, 2017

A. Edmondson, *Psychological Safety and Learning Behavior in work teams*, *Administrative Science Quarterly*, 1999, Vol. 44, No. 2, pp. 350-383

A. Edmondson, K. Zhike, *Psychological safety: the history, renaissance, and future of an interpersonal construct*, *Annual Review of Organiza-*

tional Psychology and Organizational Behavior, Vol 1, 2014, pp 23-43

R. Friedrich, *The virtual team maturity model*, Springer, 2017

P. Kanawattanachai, Y. Yoo, *The impact of knowledge coordination on virtual team performance over time*, MIS Quarterly, Vol. 31, n. 4, Dec 2007, pp 783-808

R. Kandola, J. Fullerton, *Diversity in action: managing the Mosaic*, CIPD, 1994

Kozlowsky & Ilgen, *Enhancing the effectiveness of work groups and teams*, Association of Psychological Science, 2006

J. Nemiro et al., *The handbook of high-performance virtual teams. A toolkit for collaborating across boundaries*, Jossey-Bass, 2008

D. Pauleen, *Virtual teams: projects, protocols and processes*, 2004

B. Rosen, S. Furst et al., *Overcoming barriers to knowledge sharing in virtual teams*, Organizational Dynamics, 2007, 36: 259-273

E. Salas et al., *The science of training: a decade of progress*, 1992

DK Smith, JR Katzenback, *The discipline of teams*, Harvard Business Review, 1993
and,

CIPD, professional body for HR and people development, available at www.cipd.co.uk

(University of London) is underway. She is currently employed in HR development with CRT-FVG, ASUIUD.

Daniela Zamolo è pedagoga specializzata in Scienze dell'Educazione degli Adulti e della Formazione Continua (Università di Trieste) con un Master in Biostatistica per la Ricerca Clinica e la Pubblicazione Scientifica (Università di Padova) e un Master in Quality Management in the European Healthcare Systems (Università di Udine). In corso MSc presso il Dipartimento di Psicologia delle Organizzazioni – Birkbeck (Università di Londra). Attualmente è coordinatore di area presso Formazione e Valorizzazione delle risorse umane – CRT-FVG, ASUIUD.

zamodan@libero.it

daniela.zamolo@asuiud.sanita.fvg.it

Skype (VoIP): zamodan

Daniela Zamolo is pedagogical specialist in the Science of Adult Education and Lifelong Learning (University of Trieste) with a Master in Biostatistics for the Clinical Research and Scientific Publication (University of Padua) and a Master in Quality Management in the European Healthcare Systems (University of Udine). An MSc at the Department of Organizational Psychology of Birkbeck

Marche locali e territorio: quale rapporto? Risultati di un'indagine esplorativa

Gabriele Qualizza

ABSTRACT

Nonostante la globalizzazione e l'omologazione delle conoscenze, dei gusti, degli stili di vita siano state indicate come tendenze inarrestabili dell'economia mondiale, emergono sempre più spesso fenomeni di segno contrario, contrassegnati dalla riscoperta delle specificità locali oppure dal tentativo di adattare le politiche di marketing di brand distribuiti a livello internazionale alle tradizioni culturali delle singole realtà nazionali. In questo contesto, si aprono insperate opportunità per le marche locali che, a parere di molti osservatori, manifestano oggi un'inattesa vitalità. Alla luce di queste considerazioni, il presente contributo focalizza l'attenzione sul problematico rapporto tra marche locali e territorio di riferimento, nella prospettiva di offrire indicazioni utili anche a una migliore comprensione del concetto di local brand. A tal fine, vengono presentati i risultati di un'indagine esplorativa condotta mediante interviste in profondità a titolari e manager di imprese e di agenzie di consulenza operanti nella Provincia di Gorizia, un territorio che si caratterizza per le punte di eccellenza riconosciute a livello internazionale nel settore agro-alimentare, con particolare riguardo per le produzioni viti-vinicole.

Despite the globalization and homogenization of knowledges, tastes and lifestyles have been identified as unstoppable trends in the world economy, phenomena of opposite sign are emerging, marked by the rediscovery of local specificities or by the attempt to

L'indagine che qui presentiamo è parte di un più ampio progetto di ricerca, finanziato dalla Camera di Commercio della Venezia Giulia e attualmente in fase di sviluppo, dedicato al coinvolgimento del consumatore nei confronti delle marche locali, con specifico riferimento ai

adapt the marketing strategies of international brands to the cultural traditions of the individual national realities. In this context, unexpected opportunities arise for local brands that, in the opinion of many observers, today manifest an unexpected vitality. In light of these considerations, this contribution focuses on the problematic relationship between local brands and territory, in the perspective of offering useful indications for a better understanding of the concept of local brand. To this end, we present the results of an exploratory survey conducted through in-depth interviews to owners and managers of companies and consultancy agencies operating in the Province of Gorizia, a territory characterized by internationally recognized peaks of excellence in the agro-food sector, with particular regard to winemaking productions.

PAROLE CHIAVE

LOCAL BRAND; GLOBAL BRAND; ENGAGEMENT; TERRITORIO; CONVERGENZA.

KEYWORDS

LOCAL BRAND; GLOBAL BRAND; ENGAGEMENT; TERRITORY; CONVERGENCE.

prodotti e alle eccellenze del territorio isontino (Provincia di Gorizia). In particolare, la ricerca si propone, per un verso, di esplorare l'apporto che uno specifico contesto territoriale può offrire come chiave per sollecitare l'engagement nei confronti dei local brand e, per un altro verso,

di mettere in luce il ruolo che il local brand può giocare come leva per suscitare engagement nei confronti del territorio. Come si intuisce facilmente, tra le due prospettive c'è una completa circolarità: quanto più i singoli brand parlano del territorio, tanto più questo rafforza la sua immagine; quanto più cresce la *brand equity* del territorio, tanto più questa riverbera i suoi effetti positivi sui brand delle aziende insediate al suo interno. Alla luce di queste considerazioni, il presente contributo intende focalizzare l'attenzione sul problematico rapporto tra marche locali e territorio di riferimento, nella prospettiva di offrire indicazioni utili anche a una migliore comprensione del concetto di local brand.

1. BACKGROUND TEORICO

Il processo di internazionalizzazione dell'economia mondiale, alimentato, per un verso, dalla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone e, per un altro verso, dallo sviluppo delle nuove tecnologie della comunicazione, ha portato negli ultimi decenni a una progressiva omologazione delle conoscenze, dei gusti, degli stili di vita delle persone¹: è un trend che le grandi imprese hanno agevolmente "cavalcato", sviluppando un approccio sistematicamente orientato alla standardizzazione dell'offerta di prodotto e delle strategie di marketing². È questa la strada seguita, ad esempio, da grandi marche globali come Pringles, Nike, Apple e Disney: il risultato è che oggi è possibile acquistare in un grande magazzino di Tokyo, di Oslo o di Los Angeles gli stessi brand e gli stessi prodotti che siamo soliti trovare esposti, in Italia, sugli scaffali dei negozi che frequentiamo abitualmente nel centro cittadino. La prospettiva di un unico mercato globale indifferenziato si accompagna peraltro a giustificati timori riguardanti il rischio di un inesorabile appiattimento delle specificità

1 I. Baghi, "La gestione della comunicazione di marca in contesti esteri", in V. Gabrielli, *Brand Communication*, Bologna, 2014, pp. 207-239.

2 S.P. Douglas, C.S. Craig e E.J. Nijssen, *Executive insights: Integrating branding strategy across markets: Building international brand architecture*, in "Journal of International Marketing", 9(2), 2001, pp. 97-114.

locali: già oggi è possibile notare come i gusti - in fatto di musica, alimentazione, abbigliamento - di un *teenager* californiano non siano poi così dissimili da quelli del suo coetaneo norvegese.

Tuttavia, nonostante la globalizzazione e l'omologazione siano state indicate come tendenze inarrestabili dell'economia mondiale³, emergono sempre più spesso fenomeni di segno contrario, contrassegnati dalla riscoperta delle specificità locali oppure dal tentativo di adattare le politiche di marketing di brand distribuiti a livello internazionale «ai gusti, alla preferenze e alle tradizioni culturali delle singole realtà nazionali»⁴. Si pensi alla curiosa vicenda di *McDonald's* che, dopo aver rappresentato per decenni l'emblema della globalizzazione in campo alimentare, ha dovuto adattare le sue scelte strategiche alle attese di un consumatore più esigente: disposto ancora a pasteggiare in fretta ai tavoli di un *fast food*, ma solo a fronte di un menu di opzioni maggiormente articolato, rispettoso delle tradizioni culturali di ogni singolo Paese.

In questo contesto, si aprono insperate opportunità per le marche locali, che - a parere di numerosi studiosi di marketing - manifestano un'inattesa vitalità in relazione a molteplici fattori, come il radicamento nel territorio e dunque la prossimità psicologica e l'affinità culturale con il consumatore finale; l'attitudine a soddisfare esigenze emergenti a livello locale; la capacità di sviluppare una profonda connessione con la cultura locale, sintetizzando simboli collettivi in una Gestalt immediatamente riconoscibile e di facile accesso; il potenziale di espressione dell'identità sociale, nonché la familiarità con consumatori fortemente fidelizzati⁵. Tuttavia, la gran parte dei

3 Cfr. T. Levitt, "The globalization of markets", in *Harvard Business Review*, May-June, 1983, pp. 92,102.

4 I. Baghi, "La gestione della comunicazione di marca in contesti esteri", cit., p. 211.

5 La letteratura sul tema si arricchisce in continuazione di nuovi contributi. Segnaliamo i seguenti studi: G. Ger, *Localizing in the Global Village: Local Firms Competing in Global Markets*, in "California Management Review", 41(4), 1999, pp. 64-83; J.N. Kapferer, *Re-Markes, Les Marques à l'épreuve de la Pratique*, Paris, 2000; Id., *Is there really no hope for local brands?*, in "Journal of Brand Management", 9(3), 2002, pp. 163-170; Id., *The post-global brand*, in "Brand management", 12(5), 2005, pp. 319-324; Id., *The New Strate-*

contributi sul tema presenti in letteratura, pur riconoscendo l'esistenza e pur descrivendo le caratteristiche dei brand locali, non propone ricerche finalizzate a una comprensione più profonda del rapporto che questi intrattengono con il territorio di riferimento.

Solitamente, il concetto di local brand viene letto in contro-luce, utilizzando come chiavi d'accesso le definizioni di brand globale proposte in letteratura, a loro volta riconducibili a due principali scuole di pensiero⁶.

La prima emerge nel contesto della cosiddetta *marketing standardization literature*, una prospettiva teorica che abbraccia il punto di vista dell'impresa (*producer perspective*). Cateora e Graham identificano come "global" il brand che utilizza in tutto il mondo lo stesso logo, gli stessi simboli e gli stessi segni grafici per distinguere i propri prodotti da quelli della concorrenza⁷. Più precisamente, Barron e Hollingshead chiariscono che va considerata come globale la marca progettata per rispondere alle attese di un consumatore poco caratterizzato culturalmente⁸: in virtù di tale scelta strategica, un brand di questo tipo riesce a mantenere sostanzialmente invariato il proprio posizionamento nei diversi mercati, proponendo un'immagine e una comunicazio-

gic Brand Management, London and Philadelphia, 2008; I. Schuiling, J.N. Kapferer, *Real Differences Between Local and International Brands: Strategic Implications for International Marketers*, in "Journal of International Marketing", 12(4), 2004, pp. 97-112; J.E. Steenkamp, R. Batra, D.L. Alden, *How perceived brand globalness creates brand value*, in "Journal of International Business Studies", 34(1), 2003, pp. 53-65; J.E. Steenkamp, M.G. de Jong, *A Global Investigation into the Constellation of Consumer Attitudes Toward Global and Local Products*, in "Journal of Marketing", 74(6), 2010, pp. 18-40; Y. Strizhakova, R.A. Coulter, *Drivers of Local Relative to Global Brand Purchases: A Contingency Approach*, in "Journal of International Marketing", 23(1), 2015, pp. 1-22; X. Yi, R. Batra, P. Siqing, *An Extended Model of Preference Formation Between Global and Local Brands: The Roles of Identity Expressiveness, Trust, and Affect*, in "Journal of International Marketing", 23(1), 2015, pp. 50-71.

6 A. Özsomer, S. Altaras, *Global Brand Purchase Likelihood: A Critical Synthesis and an Integrated Conceptual Framework*, in "Journal of International Marketing", 16(4), 2008, pp. 1-28.

7 P. Cateora, J. Graham, *International marketing*, Boston, 2007.

8 J. Barron, J. Hollingshead, *Brand globally, market locally*, in "Journal of Business Strategy", 25(1), 2004, pp. 9-14.

ne indifferenziate in tutti i contesti nazionali in cui opera. Si rifanno a questa prospettiva anche le distinzioni elaborate da Schuiling e Kapferer⁹, per i quali va definita come *global brand* una marca che usa la stessa strategia e lo stesso marketing mix in tutti i mercati obiettivo, va identificata come *international brand* una marca che ha globalizzato elementi della strategia e del marketing mix, va infine intesa come *local brand* una marca - appartenente ad aziende locali, internazionali o globali - che opera in un unico Paese o in un'area geografica circoscritta. Portando alle estreme conseguenze questo ragionamento, si giunge però a conclusioni paradossali: a titolo di esempio, il detersivo *Dash*, prodotto dalla multinazionale americana *Procter&Gamble*, andrebbe annoverato tra le marche locali, in quanto viene commercializzato con tale nome soltanto in Italia, mentre nel resto del mondo è comunemente conosciuto come *Tide*; per converso, *Brunello Cucinelli Cashmere*, un brand che attinge ampiamente alle tradizioni artigianali nel settore della maglieria, caratteristiche del territorio in cui l'azienda è insediata (l'Umbria), andrebbe considerato globale perché esporta all'estero il grosso della produzione, facendosi riconoscere a livello internazionale per il posizionamento coerente nell'ambito del *luxury fashion*.

La seconda chiave di lettura contrassegna invece un insieme di contributi che fanno riferimento alla cosiddetta *consumer perceptions perspective*, per cui un brand è globale (oppure locale) nella misura in cui viene percepito dal consumatore come tale, a prescindere dal fatto che venga commercializzato solo localmente oppure anche in mercati stranieri¹⁰. Si aggiunge inoltre una dimensione valutativa, in quanto si ritiene che una marca che agisce a livello globale sia percepita dal consumatore come di qualità più elevata e superiore dal punto di vista dell'innovazione tecnologica, ma anche portatrice di ideali culturali da condividere all'interno della comunità globale e maggiormente consapevole delle proprie responsabilità nei confronti della

9 I. Schuiling, J.N. Kapferer, *Real Differences Between Local and International Brands: Strategic Implications for International Marketers*, cit.

10 J.E. Steenkamp, R. Batra, D.L. Alden, *How perceived brand globalness creates brand value*, cit.

società e dell'ambiente rispetto a una marca locale, operante soltanto nel mercato domestico¹¹. Alla luce di questa prospettiva, si può ipotizzare che il brand locale si distingua per la specificità e per l'originalità del proprio posizionamento. Esso nasce infatti per rispondere alle esigenze di un mercato locale, riuscendo a sintonizzarsi con le caratteristiche socio-culturali dei consumatori che vivono in quel contesto: d'altro canto, proprio in virtù di questa peculiarità, può essere commercializzato con successo sui mercati internazionali, nella misura in cui riesce a proporsi come icona di una cultura locale e di un patrimonio nazionale¹². Anche questa impostazione lascia dietro di sé dei nodi irrisolti: dire che la specificità esiste, nella misura in cui viene riconosciuta dal consumatore come tale, significa ammettere che, in termini economici, è la presenza di una domanda di mercato l'elemento fondamentale - a prescindere dalle tecniche di lavorazione e dagli ingredienti utilizzati - per poter attribuire una patente di "tipicità" a un prodotto o a un brand¹³. Per questa via si giunge però a conclusioni che evocano surreali forme di comicità: andrebbero ad esempio classificati tra le "tipicità" della cucina del nostro Paese anche i famosi "spaghetti alla bolognese", che si mangiano nei ristoranti italiani di tutto il mondo. Tranne che in Italia, appunto: dove questo bizzarro piatto in realtà non esiste. E non è mai esistito.

In entrambe le prospettive teoriche non viene peraltro adeguatamente problematizzato il concetto di "territorio". Quali sono infatti i limiti geografici a cui è necessario fare riferimento, quando si intenda riconoscere l'attribuzione della *localness* a uno specifico brand? Come si è intuito da questa sintetica rassegna della letteratura sul tema, gli studiosi di marketing li fanno acriticamente coincidere con quelli del Paese d'origine: l'Italia per la pasta *De Cecco*, la Scozia per i biscotti *Walkers*. Tale indicazione appare

11 J. Johansson e I. Ronkainen, *The brand challenge*, in "Marketing Management", 13(2), 2005, pp. 54-55; D. Holt, J. Quelch, E. Taylor, *How global brands compete*, in "Harvard Business Review", 82(9), 2004, pp. 68-75.

12 A. Özsomer, *The interplay between global and local brands: A closer look at perceived brand globalness and local iconness*, in "Journal of International Marketing", 20(2), 2012, pp. 72-95.

13 A. Grandi, *Denominazione di origine inventata. Le bugie del marketing sui prodotti tipici italiani*, Milano, 2018.

del tutto generica a chi si confronta con l'irriducibile pluralità territoriale che caratterizza la cucina di Paesi come l'Italia o la Francia: solo nel nostro Paese si contano (dati del 2017) 537 formaggi tipici, articolati in 55 formaggi DOP e IGP e 482 PAT, ai quali si dovrebbero aggiungere un numero imprecisato di Denominazioni Comunali, di Presidi Slow Food e di formaggi in attesa di ricevere marchi di tutela¹⁴. Si potrebbe ovviamente obiettare che la proliferazione di eccellenze e di tipicità locali (in particolare nel settore agroalimentare, ma non solo) è un fenomeno tutto sommato recente, che prende avvio alla metà degli anni Settanta, quando, di fronte alla crisi del modello di produzione fordista, l'Italia imbocca un modello di sviluppo del tutto originale nel contesto dei paesi industrializzati: il percorso si basa sulla valorizzazione delle piccole imprese, dei distretti industriali, del *made in Italy*, nel mentre si rinuncia a una strategia di rilancio dell'industria basata sulla ricerca, sull'innovazione di processo, sugli investimenti nelle nuove fonti di energia. Venuta meno la fiducia nel progresso e nel futuro, si comincia a cercare conforto e rassicurazione in un passato idilliaco, mai esistito realmente come tale, in un saper fare artigianale frutto dell'esperienza più che della ricerca e dell'innovazione: è in questo contesto che si forma la mitologia relativa alle eccellenze enogastronomiche e alla qualità dei prodotti tipici, prendendo a prestito e ricombinando frammenti di storie, suggestioni derivanti da tradizioni ormai perdute, dati certi ed evidenti leggende, e innestandoli in una società completamente diversa, che con quel passato non ha più nulla a che fare¹⁵. Non a caso, l'aceto balsamico di Modena ottiene il riconoscimento della DOC nel 1977, i primi panettoni artigianali vengono sfornati in pasticceria a Milano nel corso degli anni Ottanta, le prime assegnazioni di un marchio DOP a un olio d'oliva risalgono al 1996, il consorzio di tutela del cioccolato di Modica viene istituito nel 2003, anno in cui si decide anche l'attribuzione del toponimo "Colonnata" al lardo prodotto nella provincia di Carrara.

14 *Op.cit.*, p. 141. DOP: Denominazione di Origine Protetta; IGP: Indicazione Geografica Protetta; PAT: Prodotti Agroalimentari Tradizionali.

15 *Op.cit.*, p. 65.

Solitamente questi prodotti vengono descritti come custodi di antiche tradizioni, sedimentate nei secoli e profondamente radicate nelle culture locali, facendo però appello a documenti pieni di incoerenze e di contraddizioni, che difficilmente supererebbero il vaglio di un'esegesi approfondita e metodologicamente corretta. Insomma, siamo di fronte a casi emblematici di "tradizioni inventate"¹⁶, a un variegato corpus di pseudo-ricostruzioni storiche a supporto di politiche di marketing territoriale: l'obiettivo è quello di posizionare il prodotto "tipico" in una nicchia corrispondente a una fascia di mercato più elevata, garantendo a tutti gli attori della catena del valore una remunerazione maggiore, pur a fronte di ridotti volumi produttivi¹⁷.

Resta il fatto che la tipicità «è una caratteristica che si costruisce attraverso l'identificazione con un territorio»¹⁸: del resto, non si compra un prosciutto crudo, ma un "Parma" o un "San Daniele". Non è dunque possibile definire la *localness* di un brand, se non si comprende la natura della relazione che questo intrattiene con il contesto geografico di riferimento.

Qui si aprono però ulteriori nodi problematici. Il concetto di "territorio" può essere infatti interpretato alla luce di due diverse prospettive teoriche¹⁹.

La prima - che potremmo identificare come paradigma "unitario"²⁰ - vede il territorio come una «entità collettiva reificata, dotata di una propria identità e di un pensiero stra-

16 Le *tradizioni inventate* rappresentano risposte a situazioni nuove che assumono la forma di riferimenti a situazioni antiche. In pratica, si "inventa" un passato a giustificazione degli avvenimenti del presente: nei momenti di passaggio, segnati dalla frantumazione dei codici e degli ordini sociali, le istituzioni politiche e i movimenti di massa fanno ricorso a tradizioni, simboli e rituali "inventati" di sana pianta, allo scopo di tenere insieme su nuove basi le collettività umane. Cfr. E. J. Hobsbawm, T. Ranger (a cura di), *The Invention of Tradition*, Cambridge, 1983.

17 A. Grandi, *Denominazione di origine inventata*, cit., p. 145.

18 *Op.cit.*, p. 152.

19 Cfr. P. Mastroberardino, G. Calabrese e F. Cortese, "La vocazione territoriale come mito razionalizzante", in *Il territorio come giacimento di vitalità per l'impresa*, Atti del XXIV Convegno annuale di Sinergie, Università del Salento, Lecce, 18-19 ottobre 2012, pp. 579-590.

20 G. Burrell, G. Morgan, *Sociological Paradigms and Organizational Analysis*, London, 1979, p. 204.

tegico, in grado di generare ordine, armonia e integrazione»²¹. In sostanza, il territorio è raffigurato come un sistema, che può essere alternativamente governato tramite strategie *top-down*, identificando una cabina di regia, capace di definire razionalmente *vision* e *mission*, posizionamento, linee programmatiche, allocazione di risorse e competenze, oppure tramite strategie *bottom-up*, basate su spontanei processi di aggregazione, capaci di valorizzare forme di democrazia diretta e di auto-governo locale, al fine di ridurre *ad unum* la pluralità di interessi dei soggetti operanti al suo interno. A questa cornice sistemica fa solitamente da corollario il concetto di "vocazione territoriale", intesa come sintesi delle specificità locali: un insieme di risorse, competenze, capacità potenziali, che derivano dal passato e che risultano vincolanti anche per il futuro.

La seconda lettura - di carattere "situazionista" - focalizza invece l'attenzione sui contesti concreti dell'agire umano nella vita quotidiana e sul ruolo svolto dai diversi attori, consentendo al territorio di riacquistare le sembianze di luogo d'incontro - secondo la metafora dell'arena politica²² - fra interessi differenti, situazioni di cooperazione e conflitto, interazioni e negoziazioni. È evidente in questa chiave di lettura il riferimento alla teoria dell'*enactment* proposta da Weick: i "territori" sono costruiti dalle persone che li abitano, ma - una volta "costruiti" - questi stessi ambienti condizionano le scelte e i comportamenti delle persone²³. L'interazione con il territorio va dunque intesa «come un processo - continuativo e attivo - di costruzione della realtà [...] Un fenomeno attivo e vivo attraverso il quale la gente crea e ricrea i mondi in cui vive»²⁴. E, da questo punto di vista, anche la "vocazione territoriale" va riconosciuta come un costruito intersoggettivo, una temporanea «modellizzazione della

21 P. Mastroberardino et al., "La vocazione territoriale come mito razionalizzante", cit., p. 580.

22 G. Morgan, *Images of Organization*, Beverly Hills, 1986.

23 K. E. Weick, "Enactment processes in Organizations", in B. M. Staw, G. Salancik (a cura di), *New Directions in Organizational Behavior*, Chicago, 1977, pp. 267-300; Id., *Sensemaking in Organizations*, Thousand Oaks, 1995.

24 G. Morgan, *Images of Organization*, cit.

scena»²⁵, frutto dell'azione strategica della co-alizzazione in quel momento dominante²⁶.

Va infine sottolineato che, a prescindere dalla prospettiva adottata, la gran parte degli studi empirici sul tema lascia comunque sullo sfondo il punto di vista dei principali attori del *communication network*²⁷: inserzionisti, consulenti di comunicazione ed agenzie. È un gap che la presente indagine si propone di contribuire almeno in parte a ripianare.

2. L'AREA OGGETTO DI STUDIO

L'attenzione si è focalizzata su realtà insediate nella Provincia di Gorizia²⁸: un'area storicamente di frontiera, caratterizzata dall'incontro tra una pluralità di lingue e di culture, contrassegnata negli ultimi anni da importanti fenomeni di trasformazione urbanistica e territoriale (apertura del confine tra Italia e Slovenia, realizzazione di superfici commerciali di grandi dimensioni e di rilevanti strutture per il tempo libero, sviluppo di infrastrutture logistiche e di nuove vie di comunicazione), che la trasformano in un "iper-luogo": un catalizzatore di flussi, di merci e di persone²⁹, in grado di esprimere un'elevata potenza simbolica, di assumere un crescente peso economico e di sviluppare un ruolo rilevante dal punto di vista sociale, valorizzando la vocazione turistica e l'attitudine a proporsi come luogo d'incontro e di relazioni.

Nell'insieme, il territorio corrispondente alla Provincia di Gorizia, pur geograficamente circoscritto (467 kmq e circa 139mila abitanti), appare

25 P. Mastroberardino *et al.*, "La vocazione territoriale come mito razionalizzante", *cit.*, p. 586.

26 R. M. Cyert, J. G. March, *A Behavioral Theory of the Firm*, Englewood Cliffs, 1963.

27 M. Vernuccio, F. Ceccotti, *Strategic and organisational challenges in the integrated marketing communication paradigm shift: A holistic vision*, in "European Management Journal", 33(6), 2015, pp. 438-449.

28 Le quattro provincie del Friuli Venezia Giulia, soppresse come *enti locali* dal nuovo Statuto Regionale, approvato in data 20 luglio 2016, mantengono inalterate le funzioni loro attribuite (es.: Prefettura) in quanto *circoscrizioni* delle Amministrazioni Statali sul territorio.

29 M. Agnoletto, A. Delpiano, M. Guerzoni, *La civiltà dei Superluoghi. Notizie dalla metropoli quotidiana*, Bologna, 2007.

caratterizzato da un tessuto imprenditoriale diffuso, che, fatta eccezione per alcune grandi realtà industriali legate alla cantieristica e alla navalmeccanica, gravita in massima parte attorno al settore agro-alimentare, con punte di eccellenza riconosciute a livello internazionale nell'ambito delle produzioni viti-vinicole. Come osservato da Grandinetti e De Marchi³⁰, contesti di questo tipo sono gli unici in Italia a conservare le caratteristiche di distretto "marshalliano", in quanto le produzioni sono «legate indissolubilmente alla specificità fisica del territorio»³¹ e quindi «alla presenza di un fattore identitario»³², cioè di un linguaggio e di una cultura condivisi, che le imprese integrano come componente essenziale nella loro strategia di marketing.

Nel contempo, si può ipotizzare che per le imprese operanti in tali contesti l'interazione con le reti di stakeholder sia chiamata ad aprirsi ad un ventaglio sempre più ampio di interessi, valorizzando complementarità simboliche e funzionali, in modo tale che attraverso il singolo prodotto (es.: il vino) il consumatore possa guadagnare l'accesso ad una vasta costellazione di oggetti e di significati collegati fra loro³³. In termini di comunicazione, l'obiettivo potrebbe essere la realizzazione di una "marca-network", capace di mettersi costantemente in *relazione* con ciò che si trova al suo esterno, contando sull'opportunità di aprire numerosi link, in varie direzioni, con altre marche che rappresentino emblematicamente la via d'accesso a un comune universo valoriale³⁴. Una marca di vini potrebbe dunque dialogare con altre situazioni, riferite al medesimo territorio: specialità alimentari, cuochi, oggetti e complementi d'arredo per la casa, libri di ricette, percorsi turistici, moda, artigianato artistico, oggetti di design, cinema e letteratura.

30 R. Grandinetti, V. De Marchi, *Dove stanno andando i distretti industriali? Un tentativo di risposta a partire da un'indagine in Veneto*, in "Studi organizzativi", 2, 2012, pp. 142-175.

31 *Op.cit.*, p. 168.

32 *Op.cit.*, p. 158.

33 E. Di Nallo, *Valori e stili di vita*, in "Sociologia della comunicazione", 21, 1994, pp. 7-15; V. Codeluppi, *La sociologia dei consumi*, Roma, 2002.

34 G. Qualizza, *Oltre lo shopping. I nuovi luoghi del consumo: percorsi, esplorazioni, progetti*, Trieste, 2006.

3. METODOLOGIA

La novità del tema e degli obiettivi di ricerca, nonché il carattere dinamico dei fenomeni indagati hanno suggerito l'opportunità di optare per una ricerca qualitativa con un approccio esplorativo e induttivo³⁵. L'ambito preferenziale per l'utilizzo dei metodi qualitativi è quello solitamente definito come "contesto della scoperta", data la loro attitudine a far emergere il nuovo, portando alla luce nessi, motivazioni, significati inaspettati: l'obiettivo non è controllare deduttivamente ipotesi formulate in precedenza, ma piuttosto generare induttivamente chiavi interpretative applicabili a fenomeni ancora poco indagati³⁶.

A una prima fase di *desk analysis*, dedicata alla *review* della letteratura scientifica e manageriale interessata a questi temi, ha fatto seguito la fase di raccolta dei dati (*field work*), condotta mediante interviste in profondità a testimoni qualificati dell'area oggetto di studio. L'elenco degli intervistati (n=41) comprende titolari o responsabili marketing/comunicazione di differenti aziende (n=30): 13 operanti nel settore *wine/beer/spirits*, nove nel settore agro-alimentare, quattro nell'ambito del *design* e dell'arredamento, quattro nel mondo *luxury & fashion*. Nel set d'indagine sono inoltre presenti 11 realtà - tra agenzie, società di consulenza e singoli professionisti - operanti nel mondo della comunicazione e del marketing territoriale. Nel selezionare i manager e i professionisti da intervistare, si è cercato dunque di diversificare il più possibile il set d'indagine, al fine di massimizzare l'eterogeneità dei materiali empirici raccolti.

La scelta di inserire nel campione sia titolari e responsabili marketing di differenti aziende, sia professionisti operanti sul fronte della consulenza, si fonda sul presupposto di una divisione dei ruoli tra figure che, seguen-

do percorsi diversi, ma complementari, sono responsabili di importanti decisioni riferite al brand: i primi, lavorando in azienda, dovrebbero occuparsi in prevalenza di questioni di carattere strategico, definendo l'identità del brand e il suo posizionamento, i secondi, lavorando in società di consulenza o in agenzie pubblicitarie, dovrebbero occuparsi dello sviluppo della creatività, definendo la *media strategy* più appropriata per il raggiungimento degli obiettivi di marketing e di comunicazione che l'azienda si è data. Nella realtà, trattandosi di piccole e medie imprese e di agenzie in prevalenza locali, si assiste ad una costante sovrapposizione dei ruoli, per cui il consulente offre alle aziende indicazioni su scelte di carattere strategico, mentre il titolare o il responsabile marketing dell'azienda si occupa spesso anche della scelta dei mezzi e della parte creativa della comunicazione.

La dimensione del set d'osservazione è stata definita mediante il criterio della "saturazione teorica"³⁷: la raccolta dei materiali è cioè proseguita fino al momento in cui si è avuta la sensazione che l'apporto di ulteriori interviste risultasse nullo o estremamente modesto rispetto all'oggetto dell'indagine.

I colloqui, audio-registrati con dispositivi digitali, sono stati fedelmente trascritti: Nel complesso le interviste hanno consentito di costruire un data set di 295 pagine A4 di trascrizioni in formato Word, interlinea 1,5.

Per individuare i concetti chiave all'interno del data set, si è fatto ricorso al metodo d'analisi denominato *thematic analysis*³⁸. A differenza dell'analisi quantitativa dei contenuti, che tende a focalizzare l'attenzione a livello micro, isolando dal contesto semplici frasi o singole parole, con l'obiettivo di ridurre ampie quantità di testo

35 J.S. Armstrong, *Advocacy and objectivity in science*, in "Management Science", 25(5), 1979, pp. 423-428.

36 C. Reichardt, T. Cook, "Beyond Qualitative versus Quantitative Methods", in T. Cook, C. Reichardt (a cura di), *Qualitative and Quantitative Methods in Evaluation Research*, London, 1979, pp. 7-30; G. Delli Zotti, *Introduzione dalla ricerca sociale*, Milano, 2004.

37 B. Glaser, A. Strauss, *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*, Chicago, 1967; M. Cardano, *Tecniche di ricerca qualitativa*, Roma, 2003.

38 R.E. Boyatzis, *Transforming qualitative information: Thematic analysis and code development*, Thousand Oaks, CA., 1998; D. Langdridge, *Introduction to Research Methods and Data Analysis in Psychology*, Harlow, 2004; V. Braun, V. Clarke, *Using thematic analysis in psychology*, in "Qualitative Research in Psychology", 3(2), 2006, pp. 77-101.

Tab. 1: Il set di rispondenti

Macro-categorie di operatori	Settore (Numero di partecipanti)	Nome dell'Azienda/Agenzia (Ruolo dell'intervistato)
Imprese (n=30)	Wine/Beer/Spirits (n=13)	Birificio Antica Contea (<i>Titolare</i>) Borc da Vila (<i>Titolare</i>) Borgo Conventi (<i>Amm. Delegato</i>) Borgo Tintor (<i>Marketing Manager</i>) Colmello di Grotta (<i>Marketing Manager</i>) Gravner (<i>Responsabile Marketing</i>) Marco Felluga (<i>Responsabile Marketing</i>) Ronco dei Tassi (<i>Responsabile Commerciale</i>) Roncus (<i>Titolare</i>) Sant'Elena (<i>Funzionario Commerciale</i>) Amaro Santonego (<i>Titolare</i>) Tenuta La Ponca (<i>Export Manager</i>) Tenuta Luisa Eddi (<i>Responsabile Marketing</i>)
	Agro-alimentare (n=9)	Ass. Produttori "Rosa di Gorizia" (<i>Presidente</i>) Biolab - Rosa di Gorizia (<i>Titolare</i>) Borc da Ocjs (<i>Titolare</i>) Essenza del Carso (<i>Titolare</i>) Latteria Montanari (<i>Direttore Commerciale</i>) L'oca golosa (<i>Titolare</i>) Profumo di lavanda (<i>Titolare</i>) Prosciuttificio D'Osvaldo (<i>Resp. Marketing</i>) ZeroMiglia/Coop. Pescatori di Grado (<i>Presidente</i>)
	Design e arredamento (n=4)	Bogaro&Clemente (<i>Co-founder & CEO</i>) L'Anzolo (<i>Titolare</i>) L'arte nel pozzo (<i>Titolare</i>) TessereWeb (<i>Titolare</i>)
	Luxury & Fashion (n=4)	Antracite gioielli (<i>Titolare</i>) Foglianera (<i>Titolare</i>) Fondazione Merletti (<i>Presidente</i>) Tu&Tu (<i>Titolare</i>)
Agenzie di consulenza (n=11)	Agenzia di comunicazione (n=2)	Lato C (<i>Strategic Planner</i>) LOWE (<i>Titolare</i>)
	Consulenza di marketing territoriale (n=2)	It's a Wine World (<i>Titolare</i>) Uelcom (<i>Responsabile Marketing</i>)
	Web Marketing Agency (n=2)	Alce Graphics (<i>Titolare</i>) Plastic Tree (<i>Titolare</i>)
	Associazione datoriale (n=1)	ConfArtigianato Gorizia (<i>Direttore</i>)
	Consulenza manageriale (n=1)	East Consulting (<i>Titolare</i>)
	Consulenza manageriale settore nautico (n=1)	Ing. Lucio Marquardt (<i>Senior Consultant</i>)
	Piattaforma di e-commerce prodotti agricoli locali (n=1)	Orti Goriziani (<i>Presidente</i>)
	Istituzione culturale di rilevante interesse pubblico (n=1)	Accademia italiana della cucina, Delegazione di Gorizia (<i>Presidente</i>)

Fonte: nostra elaborazione

a dati numerici suscettibili di analisi statistica³⁹, la *thematic analysis* richiede che il ricercatore non perda mai di vista il senso della conversazione nel suo insieme⁴⁰: per questo prende in considerazione significative porzioni di testo, capaci di esprimere un concetto articolato⁴¹.

Il processo è stato supportato dal software ATLAS.ti⁴², che si è rivelato uno strumento utile per rintracciare le citazioni allegate a ogni singolo codice, consentendo di muoversi con facilità dai dati alle categorie e viceversa, in modo da tenere le interpretazioni saldamente ancorate al materiale empirico raccolto.

4. SINTESI DEI RISULTATI

Guardando al rapporto tra marca locale e territorio di riferimento, solo pochi intervistati si cimentano nel non facile compito di assegnare una compiuta definizione al concetto di “local brand”. I più si limitano ad offrire contributi e osservazioni, solitamente tratti da esperienze dirette, utili comunque a chiarire le molteplici sfaccettature del concetto.

Dall'analisi delle interviste emergono due temi, cui corrispondono altrettante chiavi interpretative:

1. rapporto osmotico tra brand locale e territorio;
2. intrinseca problematicità del concetto di “territorio”.

4.1. OSMOSI TRA BRAND LOCALE E TERRITORIO

Sia pure con significative variazioni, un primo gruppo di intervistati sembra accettare acri-

39 K. Krippendorff, *Content analysis: An introduction to its methodology*, Thousand Oaks, CA., 2004.

40 S. Thomsen, J. Straubhaar, D. Bolyard, *Ethnomethodology and the study of online communities: exploring the cyber streets*, in “Information Research”, 4(1), 1998, pp. 4-11; C.F. Breidbach, R.J. Brodie, L. Hollebeek, *Beyond virtuality: from engagement platforms to engagement ecosystems*, in “Managing Service Quality”, 24(6), 2014, pp. 592-611.

41 V. Braun, V. Clarke, *Using thematic analysis in psychology*, cit.

42 <https://atlasti.com>

ticamente, come se fosse un elemento del tutto ovvio e dato per scontato, l'esistenza di un rapporto quasi “osmotico” tra il brand locale e lo specifico territorio in cui questo si radica. Dall'analisi delle risposte emergono suggestive indicazioni, riconducibili ai seguenti sotto-temi:

Marca distribuita prevalentemente a livello locale

Alcuni suggeriscono l'ipotesi che vada considerata come “locale” una marca che viene “distribuita” esclusivamente (o in larga misura) all'interno di un territorio circoscritto.

È una marca distribuita prevalentemente a livello locale (Key Informant 30).

Tieni conto che su 200 mila bottiglie in Italia, 60 mila sono vendute in Friuli Venezia Giulia, quindi per noi è effettivamente un mercato locale importante (Key Informant 13).

Questa accezione non ottiene tuttavia molti riscontri e viene respinta dai più, in base alla propria esperienza: nella maggior parte dei casi, le aziende intervistate tendono a distribuire i loro prodotti anche al di fuori del territorio isontino che, per le sue ridotte dimensioni, è in grado di assorbire solo parzialmente quanto viene realizzato in loco;

Country of origin: Made in come tratto essenziale del brand locale

Un consistente gruppo di risposte focalizza invece l'attenzione sul tema del *country of origin*: in senso stretto, il brand locale si propone come “garante” di una produzione a km zero o di una filiera produttiva corta.

[La nostra] è un'azienda che ha voluto radicarsi nel territorio, sfruttando per la produzione vitigni locali del Collio, Sauvignon a parte. La volontà era quella di esprimere l'eccellenza e la potenzialità di queste colline (Key Informant 12).

Vado al supermercato e trovo l'orata o il branzino a dieci euro. Nulla da dire sul fatto che questi siano pesci anche buoni, noi però abbiamo la rintracciabilità del prodotto, dal luogo in cui è stato pescato alla giornata dello sbarco, per finire con chi l'ha venduto e con chi l'ha comprato (Key Informant 22).

In un'accezione più ampia, si intende come "locale" un brand che si fa portavoce delle tradizioni produttive di un territorio, tramandandone il senso alle generazioni successive.

Il locale è quello che non può essere fatto da un'altra parte e che si fa testimone di una tradizione, custode di tradizioni e di saperi che si sono trasmessi negli anni e nei secoli cercando di dargli nuova linfa per continuare a creare attrattiva e unicità nel territorio dove è nato (Key Informant 05).

Brand locale come dispositivo comunicazionale, in grado di evocare significative caratteristiche del territorio

Un altro gruppo di intervistati propone una visione più ampia, in cui il brand "evoca" le caratteristiche del territorio di riferimento, senza appiattirsi sulla semplice dimensione del *made in*. In altri termini, la marca locale si propone come testimonial del territorio, una sorta di "bandiera" (centrale è per alcuni intervistati la scelta del *naming* e del logo), chiamata a raccontare un particolare contesto geografico. In questo caso, più che sugli aspetti fisici, l'accento è posto su elementi di carattere simbolico e valoriale.

Sicuramente una bandiera, che abbia la potenzialità di trasmettere, di raccontare, quelle che sono le caratteristiche del territorio (Key Informant 40).

Diciamo che il nostro è un tipico esempio di brand locale. A partire dal nome, scelto proprio per sottolineare il legame con il nostro territorio. L'etichetta "Antica Contea" richiama infatti l'antica contea di Gorizia e Gradisca....(Key Informant 01).

La marca locale poggia sui valori propri di un territorio, in cui si identificano le persone che vivono quel luogo. Il "genius loci" è ciò che caratterizza la marca locale ed è quell'insieme di tratti che manca alla marca globale (Key Informant 33).

Secondo me essere una marca locale vuol dire tutto ciò. Essere quindi un'azienda integrata col suo paese, con la sua comunità e che produce un vino che trasmette la personalità del territorio in cui si trova. Non deve essere un'azienda che persegue il gusto dell'internazionale, del vincente, perché rischia di diventare un'azienda che produce un vino come tanti altri in giro per il mondo (Key Informant 09).

Pur nella varietà delle accezioni, in tutti questi contributi il territorio appare concepito come qualcosa di pre-esistente e di già dato: un riferimento indiscusso e dato per scontato, una realtà compatta e non articolata al proprio interno, capace di condizionare la vita dei brand che fanno riferimento a quello specifico contesto. Per questa via, il territorio viene assimilato ad una variabile indipendente, in grado di spiegare "deterministicamente" le caratteristiche tanto delle produzioni, quanto delle organizzazioni insediate in quello specifico contesto. Il risultato è che il brand indica una provenienza, ma non necessariamente una qualità⁴³.

4.2. TERRITORIO COME CONCETTO PROBLEMATICICO

Un secondo gruppo di intervistati mette invece in discussione il precedente assunto, sottolineando l'intrinseca problematicità del concetto stesso di "territorio" e segnalando la necessità di trovare riferimenti più articolati e più adeguati per la definizione del rapporto che questo intrattiene con le marche locali. Alcune considerazioni lasciano ad esempio trasparire una visione di carattere eco-sistemico, per cui il territorio appare come un organismo in continuo divenire, contrassegnato da relazioni non-lineari e bi-direzionali tra i diversi attori che si muovono al suo interno: ogni azione di un elemento sull'altro ha come conseguenza una reazione da parte non solo del destinatario, ma anche dell'intero ecosistema⁴⁴:

Ci deve essere un forte legame con le persone e con le istituzioni del territorio. Questo è strategico, fondamentale. Per cui è giusto che, in questo senso, un'azienda sia molto contestualizzata, non deve essere distaccata. Questo perché contribuisce anche a un aspetto territoriale: come uno tiene la propria azienda, le proprie vigne, influisce poi sul territorio, che è di tutti (Key Informant 09).

43 S. Micelli, *Futuro artigiano. L'innovazione nelle mani degli Italiani*, Venezia, 2011.

44 Cfr. E. Maslowska, E.C. Malthouse, T. Collinger. *The customer engagement ecosystem*, in "Journal of Marketing Management", 32(5-6), 2016, pp. 469-501.

A questo proposito, le risposte fornite dagli intervistati possono essere organizzate in quattro sotto-temi:

Dubbi relativi all'orizzonte territoriale di riferimento

Come osserva uno degli intervistati, una marca locale - pur senza perdere di vista la possibilità di interfacciarsi con più ampi orizzonti di mercato - dovrebbe mantenere il radicamento in un territorio e nelle sue tradizioni. Non è chiaro tuttavia quale sia l'estensione territoriale da considerare come termine di riferimento: alcuni degli intervistati prendono a perimetro l'Italia intera, altri la Regione Friuli Venezia Giulia o le sue articolazioni interne, altri infine suggeriscono l'opportunità di valorizzare le peculiarità e le differenze presenti all'interno dello stesso territorio goriziano, estremizzando al massimo il concetto di local brand e "giocando" magari con il tema del confine. Il "locale" diventa in questo caso "iper-locale":

Deve avere delle connotazioni territoriali, rispettare le caratteristiche territoriali e quindi le tradizioni. Però non è neanche vero: riuscire a far diventare una marca locale, non dico globale, ma almeno nazionale è un passo interessante (Key Informant 15).

Per me il locale è anche iper-locale: qui i terreni cambiano ogni tre chilometri (Key Informant 05).

Crescente intreccio tra locale e globale

In un contesto di mercato segnato dalla crescente sovrapposizione tra queste due dimensioni (si pensi al mondo del vino), sembra ad alcuni sensato connotare come "locale" il brand che riesce a mantenere un forte presidio produttivo sul territorio, pur avendo "internazionalizzato" gli altri elementi del marketing mix.

Con aziende locali [...] può avere senso parlare di marca locale. Però si tratta di aziende a conduzione familiare, in cui il papà e la mamma, che sono neopensionati, lavorano in campagna, il figlio fa il vino in cantina, lo imbottiglia e nei ritagli di tempo va a fare gli ordini e le consegne in Friuli e al più in Veneto e basta. Secondo me si tratta di un qualcosa che sta scomparendo (Key Informant 03).

Negli ultimi anni si parla tanto di prodotti locali, ma in realtà spesso si tratta di prodotti globali. La marca locale viene superata dal consumo globale (Key Informant 12).

Anche questa impostazione appare tuttavia contraddetta da numerose considerazioni di segno contrario. Sulla scorta della propria esperienza, alcuni intervistati lamentano la condizione di sostanziale "isolamento" in cui si trovano a operare, al punto che il "radicamento" in un luogo finisce per configurarsi per alcune imprese come una situazione del tutto contingente, derivante dal caso e dalle circostanze.

Il fatto di essere radicati a Monfalcone presenta solo svantaggi, a dire la verità: qua non abbiamo subfornitura [...] ci manca tutto, le competenze meccaniche non ci sono, devo sempre rivolgermi lontano, verso Vicenza e il Cadore, dove sono abituati a fare i lavori di fino (Key Informant 23).

Altri per converso rilevano come per alcune "eccellenze" (dal lardo di Colonnata al pistacchio di Bronte) la conclamata identificazione con un circoscritto contesto produttivo appaia quantomeno dubbia;

Il lardo di Colonnata, i capperi di Pantelleria, il pistacchio di Bronte, ormai con qualsiasi persona ne parli ti si mettono a ridere perché il lardo di Colonnata è grande come il Kansas, lo trovi ovunque. Com'è possibile che un paesino minuscolo come Colonnata abbia una produzione tale che la trovi ovunque? Allora si comincia a perdere fiducia. (Key Informant 38).

Brand locale come corrispettivo di un "concept" riferito al territorio

Secondo alcuni, si potrebbe ipotizzare che l'aggettivo "local" applicato ad un brand identifichi un concept, una ricetta, un saper fare, ispirato in senso lato a un territorio, senza necessariamente specificare un "made in" riconducibile in maniera univoca ed esclusiva a una precisa indicazione geografica: si pensi al Limoncello, tipico liquore della penisola sorrentina e della costiera amalfitana, prodotto su scala industriale dalla Stock di Trieste e lanciato sul mercato con l'etichetta Limoncè. Nel caso di Gorizia interessanti spunti di riflessione sono offerti dal-

la lavorazione del merletto, un tessuto leggero e impreziosito da ornamenti di varia forma e natura, che si ottiene attraverso la costruzione di un intreccio di filati nel vuoto. Di generazione in generazione, quest'arte si tramanda nel territorio goriziano a partire dal Seicento, rinnovandosi costantemente: la parte più preziosa di questo lavoro è infatti quella progettuale, perché le "merlettaie" vanno continuamente alla ricerca di nuovi schemi compositivi e di nuove possibilità espressive. Come nota uno degli intervistati, «il pregio del pezzo è dato dall'originalità del disegno iniziale e quindi chi produce non va alla ricerca del merletto finito ma del disegno» (Key Informant 29). Ne consegue che lavorazioni di questo tipo, non essendo legate alle caratteristiche fisiche del territorio, potrebbero facilmente essere riprodotte altrove, a patto di disporre dello specifico saper fare e - cosa più importante - dei disegni necessari:

Il merletto è una cosa abbastanza strana, perché io capisco un vino che lo acquisto lì, perché si può produrre solo lì, in quanto richiede un terreno particolare. Non so invece se per il caso dei merletti si possa parlare di brand locale, perché se dieci merlettaie andassero a Tokyo e si mettessero a fare lì il merletto che hanno imparato a fare a Gorizia, farebbero dei prodotti identici. Non so se sia l'aspetto locale a prevalere, piuttosto che la qualità del prodotto in sé (Key Informant 29).

Seguendo questo ragionamento, ci si trova però di fronte a situazioni estreme e un po' paradossali: è il caso della *Görzer Butterpinze* (*Görzer Osterpinze*), una specialità della cucina mitteleuropea⁴⁵, che ancora mantiene nel nome il legame originario con la città di Gorizia, ove per converso sono andate ampiamente perdute le tracce di questa antica tradizione:

Superamento del concetto di "local brand"

Alcuni intervistati propongono infine varie soluzioni per uscire dallo stato di evidente "impasse" in cui si chiudono le posizioni fin qui delineate. Un primo filone di risposte suggerisce l'opportunità di abbandonare definitivamente il riferimento alla nozione di "local brand", un

⁴⁵ <https://www.steirische-spezialitaeten.at/rezepte/steirische-osterpinze-goerzer-pinze.html>

concetto che appare destituito di fondamento nell'attuale contesto di mercato, anche per la sua paradossalità: quanto più si insiste sul local, tanto più è necessario circoscriverne la portata ad ambiti geografici sempre più ristretti, con la conseguenza di andare ad alimentare tensioni e conflittualità che possono minare alla distanza la compattezza di un territorio.

È una definizione che io non recepisco come concetto. Secondo me non ha molto senso. Oggi come oggi il mercato del vino è il mondo. (Key Informant 03)

Bisogna stare attenti: il concetto di locale è pericoloso. È un concetto esclusivo ed esclusivista, terra di confine nel quale puoi essere nel giusto "duro e puro" e un momento dopo, anche se il confine è blando, sei subito fuori. In Friuli in particolare, dove c'è la mentalità dell'orto, dove tutti sono concorrenti di tutti e dove c'è grossa difficoltà a strutturare sinergie tra aziende: si instaurano dei veri e propri totalitarismi, mi viene da dire. (Key Informant 05)

Il brand locale dovrebbe dunque adattarsi a convivere con queste spinte disgregatrici, oppure rinunciare definitivamente all'idea del radicamento in un luogo, con il rischio però di essere assorbito nell'orbita gravitazionale dei grandi brand globali.

Un secondo filone di risposte offre tuttavia una suggestiva prospettiva di senso, capace di tenere costantemente in relazione locale e globale, senza mai annullare uno dei due termini nell'altro. Lo spunto per queste considerazioni è offerto dalle complesse vicende che contrassegnano due glorie della "locale" cucina goriziana, lo strudel e la gubana: il primo segue nel corso dei secoli un lungo percorso, transitando da Bisanzio a Budapest, per approdare infine a Vienna e da qui a Gorizia. In ogni passaggio, la formula si arricchisce tuttavia di nuovi ingredienti e di nuove declinazioni. La seconda nasce invece nelle valli attorno a Gorizia e da qui si diffonde nell'Europa centro-orientale, fino ad essere accolta nei ricettari degli Ebrei Ashkenaziti, che la portano infine negli Stati Uniti, ove si arricchisce di ripieni inaspettati e di inattese variazioni:

Lo strudel è attestato inizialmente a Bisanzio. Da Bisanzio arriva con i Turchi nel 1541 a Budapest. E da

li cambia ingredienti: gli vengono aggiunte le mele. Cambia forma, perché viene acciambellato così. Oggi in Ungheria lo strudel si chiama “rétes”. Va a Vienna: la prima attestazione del nome “strudel”, vado a memoria, risale al 1696. Da lì scende e arriva a Gorizia, dove viene rinominato “strucolo”, ma cambia nome anche a seconda del tipo di cottura, perché esiste bollito in un canovaccio (“strazza” nell’idioma locale) e poi servito. Ma oggi, solo a Gorizia, sono censite ben 56 varietà di strudel. Quindi lo strudel è un prodotto “glocal”, cioè il risultato di una globalizzazione reinterpretata a livello locale, perché lo strudel bollito, dolce, non esiste da nessuna parte (Key Informant 42).

La Gubana o Putizza è nata qua, ad Aidussina per la precisione, ma ho trovato putizze in Romania, in Bulgaria, in Boemia, in Polonia (dove si chiama “povitica”). Da lì è documentata nei ricettari ebraici ashkenaziti. Gli Ebrei infine l’hanno portata negli Stati Uniti: ho fotografato Gubane (Putizze) a Kansas City. C’è un libro di Andrej Goljat, che è un autore bilingue Italiano e Sloveno, dedicato solo alle putizze, nel quale vengono descritti 130 ripieni diversi. Si trovano putizze ripiene di cranberries, di melone, di papaya. Quindi, come noi abbiamo geo-localizzato lo strudel, così la gubana descrive un percorso di segno contrario: è partita da qui e ha conquistato il mondo (Key Informant 42).

Alla luce di queste osservazioni, il brand locale sembra esprimere al massimo le proprie potenzialità, nella misura in cui si propone come regista di analogie e operatore di convergenze: una situazione contrassegnata da una pluralità di porte d’accesso, capace di richiamare su di sé emozioni, frammenti di storie, indicazioni di significato⁴⁶. In altri termini, il brand locale somiglia metaforicamente a un albero con tanti rami: un punto di coagulo, in cui si condensano fantasie, bisogni, riferimenti culturali, investimenti affettivi, circolanti all’interno di un ampio ecosistema di interpreti e di attori.

5. CONCLUSIONI:

IMPLICAZIONI MANAGERIALI E PROSPETTIVE PER LA RICERCA FUTURA

Segnaliamo innanzitutto l’originalità del presente lavoro. Le precedenti ricerche sul tema si sono infatti concentrate sull’analisi

46 F. Carmagnola, M. Ferraresi, *Merci di culto. Ipermerce e società mediale*, Roma, 1999; F. La Cecla, *La pasta e la pizza*, Bologna, 1998.

del punto di vista del consumatore, lasciando sostanzialmente inesplorata la percezione dei principali attori del *communication network*. Il particolare angolo visuale adottato, che focalizza l’attenzione su realtà insediate in un territorio di frontiera, consente inoltre di mettere alla prova l’attitudine del brand locale a simboleggiare valori, bisogni e aspirazioni dei membri di una comunità caratterizzata da un articolato e complesso sistema di appartenenze.

Ovviamente, l’indagine condotta presenta i limiti caratteristici di una ricerca qualitativa, in merito alla non rappresentatività dei risultati, che non possono essere estesi a soggetti non compresi nel set di osservazione. È dunque auspicabile che vengano condotte ulteriori rilevazioni sul tema - con il supporto di metodologie sia di carattere qualitativo che di carattere quantitativo -, estendendo l’area di interesse anche ad altri contesti territoriali, per verificare gli elementi di coerenza/dissonanza rispetto ai risultati del presente studio.

Per quanto concerne le implicazioni manageriali, le osservazioni raccolte gettano a nostro parere nuova luce sul concetto di brand locale: la sua “unicità” sembra essere legata non tanto al riferimento univoco a una specifica indicazione geografica (variamente tutelata da etichette DOC, DOCG, IGT, DOP, IGP), quanto alla sua capacità di proporsi come un *outsider*, uno *switch*, un traduttore, offrendosi come punto di connessione tra mondi diversi e distanti, seppur complementari. Un approccio di questo tipo consente inoltre di evitare il rischio di un sistema che *crystallizza* la tipicità «nei disciplinari di produzione dei vari consorzi di tutela, che non ammettono deviazioni o cambiamenti, pena la perdita della tanto agognata denominazione»⁴⁷, fino a inibire del tutto la creatività e l’innovazione dei diversi attori.

Con esiti paradossali, per cui il saper fare artigianale si standardizza, per difendere la propria tipicità: «si fa industria, per dimostrare di essere diverso dall’industria»⁴⁸.

47 A. Grandi, *Denominazione di origine inventata*, cit., p. 155.

48 *Op.cit.*, p. 156.

Sia pure in controtuce, emergono da queste considerazioni anche due diversi percorsi, attraverso cui è possibile definire l'autenticità di un brand locale o di un prodotto "tipico"⁴⁹.

A un primo sguardo sembra necessario, per poter attribuire una patente di autenticità, invocare la presenza di un *pedigree*, di un certificato di garanzia, di una chiave d'accesso, che assicuri non solo la tracciabilità lungo l'intera filiera produttiva, ma anche il possibile collegamento del bene acquistato a un più ampio sistema di connessioni e di significati, direttamente presidiato dall'azienda: servizi di assistenza, così come narrazioni, miti di fondazione, simboli e valori, futuri possibili.

A uno sguardo più attento ci si rende conto che l'autenticità ha a che fare con il coinvolgimento attivo di una molteplicità di stakeholder nella co-creazione di tutte le dimensioni dell'esperienza⁵⁰: dalla ricerca delle informazioni alla configurazione del prodotto e del servizio, fino all'elaborazione dei significati e dei valori che danno senso al momento del consumo⁵¹. In questo senso, realmente autentico è tutto ciò che non è legato alla presenza di un copione: tutto ciò che è poligonale e si discosta da una forma semplice predefinita. Tutto ciò che spiazza, sorprende, seduce. Liberando marche e consumatori dall'obbligo della coerenza fine a se stessa.

Gabriele Qualizza, PhD con tesi in Economia e gestione delle imprese all'Università di Trieste, assegnista di ricerca presso il polo universitario di Gorizia, collabora con Brandforum.it, osservatorio culturale sul mondo delle marche; svolge inoltre attività didattica nell'area marketing e comunicazione d'impresa all'Università di Trieste, all'Univer-

49 Sul tema cfr. J.H. Gilmore, B.J. Pine, *Authenticity*, Boston, 2007.

50 S. Thomke, E. von Hippel, *Customers as Innovators: A new way to create value*, in "Harvard Business Review", 80(4), 2002, pp. 74-81; C.K. Prahalad, V. Ramaswamy, *The future of competition. Co-creating unique value with customers*, Boston, 2004.

51 G.P. Fabris, E. Rullani, *Il consumatore creativo. Cento e uno modi di fare il mondo a propria immagine e somiglianza*, in "Economia e politica industriale", 4, 2007, pp. 7-24.

sità di Udine, presso la sede di Gorizia, e all'Università di Roma "La Sapienza" nell'ambito del Master Universitario in Marketing Management.

È autore di *Facebook Generation. I "nativi digitali" tra linguaggi del consumo, mondi di marca e nuovi media* (Trieste, 2013), di *Transparent Factory. Quando gli spazi del lavoro fanno comunicazione* (Milano, 2010) e di *Oltre lo shopping. I nuovi luoghi del consumo: percorsi, esplorazioni, progetti* (Trieste, 2006).

gabriele.qualizza@brandforum.it

gabriele.qualizza@uniud.it

Dal gender mainstreaming all'approccio intersezionale.

Nuove sfide per gli organismi di parità universitari,
Genova 3-4 maggio 2018

Sara Del Zotto

ABSTRACT

Il Convegno Dal gender mainstreaming all'approccio intersezionale. Nuove sfide per gli organismi di parità universitari, svoltosi a Genova dal 3 al 4 maggio 2018, ha illustrato il ruolo degli organismi di parità che, inizialmente limitato alle discriminazioni di genere, si è notevolmente ampliato nel corso del tempo fino ad includere il contrasto ad ogni forma di discriminazione, il contrasto alla violenza e la promozione del benessere organizzativo. Inoltre, è stata messa in luce l'importanza del concetto di intersezionalità come strumento teorico in grado di spiegare la situazione di particolare svantaggio vissuta da chi si trova esposto a più fattori discriminatori che agiscono tra loro simultaneamente.

The meeting *Dal gender mainstreaming all'approccio intersezionale. Nuove sfide per gli organismi di parità universitari* (From *Gender Mainstreaming to an Intersectional Approach. New Challenges for Equality Bodies in Academia*), held in Genoa from 3-4 May 2018, explained how the task of the Italian equality bodies has changed over the years. In the past, they only dealt with discrimination against women, but in the course of the years their role became more and more important and nowadays involves all types of

Il ruolo degli organismi di parità nell'ambito delle pubbliche amministrazioni italiane è notevolmente cambiato nel corso del tempo, arricchendosi di nuovi e importanti contenuti in un percorso parallelo a quello che ha caratterizzato l'evoluzione della normativa antidiscriminatoria europea e nazionale. Dopo una prima fase incentrata sulla promozione

discrimination, including the prevention of violence and the promotion of organizational well-being. Moreover, the meeting provided the opportunity to discuss the intersectionality approach as a useful theoretical method for better understanding the disadvantage of those subjects who are exposed to an array of simultaneously-interacting discriminatory factors.

PAROLE CHIAVE

DIFFERENZE;
GENDER MAINSTREAMING; INTERSEZIONALITÀ;
DISCRIMINAZIONI; ORGANISMI DI PARITÀ.

KEYWORDS

DIFFERENCES; GENDER MAINSTREAMING;
INTERSECTIONALITY; DISCRIMINATION;
EQUALITY BODIES.

delle pari opportunità intese quasi esclusivamente come contrasto alle discriminazioni di genere, gli organismi di parità hanno ampliato il loro raggio d'azione fino a comprendere tra i loro obiettivi il contrasto ad ogni forma di discriminazione, il contrasto alla violenza e la promozione del benessere organizzativo. Il Convegno annuale della Conferenza Nazio-

nale degli Organismi di Parità delle Università italiane, che si è svolto dal 3 al 4 maggio 2018 presso l'Università degli Studi di Genova con il titolo *Dal gender mainstreaming all'approccio intersezionale. Nuove sfide per gli organismi di parità universitari*, ha messo in luce le potenzialità dell'approccio intersezionale applicato all'analisi delle discriminazioni offrendo nel contempo una riflessione sul ruolo degli organismi di parità con uno sguardo al passato, al presente e al futuro.

Provando a ripercorrere l'evoluzione degli organismi di parità in Italia, dobbiamo innanzitutto ricordare che i primi organismi di questo tipo a comparire all'interno delle amministrazioni pubbliche furono i Comitati per le Pari Opportunità, che nacquero alla fine degli anni ottanta grazie all'evoluzione della normativa in tema di pari opportunità e alla contrattazione collettiva che ne prevede la costituzione in attuazione dell'art. 16 del D.P.R. n. 395 del 23 agosto 1988 «In sede di contrattazione di comparto saranno definiti misure e meccanismi atti a consentire una reale parità uomo-donna nell'ambito del pubblico impiego». La funzione di questi comitati era focalizzata sulle politiche di genere e si concretizzava in azioni positive ed altre iniziative volte a promuovere l'eguaglianza sostanziale tra lavoratrici e lavoratori nei luoghi di lavoro. Successivamente, nei primi anni duemila, sempre ad opera dei contratti collettivi nel settore del pubblico impiego, furono istituiti i Comitati paritetici sul fenomeno del mobbing, il cui obiettivo era il contrasto al mobbing (inteso come violenza morale e/o psichica reiterata che si verifica nell'ambiente di lavoro), da attuarsi attraverso diversi strumenti quali la raccolta dei dati, l'analisi delle possibili cause, le azioni positive volte a prevenire situazioni di disagio e anche gli interventi di tutela su singoli casi. Lo scenario cambiò radicalmente con l'entrata in vigore della Legge del 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. "Collegato lavoro"), che modificò alcune disposizioni del decreto legislativo del 30 marzo 2001, n. 165 e prevede l'istituzione obbligatoria, all'interno delle pubbliche amministrazioni, dei Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del

benessere di chi lavora e contro le discriminazioni, con lo scopo di sostituire, unificandone le competenze in un unico organismo, i precedenti Comitati per le Pari Opportunità e i Comitati paritetici sul fenomeno del mobbing previsti dalla contrattazione collettiva. I Comitati Unici di Garanzia presentano elementi di continuità rispetto ai precedenti comitati, in quanto ne hanno ereditato le competenze, ma anche alcuni importanti elementi di novità, in primis il fatto di trovare la loro fonte nella legge e di porsi come organismi interni all'amministrazione di riferimento. Un altro rilevante elemento di discontinuità rispetto al passato è rappresentato dall'ampiezza del mandato affidato ai nuovi organismi di parità. Il legislatore infatti, recependo gli orientamenti dell'Unione europea in tema di discriminazioni e senza dimenticare le diseguaglianze di genere, annovera tra i compiti dei Comitati Unici di Garanzia il contrasto alle altre discriminazioni basate sull'età, sulla disabilità, sull'origine etnica, sulla religione, sulla lingua, sulla razza e sull'orientamento sessuale, oltre che il contrasto alla violenza e la promozione del benessere lavorativo nell'ambito delle disposizioni del D.Lgs. 81/2008 (Testo unico sulla sicurezza nei luoghi di lavoro). Questo importante allargamento della prospettiva risulta evidente dal confronto tra la versione originaria dell'art. 7, comma 1, del D.Lgs. 165/2001 che si limitava a stabilire che «Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro ed il trattamento sul lavoro» e la nuova formulazione della norma, che enuncia «Le pubbliche amministrazioni garantiscono parità e pari opportunità tra uomini e donne e l'assenza di ogni forma di discriminazione, diretta e indiretta, relativa al genere, all'età, all'orientamento sessuale, alla razza, all'origine etnica, alla disabilità, alla religione o alla lingua, nell'accesso al lavoro, nel trattamento e nelle condizioni di lavoro, nella formazione professionale, nelle promozioni e nella sicurezza sul lavoro. Le pubbliche amministrazioni garantiscono altresì un ambiente di lavoro improntato al benessere organizzativo e si impegnano a rilevare, contrastare ed eliminare ogni forma

di violenza morale o psichica al proprio interno». Particolare attenzione è dedicata all'aspetto della prevenzione basata sulla promozione del benessere organizzativo negli ambienti di lavoro. A tal proposito, va ricordata la previsione contenuta nel nuovo art. 57, comma 3, del D.Lgs. n. 165/2001, in base al quale i Comitati Unici di Garanzia contribuiscono «all'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico, migliorando l'efficienza delle prestazioni collegata alla garanzia di un ambiente di lavoro caratterizzato dal rispetto dei principi di pari opportunità, di benessere organizzativo e dal contrasto di qualsiasi forma di discriminazione e di violenza morale o psichica per i lavoratori». Il legislatore dimostra con ciò di essere consapevole che, solo garantendo un ambiente di lavoro che riconosca pari opportunità, assenza di qualunque forma di discriminazione e di violenza e che promuova il benessere organizzativo, è possibile aumentare la produttività e l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e, di conseguenza, la loro immagine. Si tratta di compiti ambiziosi che sono stati ribaditi e dettagliati nelle "Linee guida sulle modalità di funzionamento dei Comitati Unici di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni" contenute nella Direttiva del 4 marzo 2011 dei Ministri per la Pubblica Amministrazione e l'Innovazione e per le Pari Opportunità.

L'ampiezza del ruolo attualmente affidato agli organismi di parità è stato efficacemente ribadito, in apertura di Convegno, dalla dott.ssa Patrizia Tomio, Presidente della Conferenza Nazionale degli Organismi di Parità delle Università italiane, organismo che ha iniziato la sua attività nel 2007, con l'obiettivo di mettere in rete gli organismi di parità presenti nelle università italiane per rafforzarne e facilitarne il ruolo, anche attraverso la condivisione delle esperienze e lo scambio di buone prassi. La dott.ssa Tomio osserva che, ancora oggi, parlando di pari opportunità, si tende a pensare unicamente alle discriminazioni di genere, ma è indubbio che, attualmente, l'impegno degli organismi di parità non può essere limitato al contrasto a questa forma di discrimina-

zione, ma deve necessariamente includere il contrasto alle altre forme di discriminazione, il contrasto alla violenza e la promozione del benessere organizzativo. Tutto ciò in adempimento a quanto previsto dalla legge istitutiva dei Comitati Unici di Garanzia e al fine del raggiungimento dell'obiettivo di uguaglianza non solo formale, ma soprattutto sostanziale, enunciato dall'art. 3 della Costituzione. La dott.ssa Tomio sottolinea infine che nonostante gli organismi di parità siano presenti nelle università italiane da circa tre decenni, il loro compito non può certo considerarsi esaurito stante l'esigenza, tuttora sentita, di continuare il percorso intrapreso affinché gli atenei garantiscano effettivamente ambienti di studio e di lavoro inclusivi e rispettosi delle differenze.

La prof.ssa Isabel Fanlo Cortés (Presidente CPO, Università degli Studi di Genova) ha introdotto il concetto di intersezionalità, ribadendo innanzitutto che l'allargamento del ruolo degli organismi di parità alle diverse forme di discriminazione e non solo a quelle legate al genere, ha costituito un notevole passo avanti nel percorso di contrasto alle discriminazioni, ma evidenziando allo stesso tempo che un ulteriore passo resta da compiere dal momento che spesso la situazione di svantaggio vissuta da una persona non è dovuta ad un unico fattore di disuguaglianza ma a più fattori che si sovrappongono. Di conseguenza, non è sufficiente limitarsi ad analizzare le varie forme di discriminazione singolarmente considerate, ma è indispensabile studiare come esse possono coesistere e interagire. A questo proposito, il concetto di intersezionalità si configura come un utile strumento analitico, proprio perché pone attenzione agli effetti che derivano dalla simultanea azione di più fattori di discriminazione dimostrando come essi non corrispondano alla semplice somma degli effetti delle singole discriminazioni, ma risultino amplificati. La relatrice sottolinea infine che, quando parliamo di genere, razza, orientamento sessuale, ecc. ci riferiamo a categorie socialmente costruite che concorrono a definire l'identità di una persona, ma che allo stesso tempo possono trasformarsi in una fonte di discriminazione.

A questo proposito appare opportuno ricor-

dare che la discriminazione consiste in un trattamento non paritario e sfavorevole riservato ad una persona sulla base di un fattore vietato, per esempio il genere. Inoltre, si configura una discriminazione anche quando vengono trattate in modo uguale situazioni diverse e in modo diverso situazioni uguali, senza una giustificazione oppure con una giustificazione oggettiva ma in modo sproporzionato. Entrando più nel dettaglio possiamo distinguere la *discriminazione diretta*, che si verifica quando il trattamento differenziato e sfavorevole si basa in maniera esplicita su un fattore vietato dall'ordinamento (per esempio l'etnia), e la *discriminazione indiretta*, che si realizza quando una disposizione, un criterio, una prassi o un comportamento, apparentemente neutro (per esempio la residenza), di fatto, nell'applicazione concreta, penalizza una determinata categoria sociale con la conseguenza che l'effetto sfavorevole finale deriva pur sempre, anche se indirettamente, da un fattore vietato (per esempio l'origine etnica). Infine, è necessario ricordare che le nuove direttive dell'Unione europea, al fine di rendere più efficace la tutela, veicolano un concetto di discriminazione che va oltre il concetto tradizionale di disparità di trattamento ingiustificata, includendo tra le discriminazioni le *molestie* e l'*ordine di discriminare*.

La prof.ssa Letizia Mancini (Università degli Studi di Milano) nella sua relazione ha tracciato il percorso storico che ha portato alla nascita del concetto di intersezionalità, le cui radici risalgono ai movimenti antirazzisti degli anni sessanta e ai movimenti femministi degli anni settanta e ottanta. Movimenti che, pur lottando per la parità e contro le disuguaglianze, nascondevano al loro interno delle discriminazioni. Le donne di colore, infatti, rivendicavano la loro diversità non sentendosi rappresentate né dai movimenti femministi, costituiti prevalentemente da donne bianche appartenenti alla classe media, né dai movimenti antirazzisti costituiti prevalentemente da uomini neri. La nascita del termine intersezionalità risale al 1989, anno in cui la giurista e attivista afroamericana Kimberlé Williams Crenshaw pubblicò l'articolo "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black

Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics"¹. L'intento di Crenshaw era dimostrare che le donne di colore subivano una duplice oppressione basata sul genere e sulla razza. Secondo Crenshaw, per comprendere davvero la loro situazione non era sufficiente considerare separatamente solo il genere o solo la razza, ma bisognava analizzare come queste due forme di vulnerabilità si sovrapponevano e interagivano fra loro determinando un'amplificazione dell'effetto discriminatorio. Il suo intento era individuare uno strumento in grado di spiegare questo meccanismo. Il concetto di intersezionalità fu teorizzato proprio per dar conto di come varie categorie biologiche, sociali e culturali come il genere, l'età, la classe sociale, la disabilità, l'orientamento sessuale, la religione, la nazionalità, possono interagire spesso in modo simultaneo. Di conseguenza, per comprendere l'identità di una persona non basta elencare le categorie alle quali appartiene, ma occorre pensare ad ogni elemento come inscindibilmente collegato agli altri. L'immagine dell'intersezione stradale è una metafora che Crenshaw usa per spiegare la condizione di quei soggetti che si collocano al centro di un incrocio dove confluiscono più strade che rappresentano i fattori di oppressione (per esempio il razzismo e il sessismo), con la conseguenza che, chi si trova al centro dell'incrocio, subisce un danno molto più grave rispetto a chi viene colpito da un unico fattore di oppressione. Un esempio di discriminazione intersezionale è rappresentato dalla sterilizzazione forzata delle donne Rom, senza il loro consenso informato, ad opera di alcune strutture ospedaliere. Si tratta di una discriminazione intersezionale in quanto tale trattamento non riguardava né le donne non Rom, né gli uomini Rom. Il concetto di discriminazione intersezionale che, come illustrato, si verifica quando due o più fattori di discriminazione si incrociano creando una discriminazione qua-

¹ Crenshaw, Kimberlé, "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics," in University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989: Iss. 1, Article 8.

litativamente diversa, pone una sfida riguardo alla tutela che è ancora più complicata rispetto alle altre forme di discriminazione. La relatrice, in conclusione, ricordando che il concetto di intersezionalità ha riscontrato grande successo negli Stati Uniti e in Europa soprattutto nelle scienze sociali e in ambito sociologico, in quanto rappresenta uno strumento utile per l'analisi delle discriminazioni e delle dinamiche di potere si chiede se, e fino a che punto, il diritto sia effettivamente riuscito ad offrire una tutela adeguata alla complessità che è insita nel concetto di intersezionalità.

A questo interrogativo ha fornito una risposta l'avv. Barbara Giovanna Bello (Consigliera di Fiducia, Università degli Studi di Trento) che nella sua relazione ha ripercorso l'evoluzione della normativa antidiscriminatoria europea. La relatrice ha ricordato che per lungo tempo, il diritto antidiscriminatorio europeo si è occupato quasi esclusivamente delle discriminazioni basate sul genere. Solo a partire dagli anni novanta, sotto la spinta di organismi non governativi internazionali, cominciò a delinearsi la prospettiva dell'allargamento dei fattori di discriminazione. L'ampliamento della tutela si deve all'emanazione di due importanti direttive: la direttiva 2000/43/CE e la direttiva 2000/78/CE. L'aspetto importante della prima direttiva (2000/43/CE), che si poneva l'obiettivo di attuare il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, consiste nell'allargamento dell'ambito di operatività, che non è più solo quello lavorativo, ma comprende anche la protezione sociale (inclusa la sicurezza sociale, l'assistenza sanitaria e le prestazioni sociali), l'istruzione e l'accesso ai beni e ai servizi, compresa l'abitazione. La seconda direttiva (2000/78/CE) invece riguarda solo l'ambito lavorativo in quanto stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, ma si contraddistingue per l'ampliamento del novero dei fattori considerati, in quanto vieta le discriminazioni basate su religione e convinzioni personali, disabilità, età, orientamento sessuale. La relatrice sottolinea che la caratteristica del diritto antidiscriminatorio è il fatto

di considerare un fattore di discriminazione per volta il che non garantisce adeguata tutela nei casi in cui la discriminazione subita da una persona è dovuta a più fattori che possono combinarsi tra loro e agire in vari modi. Sotto questo aspetto le discriminazioni possono infatti essere classificate in tre categorie: multiple, additive e intersezionali. Il concetto di *discriminazione multipla*, descrive la situazione di un soggetto che viene discriminato in base a due o più fattori di discriminazione in momenti diversi. La *discriminazione additiva* descrive invece la situazione di una persona colpita, nella stessa occasione, da più fattori di discriminazione che rimangono distinti ma con la particolarità che l'uno contribuisce ad aggravare l'altro. La *discriminazione intersezionale* si caratterizza per il fatto che più fattori di discriminazione interagiscono fra loro simultaneamente in una fattispecie concreta intrecciandosi in modo da diventare inscindibili, dando origine ad una situazione nuova e qualitativamente diversa. È proprio in quest'ultima fattispecie che il diritto antidiscriminatorio, per la sua caratteristica di essere settoriale, rischia di non fornire adeguati strumenti di tutela. La relatrice osserva che, a fronte di uno sviluppo del concetto di intersezionalità a livello teorico, a livello normativo e di prassi giurisprudenziale il concetto di discriminazione intersezionale ancora oggi fatica ad affermarsi e la tutela prevista dal diritto antidiscriminatorio continua ad essere prevalentemente incentrata su un singolo fattore di discriminazione. Ne deriva una lacuna nella protezione dei diritti di coloro che si trovano ad essere oggetto contemporaneamente di più fonti di discriminazione. Traendo le conclusioni di quanto esposto, la relatrice ha affermato che il diritto, fino ad ora, non è riuscito a rispondere al bisogno di intersezionalità e che, anche in considerazione del tempo trascorso dalla teorizzazione del concetto in esame, sarebbe auspicabile la sua valorizzazione per garantire una tutela più efficace dei diritti.

Come ampiamente evidenziato nell'ambito del Convegno, il compito degli organismi di parità non può essere limitato alle disegualianze di genere, ma ciò non significa affatto affermare che il tema sia superato. L'obiettivo

della parità di genere, infatti, non può certo considerarsi raggiunto, dal momento che in molti ambiti della società permangono gravi diseguaglianze in ragione del genere comprovate dai dati relativi ai tassi di occupazione femminile, ai settori nei quali si concentra il lavoro femminile, alle differenze salariali e alla scarsa partecipazione delle donne ai processi decisionali. Inoltre, permane l'esigenza di una ripartizione più equa del lavoro di cura all'interno della famiglia considerato che esso, ancora oggi, ricade principalmente sulle donne a causa dell'insufficienza dei servizi, ma anche a causa di un problema culturale dovuto alla presenza di stereotipi che ripropongono la tradizionale suddivisione dei ruoli nell'ambito familiare. L'Unione europea, fin dal Trattato istitutivo, ha posto tra i suoi obiettivi prioritari la promozione della parità tra donne e uomini, partendo dalla consapevolezza che le disparità legate al genere producono conseguenze dirette sulla coesione sociale, sulla crescita economica, sulla competitività, e non ultimo sulla partecipazione democratica e sui diritti di cittadinanza. La partecipazione paritaria di donne e uomini nei vari contesti e soprattutto nel mercato del lavoro sarebbe in primo luogo un segnale di maturità e democrazia, e comporterebbe inoltre un aumento della produttività e della ricchezza.

A questo proposito, la prof.ssa Rita Bencivenza (LEGS, CNRS, Université Paris 8) ha ricordato il concetto di *gender mainstreaming* che fu individuato dall'Unione europea come strumento principe per il superamento delle disuguaglianze di genere. Il *gender mainstreaming* consiste in un approccio strategico che si pone l'obiettivo del raggiungimento dell'uguaglianza tra donne e uomini in tutti gli ambiti della società attraverso l'adozione di una prospettiva di genere nella definizione e attuazione di tutte le politiche e azioni pubbliche, a livello nazionale, regionale e comunitario: dal processo di elaborazione, all'attuazione, includendo anche la stesura delle norme, le decisioni di spesa, la valutazione e il monitoraggio. L'Unione europea ha sempre creduto molto in questo strumento che fu teorizzato nel 1995 in occasione della IV Conferenza Mondiale sulle donne organizzata a Pechino

e introdotto dalla Commissione europea, in una comunicazione del 1996, come strategia indispensabile per garantire la parità. Da allora la Commissione europea ha continuato a promuovere l'approccio del *gender mainstreaming* negli Stati membri, tramite gli strumenti più diversi. L'ultimo documento rilevante è l'*Impegno strategico a favore della parità di genere 2016-2019*,² nel quale viene chiaramente ribadita la necessità di integrare una prospettiva di parità in tutte le attività e le politiche dell'Unione europea e si individuano cinque obiettivi prioritari: aumento della partecipazione delle donne al mercato del lavoro e pari indipendenza economica; riduzione del divario di genere in materia di retribuzioni, salari e pensioni e, di conseguenza, contrasto al rischio di povertà per le donne; promozione di una paritaria partecipazione delle donne ai processi decisionali; contrasto alla violenza di genere e protezione e sostegno per le vittime e, infine, promozione delle parità di genere e dei diritti delle donne in tutto il mondo.

Guardando al futuro possiamo affermare senza tema di smentita che la società sarà sempre più complessa e caratterizzata da molteplici diversità (etniche, culturali, di condizioni sociali, di religione, ecc.), che sono potenziali fonti di fragilità. Come dimostrato dalle teorie sull'intersezionalità illustrate nell'ambito del Convegno, il rischio di discriminazione e di esclusione è maggiore per le persone che sono interessate da più fattori di vulnerabilità (es. donne disabili, donne migranti, stranieri omosessuali ecc.). Affinché le differenze non si traducano in diseguaglianze di opportunità e di partecipazione alla vita economica e sociale e, infine, in discriminazioni, è opportuno valorizzare gli strumenti analitici in grado di svelare i meccanismi che determinano in capo ad alcuni soggetti una situazione di particolare svantaggio al fine di approntare forme di tutela efficaci e politiche adeguate volte a riequilibrare le opportunità, intese, come evidenziato, in senso ampio.

Il Convegno è concluso con l'auspicio che gli organismi di parità, per rendere sempre

² Direzione generale della Giustizia e dei consumatori (Commissione europea), *Impegno strategico a favore della parità di genere 2016-2019*, Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, 2016

più efficace la loro attività, riescano a cogliere le potenzialità dell'intersezionalità come strumento teorico in grado di svelare la complessità che caratterizza l'individuo, al fine di comprendere appieno le situazioni di particolare debolezza e marginalità che si possono verificare nei propri contesti di riferimento, e si pongano come obiettivo il *diversity management* inteso come capacità di riconoscere e gestire le diversità individuali che caratterizzano tutti i contesti delle relazioni sociali e lavorative nell'ottica di una gestione delle differenze che non riduca le complessità ma che integri le forme di conoscenza.

Sara Del Zotto, Componente del Comitato Unico di Garanzia per le pari opportunità, la valorizzazione del benessere di chi lavora e contro le discriminazioni dell'Università degli Studi di Trieste. Ho conseguito la Laurea in Giurisprudenza e il Master in Diritto del Lavoro e della Previdenza Sociale presso l'Università degli Studi di Trieste.

saradelzotto7@gmail.com

L'alterità come pericolo e come minaccia: la riduzione dell'altro a non-io.

Ottava Edizione della Scuola Estiva Arpinate 6/8 Settembre 2018

Enrico Ferri

Si è tenuta ad Arpino, dal 6 all'8 settembre 2018 l'ottava edizione della Scuola estiva arpinate, presso il castello Ladislao, sede della Fondazione Mastroianni.

L'iniziativa è stata promossa dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Unicusano, in collaborazione con altre università italiane ed europee, come l'Università di Cassino, di Madrid e di Trieste. Il tema di questa edizione è stato: "L'alterità come pericolo e come minaccia: la riduzione dell'altro a non-io".

La "formula" della scuola estiva è la stessa dalla prima edizione. Ogni anno dal primo giovedì al primo sabato di settembre si incontrano ad Arpino una quindicina di studiosi provenienti da varie sedi universitarie, italiane ed europee, per discutere su un tema vicino a problematiche filosofiche e giuridiche, ma pure politiche ed antropologiche.

Nel corso degli anni si sono affrontate questioni come "Diritto europeo e diritto islamico"; "Il diritto fra libertà e sicurezza"; "Diritto e religione", ecc. Alla SEA partecipano ogni anno anche 20 borsisti, provenienti da varie università italiane e straniere, che sono ospitati ad Arpino nei giorni dell'iniziativa.

I contributi della SEA sono pubblicati ogni anno su una rivista universitaria di lingua italiana. Ogni edizione della Scuola è stata realizzata anche grazie alla collaborazione del Comune di Arpino e della Fondazione Umberto Mastroianni. All'edizione del 2018 ha dato un formale riconoscimento del valore scientifico ed educativo dell'iniziativa l'UNAR, l'Ufficio

Nazionale anti-Discriminazioni razziali, parte del Dipartimento Pari Opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

Enrico Ferri, professore associato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università Unicusano.