



Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza

**STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 6.
AUTONOMIA E DIRITTO.
SOGGETTI, SAPERI, POTERI**

a cura di
*Maurizio Manzin,
Federico Puppo,
Serena Tomasi*



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Questo volume raccoglie gli atti degli interventi discussi nei gruppi di lavoro del XXXIII Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto, svoltosi a Trento, presso la Facoltà di Giurisprudenza, nei giorni 12, 13 e 14 settembre 2024. Il tema dell'autonomia si configura come una categoria teorica di particolare ampiezza, capace di illuminare le grandi transizioni che segnano il pensiero giuridico contemporaneo: dalla centralità moderna dell'individuo e dei diritti soggettivi alle trasformazioni della sovranità politica; dagli assetti statuali tradizionali alla frammentazione delle fonti in una dimensione transnazionale e globalizzata; dal primato del sapere giuridico al confronto con nuovi saperi, nuove tecniche e nuove forme di potere. Il volume restituisce la pluralità degli ambiti nei quali la questione dell'autonomia si dispiega e si problematizza: le transizioni epistemiche, nel rapporto tra sapere giuridico e nuovi saperi; quelle istituzionali, che riguardano le professioni giuridiche, l'autonomia della norma e gli ordinamenti statuali e locali; quelle antropologiche, che emergono nelle questioni della bioetica e nelle trasformazioni della soggettività; quelle formative, economiche e culturali, che attraversano la didattica del diritto, l'economia e le humanities; sino a quelle tecnologiche e sociali, legate all'intelligenza artificiale, alle questioni di genere, al controllo sociale e alla società algoritmica.

Ne emerge una riflessione corale che assume l'autonomia non come nozione statica o univoca, ma come luogo teorico nel quale si inscrivono passaggi e riconfigurazioni: tra autonomia ed eteronomia, tra identità e differenza, tra diritto e tecnica, tra soggettività e potere, tra ordine normativo e trasformazioni della vita sociale. Il volume offre così una mappa ampia e critica delle transizioni che attraversano oggi il pensiero giuridico, mostrando come nella categoria dell'autonomia si giochi una posta decisiva per la comprensione del presente.

Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza

99

La collana ospita atti di convegni, seminari e workshop organizzati dalla Facoltà, offrendo una panoramica su temi giuridici emergenti e interdisciplinari. I volumi includono contributi di accademici, professionisti e studiosi internazionali, trattando argomenti che spaziano in tutti i campi del diritto. Ogni volume è sottoposto a un rigoroso processo di peer review e viene pubblicato in Open Access.

Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza

Comitato scientifico

Il Comitato scientifico della collana coincide con il Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento.

Al fine di garantire la qualità scientifica della collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un referee interno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del referee nei confronti di autori/autrici e curatori/curatrici.

**STUDIES ON ARGUMENTATION
& LEGAL PHILOSOPHY / 6.
AUTONOMIA E DIRITTO.
SOGGETTI, SAPERI, POTERI**

a cura di
*Maurizio Manzin,
Federico Puppo,
Serena Tomasi*

Università degli Studi di Trento



UNIVERSITÀ
DI TRENTO

Pubblicato da
Università degli Studi di Trento
via Calepina, 14 - 38122 Trento
casaeditrice@unitn.it
www.unitn.it

grafica di copertina
Cristina Pellegatta

© 2025 Gli autori/le autrici

ISSN 2284-2810
ISBN 978-88-5541-140-0
DOI 10.15168/11572_469414



L'edizione digitale è rilasciata con licenza Creative Commons
Attribuzione-NonCommerciale-NonOpereDerivate 4.0 Internazionale.

INDICE

Pag.

SEZIONE I AUTONOMIA DEL SAPERE GIURIDICO E NUOVI SAPERI

Angela Condello, Tommaso Gazzolo	
<i>Presentazione dei contributi</i>	3
Guglielmo Ciaccio	
<i>Aprirsi per non dissolversi. La sfida del sapere filosofico-giuridico</i>	7
Nicola Dimitri	
<i>Margini di autonomia – autonomia al margine. Riflessioni attorno al sapere giuridico e al suo potere trasformativo</i>	21
Silvia Corradi	
<i>Diritto e tecno-scienza. Analogie tra retorica giuridica e pratiche tecno-scientifiche</i>	41
Simona Trocino	
<i>Quale fiducia? Riflessioni circa l'affidabilità degli esperti</i>	63
Vincenzo Peluso	
<i>“Chi parla di tecnica vuol trarvi in inganno”. Autonomia del giuridico e neutralità della tecnica in Carl Schmitt</i>	77
Donato Aliberti	
<i>Una convivenza possibile? Tecnocrazia e politica in Aldo Moro</i> ...	101
Mariangela Milone	
<i>Plasticità del bios e forma giuridica. Una prospettiva foucaultiana su trasformazioni del diritto e normatività delle pratiche soggettive</i>	127

SEZIONE II
AUTONOMIA E PROFESSIONI GIURIDICHE

Paolo Moro, Lucia Re	
<i>Presentazione dei contributi</i>	147
Piero Marra	
<i>Le virtù dell'avvocato e il ruolo della retorica digitale</i>	153
Francesco Beatrice	
<i>Dalla teoria della decisione giudiziale alla filosofia del diritto.</i>	
<i>Note sul decisionismo di Legge e giudizio</i>	171
Roberto Luppi	
<i>A che modello di virtù ispirarsi nella contemporaneità?</i>	189

SEZIONE III
AUTONOMIA/ETERONOMIA
DELLA NORMA GIURIDICA

Carlo Nitsch, Chiara Valentini	
<i>Presentazione dei contributi</i>	215
Fiammetta Cioè	
<i>Autonomia ed eteronomia della norma giuridica nella riflessione di Benedetto Croce sul diritto</i>	219
Giuseppe Russo	
<i>Croce e Gentile. La volontà, la legge, l'obbedienza</i>	239
Giuseppe Moro	
<i>Sul rapporto tra autonomia ed eteronomia della norma giuridica negli Hauptprobleme der Staatsrechtslehre di Hans Kelsen</i>	251
Filippo Matrisciano	
<i>Appunti su autonomia e eteronomia della norma giuridica nel pensiero di Santi Romano</i>	259
Grazia Donato	
<i>La (dis)obbedienza al diritto ingiusto tra autonomia ed eteronomia</i>	271

	Pag.
Adriano Zambon	
<i>Autonomia ed eteronomia delle norme contrattuali. Il caso dei contratti dei consumatori</i>	285
Leonardo Ravaioli	
<i>L'autonomia della norma giuridica nella teoria istituzionale del diritto di MacCormick e Weinberger. Tra scienza del diritto e "naturalizzazione" dei concetti giuridici.....</i>	295
Ludovico Ercole	
<i>Nuove forme di normatività. Il paradigma della tecnoregolazione tra autonomia ed eteronomia.....</i>	315

SEZIONE IV
AUTONOMIA STATUALE
E ORDINAMENTI LOCALI

Maria Borrello, Attilio Pisanò	
<i>Presentazione dei contributi.....</i>	335
Paolo Bodini	
<i>Il sapere delle corti nel processo democratico</i>	337
Giacomo D'Elia	
<i>Introduzione al concetto di "ordine" in F.A. von Hayek.....</i>	347
Paolo D'Erasmo	
<i>"Dal legislatore umano a quello sintetico"?</i>	367
Salvatore Savoia	
<i>La solidarietà come limite della differenziazione amministrativa e normativa.....</i>	385

SEZIONE V
LA BIOETICA
E LE SFIDE DELLA CONTEMPORANEITÀ

Paola Barbara Helzel, Ferdinando G. Menga	
<i>Presentazione dei contributi</i>	407
Paolo Vignola	
<i>Biodiversità e noodiversità. La noopolitica come stato di diritto nel pensiero di Bernard Stiegler</i>	413
Alessandro Ferrara	
<i>Bioetica della gestazione per altri. Si può compensare l'altruismo?</i>	431
Giuseppe Rocchè	
<i>Il problema del senso comune e i diritti delle persone possibili ..</i>	449
Sofia Bianzarelli	
<i>Diritto, responsabilità, bioetica. Una riflessione su soggettività e imputabilità a partire dal pensiero di Hans Jonas</i>	463
Jessica Mazzuca	
<i>One Health. La tutela della salute oltre l'uomo: mito o realtà? ..</i>	489
Sara Boicelli	
<i>Neoliberalismo e salute delle donne: l'ambiguo ruolo delle femtech</i>	513

SEZIONE VI
DIDATTICA DEL DIRITTO:
ESPERIENZE, METODI E SPERIMENTAZIONI

Valerio Nitrato Izzo, Serena Tomasi	
<i>Presentazione dei contributi</i>	533
Clelia Bartoli	
<i>Per un'accademia umile. L'esperienza di scrittura partecipativa di una legge quadro sulle dipendenze</i>	541

	Pag.
Alessandro Campo	
<i>L'educazione giuridica tra emozioni, humanities e terzietà.</i>	
<i>Una prospettiva clinico-legale di tipo immersivo</i>	565
Fernando Bellelli	
<i>Il Dante Alighieri di Thomas Berry. Il sapere dell'ecogiuri-</i>	
<i>sprudenza per riconoscere adeguata soggettività autonoma al</i>	
<i>potere dei diritti della natura</i>	589
Jacopo Volpi	
<i>Il diritto dell'Unione europea nell'educazione giuridica. Teo-</i>	
<i>rie, prospettive ideologiche e prassi attuative.....</i>	603
Edoardo Messineo	
<i>Didattica inclusiva e insegnamento del diritto.....</i>	627
Elena Siclari	
<i>Formazione del giurista e inclusività. Per una scienza giuridi-</i>	
<i>ca diastemica.....</i>	639
Marco Stefano Birtolo	
<i>Didattica del diritto: le nuove frontiere del legal design</i>	655
Christian Crocetta	
<i>La continua ricerca d'una "terza via". Un'esperienza didatti-</i>	
<i>ca partecipativa attraverso il teatro di cittadinanza.....</i>	673

SEZIONE VII

DIRITTO ED ECONOMIA

Paolo Silvestri, Giovanni Tuzet	
<i>Presentazione dei contributi.....</i>	697
Leonardo Marchettoni	
<i>Oltre la dicotomia tra regole e standard.....</i>	707
Gianluigi M. Riva	
<i>La monetizzazione dei dati personali. Profili di teoria generale</i>	
<i>della privacy fra negozio, natura dei dati e disponibilità dei</i>	
<i>diritti.....</i>	723

	Pag.
Marco Segatti	
<i>Due sensi di precedente. Complementarità intertemporali e formazione endogena di abitudini nelle decisioni giudiziali.....</i>	755
Claudio D. Amorelli	
<i>Analisi economica del diritto penale e criminalità organizzata...</i>	777
Francesca Annunziata Di Pietro	
<i>La mancata effettività del diritto a un adeguato standard di vita nella tradizione democratica statunitense.....</i>	789
Paolo Scanga	
<i>Quale teoria economica per quale diritto? Il caso Keynes</i>	805
Giuseppe Foti	
<i>Quale libertà e quale bisogno? Appunti per uno studio filosofico-giuridico sul soggetto consumatore.....</i>	817
Salvatore Maria Pisacane	
<i>La lezione di "Percorsi Assisi". Può il sapere francescano rivoluzionare l'economia contemporanea?</i>	835

SEZIONE VIII LAW & HUMANITIES

Paolo Heritier, Maria P. Mittica	
<i>Presentazione dei contributi.....</i>	857
Giorgio Lorenzo Beltramo	
<i>Per una figura gestuale di normatività. Esperienza e positivizzazione della regola tra antropologia, matematica e diritto.....</i>	863
Daniele M. Cananzi	
<i>Perché i giuristi nel tempo della povertà? La scienza giuridica odierna e il diritto nelle humanities</i>	891
Matteo Castorino	
<i>«Un'atmosfera di vigilia». Riflessioni su giustizia, diritti dell'umano e lavoro a partire da uno scritto inedito di Adriano Olivetti</i>	907

	Pag.
Paola Chiarella	
<i>All that Jazz. Il realismo giuridico americano in chiave musicale.....</i>	931
Giacomo Cipriani	
<i>Ermeneutica, cinema, emozioni. Una riflessione a partire da The Lincoln Lawyer e Schegge di Paura.....</i>	953
Christian Crocetta	
<i>“Tre quarti e tre quarti”. Ovvero la misura del potere che opprime in Fontamara di Ignazio Silone</i>	981
Ishvarananda Cucco	
<i>Soggettività e potere. La scrittura etnologica di De Martino e Lévi-Strauss come spunto d’indagine sociologico-giuridica e filosofico-giuridica.....</i>	1007
Ivan Daldoss	
<i>Il processo di Kafka. Paradigma “rovesciato” dell’odierno giusto processo.....</i>	1025
Giulio Donzelli	
<i>La ricerca del precedente nella prospettiva umanistica tra certezza del diritto e stare decisis.....</i>	1035
Francescantonio Eramo	
<i>Cattolicesimo romano e forma giuridica. La Chiesa Cattolica di Roma come istituzione: uno studio introduttivo.....</i>	1047
Stefano Guerra	
<i>“Indagine” sull’autonomia dei poteri. La manipolazione del consenso tra diritto, cinema e letteratura</i>	1061
Marco Mazzocca	
<i>Hägerström a Hogwarts. Indagine sulla rappresentazione del giuridico nelle opere di J.K. Rowling.....</i>	1087

SEZIONE IX
NUOVE TECNOLOGIE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Monica Palmirani, Alessio Sardo	
<i>Presentazione dei contributi</i>	1109
Fernanda Faini	
<i>Intelligenza artificiale, diritto digitale e sovranità regolatoria ...</i>	1115
Federico Costantini	
<i>‘Norme sperimentali’ e Regulatory Sandbox. Aspetti teoretici e regolatori</i>	1139
Marialuisa Innocenzi	
<i>Intenzioni, emozioni e diritti umani. Alcune riflessioni sull’impatto dell’IA sulla soggettività giuridica</i>	1155
Elena Consiglio, Gianmarco Cristofari	
<i>Un metodo computazionale per rilevare le discriminazioni in materia di asilo? Il caso di studio del progetto EquAl</i>	1175
Olimpia Giuliana Loddo	
<i>Artefatti regolativi digitali. Norme, metanorme e architetture digitali</i>	1199
Angelika Kaczmarek	
<i>Come l’intelligenza artificiale ha trasformato il settore bancario: le evidenze più recenti</i>	1215
Pier Giorgio Chiara, Francesco Di Tano	
<i>Swarm Learning e trattamento del dato sanitario. Sfide normative e prospettive di un approccio di intelligenza artificiale decentralizzato</i>	1237
Giuseppe Contissa, Federico Galli	
<i>Autonomie conflittuali. L’interazione uomo-macchina nel regolamento europeo sull’intelligenza artificiale</i>	1261
Salvatore Sapienza	
<i>Hybrid AI e sinergie nel dialogo tra giuristi e IA</i>	1281

SEZIONE X
QUESTIONI DI GENERE E TEORIA DEL DIRITTO

Alessandra Facchi, Orsetta Giolo	
<i>Presentazione dei contributi</i>	1299
Leoluca Armigero	
<i>Il personale è economico. Nuove identità e neoliberalismo</i>	1303
Camilla Caselli	
<i>Abolizionismo femminista e critica all'idea di sanzione</i>	1321
Anna De Giuli	
<i>La Corte di Cassazione contro lo stereotipo della "madre malvola"</i>	1341
Francesca Miccoli	
<i>Tra eguaglianza e differenza. Una prospettiva femminista sulla gestazione per altri commerciale</i>	1359
Martina Millefiorini	
<i>Autodeterminazione e sessualità nell'ordinamento italiano. Prospettive giusfemministe sul consenso</i>	1377
Edoardo Peregalli	
<i>Il modello neo-proibizionista di regolazione del fenomeno del sex work: alcuni aspetti critici</i>	1409

SEZIONE XI
SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, CONTROLLO SOCIALE
E SOCIETÀ ALGORITMICA

Cecilia Blengino, Lorenzo Milazzo	
<i>Presentazione dei contributi</i>	1423
Michele Martoni	
<i>Vivere con i numeri, vivere come numeri. Design delle interfacce, autonomia limitata e strategie educative nell'infosfera</i>	1435

	Pag.
Giacomo Pisani	
<i>Un modello di “amministrazione condivisa” per l’economia digitale.....</i>	1455
Sara Pautasso	
<i>Uomo, macchina, controllo sociale. La velocità come fattore determinante della quarta rivoluzione industriale</i>	1475
Matteo Buffa	
<i>Dati biometrici, migrazioni e protezione internazionale. Tra finalità anfibe e duali del controllo sociale nella società algoritmica.....</i>	1493
Pier Giuseppe Puggioni	
<i>Tecnica, mitologia, democrazia. Per una critica del discorso giuridico sull’intelligenza artificiale</i>	1519
Antonio Di Stasio	
<i>Il denaro tra potere e diritto. Tre paradigmi a confronto</i>	1543
Claudia Atzeni	
<i>Brevi note sulla giustizia riparativa nell’era del panpenalismo...</i>	1571
Costanza Agnella	
<i>Dal modello attuariale al modello trasformativo. Riflessioni su pericolosità e comunità nel campo penale in mutamento.....</i>	1589

SEZIONE I

AUTONOMIA DEL SAPERE GIURIDICO
E NUOVI SAPERI

AUTONOMIA DEL SAPERE GIURIDICO E NUOVI SAPERI

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Angela Condello, Tommaso Gazzolo

Pubblichiamo in questa sezione i saggi tratti da alcuni degli interventi che hanno animato il Workshop “Autonomia del sapere giuridico e nuovi saperi” del XXIII Congresso della Società di Filosofia del Diritto. Si tratta di contributi provenienti da giovani studiosi di provenienza e formazione diversa, ma caratterizzati dal comune interrogarsi sul rapporto tra il sapere giuridico e i “nuovi saperi” con cui esso è oggi chiamato a misurarsi.

Nel suo saggio, Guglielmo Ciaccio esordisce chiedendosi, correttamente, quali e di che tipo siano questi “saperi”, osservando come, con essi, ci si debba riferire a quelli che

sono sorti, nella loro specificità, in seguito all’avanzamento tecnologico e sociale (le due cose, sia chiaro, non sono fra loro necessariamente connesse), ampliando significativamente l’orizzonte delle nostre conoscenze e mettendo in crisi modelli precedentemente acquisiti.

In particolare, Ciaccio si concentra sulle “ecofilosofie” e sulla riflessione relativa all’intergenerazionalità, per poi provare a mostrare come il diritto – e in particolare la filosofia del diritto – possa fungere da elemento “riordinatore” in relazione costante con essi, ritrovando una propria autonomia che non sia, tuttavia, autoreferenzialità.

Il tema dell’autonomia diviene centrale nel saggio di Nicola Dimitri, il quale muove dal «paradosso» che la costituirebbe, dal momento che non sarebbe mai possibile

costruire autonomamente la dimensione dell’autonomia – del sapere giuridico – senza tenere conto, contemporaneamente, degli altri saperi

(tradizionali e nuovi) con cui esso, pur rivendicando una differenza, si ritrova inevitabilmente contiguo.

Da qui Dimitri procede approfondendo la natura paradossale del concetto, con particolare riferimento al diritto, per giungere a definire l'autonomia in termini «relazionali», dimostrando come il diritto non possa esistere come sapere autonomo se non incidendo «sulle autonomie altrui».

Silvia Corradi offre, invece, una riflessione incentrata sul rapporto tra pratiche tecno-scientifiche e la retorica giuridica, nel corso della quale – a partire da alcune assunzioni tipiche del realismo strutturale – dimostra e analizza la serie di analogie che caratterizzerebbero tanto la conoscenza giuridica che l'epistemologia tecnico-scientifica. Corradi propone, così, di valorizzare le affinità più che le differenze, al fine di individuare una nuova serie di percorsi comuni per la formazione e l'educazione di scienziati e giuristi.

Al rapporto tra diritto e sapere scientifico è dedicato anche il saggio di Simona Trocino, la quale si concentra, però, sul ruolo degli esperti e del sapere specialistico all'interno del lavoro delle Corti. In particolare, nel suo saggio Trocino si sofferma sull'analisi delle teorie che sono state proposte al fine di identificare un soggetto quale “esperto”, per poi esaminare il tipo di relazione fiduciaria che ne caratterizza il rapporto con il giudice nel processo, proponendo quello che definisce un modello “ibrido” in grado di rispondere alle criticità emerse, in questi anni, all'interno delle diverse posizioni della dottrina giuridica.

Con il saggio di Vincenzo Peluso, invece, la relazione tra diritto e nuovi saperi viene ripresa a partire dall'analisi del ruolo della tecnica all'interno del pensiero di Carl Schmitt. Peluso ripercorre il problema del tipo di “neutralità” che la tecnica incarnerebbe, seguendo la lettura schmittiana del suo rapporto con i processi di “spoliticizzazione” e il loro significato politico. Peluso si interroga, inoltre, sul ruolo che, per Schmitt, spetterebbe, entro tale contesto, al diritto, soffermandosi sulla critica del giurista tedesco alla “tecnicizzazione” di quest'ultimo, operata a partire dalla riduzione del diritto a “legalità”.

Alla questione della tecnocrazia si collega anche il saggio di Donato Aliberti, il quale individua nel pensiero di Aldo Moro un momento fon-

damentale nella definizione del rapporto tra sapere tecnico e autonomia del politico in quanto problema centrale delle democrazie costituzionali. Aliberti mostra, attraverso una ricostruzione dettagliata e precisa, come Moro fosse giunto, largamente in anticipo rispetto ad altri, a individuare e cogliere la contraddizione strutturale tra «tecnocrazia e i principi del governo del popolo e del governo per il popolo», accorgendosi che le soluzioni tecnocratiche avrebbero infine «fatto pagare prezzi alti» soprattutto alle classi popolari.

Infine, il saggio di Mariangela Milone si misura con le innovazioni che, per il diritto e le sue forme, possono provenire dalle prospettive aperte oggi dalle scienze della vita e, in particolare, dalla nozione di “plasticità” – di recente esplorata soprattutto nell’ambito delle neuroscienze e della filosofia del cervello. Milone si serve, in particolare, della plasticità per riattivare e rilanciare alcune delle intuizioni foucaultiane sull’aspetto creativo delle norme e sui loro effetti di soggettivazione, per poi indagare i processi di costruzione della soggettività come possibili traiettorie di «autodeterminazione» prodotte dal basso, «sul punto di contatto con le pratiche e con i modi di vivere, di agire e di esperire le relazioni, pratiche reali che hanno un effetto sui soggetti stessi, andando a riconfigurare, riqualificare i soggetti dell’azione».

APRIRSI PER NON DISSOLVERSI

LA SFIDA DEL SAPERE FILOSOFICO-GIURIDICO

Guglielmo Ciaccio

1. Intenti

La domanda che agita questa breve riflessione è, almeno per ciò che concerne la sua formulazione, piuttosto semplice: l'emersione di saperi "nuovi", insieme al formidabile e sempre più rapido sviluppo delle capacità tecnologiche, impone – o, magari più prudentemente, imporrebbe – un ripensamento delle coordinate del sapere filosofico-giuridico?

Alla menzionata semplicità sintattica non si accompagna – purtroppo, verrebbe da dire – un'eguale chiarezza semantica. Già il solo riferimento ai "nuovi saperi" richiede una puntuale determinazione di quali siano, effettivamente, questi saperi. In questo spazio ci si riferirà a essi come a quei saperi che sono sorti, nella loro specificità, in seguito all'avanzamento tecnologico e sociale (le due cose, sia chiaro, non sono fra loro necessariamente connesse), ampliando significativamente l'orizzonte delle nostre conoscenze e mettendo in crisi modelli precedentemente acquisiti. Si tratta, in sostanza, dell'istanza che spinge in direzione di un adeguamento delle strategie con cui viene compresa la complessità della realtà. Un "nuovo sapere", secondo questa accezione, è rappresentato senz'altro dall'ecologismo. Le ecofilosofie, pur nella loro diversità, possiedono un comun denominatore che rompe con la precedente tradizione: ridefinire l'antropologia filosofica spostandola dal paradigma dominativo a quello relazionale¹. Questa dimensione fortemente critica del sapere ecologico (ma propria anche di altri "nuovi sape-

¹ Sul punto si vedano gli studi di M. TALLACCHINI, *Diritto per la natura. Ecologia e filosofia del diritto*, Torino, 1996; EAD. (a cura di), *Etiche della terra. Antologia di filosofia dell'ambiente*, Milano, 1998.

ri”), di rottura nei confronti di una certa prassi (alla quale corrisponde, a monte, una definita teoria), è ciò che ci interessa mettere in relazione con un certo sapere giuridico.

In direzione analoga si muove la riflessione sull’intergenerazionalità². Alla stregua dell’ecologismo, il sapere incentrato sulla responsabilità nei confronti delle future generazioni si pone criticamente nei confronti di una serie di pratiche consolidate, auspicando un rinnovamento antropologico capace di investire, innanzitutto, proprio il sapere giuridico. L’invito in questione è rivolto proprio a un certo modo chiuso, statico, di considerare il rapporto tra il diritto e la società dal quale questo, in fondo, proviene.

In tal senso, l’intento di questo scritto è quello di sottoporre a critica l’assunto secondo il quale il giuspositivismo costituirebbe il “porto sicuro” del pensiero filosofico-giuridico. L’idea è che i mutamenti prodotti dal progresso tecnologico e sociale e dall’emersione dei nuovi saperi sospingano “il Diritto in mare aperto”, imponendo la necessità di confrontarsi con le domande “promosse da una attività dell’uomo dalle potenzialità sconvolgenti gli assetti consolidati di vita”³.

È inevitabile interrogarsi, anche dal punto di vista di una riflessione filosofica sul diritto, su cos’è successo

da quando il mondo abitato si distende su tutto il pianeta e da quando, oltretutto, tutti i popoli e le culture sono stati fondamentalmente ravvicinati grazie allo sviluppo del traffico mondiale e al compimento della rete delle comunicazioni. Tutto questo non deve forse avere conseguenze anche per la filosofia?⁴

Sia o meno effettivamente in crisi l’attività del giurista, la questione su cui si vuole qui insistere riguarda il modo in cui una certa (maggioritaria) filosofia del diritto – perché è a essa, nello specifico, che qui bi-

² Per ciò che concerne il dibattito italiano degli ultimi anni cfr. T. ANDINA, *Transgenerazionalità. Una filosofia per le generazioni future*, Roma, 2020; F. MENGA, *Lo scandalo del futuro. Per una giustizia intergenerazionale*, Roma, 2016; ID., *Etica intergenerazionale*, Brescia, 2021.

³ B. MONTANARI, *Itinerario di filosofia del diritto*, Padova, 1999, II ed., XIII.

⁴ H.G. GADAMER, *L’Europa e l’oikoumene*, in M. HEIDEGGER, H.G. GADAMER, *L’Europa e la filosofia*, Venezia, 1999, 39.

sogna guardare – tratta il suo oggetto e se questa metodologia, date una serie di considerazioni che a breve verranno esposte, sia adeguata alle sfide a cui il diritto è chiamato.

Per farlo si procederà, innanzitutto, recuperando la “modernità” del positivismo giuridico per porla in dialogo con la “postmodernità” dei nuovi saperi (per ciò che concerne, dev’essere già chiarito, la diagnosi delle aporie del progetto moderno e non le conclusioni alle quali giunge il pensiero postmoderno, soprattutto riguardo alla funzionalità del pensiero filosofico)⁵. Soffermarsi su questo scarto consentirà di mettere in luce lo spostamento, operato dal giuspositivismo, dalla ragione teoretica alla volontà legiferante e di verificare la tesi secondo la quale i nuovi saperi richiamano la filosofia del diritto alla riflessione sul valore attribuito al momento teoretico e alla sua relazione con il momento decisionale.

2. *Una radice nella modernità*

Bisogna, prima di tutto, domandarsi: quali sono le coordinate fondamentali della modernità filosofica e perché questa non sarebbe più in grado di fornire adeguati strumenti per comprendere il tempo nel quale viviamo?

L’interrogazione sui limiti del pensiero moderno e sulle ragioni della sua crisi non è, a ben vedere, una novità. Uno smarrimento esistenziale, prima ancora che intellettuale, è un qualcosa che già Husserl sperimentava di fronte alla crisi delle scienze e del loro significato per la vita umana. Ancor prima della catastrofe della Seconda guerra mondiale, il padre della fenomenologia avvertiva la crisi del presupposto fondamentale della modernità: l’oggettivizzazione del mondo operata dalla scienza. “Le mere scienze di fatto creano uomini di fatto”, recita un passo ben noto⁶. Incapace di determinare i propri fini, la ragione ha per-

⁵ Sulla connessione tra la critica postmoderna e la formulazione di una prospettiva ecologica di portata globale cfr. A.E. GARE, *Postmodernism and the Environmental Crisis*, London, 1995.

⁶ E. HUSSERL, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale* (1954), trad. it. di E. Filippini, Milano, 1961, §2, 35.

so la sua funzione e, con essa, smarrito il senso dell'esistenza umana, il proprio *telos*⁷.

La riduzione positivista dell'idea di ragione altro non è, infatti, che la sintesi delle varie anime della modernità: ciò che è essenziale non è il contenuto, bensì una "definizione formale" che "identifica il valore con la contemporaneità, con il *novum*"⁸. Quest'oggettivismo formalizzante possiede un duplice senso. Da un lato, attribuisce valore solo a quelle conoscenze che possono essere provate attraverso un metodo codificato, che sono cioè suscettibili di sperimentazione scientifica. È il trionfo della scienza su tutte le altre forme di conoscenza. Un fatto di cui la filosofia non può che prendere atto, modificando, perlomeno in parte, il proprio metodo⁹. D'altro lato, la fiducia generata dal progresso scientifico si espande all'intera dimensione dell'esperienza umana. Dalla contemplazione della natura si passa al suo dominio, alla sua oggettivizzazione. Un dominio che, ben presto, verrà esteso all'essere umano¹⁰.

Questi elementi, noti d'altronde, sono quelli che caratterizzano l'epoca in cui sorge il positivismo giuridico, che di essi presenta tracce evidenti. Ora, è risaputo che il giuspositivismo di cui qui si sta parlando non costituisce la declinazione giuridica del positivismo filosofico in senso stretto, la quale andrebbe cercata, semmai, in una certa sociologia del diritto. Lo stesso richiamo al "positivo" è, ben più che una afferma-

⁷ Cfr. V. COSTA, *L'assoluto e la storia. L'Europa a venire, a partire da Husserl*, Brescia, 2023.

⁸ G. CHIURAZZI, *Il postmoderno. Il pensiero nella società della comunicazione*, Torino, 1999, 11.

⁹ Interessanti le considerazioni di H.G. GADAMER (*La ragione nell'età della scienza* (1976), trad. it. di A. Fabris, Genova, 1982, 23-24) sull'impatto che la scienza moderna ebbe sul metodo filosofico: "dal XVI secolo, ciò che oggi chiamiamo filosofia viene a trovarsi in una situazione profondamente mutata. La filosofia viene ora ad aver bisogno di una legittimazione nei confronti delle scienze: così, per due secoli, fino alla morte di Hegel e Schelling, essa deve affinare le proprie armi per difendersi dall'attacco sferrato dalle scienze. I sistemi filosofici eretti negli ultimi due secoli sono una diretta conseguenza dello sforzo di conciliare l'eredità della metafisica con lo spirito della scienza moderna".

¹⁰ Ancor prima della riflessione eco-filosofica, la Scuola di Francoforte ha indicato con chiarezza il nesso tra i presupposti del pensiero moderno, in particolar modo della stagione illuminista, e la sua tendenza a rovesciarsi in una prassi della dominazione.

zione di campo filosofico, un rimando al diritto posto (*positum*) da chi ne ha l'autorità.

La questione, tuttavia, è per noi quella di evidenziare come il giuspositivismo abbia accolto al suo interno alcuni dei principali concetti della modernità: il rifiuto di ogni metafisica e l'esaltazione della scienza, da cui muove, peraltro, il tentativo di costruire, sulla falsariga delle scienze della natura, una scienza del diritto; la formalizzazione dell'esperienza giuridica e la conseguente espunzione di ogni aspetto che non fosse riconducibile a una sistematizzazione logico-formale, per cui il valore risiederebbe nella formalità e non nel contenuto.

Accanto ai sopracitati elementi, lo spostamento radicale dell'oggetto diritto determinato dalla sua identificazione con la normatività posta dall'autorità ha generato un mutamento epistemologico radicale all'interno della scienza giuridica. Diritto non è più ciò che viene razionalmente pensato, ma ciò che s'identifica con la volontà contingente del legislatore politico¹¹. Si passa, allora, da una filosofia del diritto fondata sulla ragione teoretica a una scienza del diritto strutturata seguendo le modalità della ragione strumentale¹².

Proprio quest'ultima, però, è al centro delle critiche provenienti dai nuovi saperi, in particolare, come si era accennato all'inizio, dal pensiero ecologista. Ridotta a mero strumento, la ragione è stata privata della propria autonomia, ridotta alla medesima funzione di un apparecchio che raccoglie dati. L'unico criterio rilevante concerne la sua capacità di predisporre mezzi e individuare processi che consentano il dominio

¹¹ Cfr. B. MONTANARI, *op. cit.*, 271 ss.

¹² Risultano appropriate alcune considerazioni di J. HABERMAS (*Il pensiero post-metafisico* (1988), trad. it. di M. Calloni, Roma-Bari, 2006, 38-9): "la razionalità (*Rationalität*) si riduce ad essere formale, non appena la ragionevolezza (*Vernünftigkeit*) dei contenuti si volatilizza, nella validità dei risultati [...] Non vale più come razionalmente valido l'ordine delle cose che si incontra nel mondo o che è stato progettato dal soggetto, o che si è sviluppato dal processo di formazione dello spirito, bensì vale quella forma di risoluzione dei problemi che ha una certa riuscita, mediante una giusta procedura nei confronti della realtà. La razionalità procedurale non è più in grado di garantire nella multiformità delle apparenze un'unità che le sia precedente".

sulla natura e sugli uomini. Svuotando i concetti fondamentali del loro contenuto, la ragione strumentale li ha resi meri “involucri formali”¹³.

Il punto, però, al di là di ciò che è direttamente connesso con la questione ecologica, riguarda il grado e, soprattutto, il tipo, di razionalità espresso dalle prescrizioni giuridiche, ossia dell’oggetto della scienza giuridica. La questione è ampia e abbraccia il problema del rapporto tra il sapere e il potere.

Un lungo passo tratto da *La condizione postmoderna* di Lyotard¹⁴ consente, meglio di molte altre considerazioni, di inquadrare adeguatamente il tema:

a partire da Platone la questione della legittimazione della scienza è indissolubilmente legata a quella della legittimazione del legislatore. In questa prospettiva, il diritto di decidere ciò che è vero non è indipendente dal diritto di decidere ciò che è giusto, anche se gli enunciati sottoposti alle due autorità sono di natura differente. Il fatto è che esiste un gemellaggio fra il tipo di linguaggio che chiamiamo scienza e l’altro che chiamiamo etica e politica.

E ancora:

il problema della doppia legittimazione, lungi dallo sfumare, è necessariamente destinato a porsi in modo ancora più acuto. [...] Sapere e potere [sono] due aspetti della stessa domanda: chi decide cos’è il sapere, e chi sa cosa conviene decidere?¹⁵

¹³ M. HORKHEIMER, *Eclisse della ragione. Critica della ragione strumentale* (1947), trad. it. di E. Vaccari Spagnol, Torino, 2000, 14.

¹⁴ Come già accennato, questo richiamo al pensiero postmoderno non equivale a una scelta di campo. Ciò che qui si accoglie del postmoderno, in linea con il discorso in atto, è la presa di posizione critica nei confronti della razionalità moderna e la rivendicazione di un carattere veritativo per esperienze altre rispetto alla sola sperimentazione scientifica. Tuttavia, anche in contrapposizione a un certo modo di interpretare l’esperienza ecologista, qui non si conviene con l’idea che alla filosofia non resti che prendere atto dell’impossibilità di fornire un discorso di senso unitario (legittimante) dell’esperienza umana.

¹⁵ J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere* (1979), trad. it. di C. Formenti, Milano, 2014, 19-20.

In pochi altri saperi – ma, forse, sarebbe corretto dire in nessun altro – il rapporto tra sapere e potere è così strettamente legato quanto lo è nel sapere giuridico. Il mutamento avvenuto con il passaggio dalla ragione teoretica alla volontà legiferante per quel che riguarda la determinazione di ciò che è diritto, che dunque passa dall'esser conosciuto teoreticamente all'essere determinato politicamente, costituisce un precipitato della modernità che possiede un significato che è, insieme, scientifico e politico. Ed è proprio questo significato a essere messo in crisi dall'avvento dei nuovi saperi e dall'imposizione di un nuovo modo di considerare il grado, nonché la tipologia, di razionalità che viene impiegata per comprendere ciò che accade.

Per quel che concerne il diritto ciò si traduce in un'interrogazione del tipo di razionalità che sottostà alle prescrizioni giuridiche, ossia sul rapporto che intercorre tra come si conosce il diritto e cosa il diritto consente di conoscere e il come e il che cosa viene deciso per mezzo del diritto. In questo scenario entrano in crisi sia il dogma dell'avalutatività della scienza giuridica, sia la pregiudiziale antimetafisica che informano il giuspositivismo. Da un lato, i nuovi saperi affermano l'esistenza di un nocciolo solido di realtà – rompendo, in tal modo, con l'idea per cui è solo il *novum* che rileva – che dona senso ai concetti che vengono utilizzati e verso il quale la filosofia fornisce strumenti necessari alla conoscenza, come accade con quelli che consentono di distinguere ciò che c'è da ciò che sappiamo a proposito di ciò che c'è¹⁶.

D'altro lato, viene mascherata l'ingenuità filosofica dell'avalutatività e la contraddizione sottostante alla pretesa di neutralità della scienza¹⁷, la quale si risolve spesso nella mera espressione delle soggettività

¹⁶ O, tornando a Husserl, per tematizzare il rapporto tra soggetto e oggetto, diversamente dallo scienziato moderno che, nel suo sapere del mondo e sul mondo, non sa nulla di sé come soggetto della scienza.

¹⁷ Scarpelli stesso, invero, negava la possibilità di definire unitariamente il positivismo giuridico in ragione della sua scientificità, rinvenendone, piuttosto, la possibile unità nella sua politicità. Rispetto alla scientificità della ricerca sul diritto, per Scarpelli il positivismo non sarebbe scientifico in nessuno dei due sensi, né quale scienza empirica né quale scienza astratta: "il positivismo giuridico [...] non segue né l'una né l'altra di queste due grandi strade della scienza nella cultura moderna", ma compie un'operazione ben diversa, in quanto, partendo dal dato empirico costituito dal diritto positivo, lo analizza in modo ben diverso da come fa una scienza empirica, qual è, per esempio,

dominanti¹⁸. In questo senso, la neutralità della scienza nasconde la propria provenienza particolaristica ponendosi come unica dimensione legittima per un discorso che voglia esser veritiero. Ma in essa si mostra in tutta la sua complessità la contraddizione insita nel progetto moderno.

Dato questo scenario, la filosofia, lungi dal dover semplicemente prendere atto della fine delle metanarrazioni, come vorrebbe il discorso postmodernista, deve riscoprire la propria funzione legittimante. Il punto, semmai, è proprio quello di cogliere, attraverso una diversa considerazione del diritto, la funzione legittimante della filosofia. Una funzione che si esprime, innanzitutto, nella critica dell'esistente, il cui fine dev'essere, con Horkheimer, proprio "quello di impedire che gli uomini si consegnino irrimediabilmente alle idee e ai modi di comportamento suggeriti dalla società nella sua organizzazione attuale"¹⁹.

D'altronde, appartiene all'essenza del diritto il porsi in tensione con l'esistente, con ciò che è, l'essere un discorso rivolto al *dover essere* che non può mai diventare effettivamente *essere*. La questione diventa allora comprendere quale sia il punto dal quale muove la critica dell'esistente.

la sociologia del diritto. La diversa maniera con cui il giuspositivismo tratterebbe del diritto positivo sarebbe affine, invece, al metodo della teologia. Entrambe, infatti, avrebbero in una volontà indiscutibile la fonte di quel sistema che si propongono di sistematizzare e spiegare, con la sostanziale differenza, ovviamente, della diversa potenza della volontà suprema: l'una eterna e immutabile, l'altra caduca ed effimera. Emergerebbe, in tutta la sua evidenza, la politicità del giuspositivismo, per il quale la positività non sarebbe in funzione della scientificità, come dovrebbe essere se fosse scientifico nella sua essenza, ma, al contrario, sarebbe la scientificità a essere in funzione della positività. Detto altrimenti, il diritto positivo è sottoposto ad un lavoro scientifico al fine di "servire la volontà politica che in quel diritto positivo si è manifestata [...] e, [pertanto], il giurista giuspositivista [...] non è uno scienziato ispirato dal puro amore per la scienza, ma piega forme scientifiche di pensiero, di linguaggio e d'opera a fini e interessi politici: i fini e gli interessi politici dello stato moderno". Cfr. U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano, 1965, 39 e 50.

¹⁸ Evidente, a tal proposito, come il discorso si allarghi al tema della neutralità della tecnica. Sul pericolo derivante dalla convinzione della sua neutralità si sono espressi con particolare chiarezza, tra gli altri, Heidegger e Marcuse.

¹⁹ M. HORKHEIMER, *La funzione sociale della sociologia* (1940), in *Teoria critica. Scritti 1932-1941 (II)*, Torino, 1974, 297.

Di fronte alle istanze fortemente critiche e cariche di potenza trasformativa incarnate dai nuovi saperi, una riflessione giuridica ancorata ai presupposti giuspositivistici rischia di non avere “niente da dirci” in virtù dell’esclusione “di principio proprio quei problemi che sono i più scottanti per l’uomo”, ossia di quei problemi che riguardano l’essere umano

nel suo comportamento di fronte al mondo circostante umano ed extraumano, l’uomo che deve liberamente scegliere, l’uomo che è libero di plasmare razionalmente se stesso e il mondo che lo circonda. Che cosa ha da dire questa scienza sulla ragione e sulla non-ragione, che cosa ha da dire su noi uomini in quanto soggetti di questa libertà?²⁰

Al pensiero filosofico-giuridico, dunque, verrebbe richiesto di assumersi la responsabilità di tenere insieme il momento conoscitivo e quello decisionale, di saperne offrire un legame diverso rispetto a quello appartenente al binomio volontà legiferante/determinazione politica del diritto. Quest’ultimo è, in fondo, espressione di una razionalità strumentale che, lungi dall’essere neutrale, denota un chiaro rapporto di subordinazione rispetto al potere. Ma un diritto che vuole confrontarsi con i nuovi saperi e con la loro forte carica trasformativa non può restare relegato alla dimensione di semplice strumento della politica e del potere. In un certo senso, lo scivolamento di paradigma indotto dalla rivoluzione innescata dai nuovi saperi offre al diritto e, in particolare, alla filosofia del diritto, l’occasione per ripensare al proprio modo di guardare a se stessa, al proprio statuto, e, di conseguenza, al modo di pensare il proprio oggetto e al posto occupato da questi all’interno dell’esperienza umana.

3. *La radicalità dell’esperienza giuridica*

Si è sostenuto, nelle precedenti osservazioni, che la carica fortemente critica e trasformativa dei nuovi saperi metta in luce una certa rigidità del sapere giuridico desideroso di porsi come scienza. In questo suo

²⁰ E. HUSSERL, *op. cit.*, 35-6.

tentativo la conoscenza scientifica del diritto ha escluso tutto ciò che non è diritto in senso stretto, ossia posto dal potere, per quanto legittimo e legale. Quel che rimane fuori da questa configurazione, l'eccedenza, è inutile quando non dannosa per la credibilità della disciplina, soprattutto se questa si deve al grado di "tangibilità" del suo oggetto.

È proprio quest'eccedenza, questa porzione fondamentale di esperienza umana che la scienza del diritto pretende di escludere da se stessa, che i nuovi saperi invitano a recuperare. Superando la razionalità strumentale, la richiesta sembra quella di guardare al diritto con una razionalità altra, che consenta di cogliere anche quel resto lasciato prima in disparte, quella "realtà radicale"²¹ del diritto che si riconnette con le radici profonde della società.

I nuovi saperi costringono alla ridefinizione del posto che l'essere umano occupa nel mondo, alla riconsiderazione della centralità che questi si è attribuito, sia nei confronti della natura che, data la generalità apparente che esprime l'idea di essere umano, nei riguardi delle soggettività altre (per genere, per religione, per cultura).

Si avverte uno scarto tra la vita sociale, la sua organizzazione e i sistemi normativi vigenti. Lontano dall'essere un appello meramente teorico, l'inadeguatezza della scienza giuridica di fronte ai mutamenti di paradigma scientifico produce un divario tra gli stessi fatti e il diritto. Il pericolo, reale, è che l'ordinamento giuridico perda il suo contatto con la società finendo, di fatto, per negare la sua stessa ragione d'esistenza. La richiesta proveniente da più parti invita a rinnovare il modo di guardare al diritto, a lasciare dogmi che sembravano incrollabili per incamminarsi su nuovi sentieri. Alla conoscenza del diritto positivo deve accompagnarsi una conoscenza della realtà che ne consenta un'efficace critica, al di là del mero controllo di legalità formale. Si tratta di acquisire una visione globale dei problemi uscendo dallo stretto steccato della tecnica legislativa per comprendere, più che la sola efficacia strumentale, le contraddizioni dell'esistente e il bisogno sotteso alle istanze di rinnovamento.

Di fronte alla crisi del pensiero positivistico si profila, per il pensiero giuridico, la possibilità di compiere una chiara assunzione di respon-

²¹ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, 7.

sabilità nei confronti dei mutamenti e delle richieste sociali rivedendo il proprio modo di considerare il diritto. Per farlo sembra indispensabile recuperare la centralità dell'interrogazione sul "perché" delle cose, e in particolare sul "perché" del diritto²². A differenza della domanda sul come, che apre alla comprensione dei meccanismi di funzionamento di un certo fenomeno, la domanda sul perché disvela l'orizzonte della comprensione critica della realtà in generale partendo da un dato fenomeno. Sostituire le due interrogazioni avrebbe effetti non secondari: chiedersi "come?" invece che "perché?" appiattirebbe le potenzialità della ricerca, dando spazio a una epistemologia conservativa circa gli equilibri di un certo ambiente in uno specifico momento. In ragione di ciò perseverare con l'interrogazione del "perché?" del diritto acquista una rilevanza centrale. In tal senso, è stata sostenuta la necessità di percorsi di "andata e ritorno" tra la filosofia e il diritto, al fine di far emergere la rilevanza del pensiero filosofico per la definizione dei modelli giuridici e il costante rinvio operato dal giuridico, consapevolmente o meno, verso le opzioni filosofiche. Il fondamentale interrogativo, dunque, ha per oggetto la "costituzione filosofica del diritto", e cioè il fatto che

il diritto come profilo dell'attività pratica dell'uomo è un approdo obbligato di ogni pensiero filosofico, quale esso sia e quale che sia la sua posizione in ordine al diritto, e per ragioni che sono interne allo svolgimento stesso del pensiero²³.

Come a dire che, per comprendere l'oggettività di un atto di volontà, è necessario tener presente che a monte vi sono le questioni filosofiche del rapporto tra il soggettivo e l'oggettivo, così come per tutte le riflessioni sul rapporto tra la ragione e la volontà, o tra la forma e il contenuto, o tra la conoscenza e la decisione.

È chiaro, allora, che la mera ratificazione dell'effettività di un potere rappresenta una riduzione non compatibile con la tensione critica della

²² Viene subito in mente il noto testo di S. COTTA, *Perché il diritto* (1979), Brescia, 2017.

²³ B. MONTANARI, *Filosofia del diritto. Identificazione scientifica e didattica, oggi*, in ID., *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Milano, 1994, 135-6.

società nella quale viviamo²⁴. In quest’ottica, la filosofia del diritto non è un’indagine settoriale tra le altre né tantomeno una forma di pensiero sul diritto che ignora la “positività” del diritto. Se si pensasse indifferente alla conoscenza del dato giuridico, infatti, la filosofia del diritto fallirebbe doppiamente: da un lato, sostituendo la sua conoscenza dell’esperienza umana alla conoscenza dell’esperienza giuridica, elaborerebbe un diritto inapplicabile, estraneo alle concrete prescrizioni degli ordinamenti esistenti; d’altro lato, facendo a meno della conoscenza scientifica, darebbe una rappresentazione insufficiente e distorta dell’elemento fondamentale del suo discorso, e cioè dell’agire giuridico. Il punto, piuttosto, è quello di pensare a una riflessione sul diritto inteso come “cerniera”²⁵ tra il potere e la custodia di una certa relazione tra la conoscenza e il momento decisionale.

Un ulteriore aspetto sottolinea la sintonia tra un certo modo d’intendere il sapere filosofico sul diritto e la portata critica dei nuovi saperi. Ecologismo e istanze intergenerazionali – per restare ai saperi qui direttamente coinvolti – presentano un forte richiamo alla giustizia. È con riferimento a essa che viene compiuta la critica delle condizioni attuali dell’esistenza. Questa, a ben vedere, rappresenta una dimensione costitutiva di molti saperi tra i quali anche la riflessione filosofica sul diritto²⁶. Ed è proprio questa corrispondenza che rende ragione della particolarità di un pensiero che è chiamato, già dalla sua formazione, ad aprirsi nei confronti delle altre conoscenze. È inevitabile, infatti, che per occuparsi di giustizia oggi sia necessario occuparsi anche delle istanze provenienti dai nuovi saperi o delle implicazioni derivanti dall’avanzamento delle possibilità tecnologiche.

²⁴ Molto efficace il passaggio di Paolo Grossi (*op. cit.*, 7) cui prima si faceva riferimento: “lo storico/giurista è il primo a dover rifiutare di limitarsi a una contemplazione di atti autoritari che non ne restituiscono la immagine effettiva [...] il diritto non appartiene alla sola superficie della società, ma che è, al contrario, [...] realtà radicale, cioè connessa con le radici più profonde di quella [...] prima di essere un comando, il diritto è una mentalità, esprime cioè un costume e lo ordina, esprime i valori di una civiltà e – ordinandola – la salva”.

²⁵ B. MONTANARI, *Filosofia del diritto. Identificazione scientifica e didattica, oggi*, cit., 142.

²⁶ Cfr. T. GRECO, *La porta aperta della legge*, in Id., *L’orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto ‘aperta’*, Torino, 2023, 11-18.

In quest'orizzonte costantemente in mutamento la filosofia del diritto può fungere da elemento riordinatore fornendo "un discorso fatto di teorie, concetti, definizioni, in grado di dare ordine alla molteplicità delle suggestioni e delle conoscenze", provengano esse dallo studio del diritto o dagli altri saperi, avendo come punto centrale la custodia della domanda di giustizia²⁷. Una domanda che, se guardiamo ai saperi richiamati, richiede il passaggio dal primato dell'io a quello dell'altro, indipendentemente dalla declinazione di quest'ultimo (sia esso, perciò, l'ecosistema nella sua totalità, o indice delle generazioni future, o, più facilmente, l'alterità delle soggettività dominate). Il cambiamento, morale ancor prima che giuridico – ma non è forse interno alla stessa riflessione filosofica giuridica la questione dell'obbligazione e del legame, per citare i classici, tra il foro interno e quello esterno? –, sposta il ragionamento dalla razionalità espressa dall'equilibrio degli interessi a quell'"appello radicale dell'altro"²⁸ che richiama a una nuova forma di responsabilità.

Per garantire la comunicazione tra i nuovi saperi e il discorso filosofico-giuridico è necessario tornare a chiedersi "che cos'è il diritto?". È da questa rinnovata ricerca che passa quella consapevolezza indispensabile per costruire un'autonomia che non debba chiudersi, per timore di perdere la propria indipendenza, nell'autoreferenzialità. Ma che, invece, possa offrire una prospettiva aperta, con cui guardare verso tutti gli altri saperi e verso la complessità della realtà.

La filosofia del diritto, dunque, ha l'occasione per porsi quale riflessione sull'esperienza umana: il diritto, come fenomeno aperto a ciò che va oltre la mera positività di se stesso, consente, proprio a partire da se stesso, di riflettere (nel senso dell'etimologia latina – *reflectere* – cioè di rinviare, di piegarsi su di sé) sull'esperienza umana nella sua pienezza.

Il filosofo del diritto non deve arrestarsi all'interpretazione della legge ma deve aprirsi alle manifestazioni del diritto in quanto fenomeno e, contestualmente, favorire l'apertura del sapere tecnico sul diritto a quella realtà all'interno della quale questo sapere prende, in effetti, la sua forma. Per farlo serve, da un lato, accogliere la *complessità* dei proble-

²⁷ *Ivi*, 15.

²⁸ Sulla scia delle considerazioni lèvinassiane, F. MENGA, *Etica intergenerazionale*, cit., 27.

mi che riguardano la società e l'esistenza umana, così come i nuovi saperi, rompendo le barriere della compartimentazione scientifica, invitano a fare; d'altro lato, farsi partecipe di quella radicalità insita nella riflessione giuridica sacrificata, in nome di quel fantasma che è la verità oggettiva del metodo scientifico, sull'altare delle soggettività dominanti.

MARGINI DI AUTONOMIA – – AUTONOMIA AL MARGINE

RIFLESSIONI ATTORNO AL SAPERE GIURIDICO E AL SUO POTERE TRASFORMATIVO

Nicola Dimitri

1. Autonomia del sapere, autonomia del potere

La parola autonomia, quando accostata al campo del sapere giuridico, sintetizza le caratteristiche di un paradosso: non è possibile costruire autonomamente la dimensione dell'autonomia – del sapere giuridico – senza tenere conto, contemporaneamente, degli altri saperi (tradizionali e nuovi) con cui esso, pur rivendicando una differenza, si ritrova inevitabilmente contiguo¹.

In questo senso, lo statuto dell'autonomia del sapere giuridico rivela l'intensità di un'associazione e di una dissociazione, e il nesso strutturale tra questi due movimenti.

Per un verso, l'autonomia rappresenta un limite – *Grenze*. Essa è barriera, meccanismo di chiusura e di protezione del sé che individua *aliunde* il nodo problematico della propria "identità". Per un altro, l'au-

¹ Si rinvia anzitutto a M. MANZIN, *La rivincita del tafàno, ovvero: il sapere giuridico tra verità e narrazioni*, in U. IZZO (a cura di), *Il diritto fra prospettiva rimediale e interpretazione funzionale*, Napoli, 2022, 171 ss. Si rimanda anche all'interessante studio attorno al paradigma dell'autonomia del sapere giuridico reso da G. CAZZETTA, *Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 2014. Si rimanda anche a F. CORTESE, *Pluralità o unità del sapere giuridico? Una questione di metodo*, in *Ricerche giuridiche*, vol. 5, n. 2, Dicembre 2016. Necessario il riferimento anche a T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in *Diritto e società*, 2017, III, n. 1, 69 ss.

tonomia è segno di apertura, punto di incontro – *Schranke*². Soglia che consente di conciliare rapporti con l'alterità, creando ponti e connessioni tra unità differenti.

Il campo dell'autonomia del sapere giuridico, dunque, non è un “luogo di riposo”. Al contrario. È un terreno “vivo”, complesso, continuamente attraversato da linee di faglia e movimenti “tellurici”, all'interno del quale si affastellano, sotto il segno dell'interrogativo, antiche e irrisolte controversie interne; nuove proposte di coerenza; inedite linee di apertura (*Cos'è l'autonomia del sapere giuridico, oggi? Come dovrebbe essere l'autonomia del sapere giuridico, domani? Il sapere giuridico può accogliere altri e nuovi saperi? E se sì, a che prezzo?*).

Ebbene, a partire dall'assunto secondo cui l'autonomia del sapere giuridico comincia a costruirsi su quella stessa ricognizione di confini che la definisce, e che la dimensione epistemologica del sapere giuridico è ontologicamente proiettata verso un continuo allargamento di orizzonti (secondo l'ormai consolidato paradigma dell'interdisciplinarietà), questo contributo intende mettere l'accento su alcuni nodi problematici legati alla tendenza del sapere giuridico a riorganizzare continuamente il *proprium* del suo discorso per accogliere altri saperi³.

Il dialogo con le altre branche del sapere è mutualmente profittevole o, piuttosto, la ragione giuridica va progressivamente subordinandosi ad altre forme di razionalità? Il sapere giuridico, e il ceto dei giuristi che ne sono “detentori”, è, dunque, ancora in grado di interpretare criticamente la propria autonomia?

Porsi al cospetto di questi (insolubili) interrogativi significa, tra le altre cose, mettere in luce alcune fragilità strutturali legate al rapporto tra autonomia del sapere e dimensione del potere. Significa, altrimenti detto, tentare di comprendere se le tensioni (gli interessi, politicamente non neutri, che irrompono in maniera crescente nella letteratura, nella pratica giuridica, nella giurisprudenza) che provengono da *altri* e *nuovi*

² Il concetto di limite come soglia e barriera riprende la riflessione di I. KANT, *Che cosa significa orientarsi nel pensare?*, a cura di A. Gentile, Roma, 1996. A sua volta ne fa uso in modo legato al discorso in qui in essere R. DE GIORGI, *Limiti del diritto*, in *Rivista di Filosofia del Diritto*, 2017, 5-24.

³ Sia concesso il rinvio a N. DIMITRI, *Ritornare all'oggetto: il sapere giuridico alla prova dei nuovi poteri*, in *TCRS*, numero speciale, 2024.

saperi, e che si scaricano sul terreno del sapere giuridico, ne possano in qualche modo minare l'identità. Incrinando la capacità di autodeterminazione del sapere giuridico (il “saper cogliersi”, il “sapere di sé” – *Selbstbestimmung*)⁴, favorendo un processo di subordinazione del diritto alle competenze e ai metodi offerti dalle altre scienze⁵. Si pensi soltanto alla scienza economica o a quella algoritmica, spesso capaci di anticipare e governare la complessità “quasi” senza ricorrere al diritto.

L'intento della seguente riflessione, che investe non solo la questione dell'autonomia del sapere giuridico, ma anche – e soprattutto – la tenuta epistemologica, istituzionale e sociale della funzione del diritto e del ruolo del giurista (sempre più esposti all'influenza di modelli e interessi provenienti da altri, nuovi, saperi-poteri), è quello di comprendere se la ragione giuridica sia ancora un penetrante strumento di inquadramento teorico della realtà. O se, al contrario, non rischi oggi di essere relegata a una posizione subordinata rispetto ad altre forme di razionalità.

Evidentemente, una simile riflessione impone di interrogarsi (anche) sulla cifra, anche, politica – spesso rimossa od obliata – che si cela dietro la dimensione del sapere giuridico, e chiede di porre l'attenzione sul rapporto che intercorre tra sapere giuridico e potere.

Del resto, quale autonomia si può autenticamente rivendicare, o quale consapevole apertura verso altri saperi si può concedere, se non è chiaro il rapporto che corre tra il sapere e il potere che tale autonomia amministra?

2. *Non c'è concetto meno autonomo del concetto di autonomia*

Lo statuto dell'autonomia del sapere giuridico è, potremmo dire, ontologicamente proiettato a scontrarsi con l'indeterminatezza: con l'incessante e affannoso tentativo di doversi continuamente confrontare

⁴ Il lemma richiama evidentemente il lessico hegeliano: F. HEGEL, *Wissenschaft der Logik. Zweiter Band. Die subjektive Logik* (1816), in *GW*, vol. 12, Hamburg; trad. it. di A. Moni, *Scienza della logica*, vol. 2, *La logica soggettiva ossia dottrina del concetto*, Roma-Bari, 1981.

⁵ Si rinvia all'interessante lavoro di A. CONDELLO, *Il diritto come metodo e la scienza algoritmica. Una critica a partire da Bobbio e Scarpelli*, Napoli, 2022.

con le mutevoli dinamiche, tensioni e trasformazioni dell'ambiente che pretende di tradurre nella grammatica della scienza giuridica.

Certezza contro imprevedibilità, trasparenza contro opacità, stabilità contro discontinuità: i secondi – gli orizzonti incerti e mutevoli della realtà – mettono costantemente in crisi i primi – i precetti attraverso cui il sapere giuridico si definisce, seleziona e struttura – al punto che, in maniera paradossale, l'autonomia del sapere giuridico finisce per essere continuamente messa alla prova dal suo stesso oggetto.

Fin qui, certamente, nulla di nuovo. Dogma e prassi, *lógos* e *páthos*, calcolo e impulso, neutralità (avalutatività) e dimensione politica, logica potestativa e informalità regolativa, pura normatività e “ordine” naturale, linguaggio specialistico e linguaggio comune: dal mondo classico fino alla contemporaneità, queste formule binarie – tra le altre, e non in modo necessariamente escludente – testimoniano i “movimenti” che sorreggono epistemologicamente e simbolicamente la costruzione del diritto e l'autonomia del suo sapere.

Un sapere tutto fondato, per dirla con le parole di Barcellona⁶, su “invenzioni” e “formule magiche” (si pensi, per esempio, al concetto di proprietà)⁷; su mitologie, per dirla con Grossi (si pensi all'idea moderna di Stato, a partire dalla figura del Leviatano)⁸; e sulla costruzione di ruoli da cui prendono forma, per richiamare Bodei, vere e proprie geometrie sociali delle passioni: il principe, il giudice, il legislatore⁹.

Un campo – quello del diritto – e un sapere – quello giuridico – che, in un incedere fatto di prescrizioni già simbolicamente “castranti”, generalmente rese nella forma del “tu non...”, fonda la sua autonomia proprio sulla negazione dell'autonomia dei soggetti cui si rivolge. Ora limitandone (sia pure in ottica di tutela o protezione) le possibilità di scelta e di azione immediata, ora disciplinandone le libertà potenziali.

⁶ P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*. vol. I - *Scienza giuridica e analisi marxista*, vol. II - *Ortodossia giuridica e pratica politica*, Bari, 1973.

⁷ R. WIETHÖLTER, *Le formule magiche della scienza giuridica*, Bari, 1975.

⁸ P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001.

⁹ R. BODEI, *Geometria delle passioni. Paura, speranza, felicità: filosofia e uso politico*, Milano, 2007.

L'autonomia del diritto – e con essa quella del sapere giuridico – si regge, dunque, paradossalmente, proprio sulla compressione dei margini di autonomia degli agenti e degli oggetti cui si riferisce.

Pochi saperi, come quello giuridico, sono fondati sulla negazione delle passioni e sulla regimentazione delle possibilità. E pochi saperi, proprio per questo, sono anche in grado di mostrare che, attraverso la parola – col suo potere performativo e trasformativo –, si costruisce la realtà, e che questa costruzione (fatta di gerarchie, di ruoli, di dispositivi di esclusione e di meccanismi di riconoscimento) non è mai neutra.

Dietro ogni astrazione generalizzante del diritto c'è sempre un *chi*; dietro ogni formula o istituto c'è sempre un *perché*; ci sono confini, conflitti e tensioni che rimangono in ombra, e che, proprio per questo, riescono quasi “naturalmente” a tradurre e sintetizzare, sotto il velo “positivo” della norma, il contingente in sistema, la complessità in formula.

«La questione che alimenta il diritto naturale» – osservava già Kelsen – «è l'eterno problema di cosa si celi dietro il diritto positivo». «Ma chi cerca una risposta trova – temo – non la verità d'una metafisica o l'assoluta giustizia d'un diritto naturale. Chi solleva il velo e non chiude gli occhi incrocerà lo sguardo fisso della testa di Gorgone del potere»¹⁰.

In questo senso, si comprende bene la natura profondamente problematica – del diritto¹¹ e del sapere giuridico: è un sapere che, per sua natura, anche quando informato alla neutralità o costruito sull'altare dell'avalutatività, orienta – a partire dal potere che esso incarna – la realtà e le “altre” autonomie. Si potrebbe per certi versi dire che condizionare le altre autonomie è il suo principale scopo.

La scienza del diritto, il suo sapere, è dunque ontologicamente sovrastrutturale e relazionale: nel senso che si innesta sopra le altre scienze, sopra gli altri domini, gli altri saperi, le relazioni, le forme di vita, e

¹⁰ H. Kelsen, *Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 des der Reichsverfassung*, in *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3 (Berlin/Leipzig 1927) 55; M. La Torre, *La crisi del Novecento: giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Bari, 2006.

¹¹ Sul punto si rinvia all'interessante saggio di Gazzolo, introduttivo all'opera H. Kelsen, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, a cura di T. Gazzolo, Milano, 2022.

pretende – secondo la propria grammatica – di gestirne le forze e le possibilità, meglio ancora, appunto: le autonomie.

Progetta il vivere comune, unisce – anche forzatamente – i frammenti, li separa, li ordina, e lo fa in un senso radicalmente diverso rispetto a tutte le altre espressioni culturali e politiche, formali o informali, individuali o collettive.

La dimensione del diritto e del sapere giuridico è relazionale fin dentro i suoi strati più profondi, in quanto conserva una presenza latente che opera – come un incantesimo – anche quando non viene esplicitamente percepita.

Lo ha colto bene Wittgenstein, quando ci ricorda che si seguono regole anche quando si crede di non seguirne¹². Il linguaggio (in questo caso del diritto), i suoi enunciati, le sue proposizioni, le sue prescrizioni, appunto, diventano strumento e limite delle azioni e, col tempo, persino del pensiero, del desiderio.

Il diritto ci dice che le cose stanno così, anche quando così non è. Noi non siamo uguali, ma a mezzo del diritto è come se lo fossimo; esso ci dice: *dovete esserlo*. E se il caso tradisce la prescrizione della norma, e dunque nega la normatività dell'uguaglianza, ci dovrà essere un intervento – normativamente regolato – che ne ristabilisca il vincolo. Il diritto, dunque, fissa e riscrive continuamente i confini della sua autonomia; costruisce, attraverso il rapporto tra regola ed eccezione, il piano empirico e le immagini mentali delle relazioni altrui e delle autonomie altrui. Esso crea la realtà (nel senso che la istituzionalizza), e una volta giuridificata ne costruisce le autonomie, ne disegna i perimetri.

E questo “meccanismo” si manifesta, è attivo, opera, anche quando si crede che non sia così; anche quando si ritiene di essere in qualche modo fuoriusciti dai sistemi normativi – che ogni autonomia, appunto, pretendono di regolare.

Hegel può spiegarcelo meglio di tutti, con l'esempio del furto: nel famoso paragrafo delle *Grundlinien*, si dice che proprio il ladro, che viola la regola stabilita dal divieto di rubare (e che quindi si auto-assegna un'autonomia maggiore rispetto a quella riconosciutagli dalla norma) riconosce invero appieno l'ordinamento: tanto è vero che si na-

¹² L. WITTGENSTEIN, *Ricerche filosofiche*, Milano, 2009.

sconde¹³. Leopardi, pure, con la sua celebre sineddoche, riprende in qualche modo lo stesso concetto, quando nello *Zibaldone* afferma: «l'abuso e la disubbidienza alla legge, non può essere impedita da nessuna legge»¹⁴: anche l'azione che si muove fuori dal contesto normativo, che segna l'abuso, la disubbidienza rispetto alla legge, e nel farlo rivendica un'autonomia diversa o maggiore da quella concessa dal diritto, ricade infine nelle maglie della norma. La quale norma continua a essere il parametro regolativo e simbolico attraverso cui si articola la "vita" (e l'autonomia nella vita), anche quando la legge viene ignorata, sfidata o misconosciuta.

Non a caso, proprio quest'ultima osservazione di Leopardi richiama il principio condiviso da tutti gli ordinamenti positivi moderni: quello dell'irrelevanza dell'ignoranza del diritto. Il mancato riconoscimento della legge non può assumere, per il diritto, il significato di un *deficit* di validità. Ogni dissidio, ogni scarto, ogni negazione, persino ogni assenza, viene continuamente tradotta e riscritta dal diritto, incorporata in termini giuridici nella sua griglia semantica, e nel patrimonio del suo sapere. Il diritto, dunque – e il sapere che ne raccoglie le traiettorie e ne orienta le trasformazioni – comincia col dire che esso non può essere ignorato: c'è ed è ineludibile. Esso continua a esercitare e far valere il suo sapere specifico, anche quando non è riconosciuto o quando è intenzionalmente disatteso¹⁵.

Questo è il mistero del diritto e del sapere giuridico: tramanda nella comunità le forme dell'abbandono e dell'unione, del torto e della ragione, del possibile e del vietato, anche in modo invisibile, silente, mettendo in luce tutto il carico di conseguenze – simboliche e pratiche – insito nella parola, nella sua profondità politica.

¹³ F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Milano, 2006. Il ragionamento richiama il pensiero di K. MARX, *Dibattiti sulla legge contro i furti di legna* [1842], in K. MARX, F. ENGELS, *Opere*, vol. 1, Roma, 1980. Marx nel saggio citato delinea il diritto come un campo conflittuale: ogni azione, infine, si sviluppa precisamente opponendo a un diritto un altro diritto. Vd. anche M. GATTO, *Marx e i furti di legna. Dal diritto consuetudinario al diritto di classe*, Milano, 2020, in specie 143-164.

¹⁴ G. LEOPARDI, *Zibaldone*, 1820, 229.

¹⁵ Alcune delle riflessioni ora sviluppate si ritrovano in modo più articolato nelle considerazioni già rese da E. RESTA, *Le stelle e le masserizie*, Bari, 1997.

E invero, si comprende presto che il sapere giuridico – e con esso il diritto, di cui rappresenta l’impalcatura teorica e culturale – può essere pensato come sistema autonomo nella misura in cui si riconosce che l’asserita pretesa di autonomia (che intende far corrispondere il fenomeno giuridico con la realtà; la forma con il contenuto; la stabilità del precedente con l’imprevedibilità del contesto) si fonda sulla compressione delle autonomie altrui. Si fonda su una progettualità normativa, poi, e politica, prima (ma anche viceversa), che incide sui margini di autonomia altrui, sui margini di autonomia degli individui e dei loro plurali saperi.

L’autonomia del diritto e del sapere giuridico si consolida, si afferma e continuamente si riafferma solo a condizione di intervenire sulle autonomie altrui: quelle degli individui, dei legami sociali, dei corpi, dei linguaggi, degli altri saperi. Non si tratta solo di regolare queste autonomie, ma spesso di ridefinirle, comprimerle, talvolta riconoscerle o persino istituirle.

Ogni movimento nella realtà incide sul diritto e sul sapere giuridico, e ogni mutamento che coinvolge questi ambiti – per quanto parziale o sotterraneo – produce un effetto di ritorno: riplasma i confini delle altre autonomie, costringendole a ridefinirsi di fronte a ciò che il diritto pretende di normare.

È in questa dinamica paradossale – in cui il diritto esiste come sapere autonomo solo in quanto incide sulle autonomie altrui – che si rivela la natura eminentemente relazionale della sua autonomia.

In questo senso, l’autonomia del diritto e del sapere giuridico è tutto fuorché autenticamente autonoma: essa *dipende costitutivamente* da ciò che regola, e trae la propria forza – e forse la propria forma – dalla continua negoziazione e oscillazione tra norma e contesto, tra forma e vita, tra pretesa prescrittiva e irriducibile eccedenza del reale.

3. Il ruolo del giurista e l’autonomia del suo sapere

Come si accennava già nella parte introduttiva di questo contributo, interrogarsi sullo statuto dell’autonomia del sapere giuridico comporta, anche, interrogarsi sul ruolo del giurista chiamato a confrontarsi – quo-

tidianamente, istituzionalmente, simbolicamente – con questo sapere (e con la sua autonomia)¹⁶.

Dopo aver messo in evidenza in che termini l'autonomia del sapere giuridico può dirsi tale – e tale può dirsi, nella misura in cui si riconosce che essa si costituisce attraverso la continua interferenza, traduzione e rielaborazione delle altre autonomie – è ora la volta di comprendere come questa dinamica si rifletta sulla postura del giurista.

Porre l'attenzione sulla postura del giurista rispetto alla tensione costitutiva dell'autonomia del suo sapere, infatti, permette di rispondere – per quanto in modo parziale e certamente non esaustivo – a una delle domande inizialmente poste: il ceto dei giuristi, che del sapere giuridico è detentore, è ancora in grado di interpretare criticamente la propria autonomia?

La questione è evidentemente di particolare rilievo e attualità, nella misura in cui appare sempre più evidente l'influenza esercitata da altri saperi nella gestione – epistemica e operativa – della complessità, *lato sensu*, sociale. Complessità che sembra produrre intrecci, stratificazioni, bisogni e conflitti che sfuggono – o resistono – o non vengono pienamente interpretati, dalla codificazione giuridica; che pure, paradossalmente, continua enormemente ad accrescersi (del resto, l'alluvione normativa a cui assistiamo da decenni non fa certamente rima con una maggiore giustizia sociale).

Lo si accennava in apertura: la pervasività delle tecnologie digitali, dei dispositivi algoritmici, delle architetture di automazione che innervano tanto le pratiche relazionali quanto le determinazioni interiori dei singoli e le prassi istituzionali, tende, sempre di più, a riscrivere la posizione del diritto e del sapere giuridico¹⁷. Collocandolo in una posizione ancillare, talvolta marginale, rispetto a razionalità più rapide, più efficienti, più “predittive”.

¹⁶ F. VIOLA, *Nuovi percorsi dell'identità del giurista*, in B. MONTANARI (a cura di), *Filosofia del diritto: identità scientifica e didattica, oggi*, Milano, 1994, 119-131; ID., *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1/2015, 57-74.

¹⁷ R. BODEI, *Dominio e sottomissione: schiavi, animali, macchine, intelligenza artificiale*, Bologna, 2019. Si veda anche T. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali*, Milano, 2024, 285 ss.

La stessa osservazione può essere estesa alla scienza economico-finanziaria, che, per molti aspetti, è essa stessa espressione e prodotto della razionalità tecnologica che l'ha generata e sostenuta. Per diverse ragioni – che non è qui possibile sintetizzare compiutamente – è evidente come i modelli decisionali, valutativi e prescrittivi costruiti sui precetti della *governance* economica si siano imposti, con sempre maggiore pervasività, in una posizione egemonica nella strutturazione dei rapporti sociali e istituzionali¹⁸. Fino a ridefinire le coordinate stesse della normatività giuridica, dei valori e dei principi che tradizionalmente ne hanno orientato le forme e le funzioni (sono sempre di più, non a caso, le norme – costruite sull'altare della razionalità economica – che finiscono per comprimere o svuotare i diritti sociali, riducendoli a costi da contenere o prestazioni da razionalizzare, accentuando così l'allontanamento tra il diritto e il suo oggetto, vale a dire la società).

È perciò in questo senso che, appunto, viene da chiedersi se questa continua apertura del diritto per accogliere altri saperi (e dunque altri poteri), questa coazione strutturale del sapere giuridico a riscrivere incessantemente il *proprium* del suo discorso, sia davvero di mutuo vantaggio, quando non è accompagnata dalla consapevolezza della caratura politica – e del potere – del proprio sapere.

Dentro e fuori le aule dei tribunali, dentro e fuori le università¹⁹, dentro e fuori le sedi decisionali – formali o informali – il giurista si trova sempre più spesso a maneggiare un diritto che, per molti aspetti, non appare più in contatto diretto con la società cui pure si rivolge.

I giuristi, detentori del sapere giuridico, si trovano oggi nella condizione di registrare la progressiva marginalizzazione del diritto, e al tempo stesso di partecipare – più o meno consapevolmente – a questo stesso processo.

¹⁸ La letteratura è sul punto sterminata: si consideri quanto meno, L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Milano, 2021.

¹⁹ La letteratura sul punto è vasta e risalente, si rinvia per l'ambito affrontato all'interessante saggio di T. CASADEI, *Una didattica "senza frontiere"? Le trasformazioni del diritto e il mestiere di insegnare*, in C. BLENGINO, C. SARZOTTI (a cura di), *"Quale formazione per quale giurista?" Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica*, Torino, 2021, 77 ss.

Come fossero dimentichi del fatto che il diritto (e il suo sapere) è anzitutto dotato di potere *trasformativo* – anche rispetto alle altre autonomie, appunto – e che, in quanto tale, se informato alla tensione costitutiva tra eguaglianza e pluralità, tra libertà e responsabilità, può divenire leva emancipativa: capace di favorire nuove forme di inclusione, riconoscimento, giustizia sostanziale; e non, invece, nuove forme di marginalizzazione, di subalternità o managerializzazione dell’esistenza.

Quanta consapevolezza vi è, oggi, da parte del giurista del potere del proprio sapere se si assiste a un arretramento – sempre più radicale – della funzione sociale del diritto? Se la scienza giuridica sembra piegarsi sull’altare della pura fattualità, tipica della logica tecno-economica?

Senza mettere in discussione la concezione positivistica del diritto, ma sostenendo, piuttosto, l’esigenza di integrarla con la dimensione politica del proprio sapere, per una compiuta consapevolezza del proprio ruolo (di giuristi), l’intento di questa riflessione è, in fondo, quello di sottolineare alcune delle condizioni che oggi rendono possibile la perdita di significato del diritto e l’erosione dell’autonomia del suo sapere.

Del resto, come osserva Montanari, è proprio sull’altare della pura fattualità e della mera funzionalità – tratti distintivi della retorica tecnocratica e tecnologica – che si consuma l’arretramento della funzione critica e ordinante del sapere giuridico, da cui discende la tendenza a promuovere aperture asimmetriche (di non mutuo beneficio) tra il diritto e gli altri saperi-poteri.

Bruno Montanari e Mario Barcellona, in un recente saggio, riflettono sulle condizioni di possibilità di una teoria generale dell’esperienza giuridica contemporanea. Nel volume *Potere e negoziazione*, il diritto viene descritto come piegato alla logica dell’utile e della razionalità economica, ridotto a mera formalizzazione normativa di equilibri negoziati tra poteri di fatto²⁰.

Non più strumento autonomo di regolazione sociale, ma “ordinamento riflesso”, che si limita a lambire i confini dello spazio in cui si esercita il potere tecno-economico, senza realmente limitarlo, discipli-

²⁰ M. BARCELLONA, B. MONTANARI, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Roma, 2023.

narlo, intaccarlo. Senza essere, dunque, il diritto e il sapere giuridico dotati di quell'autonomia capace di incidere e ridisegnare – criticamente – i margini delle altre autonomie.

In questa prospettiva, la marginalizzazione del diritto non appare come una patologia accidentale, ma come l'effetto sistemico di una trasformazione profonda e intenzionale, che lo spoglia – unitamente al suo sapere – delle sue prerogative emancipative, e lo relega a funzione ancillare della *governance*²¹ tecno-economica. Una *governance*²² che, più che produrre trasformazioni orientate – per esempio – alla giustizia sociale, sembra piuttosto interessata a lasciare intatti – o addirittura irrigidire – gli equilibri della subalternità²³.

Come avverte Montanari, il giurista è passato da un approccio conoscitivo-cognitivo, orientato alla ricerca di nessi e ragioni, a un approccio descrittivo-fattuale, che registra gli accadimenti nella loro pura effettività, rinunciando alla profondità e alla densità prismatica del pensiero. Non a caso, Montanari parla della nostra epoca come dell'epoca del *post-pensiero*: condizione, quest'ultima, in cui si trova anche il giurista, spesso incapace di un'analisi epistemologica del proprio sapere e dei nessi che esso intrattiene con la realtà da cui prende forma e con i processi storico-materiali che hanno dato vita alle sue categorie e ai suoi istituti.

In questo scenario, il giurista si trova a operare all'interno di un campo attraversato da forze che eccedono, precedono e talvolta aggirano il perimetro tradizionale del diritto. Forze che non solo sfidano il diritto e il sapere giuridico, ma, sempre più spesso, lo neutralizzano, svuotandolo della sua capacità ordinante e del suo portato razionalistico, progettuale, critico: trasformativo.

Un sapere giuridico che legittima modelli di sviluppo orientati a rafforzare assetti sociali diseguali, e che, a loro volta, esigono che il diritto

²¹ A. LO GIUDICE, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione di interessi*, Roma, 2015; ID., *La parabola della governance democratica e il nodo della legittimazione*, in *Ragion Pratica*, 2/2022.

²² A. ANDRONICO, *Un'ennesima parola di plastica. La legittimazione del potere nell'epoca della governance*, in *Ragion Pratica*, 2/2022; ID., *Viaggio al termine del diritto saggio sulla governance*, Milano, 2012.

²³ G. COTTURRI, *Diritto uguale e società di classi*, Bari, 1972.

“tocchi solo i margini”, riducendosi a mera funzione ancillare del potere economico, finisce inevitabilmente per rendere possibili – anche attraverso l’operato dei giuristi che (inevitabilmente) studiano questo tipo di diritto, lo maneggiano, lo attuano, lo tramandano – meccanismi di indebolimento strutturale della sua autonomia²⁴.

Una società che reclama giuristi-ingegneri, tecnici, “teste” burocratiche inclini a esaltare la fattualità e il pragmatismo a scapito della riflessione critica sulla razionalità delle categorie giuridiche, sulla storicità degli istituti e sulla causalità dei rapporti di potere che il diritto incorpora, finisce per allontanare il giurista dal suo oggetto originario – la società – e a chiuderlo in una liturgia di formule, procedimenti e dispositivi sempre più autoreferenziali. Sempre più svincolati dalla realtà che essi pretendono di regolare²⁵.

Oggi, forse più che in passato, si avverte la sensazione di un diritto subalterno ai poteri tecnico-finanziari, i quali – dietro la maschera della neutralità – appaiono sempre più in grado di regolamentare e tradurre la complessità sociale quasi senza l’ausilio della scienza giuridica.

Si diceva poco sopra: i “diritti” (*lato sensu*) aumentano, ma aumenta, di pari passo, la percezione – e la concreta realizzazione – della giustizia sociale?

È proprio a partire da questa dissonanza tra produzione normativa e capacità effettiva di incidere, in meglio, sulla società, che si misura lo scarto crescente tra il diritto e l’autonomia del suo sapere.

Gli strumenti critici di lettura della propria autonomia si fanno più sottili, più fragili. Ed emerge, con sempre maggiore evidenza, il “disagio” del giurista: impegnato a maneggiare un diritto orfano del suo legame con la realtà, e sempre più spesso compiacente – se non apertamente subordinato – alle esigenze provenienti dagli altri saperi-poteri.

²⁴ La questione veniva colta e problematizzata già in P. BARCELLONA, D. HART, U. MÜCKENBERGER, *L’educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari, 1973.

²⁵ Già Giorgianni, a proposito dello iato tra diritto privato e società, nel 1961 sottolineava che nonostante le modificazioni intervenute nell’ambiente socio-economico la dottrina privatistica presentava un diritto ancora confinato entro formule tradizionali, scarsamente penetranti nella realtà sociale: M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, 399.

In assenza di un discorso critico attorno alla “distribuzione dei poteri nella società” e ai “rapporti tra diritto e strutture sociali”, le categorie concettuali continuamente utilizzate dai giuristi – e dagli interpreti, in particolare – finiscono per perdere progressivamente il contatto con le istanze sociali. Senza uno studio critico sulle funzioni sociali e materiali delle categorie giuridiche, la realtà appare come *irrilevante* per il diritto; e il giurista, che assorbe acriticamente l’insegnamento di un sapere giuridico che considera la realtà come non significativa, finisce per irrigidire il suo linguaggio, che si vuole neutro, che si vuole tecnico, e che si rivela perciò disancorato da una autentica funzione regolativa.

Si pensi, per esempio, ai processi economici: sempre più spesso, questi non sono descritti – né percepiti – come “economici”, ma direttamente qualificati come “giuridici”. E così, paradossalmente, mentre il diritto perde la propria autonomia, altri saperi guadagnano la capacità di ridefinire il perimetro, il lessico e le frontiere entro cui esso può operare.

Se si spezza il ponte tra sapere e potere, tra la scienza giuridica e la società; se si interrompe il legame tra testo e contesto, tra gli istituti giuridici – che sono il prodotto di un determinato processo evolutivo, socio-politico ed economico – e le funzioni che essi sono chiamati a svolgere, allora il diritto viene ridotto a mero dispositivo tecnico di funzionamento. E la sua autonomia, spogliata del suo ruolo critico e progettuale, diventa infine un “simulacro” residuale.

Due giuristi colti e raffinati – e al tempo stesso dotati di un registro sobrio e di un’intelligenza compassata – hanno mostrato, in tempi e modi diversi, che parlare di autonomia del giurista significa anche richiamare la sua capacità di assumere un atteggiamento critico, culturalmente consapevole, nei confronti del sistema delle norme e del monopolio culturale che ne presidia l’applicazione e la trasmissione.

Scarpelli, evidenziando la perdita di centralità del diritto, ricordava pure come la formazione del giurista non potesse essere ridotta a un tecnicismo neutro. Nel suo celebre saggio *L’educazione del giurista* – sottolineava che al giurista contemporaneo non è più consentito ignorare le scelte che si celano dietro la maschera composta e misurata della neutralità. Da qui, l’urgenza di abbandonare l’immagine del giurista “neutrale conoscitore” o “neutrale calcolatore” a favore di un giurista

eticamente e politicamente più consapevole, se non apertamente impegnato²⁶.

Lo stesso Lipari, in scritti che interrogano il fondamento stesso della razionalità giuridica, ricorda che il diritto è ontologicamente fondato sulla parzialità – o su una impossibile, in quanto relativizzabile, imparzialità – e che considerare apolitica l'operazione, per esempio, interpretativa del giurista significa semplicemente dissimulare la sua profonda e inevitabile cifra politica²⁷. Ogni gesto ermeneutico – ogni selezione, ogni qualificazione, ogni omissione – è già, in sé, un atto di potere.

Tuttavia, per quanto questa consapevolezza sia stata più volte evocata nella letteratura critica, per il giurista contemporaneo diventa sempre più difficile orientarsi e governare un campo normativo attraversato da tensioni, stimoli e mutamenti che sfuggono ai riferimenti tradizionali. L'incessante – e spesso affannoso – tentativo di riscrivere, nel linguaggio giuridico, dinamiche che provengono da sedi decisionali opache, sovranazionali, tecnocratiche, slegate da un autentico legame con la società civile, e che di fatto vorrebbero fare a meno del diritto, rischia oggi di rendere il sapere giuridico privo di forza trasformativa.

Il giurista, spesso formato su testi che presentano una realtà obliterata, inattuale, e che promuovono una concezione spoliticizzata del diritto – liquidando, in nome della neutralità, il carattere polemico e conflittuale della vita, e dunque della “vita giuridificata” – si trova oggi dinanzi a un bivio sostanziale: rimanere trincerato in un sapere che si dichiara aperto ad accogliere altri saperi, ma che, di fatto, sempre più spesso, si limita ad assorbire volontà esterne a esso, adattandole a categorie tradizionali ormai svuotate del loro legame con il reale. Oppure confrontarsi, con una rinnovata responsabilità, con i conflitti e le trasformazioni della società, assumendo fino in fondo la dimensione politica della pro-

²⁶ U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Rivista di diritto processuale*, 1968, 10; A. SCHIAVELLO, *L'educazione del giurista contemporaneo*, in *Diritto & Questioni Pubbliche*, XXI, 2021, n. 1, 105-117; G. RESTA, *Quale formazione, per quale giurista*, in B. PASCIUTA, L. LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018, 127 ss.

²⁷ N. LIPARI, *L'uso alternativo del diritto, oggi*, in *Iustitia*, 2019, 49 ss.; ID., *Vivere il diritto*, Napoli, 2023, 93. Invero, tracce di questo ragionamento anche in N. BOBBIO, *Quale giustizia, quale legge, quale giudice*, in *Questione giustizia*, fascicolo 1, 2004.

pria autonomia – che coincide, in ultima analisi, con un'autonomia di funzione.

In una bellissima e quanto mai evocativa frase, Jhering osservava:

Ma in verità nel dolore risiede tutto il mistero del Diritto. [...] Ed è certo, che in quest'unico momento, sotto la forma dell'affetto, del sentimento immediato, il significato, l'essenza vera del Diritto si manifesta con maggior vigore ed efficacia che non in cento anni di possesso pacifico e di tranquillo godimento. Chi in se stesso o in altri non ha fatto esperienza di siffatto dolore non sa cosa sia il Diritto, avesse pure nella testa tutto il *Corpus Juris*²⁸.

L'alternativa, oggi, per chi si occupa di diritto, non è semplicemente quella di chiudersi o dichiararsi aperto al confronto. L'apertura verso altri saperi e pratiche è, ormai, un fatto – ed è un fatto salvifico: è un bene che la transdisciplinarietà esista e che sia viva.

L'alternativa consiste, piuttosto, nel sapersi orientare dentro le linee di questa apertura; dentro quelle traiettorie che portano il diritto a riscrivere continuamente il *proprium* del suo discorso. Occorre – occorrerebbe – saper compiere, all'interno di questo movimento di apertura certamente “salubre”, aperture consapevoli (che non coincidono con un arretramento), fondate sulla riconosciuta esigenza di tracciare nuove linee di prossimità con l'oggetto del diritto: la società, la sua sofferenza, i suoi dolori, le sue istanze.

Come ha scritto Gustav Radbruch: conoscenza e coscienza fanno i giuristi²⁹. E forse oggi, più che mai, il recupero di questa doppia radice rappresenta il varco possibile per restituire al sapere giuridico la sua dignità epistemologica, il suo ruolo trasformativo, e, infine, la sua autonomia autentica.

²⁸ R. VON JHERING, *La lotta per il diritto*, trad. it. di R. Mariano, Milano, 1960, 174.

²⁹ G. RADBRUCH, *Kleines Rechtsbrevier. Spruchbuch für Anselm. Nach dem Tode des Verfassers herausgegeben von Fritz von Hippel*, Göttingen, 1954, 44. Traduzione ripresa da G. ZACCARIA, *Indipendenza della magistratura, equilibrio e reciprocità tra i poteri*, in *TCRS*, numero speciale, 2024, 210.

4. Conclusioni

In *Ex Captivitate Salus*, Carl Schmitt – intellettuale che certo con l'inquietudine ci ha convissuto – ci insegna che, quanto più i tempi si fanno “difficili”, tanto più il giurista è chiamato a confrontarsi con la complessità delle trasformazioni politiche e sociali in atto:

In tempi tranquilli si formano zone neutre ed ameni parchi a tutela della natura, dello spirito e dei monumenti. In tempi inquieti tutto questo ha fine. Si fa allora acuto il pericolo, che però è immanente a ogni libero pensare³⁰.

Ebbene, viviamo ora certamente tempi inquieti. E questa inquietudine odierna non risparmia il sapere giuridico.

Gli equilibri sociali e politici sembrano sottoposti a un processo di riscrittura che sfugge a ogni forma di tradizionale previsione. All'aumentare delle possibilità – anche offerte dal progresso tecnologico – cambiano i riferimenti, cambiano gli interlocutori, cambia, dunque, il rapporto tra poteri effettivi e poteri istituzionali. In questo processo, aumentano – forse – quantitativamente i diritti, ma non per questo aumenta la realizzazione e la percezione della giustizia sociale.

Di fronte all'aumento della complessità del sistema sociale, anche sotto i colpi di un progresso tecnologico che è sempre anche avanzamento dell'economico, l'intera esperienza giuridica appare come, a tratti, incapace di esercitare una funzione realmente regolativa. Incapace, cioè, di mantenere un controllo effettivo su quei saperi-poteri che busano alle porte del diritto – e che, talvolta, ne vogliono prendere il posto.

Poteri che chiedono al diritto di adattarsi, di farsi ancillare, di concorrere alla realizzazione di obiettivi che non hanno come referente ultimo la società, che – in fondo, o almeno dovrebbe essere – è l'oggetto del diritto.

Oggi, le istituzioni politiche dipendono dai mercati finanziari e, la parte più importante delle decisioni che riguardano la nostra vita si colloca su una scala dimensionale alla quale il diritto non riesce più ad accedere.

³⁰ C. SCHMITT, *Ex captivitate salus*, Milano, 1987, 57-58.

Emerge così, con sempre maggiore evidenza, il disagio del giurista: chiamato a confrontarsi con un diritto che, in molti casi, non riesce più ad avere presa sulla realtà, se non al prezzo di un costante adattamento a logiche e linguaggi che gli sono esterni, e che gli impongono – implicitamente – la sua neutralizzazione. O, peggio, la sua riduzione a puro epifenomeno regolativo.

Spazio pubblico e spazio privato si confondono, spesso a vantaggio del secondo. Il fenomeno giuridico resta vivo nel testo, ma perde progressivamente la presa sul contesto.

I precetti tecno-economici alterano profondamente il modo in cui il diritto opera all'interno delle relazioni sociali, dando vita a una produzione normativa che – nelle procedure e nella sostanza – non ha come referente ultimo la società: il diritto che maneggiano i detentori del sapere giuridico, che insegnano, tramandano, e applicano, è perciò, sovente, un diritto calato dall'alto, eterodiretto, prodotto al di fuori dei tradizionali percorsi democratici.

È vero: oggi il sapere giuridico non è più un *hortus conclusus*. Non è più il giardino medievale, separato da tutto, cinto da mura inaccessibili. La compenetrazione tra diritto e altri saperi è un fatto, e non si può negare che tali contaminazioni possano arricchire – e hanno arricchito – la riflessione giuridica.

Tuttavia, se è dell'autonomia che si parla, allora occorre ammettere che l'apertura del sapere giuridico verso altri saperi e poteri rischia di avvenire al prezzo di una cecità crescente verso i processi reali.

I meccanismi giuridici tradizionali sono sempre più lenti, meno trasparenti e democratici. E mentre aumentano – proprio attraverso il diritto (che non guarda alla società) – le perdite di diritti, si acuisce la frizione tra economia e società (a vantaggio della prima); tra cultura giuridica e apparato amministrativo (a beneficio del secondo)³¹.

In questo scenario, diviene palese che il diritto non accompagna più la società verso un processo di autentica emancipazione. Il mantra sem-

³¹ In senso più ampio si rimanda a S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2007; A. CATANIA, *Trasformazioni del diritto in un mondo globale*, in ID., *Effettività e modelli normativi. Studi di filosofia del diritto*, a cura di V. Giordano, Torino, 2018.

bra piuttosto: regolazione minima per le *corporation*, massima per i cittadini.

Il diritto, immerso in questo processo di assottigliamento della sua funzione sociale, rende il sapere giuridico, e il giurista (anche per via della tendenza all’ultra-specializzazione) distante dalla società, e vicino ad altri saperi-poteri, a detrimento della sua “autonomia”.

Quando si parla di autonomia, dunque, di quale autonomia si parla?

La percezione è che si assista – come in un processo fisico – a un vero e proprio cambio di stato: la parola *autonomia*, con tutto il suo carico teorico e politico, viene sostituita – silenziosamente – da un’altra parola, apparentemente affine ma concettualmente divergente: *privatizzazione*.

In questo slittamento semantico, tra autonomia e privatizzazione, il sapere giuridico – quando si relaziona agli altri saperi – non produce più aperture fertili, anche teoricamente promettenti, ma lascia aperti varchi entro cui si insinuano “verità private”, codici funzionali, esiti di specialismi verticali sempre più opachi.

I giuristi, che sono senza dubbio usciti dal formalismo, dal loro isolamento, sono ancora consapevoli delle categorie e degli istituti che maneggiano? Del potere che orienta e informa il diritto?

Cercano il dialogo con le altre scienze, sì, ma spesso si presentano come “tecnici”, privi di un’autentica vocazione culturale.

In questo contesto, ciò che resta in evidenza è il legame, evidente, tra i diversi saperi, ma non la specifica incidenza del sapere giuridico sulla realtà e sugli altri saperi.

Non è forse la perdita di significato del diritto – scriveva Pietro Barcellona oltre cinquant’anni fa – un fenomeno che corrisponde a una esigenza funzionale del sistema stesso? E, in particolare, del modello di sviluppo sociale nel quale ci troviamo a vivere? Questo modello non esige, forse, che il diritto (di tutti) tocchi soltanto i ‘margini’ dei problemi che l’esperienza propone?³²

È in questa tensione – tra arretramento o riappropriazione critica, tra apertura cieca e apertura consapevole – che si gioca, oggi, la partita del-

³² P. BARCELLONA, *op. cit.*, I, XIII.

l'autonomia del sapere giuridico: una partita che investe il diritto, e con esso la dimensione della giustizia e della libertà (e dei margini di autonomia della giustizia e della libertà); con effetti, evidentemente, sui margini di autonomia di ciascuno.

In un bel saggio, Natalia Ginzburg, con la sua prosa elegante ed evocativa, scriveva: «tra i vizi più strani e più gravi della nostra epoca, va menzionato il silenzio». E poi aggiungeva: «Esistono due specie di silenzio: il silenzio con se stessi e il silenzio con gli altri»³³.

Ebbene, oggi le “conversazioni” tra il sapere giuridico e gli altri saperi sono forti, stabili, articolate. Non v'è dunque “silenzio con gli altri”.

Sembra, perciò, che sia verso la prima forma di silenzio, quello interno, quello “con se stessi”, che il giurista dovrebbe prendere posizione. Per tracciare, a partire da un rinnovato discorso con il sé del proprio sapere, nuove linee di autodeterminazione e, da queste, nuove linee di prossimità, nuove proposte di apertura con altre razionalità.

³³ N. GINZBURG, *Silenzio*, in *Rivista Cultura e Realtà*, anno I, n. 3-4, marzo 1954, 3-6.

DIRITTO E TECNO-SCIENZA

ANALOGIE TRA RETORICA GIURIDICA E PRATICHE TECNO-SCIENTIFICHE

Silvia Corradi

1. Introduzione

Il testo si propone di indagare le analogie che, secondo l'angolo visuale che qui si adotterà e che verrà tosto chiarito, è possibile rintracciare tra due saperi, quello giuridico e scientifico, o, più precisamente, tecno-scientifico.

L'approfondimento è animato dal tentativo di allargare l'orizzonte di ricerca del giurista¹ che, in questo modo, si scopre interessato in maniera olistica a diversi fenomeni della realtà (appunto, non solo giuridica). L'auspicio è quello che, così facendo, sia poi possibile ritornare sul proprio oggetto di studio con idee e prospettive differenti, in modo da rifiutare, pertanto, ogni tipo di "autoreferenzialità"².

¹ Il termine "giurista" viene qui utilizzato «in modo volutamente ampio, per denotare tutti coloro che, a diverso titolo, si occupano professionalmente della conoscenza giuridica» (A. SCHIAVELLO, *Conoscere il diritto*, Modena, 2023, 9).

² Non si intende tuttavia con ciò negare che il diritto possieda proprie peculiarità, come ricorda F. PUPPO, *Sul diritto in transizione*, in S. FRANCA, A. PORCARI, S. SULMICELLI (a cura di), *Le transizioni e il diritto*, Trento, 2024, XVIII ss.; quindi, oltre alle analogie, è possibile ravvisare altresì differenze tra diritto e scienza. Un'analisi puntuale su quest'ultimo aspetto esula dal presente elaborato. Una precisazione è però opportuna, proprio a fronte degli spunti offerti dal testo da ultimo citato. È senza dubbio condivisibile che «il modo in cui rappresentiamo il diritto è inevitabilmente, e nostro malgrado, connesso al modo in cui rappresentiamo noi stessi»: tuttavia, parrebbe che l'ambito applicativo del "noi stessi" non si riduca ai giuristi. Ovvero, la nostra (dei giuristi) rappresentazione del diritto produce effetti nei confronti di una cerchia più ampia di persone, ossia tutti coloro i quali sono soggetti al diritto (appunto, non soltanto giuristi). Proprio perché, dunque, il diritto non riguarda soltanto chi di diritto (a qualsivoglia tito-

I punti che verranno trattati sono i seguenti: verrà chiarito cosa si intende in questa sede per sapere giuridico (ovvero, retorica giuridica) e sapere scientifico (ossia, pratiche tecno-scientifiche), approfondimenti che riguarderanno il secondo e il terzo paragrafo. Si giungerà poi all'analisi delle analogie che è possibile rintracciare tra diritto e tecnoscienza, da un punto di vista epistemologico e ontologico³: a questo confronto verrà dedicato il quarto paragrafo. Infine, nel quinto paragrafo, si farà cenno circa il motivo per cui il confronto tra questi saperi può essere di qualche interesse per la formazione del giurista.

lo) si occupa, sembrerebbe errato non preoccuparsi di quei fenomeni che, per quanto contingenti, possono produrre conseguenze nei confronti (oltre dei giuristi stessi, anche) di tutte quelle persone alle quali il diritto pretende di imporre le proprie decisioni. Proprio in virtù di tale onere (e onore) – che peraltro, lo si accenna soltanto in maniera didascalica, richiama un altro tema a cui diversi contributi nella filosofia del diritto oggi stanno prestando attenzione, ovvero quello della fiducia e della presenza di un rapporto “orizzontale” tra consociati affiancato a quello più tradizionalmente definito “verticale”, su cui verrà fatto qualche cenno in seguito – non sembrerebbe affatto ragionevole, per il giurista, distogliere lo sguardo innanzi ai più diversi cambiamenti dell'età contemporanea. Di talché non pare opportuno che la specificità del diritto divenga estraneità, per i giuristi, nei confronti della realtà, in considerazione del fatto che il diritto ha proprio a che fare con la comprensione della stessa («il diritto ha, infatti, a che fare con la comprensione di quanto accade nella realtà, cercando le ragioni per fare scelte e intraprendere azioni, nella ricerca mai ultimata di soluzioni che, raramente, se non mai, appaiono semplici e immediate», si legge *ivi*, 6). L'approfondimento svolto in questa sede è motivato anche da tale convinzione. Si precisa, inoltre, che non verrà utilizzato il corsivo per le parole di lingua inglese giacché questa è considerata come “lingua di lavoro”, eccezion fatta per le citazioni, per le quali viene mantenuta la scelta dell'Autrice o dell'Autore.

³ Sarebbe, invero, più opportuno parlare di un piano “onto-epistemologico”, giacché come emergerà nel seguito del testo, i due livelli si intersecano inevitabilmente. Tuttavia, nella speranza che i punti analizzati risultino più chiari, si manterrà il distinguo tra epistemologia e ontologia. L'epistemologia risponde alla domanda “che cos'è la conoscenza, e come si ottiene?”; l'ontologia invece al quesito “che cosa esiste?” (cfr. E. CASTELLANI, M. MORGANTI, *La filosofia della scienza*, Bologna, 2019, 13); sulla (problematica) definizione di “ontologia” si v., *ex multis*, A. VARZI, *Ontologia e metafisica*, in F. D'AGOSTINI, N. VASSALLO (a cura di), *Storia della Filosofia Analitica*, Torino, 2002, 81-117; F. FRANDA, *On Whether It Is and What It Is*, in *Acta Analytica*, 2023, *passim*.

2. Sapere giuridico

È opportuno preliminarmente specificare cosa si intende in questa sede con “sapere giuridico” e “sapere scientifico”. “Sapere giuridico” si riferisce all’attività tipica del giurista, la quale si sostanzia in tre «pratiche»⁴: quella della formazione del diritto (“positivo”), quella della scienza giuridica⁵ e quella della formazione giuridica⁶. Queste pratiche sono vicendevolmente connesse e si influenzano così l’una con l’altra⁷:

⁴ Mutuiamo questa espressione da B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017, in particolare capitolo quarto: gli Autori definiscono il diritto come «pratica sociale interpretativa» che si compone di differenti attività, come l’interpretazione e l’argomentazione (ivi, 221 ss.).

⁵ “Scienza giuridica” sembrerebbe riferirsi a un «plesso terminologico oramai invecchiato» (F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze ‘conservatrici’ e ‘innovatrici’*, cit., 94), poiché, almeno a partire dal 1967, anno di pubblicazione di *Essere e dover essere nella scienza giuridica* di Bobbio (cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in *Rivista di Filosofia*, 58, 1967, in particolare 245), la categoria normativa della scienza giuridica, perlomeno nel suo metodo e nella sua funzione, iniziò a mutare. Con le parole di La Torre: «[S]i dà l’esito per certi versi paradossale per cui una metateoria descrittiva ci dà come prodotto una teoria prescrittiva (che è di fatto il *modus operandi* di dottrina e giurisprudenza nell’ordinamento positivo), mentre la metateoria prescrittiva (quella per esempio di Hans Kelsen – dice sempre Bobbio) ha come risultato di presentare la scienza giuridica come impresa descrittiva, distorcendone così i veri contorni» (M. LA TORRE, *Filosofia e scienza giuridica in Norberto Bobbio*, in *Ragion pratica*, 2, 2010, 554; v. anche ivi, 557). Anche a seguito della c.d. “svolta argomentativa”, i postulati assimilati dall’ambiente giuridico provenienti dal Circolo di Vienna iniziano così a deformarsi, di talché si ritiene opportuno sostituire l’espressione “scienza giuridica” con quella di “dogmatica giuridica” (V. VILLA, *Il positivismo giuridico: metodi, teorie e giudizi di valore. Lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 2004, 36) ovvero «un’attività avente carattere conoscitivo» (ID., *Il problema della scienza giuridica*, cit., 393, suoi i corsivi) e dunque preoccupata a «indagare sulla valenza conoscitiva dei suoi discorsi e dunque sull’eventuale perseguimento di obiettivi di carattere esplicativo, sull’eventuale rispetto dell’esigenza di controllabilità intersoggettiva delle acquisizioni prodotte, e sulla eventuale capacità di raggiungere uno stato di totale indipendenza da discorsi ideologici e prese di posizione etico-politiche» (ibidem, suoi i corsivi).

⁶ F. PUPPO, *Metodo, pluralismo, diritto. La scienza giuridica tra tendenze ‘conservatrici’ e ‘innovatrici’*, cit., 36; ID., *Diritto e retorica*, cit., 91-104.

⁷ In termini simili, Trujillo identifica il diritto con una «pratica argomentativa», che, in quanto tale, «riguardi ragioni e giustificazioni, coinvolga una pluralità di attori, abbia

le distinzioni mantengono, quindi, una certa utilità a fini di chiarezza per l'individuazione delle diverse pratiche, ma non posseggono nel concreto confini precisi. Il sapere giuridico, comprensivo di queste pratiche, trova concretizzazione nella retorica giuridica, che acquisisce rango di modo d'essere, anzi, *del* modo d'essere, e dunque di stare nel mondo, dell'essere umano e quindi anche del giurista. Sono di seguito riassunte le componenti essenziali di questa proposta, identificabili con quattro concetti: verità, fiducia, intersoggettività e virtù. Nell'esposizione si cercherà di cogliere anche i motivi che hanno condotto a tale selezione.

La retorica giuridica prende espressamente le distanze da tutte quelle posizioni che la dipingono come una tecnica suasoria volta a carpire il consenso, una concezione, quest'ultima che trova la sua giustificazione non nella verità ma nella forza⁸. Invece, la retorica giuridica, contrariamente alla lettura modernamente dominante in relazione alla retorica, include nella propria sfera di azione la verità, accogliendo una particolare forma di realismo: il realismo aletico, mutuato principalmente dagli studi di Franca D'Agostini⁹. Poiché volta alla (ricerca della) verità, la retorica funge, così, da strumento «per il controllo dell'arbitrio del potere»¹⁰.

La verità presupposta dal realismo aletico (che diviene, nella proposta fondativa di Puppo, uno dei “pilastri” della retorica giuridica) possiede due caratteristiche distintive. In primo luogo, essa non è ri(con)du-

natura simbolica e istituzionale, sia una pratica coordinativa e cooperativa, anche quando vive di conflitti» (I. TRUJILLO, *Introduzione. Per una filosofia del diritto positivo alternativa al giuspositivismo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2022, 236).

⁸ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XXIII.

⁹ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., 61. Si tenga presente che nella proposta dell'A. non è solo la ricerca della verità a giustificare il proprio modello. Si legge infatti che «personalmente avverto l'esigenza di una fondazione al di là del piano “immanente” e quindi dello sguardo verso un piano ulteriore, che potrebbe giustificare, in via di Principio, il modello proposto» (ID., *Diritto e retorica*, cit., XXI).

¹⁰ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XXIII. «Per chiarire velocemente la questione, quando per esempio Galeotti scrive: “non occorre essere realisti per indignarsi di fronte a una bugia del governo” [...] suggerirei che comunque occorre essere ‘realisti’ nel senso indicato (cioè realisti aletici) per riconoscere che un'asserzione è una bugia [...]» (F. D'AGOSTINI, *Risposte, chiarimenti, ipotesi*, in *Biblioteca della libertà*, 218, 2017, 2).

cibile a una “cosa” extra-linguistica immutabile, ma piuttosto a una relazione tra una asserzione (o enunciato apofantico o assertivo) e uno “stato di cose”¹¹. In secondo luogo, lo “stato di cose” che rende vera o falsa l’asserzione è da intendersi come comprensivo di uno spettro di realtà variegato. «Le asserzioni a cui assegniamo V a volte non coinvolgono direttamente fatti empirici, e ciò significa che qualunque enunciato assertivo è comunque *truth-apt*»¹². Nella retorica giuridica, questo profilo è connesso a doppio filo con l’ontologia pluralista, «e quindi alla possibilità (per noi giuristi tutt’altro che priva di rilievo) che si diano diversi tipi di realtà, oltre a quella materiale»¹³. Tali caratteristiche implicano che, diversamente da quanto tendenzialmente sotteso al pensiero occidentale in relazione alla retorica, la verità non sia identificabile con l’evidenza¹⁴: da una parte, perché non è una “cosa”, ma una relazione; dall’altra parte, perché lo “stato di cose” implicato nella relazione può non essere un mero “fatto empirico”. A ciò, coerentemente, consegue che i metodi tramite cui i più variegati “stati di cose” sono rintracciati, non potranno che essere molteplici: viene così promosso «quel pluralismo logico e metodologico che la concezione aristotelica esplica compiutamente per prima»¹⁵.

Inoltre, «adottare questa “metafisica minimale”, che costituisce l’ontologia di *default* dei nostri discorsi»¹⁶ consente di comprendere un altro elemento «centrale» nella retorica giuridica, ovvero quello della «fides (pistis)»¹⁷. Le *pisteis*, nella *Retorica* aristotelica, rappresentano la struttura dell’impianto retorico¹⁸ e ciò avviene, in maniera parallela, anche nella retorica giuridica. Le *pisteis* non sono elementi tangibili o

¹¹ In questo senso, la verità è un predicato (“è vero che...”), non una “cosa” riducibile a un sostantivo: cfr. F. D’AGOSTINI, *op. cit.*, 3; F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., 61.

¹² F. D’AGOSTINI, *op. cit.*, 4, nt. 2, corsivo dell’A.

¹³ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., 69.

¹⁴ S. TOMASI, *L’argomentazione giuridica dopo Perelman. Teorie, tecniche e casi pratici*, Roma, 2020, 148.

¹⁵ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XXV.

¹⁶ F. D’AGOSTINI, *op. cit.*, 4.

¹⁷ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XXI, così come la cit. precedente.

¹⁸ F. PIAZZA, *La Retorica di Aristotele. Introduzione alla lettura*, Roma, 2015, 45.

materiali né univocamente definibili¹⁹, e, pertanto, anche per questo motivo, l'ontologia pluralista si rivela un presupposto adeguato, proprio perché in grado di fornire a esse una qualche forma di esistenza. Nell'originaria terminologia greca, quella di *pistis* è una nozione che designa una pluralità di situazioni, tant'è che nella *Retorica* aristotelica viene utilizzata con almeno cinque accezioni diverse²⁰. Viene così impiegata per indicare, per esempio, quel «particolare stato mentale ottenuto grazie all'uso di affermazioni ragionevoli» oppure come «quel materiale che, pur avendo una forza probativa propria, deve ancora ricevere una forma logica», o ancora come «affidabilità», intesa in senso ampio, «non specificamente retorico»²¹. Proprio quest'ultima accezione sembra quella prediletta dall'Autore, che pare utilizzare questo termine, nella sua proposta fondativa, nella direzione suggerita da Piazza: così come l'Autrice richiama un contesto di affidabilità *esterno* alla *techné* retori-

¹⁹ Un esempio a questo riguardo è dato dal concetto di *ethos*, «quasi la *pistis* [tecnica] più forte» (F. PIAZZA, *op. cit.*, 91) nell'apparato retorico, le cui sembianze risultano diverse in relazione al periodo storico, ma altresì all'interno del medesimo contesto, come testimoniano i vari studi nello scenario internazionale. Per quanto concerne periodi storici differenti, si pensi, per esempio, alle diversità registrabili nell'Atene del V sec. a.C. e nella Roma dell'età imperiale: si v. almeno L.C. MONTEFUSCO, *Cicerone, De Oratore: la doppia funzione dell'ethos dell'oratore*, in *Rhetorica: A Journal of the History of Rhetoric*, 10, 1992, 248-249; G. KENNEDY, *The Rhetoric of Advocacy in Greece and Rome*, in *The American Journal of Philology*, 89, 1968, 419-426; J.M. MAY, *The Rhetoric of Advocacy and Patronclient Identification: Variations on a Theme*, in *The American Journal of Philology*, 102, 1981, 308; per quanto riguarda, invece, gli studi sull'*ethos* oggi, nell'ambito dello scenario internazionale delle teorie dell'argomentazione, si rimanda *ex multis* ai più recenti J.E. KJELSEN, A. HESS, *An Ecology of Ethos*, in *Western Journal of Communication*, 2025, 1-22; J.S. BAUMLIN, *From Postmodernism to Posthumanism: Theorizing Ethos in an Age of Pandemic*, in *Humanities*, 9, 2020, 1-25.

²⁰ F. PIAZZA, *op. cit.*, 45.

²¹ F. PIAZZA, *op. cit.*, 45, così come le cit. precedenti; riassume così tale concetto Tomasi: «[L]a *pistis* è un tipo di dimostrazione (noi ci fidiamo/crediamo soprattutto quando supponiamo/accettiamo che qualcosa sia stato dimostrato/argomentato)» (S. TOMASI, *Fides et ratio nella prospettiva della retorica giuridica*, in *CALUMET – Intercultural Law and Humanities Review*, 16, 2023, 209).

ca²², allo stesso modo la retorica giuridica ne oltrepassa i confini, asurgendo a un modo di essere (quindi, a un modo di pensare e di comportarsi, tipico del «*buon politico e del buon giurista*»)²³ retto da rapporti di fiducia.

L'affidarsi a, e quindi confidare in, tali legami, seppur essi siano invisibili e fragili, presuppone un contesto intersoggettivo, in cui viene evidenziata la «priorità all'ascoltatore»²⁴, colui il quale rende possibile il legame fiduciario. Così facendo, da un lato, colui che ascolta contribuisce a custodire «la relazione interpersonale e originaria che, a ben vedere, in qualsivoglia concezione del diritto si abbia in mente appare ineliminabile»²⁵; dall'altra parte, rende possibile ogni processo discorsivo²⁶.

²² Intesa come «un *corpus* di conoscenze relativamente sistematiche e insegnabili, che pertanto ammette l'individuazione di un *metodo*» (F. PIAZZA, *op. cit.*, 31, suoi i corsivi).

²³ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XX.

²⁴ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XVIII; più precisamente, la fiducia viene descritta come una «three-place relation – one trusts someone for something (the domain or scope of trust)»; E. LALUMERA, *An overview on trust and trustworthiness: individual and institutional dimensions*, in *Philosophical Psychology*, 37, 2024, 6; vi è, inoltre, chi pone in risalto i rischi della sua assenza: «[L]a crisi della fiducia generalizzata tende ad assumere due forme principali tra loro collegate: da un lato, una restrizione delle reti e dei circuiti fiduciari, che diventano più ristretti, particolaristici e a corto raggio; dall'altro, il prevalere di reti di relazioni più uniformi e omogenee che includono chi è simile ed escludono chi è diverso»; S. BELARDINELLI, G. GILI, *Fidarsi. Cinque forme di fiducia alla prova del Covid-19*, in *Mediascapes journal*, 15, 2020, 85. Il testo richiamato dagli AA. è di P. DASGUPTA, *Trust as a Commodity*, in D. GAMBETTA (ed.), *Trust: Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, 1988; trad. it. *La fiducia come bene economico*, in D. GAMBETTA (a cura di), *Le strategie della fiducia*, Torino, 1989, 63-93; si v. anche T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari, 2021, 72-73; S. TOMASI, *Fides et ratio nella prospettiva della retorica giuridica*, in *CALUMET – Intercultural Law and Humanities Review*, 16, 2023, 206 ss.

²⁵ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XVI. Ciò si evince anche, per esempio, nella «“collaborazione”» tra giudice e avvocato ricordata da A. SCHIAVELLO, *L'avvocato Hercules tra certezza e flessibilità del diritto*, in *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, 2, 2021, 261.

²⁶ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XVIII.

Tuttavia, come anticipato, viene condivisibilmente ricordato che

la fiducia è una risorsa sociale “delicata” e fragile (Dasgupta, 1988), che si diffonde e si rafforza se è coltivata, ma deperisce se non è difesa e supportata. E se le relazioni e le reti fiduciarie si restringono, la socialità generale si contrae e si ripiega su se stessa²⁷.

Per questo motivo, cioè al fine di creare o curare i legami fiduciari, nella consapevolezza della loro fragilità, assume, infine, rilevanza la virtù della *phronesis*, anche chiamata saggezza pratica, tradizionalmente definita come atteggiamento o come *habitus*²⁸. Tale virtù concerne la deliberazione e viene definita, *ex multis*, come un “gruppo”, un “agglomerato” (“bundle”) di capacità, tra cui l’abilità nello scegliere il “giusto mezzo” e una particolare forma di percezione, connesse le une alle altre dalla attenzione per il particolare²⁹.

3. Sapere tecno-scientifico

Occorre ora precisare un poco meglio cosa si intende con sapere scientifico. Le nozioni di “scienza”, “sapere tecno-scientifico” e “sapere scientifico” verranno utilizzate come sinonimi: esse denotano la pratica tecno-scientifica, ovvero quell’attività volta a un preciso scopo nel-

²⁷ S. BELARDINELLI, G. GILI, *op. cit.*, 86; non proprio negli stessi termini, ma pare ne sia concorde anche F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XXI.

²⁸ Sul ruolo della *phronesis*, si v. *ex multis*, E. BERTI, *Filosofia pratica e phrónesis*, in *Tópicos*, 43, 2012, 15 ss.; M. DE CARO, M. MARAFFA, M.S. VACCAREZZA, *The Priority of Phronesis. How to Rescue Virtue Theory From Its Critics*, in M. DE CARO, M.S. VACCAREZZA (a cura di), *Practical Wisdom. Philosophical and psychological perspectives*, New York, 2021, 31 ss.; F. PUPPO, *La forza dell’esempio: l’etica professionale come virtù*, cit., 240 ss.

²⁹ C. MICHELON, *Practical Wisdom in Legal Decision-Making*, in A. AMAYA, H.L. HO (a cura di), *Law, Virtue and Justice*, United Kingdom, 2012, 37; similmente anche M. MANGINI, *Ethics of virtues and the education of the reasonable judge*, in *International Journal of Ethics Education*, 2, 2017, 194; viene, inoltre, considerata la virtù per eccellenza che trova luogo in un contesto intersoggettivo (D. CARR, *The practical wisdom of phronesis in the education of purported virtuous character*, in *Educational Theory*, 73, 2023, 144).

l'ambito di quelle che tradizionalmente si erano soliti definire c.d. "scienze naturali". Seppur "tecno-scienza" risulti un termine entrato in uso a partire all'incirca dagli anni Ottanta del secolo scorso³⁰, le pratiche tecno-scientifiche possono essere individuate a partire dallo sviluppo Settecentesco del metodo scientifico sperimentale³¹.

L'utilizzo della nozione di "tecno-scienza" è volto a enfatizzare il ruolo dell'agente epistemico (anche artificiale) nella co-produzione del risultato tecno-scientifico³² e a ricordare così che il sapere scientifico non è un sapere "puro e imperituro" come a lungo si è creduto nella storia della scienza³³. Lo strumento tecno-scientifico utilizzato (sia questo analogico, come un cannocchiale, oppure digitale, come le tecnologie "di terzo ordine")³⁴, non è mai neutrale e viene incluso nelle condi-

³⁰ G. HOTTOIS, *Technoscience: From the Origin of the Word to Its Current Uses*, in S. LOEVE, X. GUCHET, B. BENSAUD-VINCENT (a cura di), *French Philosophy of Technology: classical readings and contemporary approaches*, Cham, 2018, 123; B. BENSAUD-VINCENT, S. LOEVE, *Toward a Philosophy of Technosciences*, in S. LOEVE, X. GUCHET, B. BENSAUD-VINCENT (a cura di), *French Philosophy of Technology: classical readings and contemporary approaches*, Cham, 2018, 170.

³¹ K. MENDELSSOHN, *La scienza e il dominio dell'Occidente*, Roma, 1981, 57.

³² F. RUSSO, *Techno-Scientific Practices. An Informational Approach*, London, 2022, 64-67.

³³ M. BOON, *In Defense of Engineering Sciences: On the Epistemological Relations Between Science and Technology*, in *Techné: Research in Philosophy and Technology*, 2011, 1, 52 ss.; più recentemente, seppur in termini diversi, ciò è avvenuto con il neopositivismo dei Circoli di Vienna e di Berlino, negli anni Venti e Trenta del Novecento, che condividevano posizioni comuni come «il primato attribuito alla conoscenza scientifica come forma di sapere, e specialmente alla fisica, vista come modello paradigmatico di scienza; la matrice empiristica, per cui l'esperienza veniva vista sia come la fonte sia come il giudice ultimo della conoscenza scientifica della natura [...]. In altre parole, si richiedeva di ricondurre tutti i "termini teorici" a "termini osservativi": un radicale riduzionismo, che si rivelò ben presto troppo rigido per essere davvero applicabile» (E. CASTELLANI, M. MORGANTI, *op. cit.*, 100, corsivo degli AA.). Per una lettura filosofico-giuridica di questi avvenimenti, che si incarnano principalmente nel pensiero di Alf Ross, si rimanda a V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, cit., 5-70.

³⁴ Su queste distinzioni L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, cit., 31 che precisa che la tecnologia di terzo ordine «non è solo una tecnologia che sta tra noi e la natura, come un'ascia (primo ordine); o una tecnologia che sta tra noi e un'altra tecnologia, come un motore (secondo ordine). È piuttosto una

zioni di conoscibilità di una certa porzione di realtà, alla luce di un fine specifico da perseguire.

Nel testo di Russo, a cui si farà prevalentemente riferimento, la tesi della co-produzione della conoscenza scientifica di cui si è appena fatto cenno, viene congiunta con un “informational approach”, che dà il nome al sottotitolo del suo lavoro. Di talché sono adottati due «tools»³⁵ mutuati dalla filosofia dell’informazione, inaugurata e sviluppata da Luciano Floridi³⁶: il costruzionismo e il metodo dei livelli di astrazione. Si cercherà ora di fornire qualche chiarimento in merito a essi, cercando di valorizzare gli elementi che sembrano in continuità con le caratteristiche della retorica giuridica.

La filosofia dell’informazione (anche chiamata “P.I.” dall’acronimo inglese) è oggi un «well-established sub-field of philosophy»³⁷, maturato a partire dal periodo in cui il termine “tecno-scienza” iniziò a circolare (all’incirca, nella seconda metà degli anni Ottanta)³⁸. Essa si propone come un campo interdisciplinare (comprensiva, per esempio, di studi culturali, sociologici o computeristici), composta da tre differenti tipi di “domain”: «*topics* (facts, data, problems, phenomena, observations, and the like); *methods* (techniques, approaches, and so on); and *theories* (hypotheses, explanations, and so forth)»³⁹. Inoltre, riprendendo l’idea sviluppata

tecnologia che sta tra una tecnologia e un’altra tecnologia, come un sistema computerizzato che controlla un robot che dipinge un’automobile (terzo ordine)»; un esempio di tecnologia di terzo ordine è l’“Internet of Things” (solitamente denominato con l’acronimo “IoT”), cfr. F. RUSSO, *op. cit.*, 206.

³⁵ F. RUSSO, *op. cit.*, 69.

³⁶ Floridi intende, così, inaugurare una nuova «philosophia prima» (L. FLORIDI, *What is the philosophy of information?*, cit., 122, corsivo dell’A.), muovendo dall’assunto per cui «altri paradigmi della filosofia – come la filosofia analitica, la fenomenologia, l’esistenzialismo ecc. [...] [siano ormai] “scolastici” e pertanto stagnanti in quanto proposte intellettuali» T.W. BYNUM, *Introduzione. Filosofia e rivoluzione dell’informazione*, in L. FLORIDI, *Infosfera. Etica e filosofia nell’età dell’informazione*, a cura di M. Durante, Torino, 2009, 14, corsivo dell’A.

³⁷ F. RUSSO, *op. cit.*, 72.

³⁸ L. FLORIDI, *What is the philosophy of information?*, cit., 128.

³⁹ L. FLORIDI, *What is the philosophy of information?*, cit., 126. È possibile sin da subito notare che il pluralismo metodologico adottato dalla P.I. (inteso come «the view according to which an accurate enough description of the practices of techno-science shows that numerous, different methods are used in different fields, and even within a

da Félix Guattari e Gilles Deleuze, «PI takes philosophers to be *creators of concepts*»⁴⁰. Per questo motivo, la filosofia è intesa dalla P.I. come “design concettuale”: «[T]he art of identifying conceptual problems and designing, proposing, and evaluating explanatory models»⁴¹.

Si tenga sin d’ora presente, tuttavia, che tale “afflato” creativo non è da ricondursi a una posizione costruttivista (della P.I., ma anche delle tesi sviluppate da Russo), ma piuttosto a una costruzionista. Viene spiegato, infatti, che

Constructionism attempts to go beyond positions that minimize (and sometimes deny) poietic character to our role as *poietic* epistemic agents (realism) and beyond positions that minimize (and sometimes deny) the existence (or rather, ontological independence) of the external world (constructivism)⁴².

Semplificando un poco la questione, il costruzionismo cerca di collocarsi in una posizione intermedia tra il costruttivismo, da una parte, e il realismo, dall’altra⁴³. Per il primo, «tutta la conoscenza avrebbe un ruolo “costruttivo” nei confronti degli oggetti di sua competenza, anche nel caso si trattasse di oggetti del mondo naturale»⁴⁴; per il secondo,

same field»: F. RUSSO, *op. cit.*, 104) appare in linea con il pluralismo metodologico poc’anzi menzionato in relazione alla retorica giuridica.

⁴⁰ F. RUSSO, *op. cit.*, 73, corsivo dell’A.; si noti che in maniera del tutto simile, richiamando gli AA. francesi, Puppo riconduce il ruolo di creazione dei concetti anche ai giuristi (cfr. F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., 126-127).

⁴¹ L. FLORIDI, *What is the philosophy of information?*, cit., 134; F. RUSSO, *op. cit.*, 72.

⁴² F. RUSSO, *op. cit.*, 76.

⁴³ «Constructionism is neither realism nor constructivism, because knowledge neither describes nor prescribes how the world is but inscribes it with semantic artefacts», L. FLORIDI, *A Defence of Constructionism: Philosophy as Conceptual Engineering*, cit., 285. Di talché risulta chiaro che «Questa iscrizione è genuinamente relazionale senza con ciò essere “relativista”, cioè scettica o lassista: il costruzionismo è in quanto tale “realisticamente orientata”, fintantoché si coglie che la sua realtà è quella del “fatto” in senso letterale, cioè legata a criteri che emergono lungo lo stesso processo interattivo, ogni volta situato in un qualche “spazio di problemi”», G. PEZZANO, *Italian Hacking ed eredità. La ragione costruzionista da Giambattista Vico a Luciano Floridi*, in *Filosofia Italiana*, XIV, 2019, 94. Corsivo dell’A.

⁴⁴ Riprendiamo la definizione di “science constructivism” o “social constructivism” di V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., 45-46, segnalando che, come

«out there is an external and mind-independent reality»⁴⁵. Il costruzionismo, come viene spiegato, percorre una terza via, «because the world is out there, but our knowledge of the world is (also) the product of social (and epistemic) processes, albeit not entirely»⁴⁶.

Nella proposta di Floridi (e, in maniera simile, ma non identica, anche di Russo), per intraprendere questa terza via si ricorre a un metodo preciso, chiamato “metodo dei livelli di astrazione” (anche denominato “LoA”, dall’inglese “Levels of Abstraction”). Esso consiste nella creazione di modelli della realtà⁴⁷. Più precisamente, «is used to describe the observables that compose the problem space and how they are related»⁴⁸. Risulta controintuitivo, ma Floridi specifica che “osservabile” non è da intendersi come meramente empiricamente percepibile, poiché il problema che si indaga (che viene chiamato “system”) potrebbe essere per nulla riconducibile a una realtà materiale. Con le parole dell’Autore,

Since the systems investigated may be entirely abstract or fictional, the term “observable” should *not* be confused here with “empirically perceivable”. An *observable* is just an *interpreted typed variable*, that is, a type variable together with a statement of what feature of the system under consideration it stands for⁴⁹.

Da ultimo, un osservabile è un’“informazione semantica”⁵⁰, un concetto che per Floridi richiede un’ontologia, potremmo dire, “allargata”,

emerge dalla citazione di Russo sopra riportata e come ricorda Villa, i confini concettuali tra “costruttivismo” e “costruzionismo” sono labili, e le definizioni del primo sono molteplici.

⁴⁵ F. RUSSO, *op. cit.*, 76.

⁴⁶ *Ibidem*, suo il corsivo.

⁴⁷ T.W. BYNUM, *op. cit.*, 15-16.

⁴⁸ L. FLORIDI, *A Defence of Constructionism: Philosophy as Conceptual Engineering*, cit., 296; cfr. anche F. RUSSO, *op. cit.*, 77-83.

⁴⁹ L. FLORIDI, *A Defence of Constructionism: Philosophy as Conceptual Engineering*, cit., 297, corsivo dell’A.

⁵⁰ Come spiega Bynum, «[s]econdo Floridi, l’informazione di cui l’universo si compone è *semantica*, piuttosto che meramente sintattica. Inoltre, è *non-fisica*, nel senso che non obbedisce alle leggi della fisica come la seconda legge della termodinamica. Si tratta di informazione *platonica* [...] che comprende strutture di dati non soltanto di

in modo, a nostro avviso, affatto consimile a quanto avviene nel caso della retorica giuridica. Ogni osservabile viene preso così in considerazione per la predisposizione del modello, che servirà per poter rintracciare le caratteristiche.

Similmente a ciò che avviene per il realista aletico, anche per il costruzionista, dopo aver costruito un dato modello con il metodo dei livelli di astrazione, è possibile giungere alla verità di asserzioni (tecnoscientifiche): a tal fine, si debbono rinvenire “fattori di verità” (o “truthmakers”) anche chiamati “referenti”⁵¹. Tuttavia, il realismo sotteso alle pratiche tecno-scientifiche non è denominato “aletico”, bensì “strutturale”. Non è possibile in questa sede ripercorrere nel dettaglio le particolarità del realismo strutturale sviluppato da Floridi e adottato da Russo⁵²: si basti qui notare, in termini generali, che esso si basa sull’assunto per cui «c’è qualcosa che resta invariato nonostante il cambiamento teorico, cioè il cambiamento nelle descrizioni del mondo fisico nel corso della storia della scienza»⁵³.

4. Analogie tra saperi

Sulla scia delle intuizioni già avanzate da Vittorio Villa nel 1984⁵⁴, si ritiene possibile individuare alcune analogie tra sapere giuridico e sapere scientifico (così come appena precisati). Così, nell’approfondire i profili epistemologici della conoscenza nell’ambito tecno-scientifico, Russo rifiuta la posizione ricondotta alla tradizione analitica (per cui «“knowledge” can be fruitfully analyzed by reducing it to the proposi-

oggetti familiari, come tavoli e sedie, esseri umani e computer, ma anche di enti platonici come esseri possibili, proprietà intellettuali e storie non scritte di civiltà sparite» (T.W. BYNUM, *op. cit.*, 23, corsivi dell’A.).

⁵¹ «[G]li enunciati (e noi diciamo le proposizioni [o asserzioni]) sono portatori di verità, ma deve esserci qualcosa in virtù della quale sono veri. Questo qualcosa può essere denominato il fattore di verità dell’enunciato» (E. AGAZZI, *L’oggettività scientifica e i suoi contesti*, Milano, 2018, 324, nt. 56).

⁵² Per cui si rimanda a F. RUSSO, *op. cit.*, 137-156.

⁵³ E. CASTELLANI, M. MORGANTI, *op. cit.*, 164.

⁵⁴ Il riferimento è V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, cit., *passim*.

tional content of well-formed propositions (issued by a model)»⁵⁵ e accoglie, invece, alcune indicazioni provenienti dall'epistemologia femminista, in particolare l'idea (di Donna Haraway)⁵⁶ che la conoscenza sia sempre «situata»⁵⁷. La conoscenza, secondo questi studi, implica cioè una «delicate and subtle relation between subject and object»⁵⁸, affermazione che viene declinata con l'espressione «REDiEM-knowledge»: la conoscenza è, cioè, relazionale, distribuita, incarnata («embodied») e materiale.

La conoscenza presuppone, dunque, un contesto intersoggettivo che coinvolge attori (per es. agenti epistemici umani, ma altresì artificiali⁵⁹, gruppi o istituzioni), oggetti (nel senso che deriva anche dall'interazione di oggetti)⁶⁰ e concetti. Con quest'ultimo riguardo, si intende che «these [concepts] are not islands, but are always connected to other concepts»⁶¹: vi sarebbe sempre, cioè, un «*network of concepts*» di cui aver contezza e comprensione, preliminarmente a ogni conoscenza.

⁵⁵ F. RUSSO, *op. cit.*, 158.

⁵⁶ Si tenga a questo riguardo presente che «Haraway's idea, however, does not coincide with Feminist Standpoint Theory, which instead makes a much more stronger claim about the *absolute* epistemic privilege that agents in minorities (women, people of color, queer, and so on) have in addressing any given problem» (F. RUSSO, *op. cit.*, 160, corsivo dell'A.).

⁵⁷ F. RUSSO, *op. cit.*, 160; si v. anche A. TANESINI, *Epistemologie e filosofie femministe della scienza*, in *APhEx - Portale italiano di filosofia analitica*, 11, 2015, in particolare 2 e 5-6.

⁵⁸ F. RUSSO, *op. cit.*, 160.

⁵⁹ Si precisa che l'Autrice equipara l'essere umano e lo strumento tecno-scientifico soltanto in relazione al loro valore epistemico, poiché entrambi, seppur in modi diversi, permettono di acquisire conoscenza. Il rapporto tra agente epistemico umano e artificiale viene descritto come «not totally symmetric» in considerazione del fatto che «we human agents remain – and should remain – in the driver's seat. Knowledge production has to be discussed considering two forms, or types, of responsibility: epistemic and moral», F. RUSSO, *op. cit.*, 207. Ciò permette inoltre di comprendere perché per l'Autrice considera di centrale importanza lo sviluppo di un'adeguata cornice etica (ribadito anche *ivi*, 193), menzionando, tra le varie opzioni, la possibilità di porre l'attenzione sull'etica delle virtù (su cui si tornerà brevemente in sede di conclusioni).

⁶⁰ F. RUSSO, *op. cit.*, 163.

⁶¹ *Ibidem*, così come la susseguente (suo il corsivo).

Inoltre, la conoscenza è distribuita: viene così precisato il primo livello di relazionalità. A questo riguardo viene suggerito che la conoscenza dipende anche dalla fiducia (che si instaura o meno) tra agenti epistemici umani. Per questo motivo, assume, dunque, rilevanza il concetto di «epistemic dependence»⁶² che cerca di cogliere «the relation between beliefs, or how one belief is a justification of another»⁶³.

Vi è, poi, la caratteristica della incarnalità. Richiamando le ricerche fenomenologiche di E. Husserl, M. Merleau-Ponty e M. Heidegger⁶⁴, l'Autrice esorta a rinnovare l'attenzione nei confronti della «embodied cognition»⁶⁵ che coinvolge una serie di elementi: «from emotions to language, and from morality and culture to color vision»⁶⁶. Si conclude, quindi, che la cognizione non sia una «“intellectual thing”»⁶⁷, ma che, anche in questo caso, in linea con i presupposti della filosofia dell'informazione, gli elementi a cui prestare attenzione al fine di comprendere che cosa sia la conoscenza siano molteplici e variegati.

Infine, la conoscenza è materiale. A questo riguardo viene fatto riferimento alla corporeità degli strumenti tecno-scientifici ma anche alla “agency”, cioè l'agire (della/o scienziata/o): con ciò si fa riferimento agli studi di Karen Barad, in particolare il suo “agential realism”. Esso

⁶² F. RUSSO, *op. cit.*, 165.

⁶³ *Ibidem*. Non si potrà approfondire ulteriormente, in questa sede, questo aspetto, ma si tenga presente che l'A. ritiene la conoscenza “distribuita” anche tra agenti epistemici umani e artificiali nonché tra agenti epistemici e contesti, ambienti e istituzioni.

⁶⁴ Si tenga presente che l'indagine fenomenologica presenta caratteristiche differenti nei tre Autori. Per esempio, Heidegger si discosta dagli insegnamenti del maestro Husserl, il quale aveva, in un certo qual modo, “oggettivizzato”, cioè, reso una “cosa”, l'essere, tramite un metodo che assegnava particolare rilievo alla psicologia. Di contro, l'indagine di Heidegger muove dal tentativo di spostare la domanda filosofica dal “cosa” al “come”: per questo motivo, rivaluta il ruolo della *theoria* (prediletto da Husserl), assurgendo invece a “determinazione fondamentale” il modo d'essere pratico-morale, e, dunque, la *praxis*. Cfr. A. FABRIS, *L'“ermeneutica della fatticità” nei corsi friburghesi dal 1919 al 1923*, in F. VOLPI (a cura di), *Guida a Heidegger. Ermeneutica, Fenomenologia, Esistenzialismo, Ontologia, Teologia, Estetica, Etica, Tecnica, Nichilismo*, Lecce, 2005, 81; F. MORA, *L'ente in movimento. Heidegger interprete di Aristotele*, Padova, 2000, 111-112; F. VOLPI, *Heidegger e Aristotele*, Lecce, 2010, 63.

⁶⁵ F. RUSSO, *op. cit.*, 170.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

sostiene che «any way of accessing the world, for example, through microscopes, mass-spectrometers or other, is couched into numerous practices – we *do* something to gain epistemic access to the world»⁶⁸.

Il sapere tecno-scientifico, inoltre, è sottoposto a un'ulteriore duplice condizione: da una parte, è volto alla risoluzione di un problema scientifico; dall'altra parte, fa uso delle sole informazioni disponibili in un preciso momento storico. Potrebbe, quindi, darsi il caso, come è accaduto nella storia della scienza, che ragionevoli ipotesi si rivelino in un momento successivo, con maggiori ricerche a disposizione, false⁶⁹.

Per quanto concerne il profilo ontologico, come anticipato, lo sfondo filosofico nel quale si inserisce questa indagine è quello costruzionista, che viene ora specificato. Il costruzionismo consiste in una posizione filosofica che ritiene possibile conoscere la realtà nei termini di una "iscrizione". Il costruzionista accetta, quindi, che vi sia una qualche realtà "mind-independent" ma che la conoscenza di essa avvenga sempre in maniera "mind-dependent", mediata, quindi, anche dallo strumento tecno-scientifico (in questo senso si tratta di una "co-produzione"). In questo modo, il costruzionismo (ri)propone così quel «principio per cui *conoscere è fare*»⁷⁰, quindi financo agire e, altresì, scegliere. Per i propositi di questo scritto, è rilevante notare che la filosofia dell'informazione assimila, seppur con qualche rielaborazione, l'idea già avanzata da Giambattista Vico nella tradizione retorica, per cui la conoscenza, e la verità che da essa può scaturire, lungi dall'essere una descrizione, sia piuttosto da intendersi come una "interazione"⁷¹ (confermando così

⁶⁸ F. RUSSO, *Techno-Scientific Practices. An Informational Approach*, cit., 173, corsivo dell'A.

⁶⁹ «Si pensi, ad esempio, alla teoria tolemaica, o alle concezioni biologiche di Lamarck secondo cui caratteri acquisiti nel corso della vita possono essere ereditati, o alla teoria umorale dell'insorgenza delle malattie, risalente ad Ippocrate di Coò nel V-IV secolo a.C. e popolare in epoca medievale, secondo la quale in ogni individuo sono presenti quattro fluidi l'eccesso o la mancanza dei quali conduce a manifestazioni patologiche» (E. CASTELLANI, M. MORGANTI, *op. cit.*, 158).

⁷⁰ P. HERITIER, *La 'Scienza Nuova' della robotica sociale interculturale. Metodo retorico, diritto 'sintetico' e disabilità-dolore*, in *CALUMET – Intercultural Law and Humanities Review*, 12, 2021, 59. Corsivo dell'A.

⁷¹ Si v. G. PEZZANO, *Italian Hacking ed eredità. La ragione costruzionista da Giambattista Vico a Luciano Floridi*, in *Filosofia Italiana*, XIV (2), 2019, 93.

quella natura relazionale della verità promossa dal realismo atletico adottato dalla retorica giuridica).

Orbene, si intende sostenere che questi profili succintamente riassunti sembrano trovar luogo, sotto forme diverse, anche all'interno del sapere giuridico. Dall'analisi del celebre articolo di Bitzer⁷² è possibile, infatti, individuare elementi che sembrano porsi in continuità con il sapere tecno-scientifico.

⁷² Pervero, Puppo non fa menzione del testo di Bitzer nel suo volume: si ritiene tuttavia proficuo ricostruire quelle che appaiono le principali tesi del testo poiché quest'ultimo sembrerebbe specificare e, quindi, auspicabilmente, chiarire, alcuni profili della retorica giuridica (i profili interessati saranno menzionati di seguito). Il testo di Bitzer viene però letto alla luce di alcune critiche mosse da R.E. VATZ, *The Myth of the Rhetorical Situation*, in *Philosophy and Rhetoric*, 6, 1973, 153 ss. Vatz critica l'idea (di ispirazione platonica) di Bitzer per cui in presenza di determinati elementi (quelli che Bitzer compendia nella "situazione retorica", i quali, lo si anticipa, sono: esigenza, uditorio, vincoli) il discorso retorico si presenta, o dovrebbe presentarsi. Secondo la lettura di Bitzer operata da Vatz, «[t]here is an intrinsic nature in events from which rhetoric inexorably follows, or should follow» (ID., *op. cit.*, 155). Secondo l'interpretazione di Vatz, dunque, l'esigenza sarebbe «intrinsic to the thing» (ID., *op. cit.*, 155) e come tale, parrebbe, autoevidente e sempre comprensibile in quel dato modo (appunto, come esigenza) da chiunque. Contrario a questo assunto, Vatz sostiene che gli elementi che caratterizzano la situazione retorica sono, invece, sempre selezionati e quindi resi rilevanti grazie a scelte operate dal parlante; in questo senso, «situations are rhetorical» (ID., *op. cit.*, 157) e persino i significati ("meaning") attribuiti alle informazioni selezionate sono «an act of creativity» (ID., *op. cit.*, 157). La riflessione di Vatz è in parte condivisa. Lo è nella misura in cui tale critica permette di responsabilizzare il parlante, poiché evidenza che le scelte (in merito, per esempio, al considerare o meno un insieme di circostanze come "esigenza") sono da ricondursi al retore stesso. Per quanto concerne, invece, i significati, la questione è più complessa, anche in considerazione del fatto che Vatz pare riferirsi non soltanto a significati di enunciati, ma anche di simboli. Per una direzione forse in grado di fornire qualche risposta (per concetti ed enunciati, ma non per i simboli), V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., 9-35, in cui l'A. riconduce il concetto a un connubio di presupposizioni "trascendentali" e vincoli; ID., *Una teoria pragmaticamente orientata dell'interpretazione giuridica*, cit., spc. 29 e 36, in cui, con riferimento all'interpretazione giuridica, l'A. sostiene (nell'ultimo luogo citato) che essa sia una «"miscela di scoperta e creazione"»; per una lettura critica della c.d. "analisi compositiva del significato" adottata da Villa, sostenendo una posizione che pare più affine a quella di Vatz, F. POGGI, *Cercando un frastico. La teoria pragmaticamente orientata e l'analisi compositiva del significato*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 13, 2013, 225-228.

Si noti preliminarmente che la retorica, come già Aristotele ricordava, è volta a produrre un cambiamento nella realtà. Più precisamente, «rhetoric is a mode of altering reality, not by the direct application of energy to objects but by the creation of discourse which changes reality through the mediation of thought and action»⁷³. Ciò è emblematico, per esempio, nel caso del genere retorico giudiziario, in cui il giudice è chiamato a modificare direttamente (per esempio con una sentenza di condanna) oppure indirettamente (per esempio con una sentenza interpretativa di accoglimento) un determinato *status* giuridico⁷⁴. Tale cambiamento si esplica, secondo Bitzer, in quella che chiama “situazione retorica”, cioè un «complex of persons, events, objects, and relations»⁷⁵ composta da tre differenti costituenti.

La prima componente è l'esigenza, la quale rientra nell'ambito della retorica se essa sorge da una situazione che può essere modificata:

An exigence which cannot be modified is not rhetorical; thus, whatever comes about of necessity and cannot be changed – death, winter, and some natural disasters, for instance – are exigences to be sure, but they are not rhetorical⁷⁶.

Un'esigenza è, pertanto, retorica quando «is capable of positive modification and when positive modification requires discourse or can be assisted by discourse»⁷⁷.

La seconda componente è l'uditorio: esso pertiene alla situazione retorica se il discorso retorico si realizza nei confronti di persone che so-

⁷³ L.F. BITZER, *The Rhetorical Situation*, in *Philosophy & Rhetoric*, 1968, 1, 4.

⁷⁴ Si noti che ciò non si traduce nel negare che il giudice possa decidere e, quindi, modificare la realtà in virtù del suo potere attribuitogli dalle disposizioni normative: il potere del giudice abbisogna, tuttavia, proprio di quella fiducia retorica che funge da giustificazione di quello stesso potere. Fiducia e potere sono quindi, secondo la prospettiva che qui si accoglie, elementi strettamente connessi l'uno all'altro.

⁷⁵ L.F. BITZER, *op. cit.*, 6.

⁷⁶ L.F. BITZER, *op. cit.*, 6.

⁷⁷ L.F. BITZER, *op. cit.*, 7. Sul punto anche Jasinski alla voce “rhetorical situation” dell'*Encyclopedia of rhetoric* precisa che «Like Aristotle (384-322 BCE), Bitzer believes that rhetoric traffics in the realm of the contingent and does not engage issues of necessity» (*ivi*, 694).

no «capable of being influenced by discourse and of being mediators of change»⁷⁸. Nei termini della retorica giuridica, questa caratteristica si rispecchia non soltanto nel contesto intersoggettivo in cui la retorica opera, ma altresì nel modello antropologico di riferimento, che presuppone un interlocutore, come tale disposto all'ascolto.

Infine, vi sono i vincoli (“constraints”): a questo riguardo, «standard sources of constraints» includono

beliefs, attitudes, documents, facts, traditions, images, interests, motives and the like and when the orator enters the situation, his discourse not only harnesses constraints given by the situation but provides additional important constraints – for example, his personal character, his logical proofs, and his style⁷⁹.

Anche in questo caso, l'esperienza processuale diviene emblematica per rappresentare i vincoli descritti da Bitzer, essendo in grado di coinvolgere tutti gli elementi racchiusi nella definizione dell'Autore: si pensi, per esempio, agli interessi legittimi delle parti, alle prove tipiche e/o atipiche, alle credenze appartenenti a ogni soggetto coinvolto nel processo.

⁷⁸ L.F. BITZER, *op. cit.*, 8. Bitzer sostiene che questo secondo punto segni la differenza tra ambito retorico e scientifico: «the scientist can produce a discourse expressive or generative of knowledge without engaging another mind». Tuttavia, qualche periodo precedente a quest'ultimo, Bitzer sostiene che sia possibile essere in presenza di un uditorio retorico anche «when a person engages himself or ideal mind as audience» come potrebbe darsi il caso per la/o scienziata/o.

⁷⁹ L.F. BITZER, *op. cit.*, 8, così come la precedente.

Le analogie tra sapere tecno-scientifico e retorica giuridica potrebbero dunque rappresentarsi nel seguente modo.

	<i>epistemologia</i>	<i>ontologia</i>
<i>Tecno-scienza</i>	- Esigenza - Relazionalità (e distributività) - Incarnalità - Materialità	- Realismo (strutturale) - Costruzionismo
<i>Retorica giuridica</i>	- Esigenza - Uditorio - Vincoli	- Realismo (aletico) - Costruttivismo post-positivistico

Come si cerca di evidenziare ponendo questi saperi a confronto, anche visualmente con la tabella proposta, è possibile rintracciare delle analogie tra i due contesti. Sotto un profilo epistemologico, così come nella tecno-scienza, anche nella retorica è presente un'esigenza precisa, per la quale la ricerca scientifica e il discorso retorico hanno luogo. In entrambi i contesti, inoltre, è presente una costitutiva intersoggettività che coinvolge gli agenti epistemici della tecno-scienza e i partecipanti alla situazione retorica; sono altresì presenti vincoli di varia natura, sia in ambito scientifico (si pensi all'incarnalità e alla materialità), che giuridico. In quest'ultimo caso, trattasi dei vincoli della situazione della retorica, ovvero persone, eventi, oggetti – i quali, peraltro, coinvolgono essi stessi i caratteri epistemologici posti in luce dalla tecno-scienza. Per quanto riguarda, invece, aspetti più prettamente ontologici, in entrambi i saperi è presente un realismo di fondo che permette al costruzionismo (della tecno-scienza) e al costruttivismo post-positivistico (in ambito giuridico) di trovar luogo. Con quest'ultimo termine ci riferiamo al costruttivismo post-positivistico di Vittorio Villa⁸⁰, che sembra in grado di spiegare l'apporto costruttivo sotteso alle pratiche retoriche: *rectius*, a chiarire perché “l'autoevidenza [...] non si attaglia alle verità

⁸⁰ V. VILLA, *Costruttivismo e teorie del diritto*, cit., *passim*; più recentemente, si v. anche ID., *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, cit., 196-204.

retoriche e anzi le esclude recisamente”⁸¹. In altre parole, proprio perché, in una certa misura – si ricordi, infatti, che anche il costruttivismo di Villa è compatibile con un realismo seppur “minimale”⁸² – gli schemi concettuali sono molteplici e soggetti a cambiamento poiché modificati dalle e nelle comunità linguistiche, è necessario l’apporto “costruzionista” del giurista al fine di ricercare, comprendere e valutare i “truthmakers” delle asserzioni coinvolte nelle posizioni di un contesto retorico⁸³.

5. Conclusioni

Dopo una breve introduzione (nel primo paragrafo) e qualche chiarimento con riferimento al sapere giuridico e sapere tecno-scientifico (secondo e terzo paragrafo) si è cercato di evidenziare i profili di somiglianza tra i due contesti (nel quarto paragrafo). Le analogie proposte conducono a diverse domande. Ci limitiamo in questa sede a evidenziarne una, volta a rispondere alla domanda circa le modalità tramite le quali tale apporto costruzionista del soggetto possa dispiegarsi concretamente. A questo riguardo, infatti, la strada ipotizzata da Russo può assumere importanza non solo per la tecno-scienza, ma altresì per il contesto giuridico.

Come posto in luce in un recente contributo, l’agente (non solo epistemico) umano riveste un ruolo cruciale nel contesto scientifico, giacché, determinando la struttura degli strumenti tecno-scientifici, promuove certi valori a scapito di altri: «Certain conceptual or methodo-

⁸¹ F. PUPPO, *Diritto e retorica*, cit., XXV.

⁸² V. VILLA, *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, cit., 200-201. È evidente, quindi, che il costruttivismo post-positivistico di Villa non corrisponde al costruttivismo (*tout court*) di cui si è fatto cenno in precedenza, presentando piuttosto somiglianze con il costruzionismo di Floridi adottato da Russo.

⁸³ In questo senso, la retorica giuridica sembrerebbe sovrapporsi, almeno in parte, alla concezione di diritto internazionale di Trujillo: «[D]iritto internazionale non è là fuori, esso non è un set di regole, fonti o poteri che stanno davanti al soggetto, ma è il risultato dell’opera dei giuristi, del loro modo di concepire il diritto e di praticarlo, e dunque è nelle loro mani» (I. TRUJILLO, *Interpretazione del diritto internazionale e rule of law*, 1, 2020, 41).

logical choices have implications for – or promote – values»⁸⁴. Proprio per la capacità di promozione di valori da parte dello strumento tecnoscientifico, l'Autrice suggerisce di spostare l'attenzione dalla pratica tecnoscientifica alla formazione dei soggetti coinvolti nella pratica stessa, ponendo così l'attenzione su una teoria morale precisa, quella dell'etica delle virtù⁸⁵.

E, in effetti, a conferma delle analogie proposte, lo stesso avviene, da tempi recenti, anche nel contesto filosofico-giuridico: in Italia come Oltralpe, vi è chi suggerisce, per esempio, la *virtue ethics* per la formazione del giurista⁸⁶, come teoria adeguata alla comprensione della *rule of law*⁸⁷, come modello nel ragionamento giuridico⁸⁸ o come guida per la legislazione⁸⁹. Si tratta, quindi, di capire in che modo e fino a che punto l'etica delle virtù possa contribuire nel forgiare l'apporto costruzionista del giurista.

⁸⁴ E. RATTI, F. RUSSO, *Science and values: a two-way direction*, in *European Journal for Philosophy of Science*, 14, 3.

⁸⁵ F. RUSSO, *op. cit.*, 209.

⁸⁶ F. PUPPO, *La forza dell'esempio: l'etica professionale come virtù*, cit., 241 ss.

⁸⁷ I. TRUJILLO, *The complementarity between the virtue of law (the rule of law) and the legal virtues*, in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 53, 2024, *passim*.

⁸⁸ A. AMAYA, *Reasoning in Character: Virtue, Legal Argumentation, and Judicial Ethics*, in *Ethical Theory and Moral Practice*, 2023, *passim*.

⁸⁹ L.B. SOLUM, *Virtue as the end of law: an aretaic theory of legislation*, in *Jurisprudence*, 2010, 1, 10 ss.

QUALE FIDUCIA?

RIFLESSIONI CIRCA L'AFFIDABILITÀ DEGLI ESPERTI

Simona Trocino

1. Premessa

Il ricorso al sapere specialistico sta diventando sempre più diffuso in vari settori e sta esercitando un'influenza crescente sulle pratiche della vita quotidiana. Anche il diritto si trova oggi a dover affrontare la sfida di come integrare in modo efficace il sapere specialistico all'interno delle corti¹. La rapidità con cui si sviluppano nuove discipline e tecnologie, infatti, rende necessaria una continua riflessione su come le conoscenze provenienti da ambiti come la medicina, l'ingegneria, la biologia vengono utilizzate nelle decisioni giuridiche. In questo contesto, l'incorporazione del sapere specialistico nelle corti non rappresenta solo una necessità tecnica, ma anche un aspetto essenziale per consentire al giudice di rispondere alle complesse problematiche che emergono nella società contemporanea.

La disponibilità di conoscenze scientifiche sempre più avanzate, infatti, permette al giudice di ricostruire i fatti con maggiore precisione rispetto al passato. Mentre un tempo i tribunali potevano fare affidamento solo su prove forensi tradizionali, oggi i giudici possono contare su una vasta gamma di sofisticati strumenti tecnologici che permettono di analizzare i fatti con maggiore accuratezza. Tecniche come l'analisi del DNA, la biometria e il tracciamento elettronico, per esempio, hanno

¹ «The unprecedented challenge of keeping the legal system attuned to the current pace of scientific advance suggests that this subject may now require a more broadly based kind of scrutiny than it has traditionally received» (H.L. KORN, *Law, Fact, and Science in the Courts*, in *Columbia Law Review*, vol. 66, no. 6, 1966, 1080).

rivoluzionato il modo in cui si conducono le indagini, offrendo una precisione che un tempo sarebbe stata impensabile².

Tuttavia, questo processo richiede non solo una grande capacità di adattamento da parte dei giudici, ma anche un'efficace collaborazione tra l'autorità giudicante e gli esperti di diverse discipline. Infatti, sebbene queste nuove tecniche investigative offrano conoscenze più affidabili, è ormai evidente che il progresso scientifico comporta una crescente divisione del lavoro cognitivo tra soggetti epistemicamente asimmetrici³.

Il presente saggio si propone di esplorare i problemi correlati alla crescente importanza del ruolo degli esperti in ambito processuale. In primo luogo, si analizzeranno le principali teorie sviluppate dalla dottrina per identificare un soggetto come esperto e, quindi, per determinare quando un esperto merita la fiducia delle autorità legali (§2). Dopo aver compreso chi possa essere definito come esperto, si esaminerà il legame di fiducia che si instaura con il giudice. In particolare, si farà riferimento ai diversi approcci che sono stati elaborati dalla dottrina per analizzare tale rapporto (§3). Infine, dopo aver compreso i punti di debolezza delle diverse posizioni dottrinali, si proporrà un modello ibrido che unisca i punti di forza degli approcci analizzati, cercando, così, di superare le criticità emerse (§3.1).

2. Come identificare l'esperto: approccio reputazionale

Una delle questioni fondamentali a cui la dottrina ha cercato di fornire una risposta riguarda l'identificazione degli esperti.

La questione centrale, infatti, risiede nel comprendere come una persona priva di competenze specifiche in un determinato campo possa riconoscere un soggetto come un'autorità epistémica e identificarlo come esperto.

² Per una tassonomia delle scienze forensi si veda E. MURPHY, *The New Forensics: Criminal Justice, False Certainty, and the Second Generation of Scientific Evidence*, in *California Law Review*, vol. 95, 2007, 721-789.

³ P. KITCHER, *The Division of Cognitive Labor*, in *The Journal of Philosophy*, vol. 87, n. 1, 1990, 5-22.

Sebbene a prima vista questa domanda possa sembrare semplice, si è rivelata una sfida complessa per la dottrina, che non è ancora riuscita a formulare una definizione chiara e condivisa di esperto⁴.

Per questo motivo, sono state sviluppate diverse teorie che hanno cercato di chiarire in che modo un soggetto può essere riconosciuto come esperto in un determinato campo.

La prima teoria che è necessario analizzare è la c.d. teoria reputazionale. Secondo questo approccio, un soggetto viene considerato esperto in un certo dominio cognitivo se è ritenuto epistemicamente superiore rispetto agli altri. In altre parole, la condizione necessaria e sufficiente affinché qualcuno venga considerato esperto è che sia ritenuto da un soggetto (S) in possesso di una posizione epistemicamente avanzata rispetto agli altri nel dominio specifico e in relazione a un determinato obiettivo epistemico.

Una definizione particolarmente chiara di questo concetto è la seguente:

EAE: A è un'autorità epistemica per S nel dominio D in un dato (periodo di) tempo t e rispetto ad un bene epistemico G, se S ritiene che A sia in una posizione epistemica significativamente superiore in D rispetto a S, al momento o durante t, per quanto riguarda l'obiettivo di acquisire o sostenere G⁵.

A partire da questa definizione, la teoria reputazionale può essere analizzata distinguendo due diverse prospettive.

Da un lato, infatti, le valutazioni reputazionali possono essere basate su criteri oggettivi come, per esempio, il possesso di titoli accademici o

⁴ «However, despite the pervasive use of experts not only in scientific practices and the increasing interest in the conceptual and epistemological issues concerning expertise, the philosophical discussion about experts and expertise must be said to be still in fledgling stages» (C. QUAST, M. SEIDEL, *Introduction: The Philosophy of Expertise – What is Expertise?*, in *Topoi*, vol. 37, 2018, 1-2).

⁵ Si riporta il testo originale: «A is an epistemic authority for S in domain D at a given (period of) time t and relative to some epistemic good G, if S believes A to be in a substantially advanced epistemic position in D relative to S, at or during t, with respect to the goal of acquiring or sustaining G» (C. JÄGER, *Epistemic Authority*, in J. LACKEY, A. MCGLYNN (a cura di), *Oxford Handbook of Social Epistemology*, Oxford, 2025, 5).

l'aver contribuito in modo significativo alla ricerca per la comunità di riferimento⁶.

Dall'altro lato, esiste una dimensione reputazionale legata alle caratteristiche personali dell'esperto. In questo caso, la fiducia che il giudice ripone nell'esperto non si basa esclusivamente sulle sue competenze scientifiche, ma anche sulla sua credibilità personale, che può essere influenzata da fattori come la reputazione professionale o lo status di celebrità. Inoltre, la reputazione di un soggetto può derivare dal raggiungimento di una visibilità tale da accrescerne l'autorevolezza anche agli occhi di chi non è in grado di valutare effettivamente la sua competenza tecnica.

In sostanza, essere un esperto reputazionale significa suscitare un elevato livello di fiducia nella comunità. Poiché i giudici non sono in grado di accertare autonomamente le affermazioni di natura tecnica o scientifica rilevanti per il caso, sono spesso costretti a fare affidamento su esperti. Nel modello reputazionale, quindi, la fiducia è cruciale, poiché influisce sia sugli aspetti cognitivi che sulle dinamiche procedurali relative all'accertamento dei fatti. L'affidabilità dell'esperto non dipende tanto dal contenuto della testimonianza, quanto dalla sua provenienza⁷.

Sebbene la reputazione sia stata a lungo utilizzata come criterio di selezione degli esperti, tale approccio presenta delle criticità. In questo modello, infatti, un individuo può essere ritenuto esperto solo in virtù della sua reputazione, senza necessariamente possedere le competenze adeguate a ricoprire tale ruolo⁸. Se questo dovesse accadere, i giudici rischierebbero di accettare passivamente le affermazioni dell'esperto

⁶ «Typically, the identification of epistemic authorities by inferiors is based on credentials such as academic degrees, reputation or research impact» (J. CONSTANTIN, T. GRUNDMANN, *Epistemic authority: preemption through source sensitive defeat*, in *Synthese*, vol. 197, n. 9, 2020, 4122).

⁷ «La reputazione denota essenzialmente credibilità» (A. PIZZORNO, *Capitale sociale, reputazione, visibilità*, in *Sociologia del Lavoro*, vol. 104, n. 4, 2006, 236-259).

⁸ «A reputational expert is someone widely believed to be an expert (in the objective sense), whether or not he really is one» (A.I. GOLDMAN, *Experts: which ones should you trust?*, in *Philosophy and Phenomenological research*, vol. 63, n. 1, 2001, 91).

reputazionale, rinunciando, di fatto, alla loro funzione valutativa e delegando il giudizio a tali figure⁹.

2.1. *Approccio comparativo*

A partire dalle critiche precedentemente menzionate, il dibattito epistemologico ha cercato delle risposte differenti alla domanda “chi è l'esperto?”. In particolare, questa discussione si è concentrata sull'identificazione degli esperti attraverso la comparazione. Secondo la c.d. teoria comparativa, un soggetto può essere definito esperto se, all'interno di un determinato dominio cognitivo, possiede un livello di conoscenze o competenze superiori, tali da permettergli di accertare meglio di altri la verità di affermazioni fattuali e, al contempo, di evitare errori¹⁰.

A differenza dell'approccio reputazionale, questa valutazione comparativa permette una valutazione più oggettiva dell'*expertise*, poiché identifica un soggetto come esperto in base alle sue effettive conoscenze teoriche e competenze pratiche, anche quando queste non sono ampiamente conosciute dal pubblico. In questo modello, dunque, l'affidabilità dell'esperto dipende esclusivamente dalle competenze che possiede, indipendentemente dal fatto che queste siano o meno note al pubblico più generalista.

Tuttavia, se definita in questi termini, la teoria comparativa rischia di assomigliare o, addirittura, di sovrapporsi alla teoria reputazionale. Entrambi gli approcci, infatti, si basano su una valutazione esterna dell'*expertise*. L'unica differenza fino a ora evidenziata risiede nel fatto che, mentre la teoria reputazionale dipende dalla percezione pubblica delle conoscenze di un esperto, quella comparativa si concentra sulle conoscenze effettivamente possedute. In questo secondo modello, quindi, l'affidabilità degli esperti non è una questione binaria (“sì o no”), bensì una questione di grado (“più o meno”): non è sufficiente affermare che qualcuno possiede più conoscenze rispetto a un altro, ma è ne-

⁹ J. HARDWIG, *Epistemic Dependence*, in *The Journal of Philosophy*, vol. 82, n. 7, 1985, 335-349.

¹⁰ L'*expertise* è «a matter of how the candidate expert compares to others in terms of truth-possession and error-avoidance» (A.I. GOLDMAN, *Expertise*, in *Topoi*, vol. 37, 2018, 4).

cessario determinare in che misura queste conoscenze sono rilevanti e applicabili in contesti specifici¹¹.

Determinare il grado di conoscenza di un soggetto non è un'operazione semplice, soprattutto se si considera che non è un dato facilmente osservabile o misurabile.

Per questo motivo, la dottrina ha in parte modificato l'approccio comparativo, introducendo dei correttivi volti a risolvere i problemi menzionati¹². In primo luogo, è necessario che il soggetto possieda un numero molto elevato di credenze vere nel dominio di riferimento. Inoltre, un esperto è tale se possiede più credenze vere (o un più alto grado di credenze) e/o meno credenze false nelle proposizioni relative al dominio di riferimento rispetto ai soggetti laici¹³. La presenza di questi criteri consente di identificare un soggetto che non solo possiede un numero elevato di conoscenze, ma che è anche in grado di utilizzare quelle conoscenze per rispondere alle nuove domande che potrebbero sorgere nel dominio di riferimento¹⁴.

¹¹ Questo concetto è ripreso da quanto affermato da S. HAACK, *Judging expert testimony: From verbal formalism to practical advice*, in *Quaestio facti. International Journal on Evidential Legal Reasoning*, vol. 1, 2020, 22. L'autrice afferma che: «Like legal proof, the reliability of expert testimony isn't a matter of "yes" or "no," but always a matter of degree, of more and less; and what I can offer will be only indicia, not "criteria" – the Daubert Court was right to insist that its list of factors could not be used as a checklist, but must be treated as flexible».

¹² I correttivi che si propongono sono tratti dal lavoro di A.I. GOLDMAN, *Experts: which ones should you trust?*, cit., 85-110.

¹³ *Ivi*, 91: «As a first pass, experts in a given domain (the E-domain) have more beliefs (or high degrees of beliefs) in true propositions and/or fewer beliefs in false propositions within that domain than most people do (or better: than the vast majority of people do) [...] To qualify as a cognitive expert, a person must possess a substantial body of truths in the target domain. Being an expert is not simply a matter of veritistic superiority to most of the community».

¹⁴ Per esempio, una delle caratteristiche degli esperti è quella di avere una migliore capacità di effettuare analogie e, quindi, una maggiore capacità di accertare i fatti. Sul tema si veda G. TUZET, *Analogia e ragionamento giuridico*, Roma, 2020; *Id.*, *Analogia e prova dei fatti*, in A. CARATTA, M. DE CARO, G. PINO (a cura di), *Intorno al ragionamento giuridico*, Roma, 2022, 43-59.

In sintesi, la teoria comparativa può essere espressa come segue:

EAR: A è un'autorità epistemica (riconosciuta) per S in D a t e rispetto a G, se S crede veramente che A sia in una posizione epistemica significativamente superiore in D rispetto a S, a t o durante t, rispetto all'obiettivo di acquisire o mantenere G¹⁵.

In conclusione, la teoria comparativa non si limita a considerare l'esperto come una figura statica, ma piuttosto come un individuo la cui affidabilità è determinata non solo dalla quantità di conoscenze possedute, ma anche dalla capacità di applicare tali conoscenze a situazioni concrete.

3. Il rapporto tra giudice ed esperto: teoria educativa e teoria deferenziale

A partire dalle considerazioni svolte nel paragrafo precedente relative al problema dell'identificazione dell'esperto, è ora possibile analizzare il rapporto che si instaura tra quest'ultimo e il giudice.

Questo tema assume particolare rilevanza in relazione al tema dell'opacità del diritto, fenomeno che si verifica quando un'autorità giuridica determina il significato di un testo normativo basandosi sull'opinione di un esperto, senza comprenderne appieno il contenuto. L'opacità non dipende solo dalla complessità della legge, ma è anche determinata dalla mancanza di una corretta interazione tra le parti coinvolte. Questo fenomeno può compromettere la legittimità e la trasparenza della decisione finale¹⁶. In questo senso, i giudici dovrebbero essere in grado di comprendere le regole inferenziali delle scienze, così come gli esperti dovrebbero avere familiarità con il linguaggio giuridico.

¹⁵ «EAR: A is a (recognized) epistemic authority for S in D at t, and relative to G, iff S truly believes A to be in a substantially advanced epistemic position in D relative to S, at or during t, with respect to the goal of acquiring or sustaining G» (C. JÄGER, *op. cit.*, 6).

¹⁶ D. CANALE, *The opacity of law: on the hidden impact of experts' opinion on legal decision-making*, in *Law and philosophy*, vol. 40, n. 10, 2021, 509-543.

Sulla base di queste considerazioni, sono emerse e si sono sviluppate due teorie che hanno cercato di comprendere se il giudice debba essere educato o se, al contrario, debba semplicemente deferire alcune parti del suo ragionamento all'esperto.

I sostenitori della c.d. teoria educativa¹⁷ ritengono che gli esperti abbiano il compito di formare i giudici affinché questi siano in grado non solo di comprendere i termini tecnici usati dagli esperti, ma anche di verificare la correttezza metodologica delle argomentazioni presentate. Secondo questa teoria, quindi, è necessario che i giudici acquisiscano un ampio bagaglio di conoscenze affinché siano in grado di comprendere le regole inferenziali usate dagli esperti nelle loro testimonianze. Solo in questo modo si può evitare il rischio che i giudici si affidino a un soggetto solo in relazione al suo status.

Nonostante questo approccio sia ancora sostenuto in dottrina, è stato oggetto di svariate critiche, derivanti, soprattutto, dai sostenitori della c.d. teoria deferenziale.

Secondo questa visione, la crescente divisione del lavoro cognitivo e la settorializzazione del sapere specialistico rendono estremamente complicato per i giudici acquisire una competenza sufficiente in ogni ambito. Al contempo, gli esperti si troverebbero in grande difficoltà nel dover istruire i giudici su questioni tecniche ogni volta differenti. Per questo motivo, risulta più sensato che i giudici si affidino alle opinioni degli esperti, piuttosto che pretendere che i giudici acquisiscano, di volta in volta, l'*expertise* necessaria per decidere la controversia.

Un altro aspetto fondamentale della teoria deferenziale è il concetto di fiducia, che, secondo i sostenitori di questa teoria, è spesso epistemologicamente più importante delle informazioni fornite dall'esperto¹⁸. La

¹⁷ In particolare, in questo lavoro si fa riferimento alla teoria educativa così come presentata da R.J. ALLEN, J.S. MILLER, *The Common Law Theory of Experts: Deference or Education?*, in *Northwestern University Law Review*, vol. 87, n. 4, 1993, 1131-1147; R.J. ALLEN, *The conceptual Challenge of Expert Evidence*, in *Discusiones Filosóficas*, vol. 14, n. 23, 2013, 41-65.

¹⁸ «In an important sense, then, trust is often epistemologically even more basic than empirical data or logical arguments: the data and the argument are available only through trust. If the metaphor of foundation is still useful, the trustworthiness of members of epistemic communities is the ultimate foundation for much of our knowledge»

fiducia è definibile come l'affidamento che si ripone in un soggetto che possiede delle conoscenze tali da permettergli di risolvere i problemi che sorgono all'interno di uno specifico dominio di riferimento¹⁹.

Si tratta, in sostanza, di un meccanismo epistemologico che consente ai soggetti laici (come i giudici) di avere accesso a conoscenze che non potrebbero altrimenti acquisire né personalmente verificare.

Quale naturale conseguenza, il modello deferenziale comporta che i giudici possano deferire una parte della loro autorità a quegli esperti che hanno superato una certa soglia di credibilità.

Giunti a questo punto, è importante sottolineare che il dibattito interno ai sostenitori della teoria deferenziale ha evidenziato la presenza di due differenti atteggiamenti che possono sorgere in capo al giudice²⁰.

Da un lato, infatti, il giudice può assumere un atteggiamento noto come deferenza epistemica, ossia l'atteggiamento che si instaura ogni volta che il giudice si fida di quanto viene esposto dall'esperto. La deferenza epistemica consiste in un atteggiamento del tutto fisiologico, direttamente collegato all'incompetenza scientifica del giudice e alla conseguente necessità di aiuto da parte di una figura autorevole. Per questa ragione, è fondamentale capire quando una persona è veramente un esperto, poiché solo un esperto che ha superato una specifica soglia di credibilità può alimentare questa fiducia nel giudice.

Al contrario, la situazione patologica è quella di c.d. deferenza semantica, che si verifica ogniqualvolta il giudice rinunci completamente a comprendere il significato dei termini utilizzati dall'esperto, deferendo a quest'ultimo anche la determinazione del contenuto proposizionale relativo alla ricostruzione del fatto. I laici, in questo caso, deferiscono all'esperto la determinazione del significato di termini tecnici che sono

(J. HARDWIG, *The role of trust in knowledge*, in *The Journal of Philosophy*, vol. 88, no. 12, 1991, 694).

¹⁹ Cfr. C. VAZQUEZ ROJAS, *De la prueba científica a la prueba pericial*, Madrid, 2015.

²⁰ Si veda M. UBERTONE, *Il giudice e l'esperto. Deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, Torino, 2022; Id., *A Deference-Based Theory of Expert Evidence: Why Epistemic Deference is Fine, and Semantic Deference is Not*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 108, n. 2, 2022, 241-269.

sia utilizzati come lessico specialistico delle scienze, sia come linguaggio comune.

Per esempio, sebbene tutti conosciamo il significato della parola “acido”, questo termine assume significati differenti a seconda che venga impiegato da parlanti comuni o da scienziati. Gli esperti, infatti, attribuiscono al termine un significato più preciso, che include, per esempio, la distinzione tra i vari tipi di acido, oppure la posizione delle diverse molecole che li compongono. Queste informazioni, tuttavia, non sono generalmente alla portata di chi non ha una formazione specifica in chimica. In altre parole, i parlanti comuni riconoscono che esiste un uso più tecnico e preciso del termine, e pur utilizzando la parola “acido” nel loro contesto quotidiano, tendono ad adattare il loro linguaggio e ad accettare l’uso che ne fanno gli esperti come riferimento corretto quando entrano in contatto con un contesto più tecnico²¹.

3.1. Modello ibrido

Nel paragrafo precedente sono state presentate le due principali ricostruzioni teoriche del rapporto tra giudice ed esperto. In particolare, secondo la teoria educativa il giudice deve essere istruito dall’esperto affinché sia in grado di vagliare criticamente il fondamento della testimonianza esperta. Al contrario, i sostenitori della teoria deferenziale ritengono che questo modello non sia più applicabile e che, di conseguenza, il giudice debba fidarsi dell’esperto. In sostanza, la deferenza del giudice nei confronti dell’esperto consiste nel basare la sua convinzione circa la verità di determinate affermazioni esclusivamente sulla testimonianza esperta²².

²¹ Questo esempio è tratto da D. MARCONI, *Semantic Normativity, Deference and Reference*, in *Dialectica*, vol. 66, n. 2, 2012, 273-287. In particolare, l’autore ritiene che si verifichi deferenza semantica quando: «1) Ordinary, non-expert speakers know that the word W has an expert usage that may differ from their own; 2) They believe that such expert use is the correct one; 3) They assume that their own use of W is consistent with the experts’; 4) However, they are prepared to amend it if it is shown to be inconsistent with the expert’s use. When all of 1-4 hold, we say that word W is used deferentially by ordinary speakers».

²² Si veda M. UBERTONE, *Il giudice e l’esperto. Deferenza epistemica e deferenza semantica nel processo*, cit., 15 ss.

Tuttavia, entrambi questi approcci presentano delle criticità.

Come accennato nel paragrafo precedente, la teoria educativa è stata criticata in quanto la crescente specializzazione del sapere, combinata con l'elevato approfondimento richiesto per la formazione del giudice, renderebbe difficile per quest'ultimo acquisire le competenze necessarie per valutare correttamente la testimonianza dell'esperto.

D'altra parte, il modello deferenziale ha sollevato preoccupazioni relative, soprattutto, al rischio correlato alla deferenza semantica. In particolare, le critiche hanno evidenziato che agire in modo deferente comporta il rischio che i giudici perdano il controllo sulla determinazione dei fatti e, di conseguenza, sulla decisione finale. Il giudice, infatti, potrebbe assumere acriticamente le conclusioni del rapporto peritale trasformando, di fatto, l'esperto in decisore della causa²³.

Il dibattito tra i due modelli è sempre stato dicotomico poiché la dottrina si è sempre chiesta quale dei due approcci sia il migliore.

Ma è davvero così?

Come analizzato in questo saggio, è possibile rinvenire aspetti positivi e criticità in entrambi i modelli. Questo apre la possibilità di riflettere se sia possibile combinare gli aspetti positivi delle due teorie in un modello ibrido.

Nella prima fase del processo decisionale, ossia quella in cui il giudice deve individuare quali conoscenze siano rilevanti per il caso concreto, quest'ultimo può fare affidamento sull'esperto per acquisire un quadro di riferimento tecnico e specialistico.

Tale deferenza si basa sulla consapevolezza che l'esperto, grazie alla sua formazione specialistica e alla sua esperienza, è meglio equipaggiato per individuare le conoscenze tecniche rilevanti e circoscrivere il campo delle informazioni necessarie per la risoluzione della controversia. Questa iniziale deferenza riconosce la superiorità epistemica dell'esperto e garantisce un'efficienza operativa e una corretta delimitazione del sapere.

La seconda fase, invece, è caratterizzata dall'educazione del giudice rispetto al sapere selezionato. Qui l'obiettivo è fornire al giudice gli

²³ Una critica in questo senso è mossa da M. GASCÓN ABELLÁN, *Conocimientos expertos y deferencia del juez (Apunte para la superación de un problema)*, in *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 39, 2016, 347-365.

strumenti necessari per analizzare criticamente le informazioni tecniche e le regole inferenziali utilizzate dall'esperto. Attraverso un processo educativo mirato, il giudice acquisisce una comprensione sufficiente delle metodologie scientifiche e delle tecniche applicate, preservando la propria autonomia decisionale e riducendo il rischio di cieca fiducia nell'esperto. In altre parole, il giudice non solo diventa più consapevole delle scelte metodologiche dell'esperto, ma sviluppa anche una capacità di valutazione critica che gli consente di mantenere il controllo sul processo decisionale.

La combinazione di deferenza nella fase di selezione del sapere ed educazione nell'analisi dei dati permette di bilanciare l'efficienza del processo decisionale con l'autonomia del giudice²⁴. In questo modo, si garantisce che il sapere tecnico sia integrato nel processo senza che venga compromessa la funzione del giudice e la sua autonomia.

Questo modello dinamico di deferenza educativa consentirebbe al giudice di restare attivamente coinvolto nella decisione, evitando, così, la passività che potrebbe derivare da una fiducia totale e indiscriminata nell'esperto.

4. Conclusioni

Le trasformazioni provocate dal crescente ricorso al sapere specialistico nei processi giudiziari impongono di ripensare il rapporto che si deve instaurare tra gli esperti e il giudice.

In questo saggio ho analizzato le principali teorie che hanno affrontato la questione dell'identificazione dell'esperto – in particolare l'approccio reputazionale e quello comparativo –, nonché le diverse ricostruzioni teoriche che hanno analizzato la relazione tra giudice ed esperto. Le teorie attualmente più diffuse sono due: l'approccio educativo, che attribuisce al giudice un ruolo attivo nella comprensione del

²⁴ Una interessante riflessione sulla dipendenza epistemica, la nozione di autorità e l'analogia tra l'affidarsi agli altri e l'affidarsi alle regole è fornita da R. HERDY, *Dependencia epistémica, antiindividualismo y autoridad en el derecho*, in *Isonomía*, n. 40, 2014, 119-146.

sapere tecnico; e l'approccio deferenziale, che giustifica una fiducia epistemica nei confronti dell'esperto.

Entrambi questi approcci, però, presentano delle criticità: il primo rischia di essere inapplicabile nei contesti di elevata specializzazione; il secondo espone il giudice a una pericolosa passività, che può sfociare in deferenza semantica.

Per superare questa polarizzazione, ho proposto un modello ibrido articolato in due fasi distinte ma complementari, volto alla salvaguardia sia dell'efficienza decisionale sia dell'autonomia del giudice.

Nella prima fase, di tipo selettivo, il giudice esercita una forma di deferenza nei confronti dell'esperto poiché riconosce che questi è meglio equipaggiato per individuare le conoscenze rilevanti per il caso in esame.

La seconda fase, invece, ha natura educativa poiché il giudice deve poter comprendere e valutare criticamente le informazioni ricevute, pur senza dover acquisire una competenza tecnica esaustiva.

Questo modello ibrido risponde a due esigenze: da un lato, riconosce la difficoltà per il giudice di acquisire una preparazione tecnica approfondita in un contesto di crescente settorializzazione del sapere; dall'altro, tutela la sua responsabilità e autonomia decisionale, impedendo che l'autorità epistemica dell'esperto diventi anche autorità decisionale.

Affinché il modello ibrido possa essere implementato in modo pratico all'interno delle aule di tribunale è necessario formare i giudici su come condurre un dialogo proficuo con gli esperti, al fine di rendere più comprensibili le informazioni tecniche e supportare una decisione autonoma e consapevole.

In definitiva, questa proposta non ha come obiettivo quello di trasformare il giudice in un esperto. Trattasi, piuttosto, di una proposta operativa volta a fornire all'autorità giudicante degli strumenti per esercitare la propria funzione con consapevolezza.

Ed è proprio in questa equilibrata distribuzione delle competenze che il sapere specialistico degli esperti può integrarsi nel processo in modo virtuoso, rafforzando – e non sostituendo – l'autonomia del giudice.

“CHI PARLA DI TECNICA VUOL TRARVI IN INGANNO”

AUTONOMIA DEL GIURIDICO E NEUTRALITÀ DELLA TECNICA IN CARL SCHMITT

Vincenzo Peluso

1. La neutralità della tecnica: tra strumentalità e spoliticizzazione assoluta

Carl Schmitt afferma icasticamente in *Ex Captivitate Salus* che «la scienza giuridica in quanto scienza si situ[a] fra teologia e tecnica»¹. Secondo il giurista, il diritto moderno, nato per neutralizzare i conflitti religiosi che hanno segnato l'origine della modernità, rischia ora di essere esso stesso neutralizzato dalla «oggettività della tecnicità pura»². Di fronte alla neutralità della tecnica il diritto non appare infatti più necessario: le cose si amministrano da sé. La tecnica, con la sua neutralità oggettiva, sembra produrre un mondo tecnicamente pacificato e spoliticizzato in cui il diritto diviene superfluo. «Silete iureconsulti»³: è questo l'ordine di tacere che essa rivolge ai giuristi. Ma l'avvento della tecnica segna davvero la fine del diritto? In questo lavoro cercheremo di rispondere a tale interrogativo, analizzando innanzitutto il concetto schmittiano di tecnica e il significato della sua neutralità. Ci soffermeremo poi sull'interpretazione del diritto in Schmitt, con particolare attenzione alla distinzione tra neutralità giuridica e neutralità tecnica, per concludere infine con un'analisi del processo di tecnicizzazione del diritto⁴.

¹ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus*, Milano, 1987, 77.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Per un'introduzione al pensiero di Schmitt rimandiamo, tra gli altri, a C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bolo-

Prima di proseguire la nostra analisi è necessario affrontare una questione preliminare e decisiva: *che cos'è la tecnica* per Schmitt? Per rispondere a tale quesito occorre innanzitutto fare riferimento al saggio del 1929 *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*⁵, in cui il giurista affronta in modo esplicito la questione. In tale scritto Schmitt interpreta la modernità europea come storia della ricerca di una neutralità stabile. Essa è scandita dalla successione di differenti «centri di riferimento»⁶: dal teologico al metafisico, quindi al morale-umanitario, all'economico e infine alla tecnica. Questi centri individuano l'ambito culturale e spirituale omogeneo di una determinata epoca, considerato neutrale in virtù della sua «egemonia». Il passaggio da un ambito all'altro è determinato dal sorgere al suo interno di nuovi conflitti: una volta politicizzato, esso perde il proprio carattere di neutralità, rendendo necessario il trasferimento a un nuovo centro. È proprio questa dinamica che, per esempio, porta al passaggio dal teologico al metafisico in seguito alle guerre civili di religione del XVI secolo. La neutralità, in questo schema, non è un dato spontaneo, bensì l'effetto di un'azione esercitata da un soggetto capace di spoliticizzare le parti in conflitto, ponendosi nei loro confronti come «terzo neutrale». Neutrale sarà dunque sia il nuovo centro di riferimento sia il soggetto che lo produce.

Questa è la neutralità dei primi centri. Tuttavia, per Schmitt, la tecnica, l'ultimo dei centri di riferimento, presenta un tipo di neutralità profondamente diverso. Come egli afferma: «la neutralità della tecnica è qualcosa di diverso dalla neutralità degli altri centri finora venuti alla ribalta»⁷. E ancora: «la tecnica è strumento ed arma e proprio per il fat-

gna, 1996; G. PRETEROSS, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Roma-Bari, 1996; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Roma, 2012; P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Milano, 1982; T. GAZZOLO, *La teologia politica come teoria del diritto*, in *Jus-online*, n. 1, 2023, 86-130; M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990. Su Schmitt e la tecnica cfr. J.P. MCCORMICK, *Carl Schmitt's critique of liberalism. Against politics as technology*, Cambridge, 1997; A.S. SPADONI, *Nomos e tecnica. Ragion strategica e pensiero giuridico-filosofico nell'Ordinamento dei grandi spazi*, Napoli, 2005.

⁵ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Milano, 1972, 167 ss.

⁶ *Ivi*, 169.

⁷ *Ivi*, 178.

to che serve a tutti non è neutrale»⁸. La tecnica è dunque inizialmente definita neutrale, seppur in modo differente dai precedenti centri di riferimento, per poi essere esplicitamente qualificata come non neutrale. Eppure, è lo stesso Schmitt ad aver sostenuto, poche righe prima, che la tecnica sembra in grado di garantire una forma di neutralità assoluta:

l'evidenza della fede, oggi così diffusa, nella tecnica dipende solo dal fatto che si poté credere di aver trovato nella tecnica il terreno assolutamente e definitivamente neutrale. Infatti, apparentemente non vi è nulla di più neutrale della tecnica. [...] Nei confronti delle questioni teologiche, metafisiche, morali ed anche economiche, intorno alle quali si può discutere all'infinito, i problemi puramente tecnici hanno qualcosa di serenamente concreto; essi conoscono soluzioni plausibili ed è comprensibile che se si pensasse di salvarsi dalla problematicità inestricabile di tutte le altre sfere, ricorrendo al tecnicismo. Su questo punto sembrano potersi unire rapidamente tutti i popoli e le nazioni, tutte le classi e le confessioni, tutte le età e i sessi, poiché tutti si servono con la medesima ovvietà dei vantaggi e delle comodità del comfort tecnico⁹.

Schmitt definisce dunque la tecnica, in momenti successivi, prima neutrale, poi non neutrale e infine neutrale in senso assoluto. Per superare questa apparente contraddizione, è necessario articolare meglio il concetto schmittiano di neutralità, chiarendo i diversi significati che il giurista assegna al termine.

I primi centri di riferimento sono definiti da Schmitt neutrali. Questa neutralità può essere indicata come *attiva*, in quanto risultato dell'azione di un soggetto che neutralizzando le parti antagonistiche si eleva a terzo nei loro confronti. Neutralità (attiva) come terzietà, dunque. Diversa è la condizione della tecnica. Sebbene anch'essa venga inizialmente presentata come neutrale, tale neutralità non ha però carattere attivo. Schmitt afferma che la tecnica è «strumento ed arma». Essa è uno strumento e quindi è neutrale *in senso strumentale*, essendo utilizzabile da chiunque per il perseguimento di qualsiasi fine. La sua neutralità consiste quindi nella disponibilità a essere impiegata da qualunque parte in causa, indipendentemente dal contenuto o dal valore degli scopi perseguiti. Scopi che, in una società differenziata e polarizzata come

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Ivi*, 177-178.

quella moderna, possono assumere un carattere conflittuale, trasformando così il mezzo tecnico in una vera e propria arma.

Ne *Il custode della costituzione* Schmitt ritorna sul concetto di neutralità, proponendo una serie di significati positivi e negativi del termine. Tra quelli negativi – in quanto allontanano dalla decisione politica – vi è ovviamente quello di neutralità in senso strumentale. Un aspetto significativo è rappresentato dal fatto che, in questa occasione, Schmitt attribuisce tale strumentalità anche allo Stato. Sostiene il giurista:

la neutralità dello Stato come strumento tecnico è pensabile per il settore dell'esecutivo e ci si può forse immaginare che l'apparato giurisdizionale o l'apparato amministrativo funzionino nello stesso modo e che stiano a disposizione, con la stessa concretezza e tecnicità, di ogni utente che ne faccia uso secondo le norme che li reggono: come il telefono, il telegrafo, la posta ed altri istituti tecnici [...]. Uno Stato del genere sarebbe del tutto spolitizzato e non sarebbe più in grado di distinguere da sé fra amico e nemico¹⁰.

Anche il diritto può quindi essere considerato uno strumento tecnico. Come vedremo, nel corso del Novecento il diritto subisce un processo di funzionalizzazione che lo trasforma in un mero mezzo, perdendo così quel carattere di terzietà che gli è intrinseco. Esso diventa utilizzabile dai nuovi *poteri indiretti* emersi nella società industriale come strumento e – soprattutto – come arma da brandire nella guerra civile ideologica che imperversa a Weimar. Alla strumentalità si lega infatti l'aspetto della conflittualità: come già evidenziato, la tecnica è per Schmitt non solo strumento ma anche arma. Di conseguenza, anche il diritto, ormai strumentalizzato, diviene «un'arma velenosa»¹¹ da utilizzare nella *Weltbürgerkrieg* novecentesca.

Torneremo più avanti sul processo di tecnicizzazione del diritto. Ora ci interessa innanzitutto soffermarci sull'altro significato che Schmitt assegna alla tecnica. Essa è definita dal giurista anche «religione del tecnicismo»¹². Secondo questa fede è possibile risolvere i problemi e i

¹⁰ C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, Milano, 1981, 171.

¹¹ C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, 1996, 87.

¹² C. SCHMITT, *Epoca delle neutralizzazioni e delle spolitizzazioni*, cit., 181.

conflitti affidandosi ai meccanismi obiettivi del progresso tecnico. Se i precedenti centri di riferimento apparivano ancora “di parte” in quanto frutto di un’azione politica, la tecnica si presenta invece assolutamente neutrale e oggettiva. Le questioni teologiche, metafisiche, morali o economiche possono dar luogo a controversie, mentre la tecnica sembra garantire una spolticizzazione assoluta: mediante essa «tutti gli altri problemi si risolvono da sé, appunto per mezzo del progresso tecnico»¹³. Essa promette quindi una spolticizzazione integrale: in una società tecnicamente amministrata verrebbe meno anche solo la possibilità di immaginare uno spazio per la conflittualità. Non sorprende dunque, come abbiamo visto nel passo precedentemente richiamato, che le nazioni europee abbiano individuato nella tecnica un destino ultimo, apparentemente neutrale. In contrapposizione alla natura di parte della politica, essa si presenta come qualcosa di neutro e impersonale, libero dai conflitti e “assolutamente oggettivo”. Siamo dunque dinanzi a un nuovo significato di neutralità: non nel senso di neutralità attiva né strumentale, ma *assoluta*.

Per Schmitt, dunque, la tecnica rivela un’ambiguità di fondo: pur configurandosi come strumento, essa tenderebbe progressivamente ad affermarsi come fine in sé. Nella modernità matura la tecnica sembra tramutarsi da mezzo a fine. Se ciò fosse vero avremmo un mondo tecnicamente amministrato in cui la stessa funzione regolativa del diritto verrebbe meno. Ma è effettivamente così? Davvero è possibile una società amministrata in cui la regolazione delle cose avviene “automaticamente”? Anticipiamo che Schmitt non ha mai creduto a questa ipotetica automatizzazione. Dietro la presunta neutralità (in senso oggettivo) della tecnica si celano in realtà dei poteri indiretti che si servono di questa pretesa per nascondere la propria politicità. La tecnica, quindi, non è altro che politicità dissimulata, una copertura ideologica utile per mascherare determinati rapporti di potere. Questo non significa che la tecnica non esista o che sia di per sé politica. Ciò che sosteniamo è che a essere ideologica è la sua pretesa (o, per meglio dire, la pretesa dei po-

Sul duplice significato del concetto di tecnica in Schmitt – sia strumento sia “religione del tecnicismo” – cfr. anche G.A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Napoli, 1999, 328 ss.

¹³ C. SCHMITT, *Epoca delle neutralizzazioni e delle spolticizzazioni*, cit., 172.

teri che dietro essa si celano) di farsi destino oggettivo. Essa va intesa unicamente come mezzo, utilizzabile sia in senso reazionario sia in senso progressivo:

la decisione intorno a libertà e schiavitù non risiede nella tecnica in quanto tecnica. Questa può essere rivoluzionaria e reazionaria, può servire alla libertà e all'oppressione, alla centralizzazione e alla decentrazione. Dai suoi principi e dai suoi punti di vista solo tecnici non deriva né una problematica politica né una risposta politica¹⁴.

L'“essenza” della tecnica è quindi di essere un mezzo, mentre la sua pretesa “metafisica” di porsi come destino oggettivo non è altro che un'arma ideologica utile per nascondere la propria politicità.

La politicità indiretta propria della religione del tecnicismo è ulteriormente approfondita nell'opera *Il concetto di 'politico'*. Questo testo rappresenta, come già Leo Strauss aveva sottolineato in una celebre recensione¹⁵, innanzitutto una critica al liberalismo. L'intenzione di Schmitt è di smascherare quelle ideologie che si presentano impolitiche, ma che in realtà non fanno che riproporre il politico, seppur surrettiziamente. Ed è proprio questo il caso del liberalismo, il quale appare come una teoria totalmente spoliticizzata, che si muove tra economia e morale, ma che in realtà ripropone in modo dissimulato una propria politicità.

¹⁴ Ivi, 179.

¹⁵ L. STRAUSS, *Note su “Il concetto di politico” di Carl Schmitt*, in H. MEIER, *Carl Schmitt e Leo Strauss. Per una critica della Teologia politica*, Siena, 2011.

Per Strauss l'opera di Schmitt rappresenta una critica al liberalismo. Essa è uno scritto polemico, la cui tesi principale è che il liberalismo non ha eliminato il politico dal mondo, ma l'ha soltanto celato. Nella sua recensione egli afferma infatti che «la tesi fondamentale di Schmitt è condizionata in tutto e per tutto dalla polemica contro il liberalismo, va cioè intesa esclusivamente in senso polemico e la si può comprendere solamente “a partire dalla concreta esistenza politica” [...]. Il compito di Schmitt è determinato dal fallimento del liberalismo, che per lui rappresenta un dato di fatto. Il liberalismo ha fallito perché con la sua negazione del politico non ha però eliminato quest'ultimo dal mondo, ma lo ha solo occultato, col risultato che adesso si fa politica per mezzo di un modo di parlare antipolitico. Il liberalismo, quindi, non ha ucciso il politico, ma ha ucciso soltanto la sua comprensione, ha ucciso cioè la sincerità riguardo al politico» (98).

Con il liberalismo, osserva Schmitt, «si giunge così ad un sistema di concetti smilitarizzati e spolitizzati»¹⁶. Nella teoria liberale anche lo Stato è infatti totalmente spolitizzato, ed è rappresentato, sul versante tecno-economico, come sistema di scambio e produzione, mentre su quello etico, come *umanità*. Lo scopo di tale teoria è di «estirpare lo Stato e la politica e spolitizzare il mondo»¹⁷. Ovviamente con il termine spolitizzazione Schmitt non intende qui il risultato (concreto e politicamente situato) della decisione neutralizzante dei primi centri di riferimento, bensì l'eliminazione totale del politico in favore di un'umanità pacificata e tecnicamente unificata. La spolitizzazione liberale si rivela essere, in fondo, l'espressione di quella religione del tecnicismo che pretende di neutralizzare il politico attraverso il dominio della tecnica. Il liberalismo si affida all'economia e alla tecnica, viste in sé come neutrali e non politiche, per superare il politico e perseguire un'unificazione pacifica dell'umanità.

Tuttavia, sostiene Schmitt, «anche le sue neutralizzazioni e spolitizzazioni (dell'educazione, dell'economia e così via) hanno un significato politico»¹⁸. Il liberalismo, pur presentandosi come una teoria totalmente impolitica, finisce per riproporre una propria forma di politicità, celata però dietro l'apparente neutralità della tecnica e dell'economia. Quella del liberalismo è quindi una politicità indiretta. Eppure, afferma lo stesso Schmitt, «un dominio sugli uomini fondato su basi economiche deve apparire come un terribile inganno proprio se resta non politico, poiché in tal caso si spoglia di ogni responsabilità ed evidenza politica»¹⁹.

La presunta spolitizzazione tecno-liberale non è altro che ideologia. Il liberalismo e la religione del tecnicismo, di fatto, non fanno che riproporre quel politico che vorrebbero superare. E tale logica è riprodotta proprio contro quello stesso politico che esse ripudiano:

¹⁶ C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., 157. È da notare che l'ottavo paragrafo de *Il concetto di 'politico'*, da cui questa citazione è tratta, si intitola in tedesco *Entpolitisierung durch die Polarität von Ethik und Oekonomie*, ovvero “spolitizzazione attraverso la polarità di etica ed economia”.

¹⁷ *Ivi*, 164.

¹⁸ *Ivi*, 155.

¹⁹ *Ivi*, 163.

va tenuto presente che questi concetti liberali si muovono, in maniera tipica, fra etica (“spiritualità”) ed economia (affari) e cercano di annichilire, partendo da questi due poli, il ‘politico’ come sfera della “violenza conquistatrice”²⁰.

Per il liberalismo il politico deve essere annichilito, distrutto. Il pensiero tecno-liberale, che si propone di oltrepassare la logica del politico, finisce per reiterarla proprio nel tentativo di negarla. Ma vi è di più. Poiché il liberalismo ammantava la propria politicità indiretta di moralità, la sua lotta diviene ancora più aggressiva. Per un pensiero che si propone come pacifico e moralmente giusto, ogni resistenza deve apparire una violenza ingiustificata e immorale. Ma nei confronti di un avversario squalificato moralisticamente e degradato a inumano diviene legittimo scatenare anche la violenza più estrema. Afferma Schmitt:

l'avversario non si chiama più nemico, ma per ciò egli viene posto, come violatore e disturbatore della pace, *hors-la-loi* e *hors l'humanité*, e una guerra condotta per il mantenimento o l'allargamento di posizioni economicistiche di potere deve essere trasformata, con il ricorso alla propaganda, nella “crociata” e nell’“ultima guerra dell’umanità”. Questo è il frutto della polarità di etica ed economica²¹.

Per questi motivi, l’epoca della tecnica, lungi dal rappresentare un’era di pacificazione – come vorrebbe far credere la religione del tecnicismo –, si configura piuttosto come l’epoca dei conflitti estremi. Conflitti alimentati da quei poteri indiretti che, pur proclamando di voler superare il politico, finiscono in realtà per esasperarne la dinamica.

2. La neutralità (attiva) del diritto e la sua “realizzazione”

Abbiamo visto come l’epoca della tecnica coincida con quella del conflitto estremo, alimentato dai poteri indiretti sorti nella società industriale di massa. A questi poteri, che si presentano neutrali ma che in realtà celano la propria politicità – finendo così per esasperarne la di-

²⁰ *Ivi*, 157-158.

²¹ *Ivi*, 165.

namica –, Schmitt contrappone il proprio modello decisionistico: per frenare i poteri indiretti della tecnica è necessario un “potere diretto” che si erga al di sopra di essi e neutralizzi le loro pretese particolaristiche, foriere di ostilità. Alla neutralità dissimulata della tecnica, Schmitt contrappone la neutralità attiva dei primi centri di riferimento, la quale è quindi riproposta anche nell’epoca della modernità matura.

Per comprendere appieno la proposta avanzata da Schmitt negli ultimi anni della Repubblica di Weimar, dobbiamo tornare a *Il custode della costituzione* e soffermarci nuovamente sui diversi significati attribuiti al concetto di neutralità. Abbiamo già osservato che Schmitt li divide in negativi e positivi: tra quelli negativi vi è il significato di neutralità strumentale; tra quelli positivi vi è invece la neutralità attiva della decisione neutralizzante, che spoliticizzando gli interessi contrapposti garantisce l’unità politica. Schmitt la definisce: «neutralità come espressione di un’unità e globalità [*Ganzheit*] che abbraccia i raggruppamenti contrapposti e che perciò relativizza in sé tutte le contrapposizioni»²². Essa, continua il giurista, rappresenta:

la neutralità della decisione statale delle contrapposizioni interne allo Stato, di fronte al frazionamento e alla divisione dello Stato in partiti e interessi particolari, quando la decisione fa valere l’interesse dell’unità-statale²³.

La neutralità dello Stato risiede dunque nella sua capacità di neutralizzare – spoliticizzandole – le contrapposizioni interne, garantendo così l’unità politica.

Nella modernità, l’unità non può essere presupposta: essa non deriva da fonti autoritative trascendenti, come avveniva invece in epoca premoderna, bensì è il risultato dell’azione di un soggetto che si pone come *rappresentante* dell’intero. In una società differenziata e potenzialmente polemogena, l’unità politica è prodotta dalla decisione di un soggetto che, rappresentando l’intero, è capace di spoliticizzare i poteri particolaristici e di porsi nei loro confronti in posizione di neutralità. Qui neutralità ha significato di terzietà. Ovviamente tale neutralità è

²² C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, cit., 175.

²³ *Ibidem*.

intrinsecamente politica, ed è in ciò che risiede la sua complessità. Essa combina infatti terzietà e politicità, anzi, per meglio dire, genera terzietà a partire da un atto politico.

La decisione schmittiana è quindi orientata a una finalità che essa *deve* perseguire. Si tratta di un “fine frenante”: la garanzia dell’unità politica mediante la neutralizzazione delle parti conflittuali. La decisione non è quindi mera volontà di potenza che tutto può, assoluta e sganciata da ogni limite. Essa si pone un fine da perseguire: frenare la potenza disgregante delle parti sorte nella società tecnologica di massa. Ed è proprio questo fine a distinguere la decisione del “potere diretto”, volta a garantire i presupposti di effettività sui quali può istaurarsi il diritto, dalle “decisioni dei poteri indiretti”, finalizzate a perseguire i propri interessi particolaristici.

Il fine della decisione schmittiana è dunque di garantire – rappresentandola – l’unità politica. Ma in questo proposito vi è evidentemente un intento polemico. L’unità è infatti “giocata” contro le parti sociali disgregatrici, che, secondo Schmitt, vorrebbero frantumarla per perseguire i propri interessi particolari. Essa resta ancora incorporata nello Stato ed è rappresentata dal presidente del *Reich*, legittimato plebiscitariamente e unico garante dell’unità del popolo tedesco. Il richiamo all’unità è quindi utilizzato dal giurista per ristabilire uno Stato forte e spoliticizzare le nuove parti politiche sorte nella società di massa novecentesca. È lecito chiedersi, tuttavia, perché l’unità non possa essere rappresentata da queste nuove soggettività. È questa, per esempio, la via che seguirà in Italia Costantino Mortati, il quale affiderà proprio al partito politico il compito di “portare” la Costituzione materiale²⁴. Indubbiamente, in questa incapacità di aprirsi alle nuove forze che sorgono nel sociale, viste soltanto come foriere di conflittualità e irrazionalità, risiede uno dei tratti più datati del pensiero schmittiano²⁵.

Abbiamo analizzato un concetto cardine del pensiero schmittiano: quello di unità politica. A nostro avviso, tale nozione intrattiene un rapporto di stretta equivalenza con i concetti di “spoliticizzazione” e di “situazione normale” – quest’ultimo impiegato da Schmitt in *Teologia*

²⁴ C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, Milano, 1998.

²⁵ G. PRETEROSSO, *Sulla politicità del diritto positivo moderno. Tra nichilismo e neo-giusnaturalismo*, in *Diritto e cultura*, numero unico, 1999, 121-132.

Politica. Anche la decisione teorizzata in quest’opera svolge infatti una funzione spoliticizzante: decidere significa neutralizzare lo stato di eccezione, ovvero il caos conflittuale estremo, ristabilendo quella situazione di normalità su cui può istaurarsi un diritto *effettivamente* terzo. Come sostiene lo stesso Schmitt:

nella sua forma assoluta il caso d’eccezione si verifica solo allorché si deve creare la situazione nella quale possano avere efficacia norme giuridiche. Ogni norma generale richiede una strutturazione normale dei rapporti di vita, sui quali essa di fatto deve trovare applicazione e che essa sottomette alla propria regolamentazione normativa. La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è semplicemente un “presupposto esterno” che il giurista può ignorare; essa riguarda invece direttamente la sua efficacia immanente. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima dev’essere stabilito l’ordine: solo allora ha senso l’ordinamento giuridico²⁶.

Il diritto in Schmitt non è presupponibile, ma deve essere “realizzato”. In altri termini, vanno garantiti quei presupposti di effettività senza i quali la dimensione giuridica non può sostenersi.

Potremmo analizzare la visione schmittiana del diritto rifacendoci alla nota distinzione kelseniana tra essere e dover essere – tra *Sein* e *Sollen*. Riprendendo questa prospettiva, si può a nostro avviso affermare che in Schmitt il diritto non può essere appiattito sul fatto, sulla mera violenza. Come sostiene lo stesso giurista: «la forza non prova nulla per il diritto, per la ragione banale che Rousseau, in accordo con tutto il suo tempo, ha così formulato: “La forza è un potere fisico; la pistola del brigante è anch’essa potere”»²⁷. Il diritto “trascende” dunque il piano della pura immanenza: è chiamato a farsi terzo e neutrale. Come vedremo, questa necessità si lega alla critica schmittiana del positivismo giuridico. Un diritto positivizzato, reso totalmente immanente, si degrada a strumento nelle mani dei poteri indiretti, impiegabile come arma nella guerra civile ideologica. Contro un simile diritto ridotto a «mera

²⁶ C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del ‘politico’*, cit., 39.

²⁷ *Ivi*, 44.

violenza»²⁸, Schmitt intende ripristinare un diritto terzo, capace di ristabilire l'ordine. Ovviamente tale diritto non è già dato, ma deve essere “realizzato” attraverso un atto di trascendimento che ne garantisca l'effettività – ovvero la situazione normale –, neutralizzando le parti ostili.

Ciononostante, per Schmitt, se il diritto non può essere appiattito sul fatto esso non può nemmeno ridursi a un puro normativismo astratto. In realtà, è proprio la distinzione normativistica tra *Sein* e *Sollen* a essere radicalmente messa in discussione. Il giurista è esplicito nel rifiutare l'alternativa tra sociologia e giurisprudenza:

la trattazione più approfondita del concetto di sovranità compiuta negli ultimi anni cerca invece una soluzione più semplice, introducendo una disgiunzione fra sociologia e giurisprudenza e qualificando così, mediante un'alternativa semplicistica, qualcosa come puramente sociologico o puramente giuridico²⁹.

Il principale teorico di tale separazione è Hans Kelsen, che nel tentativo di sviluppare una teoria pura del diritto, esclude ogni riferimento empirico dall'indagine giuridica. Per tale motivo Schmitt lo critica aspramente, accusandolo di restare «all'anticamera della giurisprudenza»³⁰. Per il giurista di Plettenberg, infatti, il problema di fondo della sovranità risiede proprio nella «conciliazione del supremo potere di fatto e di diritto»³¹. Detto altrimenti, si tratta di reintegrare nella riflessione giuridica quella *funzione del diritto* che per Kelsen è soltanto un aspetto sociologico, ma che per Schmitt ne rivela invece l'essenza: la

²⁸ Dirà Schmitt nel 1932 nell'opera *Legalità e legittimità*: «se viene meno il presupposto dell'indivisibile omogeneità nazionale, il funzionalismo delle determinazioni puramente aritmetiche della maggioranza, privo di oggetto e di contenuto, diventa il contrario della neutralità o dell'oggettività; diventa la mera violenza, quantitativamente maggiore o minore, sulla minoranza soverchiata e dunque oppressa. Cessa allora l'identità democratica tra governanti e governati, tra chi comanda e chi obbedisce; la maggioranza comanda, e la minoranza deve obbedire. Cessa persino la possibilità della somma aritmetica, poiché solo ciò che è omogeneo può essere sensatamente sommato» (C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, Bologna, 2018, 62).

²⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 44-45.

³⁰ *Ivi*, 47.

³¹ *Ivi*, 44.

funzione decidente che, garantendo i presupposti del diritto, ne permette la realizzazione³².

Il diritto moderno non può più essere presupposto bensì deve essere realizzato mediante un atto volontaristico del sovrano, che diviene tale proprio grazie a tale gesto: quest'ultimo neutralizza il caos creando la situazione normale necessaria per la vigenza della norma. Il diritto per Schmitt “deve essere realizzato”. Esso è diritto, ovvero si realizza come diritto, in quanto è in grado di svolgere la propria funzione di neutralizzazione dei conflitti. Funzione che diviene ancora più cruciale nel contesto di Weimar dove, a causa della guerra civile strisciante che la Repubblica vive, sono gli stessi presupposti del diritto a mancare. Decenni dopo, Ernst Forsthoff, allievo di Schmitt, per descrivere la situazione weimariana in cui il proprio maestro si trovava a operare, affermerà che si trattava «di uno stato di eccezione caratterizzato da un livello di intensità più o meno variabile»³³. In un simile scenario, connotato dall'assenza della “situazione normale”, spetta al diritto il compito di realizzarla, realizzando al contempo sé stesso.

3. La tecnicizzazione del diritto: la neutralizzazione dell'agente neutralizzante

Abbiamo già accennato al fenomeno della tecnicizzazione del diritto. Vogliamo ora soffermarci maggiormente su questo aspetto. Il diritto, inteso come trascendenza terza, rappresenta per Schmitt il modello niti-

³² Utilizzando le parole dello stesso Schmitt: «sarebbe una grossa trasposizione della disgiunzione schematica fra sociologia e scienza del diritto voler affermare che l'eccezione non ha alcun significato giuridico ed è, di conseguenza, “sociologica”. L'eccezione è ciò che non è riconducibile; essa si sottrae all'ipotesi generale, ma nello stesso tempo rende palese in assoluta purezza un elemento formale specificamente giuridico: la decisione. Nella sua forma assoluta il caso d'eccezione si verifica solo allorché si deve creare la situazione nella quale possano avere efficacia norme giuridiche. [...] La norma ha bisogno di una situazione media omogenea. Questa normalità di fatto non è semplicemente un “presupposto esterno” che il giurista può ignorare; essa riguarda invece la sua efficacia immanente. Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos» (ivi, 39).

³³ E. FORSTHOFF, *Lo Stato della società industriale*, Milano, 2011, 13.

do del fenomeno giuridico. Tuttavia, nel corso del Novecento, questo modello subisce una progressiva degenerazione, il cui stadio finale è rappresentato dalla *neutralizzazione dello stesso agente neutralizzante*. Lo Stato, che nella modernità aveva garantito l'effettiva neutralizzazione dei conflitti, subisce ora un processo di tecnicizzazione che lo trasforma in uno strumento tecnico a disposizione dei poteri indiretti sorti nella società industriale. Da freno del conflitto a strumento del conflitto. Ma vi è di più: a partire dal secondo dopoguerra, sembra concretizzarsi la promessa della "religione del tecnicismo", che auspica una spolitizzazione assoluta di natura tecnico-amministrativa. Nei decenni successivi al conflitto mondiale, si assiste infatti a una regressione della conflittualità politica e a una repentina spolitizzazione, non più però prodotta da un soggetto politico, bensì dal nuovo Stato sociale sorto dalle ceneri della guerra. Ritorna quindi l'interrogativo posto in apertura: ha ancora senso il diritto in una società in cui le cose si amministrano da sé? Ma andiamo con ordine.

La critica della tecnicizzazione del diritto in Schmitt va letta come una critica al positivismo giuridico, che attraversa l'intero arco della sua produzione scientifica³⁴. Questo processo di tecnicizzazione si arti-

³⁴ Nella critica di Schmitt alla tecnicizzazione del diritto un ruolo fondamentale è assunto da Max Weber, figura che torna assiduamente nei testi di Schmitt. La critica schmittiana avviene infatti soprattutto "nello specchio di Weber", interpretato come il teorico della secolarizzazione spolitizzante di matrice liberale e della tecnicizzazione del diritto, e per utilizzato come referente polemico. Già in *Teologia politica* Schmitt afferma che: «oggi non vi è nulla di più moderno della lotta contro la politica. Finanziere americani, tecnici industriali, socialisti marxisti e rivoluzionari anarco-sindacalisti si uniscono nel richiedere che venga messo da parte il dominio non obiettivo della politica sulla obiettività della vita economica. [...] Il tipo oggi dominante di pensiero tecnico-economico non consente più nemmeno di percepire un'idea politica. La Stato moderno sembra esser diventato davvero ciò che Max Weber vide in esso: una grande fabbrica» (C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., 85). Schmitt si riferisce qui a un noto scritto weberiano, *Parlamento e governo*, in cui il sociologo sostiene che Stato e capitalismo «nella loro essenza fondamentale essi sono invece perfettamente omogenei. Considerato dal punto di vista sociologico, lo Stato moderno è un'«impresa» al pari di una fabbrica» (M. WEBER, *Parlamento e governo. Per la critica politica della burocrazia e del sistema dei partiti*, Roma-Bari, 1993, 24). Con queste parole Weber non vuole però affermare che la politica dipende dall'economia, quanto piuttosto che politica ed economia convergono, nella modernità matura, verso un generale processo di burocratizzazione

cola in tre momenti fondamentali: la tecnicizzazione del concetto di legge, la riduzione dello Stato a strumento tecnico e infine l’(apparente) superamento del diritto in una società che si amministra da sé in modo tecnico-automatico.

Nella nostra ricostruzione un ruolo fondamentale è assunto dall’opera del 1932 *Legalità e legittimità*. In questo testo, pubblicato negli ultimi mesi di Weimar, Schmitt tenta di salvare la Repubblica, deformandola però in senso autoritario-presidenziale. Solo il presidente del *Reich*, secondo il giurista, può frenare i poteri indiretti e rilegittimare – plebiscitariamente – un ordinamento giuridico ormai formalizzato in senso strumentale. L’ordinamento weimariano, afferma infatti Schmitt, si fonda su una legalità formalizzata e strumentalizzata che nega ogni legittimità:

“*legalità*” ha qui precisamente il senso e il compito di negare e rendere superflue sia la *legittimità* (del monarca o della volontà popolare plebiscitaria) sia qualunque *autorità* e *potestà* [...]. Nello stesso senso vanno intese le formulazioni della sociologia di Max Weber: “Questa legalità può valere come legittimità”; oppure: “La forma oggi più corrente di legittimità è la credenza nella legalità”. Qui legittimità e legalità sono

formale-strumentale, in cui l’elemento politico regredisce in favore di una tecnicizzazione generale. Il futuro non appartiene alla politica ma alla tecnica.

Va detto, però, che, a nostro avviso, il giurista di Plettenberg tende a offrire una lettura riduttiva del pensiero di Weber. Quest’ultimo, infatti, è pienamente consapevole del rischio insito nella razionalizzazione tecnica e avverte l’esigenza di un governo politico della stessa, per scongiurare la trasformazione della modernità in una “gabbia d’acciaio”. In questa prospettiva si inserisce il recupero della nozione di legittimità carismatica, alla quale Weber affida il compito di contrastare il processo di pietrificazione causato dalla burocratizzazione. Schmitt, al contrario, riduce il pensiero weberiano alla sola dimensione della razionalità formale, trascurandone la complessità.

Sul rapporto tra Schmitt e Weber rimandiamo a P.P. PORTINARO, *Max Weber e Carl Schmitt*, in *Sociologia del diritto*, 1981, n. 1, 155-182; C. COLLIOT-THÉLÈNE, *Carl Schmitt versus Max Weber. Razionalità giuridica e razionalità economica*, in C. MOUFFE (a cura di), *La sfida di Carl Schmitt*, Milano, 2019, 227-254; K. LÖWITZ, *Max Weber e Carl Schmitt*, in *MicroMega*, 1987, n. 2, 197-205; N. BOLZ, *Charisma und Souveränität*, in J. TAUBES (a cura di), *Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen*, Paderborn, 1983, 249-262; G.L. ULMEN, *Politischer Mehrwert. Eine Studie über Max Weber und Carl Schmitt*, Weinheim, 1991.

ricondotte entrambe a un concetto comune di legittimità, mentre invece legalità significa proprio una opposizione alla legittimità³⁵.

Schmitt si riferisce qui alla teoria della legittimazione di Weber, secondo cui nella modernità la credenza nella legalità costituisce la forma prevalente di legittimazione del potere. Tuttavia, tale posizione è per Schmitt inammissibile in quanto la legalità rappresenta, invece, «un principio antitetico alla legittimità, che come tale non può costituirne una specificazione interna»³⁶.

Ma perché per Schmitt la legalità rappresenta un principio antitetico alla legittimità? La risposta risiede nel possibile utilizzo della legalità, così come essa è stata funzionalizzata dalla dottrina giuridica tedesca a partire dalla seconda metà dell'Ottocento³⁷, per mano dei nuovi poteri

³⁵ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., 43-44.

³⁶ P.P. PORTINARO, *op. cit.*, 151.

³⁷ Nel rapporto tra legalità e legittimità, Schmitt individua una svolta decisiva nel passaggio dalla legalità "classica" dello Stato di diritto ottocentesco alla legalità tecnico-funzionalizzata del Novecento. Mentre la prima si fondava su norme generali, razionali e vincolanti per il potere esecutivo, la seconda si caratterizza per una crescente formalizzazione e svuotamento del contenuto della legge.

Lo Stato di diritto ottocentesco aveva infatti la propria fonte di legittimazione nella credenza che fosse possibile produrre «diritto giusto attraverso giuste procedure, con il suo saggio e incorruttibile *législateur* e la sua sempre buona e retta *volonté générale*» (C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., 43). Qui il diritto è appiattito sulla legge, ma la legge non può avere qualsiasi contenuto: a essa sono connesse determinate qualità come l'esattezza, la ragionevolezza, la giustizia e – la più importante di tutte – la generalità. Ciò fa sì che la legge conservi una stretta connessione con i principi fondanti dello Stato borghese di diritto. Potremmo riassumere la fonte di legittimazione di questo Stato di diritto parlamentare con l'equazione: legalità = razionalità = legittimità.

Tuttavia, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, questo concetto contenutistico di legge va incontro a un processo di tecnicizzazione che lo riduce a semplice strumento tecnico. In particolare, il progressivo svuotamento del concetto di legge ha origine nel fatto che, accanto alla concezione tipica dello Stato di diritto, si è sviluppata una seconda accezione di legge, di natura marcatamente politica. La borghesia del XIX secolo, nel tentativo di attuare lo Stato di diritto, non poteva affidarsi a concezioni meramente astratte, ma doveva impegnarsi in concreto per ampliare i propri diritti mediante un rafforzamento del potere parlamentare. In questo contesto, i due concetti – legge dello Stato di diritto e legge politica come espressione della volontà popolare attraverso la rappresentanza popolare – finirono per sovrapporsi, avviando così quel processo che

indiretti. Nella società *totalizzata*³⁸ di Weimar, in cui i partiti di massa invadono un parlamento ormai frazionato, piegando a sé la volontà statale, la legalità è infatti impiegata dalle parti sociali per il perseguimento dei propri interessi particolaristici. La legge, ridotta a razionalità formale-strumentale, perde ogni connotazione sostanziale e si trasforma in un semplice mezzo nelle mani di chiunque riesca a imporsi sulla scena parlamentare. Schmitt sostiene che la dottrina giuridica weimariana si è rifugiata in

un concetto di legge funzionalistico-formale, fondato su un'assoluta “neutralità di valore” [...]. La “legge” è allora ormai soltanto la deli-

porterà la legge a ridursi a un concetto formalistico e positivistico, strumentalizzabile dalle forze politiche.

Quando Schmitt critica la legalità non si riferisce dunque al concetto contenutistico di legge proprio dello Stato di diritto ottocentesco, bensì quello positivizzato che si è andato sviluppando dalla fine del secolo. È questo che può essere utilizzato dai nuovi poteri indiretti nella guerra civile che imperversa a Weimar.

Il processo di positivizzazione formalistico-strumentale della legge è descritto da Schmitt nel capitolo di *Dottrina della costituzione* intitolato *Il concetto di legge nello Stato di diritto*, cui si rimanda: cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 189 ss.

³⁸ Schmitt utilizza negli ultimi anni di Weimar il termine “totale” per descrivere la nuova situazione dello Stato novecentesco, in cui è venuta meno «la distinzione tra Stato e società» e in cui lo Stato è diventato «l'autoorganizzazione della società» (C. SCHMITT, *La svolta verso lo Stato totale*, in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, Milano, 2007, 237 e 245-246). Se infatti nell'Ottocento lo Stato si ergeva come entità autonoma – e monopolizzatrice del politico – al di sopra di una società civile spolitizzata, nel Novecento i nuovi poteri che nascono nella società invadono lo stesso Stato piegandolo ai propri interessi. Si assiste così a una socializzazione dello Stato e, al contempo, a una statalizzazione dell'economia. Lo Stato, dominato dalle forze sociali, entra ora in ogni ambito dell'economia, spinto da quelle stesse forze che l'hanno occupato. Schmitt afferma così che «nello Stato divenuto autorganizzazione della società non c'è più nulla che non sia potenzialmente statale e politico» (ID., *Il custode della costituzione*, cit., 124).

A partire dal 1932 Schmitt distinguerà inoltre tra «totale in senso puramente quantitativo, nel senso del mero volume» e «totale nel senso della qualità e dell'energia», C. SCHMITT, *Stato forte ed economia sana*, in *Filosofia Politica*, 2019, n. 1, 11. Lo *Stato totale quantitativo* è quello dominato dai poteri indiretti, mentre quello *qualitativo* è – nell'intenzione di Schmitt – lo Stato rilegittimato plebiscitariamente dal presidente del Reich.

bera contingente di quella che è di volta in volta la maggioranza parlamentare³⁹.

Ma in Schmitt alla strumentalità si accompagna inevitabilmente la conflittualità. La legge non è un semplice mezzo tecnico, bensì è uno «strumento ed arma»⁴⁰. La legalità assume allora i tratti di un'arma che i poteri indiretti possono impugnare nel contesto della *Weltbürgerkrieg* novecentesca contro le rispettive controparti. Come Schmitt sottolinea nella conferenza sulla condizione della scienza giuridica europea, la legalità tecnico-strumentale rappresenta ormai «un'arma velenosa con la quale un partito colpisce alle spalle un altro»⁴¹.

Per frenare tale conflittualità il giurista ripropone il proprio modello nitido di diritto. Contro la legalità tecnicizzata, egli recupera il concetto di legittimità, il quale tuttavia non va inteso né come un atto occasionistico e romantico, né come un concetto meramente polemico da opporre alla legalità. Legittimità significa la realizzazione di un diritto *effettivamente* terzo. E per Schmitt «la necessità oggettiva di realizzare il diritto» implica «creare quella situazione di normalità senza la quale qualunque normativismo è una truffa»⁴². Si tratta dunque di assicurare quelle condizioni di stabilizzazione e spoliticizzazione (la situazione normale) che consentono al diritto di affermarsi finalmente come terzo e neutrale, collocato al di sopra delle parti, e non più ridotto a mezzo al

³⁹ C. SCHMITT, *Legalità e legittimità*, cit., 59.

⁴⁰ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e spoliticizzazioni*, cit., 178.

⁴¹ C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., 87.

La legge, infatti, non solo è uno strumento utilizzabile e modificabile a proprio piacimento da chiunque abbia la qualifica procedurale necessaria per farlo, ma è anche un'arma poiché, in un parlamento conflittuale e frazionato, ogni maggioranza parlamentare può impugnarla contro la minoranza, per perseguirla e renderla illegale.

E questa «violenza di parte» è ora perfettamente legale in quanto è la stessa maggioranza a disporre delle leve della legalità: «se la maggioranza può disporre a suo arbitrio di legalità e illegalità, allora può in primo luogo dichiarare illegali, cioè *hors-la-loi*, i suoi concorrenti politici interni, ed escluderli così dalla omogeneità democratica del popolo. Chi possiede il 51% potrà rendere legalmente illegale il restante 49%. Potrà chiudersi legalmente alle spalle la porta della legalità, dalla quale è entrato, e trattare l'avversario politico-partitico, che magari a quel punto bussa con gli stivali contro la porta chiusa, come un delinquente comune» (ID., *Legalità e legittimità*, cit., 64).

⁴² Ivi, 49.

loro servizio. Ma questa terzietà non può essere presupposta: deve essere attivamente affermata da un'autorità capace di neutralizzare i conflitti e rappresentare l'unità politica. Nel frangente di massima crisi del paradigma giuridico moderno, di fronte a un diritto ridotto a puro strumento tecnico e formalmente neutro, Schmitt ripropone dunque il proprio modello neo-hobbesiano per riaffermare la neutralità (attiva) del diritto.

Nella strategia schmittiana, la rilegittimazione dell'ordinamento continua a essere affidata allo Stato, il quale appare ancora in grado di neutralizzare il conflitto e spolticizzare la società civile. Nel crepuscolo della Repubblica di Weimar, Schmitt tenta quindi di rilegittimazione plebiscitariamente l'apparato statuale, che, pur avendo smarrito la propria funzione di guida politica, conserva per il giurista ancora una relativa autonomia e non risulta completamente strumentalizzato. Un ruolo decisivo, in questo schema, è attribuito all'alta burocrazia professionale, la quale detiene alcune qualità fondamentali – «l'incorruttibilità, il distacco dall'aspirazione mondana al denaro e al profitto, l'istruzione, il senso del dovere e la fedeltà»⁴³ – che la rendono una classe “generale e oggettiva” all'interno dell'ordinamento statale, capace di assolvere quella funzione universale che già aveva esercitato nel contesto del *Reich* guglielmino⁴⁴. Tuttavia, se nel XIX secolo tale funzione si ag-

⁴³ *Ivi*, 47.

⁴⁴ È evidente il richiamo di Schmitt a Hegel e ai suoi epigoni teorici dello Stato classico ottocentesco, il quale è da essi concepito come entità terza e autonoma rispetto alla società civile, non ancora appiattito su di essa – come invece avverrà nel Novecento con lo Stato totale quantitativo. A questo proposito, Schmitt afferma ne *Il concetto di 'politico'* che «la prima dottrina dello Stato tedesco teneva per fermo (sotto l'influsso della filosofia dello Stato di Hegel) che lo Stato, nei confronti della società, fosse qualcosa di qualitativamente diverso e di superiore. Uno Stato situato al di sopra della società poteva essere chiamato universale, ma non totale nel senso odierno» (C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, cit., 106).

La lettura della burocrazia statale come cetto autonomo, che può ancora svolgere una funzione “oggettiva” non essendo a disposizione delle parti, avviene nuovamente in polemica con Weber, che invece vedeva nell'amministrazione un apparato ormai razionalizzato in senso strumentale. Afferma Schmitt: «nella sociologia di Weber il termine “burocrazia” ha innanzitutto il significato di evidenziare, in una presunta categoria “avalutativa”, il momento tecnico-razionalistico-neutrale del meccanismo di un apparato di funzionari interessato innanzitutto al proprio funzionamento indisturbato» (C. SCHMITT,

ganciava alla legittimazione dinastica della Corona, nella Repubblica di Weimar essa deve invece poggiare su una diversa fonte di autorità: il presidente del *Reich*. Eletto direttamente dal popolo, il presidente assume il compito di rappresentare l'unità politica e di garantire una nuova forma di legittimità plebiscitaria. È in questa alleanza tra l'apparato burocratico e la figura presidenziale che si colloca, secondo Schmitt, la possibilità di arginare il disordine generato dalla modernità tecnico-industriale.

Tuttavia, il crollo della Repubblica di Weimar, seguito dalla controversa adesione di Schmitt al regime nazionalsocialista, segna un mutamento profondo nella sua riflessione. Lo Stato, che nel contesto weimariano poteva ancora essere concepito come argine al processo di tecnicizzazione, appare ora destinato a perdere ogni residuo di autonomia, riducendosi anch'esso a mero strumento nelle mani dei poteri indiretti — in questo caso incarnati dal partito nazionalsocialista⁴⁵.

Nel saggio del 1938, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, Schmitt rilegge il pensiero del filosofo inglese per individuare retrospettivamente le cause della crisi della statualità moderna. Il Leviatano descritto da Hobbes è una grande macchina la cui anima è rappresentata dal sovrano: «Hobbes trasferisce la concezione cartesiana dell'uomo come meccanismo animato al “grande uomo”, allo Stato, di cui fa una *macchina*, animata dalla persona sovrano-rappresentativa»⁴⁶. Sono due quindi gli elementi essenziali che qualificano lo Stato: quello meccanicistico e quello personalistico-rappresentativo. Tuttavia, osser-

Legalità e legittimità, cit., 46). Invece, per Schmitt «la burocrazia professionale può essere anche qualcosa di più di un mero “apparato” che “funziona” nelle mani di un qualsivoglia sistema: che, anzi, elementi di una vera e propria élite nell'accezione della sociologia dello Stato, una élite creatrice di autorità e legittimità, possono essere introdotti dall'esistenza di un ceto professionale stabile, investito della tutela di interessi pubblici» (*ivi*, 47).

⁴⁵ Il partito nazionalsocialista, più che l'inveramento della forma-Stato rappresenta infatti l'incarnazione dell'anti-Stato, del caos e dell'anarchia. Come infatti aveva compreso Franz Neumann con il nazismo lo Stato è posto al servizio di poteri incontrollati in perenne conflitto tra loro. Esso non è più un Leviatano ma un Behemoth. Cfr. F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Milano, 1977.

⁴⁶ C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes*, in ID., *Sul Leviatano*, Bologna, 2011, 66.

va Schmitt, l'elemento rappresentativo – che avrebbe dovuto costituire il punto di imputazione ultimo e decisivo del meccanismo statale – viene rapidamente risucchiato all'interno della macchina: «la persona sovrano-rappresentativa non ha quindi potuto frenare neppure quella completa meccanicizzazione dello Stato che si è realizzato nel secolo seguente»⁴⁷. La persona sovrano-rappresentativa, da soggettività politica capace di neutralizzare i conflitti sorti nell'età della tecnica, viene anch'essa neutralizzata e ridotta a pura macchina inanimata. Lo Stato, sostiene ora Schmitt, è «il primo prodotto dell'epoca della tecnica»⁴⁸.

Anche la burocrazia, concepita a Weimar ancora come un ceto autonomo dotato di specifiche qualità, appare ormai risucchiata dall'inevitabile processo di tecnicizzazione formale-strumentale. Schmitt richiama nuovamente le riflessioni weberiane sulla razionalizzazione della legge e della burocrazia, riconoscendone però questa volta la validità:

in merito, Max Weber aveva già affermato che nell'esercizio razionalizzato dello Stato moderno “la legalità può valere come legittimità”. Secondo la prognosi di Max Weber il futuro appartiene alla burocrazia intellettuale e professionalizzata, la vera protagonista della tecnicizzazione di quell’“azienda-Stato” che opera secondo norme legali con intima consequenzialità razionale. La legalità è il modo di funzionamento positivistico della burocrazia⁴⁹.

Alla tecnicizzazione della legge segue, dunque, quella dello stesso Stato: anch'esso si configura ora come un dispositivo tecnico-formale privo di autonomia sostanziale. Lo Stato, osserva Schmitt, «è divenuto uno strumento tecnico-neutrale»⁵⁰ a disposizione dei poteri indiretti.

Queste conclusioni sono ulteriormente ribadite nel saggio del 1950 *Il problema della legalità*, in cui Schmitt conferma l'avvenuta trasformazione del diritto statale in un meccanismo puramente tecnico. Non è più soltanto la legge, ma il diritto nel suo insieme a essere ridotto ad «apparato tecnico razionale, cioè trasformabile a piacimento in senso

⁴⁷ *Ivi*, 69.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ivi*, 104-105.

⁵⁰ *Ivi*, 76.

razionale rispetto allo scopo e privo di ogni contenuto sacro»⁵¹. Il diritto è divenuto ormai un mezzo legalistico-formale, uno strumento privo di autonomia e di contenuto normativo proprio. Tuttavia, continua Schmitt, «alla trasformazione del diritto in legalità fece immediatamente seguito la trasformazione della legalità in un'arma della guerra civile»⁵². Il primo a cogliere il potenziale uso del diritto come arma era stato Lenin, che comprese come la legalità potesse essere impiegata tatticamente ai fini della rivoluzione, conquistando il potere ed eliminando i propri avversari politici attraverso strumenti formalmente legali. Ma se a Weimar tale degenerazione poteva ancora essere arginata attraverso l'intervento dello Stato garante della terzietà del diritto, una volta venuta meno questa possibilità si impone una nuova, cruciale domanda: chi può arrestare il caos generato dalla tecnica, se il soggetto tradizionalmente incaricato di svolgere questa funzione si è dissolto?

Eppure tale domanda, apparentemente urgente, nel secondo dopoguerra non appare più attuale. Nella società del benessere post-bellica, infatti, l'ampliamento dello Stato sociale e l'espansione delle forze produttive sembrano aver condotto a una definitiva e integrale pacificazione. In tale contesto il problema della neutralizzazione politica del conflitto viene meno. È questo il rilievo che Arnold Gehlen muove a Schmitt in quegli anni⁵³: la minaccia rappresentata dall'uso strumentale del diritto da parte delle maggioranze parlamentari contro le minoranze non pare più fondata. Secondo il sociologo, nella società del benessere il potere si legittima innanzitutto

⁵¹ C. SCHMITT, *Il problema della legalità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., 287.

⁵² *Ivi*, 287-288.

⁵³ Ci riferiamo a una recensione di Gehlen all'opera di Winckelmann *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*. In questo scritto Winckelmann analizza il pensiero di Weber giungendo a conclusioni affini a quelle di Schmitt, che egli assume come punto di riferimento. Anche per Winckelmann, infatti, la razionalizzazione scopo-conforme conduce a una normazione tecnica che può essere utilizzata da qualsiasi maggioranza parlamentare, anche contro una minoranza di cittadini. J. WINCKELMANN, *Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, Tübingen, 1952.

Come vedremo, Gehlen criticherà l'impostazione di Schmitt e Winckelmann, ritenendo che il pericolo da loro prospettato sia ormai superato nella società tecnologica del secondo dopoguerra.

in virtù dell’aspettativa indefinita dei suoi successi sociali eudemonistici, a condizione che esso stesso intanto si minimizzi, mantenga i diritti di libertà e tenga conto della suscettibilità generale contro una intromissione troppo massiccia dello Stato⁵⁴.

Il potere politico, afferma dunque Gehlen, trova ormai legittimazione nella sua capacità di soddisfare le aspettative social-eudemonistiche dei consociati. E tale capacità mal si concilia con un’intromissione troppo eccessiva dello Stato nel campo del sociale. Per cui, conclude il sociologo, è probabile che il “potere” stesso in futuro vada progressivamente regredendo, fino a comparire solo tra virgolette, sostituito da un’amministrazione delle cose affidata alle parti sociali. I rischi paventati da Schmitt, pur validi negli anni di Weimar, sono quindi ormai superati nella società tecnologica del dopoguerra.

Se la prognosi di Gehlen dovesse rivelarsi esatta ci troveremmo dunque dinanzi all’avverarsi della spoliticizzazione assoluta prefigurata dalla religione del tecnicismo. In tal caso, verrebbe meno anche il diritto, la cui funzione risulterebbe superflua in una società in cui le cose si amministrano da sé.

Tuttavia, Schmitt non aderirà mai a tale idea. Anche nella società tecnologica del secondo dopoguerra, in cui il conflitto politico sembra effettivamente dissolto, egli riconosce la persistenza di rapporti di potere di natura politica, sebbene dissimulati dietro la presunta oggettività della tecnica⁵⁵. Grazie alla radicalità del suo sguardo critico, Schmitt è

⁵⁴ A. GEHLEN, *Recensione a J. Winckelmann, Legitimität und Legalität in Max Webers Herrschaftssoziologie*, in *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1.9.1955, 577 (traduzione mia).

⁵⁵ Basti pensare all’analisi che Schmitt propone nel 1965 sulla macchina cibernetica. Qui il giurista usa l’espressione «legalità oggettive della tecnica» per descrivere il funzionamento della tecnica e del diritto tecnicizzato. In tali legalità, osserva Schmitt, è eliminata qualsiasi decisione personale, perché tutto funziona da sé secondo appunto la logica della tecnica. Parlare di decisioni rispetto a queste legalità sarebbe tanto assurdo quanto pensare che l’alternarsi del verde e del rosso in un semaforo dipenda da singoli atti amministrativi. Lo stesso principio vale però anche per le macchine cibernetiche, che proprio in quegli anni muovevano i primi passi (la nascita dell’intelligenza artificiale viene convenzionalmente fatta risalire al 1956). Queste macchine operano infatti internamente secondo una logica automatica e immanente, tipica della tecnica.

in grado di cogliere anche la “politicità latente” della società del benessere, la quale, quindi, pur presentandosi come neutra e imparziale, non elimina affatto il politico, ma lo riproduce in forme mascherate. E proprio per la necessità di apporre un freno a questa politicità occulta che Schmitt tornerà negli anni Sessanta a riflettere su Hobbes, aggiungendo una nuova nota a *Il concetto di ‘politico’*⁵⁶ in cui “salva” la neutralizzazione hobbesiana, ancorandola tuttavia a una massima contenutistica: «Gesù è il Cristo».

Ma al di là delle soluzioni avanzate da Schmitt, che risultano in larga parte superate, potremmo chiederci in che modo oggi il suo pensiero possa ancora esserci utile. A nostro avviso, la sua analisi ci permette, da un lato, di decostruire i facili determinismi tecnocratici, mostrando come dietro ogni pretesa di neutralità della tecnica si celino in realtà dei poteri politici dissimulati; dall’altro, ci invita a riflettere sull’esigenza di forze politiche capaci di arginare questi poteri e di “realizzare il diritto”. E questo interrogativo si fa ancora più pressante in un’epoca, come la nostra, segnata dal dominio di nuovi poteri indiretti tecnologici e digitali (i cosiddetti GAFAM). Questi poteri “irresponsabili”, celandosi dietro la presunta oggettività della tecnica e degli algoritmi, condizionano in misura crescente le scelte politiche degli Stati nazionali. Ci sarà qualcuno – il “chi” schmittiano – in grado di arginarli?

Tuttavia, sottolinea Schmitt, anche la macchina più avanzata – per quanto perfetta nel suo funzionamento tecnico e automatico – fornisce solo soluzioni e risposte tecniche, ma è incapace di decisione. Essa presuppone qualcuno che ponga la domanda. Rimane quindi centrale il problema di «chi pone la domanda, chi programma la macchina in sé incapace di decisione».

Per cui anche la macchina più perfetta che appare nel proprio procedere come autonoma, in realtà non è mai totalmente neutrale e oggettiva: essa presuppone sempre almeno una decisione, che è la decisione iniziale di chi la programma e ne stabilisce le finalità. Cfr. C. SCHMITT, *Il compimento della riforma. Osservazioni e cenni su alcune nuove interpretazioni del Leviatano*, in ID., *Sul Leviatano*, cit., 161-162.

Su questa annotazione schmittiana sulla cibernetica si rimanda a S. PIETROPAOLI, *Potenza della tecnica, potere del diritto. Lezioni dal Novecento sulla lotta della scienza giuridica con la perfezione della tecnica*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, 2023, n. 1, 95-114.

⁵⁶ C. SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’*, cit., 150, n. 53.

UNA CONVIVENZA POSSIBILE?

TECNOCRAZIA E POLITICA IN ALDO MORO

Donato Aliberti

1. Il presagio di Aldo Moro

Si trattava [...] di una direttiva cioè del Segretario di Stato Kissinger, il quale per realismo continuava a puntare sulla D.C., ma su di una nuova, giovane, tecnologicamente attrezzata e non più su quella tradizionale e non sofisticata alla quale io appartenevo. [...] insomma si ebbe qui, non per iniziativa dell'ambasciatore, ma dello stesso Dipartimento di Stato, un mutamento di rapporti che prefigurava un'Italia tecnocratica che tra l'altro parla l'inglese, più omogenea ad un mondo più sofisticato e, per così dire, più internazionale che si era andato profilando¹.

In questo passo del *Memoriale* di Aldo Moro emerge chiara la paura per un cambiamento nel costume; mutamento che parte in alto (cioè dalla Dc) ma che è destinato a riversarsi inevitabilmente in basso, nel sociale. Moro vede il profilarsi del passaggio da un'Italia più semplice, e per questo più autentica, a un'Italia più sofisticata e perciò più omologata. In Moro *semplice* e *complesso* sono termini che giocano a parti invertite rispetto al senso comune: complesso non esprime un plusvalore in senso positivo. Anzi è il contrario: questo lemma ha a che fare con

¹ S. LIMITI, *Quel che resta del caso Moro*, Novara, 2024, 90-91. Lo stesso in M. GOTOR, *Il memoriale della Repubblica. Gli scritti di Aldo Moro dalla prigionia e l'anatomia del potere italiano*, Torino, 2020, 505. Miguel Gotor ha il merito di mettere in risalto come Moro in realtà non sia stato l'unico ad accorgersi di questo problema. Egli prima dice che l'evoluzione tecnocratica della Dc era affidata a quelle che allora si chiamavano *Fresh faces*. E poi fa vedere come questa espressione venga sottoposta «agli strali del pungente sarcasmo» di Giulio Andreotti, il quale nei Diari ricordava «che sarebbe stato meglio tradurre l'auspicio rivoltagli da Kissinger nel corso di un colloquio con la formula “volti nuovi, perché facce fresche, almeno a Roma, può avere tutt'altro significato”» (ivi, 505).

un'internazionalizzazione intesa come standardizzazione e perdita di originalità. È per questo che in Moro è la semplicità il segreto di un'autenticità di pensiero. Non è la complessificazione dei saperi, né la rincorsa alle competenze, ciò che determina la qualità del *cogito*. Anzi. Pensare in senso "tradizionale" vuol indicare per Moro quell'intelligenza genuina che, proprio perché rudimentale nelle competenze, è brillante nelle strutture di ragionamento.

Ecco, nel *Memoriale* tali possiamo definire i connotati che Moro attribuisce alla svolta tecnocratica: innovazione senza rinnovamento, riempimento tecnico e svuotamento spirituale, illusione di cambiamento ma in realtà sintomo di regresso mentale e, in generale, culturale. Con *tecnocratico* Moro vuole restituirci una sua paura: quella per un pensiero edulcorato che, poiché pronò a introiettare "standard" esterni, non è più autenticamente politico; quella per un approccio che sostituisce la fedeltà a principi ideali con la subalternità a paradigmi di omologazione internazionale.

Nelle prossime pagine collegheremo questo passo con alcuni discorsi degli anni precedenti in cui Moro esplicita i caratteri strutturali del concetto di tecnocrazia. Certo si potrebbe dire che questa operazione sposti l'attenzione sul terreno delle cause, del non esistente e perciò dell'inutilmente sondabile. Noi non siamo di questo avviso. Il diritto ha una derivazione politica: sia originaria (come ci insegna la figura di Carl Schmitt)² quanto "normalmente" afferente alla vita delle istituzioni (come la filosofia di Aldo Moro ci restituisce)³. Una origine originante che resta tale anche quando retoricamente si dice che un certo diritto si impone per tassative ragioni tecno-economiche (come ci ricorda Luciano Gallino)⁴. Di conseguenza non ci illudiamo che la legalità sia feno-

² Tutta la produzione scientifica di Carl Schmitt può essere letta in questo senso. In particolare, si veda C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del politico*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 29-86; ID., *Dottrina della Costituzione*, a cura di A. Caracciolo, Milano, 1984; ID., *Il nomos della terra. Nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, trad. it. e postfazione di E. Castrucci, a cura di F. Volpi, Milano, 1991.

³ Cfr. A. MORO, *Lo Stato Il diritto*, Bari, 2006; ID., *Lezioni di diritto e procedura penale. Tenute nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Roma*, a cura di F. Tritto, Bari, 2005.

⁴ Cfr. L. GALLINO, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, 2013.

meno auto-sufficiente: essa ha sempre un altro da sé che la determina. Meglio: il piano del dover essere ha sempre un rapporto strettissimo con quello della storia politico-istituzionale, nei suoi *fatti costituenti* e in *quelli destituenti*. Per questo solo andando a ritroso, solamente riscoprendo la nostra storia politica, possiamo verificare se oggi la legalità sia o non sia attuativa del nucleo sociale della Costituzione. Sia o non sia legalità per l'emancipazione sociale⁵.

Nel procedere genealogicamente, la nostra tesi è che Moro abbia colto in anticipo la natura dei nostri tempi. In particolare: attraverso Moro proveremo a dimostrare che l'ideologia tecnocratica collida con i pilastri fondanti l'ordine democratico: da un lato con quello liberal-democratico del *governo del popolo*, intendendo con ciò la partecipazione di tutti, attraverso il circuito della rappresentanza, alla determinazione dell'indirizzo politico; dall'altro con quello social-democratico del *governo per il popolo*, secondo cui il contenuto della democrazia è l'uguaglianza sociale ed economica⁶.

2. La svolta del '69

Tre sono i discorsi di Moro che prendiamo in considerazione: l'intervento al Consiglio Nazionale Dc del 18 gennaio 1969; il discorso del 29 giugno 1969 al XI Congresso Nazionale della DC; un articolo, seguente all'elezione di Arnaldo Forlani a segretario della DC, pubblicato su *Progetto* il 15 novembre 1969. Si tratta di testi che hanno sullo sfondo un resto di agitazione angosciosa per qualcosa – la deriva tecnocratica – che gli altri non vedono ma dalla quale lui ritiene necessario mettere in guardia. Allo slancio vitale e ottimistico che intesse i discorsi di Moro, si accosta ora una vena malinconica, indice della consapevolezza

⁵ Al fondo, si tratta di raccogliere il monito hegeliano – quello del diritto come *momento dipendente* – espresso nell'annotazione al paragrafo 3 dei *Lineamenti*. La legge è collegata a una totalità, cioè è frutto – ed essendo frutto è spiegabile a partire – dei caratteri di una stagione politico-istituzionale (G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, a cura di G. Marini, trad. it. di G. Marini e B. Henry, Roma-Bari, 2021, 22).

⁶ Cfr. N. BOBBIO, *Stato, governo. Società. Per una teoria generale della politica*, Torino, 1985, 149-50.

per cui il “nuovo” è, sebbene *in nuce*, non più solo limpido ma insidioso e pieno di ombre⁷.

Iniziamo dal discorso del 18 gennaio 1969, concentrandoci sulla parte in cui Moro sostiene che il rinnovamento del partito, pur non lasciandosi condizionare dalla tradizione e quindi aprendosi a sfide nuove, non deve significare rinuncia al metodo democratico. Dice Moro:

si tratta per la Democrazia Cristiana di elaborare, alla luce della sua tradizione ed esperienza, ma senza essere condizionata dal passato, la sua sintesi di giustizia, di confrontarla e farla prevalere in un dibattito politico sempre più vivo ed incalzante e largamente condizionato dalle molteplici ed incoercibili forme nelle quali, nella società civile, accanto alla società politica, idee, aspirazioni e tensioni si manifestano e si fanno valere. Non possiamo rinunciare al dibattito politico, quello delle grandi idee di sintesi, e non possiamo, non dobbiamo neppure sminuire il dibattito sociale⁸.

Per Moro è solo una sorta di fede nella imprescindibilità delle valutazioni politiche che può ringiovanire il partito, salvandolo da una involuzione. È solo difendendo, aggiungiamo noi, la mediazione politica –

⁷ Sull'importanza del biennio '68-69 per la vita politica del paese si veda E. PALUMBO, *Nota storico-critica al ministero degli Esteri e all'opposizione nel partito (giugno 1968 - maggio 1973)*, in *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro*, Sezione I - *Scritti e discorsi*, vol. 4 - *L'ultima fase (1963-1978)*, Tomo 1 - *Al Ministero degli Esteri e all'opposizione nel partito (giugno 1968 - maggio 1973)*, Bologna, 2021; P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti*, Bologna, 1997, 381 ss.; dall'altro le lotte sociali per i diritti sul lavoro (ivi, 383). Sulla centralità del 1969 nella carriera politica di Aldo Moro si veda G. FORMIGONI, *Aldo Moro. Lo statista e il suo dramma*, Bologna, 2016, 229; C. GUERZONI, *Aldo Moro*, Palermo, 2008, 120-21; G. BAGET BOZZO, G. TASSINI, *Aldo Moro. Il politico nella crisi 1962/1973*, Firenze, 1983, 309; A. MORO, *Un uomo così. Ricordando mio padre*, Milano, 2018, 53.

⁸ Tre stesure del testo, di cui una manoscritta, si trovano presso l'Archivio Centrale dello Stato: Fondo Aldo Moro, Serie 1 - *Scritti e discorsi*, Sottoserie 13 - anno 1969, n. 467 - *Intervento al Consiglio nazionale della Dc (18 gennaio 1969)*. Lo stesso discorso, dal titolo *Perché in minoranza*, si trova anche in A. MORO, *Scritti e discorsi 1969-1973*, vol. V, a cura di G. Rossini, Roma, 1988, 2635-2647. Noi ci rifacciamo alla versione che reca il titolo *Scomporre per ricomporre: discorso al consiglio nazionale Dc*, rinvenibile in *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro*, Sezione I - *Scritti e discorsi*, vol. 4 - *L'ultima fase (1963-1978)*, Tomo 1 - *Al Ministero degli Esteri e all'opposizione nel partito (giugno 1968 - maggio 1973)*, Bologna, 2021, 5-6.

come terreno autenticamente politico in cui si sintetizzano le sfide che salgono dal basso – che si rifugge la tentazione di affidarsi a scelte tecniche, preconfezionate. Infatti, egli poco più avanti sostiene che

la sintesi deve essere espressione di una non esaurita varietà e ricchezza della vita sociale; accettabile perché la soluzione da dare ai problemi del Paese dev'essere, nella sua necessaria realizzabilità, democratica e perciò consensuale; originale perché deve riflettere, nei suoi criteri e nelle sue finalità, una intuizione che abbia forza emotiva ed una propria ragione di prevalere. Una soluzione tecnocratica e razionalizzante, in termini di efficienza, è tendenzialmente una soluzione neutra che resta fuori del dibattito politico quale intuizione della storia e fermento vitale di una società democratica⁹.

Siamo dinanzi al cuore della definizione morotea di tecnocrazia. Quest'ultima è il modo di adottare decisioni politicamente significative – altamente impattanti per la società – al di fuori del circuito democratico. La tecnocrazia per Moro è svilimento di tutto quello che lui auspica debba rimanere nel far fronte alle sfide della società di massa. Essa è negazione della mediazione, della necessaria, sofferta valutazione delle istanze sociali funzionale alla soluzione politica. In sostanza la tecnocrazia è decisione antidemocratica; è razionalizzazione di problemi politici alla luce del criterio di efficienza. Dato che si spiega facilmente: se la democrazia nelle parole di Moro presuppone dialettica, sintesi e decisione politica, l'efficienza è parametro oggettivo, che si impone nella sua evidenza. Meglio: è parametro presuntamente oggettivo (il *tendenzialmente* usato da Moro crediamo vada interpretato in questo senso) che legittima dall'interno soluzioni tecnocratiche senza che ci sia spazio per un dibattito pubblico-politico. Il paradigma tecnocratico diventa nelle parole di Moro una sorta di una neutralità non neutrale: *neutro* perché, essendo dettato da ragioni di efficienza, appare come pulito, liscio, indolore, necessario; *non neutrale* perché resta comunque politico, nel senso che determina effetti politici, cioè sociali. Non solo, ma perché presuppone comunque una scelta: sempre il termine *tendenzialmente* crediamo sia una spia; cioè un lemma a valenza subliminale per

⁹ Ivi, 6.

dire che quello che viene spacciato per “tecnicamente necessitato” in realtà è una scelta politica.

Bene, a questa nostra interpretazione del testo di Moro, potrebbe obiettarsi che ci siamo spinti oltre fino ad attribuire a Moro una difesa del metodo democratico che nelle sue parole non sembra così evidente. Tuttavia, si tratta di un tentativo nullo perché basta vedere gli altri due discorsi ai quali più sopra abbiamo fatto riferimento. In quello del 29 giugno 1969 Moro dice:

non vorrei che, per uscire rapidamente da schemi ritenuti angusti, rinunciassimo ad ideali che sono nostri ed a validi criteri di interpretazione e di sviluppo della vita sociale. Non si tratta solo di risolvere problemi con una tecnica perfetta e nel segno dell'efficienza. Anche ciò va fatto, ma non è tutto. Non si vive senza grandi valori umani e profonde convinzioni politiche. Una democrazia è libero confronto di siffatti valori e principi¹⁰.

Per Moro l'efficientismo tecnico non è tutto, cioè non è da solo garanzia di democrazia. «Non è tutto» vuol dire, più nel dettaglio, che esso deve essere strumento al servizio di «valori umani e profonde convinzioni politiche». È solo così che si ha veramente democrazia: essa è incontro/scontro tra visioni del mondo; non è schiacciamento sull'immanenza, non è assenza di tensioni ideali. Moro con ciò vuole dirci, in breve, che la democrazia è trascendimento dialettico mentre l'efficienza tecnocratica è immanentismo a-dialettico. Intende comunicarci, usando un lessico schmittiano, che la democrazia o è teologico-politica o non è. O segue un principio di trascendenza nella misura in cui le forze che la animano credono in valori ultimi di riferimento (che possono essere anche del tutto laici nei contenuti) e riportano il dialogo con le cose ultime sul piano delle cose penultime (cioè sul terreno istituzionale dello scontro politico) o semplicemente non è democrazia.

¹⁰ A. MORO, *Discorso all'XI congresso nazionale della Democrazia cristiana*, ora in ID., *Edizione Nazionale delle Opere di Aldo Moro*, Sezione I - *Scritti e Discorsi*, vol. 4 - *L'ultima fase (1968-1978)*, tomo 2 - *Al ministero degli Esteri e all'opposizione nel partito (giugno 1968 - maggio 1973)*, a cura di G. Formigoni, edizione e nota storico-critica di E. Palumbo, Bologna, 2021, 10.

Sulla stessa scia si pone l'intervento del 15 novembre 1969, dove Moro sostiene:

il pragmatismo e l'empirismo inducono fatalmente, se non a burocratizzare i problemi a immaginarli in una prospettiva puramente tecnocratica. Sono, dunque, il quadro politico, la volontà politica, che possono riscattare la prospettiva delle riforme dalla tendenza alla subordinazione tecnicistica, dalla emarginazione delle ideologie, intese, queste, non come astratto archetipo dell'agire politico, ma come momento di elaborazione culturale alla luce di una ispirazione ideale, di una indagine critica nel profondo travaglio del nostro tempo. Perché la DC è, appunto, come la vera vocazione dei Partiti richiede, momento di indagine e di sintesi proposta globale di risposta, sul terreno suo proprio, alla richiesta altrettanto globale, che sale dalla nostra inquieta società¹¹.

E poi prosegue:

la verifica della realtà è l'accettazione del misurarsi sul duro, ma costruttivo terreno delle cose che accadono, dei moti che si sviluppano, delle tendenze sociali che si delineano e che non si possono ignorare. Sta al politico avvertire il tipo e il livello di coscienza che caratterizza l'opinione pubblica nazionale ed internazionale e mediare tra ideale e possibile secondo una indicazione non riduttiva delle tensioni, ma ordinatrice e razionalizzatrice, in base all'esperienza, alla tradizione, alla struttura del nostro sviluppo storico¹².

Rispetto al discorso richiamato più sopra, qui Moro è molto più esplicito; nelle sue parole ci sono due accostamenti terminologici estremamente importanti: pragmatismo/empirismo e tecnocrazia da un lato; ideologie e democrazia dall'altro. Nel primo binomio c'è una degenerazione sul piano dell'immanenza e della contingenza: le questioni sociali vengono burocratizzate, ridotte a fatto tecnico incasellabile in questa o in quella griglia valutativa e, per questo, risolvibili in formule

¹¹ A. MORO, *Dopo l'elezione di Forlani a segretario della Dc*, in *Progetto*, Agenzia di notizie per la stampa, 14 novembre 1969. Ora in G. FORMIGONI (a cura di), *Edizione Nazionale delle opere di Aldo Moro*, Sezione I - *Scritti e Discorsi*, vol. 4 - *L'ultima fase (1968-1978)*, tomo 2 - *Al ministero degli Esteri e all'opposizione nel partito (giugno 1968 - maggio 1973)*, edizione e nota storico-critica di E. Palumbo, Bologna, 2021, 3.

¹² *Ibidem*.

e ricette preconfezionate. Tutto questo per Moro è inaccettabile e infatti apertamente dice che bisogna lottare il più possibile affinché i partiti mettano da parte la tentazione verso la subordinazione tecnicistica. Ecco perché diventa così importante la seconda correlazione: il ricorso alle ideologie rivela un appello a slanci ideali, a matrici culturali di riferimento che sono l'unico strumento in grado di preservare una elaborazione politico-culturale forte. Le ideologie rappresentano l'unica via per riflettere criticamente a partire dalle proprie posizioni di fondo; la sola strada per aprirsi alla mediazione politica senza snaturarsi. Solo preservandole si riesce a comprendere le inquietudini che serpeggiano nella società e a risolverle, a metterle insieme, a combinarle politicamente. In breve: una volontà autenticamente politica, e dunque autenticamente democratica, o è ideologica o non è. O presuppone un certo punto di vista attraverso cui guardare il mondo o facilmente viene strumentalizzata da altro, perché perde quel perno che la costituisce e che solo riesce a preservarne un grado di indipendenza¹³. Le ideologie per Moro sono quel momento di elaborazione culturale alla luce di una ispirazione ideale, di una indagine critica nel profondo travaglio dei tempi; sono vocazione dei partiti a fare sintesi delle richieste che salgono dalla «nostra inquieta società». In Moro è chiaro che l'ideologia è “storicamente organica”, cioè in sintonia con le masse popolari perché capace di in-

¹³ Al fondo Moro porta nell'istituzionale la mediazione ideologica che Gramsci pensa sul terreno scientifico. Beninteso, non stiamo riducendo Moro a lettore di Gramsci: stiamo solo dicendo che tra i due c'è una struttura argomentativa affine che ci aiuta a inquadrare meglio il pensiero di Moro. Sul punto si veda la distinzione gramsciana tra fanatismo ideologico e ideologia storicamente organica. Cfr. A. GRAMSCI, *Quaderni del Carcere*, a cura di V. Gerratana, Torino, 2014, 868 e 1263. Per una ricostruzione del tema dell'ideologia in Gramsci si veda L. PAGGI, *Gramsci e il moderno principe*, Roma, 1970; C. BUCI-GLUCKSMANN, *Gramsci e lo Stato. Per una teoria materialistica della filosofia*, trad. it. di C. Mancina, G. Saponaro, Roma, 1976; C. MANCINA, “Il fronte ideologico”: ideologie e istituzioni statali in Gramsci, in *Prassi e teoria*, 1980; G.P. CALABRÒ, *Ideologia ed egemonia*, in ID., *Antonio Gramsci. La “transizione” politica*, Napoli, 1982, cap. 2; G. LIGUORI, *Ideologia*, in F. FROSINI, G. LIGUORI (a cura di), *Le parole di Gramsci. Per un lessico dei Quaderni del carcere*, Roma, 2004, 131-149; F. FROSINI, *Da Gramsci a Marx. Ideologia, verità e politica*, Roma, 2009. Sull'ideologia in Gramsci come concetto “situato” cfr. M. FILIPPINI, *Una politica di Massa. Antonio Gramsci e la rivoluzione della società*, Roma, 2015, 90-9.

tuirne i bisogni, le richieste e di metterle in forma secondo una specifica forza ideale. Non solo. Ma è palese anche che all'ideologia è connaturale una dimensione mediante: essa viene assunta a strumento istituzionale di analisi e di scelta politica. L'ideologia per Moro è, deve essere, nel potere. È per questo che essa è l'archetipo per salvaguardare il metodo democratico: è la via per un'apertura non conformistica; è aprirsi all'altro senza smarrire se stessi. Una strada che preserva da un lato la propria identità e dall'altro la dialettica democratica come sintesi ideale. Solo così c'è democrazia per Moro. Senza questi presupposti di fondo il rischio, tragicamente realistico è la perdita della coscienza del proprio ruolo di politico (che in Gramsci sarebbe il proprio ruolo di intellettuale); è l'affrancamento da quel pezzo di società che si dovrebbe rappresentare; è lo smarrimento della propria funzione politica, cioè fatto individuale che ha perso il collegamento con le masse.

Ecco, sulla base di questi due discorsi possiamo superare l'obiezione che ci può essere mossa. Essi rendono evidente che in Moro c'è incompatibilità concettuale tra democrazia e tecnocrazia: quest'ultima presenta alcune caratteristiche che sono in netto contrasto con i principi fondanti lo Stato costituzionale. Riassumendo, possiamo dire che per Moro la tecnocrazia è: politica dell'antipolitica; efficientismo anti-democratico; declino delle culture e delle ideologie politiche. Ci spieghiamo subito. La tecnocrazia è politica perché le sue ricette determinano effetti politici. Non conseguenze ordinarie, ma profonde, cioè radicalmente anti-sociali: nelle parole di Moro mentre la politica intuisce ciò che ribolle nella società, i suoi problemi, i suoi affanni, e financo suoi avanzamenti e/o regressi etico-collettivi, la tecnocrazia prescinde da tutto ciò. O, meglio, essa è portatrice del messaggio opposto: i problemi sociali non contano. Abbiamo visto come Moro utilizzi diverse formule come «verifica della realtà», «tendenze sociali», «duro, ma costruttivo terreno delle cose che accadono», «moti che si sviluppano», «ricchezza della vita sociale», «travaglio del nostro tempo»: tutte espressioni per indicare i bisogni delle masse popolari – le «attese della povera gente», (per usare un'espressione cara a Giorgio La Pira)¹⁴ – che gli servono per pensare all'altezza delle sfide della società di massa. Per la tecnocrazia

¹⁴ G. LA PIRA, *Le attese della povera gente*, Firenze, 1951.

invece tutto questo non vale più niente: ciò che conta è la razionalizzazione tecnica dei problemi, la loro risoluzione economicistica. Anche per questo essa è politica: perché ha il fine politico di annullare la politica come comprensione del reale. Ma proprio in ciò c'è la radice della sua anti-politicità: le opzioni tecnocratiche si auto-impongono, collocandosi al di fuori del circuito della rappresentanza. La tecnocrazia è antipolitica, in breve, perché nullifica la sovranità popolare. Qui c'è la radice della nostra seconda affermazione: la tecnocrazia come efficientismo antidemocratico. L'efficienza diventa nelle parole di Moro fonte di legittimazione interna ai fini dell'imposizione di parametri indiscutibili. Infine, la tecnocrazia è decadenza culturale. Questo è il dato antropologicamente più allarmante perché determina una profonda crisi spirituale di una comunità: contando veramente solo l'efficienza e le formule tecniche, la tecnocrazia propone l'inutilità delle aspirazioni ideali, delle tradizioni di pensiero, delle ideologie e delle culture politiche. E di conseguenza pretende, pur ammantandolo come suo opposto, un impoverimento intellettuale funzionale alla destrutturazione dello Stato costituzionale.

3. Tecnocrazia come dispiegamento dell'anticristo

A questo punto del nostro discorso è opportuno affrontare il rapporto tra tecnocrazia e tecnica in Moro. Si impone la loro distinzione concettuale per due ragioni: da un lato perché Moro si sofferma sul problema della tecnica sin dagli anni giovanili per cui il nostro discorso sulla tecnocrazia sarebbe potuto iniziare non nel '68-'69 ma dagli anni Quaranta; dall'altro perché si potrebbe dire che il linguaggio di Moro – che in queste pagine abbiamo ripercorso – sia così specifico, complesso e articolato da essere assimilabile a quello di natura tecnocratica cui oggi siamo abituati. Si tratta di due questioni che, pur distinte, sono in realtà interconnesse per cui seguiamo a risolverle in maniera conseguenziale. Prendiamo come punto di riferimento due articoli: uno del 1945 dal titolo *Concezione cristiana del lavoro*, l'altro del 1946 intitolato *Attualità dell'umanesimo*. Sono discorsi che si situano in un periodo storico lontano da quello sul quale noi ci siamo soffermati per cui è

da tenere presente che cambiano i riferimenti materiali di Moro: negli anni Quaranta egli ha davanti un paese dilaniato dalla seconda guerra e si pone il problema di individuare i presupposti etici sulla base dei quali far partire la ricostruzione. Iniziamo dal discorso del 1945. Qui Moro parla di tecnica a proposito del lavoro e delle macchine. Dice Moro:

una civiltà cristiana del lavoro è anche una civiltà della tecnica, ma è ben più che questa. Noi sappiamo, oramai, a che cosa conduca l'idolatria del prodotto e siamo in guardia contro il pericolo di sostituire alla piena umanità del processo di lavoro l'arida brutalità della tecnica [...]. Per questa ragione abbiamo detto che una civiltà del lavoro include necessariamente una civiltà della tecnica. Ma al tempo stesso la supera. Per una tecnica, unilateralmente intesa, è un distaccare il prodotto dall'uomo, un dare valore al prodotto a prescindere dall'umanità del processo da cui deriva e dalle esigenze spirituali e vitali cui deve servire. Ed è invece naturale, nella compenetrazione accennata di prodotto e lavoro, una gerarchia di valori, la quale ponga alla base l'uomo nel suo significato spirituale e sociale. [...] Ciò vuol dire, in conclusione, che la considerazione del prodotto non può essere spinta fino a sommergere l'umanità del lavoratore con i suoi inalienabili diritti. [...] Ciò vuol dire, ancora, non asservire la totalità complessa dei fini umani, i quali sono indisponibili, ai mezzi dati per conseguirli¹⁵.

Una citazione lunga in cui emerge chiaro il nocciolo del messaggio moroteo. Come si vede, Moro qui parla di tecnica riferendosi al lavoro e sostiene che in esso si compenetrano più fini: quelli materiali e quelli immateriali. Perché da un lato è chiaro che il prodotto esprime l'utilità del lavoro: quest'ultimo non avrebbe «serio significato» se non vi fosse un bene materiale in cui si concretizza l'attività del singolo. Ma dall'altro questo aspetto non può esaurire le destinazioni del lavoro: il prodotto è un traguardo intermedio, strumentale alla realizzazione di un altro piano della vita, quello spirituale. Se ci si fermasse alle cose materiali, ai prodotti fisici del lavoro, vi sarebbe una sostituzione del mezzo al fine ultimo. Vi sarebbe, appunto, la civiltà della tecnica. Per Moro in-

¹⁵ A. MORO, *Prolusione svolta alla XV settimana di studio della Fuci*, in *Studium*, 1945. Il testo, dal titolo *Concezione cristiana del lavoro*, è reperibile in *Edizione Nazionale delle opere di Aldo Moro*, Sezione I - *Scritti e discorsi*, vol. 1 - *Gli anni giovanili (1932-1946)*, a cura di G. Crociata e P. Trionfini, edizione e nota storico-critica di T. Torresi, Bologna, 2021, 3.

vece occorre procedere nella direzione opposta: sostituire l'idolatria del prodotto con una elevazione morale. È doveroso confinare l'attività tecnica che si compie nel prodotto su un piano di subalternità strumentale rispetto all'emancipazione spirituale del soggetto. Questo – possiamo aggiungere noi – è un dato di classe in cui si coglie il posizionamento politico di Moro: dire che la dignità del lavoratore deve prevalere sulle logiche del prodotto significa schierarsi contro il capitale o, quantomeno, rende palese che le ragioni di quest'ultimo (essendo secondarie) devono trovare un compromesso con quelle di chi presta lavoro (che sono invece primarie). Non a caso Moro ripete più avanti che sia doverosa «la tutela, anche a scapito del prodotto, se è necessario, di tutti gli interessi umani, spirituali, religiosi dei lavoratori»¹⁶. Il prodotto, come risultato tecnico, è il mezzo necessario ma non lo “scopo” di una civiltà: «la considerazione del prodotto non può essere spinta fino a sommergere l'umanità del lavoro con i suoi inalienabili diritti»¹⁷. Ecco, l'individuo e non il prodotto, l'uomo e non la tecnica è il fine. In sostanza, questo discorso di Moro è un modo per dire che l'uomo nel lavoro debba essere garantito in quanto tale, nei suoi diritti naturali, nelle sue irrinunciabili tensioni morali. Non solo, ma anche che il lavoro stesso, come prestazione tecnico-produttiva, è condizione necessaria ma non sufficiente per una emancipazione affrancata dalla materialità. Potremmo dire, spingendoci oltre: in Moro solo attraverso i diritti sul lavoro che preservano la dignità morale del lavoratore si garantisce una civiltà cristiana e non una civiltà della tecnica¹⁸.

Bene, sulla base di quanto abbiamo riportato emerge una prima differenza importante tra tecnica e tecnocrazia: esse si collocano in due ambiti diversi. La tecnica è confinata in un settore della vita sociale, quello del lavoro e, all'interno di esso, serve per descrivere le conseguenze prevalentemente individuali della scelta o a favore della civiltà della tecnica o di quella cristiana. La tecnocrazia invece, lo abbiamo visto nei paragrafi precedenti, è problema collettivo che riguarda tout court le sorti di una comunità; essa è strumento di decisione in alto: una

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ In questo senso si veda C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, 1959, 49-77, in particolare 64-65.

impostazione politico-culturale che incide a livello istituzionale mutando la struttura delle decisioni politiche.

Certo a questa lettura si potrebbe obiettare che sia problematico mantenere la distinzione concettuale tra tecnica e tecnocrazia tenendo presente solo il terreno su cui si collocano. Ciò perché è difficile capire che differenza ci sia tra le due quando la civiltà della tecnica si è compiuta. In breve: si potrebbe dire che tecnica e tecnocrazia siano sinonimi quando le logiche del prodotto (cioè l'economicismo) sono diventate la razionalità dominante di un assetto di potere che regge una comunità¹⁹. Si tratta di un'obiezione legittima perché coglie quelle evidenti affinità che ci sono tra i due concetti e che emergono dal tenore letterale dei testi di Moro. Infatti, fin qui si è potuto agevolmente notare come esse condividano la medesima natura: la tendenza ad assolutizzarsi. Dato che però emerge con chiarezza nel secondo discorso, quello del 1946, sul quale ora ci soffermiamo. Dice Moro:

da tempo nello spirito del cristianesimo noi combattiamo contro la pretesa della tecnica di dominare la via umana, contro quel suo porsi non solo e non tanto come strumento di civiltà, quanto piuttosto come meta ultima e la profonda soddisfacente ragione di vivere. Non da ora combattiamo, quando i frutti amari di questa deformazione della vita ed inversione dei valori si fanno chiari a tutti tra tanto disordine e tanto sangue, ma sin da quando la tecnica appariva un poderoso fattore di progresso ed un mezzo incomparabile, per determinare ed aumentare il benessere sociale²⁰.

In questo passo la struttura argomentativa è simile rispetto a quella dei discorsi del '69 sulla tecnocrazia: come questa tende a mettere da parte grandi visioni ideali, allo stesso modo la tecnica punta a disattivare le energie morali del singolo. Come la tecnocrazia vuole sovrastare "l'umanità" della politica (cioè le ideologie, le visioni ideali), così la

¹⁹ Si muovono in questo senso le riflessioni su tecnica e tecnocrazia proprie della seconda metà del Novecento. Cfr. E. FORSTHOFF, *Lo stato della società industriale*, a cura di A. Mangia, Milano, 2011, 30 ss.; J.K. GALBRAITH, *Il nuovo stato industriale*, Torino, 1968.

²⁰ A. MORO, *Attualità dell'umanesimo*, in *Studium*, 1946, ora in *Edizione Nazionale delle opere di Aldo Moro*, Sezione I - *Scritti e discorsi*, vol. 1 - *Gli anni giovanili (1932-1946)*, cit., 1.

tecnica vuole dominare “l’umanità” della vita in generale (la “verità” inscritta nell’umano). In sostanza tecnica e tecnocrazia si collocano nel medesimo orizzonte di senso: annullare tutto ciò che non è tecnicismo ed economicismo; essere mete di se stesse: tecnica per la tecnica, tecnocrazia per la tecnocrazia. Nel fare ciò, entrambe provocano uno schiacciamento immanentistico disumanizzante perché disattivano gli slanci para-teologici costitutivi tanto del collettivo quanto dell’individuale – quelli che Moro chiama «idee generali» (riferendosi alla politica) e «interessi umani» (riferendosi al lavoro) –. O, meglio, spengono tutte le tensioni ideali men che una: ma su questo ci soffermeremo a breve. Ciò accade perché viene a crearsi un vuoto spirituale che impedisce un dialogo con le cose ultime. Le grandi visioni ideali o le ideologie di cui Moro parla nei discorsi del ’69, così come l’umanità e la verità del singolo, sono tutti concetti che gli servono per pensare secondo un’ottica trascendente. Sono categorie che palesano un dialogo con fini ultimi in cui il collettivo e l’individuale trascendano il contingente e lo guardano secondo principi altri, immateriali e spirituali. Nella tecnocrazia e nella tecnica invece c’è un ripiegamento verso il basso, nella misura in cui tutto questo viene annullato: l’umano involve nella sua terreneità e non c’è possibilità alcuna di guardare il mondo attraverso uno sguardo sovrasensibile. Tuttavia, nonostante questa fondamentale identità di natura tra tecnica e tecnocrazia, c’è per noi una differenza profonda tra i due concetti che possiamo cogliere se impostiamo la questione secondo canoni temporali: la tecnica diventa tecnocrazia nel momento in cui il processo per il quale i saperi tecnici puntano a imporsi si è consumato e compiuto. In parte è già emerso a proposito dei discorsi di Moro del ’69 quando abbiamo visto che la tecnocrazia è l’affidarsi istituzionale all’efficienza. Ora, sulla base dei discorsi degli anni Quaranta, possiamo sostenere che si ha tecnocrazia e non più tecnica quando quest’ultima si è “collettivizzata”, quando da problema confinato e trattabile politicamente sia diventato paradigma che si impone per gestire la cosa pubblica. Per intendersi: c’è tecnica quando c’è solo attitudine all’assolutezza, c’è tecnocrazia quando questa spinta è diventata realtà di fatto collettiva. Confrontando i discorsi degli anni Sessanta con quelli degli anni Quaranta, possiamo ancora aggiungere che: c’è tecnica nel momento in cui prevalgono le ragioni del collettivo; c’è tecnocrazia quando

quest'ultimo ha assunto il tecnicismo efficientista a modo d'essere di se stesso. La tecnocrazia è un salto di qualità della tecnica, è la sua transustanziazione: la tecnica si innalza e innalzandosi si sublima in altro. La tecnocrazia è un modo di governare che spiritualizza la tecnica, che fa della tecnica una fede. Meglio: è il livello massimo, perché reale, di spiritualizzazione della tecnica. Per questo tra le due c'è differenza: si ha tecnica quando i saperi tecnici e le competenze sono confinati in un terreno di subalternità rispetto a ragioni *altre* (politiche); si ha tecnica ancora quando la politica padroneggia sul tecnicismo e l'economicismo; si ha tecnocrazia invece quando i saperi tecnici e le competenze dominano invece che obbedire. La tecnocrazia non è tecnica ma è esaltazione della tecnica; non è scienza ma è scientismo, cioè ideologia della scienza, che è cosa diversa. Perché nell'esaltazione è insita una dimensione teologico-politica che la tecnica invece non ha. In breve: la tecnocrazia è spossessamento politico a vantaggio della tecnica più feticcio della tecnica. Perciò possiamo dire che in Moro la tecnocrazia è dispiegamento dell'anticristo²¹, perché è inveramento sul piano politico-istituzionale della fede nella tecnica come ragione ultima; perché è credenza in qualcosa che sostituisce il messaggio cristiano nella sua valenza politica. In Moro mentre il cristianesimo è ciò che innerva l'ideologia e che, di conseguenza, struttura la democrazia, la tecnocrazia è quella "visione del mondo" che ha di mira l'annullamento di tutto questo. Possiamo aggiungere noi che essa è una forma di teologia che sostituisce ai contenuti sacrali il dogma dell'efficienza e della razionalizzazione tecnica. Naturalmente a fronte di questa affermazione si potrebbe dire che siamo caduti in contraddizione perché prima abbiamo detto che la tecnocrazia è immanentismo in nome del quale si annulla il dialogo con i fini ultimi mentre ora stiamo dicendo che a essa pertiene comunque un principio di trascendenza. Tuttavia, l'obiezione si può facilmente risolvere: la tecnocrazia è tanto immanenza quanto trascendenza. È una forma di trascendenza che nega la trascendenza; una forma di trascendenza che nega se stessa come slancio ideale. Perché fa dell'immanenza, cioè della razionalizzazione tecnico-economicistica,

²¹ Sulla tecnocrazia come anticristo si veda C. SCHMITT, *Aurora boreale. Tre studi sugli elementi, lo spirito e l'attualità dell'opera di Theodor Däubler*, a cura di S. Nienhaus, Napoli, 1995, 87 ss.

un assoluto di senso. In sostanza: la tecnocrazia è fede nell'immanenza dal momento che la visione del mondo che propina è che non ci debba essere nessuna visione del mondo. Questa è una forma di religiosità che nega la possibilità di qualsiasi sguardo religioso sul mondo: è la fede nella non-fede, la fede nel nulla ideologico-religioso e, per questo, nel nulla politico.

4. *L'autonomia della politica come katechon*

Se tali sono i caratteri della tecnica e della tecnocrazia, il punto fondamentale diventa come arginare l'avvento dell'anticristo. In che modo e grazie a quali risorse, in pratica, si può frenare la deriva spirituale di cui la tecnocrazia è portatrice. La prima constatazione da fare è che, se tecnocrazia e politica si antepongono quanto ai *fini ultimi*, solo su questo piano, cioè sul terreno dell'ideale, si può trovare una soluzione. Di fatti per Moro ci sono due principi fondamentali tra di loro connessi: la necessità del messaggio cristiano e l'autonomia della politica. Qui ci aiuta in modo esplicito l'ultimo discorso sul quale ci stiamo soffermando, quello del '46. Dice Moro:

ma non possiamo rinunciare alle cosiddette idee generali ed a quella *humanitas* che esse generano ed esprimono. Per quanto divien maggiore lo sforzo di presenza e di attenzione in un mondo fatto di mille cose andate in frantumi e da rimettere su in qualche modo, per tanto occorre una maggiore ricchezza ad alimentarlo. Più verità soprattutto, più carità. Le quali non siano un autocompiacimento pomposo, una fastidiosa retorica, un velo pietoso che nasconda, per una facile pace da conquistare, i bisogni del mondo che attende opere ed opere, ma un sereno aprirsi alle ragioni ultime, un pacato disegnare mete lontane, un omaggio reso all'uomo nella sua propria umanità, un'accettazione vigorosa dei valori nella loro gerarchia²².

Naturalmente, tutti i passi di cui ci siamo fino a ora occupati sono intrisi di una *vocatio ad coelum* quale risorsa frenante. Tanto negli scritti del '45-'46, quanto in quelli del '69, emerge chiaro come sia il

²² A. MORO, *Attualità dell'umanesimo*, cit., 1.

cristianesimo la risorsa morale in grado di contenere la deriva tecnocratica. Tuttavia, è solo qui che il messaggio di Moro diventa più esplicito. Alla pretesa dei saperi tecnici di dominare la vita, Moro antepone la verità cristiana come umanità che trattiene. Nella cristianità c'è quel colloquio con la verità che riesce a fare attrito contro lo scivolamento verso una vita spenta interiormente. È la spiritualità cristiana che argina l'assolutizzazione tecnica. Per essere più precisi: è la paura della sua mancanza a svolgere una funzione catechontica verso una vita apparentemente ricca ma in realtà vuota, debole. È in questo serbatoio di senso che vien fuori il secondo principio: l'autonomia della politica. Lo spirito cristiano, come risorsa ultima, impone un'attenzione alle cose mondane, cioè alla politica. Poco prima del passo richiamato, Moro sostiene esplicitamente che un'opposizione individuale, e perciò impolitica, alla tecnica in realtà ne favorisce lo sviluppo. Dice Moro:

come impulso alla intransigenza ci parve bastasse una ispirazione cristiana vigorosa, una profonda comprensione di quella intuizione del mondo che riduce ogni problema in termini di moralità e di responsabilità individuale. In questa luce non occorre una lunga fatica, per accorgersi dello spaventoso vuoto che il fulgore della tecnica raffinata e del suo successo non riuscivano a nascondere²³.

Per Moro una intransigenza autenticamente morale non può ritrarsi nell'individuale. La rettitudine morale del singolo riduce la resistenza a fatto privato, spoliticizzato. Cosa che è funzionale al mantenimento dello status quo. Per Moro non si muta il potere resistendovi individualmente perché ciò diventa un fatto improduttivo politicamente e interno alle logiche dell'assetto di potere esistente. In pratica: inconsapevolmente funzionale al dispiegamento «dello spaventoso vuoto» della tecnica. Ecco perché Moro attacca a viso aperto il moralismo astratto e finisce per parlare di «autocompiacimento pomposo», «fastidiosa retorica» e «velo pietoso». Per Moro verità e carità impongono di andare oltre una vuota retorica moraleggiante, cioè un moralismo dietro il quale in realtà si nasconde il disinteresse per un mondo in rovina. L'appello all'umanità cristiana non può ridursi a richiamo astratto ma deve essere

²³ *Ivi*, 2.

mobilitante politicamente. Il che equivale a dire: solo coltivando un dialogo con le cose ultime come strumento di lotta politica, si riesce a superare uno sguardo moralisticamente (e cioè apparentemente) non omologato ma in realtà adesivo all'esistente. Perché solo auto-trascendendosi si riesce a superare l'immanenza del vuoto moralismo. Quest'ultimo, per Moro, sta dentro la logica dell'immanenza; è funzionale (più o meno consapevolmente) all'assolutismo tecnocratico. Mentre invece la vera morale (la trascendenza cristiana) rompe questo schema. È per questo che il messaggio cristiano è costitutivo della politica. Dalle parole di Moro emerge chiaro che intanto c'è politica se c'è verità e carità. La ricchezza interiore, una volta portata su un terreno concreto di agibilità politica, è ciò che consente di capire un mondo andato in frantumi e di valutare come rimetterlo in piedi. Rende possibile, in sostanza, una visione politica dell'esistente. Non solo. Facendo un passo ulteriore possiamo dire che attraverso il messaggio cristiano c'è, non soltanto politica, ma autonomia della politica: cioè una sua indipendenza nella misura un nucleo di valori forti non la rendono strumentalizzabile. È solo così che la politica può imporre ragioni profondamente umane a quelle profondamente disumane di cui la tecnica è portatrice. La politica è autonoma non perché è indifferente rispetto ai contenuti ma perché li assume e li rende modello ideale di una società. In sostanza c'è politica e c'è politica autonoma solo se ci sono dei valori ultimi di riferimento. Altrimenti (in assenza di principi ideali o se questi, pur presenti, si confinano, spolicizzati, nell'individuale) c'è il niente politico.

5. Il linguaggio di Moro

In questa primazia della politica come fatto reale e ideale allo stesso tempo risiede anche la superabilità della seconda obiezione relativa al linguaggio. È vero: il linguaggio di Moro è difficile, articolato. Il suo periodare è complesso, ricco di subordinate e di incidentali. Caratteristiche che lo rendono a un approccio superficiale esteticamente simile al parafrasare proprio dei tecnocrati. Che, però, da questa mera somiglianza stilistica possa derivare la conseguenza per cui Moro sia un tecnocrate è ipotesi da scartare: il suo è un linguaggio altamente tecnico

ma non tecnocratico, nella misura in cui esprime il massimo livello di una tecnica funzionale alla mediazione politica. Torniamo sempre allo stesso punto: la strumentalità della tecnica. Mentre quello tecnocratico è imbastito di sofisticazioni per occultare – dissimulandolo come suo opposto – il dato anti-politico e anti-democratico, il linguaggio di Moro resta autenticamente democratico nella misura in cui non perde mai la spinta ideologica che lo muove. Tutte le citazioni che abbiamo riportato fino a ora sono un chiaro esempio in questo senso. Sia nei discorsi del '69 che in quelli degli anni Quaranta emerge l'assoluta primazia delle *ragioni della politica*, cioè delle matrici ideali. Per questo possiamo dire che il linguaggio di Moro è l'opposto del linguaggio tecnocratico perché è strumentale, pur nell'alto grado di tecnicità, alla politica e al suo primato. È sempre funzionale a tenere fede alle aspirazioni ideali, politiche, religiose, teoriche, pur nella consapevolezza che queste sono destinate a contaminarsi nello scontro con la realtà. Non solo, il linguaggio di Moro dimostra anche che dietro questa convinzione c'è raffinatezza del pensiero. Cosa che noi percepiamo proprio nello sforzo linguistico di restituire la complessità del reale. Il parafrasare di Moro che abbiamo ripercorso è indice – lo abbiamo detto più sopra – del tentativo di cogliere quello che emerge dal basso. Di intuire le rivendicazioni della società di massa. Non è un caso, peraltro, che questo dato si accentua proprio nel '68-'69 quando l'Italia vive una forte mobilitazione sociale. Ad animare il linguaggio di Moro è la consapevolezza della non-linearità della storia e il conseguente tentativo di restituirla. Dietro il linguaggio tecnocratico invece c'è rozzezza feroce del pensiero, dal momento che l'impostazione linguistica è funzionale a celare l'idea cinica per cui – lo abbiamo visto prima – le esigenze dei subalterni e delle masse popolari non contano niente. Quello tecnocratico è spregiudicato ottundimento del pensiero, quello tecnico-strumentale (che in Moro raggiunge il suo grado più alto) è animato da una finezza di ragionamento cerca di cogliere le sfumature, evitando giudizi netti e perciò approssimativi.

6. Conclusioni

Siamo partiti dicendo che la nostra tesi sarebbe stata dimostrare come le parole di Moro sulla tecnocrazia si fossero rivelate profetiche. Sia perché avrebbero consentito di individuare il momento a partire dal quale inizia l'interregno (*rectius* la crisi del modello costituzionale) della nostra Repubblica. Sia perché avrebbero permesso di verificare come quello che oggi ci circonda sia una precisa conferma delle parole di Moro. E abbiamo aggiunto che questa verifica storica ci avrebbe consentito di fare un passo ulteriore: sostenere che oggi l'ideologia tecnocratica collida strutturalmente con i principi liberaldemocratici e socialdemocratici dell'ordine costituzionale.

Ora, dopo aver solcato il pensiero di Moro, siamo in grado di dimostrare questi assunti. Attraverso il pensiero di Moro abbiamo avuto modo di vedere come i segnali di un traviamiento della coscienza del paese risalgano alla fine degli anni Sessanta e precisamente al 1969, anno in cui Moro ha una percezione del tutto peculiare. Certo il timore di Moro si fa più pressante nel 1978: tant'è che quello che egli sostiene nel Memoriale è un chiaro avvertimento per la Dc e, in generale, per la società civile. Tuttavia, è un fatto che non è questa la prima occasione in cui Moro si sofferma sul tema della tecnocrazia. Nei discorsi di quasi un decennio precedente Moro è molto più dettagliato nel fornire le caratteristiche principali del concetto di tecnocrazia. Non solo: ma inizia a palesarsi nei suoi interventi, come abbiamo visto, una inquietudine prima difficilmente rinvenibile. Moro vede delle spie, delle avvisaglie per cui l'Italia, pur continuando il suo percorso di emancipazione e di elevazione materiale e spirituale, tende a sporsi su un crinale del quale occorre avere consapevolezza. Per cui noi riteniamo che i primi segnali, seppur minimi, di un mutamento strutturale del modello costituzionale possiamo rintracciarli a partire dal 1969. Naturalmente con ciò non stiamo sostenendo che il nostro interregno inizi effettivamente in questo periodo. Ha ragione Maurizio Fioravanti: gli anni Settanta rappresentano ancora una stagione di attuazione dell'indirizzo politico fondamentale. Così come siamo d'accordo con quegli autori che fanno coincidere

“l’inizio della fine” con il 1978 e cioè con l’assassinio Moro²⁴. Con esso si apre una transizione di cui siamo ancora prigionieri²⁵: appunto quella lunga “nottata” della Repubblica con la quale abbiamo aperto il nostro scritto. Ciò nonostante, quello che abbiamo provato a dire è che i sintomi, i prodromi di quello che poi sarebbe successo Moro li ha preannunciati già a partire dal 1969. A differenza di chi esprime una valutazione politica *ex post*, quella di Moro è una anamnesi. È la lettura acuta di alcuni dati che sfocia in una prognosi *ex ante*. È una visione che riesce a intuire qualcosa che non esiste e che nessun altro vede. In sostanza quella di Moro è una profezia rispetto a fatti futuri, non una valutazione di fatti accaduti.

Questa previsione di Moro ci consente di dimostrare la nostra tesi: quello che Moro avvertiva come rischio, ora è diventata una triste realtà. La tecnocrazia è diventata la cifra costitutiva dell’attuale assetto di potere. Ci chiariamo subito. Noi abbiamo seguito un filo temporale a ritroso: siamo partiti da una paura di Moro (quella espressa nel Memoriale) e poi siamo andati indietro nel tempo per capire cosa lui intendesse per tecnocrazia (discorsi del ’69). Con ciò evidenziando che per Moro tecnocrazia è: politica dell’antipolitica; efficientismo anti-democratico; declino delle culture e delle ideologie politiche. Così come abbiamo visto che è una forma trascendenza che nega se stessa in cui la razionalizzazione tecnico-economicista conduce al nulla politico. Ecco, alla luce di questa definizione, è indubitabile che oggi assistiamo a un dominio tecnocratico. Viviamo un tempo in cui alla sintesi democratica si è sostituito il rigore tecnicistico. Un tempo in cui alla ideologia della neces-

²⁴ Si muovono in questo senso Gianni Baget Bozzo e Pietro Scoppola. Per il primo le élites rappresentative hanno perso il senso della loro funzione democratica, rimanendo succubi di uno shock che li ha cambiati per sempre (G. BAGET BOZZO, *Aldo Moro. Il politico nella crisi 1962-1973*, Firenze, 1983, 17-18). Il secondo invece allarga la prospettiva e sostiene che la perdita di Moro ha inciso sul piano etico collettivo, al punto che il paese ha smarrito la propria identità (P. SCOPPOLA, *La coscienza e il potere*, Roma-Bari, 2007, VII-VIII). Si veda sul punto anche Geminello Preterossi, per il quale «– dopo il tentativo sconfitto di Moro e Berlinguer – la democrazia italiana non è stata più in grado di elaborare un credibile progetto politico di lunga durata né una riflessione collettiva sulla collocazione della società italiana nei nuovi assetti economici e geopolitici» (G. PRETEROSSÌ, *Ciò che resta della democrazia*, cit., 180).

²⁵ P. SCOPPOLA, *La coscienza e il potere*, cit., VII-VIII.

sità delle ideologie si è sostituita l'ideologia dell'annullamento delle ideologie²⁶. Due soli esempi: il c.d. vincolo esterno e l'Unione europea²⁷. Si tratta di due temi che, pur concettualmente distinti, sono profondamente connessi. Uno (il vincolo esterno) è di matrice teorica e indica quella forma di affidamento all'esterno – cioè a un soggetto o a dei soggetti che si collocano in un “fuori” rispetto all'assetto istituzionale dello Stato costituzionale di diritto – delle scelte politicamente significative per la collettività. Il vincolo esterno è quella forma di delega in bianco concessa ad apparati che si definiscono esterni perché non legittimati democraticamente, cioè sottratti all'elezione popolare. Per cui ciò che accade è un tradimento della sovranità popolare come autodeterminazione e sua sostituzione con un principio di etero-determinazione. Il vincolo esterno è quella scelta – potremmo dire disperata – di affidare un popolo non più a se stesso, ma ad attori *altri*²⁸. Il secondo è di natura storica: parlare di Unione europea significa raccontare quel processo di integrazione sovranazionale basato su un'adesione totale ai dogmi neoliberali. Cioè alle logiche del mercato, della concorrenza e del capitalismo finanziario²⁹. Bene: si tratta di problemi legati a doppio filo perché l'integrazione europea è proprio ciò che ci consente di parlare di vincolo esterno. A partire dallo Sistema monetario europeo, passando per l'Atto unico del 1986 e giungendo al Trattato di Maastricht abbiamo assistito a un processo di progressiva assolutizzazione di parametri economici. Le regole tecniche dei mercati e delle banche sono diventate assoluti indiscutibili rispetto ai quali gli Stati membri non possono far altro che adeguarsi.

²⁶ Per una critica dell'ideologia post-politica si veda G. PRETEROSS, *La politica negata*, Roma-Bari, 2011, IX ss.

²⁷ Sull'Europa come apparato tecnocratico cfr. *ivi*, 109. Dice l'autore: «L'Unione appare come un grande apparato tecnocratico e giuridico-formalistico, distante dai cittadini, iper-regolatore e sospettoso del coinvolgimento popolare. Una costruzione inedita per la storia istituzionale europea, certo originale, ma priva di sostanza politica».

²⁸ Cfr. G. CARLI, *Cinquant'anni di vita italiana*, Roma-Bari, 1996, cap. VII ss.; G. GUARINO, *Saggio di verità sull'Unione e sull'euro*, Firenze, 2014.

²⁹ Cfr. A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, Roma, 2014; *Id.*, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018; *Id.*, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021.

Prima si è realizzata – scrive Alessandro Somma – la libera circolazione dei capitali, e si sono con ciò costretti gli stati nazionali a contendersi gli investitori abbattendo i salari e la pressione fiscale sulle imprese. Poi si è attribuita la competenza in materia di politica monetaria a livello sovranazionale, ovviamente in assenza di una politica fiscale e di bilancio comune, e stabilito che essa deve perseguire il controllo dell’inflazione come unico obiettivo. Infine, si è riservata l’adesione alla moneta unica ai soli paesi con i conti in regola, cioè con il debito entro il 60% e il deficit entro il 3% del prodotto interno lordo: soglia, quest’ultima, dopo poco sostituita dall’indicazione per cui i bilanci nazionali devono essere in pareggio o addirittura in surplus. Il tutto presidiato da un complesso sistema di controlli preventivi sulla solidità dei bilanci statali, comprensivi del cosiddetto semestre europeo, e di sanzioni per il caso in cui non avessero rispettato il percorso di rientro dal debito e dal deficit, erogate in seguito a procedure d’infrazione sempre più governate da automatismi e dunque spoliticizzate³⁰.

Come vediamo, vengono ridotte a fatto puramente tecnico, e quindi spoliticizzato, tutte le questioni dalle quali dipendono l’emancipazione sociale, la redistribuzione della ricchezza e la possibilità di dare effettività ai diritti sociali. Oggi le sorti della nostra comunità sono in mano a un garante esterno (l’Europa appunto) in cui parametri dominanti sono di natura esclusivamente economicistica ed efficientista. Ecco, se oggi tutto questo è ciò che ci tiene in piedi, è chiaro che viviamo un “tempo tecnocratico”, un tempo in cui le élites rappresentative non fanno altro – proprio come Moro presagiva – che affidarsi a soluzioni di matrice non democratica.

Così arriviamo a quella contraddizione strutturale tra tecnocrazia e i principi del *governo del popolo* e del *governo per il popolo*. Oggi le soluzioni prese in Europa³¹, i cui effetti tragicamente sperimentiamo al-

³⁰ A. SOMMA, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, cit., 95.

³¹ A titolo esemplificativo e certamente non esaustivo indichiamo: i limiti massimi all’indebitamento e al deficit degli stati (A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, cit., 276); una conseguente disciplina fiscale e di bilancio che impone di evitare disavanzi e debiti pubblici elevati (ID., *Quando l’Europa tradi se stessa*, cit., 90); una politica monetaria ancorata alla sola finalità della stabilità dei prezzi (cfr. *ivi*, 91); la scissione totale tra la politica fiscale e di bilancio e la politica monetaria (*ivi*, 92); l’attribuzione solo di quest’ultima a livello sovranazionale (con l’introduzione di una moneta unica) senza una politica fiscale comune (ID., *Sovranismi*, cit., 95); la libera circolazione di capitali

l'interno, confermano tutto quello che Moro presagiva. Sono decisioni "contro il popolo". Sotto l'etichetta *ce lo chiede l'Europa* accade sistematicamente che si preservino le ragioni di tecnostutture finanziarie a scapito del lavoro e del salario³². Che si custodiscano le ragioni del finanz-capitalismo a svantaggio delle aspirazioni, delle richieste e delle speranze della società civile; a danno, in breve, dell'emancipazione sociale. Attualmente il nostro modello costituzionale – come coagulo di convinzioni medie che determinano l'anima del paese³³ – è egemonia tecno-finanziaria antipopolare. Di fatti, il quesito che resta insoluto – e che nella sua irrisolutezza è rivelativo della natura tecnocratica dei tempi che viviamo – è: c'è stata nell'ultimo trentennio una riforma veramente emancipativa resa possibile dalla rigida osservanza dei parametri di integrazione europea? Nel momento in cui alla fede nella politica si è sostituita la fede nei mercati e nelle sue regole, il volto sociale del nostro paese è migliorato oppure è drasticamente peggiorato?

Risiedono in queste domande le ragioni profonde dell'utilizzabilità delle parole di Moro che in queste pagine abbiamo provato a capire. Moro si era accorto che le soluzioni tecnocratiche ignorano il radicamento popolare e le aspettative della società civile. Possiamo ipotizzare – spingendoci un po' oltre – che Moro alla fine fosse consapevole che le opzioni tecnocratiche avrebbero fatto pagare prezzi alti al popolo popolare. Per questo oggi il suo pensiero è un "farmaco del risveglio": esso ci consente di non aderire al messaggio dominante. Attraversare nel profondo i suoi scritti, assumere e portare alle estreme conseguenze la logica che li muove vuol dire avere il coraggio di fare autocritica. Significa voltarsi indietro e scoprire una storia in cui qualcosa si è fatto o quantomeno qualcosa si è detto per cercare: di rimanere fedele al testamento della Costituzione; di difendere un progetto di società che sta

che obbliga gli Stati a «contendersi gli investitori abbattendo i salari e la pressione fiscale sulle imprese» (*ibidem*). Tutte scelte che manifestano una vera e propria ortodossia a paradigmi neoliberali.

³² Cfr. L. CANFORA, *È l'Europa che ce lo chiede! Falso*, Roma-Bari, 2012.

³³ A ricordarcelo sul concetto di modello costituzionale cfr. M. FIORAVANTI, *Relazione presentata al convegno "L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. La crisi di un sistema politico" il 6-7 dicembre 2001*, in ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico nel ventesimo secolo*, Milano, 2018, 406.

ancora lì, morente ma non morto, a dirci che democrazia è speranza dei subalterni³⁴, di tutti coloro ai quali prima (nello Stato borghese liberale) non era concesso nemmeno di sperare.

³⁴ A ricordarcelo sono le parole di Piero Calamandrei, per il quale la costituzione è una «costituzione nuova e una costituzione popolare», in grado di condurre il popolo «per le vie della legalità, verso quella società più giusta che molte di queste disposizioni lasciano sperare» (P. CALAMANDREI, *Introduzione storica alla Costituente*, in *Commentario sistematico alla Costituzione Italiana*, vol. I, Firenze, 1950, CXXVIII-CXXXIX).

PLASTICITÀ DEL *BIOS* E FORMA GIURIDICA

UNA PROSPETTIVA FOUCAULTIANA SU TRASFORMAZIONI DEL DIRITTO E NORMATIVITÀ DELLE PRATICHE SOGGETTIVE

Mariangela Milone

1. Introduzione

Il presente intervento mira a focalizzare l'attenzione sulle trasformazioni possibili delle forme giuridiche e dell'approccio alle forme istituenti, facendo leva sui nuovi linguaggi e prospettive aperti dalle scienze della vita e in particolare dall'idea di plasticità.

L'asse analitico di questo percorso consisterà in una sorta di ponte che proveremo a ricostruire tra gli ultimi studi di Michel Foucault, studi che negli anni Ottanta insistevano sulla *forza normativa* delle pratiche e delle relazioni istituite dai soggetti con se stessi e con gli altri, e le recenti ricerche di Catherine Malabou, filosofa che lavora da diversi anni sul concetto di plasticità, a cavallo tra neurobiologia, filosofia, teorie critiche del diritto e della politica.

Dopo la breve introduzione esposta qui a seguire, l'intervento sarà suddiviso in tre parti: nella prima, entreremo nello specifico di una definizione del concetto scientifico di plasticità, per capire in che senso esso sia utile a rilanciare una pista foucaultiana ancora poco esplorata; con il secondo passaggio, entreremo nel dettaglio della specifica traiettoria disegnata da Foucault negli anni Ottanta con gli studi su *Soggettività e verità*, studi che approntano un'inedita definizione di *bios*; infine, con un terzo e ultimo step, proveremo a vedere in che modo il concetto di plasticità, una volta utilizzato per elaborare un'altra idea di natura rispetto a quella tradizionale e messo in relazione alle pratiche incarnate dei soggetti, vada a incidere sulle forme giuridiche, e, non di meno, obblighi ad accostarsi in modo nuovo alle categorie giuridiche di stampo

classico. Si tratta di un approccio che, come vedremo, ha improntato gli studi genealogici anche di un giurista materialista e costruttivista come Yan Thomas.

Veniamo alla questione introduttiva, ovvero alla la posta in gioco del discorso in relazione all'attualità: perché un'intersezione tra scienze della vita e categorie giuridiche, e perché oggi, in particolare?

Tra scienze della vita e categorie filosofico-politiche e giuridiche vi è da sempre un'inferenza reciproca. È una questione atavica che percorre peraltro anche tutta la parabola della biopolitica¹.

Attualmente, però, i punti di problematizzazione, e da qui anche una linea di critica del diritto, sono resi più evidenti dal fermento di una serie di questioni etiche e politiche che attraversano le forme soggettive e la produzione di soggettività in modo nuovo e complesso, a partire da spinte che provengono da punti eterogenei: si tratta di questioni inerenti ai rapporti con il proprio corpo, alle identità sessuali e di genere, ma anche all'insieme delle possibilità e di campi spuri aperti dall'intelligenza artificiale. A muoversi, d'altronde, è tutto un nuovo quadro sociologico, giuridico e politico che emerge dalla trasformazione delle condizioni lavorative, tanto per via di fattori tecnologici, quanto in ragione dell'importanza accordata, nelle più diverse sfere della produzione e valorizzazione, a competenze di tipo emotivo e relazionale. Si tratta di capacità di adattamento le quali sono intese sia come naturali, umane, date e quindi dovute, sia come modelli di performance, e in quanto tali, ma in maniera ambigua, messe a valore.

In questo quadro variegato di problemi pratici, si articolano in maniera spesso contraddittoria due esigenze che sembrano contrastanti: da un lato, emergono una serie di istanze di autonomia, una forte spinta nel

¹ Nel tempo, la biologia è stata messa al servizio prima delle norme alla base dell'eugenetica, per giustificare provvedimenti di correzione ed esclusione sociale, poi per fondare un "diritto penale dello straniero", una serie di norme razzializzate che tracciano meccanismi di inclusione differenziale, lavorando su modi di gestione ed esclusione di soggettività, da una parte, e su osservazioni e tecniche igienico-sanitarie, dall'altra. Come osserva Canguilhem, "soggiacente l'idea di identificare la società con un organismo, resta sempre l'idea della medicazione sociale, della terapia sociale, del rimedio per questo o quel malanno sociale". G. CANGUILHEM, *Il problema delle regolazioni nell'organismo e nella società*, in ID., *Sulla medicina. Scritti 1955-1989*, Torino, 2007, 53-65, 55.

senso dell'autoregolazione; dall'altro lato, e al tempo stesso, si osserva anche la richiesta, avanzata all'ordinamento giuridico, di istituire, riconoscere e regolare i casi nuovi. Cercheremo di far luce sull'ipotesi per la quale queste due modalità, pur presentandosi in contraddizione, si sintetizzano in una questione che va intesa in senso unitario, ovvero nella necessità di attraversare in modo nuovo i sistemi delle scelte, degli orientamenti e, così, il linguaggio dei diritti e delle norme, all'interno di un campo nel quale le idee di umano, natura, artificio non costituiscono più dei punti fermi e solidi.

La rielaborazione del concetto di plasticità riveste, in questo spazio problematico, esattamente la funzione di tracciare una diversa idea di natura; un'idea di natura che, nel corso di questa analisi, sarà messa a reagire rispetto a una serie di forme specifiche, le forme astratte ma determinate, istituite, *naturalizzate* dal sapere giuridico.

2. Plasticità e technai tou biou

A riattraversare in questi anni il concetto di plasticità è stata Catherine Malabou, filosofa politica e delle scienze, la quale ha avviato di recente una discussione accesa sul tema della sovranità giuridico-politica², proprio facendo perno su un'idea di natura molto più articolata e complessa di quella tradizionalmente intesa come entità spontanea, data, e che, in quanto tale, sarebbe maneggiabile, normalizzabile in senso assoluto. È corretto, e ha davvero senso, parlare di biopolitica nei termini di un potere *sulla* vita, rispetto a un concetto di vita ormai ridisegnato dalla nuova biologia molecolare? Cos'è, nel contesto attuale, quel *bios* che fa da prefisso alla *bio*-politica? Queste, in sintesi, le domande della filosofa; per Malabou, infatti, "il famigerato concetto di 'biopolitica' si fonda su una concezione antiquata della biologia"³.

² Si veda sul punto C. MALABOU, *Will Sovereignty Ever Be Deconstructed?*, in B. BHANDAR, J. GOLDENBERG HILLER (a cura di), *Plastic Materialities: politics, legalities and metamorphosis in the work of Catherine Malabou*, USA, 2015, 35-47.

³ H. SORELLE, *Tomorrows imperative: an interview with Catherine Malabou*, in *Global performance studies*, 2, 2, 2019, consultabile su <https://gps.psi-web.org/issue-2-2/gps-2-2-8/> (visitato il 15.12.2024). L'intervista è apparsa recentemente anche in tra-

È da tempo, piuttosto, osserva la filosofa, che “Nella filosofia, nell’arte [...], nella genetica, nella neurobiologia, nell’etnologia e nella psicanalisi, la plasticità appare come uno schema operativo sempre più pregnante”⁴.

Malabou parte dallo studio delle recenti scoperte neurobiologiche e dei processi di trasformazione della materia biologica, processi di invecchiamento, apprendimento, ma anche di malattia, distruzione e rigenerazione, tutti processi che nell’ottica delle scienze contemporanee scavalcano completamente l’idea di staticità, autoriflessività e incontrovertibilità della natura.

Negli ultimi vent’anni, in particolare, la plasticità cerebrale è divenuta centrale nel discorso della neurobiologia, andando a indicare la capacità delle nostre sinapsi di modificare la propria efficacia grazie agli effetti dell’apprendimento, dell’abitudine e delle influenze ambientali. Si passa da un approccio imperniato su un organo, il cervello, a un approccio molto più complesso, perché sistemico e non lineare, un approccio che tiene conto della non prevedibilità degli effetti di reazione e retroazione di una struttura sulle altre⁵.

L’esempio che rende in modo più chiaro e immediato il funzionamento di un sistema plastico è il tempo: l’opera del tempo è plastica perché da essa riceviamo la forma del nostro corpo, della nostra faccia, e il nostro pensiero. Ma al tempo stesso anche noi diamo forma al tempo: esiste una temporalità che risulta modellata dagli stili di vita, dalle singolarità e dalla dimensioni comuni che le singolarità vivono, esprimono, articolano e diffondono⁶.

Come dimostra l’esempio del tempo, il concetto di plasticità presenta una sfaccettatura complessa, ma proprio questa complessità, d’altra parte, permette di tenersi distanti da un certo riduzionismo nei rapporti

duzione italiana su <https://www.sovrapposizioni.com/blog/lavvenire-del-materialismo-intervista-a-catherinemalabou> (visitato il 15.04.2025).

⁴ C. MALABOU, *Le Vœu de Plasticité*, in ID., *Plasticité*, Paris, 2000, 7.

⁵ Gli studi di Sacks, Damasio, Edelman, sono in prima fila rispetto a questo approccio, pur nelle differenze che segnano i rispettivi e specifici campi di studio.

⁶ Si veda l’intervista, rilasciata dalla filosofa nel 2019 in occasione del Festival Mimesis di Udine, consultabile su <https://www.avvenire.it/agora/pagine/malabou-la-plasticita-a-renderci-davvero-umani> (visitato il 15.11.2024).

con le scienze dure e rispetto al classico dibattito tra natura e cultura. Attualmente, infatti, molti discorsi che girano attorno alle scienze neurobiologiche tendono a riferire direttamente a queste una serie di esiti che vengono definiti come s-naturanti; il riferimento ai meccanismi cerebrali e organici viene spesso additato di per sé come complice dell'economia politica e della costruzione di algoritmi, di una normalizzazione delle vite, delle menti e dei comportamenti, la fonte dalla quale sono potute emergere una serie di patologie come le malattie dell'adattamento e dell'apprendimento; senza contare che la neurobiologia si occupa anche dell'ampio spettro che riguarda i rapporti tra cura, composizione ormonale e orientamento sessuale, oggi più che mai oggetto di attenzione e confusione.

Le critiche rivolte, in questo modo, alle scienze dure, finiscono per utilizzare sempre come punto di riferimento l'identità, una struttura del sé che, invece, proprio le scienze tendono a scomporre, ponendo l'attenzione su pratiche, stili di esistenza, esperienze incarnate e habitat.

Il tema forse al quale si arriverebbe mettendo da parte l'identità e intersecando esigenze e produzione di norme soggettive nuove sarebbe, appunto, cosa intendiamo per natura, come concetto, però, non semplicemente "naturalistico", ma calato piuttosto in quei contesti politici, sociali e giuridici che continuamente contribuiscono a modellarne, a fornirne una definizione⁷.

La plasticità, oltre a proporre una diversa logica del fondamento e del cambiamento (si passa dalla genetica all'epigenetica), rivela una forte dimensione sistemica e pratica⁸, in quanto mette all'opera un concetto di natura come lavorata e incarnata nelle pratiche, pratiche concrete che riqualificano i soggetti stessi⁹.

⁷ Come osservava Canguilhem ne *Il normale e il patologico*, l'idea di natura, anziché essere l'altro della cultura, è sempre definita all'interno di un campo nel quale emerge tutta una tavola di valori, e da qui una dimensione di scelta.

⁸ Cfr. C. MALABOU, *Divenire forma. Epigenesi e razionalità*, Milano, 2020.

⁹ In questo senso, come afferma Judith Revel, "La questione del soggetto è, dal punto di vista politico ed etico, la questione delle pratiche, dell'effetto delle pratiche, di quello che viene prodotto dalle pratiche; e non solo la questione dell'imputabilità (morale, politica) di una pratica a tale o tal altro soggetto costituito": J. REVEL, *Tra politica ed etica: la questione della soggettivazione*, versione italiana della conferenza presentata a Yale il 17 giugno nell'ambito del convegno internazionale "Michel Foucault: after

Da questo punto di vista, quella di plasticità si presenta come una categoria utile per leggere in senso materialistico le trasformazioni del sistema giuridico e della forma giuridica alla luce delle pratiche dei soggetti incarnati, delle istanze di autoregolazione e disposizione dello strumento giuridico, nel senso non solo dell'affermazione di nuovi diritti, nel riconoscimento di altre forme di natura e soggettività, ma della necessità di elaborare proprio una diversa idea di natura, anche in ragione della artificialità delle forme costruite dal diritto.

In proposito, nell'ottica della plasticità, proprio perché si prediligono le componenti soggettive e i loro nessi funzionali, piuttosto che il versante identitario, diventa impossibile una visione a senso unico dei rapporti di assoggettamento e normalizzazione. E non soltanto perché all'interno di una dimensione relazionale c'è sempre uno scarto, un resto. La dimensione della plasticità, infatti, comprende *in un unico momento* tanto la capacità di *ricevere* forma (quindi un'attitudine passiva), quanto la capacità di imprimere, *dare* forma (come potenza attiva). In questo senso la plasticità può essere messa in relazione ai processi di modellamento delle soggettività, processi che comprendono la resistenza attiva, come parte determinante di un adattamento che è sempre plastico, appunto, anche dal punto di vista degli habitat normativi, rispetto, cioè, alla dimensione relativa alla produzione di norme.

3. *Il Foucault greco: bios, produzione di norme, produzione di soggettività*

La plasticità costituisce in un certo senso il modo per concettualizzare e riportare all'attenzione un aspetto decisivo delle analisi foucaultiane, ovvero il lato attivo della resistenza, il suo aspetto creativo e inventivo di norme nuove, e non di mera opposizione.

Non è un caso che Foucault, dopo aver parlato di rapporti tra legge e norma, processi di assoggettamento e istituzioni totali, abbia poi negli anni Ottanta concentrato la sua attenzione sulla produzione di norme al-

1984", Yale University, Whitney Center for Humanities, 17-18 ottobre 2014, consultabile on line su <https://www.euronomade.info/politica-ed-etica-la-questione-della-soggettivazione/> (visitato il 15.01.2025), corsivi presenti nel testo.

l'interno di sistemi friabili e aperti, quelli che caratterizzano le relazioni di amicizia e di cura reciproca, forme non ancora istituzionalizzate in maniera precisa e perciò più interessanti dal punto di vista della possibilità di costruire nuove norme, nuovi schemi di riferimento in vista della stilizzazione, espressione foucaultiana, del *bios*, dell'esistenza. Il filosofo francese utilizza nel corso intitolato *Soggettività e verità* un'accezione di *bios* da intendersi non nel senso di vita "naturale", data, biologica, ma come modo di condurre la vita, modo di conferire un senso, *finalizzare* la propria azione e le regole comuni:

Si tratta della forma di rapporto che si decide di avere con le cose, la maniera in cui ci si pone in relazione a esse, la maniera di finalizzarle in relazione a sé. Si tratta inoltre della maniera in cui si inseriscono nelle cose stesse la propria libertà, i propri fini e il proprio progetto, la maniera in cui, in certo modo, le si mettono in prospettiva e le si usano¹⁰.

In proposito, Foucault osserva che il mondo greco e quello romano dell'epoca imperiale avrebbero qualcosa in comune con la nostra epoca: la scarsa definizione delle regole, la presenza di forme istituzionali non rigide, di ruoli e status meno fissi rispetto all'epoca precedente, richiede una riflessione etico-politica più forte, un'elaborazione critica attenta e aperta all'eterogeneità di istituzioni del sé inedite o meno visibili rispetto al passato prossimo. Per esempio, nel contesto greco-antico è evidente che

Se c'è un elemento di cui non vale la pena parlare, questo è il matrimonio. [...] Il matrimonio infatti è una situazione socialmente definita, una forma di relazione sociale istituzionalizzata che mette marito e moglie in un certo rapporto reciproco. [...] Il matrimonio non crea problemi, il che non vuol dire che nella vita greca non sia importante o non sia valorizzato¹¹.

Al contrario, tutta una tecnologia del sé, tutta un'elaborazione intorno al *bios* diventa necessaria quando le relazioni sono meno istituzionalizzate, e l'attività del soggetto diventa il punto di riferimento della so-

¹⁰ M. FOUCAULT, *Soggettività e verità. Corso al Collège de France (1980-1981)*, Milano, 2017, 258-259.

¹¹ *Ivi*, 101.

vranità che egli mantiene su se stesso, del modo in cui regola una relazione di sé con sé che si definisce tra il polo della misura e un eccesso che finirebbe per sottrarlo a se stesso, trascinandolo fuori dal rapporto di verità instaurato con l'altro.

Foucault, come dicevamo, si riferisce a una serie di modalità relazionali che non sono istituzionalizzate o definite in maniera precisa, che non hanno una forma definita ma sono aperte, almeno quanto intense. Utilizzando una nozione tipica del mondo greco-antico, quella di *philia*, Foucault colloca queste modalità relazionali dentro l'ampio spettro dell'amicizia. Proprio l'amicizia funziona come paradigma relazionale, per indicare la relazione che sconta la più forte esposizione di sé all'altro, la condivisione di una vulnerabilità che proviene dal fatto che si tratta di inventare le regole stesse della relazione.

L'altro, nella relazione, e in particolare nella relazione più tesa, quella erotica tra uomini liberi, funziona come limite che permette di fondare un'idea della sovranità come padronanza del sé: è nel riconoscere un limite nell'altro, e per poter abitare la dimensione relazionale, che l'attività del soggetto dovrà misurare se stessa, padroneggiare la propria potenza, darsi regole, produrre da sé le proprie norme, e così accedere a una forma di vita che sia anche modo di essere. In ciò consiste, allora, il famoso *bios*.

Una precisazione va fatta: portando avanti il discorso sul *bios*, Foucault non si riferisce a una matrice individuale, ma ai diversi modi in cui il dato (culturale, politico, giuridico) viene interpretato e attraversato, ricomposto in quello che potremmo chiamare il transindividuale¹², mutuando il termine simondoniano. La stilizzazione concreta, pratica del *bios* si fa insieme e all'interno degli specifici contesti, nei rapporti tesi e segnati dalla comune vulnerabilità ed esposizione. Questa declinazione ulteriore dell'argomentazione foucaultiana ci permette di indirizzare il discorso costruito sull'asse *bios-plasticità-norme* in chiave

¹² Anche se il quadro è sempre quello relazionale, c'è una netta differenza tra intersoggettività e transindividualità: nella prima, la forma-soggetto *precede* la relazione, laddove il paradigma transindividuale vede invece la soggettività come prodotto provvisorio e combinato di un processo che *attraversa* le forme, in particolare dal punto di vista affettivo. Sul punto V. MORFINO, *Intersoggettività o Transindividualità. Materiali per un'alternativa*, Roma, 2022.

ecopolitica, un'ottica che risulta non solo attuale ma anche collegata al linguaggio dei movimenti sociali contemporanei.

Infatti, una volta richiamati i concetti di vulnerabilità e plasticità, il discorso diventa più ampio e consistente nell'ottica ecopolitica che Judith Butler ha recentemente rilanciato, ragionando nel post-pandemia con il giovane Marx, riprendendo, in particolare, i *Manoscritti economico-filosofici* del 1844¹³.

L'elemento che attraversa, taglia, qualunque relazione di potere, è dato dalla comune dipendenza: comune dipendenza che non va a stringere i termini, i soggetti della relazione, ma piuttosto li espone nei confronti della vita.

Non è qui in questione, come nella lettura tipicamente hobbesiana, il problema della comune uccidibilità, di quel grado di vulnerabilità reciproca che fa sì che ciascuno debba fare i conti con le possibilità proprie e altrui, giocare di forza e/o d'astuzia e usare la ragione per districarsi nel calcolo tra le possibili e reciproche mosse. Il punto non è questo, anzi questo calcolare ragionato non può essere più contemplato, perché, sulla scorta della prospettiva post-sistemica che il transfemminismo abbraccia in pieno, si riconosce che ciascun vivente è esso stesso un sistema, e che quindi è intanto con la sua propria vita che deve fare i conti, col suo stesso modo di funzionare.

La linea direttrice sarà allora un'altra forma di ragione, quella della vita, che ha una sua propria logica, non determinabile a priori e non finalizzabile linearmente. Del resto, ciascun vivente fa parte a sua volta di sistemi più ampi, complessi, stratificati, connessi, in via di costante trasformazione e riformulazione. L'appartenenza a tali sistemi, habitat strutturati e strutturanti, comprende la questione della sopravvivenza, e al tempo stesso la supera, coinvolgendo attori umani e non umani, componenti organiche e inorganiche, tracce di storie e memorie come parzialità che si combinano.

Né mera sopravvivenza né hobbesiana coesistenza l'uno accanto all'altro, si tratta di concepire ciascuna forma vivente come snodo di più ingranaggi e costruzioni: ciascuna forma e ciascuna vita incorpora parti

¹³ Il riferimento è a J. BUTLER, *Due letture del giovane Marx*, Milano, 2021.

delle altre, ed è così che persistenza e dialettica corrispondono alla esposizione comune.

La stessa forma-uomo, in base a questa visione, non può più darsi se non già frantumata, scomposta, interconnessa dentro un sistema più ampio che comprende tanto le specie viventi quanto la materia in trasformazione, tempi e spazi eterogenei che si sovrappongono. Si tratta di un'articolazione di intelligenze, diverse ma accomunate dalla tensione alla persistenza della vita; un punto di vista, questo, che scompagina anche tutto il discorso sull'intelligenza artificiale, disponendo anch'essa dal punto di vista dell'uso e delle modalità di incorporazione. Infatti, l'artificio è già natura, come direbbe Deleuze.

La prospettiva sistemica aiuta a intercettare le linee di apertura tra biopolitica e plasticità: sebbene la biopolitica, come Foucault ha ampiamente dimostrato con riguardo alla disciplina dei corpi, viaggi insieme, pretenda di tenere il passo rispetto alla plasticità vivente, tuttavia quest'ultima, dal momento che consiste in un'esposizione comune e dialettica, si costruisce via via antagonisticamente ed entro una dimensione autonoma. Si riferisce proprio a questo Malabou quando scrive che il *bio-* in "biopolitica" va inteso come "un'autorità complessa", "una forma abitata dalla contraddizione e dalla dialettica e perciò imprevedibile a se stessa"¹⁴. Una certa tensione, insomma, non può che essere riconosciuta e mantenuta, e per di più rispetto a qualcosa, il *bios*, quella vita che articola artificio e natura in un campo di indistinzione, e che a sua volta funziona, reagisce, (si) modifica, non linearmente.

4.1. *Natura e norma: tra rappresentazione e finzione*

La linea aperta dalla plasticità, come si configura in Malabou, insieme all'attenzione foucaultiana verso norme prodotte all'interno di stili relazionali e di esistenza, fa risaltare la traccia di uso strategico e variato di quelle stesse norme che di volta in volta pretendono di segnare un certo tipo di natura e un certo tipo di determinazione anche rispetto alle categorie giuridiche.

¹⁴ C. MALABOU, *One life only: Biological resistance, political resistance*, in *Critical Inquiry*, 42, 3, 2016, traduzione nostra.

La chiave di volta della questione infatti consiste proprio nel mobilitare un altro concetto di natura: una natura che, letta attraverso la lente della plasticità e delle tecniche che hanno la vita pratica come oggetto, non è più qualcosa di inerme o spontaneo, di innato, e che però proprio per questo, come in un paradossale gioco di specchi, è in grado di restituirci anche una coscienza dell'artificio giuridico.

Il linguaggio giuridico, infatti, costruisce forme, dimensioni soggettive e relazionali, attraverso modalità tecniche, artificiali, ma tende d'altra parte a presentarle come forme naturali. Il diritto come linguaggio dell'astrazione presenta una serie di universali in quanto naturali: ne sono alcuni esempi le categorie di soggetto di diritto e di persona, forme identitarie e astratte, rapporti come la proprietà, o ancora meccanismi di divisione, come quello tra corpo e merce, chiaramente legati alle dinamiche di produzione. A ricordarcelo è Yan Thomas, lo storico che forse più ha insistito sull'*ars iuris* come tecnica che *istituisce* la natura: il dispositivo giuridico crea artificialmente una serie di punti di riferimento, serie astratta, ma al tempo stesso determinata, in quanto nella nostra contemporaneità risponde alle necessità dei meccanismi neoliberali.

Gli studi di Thomas sul diritto romano puntano a risvegliare quella che il giurista definisce come una coscienza dell'artificio giuridico, qualcosa che serve tanto a smontare quanto a rimontare le forme di regolazione, in particolare quando l'invenzione di forme altre si rende necessaria in connessione con le nuove modalità di organizzazione delle forze produttive.

Come osserva Thomas, le istituzioni sono “forme costruite della vita sociale. Forme costruite, non spontanee”¹⁵; e tra le forme istituzionali, il diritto riveste una funzione particolare in quanto opera come arte, *ars iuris*, artificio appunto, “esercizio di messa in forma degli oggetti sociali”¹⁶.

Lo storico mostra il modo in cui nella lunga storia dell'Occidente, il diritto è stato il mezzo per eccellenza della costruzione istituzionale. Senza alcun intento moralistico: la genealogia che Thomas ci presenta con riguardo ai modi di funzionamento della proprietà e degli istituti familiari nell'antichità romana, non serve a descrivere un mondo nel

¹⁵ Y. THOMAS, *L'artificio delle istituzioni*, in ID., *Il valore delle cose*, Macerata, 2022, 67-74, 69.

¹⁶ *Ibidem*.

quale il diritto fosse affrancato dalla sua vocazione tipica rispetto all'istituzione di costruzioni artificiali. Al contrario, lo storico indica esattamente nel momento romano il punto di massima espressione della finzione giuridica. E però si tratta di un mondo nel quale la *fictio* è espressa e integrata come parte della realtà: il meccanismo del “come se” viene attivato ed esposto in maniera aperta. In questo consiste la singolarità del percorso giuridico romano, un percorso che, proprio per la sua inattualità, permette di guardare alle nostre forme di istituzione della natura (ovvero a quella forma di delimitazione istituita dal diritto moderno) in maniera più distaccata e lucida. Così, sostiene Thomas, in contrasto col meccanismo della *fictio* del diritto romano, quale lavoro di “separazione, non di fatto ma di diritto, tra il diritto e il fatto”¹⁷, bisognerebbe pensare al “lento lavoro di delimitazione, e poi di riassorbimento, della finzione medievale a beneficio di una verità di cui la cultura contemporanea continua a sua insaputa a portare il peso”¹⁸. La *fictio* nel diritto romano è una questione di tecnica giuridica e in questo senso non potrebbe mai istituire con “la natura” un rapporto sostanziale; la congiuntura storico-politica che istituisce, invece, la natura, è data precisamente dall'ingresso, nei laboratori del diritto, dei Padri della Chiesa: il diritto medievale accoglie “un'idea cristianizzata di natura come realtà esterna non modificabile dall'uomo. La finzione [diventa] un falso assoluto al servizio del diritto ma sottoposto a un ordine delle cose superiore e di origine divina”¹⁹.

La lezione di Thomas permette, insomma, di vedere il modo in cui la razionalità giuridica (quella che si prolungherà in Hobbes e nel paradigma dello Stato sovrano, lo Stato-maschera) ricostruisce, riformula i rapporti tra finzione e natura, rappresentazione e realtà.

Da questo punto di vista, la genealogia del diritto di Thomas si presenta come un'operazione che investe su materialismo e costruttivismo in senso radicale, puntando l'accento su un aspetto interessante: si tratta

¹⁷ Y. THOMAS, *Fictio legis*, Macerata, 2016, 56.

¹⁸ *Ivi*, 56-57.

¹⁹ M. SPANÒ, M. VALLERANI, *Come se. Le politiche della finzione giuridica*, in Y. THOMAS, *Fictio legis*, cit., 91-115, 100. Si segnala l'analisi contenuta in S. MENZINGER, *Finzioni dei canonici. Natura, realtà e finzione nella canonistica del XII secolo*, in *Reti medievali*, 21, 1, 2020.

dell'idea di immanenza, in contrasto netto con l'idea di una spontaneità pura, la quale non informa, secondo il giurista, né il concetto di natura né il concetto di artificio. Immanenza non vuol dire spontaneità. Parlare di immanenza non significa parlare di un ordine spontaneo che attraversa i rapporti tra natura e artificio, ma significa vedere la caduta della prospettiva teologico-politica: affermazione di un pensiero della superficie, che non può che ricadere in maniera potente sul modo di intendere il diritto.

Infatti, argomenta lo storico,

Tutta una mitologia che data all'ultimo secolo (specialmente al romanticismo tedesco) censura ancora i nostri studi: quella della spontaneità del diritto, della sua immanenza al sociale, della sua immersione nei dati culturali immemoriali e fondamentali – si pensi al mito dell'origine della consuetudine sorta sul suolo degli antenati, al mito delle comunità organiche, a tutto questo fantasticare molto poco democratico sulla persistenza di una immediata trasparenza del sociale. Al contrario la storia del diritto dà accesso a un mondo disincantato in cui il destino collettivo rende manifesta l'arbitrarietà di pratiche e saperi sempre più specializzati, sempre meno condivisi da tutti²⁰.

“Specialisti e tecnici della separazione”²¹ sono i giuristi. È infatti nei laboratori del diritto che, fin dall'antichità romana, si prepara e si fabbrica un mondo costruito su forme istituzionalizzate che funzionano segnando una serie di separazioni, in particolare quelle “tra lavoro e lavoro salariato, tra corpo e merce”²².

Rispetto alla tendenza creativa del diritto, si tratta di suggestioni che non ci restituiscono certo un'idea della forma giuridica come neutrale. Piuttosto, ci lasciano una sensazione di vertigine: è proprio la dimensione dell'artificio a rendere evidente come le tendenze alla costruzione istituzionale formulate attraverso il diritto non potranno che convergere in una direzione precisa, quella *decisa*, in ultima istanza, da chi detiene quel sovrappiù di potere tale da conferirgli il titolo di soggetto legittimato a proferire discorso giuridicamente valido, discorso “vero”; e allo-

²⁰ Y. THOMAS, *L'artificio delle istituzioni*, cit., 71.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

ra, lo si è ribadito in più occasioni, la dimensione politica acquista rilevanza centrale.

4.2. Dal soggetto di diritto alle pratiche di soggetti in relazione

Ora che, con Thomas, la dimensione politica delle pratiche giuridiche è emersa direttamente dalle caratteristiche tecniche del diritto, dalla forma giuridica in quanto tale e in quanto storicamente data, ricostruiamo il discorso con Foucault, avviandoci così alle conclusioni.

Nel suo discorso su *La verità e le forme giuridiche*, già negli anni Settanta, Foucault affermava che, lungi dall'occupare uno spazio tangenziale, le pratiche giuridiche contribuiscono, più di altre, a disegnare i percorsi dei processi soggettivi possibili: le pratiche giuridiche spiccano "tra le pratiche sociali nelle quali l'analisi storica permette di localizzare l'emergere di nuove forme di soggettività"²³.

Per il filosofo francese,

Le pratiche giudiziarie, la maniera in cui tra gli uomini si giudicano i torti e le responsabilità, [...] tutte queste regole, o se si vuole, tutte queste pratiche certo regolari, ma incessantemente modificate attraverso la storia, [rappresentano] una delle forme mediante le quali la nostra società ha definito dei tipi di intersoggettività, delle forme di sapere, e di conseguenza delle relazioni tra l'uomo e la verità, che meritano di essere studiati²⁴.

Allora, quello giuridico sarà proprio il dispositivo sul quale reinvestire l'attenzione; e Foucault non fa altro che riattraversare le pratiche giuridiche, quando, negli studi sul governo di sé e degli altri degli anni Ottanta, osserva da una diversa angolatura i rapporti di dissimmetria tipici delle relazioni erotiche e pedagogiche, oltre che l'orizzonte dei rapporti tesi con se stessi.

Sebbene Foucault lavori fin da *La volontà di sapere* sulla decostruzione del dispositivo sessuale, la genealogia attraverso la quale si apre lo spazio degli *aphrodisia* negli anni Ottanta, si configura perciò come

²³ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, in Id., *Il filosofo militante. Archivio Foucault 2. Interventi, colloqui, interviste 1971-1977*, Milano, 2017, 83-165, 86.

²⁴ *Ibidem*.

uno schema generale che serve a tracciare e a rivedere un intero orizzonte di metodo: il dispositivo sessuale non rappresenta in Foucault un *topic* autonomo, specifico, ma l'occasione per problematizzare la questione dell'identità e delle tecnologie che attraversano la produzione di norme soggettive.

Come si è visto, l'esigenza del darsi regole comuni si presenta in particolare nelle relazioni più intense e significative rispetto alla propria formazione e rispetto a un obbiettivo di carattere generale: divenire capaci di regolare l'azione propria insieme a quella degli altri, negli habitat di vita comuni.

Il problema che si apre è quello dell'autoregolazione, non più quello di come essere governati o di se accettare di esserlo: si tratta della ricerca di regole da dare a se stessi per stare con gli altri.

Autonomia e normatività in questo senso viaggiano insieme e implicano una denaturalizzazione tanto della forma giuridica quanto dei suoi effetti di carattere soggettivo, di quegli effetti, cioè, di naturalizzazione e astrazione dei rapporti e delle identità.

Si tratta di processi di *costruzione* delle soggettività *nell'interazione* con le forme giuridiche esistenti e in vista della trasformazione di queste, un movimento che disegna la traiettoria dell'autodeterminazione di nuove forme soggettive dal basso, sul punto di contatto con le pratiche e con i modi di vivere, di agire e di esperire le relazioni, pratiche reali che hanno un effetto sui soggetti stessi, andando a riconfigurare, riqualificare i soggetti dell'azione.

L'ottica che reinveste sulle pratiche giuridiche dal punto di vista del *bios*, mira ad allargare gli orizzonti dell'uso e della rivendicazione dei "diritti dei governati"²⁵.

Se la prospettiva del modellamento soggettivo resta l'epicentro della questione, è proprio perché la dimensione della plasticità fa sì che il governo del sé non possa mai essere dato una volta per tutte: il punto di vista del diritto diventa quello di una capacità di fare, difendersi, riappropriarsi dei linguaggi e dare forma alle situazioni.

²⁵ Cfr. M. FOUCAULT, *Contro i governi, i diritti dell'uomo*, in ID., *La strategia dell'accerchiamento. Conversazioni e interventi 1975-1984*, Palermo, 2009, 235-237.

Da questo punto di vista, la dimensione della plasticità, letta nel suo senso attivo, permette di dare risalto a stili e modi di vita praticati ed espressi dalle soggettività incarnate, aprendo la prospettiva di forme di regolazione da costruire, un diritto del quale si rivendicano l'uso e le potenzialità alternative e creative, ben oltre i modi entro i quali l'orizzonte tradizionale tende di solito a rappresentare il funzionamento del diritto.

La dimensione pratica entro la quale Foucault colloca la sua lettura delle forme giuridiche, obbliga a interrogare una serie di nozioni che hanno ormai assunto un carattere universale, presentandosi come eccessivamente pacificate. Tra queste spicca la nozione di "soggetto di diritto". Essa non può che risultare inadeguata, e anzi fuorviante: si tratta di uno dei termini di riferimento della trascendenza sovrana, e quindi, per Foucault, versione normalizzata e identitaria, inadatta a descrivere i processi etico-politici. Tali processi, infatti, danno forma a una resistenza come invenzione di funzioni, e, se continuano ad attestarsi all'interno dell'uso del dispositivo giuridico, lo fanno nella misura in cui incidono su di esso.

Alla luce di questa lettura, i limiti del diritto e le possibilità normative saranno dati dalla capacità da parte dei processi di soggettivazione di usare il diritto al di là delle condizioni fissate dalla norma, di sperimentare e spingere la forma giuridica al di là del già codificato, e quindi al di là dell'uso che del dispositivo giuridico può fare il "soggetto di diritto".

La questione della normatività, con Foucault, viene spinta sul fronte politico e culturale in un'ottica che non è quella della legge, bensì dei rapporti di governo di sé, limitazione reciproca e invenzione di regole, in ragione della comune vulnerabilità e interdipendenza tra se stessi e gli altri. Non per aggirare i divieti, ma per pensare a come creare nuovi modi di cura, affetti, piaceri.

Chiudiamo con alcuni esempi, che riguardano settori fortemente differenziati tra i quali però occorre vedere l'articolazione, una trama comune. Si tratta di situazioni ed esperienze che se possono sembrare marginali, minoritarie, risultano però significative, rispetto alle possibili trasformazioni delle pratiche giuridiche e istituzionali.

Tra i percorsi *alternativi* del diritto, assumono un rilievo interessante gli esperimenti di giustizia trasformativa che alcuni collettivi spagnoli

stanno promuovendo, in particolare per casi di violenza di genere, laddove l'alternativa consiste in una presa di distanza dal sistema punitivo e carcerario e in una revisione critica delle categorie di volontà e responsabilità personale. Troviamo qui l'uso un concetto di responsabilità allargato all'intera comunità di riferimento²⁶.

Un altro segnale di riformulazione degli schemi normativi è dato dalle forme di imprenditorialità sociale: si tratta di uno "stile", di una "cultura giuridica" che ha una strettissima relazione con il problema dell'azionabilità dei diritti dal basso, e da attori che si pongono a metà strada tra pubblico e privato, a metà strada tra la dimensione collettiva e quella individuale²⁷.

Sotto un profilo ancora diverso, la prospettiva della plasticità, mentre indica un diverso tipo di rapporto all'idea stessa di natura, porta a rivedere tutta la tematica che riguarda l'approccio regolamentare e istituzionale rispetto al riconoscimento, alla cura e all'inclusione della differenza sessuale, anzi della sessualità come produzione di differenza, oltre quindi lo schema identitario²⁸.

Questo insieme di fenomeni mostra tutta la radicalità di una prassi sociale che preme rispetto ai costrutti giuridici istituzionalizzati, nel senso dell'affermazione di un certo grado di autonomia dispositiva, piuttosto che nell'attesa di una legiferazione dall'alto.

Piuttosto che concepire la vita come principio di natura od oggetto di regolazione e correzione, è nel modellare plasticamente le forme giuridiche che le soggettività contemporanee attraversano il quadro della creazione normativa; la sperimentazione di modi diversi di vivere e di gestire i rapporti con se stessi, gli altri, le cose e i contesti, sta ponendo tanto il problema di una politica altra quanto di una pratica del diritto

²⁶ Cfr. G. PALOMBA, *La trama alternativa. Sogni e pratiche di giustizia trasformativa contro la violenza di genere*, Roma, 2023.

²⁷ Cfr. M. SPANÒ, *Più d'uno. La class action tra "tortificazione" del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo*, in Id., *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022, 89-105; S. CHIGNOLA (a cura di), *Il diritto del comune. Crisi della sovranità, proprietà e nuovi poteri costituenti*, Verona, 2012.

²⁸ Si vedano per esempio J. BUTLER, *Chi ha paura del gender?*, Roma-Bari, 2024, 133-220; M.R. MARELLA, *Queer eye for the straight guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, in *Politica del diritto*, XLVIII, 3, 2017, 383-413.

tracciata su schemi diversi da quelli della proprietà privata, di un soggetto astratto e normalizzato, insomma dai rapporti di governo e subordinazione di stampo novecentesco.

SEZIONE II

AUTONOMIA E PROFESSIONI GIURIDICHE

AUTONOMIA E PROFESSIONI GIURIDICHE

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Paolo Moro, Lucia Re

Le professioni giuridiche si fondano da sempre sugli studi liberali che, come afferma Seneca, sono gli «studi degni di un uomo libero»¹. Questa fondazione teorica, che riguarda soprattutto l'avvocato, spiega la nozione di autonomia che caratterizza natura e metodo dell'attività professionale nell'esperienza giuridica: infatti, la nozione di autonomia in ambito giuridico indica l'indipendenza delle professioni giuridiche da qualunque potere e la capacità della singola corporazione professionale (per esempio, l'avvocatura, la magistratura o il notariato) di darsi regole di condotta deontologica condivise e condivisibili in un ordinamento sociale liberale e democratico, ma di principio senza l'ingerenza di alcun potere eteronomo pubblico o privato.

Come è noto, spetta alla filosofia del diritto trovare modelli teorici che consentano di individuare le vie attraverso le quali il concetto di autonomia, in quanto libertà di darsi regole come quelle dell'etica professionale, possa indicare le specifiche qualità della professione giuridica come azione di mediazione tra la libertà e la regola. La tematizzazione dell'autonomia in questo particolare angolo visuale conferma che l'identità scientifica della filosofia del diritto riguarda la natura interdisciplinare dell'ordinamento giuridico sul piano teorico e la proiezione professionale del sapere giuridico sul piano pratico.

In questo rilevante ambito di riflessione giusfilosofica si sono diretti gli studi dei partecipanti al workshop dedicato appunto al tema *Autonomia e professioni giuridiche*, in cui gli autori hanno esaminato da prospettive teoretiche differenti l'attività difensiva dell'avvocato e quella

¹ L.A. SENECA, *Lettere morali a Lucilio*, XI, 88, a cura di F. Solinas, Milano, 1994, 316.

decisionale del giudice. Implicitamente, i lavori hanno riconsiderato l'importanza del diritto giurisprudenziale e della prospettiva processuale del diritto, secondo cui momento specifico e irrinunciabile dell'esperienza giuridica è la controversia giudiziale, che si manifesta come fenomeno ontologicamente (anche se non cronologicamente) originario rispetto alla regola legale la quale, appunto, soltanto nel processo trova la propria applicazione e interpretazione². Come ha sottolineato Silvia Niccolai, l'esperienza giuridica si dà dunque nel tempo del giudizio, dove la verità del diritto non è mai presupposta, ma sempre da costruire, attraverso la mediazione delle parti e dei professionisti del diritto³. In questa concezione, la controversia tra una pretesa e un'opposta contestazione concretizza la realtà dell'ordinamento quando si organizza giuridicamente nel giudizio che, per sua intrinseca struttura, impone alle parti contendenti la discussione mediata e razionalmente controllata delle reciproche posizioni contrarie, offrendo a ciascuna di esse la facoltà non soltanto di affermare la propria tesi e di fare emergere la propria singolarità, ma anche e soprattutto di contraddire l'avversario in una lite destinata per espressa richiesta dei disputanti a una composizione.

Il processo si configura così come dispositivo di mediazione, in grado di coniugare generale e particolare⁴. Il conflitto è dunque momento fisiologico della vita del diritto. La mediazione giuridica consente di aprire lo spazio alla differenza, potendo così partecipare a quella costante auto-trasformazione sociale che è propria delle società democratiche e pluraliste, coniugando momento istituyente e piano del diritto istituito, creazione giuridica e stabilizzazione dell'ordinamento⁵.

² P. MORO, *La prospettiva processuale del diritto, oggi*, in S. FUSELLI, P. MORO (a cura di), *Al Principio. Invito alla Filosofia del Diritto*, Milano, 2022, 391-412.

³ S. NICCOLAI, *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle «regulae iuris»*, Napoli, 2022.

⁴ Cfr. in proposito la bella lettura de *L'Antigone* proposta in F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino, 2017.

⁵ F. CIARAMELLI, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, Torino, 2021.

L'autonomia del giurista è, dunque, funzionale alla legittimazione stessa del diritto. Essa è da intendersi inoltre in senso relazionale⁶, poiché si iscrive in una trama composita di relazioni sociali e in un rapporto sempre più complesso con gli strumenti della professione. La sfida consiste nel preservarla in un mondo sociale caratterizzato da crescente instabilità, nel quale il modello liberale ereditato dall'Illuminismo e confluito nel progetto politico e giuridico del costituzionalismo (inter)nazionale⁷ è sottoposto a tensioni profonde e trasformazioni radicali.

I tre saggi di Piero Marra, Francesco Beatrice e Roberto Luppi affrontano il problema dell'azione processuale da prospettive diverse, indagando l'opera dell'avvocato e del giudice nelle società contemporanee, muovendosi tra riflessione giusfilosofica e sociopolitica. I tre saggi ci offrono uno sguardo complementare sulle trasformazioni del diritto, del ruolo dell'individuo e delle virtù nel mondo contemporaneo, segnalando l'importanza di integrare tecnologia e umanità nella pratica forense (Marra), la centralità della decisione giudiziale come atto fondativo del diritto (Beatrice) e la necessità di ripensare le virtù civiche in un'epoca segnata da individualismo e frammentazione (Luppi).

Nel saggio *Le virtù dell'avvocato e il ruolo della retorica digitale*, Piero Marra esplora come la digitalizzazione e l'intelligenza artificiale stiano trasformando il lavoro dell'avvocato contemporaneo, che è storicamente legato all'*ars rhetorica* e alla capacità di muoversi nel *forum* come luogo simbolico di parole e relazioni e che oggi deve confrontarsi con portali telematici, algoritmi predittivi e giustizia automatizzata. Marra distingue tre dimensioni: il momento deontologico, che riguarda l'etica delle tecniche retoriche e l'assunzione di responsabilità verso il cliente e il processo; il momento tecnologico, che rischia di ridurre la giustizia a calcoli numerici, sacrificando la singolarità dei casi e l'in-

⁶ Sulla nozione di "autonomia relazionale" cfr. C. MACKENZIE, *The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for an Ethics of Vulnerability*, in C. MACKENZIE, N. STOLJAR (a cura di), *Relational Autonomy. Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self*, Oxford, 2000, 33-59.

⁷ T. MAZZARESE, *I migranti e il diritto ad essere diversi nelle società multiculturali delle democrazie costituzionali*, in G. CERRINA FERONI, V. FEDERICO (a cura di), *Strumenti, percorsi e strategie dell'integrazione nelle società multiculturali*, Napoli, 2018, 63-85.

ventiva del giurista; il momento metodologico, che ribadisce l'irrinunciabilità del giudizio umano, capace di riconoscere la specificità del fatto e di costruire argomentazioni nuove e originali. L'autore rileva come il giurista non possa cedere all'illusione di una giustizia predittiva e standardizzata, ma debba mantenere viva la dimensione relazionale, empatica e creativa del suo lavoro, pur integrando le tecnologie come strumenti, non come sostituti del pensiero critico.

Francesco Beatrice analizza l'opera giovanile di Carl Schmitt *Legge e giudizio* (1912), dove emergono le basi del decisionismo giuridico, nel saggio *Dalla teoria della decisione giudiziale alla filosofia del diritto. Note sul decisionismo di legge e giudizio*. Schmitt critica la dogmatica giuridica tradizionale (*Begriffsjurisprudenz*), che pretendeva di ridurre il diritto a un sistema logico-astratto, e si distingue anche dagli anti-formalisti del diritto libero, affermando che la correttezza di una decisione non deriva dalla legge in sé, ma dalla sua capacità di produrre "determinatezza giuridica", cioè stabilità, prevedibilità e ordine. Il criterio di correttezza è quello che un altro giudice medio, in quelle stesse circostanze, avrebbe applicato: un approccio dinamico, non legato rigidamente alla norma, ma nemmeno arbitrario. Beatrice evidenzia come Schmitt colga già qui la funzione regolativa del diritto, che consiste meno nel contenuto specifico delle regole e più nella loro capacità di generare ordine, calcolabilità e certezza. Questo decisionismo non si esaurisce nella giurisprudenza, ma si estende alla filosofia del diritto, anticipando i temi che Schmitt svilupperà negli anni successivi, fino a integrare le dimensioni di forza, autorità e legittimità. L'autore conclude rilevando che il diritto, secondo Schmitt, non è solo norma, ma anche decisione, atto che istituisce e stabilizza, e per questo considera centrale riflettere sulla natura e sulle implicazioni della decisione stessa.

Roberto Luppi affronta il tema delle virtù civiche in un contesto socio-politico trasformato dai processi di individualizzazione in *A che modello di virtù ispirarsi nella contemporaneità?* A partire dal modello classico del cittadino greco, attivo nell'*agorà*, Luppi si chiede se oggi, nelle società occidentali segnate da pluralismo, precarietà e disgregazione delle comunità, abbia ancora senso parlare di virtù civiche nei termini tradizionali. Riprendendo Bauman e Habermas, l'autore descrive la "società degli individui" come un contesto in cui il singolo è

chiamato a costruire autonomamente il proprio percorso, al di fuori di legami stabili, mentre il lavoro, la politica e la socialità si frammentano. In questo scenario, Luppi propone un ripensamento del modello di virtù: non più centrato sulla moralità associativa, cioè sull'apprendimento delle virtù attraverso le relazioni e i gruppi, ma sulla "moralità dei principi" descritta da John Rawls e fondata sul rispetto dei principi morali indipendentemente dai legami e dai contesti. La figura del giudice, che opera in modo solitario e riflessivo, cercando di incarnare giustizia e moralità pubblica, diventa per Luppi un nuovo possibile modello di riferimento. Il saggio propone così una prospettiva che integra le intuizioni della *virtue jurisprudence* con la riflessione sulla contemporaneità, suggerendo che, per rispondere alle sfide dell'individualismo morale, occorra rafforzare negli individui una forma più autonoma e interiorizzata di virtù.

LE VIRTÙ DELL'AVVOCATO E IL RUOLO DELLA RETORICA DIGITALE¹

Piero Marra

1. *Questione di fondo e contesti*

Nel titolo sono sottesi due nuclei. Il primo deontologico (segnato dal richiamo alle virtù), il secondo tecnologico (evidenziato dalla parola “digitale”). Il campo di indagine è quello del “diritto in azione” [*law in action*], nella particolare prospettiva forense. Infine, la parola “retorica digitale”: è quasi un ossimoro, perché accosta tecniche di diffusione ed elaborazione del diritto che si svolgono su piani differenti (principalmente discorsivo il primo, astrattamente numerico il secondo) e allude a meccanismi di ibridazione dei processi argomentativi. Si tratta, in verità, di una combinazione non immediatamente intelligibile, perché non è semplice parametrare l'originalità critica del giurista pratico ai criteri di quantificazione, misurabilità e ripetibilità della società tecnologica². Lo si scorge osservando lo spazio processuale e le sue logiche interne³. Eppure, l'avvocato, oggi, è chiamato a misurarsi con i cambiamenti, che sembrano allontanarlo da quello spazio di parole (il *forum* è, appunto, luogo dove si parla) e di ascolto (è il significato del vocabolo greco

¹ Questo lavoro è stato parzialmente sostenuto dal progetto FAIR – Future AI Research (PE00000013), nell'ambito del programma MUR del PNRR finanziato dal NextGenerationEU.

² P. MORO, C. SARRA (a cura di), *Tecnodiritto. Temi e problemi di informatica e robotica giuridica*, Milano, 2017, 7. Sulla società tecnologica, B. RUSSEL, *The Scientific Outlook*, Londra, 1949, 211-212; ma si veda anche N. WIENER, *The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society*, Boston, 1950.

³ In particolare, nel suo momento retorico, come sottolinea A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, 2016.

aulé)⁴. I fattori di cambiamento sono molteplici, e alcuni si rinvergono nella progressiva “despazializzazione” della giustizia⁵. Se tuttavia è vero che l’architettura concettuale della giustizia ha sostanzialmente resistito alla modernizzazione, dall’altro lato assistiamo a una rivoluzione dirompente che converte le decisioni processuali nell’esito (numerico) del calcolo⁶. Sul piano retorico, le conseguenze sono altrettanto chiare. Le si percepiscono osservando i nuovi tempi e modi di esercizio dell’attività forense, sempre più interconnessa con i portali telematici e meno con i tribunali reali. È il presupposto di un processo (da) remoto che sacrifica la mediazione simbolica del rito, cioè il modo con cui giudici, avvocati e parti si incontrano e cooperano nell’aula giudiziaria; e segna anche l’inizio della progressiva spersonalizzazione della giustizia che tutt’ora prosegue inesorabile verso le tappe estreme della predizione (nell’idea di una *predicted justice*) e dell’automazione (è la nuova frontiera dell’*automated justice*)⁷ grazie all’avvento di complessi sistemi di intelligenza artificiale in grado di correlare tra loro grandi masse di dati e generare *outputs* sotto forma di previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni⁸.

⁴ Nella cultura greca, *aulé* [αὐλή], prima ancora che spazio fisico, è il luogo di ascolto e comprensione viva tra i soggetti. Il legame tra diritto e parola è oggetto di ampia letteratura che ne rivendica il ruolo a partire dall’etimologia della parola *ius*, a cui si collega il temine *fas*. Lo rileva in un recente volume I. BENEVIERI, *La parola (in) difesa. Scrivere e parlare nella professione forense: tecniche e suggerimenti pratici*, Torino, 2024, 6. Non va taciuto il *carattere performativo* delle parole nel diritto in J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Londra, 1962. A coglierne lo stretto legame per il diritto, A. INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, Bari, 2019, 59-76.

⁵ Qui il termine è usato in senso molto ampio e ricomprende tutte le forme *adjudicative*, inclusi i meccanismi di risoluzione alternativa delle controversie.

⁶ A. GARAPON, *La despazializzazione della giustizia*, Milano, 2021, 136.

⁷ Riporto una qualificazione di M. PALMIRANI, S. SAPIENZA, C. BOMPRESZI, *Il ruolo dell’Intelligenza Artificiale nel sistema giustizia: funzionalità, metodologie, principi*, in I.D. (a cura di), *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline. Diritto e Intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 1-36.

⁸ Riprendo la definizione offerta dall’art. 3 del Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento

A ben vedere, la digitalizzazione cambia primariamente gli ambienti umani che iniziano a strutturarsi [*enveloping*] differentemente per adattarsi al funzionamento delle macchine e, solo dopo, “riscrive” i modi in cui viviamo la nostra socialità, reale e virtuale, attraverso il linguaggio dell’aritmetica⁹. Accade lo stesso per l’ambiente giuridico che inizia a strutturarsi a misura delle innovazioni tecniche delle ICT, della robotica e dell’intelligenza artificiale, così finendo per cambiare anche l’*habitus* del giurista. Le applicazioni sono le più varie, dalla formazione delle prove digitali (*e-discovery*), alle trattative precontrattuali (*due diligence*), sino alle piattaforme di *problem solving* capaci di assemblare il contenuto di documenti oppure formulare clausole contrattuali e risolvere controversie. Anche la comunicazione con i clienti (in particolare per le grandi *Law Firms*) viene gestita tramite l’uso di *chatbots*, le ADR (*Alternative Dispute Resolution*) si svolgono principalmente a distanza, mentre alle tecnologie ODR (*On-line Dispute Resolution*) ci si affida direttamente. Vengono così disegnate nuove forme *adjudicative* come nel caso dell’*Oversight Board* istituito per moderare in autonomia le decisioni sulla diffusione dei contenuti nelle piattaforme *social*¹⁰.

Questi sviluppi mettono in discussione le nozioni tradizionali di autorità, giurisdizione e competenza, incidendo sulle stesse strategie difensive e sulle tecniche retoriche di cui l’avvocato (e, in generale, il giurista) si avvale per svolgere la propria funzione. Quale funzione? Con quali mezzi? La domanda ha il senso di una questione *metodologica* fondamentale¹¹, ma al contempo investe un qualche discorso ontico sull’identità del giurista e, in senso più ampio, sul suo *essere* (o sui modi di essere). D’altro canto, nell’attività forense, la funzione si confonde

sull’intelligenza artificiale), ma in linea con le altre rinvenibili nel contesto internazionale. Alcune delle categorie della giustizia digitale sono in M. PALMIRANI, S. SAPIENZA, C. BOMPRESZI, *op. cit.*, 7-9.

⁹ L. FLORIDI, *Pensare l’infosfera. La filosofia come design concettuale*, Milano, 2020. Sul digitale come “scrittura” del reale v. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021.

¹⁰ Ne parla diffusamente N. HELBERGER, *The rise of technology courts, or: How technology companies re-invent adjudication for a digital world*, in *Computer Law & Security Review*, 56, 2025, 1-9.

¹¹ Per L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981 la questione metodologica vuol dire capire esattamente di cosa si occupa il giurista.

spesso con le mosse (i mezzi) che il retore può adoperare: parte dal caso individuale e, da questo, apprende, elabora e comunica informazioni non solo per sostenere una tesi (tra le tante possibili), ma anche per sottoporre al giudice soluzioni giuridiche nuove, oltre il diritto esistente. È un'attività non automatica, ma essenzialmente relazionale e richiede, per essere realizzata, coscienza e responsabilità che trovano senso unicamente nel soggetto. Tenterò di darne traccia in queste poche pagine, strutturate in tre momenti che solo idealmente ripercorrono una costruzione dialettica del discorso:

- (i) *momento deontologico*: le tecniche retoriche nel processo hanno una valenza essenzialmente etica;
- (ii) *momento tecnologico*: la scrittura digitale rompe il carattere simbolico e mediato della comunicazione processuale tradizionale;
- (iii) *momento metodologico*: il giudizio è l'esito inevitabile di scelte particolari che, pur investendo la tecnicità digitale, non possono che riferirsi al modo tipicamente umano di stare al mondo.

2. *Momento deontologico o della valenza etica dell'ars rhetorica*

L'esercizio dei diritti nel processo presuppone la conoscenza del caso e delle questioni giuridiche da trattare. Non è solo il frutto irriflesso di un'ispirazione casuale, ma è più che altro il risultato stabile di un metodo accorto e finalizzato. Parte dall'analisi di fatti e regole, e poi richiede un *Hin und Her*, un circolare andare "avanti e indietro" per avere piena esperienza dell'evidenza e individuare la strategia difensiva corretta per risolvere il "caso"¹². E tale attività non è affatto avalutativa sia che si configuri come invenzione, sia che riguardi il riconoscimento e la classificazione di caratteristiche già viste in altri casi pregressi. Non basta, tuttavia, individuare gli argomenti, ma è indispensabile saperli trattare e indirizzarli a più interlocutori. D'altro canto, gli esiti giudiziari quasi mai restano confinati nello spazio processuale, ma si rivolgono all'esterno, non solo per realizzare le aspettative delle parti processuali,

¹² Adotto il termine di G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, 2008, 179-198.

ma anche di quanti potranno “contare” sui principî giuridici ricavabili dalla decisione resa tra altri¹³. E tale meccanismo, costantemente immerso nella relazionalità dialettica delle vicende giudiziarie, dipende molto (e forse soprattutto) dal *modo* in cui gli argomenti sono resi e verosimilmente rappresentati nell'aula. Di qui la valenza etica delle tecniche retoriche, perché queste indicano come si deve *procedere* nell'attività difensiva per non tradire ciò che ci si propone di realizzare. Non a caso, l'uso sapiente delle strategie difensive connota le attività dell'avvocato (quale “retore”) come virtuose. Non si tratta, tuttavia, di principî studiati a tavolino. D'altro canto, le virtù le si apprendono nel corso del tempo; sono forme e pratiche di eccellenza umana e professionale, che richiedono deliberazioni accorte, esperienza e abilità tecniche specifiche; abilità che a loro volta vengono affinate, migliorate attraverso una crescita personale, nient'affatto automatica¹⁴. E ciò, fermo restando che si tratti di un fare condizionato sempre dall'alterità (per esempio, dai bisogni dell'assistito, dalle esigenze del giudice, dalle mosse dell'avversario e persino delle aspettative sociali). L'attività difensiva, infatti, è *in sé e per sé* relazionale (l'avvocato argomenta al posto di e per conto di qualcuno), e poggia su un agire responsabile e intenzionale.

Se da un lato le tecniche retoriche esprimono una loro intrinseca eticità, dall'altro sono formalizzate in regole deontologiche¹⁵. La deontologia forense traccia i modelli di condotta e i codici di comportamento che è tenuto a seguire chi svolge la professione di avvocato. È d'altronde comune l'idea secondo cui la deontologia, formatasi nel medioevo, si sviluppi in età moderna in base al diritto e alla teologia morale. I trattati specialistici sull'avvocatura miravano proprio a offrire ai difensori

¹³ È un principio ben noto nei sistemi di *common law* e conosciuto come *prospective overruling*. Tecnica che ha origine in una massima di buon senso pare enunciata già nel 1675 da Lord Nottingham, penetrata attraverso le corti di *equity*, come illustrato da A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2010, 160-163 i cui riflessi sono esposti in un noto saggio di G. TEDESCHI, *Prospective Revision of Precedent*, in *Israel Law Review*, 2, 1973, 173-196. Sull'affidamento nel cambio di orientamento da parte del cittadino, L.L. FULLER, *La Moralità del diritto*, Milano, 1976, 72.

¹⁴ I. TRUJILLO, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in *Ars Interpretandi*, XI (1), 2022, 88.

¹⁵ I. TRUJILLO, *op. cit.*

indicazioni pratiche da osservare nell'esercizio della professione, affinché, rispettando regole di comportamento, potessero scongiurarsi (o, quantomeno, limitarsi) abusi e mancanze. Furono così individuati e messi a punto «i doveri degli avvocati, nei rapporti con i colleghi, con i giudici, con la parte assistita» in uno schema teso all'accertamento della verità nel processo¹⁶. Tali precetti, che compongono un sistema di norme deontologiche, non sono affatto astratti. Presentano, anzi, risvolti pratici essenziali per assicurare la qualità ed efficacia della prestazione espletata da chi, come nel caso dell'avvocato, di quegli interessi è affidatario. E tuttavia, non è sufficiente dotarsi di un codice di condotta. Le scelte retoriche, invero, richiedono sensibilità, immedesimazione, comprensione situazionale. Caratteristiche, queste, che consentono di alimentare quella necessaria vigilanza psicologica propria di chi mantiene i dubbi e al contempo controlla le proprie emozioni, senza eliderle del tutto¹⁷.

Su questo terreno, «esempi tangibili di modelli di comportamento, regole argomentative e applicazione di tecniche e strategie difensive» sono rappresentati dagli insegnamenti della retorica classica¹⁸. Pratiche interessanti si rinvencono, per esempio, dalla lettura delle *Epistulae* di Plinio il Giovane, il quale svolse sin dall'età di diciannove anni l'attività forense¹⁹. Colpisce l'espressione *advocati fides*, usata da Plinio per designare il comportamento, piuttosto complesso, che “tiene” un avvocato a cui ci si affida. Il dato davvero rilevante è che l'ideale forense è

¹⁶ F. ARCARIA, «Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile etiam si minus sit verum, defendere». *Il 'dovere di verità' tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, Napoli, 2020, 74 ss.

¹⁷ Sul contributo del sentimentalismo giuridico, L. CORSO, *La virtù del giudice fra emozioni, giustizia particolare e ruolo istituzionale. Un abbozzo a partire da Aristotele*, in *Ars Interpretandi*, XI (1), 2022, 53. Si veda anche S. FUSELLI, *Tra legge e sentenza. Sul ruolo delle emozioni nella decisione giudiziale*, in C. SARRA, M.I. GARRIDO GÓMEZ (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova, 2018, 19-50.

¹⁸ Così, nel rileggere di recente le *Epistulae* di Plinio, A. ARNESE, *Advocati fides e strategie difensive nelle Lettere di Plinio*, Bari, 2023, 7 ss.

¹⁹ Ancora A. ARNESE, *op. cit.*, 7 ss.

quello del *vir bonus*²⁰. Ma un buon retore lo si riconosce dai modi (e cioè dalle tecniche) con cui esercita la propria funzione di assistenza e difesa. Concorrono, per esempio, l'indipendenza, la solidarietà professionale, l'evitare di svolgere in modo scorretto l'attività difensiva (*praevaricatio*), il saper condividere vantaggiosamente una linea di difesa, il dovere di competenza e completezza, la libertà di accettare incarichi, il sottrarsi a situazioni di potenziali conflitti di interessi, il coraggio, la generosità e l'ambizione, la fedeltà e la correttezza verso i clienti da difendere come e più della Patria. E ricomprende anche la sapiente utilizzazione delle tecniche dell'*ars rhetorica* indispensabili per allestire nella maniera più adeguata le tesi da sostenere e l'ideazione di efficaci strategie difensive, inclusa quella dell'ironia o del silenzio allorché siano utili a spiazzare gli avversari e a conseguire il risultato della sinteticità e della chiarezza, al di là di disposizioni normative che ne stabiliscono l'esatta misura o fissino, più o meno direttamente, sanzioni per la relativa l'inosservanza²¹. Infatti, le capacità retoriche richiedono misurazione, ma non di essere misurate²². Il *modus* (la misura) è (e non per nulla), alla base della giustizia come dell'equità; non manca di ricordarlo, ancora una volta, Cicerone, il quale riprende un'idea molto diffusa nel pensiero classico²³. Insomma, non tutto è prevedibile, né è sufficiente formalizzare i precetti dell'arte retorica in precise regole (le stesse che poi servono per l'addestramento *rule-based* dei sistemi di intelligenza artificiale) che restano sempre astratte quando si confrontano con le situazioni concrete. Servono più che altro consigli di prudenza, lasciati alla libera valutazione del soggetto e alle proprie inclinazioni, comunque condizionate dal ruolo che assume il retore nel processo. Quale ruolo? Lo ha ricordato la Suprema Corte di Cassazione, a Sezioni

²⁰ P. MORO, *Vir bonus dicendi peritus. L'etica dell'avvocato di valore*, in M. MANZIN, P. MORO (a cura di), *Retorica e deontologia forense*, Milano, 2010, 19-34.

²¹ Mi riferisco al recente d.m. n. 110/2023 pubblicizzato in G.U. n. 187 del 11 agosto 2023, in cui si confonde la chiarezza con la sinteticità. Il sospetto è che anche questo passaggio nasconda l'esigenza di despazializzare ogni azione umana attraverso la misurazione dell'argomentazione.

²² Lo ricorda ancora Plinio in una lettera indirizzata a Tacito (*Epist. 1.20*), come rilevato da A. ARNESE, *op. cit.*, 31.

²³ R. QUADRATO, *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari, 2010, 117-134.

Unite, nella sentenza n. 4135 del 2019 in tema di errore nella scelta dello strumento processuale. La Corte afferma che

l'avvocato ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale.

D'altronde, è il principio alla base dell'art. 360bis del codice di procedura civile italiano che connota lo *stare decisis* e che stabilisce l'obbligo per l'avvocato di valutare tutti gli elementi per mutare l'orientamento della Corte Suprema, offrendo, con argomenti validi e tecniche efficaci, il quadro giuridico utile a sostegno del proprio ricorso²⁴.

3. *Momento tecnologico: come la scrittura digitale rompe con la singolarità dei casi giudiziari*

Le recenti evoluzioni dell'intelligenza artificiale, nelle forme dell'apprendimento automatico (*Machine Learning*) o dell'apprendimento profondo (*Deep Learning*) su cui sono costruiti numerosi applicativi anche *General Purpose*, pongono numerosi interrogativi sulla tenuta di un sistema giuridico che, proprio grazie all'interpretazione del soggetto, si evolve, stando, tra l'altro, all'idea della Suprema Corte di Cassazione appena accennata. Di contro, nell'ambito forense, tali tecniche ingegneristico-informatiche ambiscono ad automatizzare gran parte dei compiti tradizionalmente attribuiti agli esseri umani, a predire gli esiti giudiziari e, persino, a scegliere il foro migliore in vista del migliore risultato pos-

²⁴ A. DI PORTO, *Intelligenza artificiale e professione forense. Il robot al servizio dell'avvocato*, in P. PERLINGIERI, S. GIOVA, I. PRISCO (a cura di), *Rapporti civilistici e intelligenze artificiali: attività e responsabilità. Atti del 15° Convegno Nazionale*, Napoli, 2020, 221.

sibile²⁵. Gli algoritmi non fanno altro che correlare tutti i dati già raccolti (dati che, dunque, riguardano eventi passati) per fornire queste previsioni²⁶. È chiaro che l'efficienza del sistema dipende anche dalla stabilità e qualità delle informazioni che vengono fornite e, ancor di più, dalla fonte che le ha generate. Tralasciando quest'ultimo problema per così dire strutturale – che, come tale, incide sulle dinamiche interne ed esterne all'esercizio del potere –, il terreno per l'uso degli algoritmi predittivi nella professione forense viene favorito, nell'ordinamento italiano, dalla centralità della giurisdizione, dalla “vigenza” dei precedenti (e cioè dalla loro validità normativamente stabilita, almeno per quelli della Suprema Corte) e dal ricorso (talora acritico) alle massime sulla cui base si fondano le nuove decisioni²⁷.

Ora, nella pratica, il vincolo giudiziale del passato²⁸ rileva tanto per i sistemi di *common law*, quanto per quelli di *civil law*, seppure in modi differenti. Ed era già una caratteristica del processo *per formulas* nell'esperienza giuridica romana, ove lo spazio dialettico del foro ha una funzione nomopoietica²⁹. Ne dà oggi conto il ruolo propulsivo del *diritto giurisprudenziale*, quale risposta alla lacunosità del diritto statuale, e si estende anche alla costruzione essenzialmente casistica del diritto dell'Unione europea tramite le decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel pluralismo giuridico dell'Europa continentale³⁰. E tuttavia, numerose restano le questioni aperte in una teoria del precedente

²⁵ Gli effetti discriminatori sono sintetizzati in G. DE MINICO, *Giustizia e intelligenza artificiale: un equilibrio mutevole?*, in *Rivista AIC*, 2, 2024, 87-88.

²⁶ Sul significato informatico di “predizione”, v. A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giurisprudenza italiana*, 2022, 1760-1782. La predizione in senso informatico non è soltanto la previsione di ciò che accadrà, ma può essere la semplice individuazione di una occorrenza passata (per esempio, un caso già deciso) che viene usata per prevedere il comportamento di un soggetto oppure suggerire un comportamento.

²⁷ A. DI PORTO, *op. cit.*

²⁸ Riprendo il titolo del volume di A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018.

²⁹ Il riferimento è in A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016.

³⁰ P. MORO, *L'avvocato ibrido. Tecnodiritto e professione forense*, in P. MORO, C. SARRA (a cura di), *op. cit.*, 11.

giurisprudenziale che i sistemi automatici non riescono a risolvere del tutto. Se ne possono rintracciare almeno tre: (i) la selezione del precedente utile per un certo caso; (ii) la necessità di disciplinarne l'impiego; (iii) il ruolo dell'informatica nell'uso corretto del precedente.

Già sotto il primo profilo, la corretta individuazione della sentenza, in vista di una linea difensiva, si riflette sui metodi di individuazione del precedente. Metodi che devono tenere conto di come cambia l'efficacia del precedente in base all'uso (se a esso attribuiamo funzione preclusiva di un'azione o argomentativa a sostegno di un'azione giudiziale) e ai criteri giuridici esterni che nel passato la Corte ha adoperato per la trasformazione del fatto in un caso giudiziale³¹.

Sotto il secondo profilo, per stabilire una relazione di con-formità tra un caso da decidere e uno già deciso occorre guardare allo svolgimento processuale in base al quale la vicenda decisa prende "forma giuridica". Si tratta dunque di interpretare la forma della decisione nel presente con la forma della decisione nel passato. Questo giudizio altro non è che il processo di trasformazione del "fatto" processuale in un "problema controverso" in base alla qualificazione giuridica data dal soggetto³². In questo senso, la relazione logica di con-formità avviene tra i casi (da giudicare e già giudicati) prima ancora che sui principî. La conformità è, quindi, «l'assunzione della medesima forma, ossia la medesima relazione tra fatto e *jus*»³³. Il "riconoscimento" del precedente avviene, in questo senso, su un piano metagiurisprudenziale³⁴ e ha per oggetto la motivazione e cioè il luogo del giudizio sussuntivo, ma con alcuni problemi che si registrano ogni qual volta le pronunce vengono emanate nel segno dei valori o ricorrendo a norme elastiche e clausole generali³⁵.

³¹ N. IRTI, *Sulla relazione logica di con-formità (precedente e susseguente)*, in A. CARLEO (a cura di), *op. cit.*, 17-25.

³² Sui metodi di studio del caso, P. MORO, *L'arte della scrittura giuridica. Retorica e testo difensivo*, Pordenone, 2018, 27 ss.

³³ N. IRTI, *op. cit.*

³⁴ S. CASTIGLIONE, R. GUASTINI, G. TARELLO, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova, 1981.

³⁵ N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

Il terzo aspetto concerne la funzione del precedente ai fini di *Court Management* in temi di digitalizzazione della giustizia. Qui l'informatica documentaria aiuta a determinare preliminarmente la pluralità di controversie aggudicabili, anche ai fini della valutazione sulla fondatezza e ammissibilità dei ricorsi. Ma anche quest'uso del precedente dipende dalle aspettative di una singola persona (la stessa assistita dall'avvocato) rispetto a una decisione. Aspettativa che James Goldschmidt riassume con la formula "situazione giuridica" [*Rechtslage*]³⁶. L'uso del precedente richiede, insomma, un criterio di riconoscimento che dipende ancora dal soggetto e dalle sue valutazioni.

Ebbene, in tutti e tre i profili visti, la logica del calcolo (pensata sulla verità degli esiti numerici) è indifferente alla singolarità dei casi, alle stratificazioni sociali e alle storie che le parti raccontano all'avvocato o nel (al) processo. Tale logica non è mediata dal confronto dialogico e, anzi, nega la stessa possibilità del giudizio (umano) sulle norme e sui fatti che è indispensabile per il giudizio di conformità. Si esclude così la prossimità del soggetto al caso singolo per assecondare l'ideale di una giustizia predittiva solo numerica. E però, l'eccesso di formalizzazione in delega alle macchine può realizzare grandi ingiustizie, secondo la nota locuzione *summum ius, summa iniuria*. Sono, infatti, molti i rischi sul piano del diritto evolutivo. In primo luogo, quello di appiattire l'esperienza giuridica al vincolo giudiziale del passato, con l'effetto di rafforzare le linee giurisprudenziali già adottate, incidendo anche sulla libertà critica di decisione e scelta di giudici e avvocati, influenzati dalla statistica dei dati (i dati stanno per le numerose sentenze e decisioni) e per le informazioni elaborate senza alcuna mediazione dialettica³⁷.

Eppure, usare scientificamente e praticamente un precedente implica innanzitutto la conoscenza del fatto della causa e non della sola massima. Conoscere il fatto della causa vuol dire maturare una sensibilità che aiuti a distinguere la *ratio decidendi* dagli *obiter dicta*. In definitiva, per usare sapientemente il precedente, occorre avvicinarsi alla singolarità, non allontanarsi da essa per il tramite dell'applicazione generale e incondizionata della statistica e della computazione. Tra l'altro, il model-

³⁶ J. GOLDSCHMIDT, *Problemi generali di diritto*, Padova, 1950.

³⁷ Ciò che è noto come "effetto gregge", tra gli altri illustrato da A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*, 205 ss.

lo determinista è esattamente opposto alla tendenza della giurisprudenza europea di allontanarsi dal metodo della fattispecie per allinearsi alla costruzione giuridica per principi e valori costituzionali che, come detto, sono difficilmente sussumibili. Principi e valori che possono essere espressi in una sentenza, ma si possono anche ricavare da orientamenti opposti, anche interni alla stessa Corte, per il tramite della tecnica del *distinguishing*.

In questo contesto flessibile, il ruolo dell'avvocato appare decisivo, perché, tramite l'impiego delle tecniche retoriche, offre gli strumenti idonei a far leva su tutti gli elementi, in fatto e in diritto, da sfruttare anche per condurre a un mutamento di un orientamento, persino consolidatosi, ma che lo stesso corpo sociale potrebbe aspirare a cambiare. Ma le tecniche di scrittura e di comunicazione richiedono un'attenta conoscenza, selezione e organizzazione delle informazioni, senza trascurare nulla, persino i dati che appaiono insignificanti. La procedura di riconoscimento si collega al criterio di ciò che è evidente o di ciò che è ragionevole. Il che impone di vedere come le cose stanno realmente, mentre il programma informatico, nel momento in cui deve andare sino in fondo, si arresta³⁸. Ecco perché per il "diritto in pratica" contano molto più i fatti e il loro riconoscimento da parte del giurista. Ma la comprensione dei fatti in un contesto giuridico (ciò che definiamo come "caso giuridico")³⁹ necessita innanzitutto di chiarezza e comprensibilità, mentre la scrittura digitale e i calcoli di cui si avvale non lo sono. O non lo sono per il maggior numero possibile di uomini, per i quali la giustizia è amministrata. E infatti, con la giustizia digitale, quella tradizionale rinuncia alla parola, alla sua composizione in proposizioni più o meno articolate, al suono, alla cinesica e alla cinestesica, alla forza illocutiva del linguaggio umano. Fattori, questi, che hanno abitualmente reso intelligibili le tesi e le argomentazioni esposte in aula⁴⁰. La de-simbolizzazione della giustizia incide anche sul ruolo di giudici e degli avvocati che ritualmente hanno assunto certi abiti per perseguire il senso stesso del diritto nella pratica. Il *legaltech* sacrifica questo simbolismo, spesso ri-

³⁸ L. LOMBARDI VALLAURI, *Informatica e criteri «politici» o valutativi della decisione giuridica*, in *Jus*, 3, 1982, 303-315.

³⁹ Nel senso di G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*

⁴⁰ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*, 37 ss.

tenendolo un orpello sulla via dell'efficientismo e della certezza del diritto. Ma quale certezza? Quella derivante dal consolidamento di prassi o precedenti, o quella prospettiva capace di assecondare il dovere di indicare strade interpretative nuove, persino portando argomenti che facciano dubitare della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà al diritto sovranazionale?

4. La simbiosi uomo-macchina come metodo

Le capacità retoriche e inventive del giurista partono dalla ricerca dell'argomento e giungono sino alla composizione del testo o del discorso rivolto a uno o più interlocutori. Dall'altro lato, l'elaborazione algoritmica del reale, pur influenzando le condotte umane, resta opaca e non di pronta intelligibilità e frappono una barriera comunicativa con l'utente e cioè un consumatore passivo di informazioni. Non a caso, la stessa spiegabilità [*explainability*] informatica richiede procedimenti numerici altrettanto complessi volti a scovare o ritrovare un'interpretazione dell'*output* generato dal sistema. Ecco perché si può ammettere, senza mezzi termini, che le sfide tecnologiche sono innanzitutto sfide discorsive.

D'altronde, anche con riferimento ai precedenti giudiziali che costituiscono la base di dati su cui operano le predizioni algoritmiche, si è iniziato a discorrere di "nomofilachia discorsiva" del precedente⁴¹ che ha, in questo senso, una valenza topica⁴². È un'elaborazione ispirata alle teorie di Jürgen Habermas che vede nella decisione giudiziale l'esito maturo dell'"agire comunicativo"⁴³ orientato alla convergenza degli argomenti e alla ricostruzione dialettica della *quaestio iuris*⁴⁴. Con tale

⁴¹ G. CANZIO, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. CARLEO (a cura di), *op. cit.*, 27-34.

⁴² P. MORO, *Sul valore topico del precedente giudiziale*, in C. SARRA, D. VELO DALBRENTA (a cura di), *Res iudicata. Figure della positività giuridica nell'esperienza contemporanea*, Padova, 2013, 177-207.

⁴³ J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Frankfurt am Main, 1985.

⁴⁴ M. TARUFFO, *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 55, 2001, 11-31.

approccio, dunque, si dà per presupposta la fallibilità del precedente giudiziario e, al contempo, si rende necessario costruire la decisione con metodo e in un contesto cooperativo che vede giudici, avvocati e pratici del diritto cointeressati al dinamismo nomofilattico. Il punto allora resta quello di verificare come la scrittura digitale nella giustizia possa dare forza agli argomenti addotti e alle valutazioni soggettive⁴⁵.

Partiamo innanzitutto da un fatto. Ai sistemi di intelligenza artificiale non manca certamente la tecnicità, né tantomeno enormi capacità di gestione sintattica delle informazioni. Manca invece un rapporto con la deontica e con la deontologia che è un riflesso naturale dell'intenzionalità del soggetto alla base dell'uso corretto delle tecniche retoriche. Lo abbiamo visto: una sentenza, come una memoria difensiva o il negozio giuridico, non sono solo tecniche di argomentazione, ma racchiudono strategie selettive umane che sono finalizzate al raggiungimento di uno scopo (la decisione giusta/equa e definitiva, una difesa esemplare, un negozio vantaggioso...). E sono strategie che si affinano nel tempo e richiedono condotte virtuose e scelte libere e coscienti, che sappiano cogliere le peculiarità dei singoli accadimenti. Dall'altro lato, agli automatismi delle macchine è estranea la questione etica come sopra prospettata. Come conciliare le differenze? A un primo livello di riflessione, l'accelerazione tecnologica, soprattutto ad opera dei sistemi di intelligenza artificiale, impone di ripensare l'interazione uomo-macchina conservando i modi di decisione e azione del giurista nei casi controversi. In questo senso, non riducendosi a un burocrate informatico, il reattore digitale dovrà mantenere salde due differenti metodologie: quella dialettica e quella computazionale. La retorica digitale richiede, dunque, nuove competenze, retorica in generale e topica in particolare. Competenze che non si riducono alla semplice ricerca del dato, ma alla capacità teorica e pratica di ordinare, archiviare e comunicare le informazioni, strutturandole in forme argomentate e persuasive. Aiuta, in questo senso, il ragionamento topico di matrice aristotelica che si mani-

⁴⁵ In questa direzione, si segnala il recente volume di P. MORO, F. REGGIO (a cura di), *La scrittura nella giustizia. Una ricerca applicata di topica giudiziale*, Padova, 2024.

fešta nella forma della “topica digitale”⁴⁶ e può avere numerose applicazioni, dalla struttura della decisione, alla costruzione della motivazione, sino a realizzare forme innovative di mediazione del conflitto tramite la scrittura⁴⁷. Per Aristotele⁴⁸, infatti, la formazione di un discorso argomentato chiede di:

- (i) *ricercare* i luoghi da cui prendere le mosse per le proprie tesi e che siano capaci di resistere al domandare critico;
- (ii) *ordinare* gli argomenti attraverso il vaglio critico di domande e risposte;
- (iii) *comunicare* persuasivamente all’uditore l’opportuna selezione dei *tópoi* adeguati al caso pratico⁴⁹.

In sostanza, la metodologia informatica può toccare la ricerca digitale, l’organizzazione professionale e la performance retorica⁵⁰. Mi soffermo, più che altro, sul ruolo che la retorica può ancora avere nei processi digitali. Da questo punto di vista, sfruttando le competenze retoriche, l’interazione tra il professionista e la macchina e cioè tra la ragione umana e la logica del calcolo può realizzarsi sul piano del metodo e cioè del corretto uso delle informazioni rese dal sistema. Il discorso sul metodo rende persistente l’intervento umano, non solo per controllare, ma per essere parte centrale del processo decisionale. Il passaggio dalla tradizione all’innovazione è, dunque, segnato dalla capacità umane di elaborare e strutturare problematicamente l’informazione resa in un sistema socio-tecnico. Tanto è ancora più vero se si consideri che, come si è detto, la costruzione del giudizio nel processo avviene problematicamente, così come problematica è pure la scelta del modo migliore per rappresentare una tesi difensiva.

L’idea di un’elaborazione problematica del dato non è nuova e può farsi risalire a Joseph Carl Robnett Licklider che coniò il concetto di

⁴⁶ Le riflessioni sono di P. MORO, *Topica digitale e ricerca del diritto. Metodologia e informatica giuridica nell’era dell’infosourcing*, Torino, 2015.

⁴⁷ Sulle applicazioni della topica digitale, P. MORO, F. REGGIO (a cura di), *op. cit.*

⁴⁸ ARISTOTELE, *Topici*, Roma-Bari, 1994.

⁴⁹ Riprendo l’argomento da P. MORO, *Topica digitale e ricerca del diritto*, cit. e ID., *L’avvocato ibrido*, cit.

⁵⁰ P. MORO, *L’avvocato ibrido*, cit.

“simbiosi” per delineare l’interazione uomo-macchina⁵¹. Con riferimento alla pratica forense, a porre le giuste domande e a coordinare la problematizzazione del caso giudiziario, non può che essere il bio-giurista. Sapere porre le domande apre alla ricerca di nuove informazioni e rende utilizzabili consapevolmente quelle disponibili. Con le giuste domande è possibile costruire le premesse del ragionamento che restano facilmente sottoponibili a continue verifiche. Così le premesse rimangono aperte e assoggettabili al vaglio critico del dubbio e alla parte alogica e inventiva del ragionamento. Diventano così indispensabili meccanismi umani di riflessione del pensiero su se stesso (e cioè di meta-cognizione) e di vigilanza psicologica del soggetto, visto che gli errori più comuni derivano proprio dall’adagiarsi su precedenti giudizi o su stereotipi, trascurando ragionamenti contrari, a volte persino ovvi. Dall’altro lato, i sistemi artificiali potrebbero intervenire nei processi di validazione delle spiegazioni in relazione ai dati acquisiti al fine di incentivare l’atteggiamento prudente del giurista pratico che realizza attraverso due metodiche: quella falsificazionista e quella corroborazionista⁵². L’informatizzazione dei discorsi potrebbe, per esempio, rinforzare il confronto dialettico su una tesi, e potrebbe anche riguardare le tecniche espositive, dall’ipertesto all’uso sapiente del *legal design* per l’ideazione di soluzioni estetiche e intuitive dell’esposizione basate sul linguaggio visivo e sulla forza illocutiva delle parole in un testo giuridico, ma anche sulla sintesi e chiarezza, per migliorare la comprensibilità delle scelte e «comunicare concetti giuridici complessi in maniera più semplice ed efficace, attraverso il coinvolgimento del destinatario fina-

⁵¹ J.C.R. LICKLIDER, *Man-computer symbiosis*, in *IRE*, 1, 1960, 4-11.

⁵² Ciò sarà naturalmente possibile solo se l’IA avrà anche piene capacità semantiche e critiche. Si pensi al possibile utilizzo dei *Large Language Models* non ancora particolarmente performanti. È ciò che emerge dall’interessante esperimento di Christoph Burchard volto a dimostrare le inefficienze critiche di ChatGPT. Si veda R. BACHGRUND, L. NESUM, M. BERNSTEIN, C. BURCHARD, *Das Pro und Contra für Chatbots in Rechtspraxis und Rechtsdogmatik: Ein kritischer Beitrag zum Auftrag des Rechts und der (Rechts-)Wissenschaft: Argumentieren Sie noch, oder chatten Sie schon?*, in *Computer und Recht*, 39, 2023, 132-140. Si noti che i primi tre “autori” dell’articolo sono nomi di fantasia creati da ChatGPT che ha redatto i soli primi due paragrafi dell’articolo.

le»⁵³, tenendo conto di vari registri e di differenti interlocutori. Elaborare l'informazione non è infatti sufficiente, ma va anche sapientemente comunicata agli interlocutori, perché i discorsi giuridici hanno sempre bisogno di contare su un destinatario, reale o potenziale, che si aspetta di usare le informazioni rese per sé e nel modo corretto. In questo senso, la simbiosi uomo-macchina può essere intesa come uno spazio riccamente strutturato di pratiche discorsive e argomentative che trovano la loro sintesi nell'elaborazione e comunicazione di un'informazione arricchita dall'intelletto umano. Ecco perché, anche in un contesto simbiotico, sarà comunque necessaria una mediazione di tipo *intenzionale* in grado di comprendere il carattere finalizzato e propositivo dell'esperienza giuridica, coinvolgendo tutte le parti in un'impresa che resta essenzialmente cooperativa e relazionale; un'impresa che è più salda se si mantengono i canali di comunicazione e comprensione tra i soggetti finalizzati alla massima pacificazione delle relazioni⁵⁴.

L'argomentazione e le tecniche di retorica sono, da questo punto di vista, fondamentali, così come è centrale il diritto delle parti di ricevere una spiegazione giuridicamente valida o di delegare all'uomo la soluzione di questioni irrisolvibili con la computazione⁵⁵. In questo modo, la decisione simbiotica (e cioè la decisione che attua il metodo dialettico tra uomo e la macchina) trova il suo epilogo in una decisione umana con-validata, e richiede, come sua condizione di validità, la motivazione. La topica aiuta anche in questa direzione, nella costruzione di una giustificazione effettiva ed efficace⁵⁶. La motivazione deve essere nei contenuti consistente. L'argomentazione adottata e la giustificazione resa dal giurista devono risultare persuasive in tutti gli elementi in fatto e in diritto. Si tratta di una costruzione positiva del *reasoning* simbiotico-

⁵³ L. RUFO, *La scrittura giuridica alla prova delle nuove tecnologie: tra nuove prospettive del Legal design e criticità informatiche*, in P. MORO, F. REGGIO (a cura di), *op. cit.*, 353-354.

⁵⁴ In generale, è un'idea che si rinviene nel pensiero di L.L. FULLER, *op. cit.*

⁵⁵ Si pensi ai sistemi di *computational dialectics* che selezionano le parti irrisolte per trasmetterle al giudice in un'idea simbiotica dell'uso tecnologico. P. MORO, *L'avvocato ibrido*, cit., 19.

⁵⁶ F. CASA, *Sulla giustificazione della decisione giudiziale in materia civile*, in P. MORO, F. REGGIO (a cura di), *op. cit.*, 21-49.

co che deve però precedere la decisione e non seguirla, come invece accade con l'idea informatica di *explainability*. Così, resta l'impegno (retorico e al contempo etico) del giurista di dominare i propri dubbi, pensare sin da subito il problema e razionalizzare la logica con il peso emotivo e morale di dover produrre una giustificazione valida ed efficace che veda e ascolti il destinatario a cui si rivolge.

In ultima analisi, la simbiosi come metodo non può basarsi solo sulla tecnica, ma richiama anche un'etica del pensiero, secondo l'insegnamento classico ancora attuale. Un'etica che non dimentichi il soggetto, ma indirizzi la costruzione di pratiche discorsive in un ecosistema socio-tecnico a guida umana, in cui le capacità conoscitive, relazionali e dialettiche del giurista siano potenziate dalle elaborazioni automatizzate, ma non da queste condizionate o sostituite. Il rischio concreto è che, con l'introduzione di logiche opposte alla dialettica processuale, il potere di creare diritto si sposti all'esterno dello spazio processuale ove viene validamente formato, e vi ritorni con processi oscuri o quantomeno inintelligibili. Invece, mantenendo umano il giudizio di con-valida delle decisioni in uno spazio ordinamentale e costituzionalmente definito, ancorché computazionale, si potrà restituire una giustizia digitale a misura d'uomo e, forse, rendere miglior servizio alla giustizia umana.

DALLA TEORIA DELLA DECISIONE GIUDIZIALE ALLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

NOTE SUL DECISIONISMO DI *LEGGE E GIUDIZIO*

Francesco Beatrice

1. Introduzione

Nel 1912 il ventiquattrenne Carl Schmitt consegna alle stampe un libretto, generalmente considerato il suo primo lavoro di particolare importanza in quanto a temi toccati e a dibattiti suscitati, dal titolo *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*. I temi trattati in questo scritto sono oramai discretamente studiati e riconosciuti nella loro rilevanza teorica¹, cosicché vale la pena precisare sin da ora

¹ Relativamente a quest'opera si vedano: M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in Id., *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, 2 tt., Milano, 2001, 605-658; O. BEAUD, *Diritto naturale e diritto positivo negli scritti giuridici giovanili di Carl Schmitt*, in *Diritto e cultura*, 5, 1995, 83-114; A. CALABRESE, *Colpa e decisione negli scritti giuspenalistici di Carl Schmitt (1910-1912)*, in *Logos*, 2012, 45-64; F. LIJOI, *La decisione tra astratto e concreto. Appunti sul problema della Rechtsverwirklichung nel giovane Schmitt*, in *La Cultura*, 55, 2017, 75-95; E. CASTRUCCI, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, ed. it. a cura di E. Castrucci, Milano, 2016, V-XXXIII; M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Brescia, 1990, 22-28; C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, Bologna, 1996, 313-315; H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, ed. it. a cura di R. Miccù, Napoli, 1999, 66-73; J.-F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, ed. it. a cura di F. Mancuso, Roma-Bari, 2016, 112-117; S. PIETROPAOLI, *Schmitt*, Roma, 2012, 19-20; A. SALVATORE, *Normalità e prassi giudiziale. Per una rilettura delle opere giovanili di Carl Schmitt (1910-1914)*, in *Politica & Società*, 2018, 131-152; M. CROCE, A. SALVATORE, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, London-New York, 2013, 146-151; Id., *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Macerata, 2020, 45-49.

le ragioni per le quali riteniamo di doverci intrattenere a riflettere su quest'opera.

È nostra convinzione che Schmitt delinei, già a partire da quest'opera giovanile, quell'attitudine a una specifica modalità di analisi giuridica che è il decisionismo, avvalendosi di un approccio teorico che non fa a meno di una più ampia riflessione sulla natura e le funzioni del diritto. Questa essenziale ma significativa indagine giusteorica è stata generalmente trascurata in letteratura², probabilmente a causa della sua sovrapposizione con la questione, centrale nel testo, della decisione giudiziale³. Benché ancora incomplete, sono qui riconoscibili, e in parte già delineate, alcune idee fondamentali che concorrono alla formazione di una consapevolezza teorica destinata, nel giro di pochi anni, a divenire vettrice di riflessioni ben più ampie e articolate. Particolarmente rilevanti in questo senso sono le riflessioni condensate nel terzo capitolo, laddove Schmitt discorre di «determinatezza giuridica» e, in connessio-

² Una importante eccezione è sicuramente rappresentata dalle osservazioni di Beaud, il quale riconosce come già la riflessione schmittiana del 1912 sia difficilmente esauribile in una semplice teoria della giurisdizione. Condivisibilmente, l'autore parla di una «morfologia o teoria della norma» di cui Schmitt si avvarrebbe al fine di affrontare il problema della decisione giudiziale. Cfr. O. BEAUD, *op. cit.*, 87-90.

³ Rispetto a *Legge e giudizio* si evidenziano solitamente due aspetti: per un verso, l'essere questo testo maggiormente settoriale rispetto alla produzione successiva; per l'altro, il configurarsi comunque di un legame più o meno intenso tra la teoria della decisione giudiziale e il decisionismo maturo (cfr. J.-F. KERVÉGAN, *op. cit.*, 113; F. LIJOL, *op. cit.*, 90; E. CASTRUCCI, *op. cit.*, X; M. NICOLETTI, *op. cit.*, 25). Si tratta di affermazioni talvolta connesse e talaltra disgiunte, ma che, in un caso come nell'altro, colgono aspetti rilevanti. Dopotutto, se la decisione giudiziale reca in sé un inevitabile momento d'indifferenza contenutistica, si tratta pur sempre di una indifferenza contenutistica non assoluta. Si ha qui a che fare con una decisione ancora in un modo o nell'altro vincolata da un principio normativo, incanalata verso una precisa direzione e, come tale, tutt'altro che arbitraria (evidenziano quest'aspetto di discontinuità in particolare M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, cit., *passim*; A. CALABRESE, *op. cit.*, 60-64; M. CROCE, A. SALVATORE, *L'indecisionista*, cit., 47; C. GALLI, *op. cit.*, 314-315). Nonostante questo, il legame che avvince l'opera in esame alla produzione schmittiana successiva è per altri aspetti particolarmente intenso e della massima rilevanza. Come si tenterà di mettere in luce nel prosieguo, tale aspetto appare tanto più vero quanto più ci si sforzi di collocare la teoria della decisione giudiziale nel complessivo apparato giusfilosofico che Schmitt le imbastisce intorno.

ne con questa, di «arbitrarietà contenutistica» su un piano di analisi coinvolgente non solo la teoria della decisione giudiziale ma il diritto in generale.

Nel prosieguo proveremo anzitutto a isolare i due piani sui quali la riflessione del 1912 si muove, quello della teoria della decisione giudiziale e quello teorico-generale. Successivamente preciseremo il rapporto che intercorre tra di essi, le differenze che connotano la doppia dimensione del decisionismo che qui viene elaborata. Infine, evidenzieremo come la riflessione avviata da Schmitt in *Legge e giudizio* possa essere considerata un primo tentativo di pensare il diritto nel contesto di una struttura teorica che, pur implicando la decisione, in questa non si esaurisce, ma anzi la ricomprende e le conferisce un fondamento dal punto di vista filosofico.

2. *L'obiettivo principale: la ricerca di un criterio normativo per la prassi giudiziale*

Legge e giudizio non è un'opera rivolta primariamente a indagare la decisione in quanto tale e la sua rilevanza per il diritto in generale. Nonostante vada anche oltre, Schmitt si pone in questo lavoro giovanile un problema specifico e ben delimitato: quello di ricercare quale sia il «principio normativo»⁴ capace di orientare la prassi giudiziale e quindi di determinare, nel delimitato contesto del mondo giudiziario, quale sia il criterio che permetta di discriminare risolutivamente una decisione corretta da una che tale non è. Di conseguenza, vi è anzitutto l'esigenza di richiamare quanto meno le problematiche fondamentali intorno alle quali si struttura la riflessione di *Legge e giudizio*.

Gli anni in cui il libro viene pubblicato coincidono con una fase storica nella quale i presupposti teorici e le ambizioni sistematiche della dogmatica giuridica tradizionale si stavano definitivamente sgretolando, in cui la pretesa di ricondurre il diritto storico a un sistema unitario mediante una progressiva astrazione concettuale, così come l'intento di spiegare contenuto ed evoluzione dell'ordinamento attraverso una "ge-

⁴ C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 9.

nealogia”⁵ e una ricomposizione formale, si rivelavano ormai insufficienti. È proprio contro questo orientamento, noto con il nome polemico di *Begriffsjurisprudenz*, che si levarono le critiche di autori come Eugen Ehrlich, Hermann Kantorowicz, Philipp Heck⁶. A un diritto concepito come sistema chiuso, completo e ricostruibile secondo i canoni di una logica formale, gli esponenti della giurisprudenza degli interessi e del movimento del diritto libero contrappongono l’idea di un diritto “vivente”, elaborato e riconosciuto a partire dagli interessi concreti sottesi alle norme giuridiche. Sul piano della teoria dell’interpretazione, questa svolta implica la radicale messa in discussione di uno degli assunti fondamentali della dogmatica tradizionale: la possibilità di una attività interpretativa chiara, certa e logicamente fondata, in grado di connettere norme astratte e casi concreti attraverso l’affidabile strumento della sussunzione. L’interprete, in questa prospettiva, non ha un accesso diretto e trasparente alla legge, ma solo mediato, e il rapporto con essa risulta dunque opaco. Il giudice, nell’esercizio della sua funzione, non si limita a richiamarsi al diritto formalizzato, ma si confronta anche con elementi che eccedono tale ambito: nella giurisprudenza degli interessi, questi sono rappresentati dagli interessi reali sottesi alla legge; nel movimento del diritto libero, da un sistema giuridico non scritto, il *freies Recht*.

Apparentemente, anche l’impostazione anti-formalista che emerge dal testo schmittiano sembra non discostarsi in modo significativo dalle argomentazioni della *Freirechtsbewegung*. Schmitt stesso afferma:

L’idea della necessaria “conformità alla legge” di ogni decisione appare oggi evidentemente superata. La “lotta per la scienza giuridica” [...] ha a lungo polemizzato, com’è noto, con la dottrina della completezza logica del diritto, sostenendo, per dimostrarne l’inadeguatezza, la tesi dell’incontestabile esistenza di lacune. In particolare, è stato osservato, da un punto di vista psicologico, che nella sentenza del giudice trovano

⁵ Il riferimento è alla genealogia formale nel senso di Puchta. Sul tema v. K. LARENZ, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966, 23 ss.

⁶ Diffusamente sul punto F. LJOI, *op. cit.*, 76-79. Ricostruisce il rapporto di Schmitt con la tradizione giuridica tedesca argomentando in base a questo scritto del 1912 M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento*, cit., 627 ss.

maggior spazio i fattori emotivi e irrazionali rispetto alle laboriose deduzioni e costruzioni dogmatiche fondate sulla lettera della legge⁷.

Tuttavia, l'obiettivo che Schmitt persegue si distingue per una maggiore specificità rispetto a quello degli autori che animarono il dibattito anti-dogmatico. Non si tratta tanto di prendere posizione all'interno della teoria dell'interpretazione, quanto piuttosto di individuare un «principio normativo»⁸ idoneo a orientare la prassi giudiziaria e, dunque, a stabilire un criterio capace di determinare, nel contesto delimitato del giudizio, quando una decisione possa essere ritenuta corretta.

Tale specificità rappresenta l'elemento di originalità del discorso schmittiano. Se da un lato la critica alla *Begriffsjurisprudenz* può attingere ampiamente agli argomenti dell'antiformalismo giuridico del primo Novecento, dall'altro, la distinzione operata da Schmitt tra «correttezza dell'interpretazione» e «correttezza della decisione»⁹ consente di compiere un passo ulteriore, mettendo in luce come anche gli approcci metodologici più innovativi non riescano realmente a emanciparsi dal dogma della sussunzione. Proprio perché la crisi della dogmatica tradizionale evidenzia la pluralità di fattori implicati nell'attività interpretativa (solo fino a questo punto *Freirechtsbewegung* e giurisprudenza degli interessi hanno visto giusto), per stabilire la correttezza della decisione giudiziale, si impone, secondo Schmitt, l'esigenza di andare oltre, prendendo atto dell'integrale impraticabilità di ogni riferimento normativo alla legge – sia essa interpretata secondo i canoni tradizionali, o, come nel caso del diritto libero, alla luce di fattori meta-positivi¹⁰. Al contempo, resta ferma l'esigenza di non rinunciare all'individuazione di un criterio capace di discriminare tra decisione corretta e decisione scorretta e, pertanto, di vincolare la prassi, incanalandola verso una precisa direzione. Il criterio che Schmitt propone intende conciliare queste due esigenze.

Affermare, infatti, come Schmitt fa, che corretta è la decisione, anche *contra legem* o *contra praxim*, che in quelle medesime circostanze

⁷ C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 21.

⁸ *Ivi*, 9.

⁹ Cfr. *ivi*, 31.

¹⁰ Diffusamente sul punto F. LJOI, *op. cit.*, 76-79; H. HOFMANN, *op. cit.*, 68-69.

avrebbe assunto un altro giudice inteso nel senso della media quantitativa, implica due cose. Da un lato, implica che la legge, e il problematico riferimento ai suoi contenuti, cessano di essere il criterio dirimente al fine di discriminare tra la decisione che è corretta e quella che tale non è. La legge, cioè, essendo esposta nel momento della sua applicazione a un'inevitabile operazione di "costruzione" piuttosto che di "ricostruzione", non è più fonte ultima della legittimità della decisione, ma mero strumento di cui il giudice si avvale per addivenire a una decisione calcolabile. Dall'altro lato, implica che l'esigenza di vincolare la decisione a un contenuto necessario è in realtà fatta salva. L'aver troncato il cordone ombelicale che univa legge e decisione non significa anche aver abbandonato quest'ultima a fluttuare arbitrariamente nel vuoto. Significa, piuttosto, averla connessa a un criterio di conformità diverso, esente dalle contraddizioni e dalle strozzature nelle quali il metodo sussuntivo inevitabilmente finiva incagliato.

Se il criterio volto a valutare la correttezza della decisione deve conciliare l'opacità del processo interpretativo con un'effettiva forza vincolante, si comprende allora pienamente il significato della formula adottata da Schmitt: «La decisione di un giudice deve essere considerata corretta quando si può ritenere che un altro giudice avrebbe deciso nello stesso modo. Un "altro giudice" significa qui il tipo empirico del moderno giurista colto»¹¹.

La decisione non è arbitraria, perché rimanda comunque a un elemento vincolante, a un qualcosa che è "altro" rispetto a essa. Questo "altro", tuttavia, non è fisso e statico come la legge, bensì dinamico e in continua trasformazione. Nel determinarlo il giudice può – e spesso deve – continuare a ricorrere allo strumento della sussunzione, ma ciò non significa che la sussunzione rappresenti lo scopo primario della sua attività: «il fatto che il giudice "sussuma" sotto norme non vuol dire che la sussunzione rappresenti lo scopo fondamentale della sua attività»¹². La sussunzione è piuttosto un mezzo, impiegato per perseguire quello che, secondo Schmitt, è il vero scopo del decidere: non la realizzazione di un apparato normativo preesistente, destinata comunque a fallire,

¹¹ C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 93.

¹² *Ivi*, 125.

bensì la produzione di determinatezza giuridica, ovvero di un diritto che, indipendentemente dalla sua concreta configurazione, risulti prevedibile, certo e stabile¹³.

A un diritto indeterminato in quanto presunto come determinato o determinabile – ossia quello della legge, eventualmente completato per mezzo del *freies Recht* – Schmitt contrappone un diritto determinato proprio in quanto indeterminabile, un diritto dinamico, che sfugge a una determinazione definitiva del contenuto e che, proprio per questo, si mostra veramente idoneo a evitare tutti quei vicoli ciechi in cui il metodo sussuntivo finiva per arenarsi.

3. *L'assunto incidentale: la decisione come «aspetto generale della vita del diritto»*

A dispetto della sua presunta settorialità, il discorso che Schmitt porta avanti sul piano della teoria della giurisdizione presuppone però già una serie di presupposti teorico-generalisti. Che la decisione debba essere prima di tutto prevedibile – e che si possa considerare corretta nella misura in cui sia condivisibile da parte del giurista medio, fosse anche assunta *contra legem* o *contra praxim* – è un assunto che deriva già da una precisa presa di posizione in ordine a cosa sia il diritto, da una seppur minima idea di diritto. È Schmitt stesso a riconoscerlo, facendo riferimento, nel terzo capitolo, a quello che viene definito come *Postulat der Rechtsbestimmtheit*: «Il criterio di esattezza della prassi giudiziale deve piuttosto essere ricavato dal postulato della determinatezza giuridica»¹⁴.

¹³ «Ciò che legittima la decisione (tanto che sia la legge positiva, la norma culturale o la norma di diritto libero) *non precede* la decisione stessa, ma è qualcosa che deve ancora realizzarsi (certamente con l'ausilio della legge positiva, delle norme culturali o delle norme di diritto libero). A determinare la correttezza della decisione non è il fatto che il giudice disponga in conformità ad un precetto normativo ma, ancora una volta, il fatto che la decisione contribuisca effettivamente a realizzare determinatezza giuridica». *Ivi*, 125.

¹⁴ *Ivi*, 78.

La nozione di determinatezza giuridica vale a traslare l'apparato concettuale decisionistico elaborato in relazione al tema della prassi giudiziale nel contesto di una micro-filosofia del diritto. «Determinatezza», «calcolabilità» e «certezza» sono concetti rilevanti non solo per la giurisdizione, ma «nell'ambito complessivo dell'esistenza giuridica»¹⁵. Prima di ogni altra cosa, il diritto è garanzia di stabilità, intesa nel suo senso più basilare. La tendenza alla determinatezza giuridica che Schmitt descrive è la vocazione dell'ordinamento tutto a stabilizzare, decidendo tramite una statuizione, un contenuto normativo determinato tra i tanti possibili.

Se questo è vero, si capisce in che misura l'indifferenza contenutistica e la decisione – le due nozioni simbiotiche implicate dalla vocazione alla determinatezza – costituiscano sin da questo saggio giovanile il punto di partenza per una riflessione sul modo di essere del diritto. Il tendere a garantire la determinatezza giuridica apre alla considerazione del diritto in quanto dispositivo finalizzato a fornire (non solo tramite la giurisdizione, ma anche tramite la legislazione) una regolamentazione contenutisticamente indifferente della realtà. Ciò che rileva è sempre e solo che una regola qualsivoglia vi sia, non il suo contenuto, non il suo essere espressione di una qualche forma di razionalità immanente. Schmitt porta l'esempio, paradigmatico, delle ordinanze di polizia: che la circolazione dei veicoli sia stabilita sulla parte sinistra o destra della strada non dice né può dire nulla in ordine alle ragioni per cui si è pervenuti a un certo tipo di determinazione, rilevando piuttosto che si è giunti a *una* determinazione¹⁶. Ma soprattutto, anche al di là delle ordinanze di polizia, la vocazione all'ordine del diritto e la conseguente valenza centrale che per le norme assume quel che Schmitt designa come «il significato astratto dell'esser deciso»¹⁷ sono visti come perni ineludibili da inserire nell'ambito di una spiegazione del giuridico a ogni livello:

un carattere siffatto di arbitrarietà contenutistica è per la verità presente in tutto quanto il diritto, a partire dalle ordinanze di polizia [...] passan-

¹⁵ *Ivi*, 82.

¹⁶ *Ivi*, 65-66.

¹⁷ *Ivi*, 67.

do per le disposizioni formali del diritto civile e per quelle, ancor più numerose, del diritto processuale, fino ad arrivare alle leggi penali in senso proprio¹⁸.

Viene qui in rilievo, dice Schmitt citando Hegel, quell'aspetto del giuridico in cui massima rilevanza assume il fatto che si «tronchi e stabilisca soltanto perché si stabilisca»¹⁹ e in cui si dimostra che «il diritto va pensato in relazione al fatto che il suo significato consiste propriamente nel dare una regola»²⁰.

Si può dire che sia qui isolata una logica essenziale di fondo – la funzione meramente regolativa dell'ordinamento – che orienta nitidamente verso una comprensione decisionistica del diritto in quanto tale. La decisione in quanto mezzo della *Rechtsbestimmtheit* è cioè collocata in un contesto, in una scheletrica filosofia del diritto, che, nel suo essere orientata minimalisticamente all'ordine e alla stabilità, la implica come integralmente autonoma. Pur non trattandosi di una decisione unitaria che dà forma all'ordine nel suo complesso, ma di una decisione ancora acefala e frammentata, presente come nucleo di ogni norma che compone l'ordinamento, in essa è già presente l'assunto centrale che sarà alla base della tipizzazione matura della coppia decisionismo/normativismo: l'opposizione tra fatto e contenuto della decisione²¹.

¹⁸ *Ivi*, 66.

¹⁹ *Ivi*, 67, nota 5, in cui Schmitt riporta un lungo passo – da cui è tratta anche la nostra citazione – dal § 214 dei *Lineamenti di filosofia del diritto*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Com'è noto l'elaborazione matura del «tipo decisionista» sarà incentrata, per dirla con le parole de *I tre tipi di scienza giuridica*, sulla valorizzazione di una prospettiva laddove massima rilevanza assume il «fatto che viene presa una decisione» in opposizione al «come viene presa una decisione». Quest'assunto riecheggia a ritroso attraverso buona parte della produzione schmittiana degli anni Venti: nelle pagine del 1922 dedicate all'opposizione tra «due tipi di scientificità giuridica», anzitutto, ma anche in quelle del 1921 sulla opposizione tra il giusnaturalismo scientifico («[che] concentra il suo interesse sul fatto stesso della decisione») e il giusnaturalismo della giustizia («che muove dall'interesse per determinate idee di giustizia e quindi da un contenuto della decisione»). Tutto ciò, a noi pare, ritrova nelle pagine del 1912 sulle quali ci siamo soffermati – dove pure è già presente l'assunto in base al quale «ciò che conta non è tanto il tipo o la modalità di regolamentazione prescelta, quanto il fatto stesso che una regolamentazione vi sia» – un'ulteriore e chiara risonanza, sia pure nel contesto di ana-

Quanto detto dovrebbe bastare a dilatare la complessa stratificazione che Schmitt istituisce in questo testo tra le nozioni di determinatezza giuridica, decisione e decisione giudiziale. Intesa come esigenza di stabilità e certezza, la vocazione alla determinatezza è l'assunto che fa da presupposto tanto alla teoria della decisione giudiziale quanto alle riflessioni sulla decisione come chiave per la definizione del diritto. Tuttavia, la vocazione alla determinatezza porta a decisioni che non sono governate dalla medesima logica. Il tendere alla stabilità e alla certezza implica per la decisione giudiziale un preciso vincolo normativo. Per quanto il criterio dell'"altro giudice" sia dinamico e differente dal tradizionale vincolo alla legge, la decisione resta qui incanalata verso una precisa direzione: non tutte le decisioni garantiscono determinatezza e pertanto non tutte le decisioni sono decisioni corrette. La decisione che opera all'esterno della giurisdizione – come nel caso delle ordinanze di polizia, ma anche della legislazione – è invece del tutto autonoma e slegata da vincoli. Qui è il tendere del diritto alla stabilità che fa della mera decisione, ossia della fissazione di un contenuto tra i tanti possibili, una decisione giusta per definizione. Solo in questo caso la questione della giustizia è integralmente assorbita dalla positività²² e l'indifferen-

lisi che, evidentemente, sono tanto più ben delimitate quanto meno attrezzate rispetto a quelle che vedranno la luce negli anni a venire. Cfr. C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 65; ID., *La dittatura*, ed. it. a cura di A. Caracciolo, Roma, 2006, 43-44 nonché 150-151; ID., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del "politico"*, ed. it. a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, 1972, 29-88: 57-59; ID., *I tre tipi di scienza giuridica*, ed. it. a cura di G. Stella, Torino, 2002, 1-26.

²² Si ha qui una certa corrispondenza con la funzione della "certezza" per come intesa nella filosofia del diritto di Gustav Radbruch. Anziché di *Rechtsbestimmtheit* Radbruch parla di *Rechtssicherheit*. Questa, pur non esaurendo la definizione del diritto (tant'è che la certezza può collidere con la giustizia), è del diritto parte essenziale e caratteristica fondante e, a determinate condizioni, tende ad assorbire la stessa dimensione della giustizia: «La certezza del diritto richiede la sua positività: se non può esser disvelato [*festgestellt*] cosa è giusto [*gerecht*], allora è necessario che sia disposto [*festgesetzt*] cosa rileva secondo diritto [*rechters*], più precisamente, è necessario che ciò avvenga da un punto che, oltre a disporre [*festsetzt*] qualcosa, è anche in condizione di imporlo [*durchzusetzen*]. La positività del diritto assurge così, in modo assai singolare, a presupposto della sua correttezza: l'esser positivo fa parte del concetto di diritto corretto, tanto quanto compito del diritto positivo è di essere contenutisticamente giusto. [...] Che si ponga termine alla contesa tra le visioni giuridiche, è più importante del

za contenutistica, che appartiene ontologicamente alla decisione in generale, può essere anche assoluta.

Chiaramente, tanto sul piano della prassi giudiziale quanto su quello teorico-generale, in questo testo il decisionismo non è ancora molte delle cose che sarà negli anni successivi. È vicino più a Bentham²³ che a Hobbes²⁴, per esempio. È un decisionismo che riduce il diritto a poco più di un dispositivo tecnico il cui funzionamento è assicurato da un coerente gioco di specchi tra vocazione all'ordine e decisione contenutisticamente indifferente come strumento di realizzazione di questo ordine. In questo senso, l'approccio di fondo che lo caratterizza è ancora prossimo ai canoni di un certo positivismo. Manca la pretesa di inserire la decisione in una dinamica più complessa che tematizzi esplicitamente il rapporto tra diritto e forza, così come manca l'intenzione di radicare storicamente il discorso giusfilosofico, di riassumerlo nel contesto di una cornice dalle connotazioni epocali. Finanche l'evocativo paralleli-

fatto che questo termine sia giusto e utile; l'esistenza di un ordinamento giuridico è più importante della sua giustizia e della sua utilità; queste ultime rappresentano infatti i due grandi compiti del diritto, ma il primo compito, approvato da tutti allo stesso modo, è la certezza giuridica, ossia l'ordine, la pace» G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, ed. it. a cura di G. Carlizzi e V. Omaggio, Milano, 2021, 81-82.

²³ Insieme a Hegel, uno dei riferimenti principali del terzo capitolo di *Legge e giudizio* è Bentham. A partire dalle considerazioni di questi sulla certezza del diritto, Schmitt discute il tema della rilevanza autonoma della decisione in quanto strumento di produzione della determinatezza giuridica. Va però segnalato come Schmitt tenga a evidenziare la peculiarità del punto di vista (teorico-generale) dal quale egli guarda alla decisione: «Ma l'attenzione di Bentham è tutta rivolta alla politica del diritto e alla scienza della società, non alla giurisprudenza. Quando noi discutiamo qui dell'astratto esserposto del diritto, ci richiamiamo solo indirettamente al concetto di certezza del diritto per come lo intende Bentham. Perché per noi non è tanto rilevante il suo significato politico-economico e psicologico-sociale, quanto piuttosto quel momento di indifferenza contenutistica che ogni disposizione normativa necessariamente contiene». C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 86. La stessa precisazione sarà riproposta anche dieci anni dopo. Cfr. ID., *Teologia politica*, cit., 55.

²⁴ Il decisionismo di Schmitt, nel '12 ma anche in *Der Wert des Staates*, nasce orfano del suo padre nobile. Il primo confronto con Hobbes, che nel corso degli anni verrà definito a più riprese come il «rappresentante classico del tipo decisionistico», Schmitt lo avrà solo diversi anni dopo, in alcuni quaderni preparatori relativi a temi che vanno dalla Riforma all'Illuminismo. Cfr. C. SCHMITT, *Thomas Hobbes/Baruch Spinoza*, in *Filosofia politica*, 2016, 195-203.

simo che Schmitt stabilisce tra scienza del diritto e teologia («tra i metodi della giurisprudenza e della teologia vi è un'affinità concettuale fondamentale»)²⁵ si basa su un passo di *Der Kampf um die Rechtswissenschaft* di Kantorowicz e non va granché oltre la teoria della giurisdizione. Indubbiamente, rileva qui la circostanza che la crisi dalla quale prende le mosse il pensiero schmittiano sia anzitutto quella della dogmatica privatistica, più che quella del diritto pubblico²⁶.

4. Le riflessioni del 1912 e il decisionismo schmittiano

Nonostante tutto ciò, siamo complessivamente già in presenza di una serie di intuizioni concettuali che, gradualmente complicate dal punto di vista giusfilosofico e traslate nel diritto pubblico, costituiranno la spina dorsale della riflessione di Schmitt almeno sino agli anni Venti.

Anzitutto, si mostrano già qui le diverse sfaccettature che caratterizzano il decisionismo in quanto modalità di analisi giuridica. In Schmitt il tema della decisione è costantemente chiamato a operare in contesti analitici tra loro anche profondamente diversi, che vanno dalla teoria dello stato a quella della decisione giudiziale. Non a caso, come abbiamo visto, lo statuto della decisione giudiziale non è integralmente sovrapponibile a ciò che, dal punto di vista teorico-generale, Schmitt indica come rilevanza del momento dell'«astratto esser deciso». Se definire tutto ciò come una pluralità di decisionismi sarebbe quasi sicuramente fuorviante²⁷, ci pare però di dover parlare quanto meno di una complessità interna al decisionismo schmittiano. Non è che vi sia una teoria decisionistica del '12, relegata al tema della decisione giudiziale e superata negli anni successivi dal decisionismo "sovrano". È lo stesso

²⁵ C. SCHMITT, *Legge e giudizio*, cit., 161.

²⁶ Anche perché a inizio secolo il formalismo, ormai in fase calante nel diritto privato, viveva nel più "giovane" diritto pubblico (almeno con riferimento ai suoi esponenti più noti) un ripensamento decisamente meno radicale. Sul diritto pubblico di inizio secolo si v. M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, 391 ss.

²⁷ Insiste su ciò E. CASTRUCCI, *op. cit.*, XI-XII.

decisionismo del '12 che, esattamente come il successivo, presenta al suo interno una pluridimensionalità.

Ma oltre a ciò, il modo in cui Schmitt pensa la decisione in *Legge e giudizio* permette di isolare con chiarezza un'altra caratteristica rilevante del suo pensiero. Si vede qui bene che la cifra della concezione giurisfilosofica schmittiana, sin dalla sua fase germinale, non è mai la decisione in quanto decisione, bensì la decisione come momento di un più complessa struttura teorica, quale elemento di una ontologia giuridica che la ricomprende.

Appena due anni dopo, in *Der Wert des Staates*, Schmitt affinerà considerevolmente i termini del suo discorso filosofico-giuridico. In stretta continuità con le riflessioni sulla *Rechtsbestimmtheit*, anche qui ogni legge positiva ha un valore in sé, che le deriva dal fatto di essere statuita da una autorità: «in talune circostanze *che* qualcosa diventi determinazione positiva è più importante di quale determinazione concreta lo diventi»²⁸. Ma ancora più chiaramente che in *Legge e giudizio*, la decisione è ora espressione di un complesso sistema teorico, che ormai pretende esplicitamente di coordinare i rapporti tra diritto e forza. Schmitt ricorre a questo fine alla sofisticata nozione di «diritto naturale senza naturalismo», la quale differenzia la filosofia del diritto di *Der Wert des Staates* tanto dal giusnaturalismo quanto dal positivismo²⁹. Se si vuole, *Naturrecht ohne Naturalismus* è un'espressione che serve a condensare una sorta di *sintesi* in cui alcuni tratti della tradizione giusnaturalista si superano mediandosi con il positivismo. Il diritto è incapace di realizzarsi da sé, implica la decisione. Ma la decisione, la forza, non è propriamente la *fonte* del diritto, bensì lo strumento e il presupposto della sua realizzazione. La legge positiva è ciò che definisce il diritto e, al contempo, non lo esaurisce, giacché quest'ultimo è qualcosa che costitutivamente «eccede» la sua configurazione positiva³⁰. Non siamo quindi in presenza di un decisionismo che sfocia nella equiparazione positivistica di decisione e diritto e di legge e diritto, ma di un decisio-

²⁸ C. SCHMITT, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*, ed. it. a cura di C. Galli, Bologna, 2013, 76.

²⁹ Sul punto S. PIETROPAOLI, *op. cit.*, 21.

³⁰ È sempre un qualcosa di «eccedente rispetto alla fattualità di un potente volere». C. SCHMITT, *Il valore dello Stato*, cit., 58.

nismo che del diritto è il trascendentale, che fa da raccordo tra la trascendenza del diritto e la sua realizzazione concreta, che permette di pensare sia la loro separazione sia la loro coesistenzialità.

In fondo riconducibile allo stesso tentativo di iscrivere la decisione in un più profondo contesto ontologico-giuridico è la filosofia del diritto sottesa a *La dittatura* e a *Teologia politica*. A quest'altezza i riferimenti al diritto in quanto Idea si secolarizzano definitivamente. Al posto della realizzazione decisionistica dello *jus divinum*³¹ compare il riferimento al potere costituente del popolo nel 1921 e all'informe pienezza del potere statale l'anno successivo. Non è questa la sede per addentrarsi nelle questioni che dal punto di vista giusfilosofico segnano l'evoluzione che si realizza tra questi due scritti. Vale però la pena segnalare che l'impianto giusfilosofico che nel '14 inquadra il rapporto tra Idea e decisione è per molti aspetti speculare allo schema che ne *La dittatura* e in *Teologia politica* tiene insieme la norma e le modalità della sua realizzazione.

Nella sospensione del diritto che caratterizza la dittatura commissaria la realizzazione del diritto passa per una frattura. Al contempo, il potere decisionistico del dittatore riceve la sua qualificazione non *de facto* ma *de iure*. Come in *Der Wert des Staates* il potere non prova niente per il diritto, perché il primo è funzione e derivazione del secondo, così ne *La dittatura* l'azione del commissario è iscritta nell'ambito del giuridico in virtù del rapporto di separazione che intrattiene con il diritto da realizzare. Il nodo giusteorico alla base della dittatura commissaria presuppone questa separazione: se diritto e potere coincidesse senza scarti, se cioè il dittatore avesse la facoltà di *porre* il diritto³², anziché di *sospenderlo* (senza per questo privarlo di vigenza), il senso della nozione verrebbe integralmente svisato³³.

Non molto diverso è lo schema alla base della dittatura sovrana. C'è anche qui un "prima", un'alterità, un qualcosa che precede o eccede il potere decisionistico del dittatore. Come il dittatore commissario, il dittatore sovrano dipende dal diritto; tuttavia, diversamente che da quel-

³¹ Cfr. *ivi*, 78.

³² Cfr. C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 61-62.

³³ Sul punto v. T. GAZZOLO, *La teologia politica come teoria del diritto*, in *Jus-Online*, 9, 2023, 86-130: 112.

lo, allo stesso tempo lo rappresenta, gli dà forma, lo pone. Le peculiarità che caratterizzano il *pouvoir constituant* fanno sì che tra diritto e potere ci sia una separazione formale connessa, nel concreto del momento realizzativo, a una indistinzione pratica. Non è qui, come nella dittatura commissaria, *sospeso* un diritto che la dittatura *precede* come dimensione costituita, bensì *posto* un diritto che la dittatura *eccede* in quanto dimensione costituente. Schmitt parla di differenza tra esercizio e sostanza del potere costituente: il dittatore esercita il potere costituente (il quale esiste solo nella forma che il suo rappresentante gli conferisce) pur senza assorbirne la sostanza³⁴ (il potere costituente non si identifica mai in modo definitivo nella figura del suo rappresentante, resta sempre “altro” rispetto a esso). Ma quel che rileva, dal punto di vista giusfilosofico, è ancora una volta il tentativo di inserire la decisione in un più complesso sostrato ontologico, il tentativo di non equipararla *sic et simpliciter* con il diritto in quanto tale.

Infine, quando in *Teologia politica* Schmitt parla della sovranità come problema della forma giuridica ripropone nuovamente questa costellazione di problemi. Anche in questo caso, alle spalle della decisione deve essere pensata una dimensione non costituibile e non esauribile, un’eccedenza che impedisce la integrale identificazione tra decisione sovrana e diritto in quanto tale, tra momento realizzativo del diritto e fonte – sia pure indecidibile nel contenuto – del diritto stesso³⁵. L’Idea

³⁴ Cfr. C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., 180-181.

³⁵ Dal punto di vista filosofico-giuridico, la logica di fondo che ne *La dittatura* presiede ai rapporti tra potere costituente e dittatore sovrano è conservata anche in *Teologia politica*. Come abbiamo accennato, il presupposto della tenuta giusfilosofica delle tesi del ’21 è la compresenza tra l’esistere dell’Idea solo nella realizzazione concreta e la sua strutturale irrealizzabilità. È questo aspetto che apre alla concezione di un diritto che si dà nella decisione ma che non è esaurito dalla decisione, di un diritto che, pur non vigendo di per sé, bensì solo se, in concreto, qualcuno sia capace di determinarlo contentutisticamente, permane nondimeno come orizzonte non integralmente assorbibile dal momento decisionale. In *Teologia politica* Schmitt modifica la caratterizzazione dell’Idea, ma continua a insistere sulla medesima compresenza. Se nello schema del ’21, limitato a una prospettiva democratica, il potere non assorbibile che fa da sfondo alla decisione può ancora essere aggettivato come “costituente” e “del popolo”, nella prospettiva del ’22 questo potere si spoglia semplicemente di ogni caratterizzazione ulteriore. La pienezza informale del potere costituente del popolo diviene, venuto meno an-

di diritto, quella dimensione che per tutti gli anni Dieci Schmitt ha presupposto alla sua impostazione giusfilosofica, risulta qui svuotata al massimo grado, slegata da ogni presupposto contenutistico sia pure minimale (quale era ancora il presupposto della titolarità implicita nella nozione di potere costituente)³⁶ ma mantenuta come condizione di pensabilità della non integrale corrispondenza tra diritto e sua realizzazione positiva. È vero che l'Idea è vuota, che esiste solo se, tramite la decisione, viene determinata, ma è altrettanto vero che l'Idea è indeterminabile: c'è sempre un "fuori" della decisione, uno scarto che impedisce l'appiattimento del diritto in quanto Idea sull'atto della sua realizzazione.

Indubbiamente, rispetto a tutto ciò l'apparato categoriale messo in campo nel '12 è scarno, incidentale, costruito su un minimale truismo, il postulato della *Rechtsbestimmtheit*. Ma già qui la decisione, tanto sul piano giudiziale quanto su quello extragiudiziale, è inclusa nel discorso giuridico in quanto realizzativa di un diritto che, mediante il fine minimo della certezza, viene pensato alle sue spalle. Un diritto, chiaramente, che non è inteso in senso contenutistico, che vive solo nella sua realizzazione positiva ma che, al contempo, con la positività non coincide mai in modo definitivo. La decisione non si eleva mai a parametro permanente della correttezza, giacché la prassi giuridica, e ciò che essa

che il presupposto minimale della titolarità, mera pienezza, altrettanto informe, di potere genericamente statale (che va determinato non solo nel contenuto ma anche nella titolarità). Ciò che eccede l'effettività della decisione, che va realizzato pur essendo irrealizzabile, è a questo punto nulla più che una pienezza di potere che ambisce alla forma, ossia a una configurazione determinata nella concretezza della storia. Schmitt parla di uno Stato che esiste al di là delle sue forme giuridiche concrete, di un ordinamento, manifestantesi nell'eccezione, che è accessibile alla conoscenza giuridica ma che è altro dall'ordinamento giuridico positivo. Quello che potrebbe sembrare il riferimento a una datità di potere immediatamente presente non deve però ingannare. Il potere statale al quale si fa riferimento è, inteso in termini giuridici, ancora un'Idea da realizzare. Come nel caso del potere del popolo "sempre presente" dell'anno prima, l'inesauribile pienezza del potere statale non è qui un qualcosa di autosufficiente. Non è una grandezza definita, autonomamente capace di azione politica o di vigenza giuridica. Piuttosto, la pienezza informe del potere statale, concepibile come principio di indeterminazione dell'ordine sul versante politico, è, sul piano giuridico, la condizione di pensabilità della non corrispondenza tra il diritto realizzato e il diritto in quanto ancora da realizzare, tra l'atto di positività e il fondamento che ne giustifica la giuridicità.

³⁶ Sulla rilevanza di questo aspetto T. GAZZOLO, *op. cit.*, 117 ss.

produce, è costantemente sollecitata e scossa dai fatti, che impongono sempre nuove risposte – e quindi nuove decisioni – tanto sul piano giudiziale quanto sul piano normativo. Sebbene prive di un fondamento contenutistico – che né le esigenze sociali o la “giustizia” sono in grado di dare alla legge, né la legge è in grado di dare alla decisione giudiziale – queste risposte non sono però prive, in quanto realizzative del fine minimo della determinatezza, di un loro specifico fondamento giuridico. In questo senso, si vede come già in *Legge e giudizio* ciò che rileva non è semplicemente la decisione in quanto decisione, la decisione in quanto fatto dell’imporsi di una certa scelta che viene assunto alla conoscenza giuridica come “dato”, bensì la decisione in quanto elemento filosofico del diritto, la decisione in quanto modalità di realizzazione di un peculiare modo di intendere il diritto. Seguita nel giro di pochi anni dal «diritto naturale senza naturalismo», dallo statuto concettuale della dittatura e dalla «forma giuridica», la *Rechtsbestimmtheit* pensata a partire dalla prassi giudiziale è il primo sostrato giusfilosofico che fa da sfondo alla decisione, la prima tra le ontologie della decisione pensate da Schmitt.

A CHE MODELLO DI VIRTÙ ISPIRARSI NELLA CONTEMPORANEITÀ?¹

Roberto Luppi

1. Introduzione

Anche in epoca di pluralismo, è possibile affermare che ogni società abbia un suo modello di cittadino “ideale” o, smussando questa definizione, un novero di caratteristiche dei cittadini che vengono portate in risalto e lodate nella sfera pubblica. Queste caratteristiche possono essere definite in una molteplicità di modi e ricondotte a una pluralità di ambiti: di esse fanno parte le *virtù*² – in particolar modo le *virtù civiche* –, qualsiasi sia la definizione adottata di questo concetto.

Quando si parla di virtù civiche, *in primis* nel mondo occidentale, un punto di riferimento dell’immaginario collettivo è senza dubbio l’idea (spesso stereotipata) del cittadino dell’Antica Grecia, impegnato a di-

¹ La versione definitiva di questo saggio si può trovare su *Rivista di filosofia del diritto*, XIV (1), 2025, 103-124, con il titolo: *Individuo, virtù e il giudice come modello*.

² A titolo introduttivo, le virtù sono generalmente considerate eccellenze del carattere di una persona, sviluppate nel tempo e di norma ben radicate, vale a dire esibite in maniera non sporadica, né arbitraria. Nel corso dei secoli, sono state definite in un’ampia varietà di modi; giusto per citare tre esempi: secondo Zagzebski, «virtues are qualities that deserve praise for their presence and blame for their absence». L. ZAGZEBSKI, *Virtues of the Mind. An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, Cambridge, 1996, 104. Foot osserva che «virtues are in general beneficial characteristics, and indeed ones that a human being needs to have, for his own sake and that of his fellows». P. FOOT, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy*, Oxford, 2002, 3. Ancora, Bernard Williams sottolinea come le virtù siano «disposition[s] of character to choose or reject actions because they are of a certain ethically relevant kind». B. WILLIAMS, *Ethics and the Limits of Philosophy*, London, 2006, 9. Rivolgendosi in particolar modo alle virtù civiche, questo saggio pone al centro dell’analisi quelle virtù che si ritiene indispensabile i cittadini abbiano – in particolare – nella sfera pubblica.

battere le questioni pubbliche con i propri pari nell'*agorà*. Lo scopo di questo saggio non è certamente quello di contestare tale accostamento, né di confutare le suggestioni che da esso possono generarsi. Ciononostante, l'obiettivo è, concentrandosi su alcuni tratti specifici delle società occidentali, domandarsi se tale modello di agire virtuoso sia ancora il più adatto a ispirare e – nel migliore dei casi – descrivere i cittadini odierni. Gli sviluppi recenti, infatti, hanno messo a dura prova un approccio alle virtù civiche fondato sulla *condivisione continuativa* di uno spazio – dialogico, fisico, di azione – comune. Del resto, sono sotto gli occhi di tutti la crisi e il livello di disgregamento raggiunto dalle realtà collettive, a cui ha fatto da contraltare l'assoluta preminenza assegnata all'*individuo*, impegnato in un continuativo *processo di individualizzazione*. Come osserva Bauman, oggi, «[l] *individualità è un compito che la società degli individui assegna ai suoi membri* – un compito individuale, da svolgere individualmente, sulla base delle proprie risorse individuali»³.

Da queste osservazioni nascono le domande di fondo del saggio: esiste un “modello di agire virtuoso” a cui le società occidentali odierne dovrebbero ispirarsi? Alla luce degli sviluppi socio-politici, è corretto mantenere invariato il modo di osservare e celebrare le *virtù civiche* ereditato dal passato, oppure è arrivato il momento di modificarlo? E, laddove si reputasse opportuno un cambiamento, quale “modello” sarebbe idoneo a sostituire il cittadino-politico al centro dell'*agorà*? Potrebbe acquisire un'inedita (o rinnovata) centralità la figura del giudice, che – in modo più “solitario” – cerca di far primeggiare la giustizia nel suo operato?

L'idea di fondo è infatti che, in una società che esalta l'individualità e, in tanti ambiti, una forma esasperata di individualismo, questi tratti non possano essere trascurati in riferimento alle virtù, le quali avrebbero così bisogno a propria volta di un *approccio maggiormente “individualistico”*.

L'utilizzo di termini e perifrasi come “società odierne” o “al giorno d'oggi” intende sottolineare che quanto accennato poc'anzi ed esposto di seguito in maniera più estesa non implica un giudizio di valore o un

³ Z. BAUMAN, *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, 7 (corsivo nell'originale).

auspicio sugli attuali sviluppi; ci si limita piuttosto a constatare il percorso di individualizzazione in atto, che molto difficilmente conoscerà un arresto negli anni a venire e che ha modificato in profondità le scene pubbliche delle democrazie liberali. Come possono tali tendenze essere omesse o trascurate nella discussione sulle virtù civiche? Quest'ultima deve essere in grado di analizzare i mutamenti contemporanei e, a partire da questi, cercare o ipotizzare nuove traiettorie di sviluppo.

È proprio a tale compito che si dedica il presente saggio, il quale è articolato nella seguente maniera: nella seconda sezione, si offre un quadro riassuntivo – senza pretese di esaustività – del processo di individualizzazione sperimentato nelle odierne democrazie e delle conseguenze che esso ha generato nel rapporto tra cittadini e sfera pubblica. Segue una riflessione sul ruolo delle virtù civiche al cospetto delle evoluzioni socio-politiche contemporanee (sezione 3). Questa parte *descrittiva* è accompagnata da due sezioni più *propositive*: partendo dal percorso dello sviluppo morale esposto da John Rawls, si sostiene la necessità di rafforzare nelle vite dei cittadini la fase della cosiddetta «moralità dei principi», vale a dire quello stadio in cui l'individuo rispetta i precetti morali in quanto tali, indipendentemente dalla sfera relazionale (sezione 4). Infine, la sezione 5 pone al centro le virtù giudiziali e la figura del giudice e si interroga su quale possa essere il loro “insegnamento” per la contemporaneità: potrebbero essere proprio loro a costituire – in un certo qual modo – un “nuovo” modello di riferimento delle virtù civiche?

Un'ultima precisazione è d'uopo: nell'articolo, ci si rifà a una pluralità di tradizioni filosofiche – da Habermas e Arendt fino a Rawls e alla *virtue jurisprudence*⁴. Mentre il riferimento ai primi è di natura descrit-

⁴ Per un'introduzione alla *virtue jurisprudence*, cfr. A. AMAYA, H. HOCK LAI (a cura di), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, 2013; A. AMAYA, C. MICHELON (a cura di), *The Faces of Virtue in Law*, London and New York, 2020; C. FARRELLY, L. SOLUM (a cura di), *Virtue Jurisprudence*, New York, 2008. In lingua italiana, si veda lo *special issue* di *Ars Interpretandi* “Virtù e pratica del diritto”, XI/2022, a cura di I. Trujillo. In termini generali, si tratta di quell'approccio secondo cui il fine della *legislazione* è promuovere la fioritura umana attraverso la creazione delle condizioni per lo sviluppo dell'eccellenza nei singoli. Una delle componenti centrali riguarda le virtù nella teoria del giudizio. Dal momento che non è possibile sviluppare una procedura decisionale che, se seguita pedissequamente, garantisca la correttezza del giudizio, uno dei vantaggi di un

tiva, Rawls e le pensatrici e i pensatori della *virtue jurisprudence* sono presi in esame nel momento in cui si offre una chiave di lettura – per così dire – “innovativa” circa la contemporaneità. Seppure la *combinazione* di questi approcci possa risultare inusuale, la convinzione di fondo è che proprio tale accostamento sia stimolante e originale nel suffragare le tesi del saggio⁵.

2. Società degli individui e processi di individualizzazione

Numerose analisi evidenziano come gli imperativi di liquidità, autonomia, indipendenza, flessibilità – al centro di pressoché ogni ambito della vita odierna – abbiano influenzato il funzionamento e, in alcuni casi, la sopravvivenza di gruppi, comunità e associazioni, che per secoli sono stati il punto di riferimento delle vite dei cittadini⁶. Oggi, è sul singolo che ricade la responsabilità di costruire una traiettoria e la connessa narrazione della propria esistenza: ad affermarsi è il cosiddetto «individualismo morale»⁷, in cui i tradizionali modelli di dipendenza e interazione perdono valore e vengono messi sullo sfondo. A stagliarsi è un processo di individualizzazione, continuativo nel tempo, che ha contribuito in maniera decisiva a trasformare l'identità umana in un «com-

approccio fondato su carattere e soggettività dell'agente è quello di portare in primo piano la saggezza pratica e le virtù giudiziali. Cfr. L. SOLUM, *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*, in *Brooklyn Law Review*, 70, 2, 2004, 475-532; e L. CORSO, *La virtù del giudice fra emozioni, giustizia particolare e ruolo istituzionale. Un abbozzo a partire da Aristotele*, in *Ars Interpretandi* XI (1), 2022, 53-69.

⁵ Peraltro, l'analisi delle virtù giudiziali nel pensiero di Rawls non ha finora trovato spazio adeguato. Due lavori in cui si accenna a ciò sono E. CLINE, *Confucius, Rawls, and the Sense of Justice*, New York, 2013; e R. GARGARELLA, *John Rawls, Public Reason, and the Role of the Judiciary*, in *Rechtstheorie*, 28, 4, 1997, 523-530.

⁶ Un'analisi sempre attuale sul valore dell'associazionismo nell'ambito dello sviluppo morale è offerta da Rosenblum in *Membership and Morals*, dove già si parla di una «erosion of social connectedness and trust, a fraying of the fabric of community life». N. ROSENBLUM, *Membership and Morals. The Personal Uses of Pluralism in America*, Princeton, 1998, 30.

⁷ Di «moral individualism» parla per esempio L. WACQUANT, *Punishing the Poor. The Neoliberal Government of Social Insecurity*, Durham-London, 2009, 81.

pito» (molto più che un «dato»), la cui responsabilità è assegnata *a ognuno individualmente*, al di fuori di legami, relazioni e contesti di riferimento. I miti dell'*individuo autosufficiente* e dell'*homo oeconomicus come imprenditore di se stesso* acquisiscono così grande centralità nelle opinioni pubbliche e causano inevitabili ripercussioni di natura politica, economica e sociale⁸.

Ancor più in un'epoca contraddistinta dai processi di precarizzazione, uomini e donne si trovano costantemente *on the move*, protagonisti di una successione di episodi, in cui si alternano fini improvvise e nuovi inizi. Ciò è influenzato dalle pratiche del «capitalismo flessibile»⁹, che non risponde mai in modo definitivo a domande sulla sfera lavorativa come quelle concernenti a) dove e come si svolgerà, b) che contenuti avrà, c) chi saranno datori e colleghi, d) quanto spesso si sarà costretti a modificare contesto, incarichi e routine, e) quanto a lungo le proprie competenze saranno al passo coi tempi o quando verranno tacciate di obsolescenza. Questi sviluppi, inoltre, sono incentivati dal processo di ristrutturazione a cui sono stati sottoposti lo stato sociale e i diritti a esso connessi, e sono andati a ripercuotersi sull'esistenza degli individui a tutto tondo, ben al di là del «solo» ambito lavorativo¹⁰.

⁸ Su questi sviluppi spesso collegati nelle analisi con la diffusione del modello politico-sociale-economico neoliberale, cfr. M. HARDT, A. NEGRI, *Assemblea*, Milano, 2017; O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020; P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2013; D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford, 2005; G. LEGHISSA, *Neoliberalismo. Un'introduzione critica*, Milano, 2012; M. PIERCE-EAGLETON, *Neoliberalism: The Key Concepts*, London, 2016; T. BRIEBRICHER, *The Political Theory of Neoliberalism*, Stanford, 2019; W. CALLISON, Z. MANFREDI, *Mutant Neoliberalism. Market Rule and Political Rupture*, New York, 2019. Una pluralità di autori si sono espressi criticamente nei confronti del «mito» dell'*individuo autosufficiente*, evidenziando – tra le altre cose – come esso dimentichi le fondamentali risorse culturali, morali, emotive, affettive e materiali messe a disposizione dalle comunità. Cfr., a tal proposito, A. GIDDENS, *Modernity and Self-identity: Self and Society in the Late Modern Age*, Cambridge, 1991, 148-149; M. SHADLE, *Interrupting Capitalism. Catholic Social Thought and the Economy*, New York, 2018, 10-11.

⁹ R. SENNETT, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, 2001, 9.

¹⁰ Proprio alla luce di questo fatto, Gill e Pratt possono scrivere: «precarisation also tends to unsettle the totality of social relations. Not only are the boundaries between

Le realtà odierne prendono le forme – secondo la definizione di Habermas – di «società desolidarizzate»¹¹, in cui a pagare uno dei prezzi più alti sono proprio i contesti aggregativi, ovverosia i luoghi per eccellenza in cui instaurare dinamiche di amicizia, empatia e reciprocità, tramandare conoscenze e avanzare richieste a politica e società. Ciò ha fatto parlare di «loss of a hinterland», vale a dire della perdita di legame del singolo con il suo retroterra caratterizzato da usi, costumi, abitudini, valori, persone e relazioni¹².

Pur non avendo l'ambizione di offrire un quadro esaustivo di complessi fenomeni sociali, politici ed economici, già soltanto i punti sinteticamente portati in risalto – se ricollegati all'ambito delle virtù – conducono a una domanda inevitabile: *può tutto ciò non avere delle ripercussioni su come pensiamo le virtù civiche e il loro processo di maturazione nell'individuo, oggi?*

3. Le virtù civiche nella contemporaneità

La tradizione classica ci tramanda un modello di cittadino “ideale” inteso come quella persona incline a ricercare la propria felicità *anche* – o *soprattutto* – nel benessere della comunità e ispirata dalla volontà di difendere e valorizzare il bene comune, attraverso un costante impegno nella sfera pubblica. In proposito, l'immagine più evocativa è quella

precarious work and normal work becoming blurred, but also the boundaries between work and non-work (life), i.e. between production and reproduction». R. GILL, A. PRATT, *In the Social Factory? Immaterial Labour, Precariousness and Cultural Work*, in *Theory Culture Society*, 25, 2008, 1-30. Su questo punto, cfr. per uno studio di caso A. ALLISON, *Precarious Japan*, Durham, 2013. Particolarmente affilate sono le critiche contenute negli scritti di J. BUTLER, *Precarious Life. The Powers of Mourning and Violence*, London-New York, 2004; e *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Cambridge, 2015.

¹¹ J. HABERMAS, *L'inclusione dell'altro*, Milano, 2013, 135-136. Per una riflessione sugli effetti dei processi descritti sulla psiche dell'individuo contemporaneo, cfr. A. EHRENBURG, *La fatica di essere se stessi*, Torino, 2010, in particolare la parte terza intitolata significativamente “L'individuo insufficiente”.

¹² L. WACQUANT, *Territorial Stigmatization in the Age of Advanced Marginality*, in *Thesis Eleven*, 91, 1, 2007, 70.

della *polis* greca, vale a dire una democrazia in cui la politica è pensata come l'attività per eccellenza dei cittadini che la popolano. Proprio in questo scenario si dava dimostrazione delle *virtù*. In *Vita Activa*, Arendt scrive al riguardo:

[l]'eccellere stesso, *aretè*, come l'avevano chiamato i greci (*virtus* per i romani) è sempre stato caratteristico della sfera pubblica, dove ci si poteva distinguere dagli altri eccellendo. Ogni attività compiuta in pubblico può raggiungere una eccellenza mai conseguita in privato; infatti *l'eccellere, per definizione, ha bisogno della presenza di altri, e questa a sua volta ha come requisito formale l'esistenza di un pubblico, costituito da propri pari*¹³.

A seconda delle differenti fasi della vita, la sfera pubblica svolgeva un ruolo diverso: se, durante infanzia e adolescenza, facilitava l'apprendimento di competenze e virtù; in età matura, diveniva lo spazio di massima espressione dell'agire virtuoso e, quindi, di trasmissione di esempi e modelli.

Già negli anni Cinquanta, però, Arendt vede come alcuni elementi caratteristici della sfera pubblica e dello stare insieme – per come tramandato dalla tradizione occidentale – venissero messi a repentaglio dalla società di massa:

[c]iò che rende la società di massa così difficile da sopportare non è [...] il numero delle persone che la compongono, ma il fatto che il mondo che sta tra loro ha perduto il suo potere di riunirle insieme, di metterle in relazione¹⁴.

La filosofa prosegue in *L'umanità in tempi bui*:

[i]l mondo si estende tra gli uomini e questo *in-between* [...] è oggi oggetto della più grande preoccupazione e dello sconvolgimento più evidente [...] lo spazio pubblico ha perso il potere di illuminare [...]. Nei Paesi del mondo occidentale dove, dalla fine dell'antichità, la libertà di non fare politica è stata considerata come una delle libertà fondamentali, un numero sempre maggiore di persone ha usato questa libertà per ritirarsi dal mondo e dai suoi obblighi. [...] Ma per ogni ritiro di questo

¹³ H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Firenze, 2021, 77, corsivo aggiunto.

¹⁴ *Ivi*, 81.

tipo si produce nel mondo una perdita quasi tangibile; ciò che si perde è l'*in-between* tipico e di solito insostituibile che si sarebbe dovuto stabilire tra quell'individuo e i suoi simili¹⁵.

«[I]l mondo che sta tra [le persone] ha perduto il suo potere di riunirle insieme, di metterle in relazione». L'esito di questo processo non poteva che essere l'affermazione del menzionato *individualismo morale*, vale a dire un modello di società in cui l'individuo mira in maniera preponderante alla propria affermazione (individuale) e richiede alla collettività la creazione e salvaguardia di un ecosistema in cui ciò possa avvenire nel migliore dei modi, vale a dire attraverso pace, sicurezza e rispetto di diritti e libertà. In questo contesto, ognuno ha la possibilità di seguire la propria strada, (reputata) differente da quella di chiunque altro, senza che la collettività abbia una vera influenza sul percorso.

Conseguentemente, lo spazio pubblico – come luogo d'elezione del cittadino – non poteva che perdere tratti e contenuti che lo hanno caratterizzato, *se non* nella pratica, *almeno* nelle riflessioni dei secoli passati. A sorgere sono le domande: com'è possibile combinare la necessità della presenza della sfera pubblica nelle vite dei singoli e di un certo tipo di socialità al fine dello sviluppo di abilità, competenze e virtù con i tratti della contemporaneità? Come fa l'individuo a sviluppare le virtù civiche e ad adottare un agire (accettabilmente) virtuoso nell'epoca dell'individualismo morale?

Di seguito, si sostiene che a divenire necessario è un livello di virtù *maggiore che in passato* o – altrimenti detto – la cittadinanza ha bisogno di raggiungere uno stadio particolarmente “avanzato” nel suo percorso dello sviluppo morale, che Rawls avrebbe definito la «moralità dei principi». Per quanto paradossale possa apparire tale affermazione, un numero inferiore di momenti di vita collettiva, cooperazione e interscambio e un minore impegno dei singoli nella sfera pubblica richiedono a essi una maturazione maggiore di alcune virtù; e a breve si proverà a spiegare il perché. Si giunge poi a ipotizzare la necessità che il modello di riferimento del cittadino virtuoso (e come tale *stereotipato*) debba essere identificato non più tanto nel politico al centro dell'*agorà*, ma

¹⁵ H. ARENDT, *L'umanità in tempi bui*, Milano, 2023, 26.

nel giudice con il suo accesso “individuale” a giustizia e moralità pubblica¹⁶.

4. La moralità dei principi nella vita dei cittadini

In *Una teoria della giustizia*, John Rawls descrive il percorso dello sviluppo morale dell’individuo, vale a dire quel processo che conduce i membri della cittadinanza ad adottare una vasta gamma di sensibilità e condotte e a maturare fondamentali virtù civiche. Tale percorso è suddiviso dal filosofo in tre stadi: *moralità autoritaria*, *moralità associativa* e *moralità dei principi*¹⁷.

¹⁶ La capacità dei giudici di dare prova di sé “in solitudine” è portata in risalto – tra gli altri – da Failinger: «one of the most critical habits of character that good judges need is introspection. Judges [...] are often lone decision-makers [...]. They have to be good at sorting through the pros and cons of such issues all by themselves, without consulting with or seeking approval of others in their community». M. FAILINGER, *Virtuous Judges and Electoral Politics: A Contradiction?*, in *Albany Law Review*, 67, 2004, 772. Di contro, ai politici è di norma richiesto di mostrare tratti ben differenti: per esempio, un buon politico tiene sempre in considerazione i consigli e le preoccupazioni, le necessità e i desideri tanto di esperti quanto degli elettori. Cfr. EAD., *Can Good Judges Be Good Politician? Judicial Elections from a Virtue Ethics Approach*, in *Missouri Law Review*, 70, 2005, 500. La sottolineatura dell’elemento della solitudine non vuole ovviamente omettere l’importanza dei momenti collettivi nell’attività del giudice, per esempio nell’interazione con avvocati e testimoni: ci si limita qui a porre l’accento su un tratto, che non può né deve essere assolutizzato.

¹⁷ Il processo dello sviluppo morale viene inizialmente tratteggiato nell’articolo *The Sense of Justice* (1963) e approfondito in *A Theory of Justice*, dove Rawls fa esplicito ricorso alle teorie sullo sviluppo cognitivo (e morale) di alcuni psicologi, tra i quali William McDougall, Jean Piaget e Lawrence Kohlberg. Per un’analisi dei debiti di Rawls nei confronti degli ultimi due: cfr. S. BRENNAN, R. NOGGLE, *Rawls’s neglected childhood: reflections on the original position, stability, and the child’s sense of justice*, in V. DAVION, C. WOLF (a cura di), *The Idea of Political Liberalism. Essays on Rawls*, Lanham, 2000, 46-62; e D. BOYD, *The Kohlberg-Rawls Connection: The Moral Core of Liberalism Exemplified in Representatives of Two Disciplines*, in *Becoming of Two Minds about Liberalism*, Rotterdam, 2016, 33-54. Per una panoramica sul processo dello sviluppo morale rawlsiano, cfr. R. LUPPI, *John Rawls e le virtù*, Roma, 2022, 72-94. In linea generale, Rawls intende con questa formulazione il percorso attraverso il quale «gli esseri umani poss[on]o acquisire in una società bene-ordinata un senso di

Il primo stadio, la moralità autoritaria, non viene approfondito in questo saggio. Riassuntivamente, si può affermare che essa riguardi *l'incontro* del bambino con i genitori e la famiglia d'appartenenza, dove avviene la trasmissione dei rudimenti della moralità – si tratta infatti di una moralità per così dire *primitiva*. Il percorso dello sviluppo morale continua poi nella seconda fase, quella associativa, durante la quale il singolo entra in contatto con una pluralità di comunità e raggruppamenti e pone i presupposti per fiorirvi: dalla famiglia alla realtà nazionale, transitando per un'ampia varietà di contesti intermedi (a scuola, nel quartiere e in realtà associative di molteplice natura). Qui, egli fa propri standard morali e norme di condotta, connessi ai differenti ruoli che impersona: ognuno sarà esortato a comportarsi da “buon” figlio, “buon” alunno, “buon” amico, “buon” cittadino, ecc., e a sviluppare a tal proposito abilità, talenti e virtù.

È importante sottolineare come, nel radicamento di tali dettami, un ruolo fondamentale sia ricoperto dall'esempio dei consociati così come dalle loro reazioni di approvazione – o eventuale disapprovazione – di fronte alle condotte del singolo¹⁸. Nel corso del tempo e con il succedersi di ruoli e funzioni, gli ideali di comportamento e le capacità intellettuali di giudizio e inferenza richieste – oltre a quelle di comprensione morale – mutano e divengono più esigenti. Tra le altre, saranno svilup-

giustizia e gli altri sentimenti morali». Egli si occupa di «indicare le tappe principali attraverso cui una persona potrebbe acquisire comprensione e fedeltà ai principi di giustizia vivendo e diventando adulta in [una] società bene-ordinata». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano, 2010, 430-431 e 435.

¹⁸ Tra gli altri, Amaya esamina l'importanza dell'ammirazione nel processo di imitazione che conduce all'apprendimento delle virtù. L'ammirazione muove coloro i quali la sperimentano all'emulazione, permettendo lo sviluppo dei tratti caratteriali apprezzati nel modello. Tutto ciò non si riduce però a una mera duplicazione: quando il singolo imita un modello sviluppa tratti distintivi del carattere ammirato, *facendoli propri* e integrandoli gradualmente nella sua personalità. Cfr. A. AMAYA, *Admiration, Exemplarity and Judicial Virtue*, in A. AMAYA, M. DEL MAR (a cura di), *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford-New York-Dublin, 2021, 29-31; e EAD., *Exemplarism and Judicial Virtue*, in *Law & Literature*, 25, 3, 2013, 429. Per un esempio di «exemplarist virtue theory», cfr. L. ZAGZEBSKI, *Exemplarist Virtue Theory*, in *Metaphilosophy*, 41, 1, 2010, 41-57. In lingua italiana, Ferrara offre una riflessione sul tema dell'esemplarità e della forza dell'esempio, mettendolo in relazione con l'ambito pubblico e l'idea del «ragionevole»: A. FERRARA, *La forza dell'esempio*, Milano, 2008.

pate capacità morali e intellettuali che consentono di mettersi nei panni altrui – quella che Rawls descrive in inglese come la capacità di *fellow feeling* – e prendere in considerazione punti di vista differenti¹⁹.

In questo saggio, l'intenzione non è certo quella di *sminuire* la moralità associativa: essa è e resta imprescindibile per ogni cittadino. Ciononostante, il desiderio è quello di riflettere sul suo ruolo in società, le nostre, che hanno subito – come descritto – negli ultimi decenni importanti processi di individualizzazione. Alcuni pensatori hanno suggerito che lo stesso Rawls non abbia previsto per la maggioranza dei suoi cittadini (ideali) un percorso di sviluppo inevitabilmente concludentesi con l'adozione della moralità dei principi²⁰. In una società bene-ordinata, vale a dire quella tratteggiata dal filosofo americano, è essenziale che i più raggiungano uno stadio soddisfacente nel conseguimento della moralità associativa e garantiscano così un livello accettabile di virtù civiche, indispensabili affinché la convivenza mantenga tratti di giustizia ed equità²¹. A che conclusioni si deve invece pervenire nelle nostre società – tutt'altro che ideali – e in presenza dell'individualismo morale e delle dinamiche socio-politiche descritte in precedenza?

Di fondo, l'idea di Rawls è che i cittadini, osservando amici, consociati e colleghi onorare i propri doveri e le proprie responsabilità e dare sfoggio di abilità e virtù nei rispettivi raggruppamenti, sviluppino a propria volta abilità e capacità empatiche, la predisposizione a rispettare obblighi e doveri e un ben definito novero di virtù cooperative:

i membri più recenti dell'associazione accett[a]no il buon esempio morale di persone [...] che dimostrano di attenersi fedelmente all'ideale corrispondente alla propria posizione. Questi individui danno prova di capacità e abilità, di virtù, di carattere e temperamento, che attraggono la nostra fantasia e suscitano in noi il desiderio di essere come loro, capaci di fare le stesse cose. [...] Così, quando gli ideali morali propri dei vari ruoli esistenti in una associazione giusta sono rispettati e seguiti con chiaro proposito da persone che piacciono e sono degne di ammirazione, è più facile che tali ideali vengano adottati da coloro che sono te-

¹⁹ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 441-442.

²⁰ Cfr., per esempio, N. ROSENBLUM, *op. cit.*, 52-53.

²¹ Per una panoramica sulle virtù civiche nel pensiero di Rawls, cfr. R. LUPPI, *John Rawls e le virtù*, cit., 151-191.

stimoni della loro realizzazione. Queste concezioni vengono percepite come forme di volontà buona e l'attività nella quale si esplicano viene segnalata come esempio di perfezione umana che anche gli altri possono apprezzare²².

In questo *circolo virtuoso* descritto dal pensatore, non possono che manifestarsi sentimenti di amicizia, fiducia e stima tra i consociati, che rafforzano la loro propensione ad adottare un comportamento in sintonia con i dettami della moralità (associativa).

Come esaminato nelle sezioni 2 e 3, però, la contemporaneità è testimone di una riduzione delle occasioni di scambio e confronto in società – in particolar modo *nel quadro di realtà strutturate*. Con la crisi dei corpi intermedi, partiti, sindacati e associazioni di vario genere occupano un ruolo sempre più marginale nella vita dei cittadini. A scarseggiare sono momenti cruciali per lo sviluppo morale, durante i quali apprendere modelli comportamentali, valori e virtù. La stessa cosa si verifica a lavoro, in particolare in seguito al dilagare del *home office*. A risaltare nella vita politica, sociale, economica, occupazionale e – inevitabilmente – nel tempo libero è così l'individuo e il suo processo di individualizzazione, affrontato *in isolamento* o – anche se in presenza di altri – al di fuori di contesti organizzati.

Ovviamente, la moralità associativa può assumere una molteplicità di forme (e di livelli di complessità). Nel momento in cui il singolo assume particolari incarichi, per esempio all'interno delle istituzioni, i principi di giustizia occuperanno un ruolo centrale: egli li dovrà fare suoi e incarnare nelle condotte. Tali principi peraltro si applicano anche al ruolo di cittadino, ricoperto da ciascuno. Proprio a questo proposito, è importante fare una distinzione, prendendo in considerazione due *idealtipi*, emersi – sotto traccia – nei paragrafi precedenti: 1) il cittadino al centro dell'*agorà* nell'antica Grecia (giusto per richiamare l'esempio iniziale), e 2) il cittadino-individuo tipico della nostra contemporaneità.

Perché può essere utile accennare a questa ripartizione? Perché, nel caso del primo idealtipo, una cittadinanza virtuosa potrebbe (anche soltanto) rispecchiare i tratti fondamentali della moralità associativa. Occupando i momenti collettivi/pubblici un ruolo di assoluto primo piano,

²² J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 444-445.

l'interazione tra pari e il connesso controllo così come la funzione dell'esempio influenzeranno la condotta di cittadini che si sentono «amici e associati, riuniti in un sistema di cooperazione che hanno costituito a vantaggio di tutti e regolato da una comune concezione della giustizia»²³. In questo contesto,

i sentimenti morali dipendono essenzialmente dai legami di amicizia e di fiducia verso particolari individui o comunità, e la condotta morale è basata in gran parte sulla necessità di ottenere l'approvazione dei propri associati

e/o sulla volontà di non deluderli²⁴.

In qualità di cittadini e a conoscenza dei principi di giustizia, tutti saranno così spinti ad agire in accordo con questi ultimi in primo luogo in ragione dei *legami interpersonali*. È in quest'atmosfera che essi sviluppano le virtù cooperative, «quelle della giustizia e dell'equità, della fedeltà e della fiducia, dell'onestà e dell'imparzialità»²⁵. Qualora si venga meno a queste virtù e ai comportamenti che esse impongono, si apre la strada a un particolare senso di colpa, la «association guilt»²⁶, profondamente correlato alla relazione con il prossimo e alle aspettative che quest'ultimo nutre nei nostri confronti. La motivazione per adottare un comportamento rispettoso dei dettami di giustizia e – in quanto tale – virtuoso è così spiegata da Rawls: «quando l'individuo accetta i principi di giustizia, il motivo che lo spinge a osservarli [è] determinato principalmente dai vincoli di amicizia e di solidarietà che lo legano agli altri, e dalla sua preoccupazione di ottenere l'approvazione del resto della società»²⁷. *Le relazioni divengono così il centro della vita morale dei singoli.*

La situazione muta invece nel caso dell'altro idealtipo, quello del “cittadino-individuo”, ed è proprio qui che può (o dovrebbe) acquisire un peso particolare l'ultimo stadio dello sviluppo morale, quello della *moralità dei principi*. Nell'esperienza del “cittadino-individuo”, ognun-

²³ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 445.

²⁴ *Ivi*, 447.

²⁵ *Ivi*, 445.

²⁶ J. RAWLS, *The Sense of Justice*, in *The Philosophical Review*, 72, 3, 1963, 289.

²⁷ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 446.

no continua a rivestire una pluralità di posizioni e incarichi e a far parte di una molteplicità di gruppi; tuttavia, si modificano i *rapporti di forza* tra momenti collettivi e individuali nel suo approcciarsi alla vita di tutti i giorni e alla sfera pubblica e, in particolare, nella sua valutazione delle stesse. Ben più che la relazione con gli altri, a prendere il sopravvento è il rapporto dell'individuo con se stesso: è il singolo a divenire il vero giudice del suo comportamento. Proprio per questo, si potrebbe affermare che gli sia richiesto un accesso alla moralità e alla pratica delle virtù, che non ne metta a repentaglio i fondamentali in assenza di consociati o di un rapporto stretto con essi.

Alla luce di questo quadro, si può avanzare l'ipotesi che egli abbia un bisogno maggiore di portare a "completa" maturazione la sua *personalità morale*, raggiungendo appunto lo stadio della moralità dei principi, nella cornice della quale la fedeltà alla giustizia e la pratica delle virtù smettono di dipendere dai legami interpersonali per fondarsi sulla concezione di giustizia in quanto tale:

gli atteggiamenti morali non sono più collegati unicamente al benessere e all'approvazione di particolari individui o gruppi, ma sono determinati da una concezione del giusto scelta indipendentemente da questi fattori contingenti. I nostri sentimenti morali dimostrano di essere indipendenti dalle circostanze accidentali del nostro mondo²⁸.

²⁸ *Ivi*, 448. Per motivi di spazio, nel testo non si affronta un tema che meriterebbe ampia discussione. La moralità dei principi e l'elemento individualistico e astratto che la caratterizza sono stati criticati da approcci come quelli dell'etica della cura, del femminismo della differenza o delle teorie della vulnerabilità. Questi hanno – tra le altre cose – portato in risalto il valore morale del lavoro di cura, che – come emerge dall'esperienza di vita di ciascuno – travalica gli aspetti più funzionali, legati al soddisfacimento dei bisogni inaggrirabili dell'essere umano, e assume un ruolo fondamentale nello sviluppo morale dei cittadini e di conseguenza nella salvaguardia della società in cui vivono. Si tratta di aspetti che rimangono nascosti in tanta teoria liberale, impegnata ad analizzare l'individuo quale soggetto indipendente e autonomo. Il focus sulle dinamiche *individualistiche* della contemporaneità e l'utilizzo della moralità dei principi come risposta (parziale) a esse fa in modo che, anche in questo articolo, l'approccio legato alla cura non riceva l'attenzione dovuta. Ciononostante, è fin troppo evidente che chiunque si focalizzi sulla fase dello sviluppo morale in cui il singolo riesce a dare dimostrazione di moralità e virtù *anche* in "solitudine" sottintende un *fondamentale, con-*

Nella prospettiva rawlsiana, la moralità dei principi si fonda sul riconoscimento del benessere generato nei singoli dalle istituzioni giuste, che fa sorgere in loro il corrispondente senso di giustizia, il quale si mostra in (almeno) due forme: *in primo luogo*, conduce ad accettare le istituzioni esistenti, all'interno delle quali ognuno è disposto a fare ciò che può per mantenerle in funzione; *in secondo luogo*, spinge l'individuo a impegnarsi nella creazione di istituzioni giuste e, laddove occorra, nella riforma di quelle già in essere²⁹. Questo stadio include le virtù della moralità associativa, con la differenza che esse sono ora organizzate all'interno di uno «schema più vasto», diretto da principi generali, di giustizia appunto³⁰. Le motivazioni dell'agire morale (virtuoso) si slegano quindi dalla relazione con gli altri per trovare prevalente radicamento nel singolo.

Da qui la domanda: gli sviluppi politici, economici e sociali degli ultimi decenni non “impongono” forse all'individuo di incamminarsi verso la moralità dei principi, piuttosto che “accontentarsi” della moralità associativa, al fine di dare adeguata dimostrazione delle virtù civiche?

tinuativo e fruttuoso percorso di crescita e di cura per come messo in risalto dagli approcci menzionati. Cfr., a questo proposito, tra gli altri, V. HELD, *The Ethics of Care: Personal, Political, Global*, Oxford, 2007; C. GILLIGAN, *Con voce di donna. Etica e formazione della personalità*, Milano, 1991; J. TRONTO, *I confini morali. Un argomento politico per l'etica della cura*, Parma, 2006; e *Caring Democracy*, New York, 2013. Ringrazio Lucia Re per avermi aiutato a mettere a fuoco questi aspetti. Altrettanto importante è sottolineare che l'auspicato approdo del singolo alla moralità dei principi non annulla le fasi precedenti dello sviluppo morale, che di volta in volta possono ritornare ad avere il sopravvento. All'interno di gruppi specifici, in cui sono avvenute fasi importanti del suo percorso di crescita, per esempio, il singolo tenderà a dare dimostrazione di una moralità associativa, piuttosto che di quella dei principi.

²⁹ I tratti specifici del senso di giustizia fanno risaltare quanto osservato da Viola, vale a dire che tale virtù «ha caratteristiche diverse dalle altre virtù in quanto chiede alla dimensione soggettiva dell'agente di aprirsi all'intersoggettività della vita sociale». F. VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, 2011, 74. Per una riflessione (sempre attuale) sul *senso di ingiustizia*, cfr. J. SHKLAR, *The Faces of Injustice*, New Haven-London, 1990.

³⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 451.

5. *Virtù giudiziali e il giudice come modello*

Dato il quadro tratteggiato finora e la centralità attribuita alla moralità dei principi, è corretto domandarsi quali virtù sarebbe opportuno valorizzare nella sfera pubblica odierna. La convinzione alla base di questo saggio è che la scelta debba ricadere su virtù a cui l'etica delle virtù tradizionale ha riservato un ruolo (più) marginale. Nello specifico, si può avanzare l'ipotesi che il cittadino dovrebbe appellarsi ad alcune di quelle virtù che Rawls auspica nel «buon giudice», vale a dire – tra le altre – la capacità di essere «imparziale, abile nel valutare equamente le prove, libero da prevenzioni e indifferente alle considerazioni personali»³¹ e, soprattutto, la virtù della giustizia (o, meglio ancora, il *senso di giustizia*) – definita da Hart *la più giuridica delle virtù*³². Si tratta delle «judicial virtues», vale a dire quei tratti necessari per eccellere in qualità di giudice e il cui catalogo comprende virtù morali e intellettuali³³.

Del resto, il giudice è – a livello ideale – il modello per eccellenza della moralità dei principi.

Qual è la ragione per cui le virtù giudiziali dovrebbero accrescere la loro centralità e in che modo si indirizzano ai tratti socio-culturali della contemporaneità? Provo a spiegarlo, riferendomi ad alcune di esse.

Si può partire dalle virtù di *imparzialità* e *indipendenza*. Nel contesto giudiziale, l'imparzialità consiste nell'avere una disposizione equanime nei confronti delle parti coinvolte in una disputa e nell'apertura completa verso leggi e prove addotte³⁴. Per via di alcune delle trasformazioni recenti delle nostre società – erosione dei momenti di scambio a livello collettivo, crescente disaffezione verso realtà come partiti e sindacati e ridotta consultazione di strumenti di democrazia come i quo-

³¹ *Ibidem*.

³² H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1997, 7.

³³ Cfr. A. AMAYA, *Exemplarism and Judicial Virtue*, cit., 431. Seppure non esista una lista “ufficiale” delle virtù giudiziali, nelle analisi le virtù qui evidenziate tendono a ripetersi. È importante sottolineare che, al giudice, certe virtù sono “imposte” dal ruolo – quindi, in qualche modo, dall’istituzione che rappresenta –, ben diversa è la situazione del “semplice” cittadino. Pur tenendo presente questa differenza, l'esempio del giudice è volto a indicare un modello a cui *idealmente* il cittadino dovrebbe rifarsi. Ringrazio per questa sottolineatura Baldassare Pastore.

³⁴ L. SOLUM, *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*, cit., 515-516.

tidiani – si può affermare che i cittadini abbiano a disposizione sempre meno occasioni per entrare in contatto con altre persone in contesti adibiti alla discussione su questioni pubbliche. Diventa più difficile interfacciarsi con la molteplicità di opinioni presenti nel ventaglio democratico e le prese di posizione su problemi e dibattiti pubblici, che in passato trovavano una maturazione “collettiva”, oggi sono sempre più demandate al singolo: egli deve districarsi *individualmente* tra differenti opzioni, maturare un parere ed emettere una “sentenza”. A mancare sono invece quei momenti in cui discutere con i propri pari le differenti questioni, così come è sempre più complesso identificare “persone di riferimento” sul cui parere fare affidamento. Alla luce di questi sviluppi (1), al fine di svolgere al meglio la sua funzione (2) e ritrovandosi a essere spesso l’unico giudice del suo comportamento (3), il cittadino deve dare spiccata dimostrazione di *imparzialità*, impedendo che pregiudizi o convinzioni settarie abbiano la meglio nelle sue decisioni³⁵.

Parallelamente, il singolo è pressoché obbligato a fare ricorso a una forma di *indipendenza* molto acuita rispetto a epoche passate, in cui poteva appoggiarsi su quello che è stato definito il suo *hinterland* sociale ed emotivo. Così come il giudice deve avere una marcata capacità d’analisi individuale e giungere alla sentenza senza fare affidamento sul consiglio della sua comunità o di altri referenti, anche il cittadino è sempre più indotto dagli sviluppi sociali, politici ed economici a dare prova di capacità similari. A tal proposito, è importante sottolineare che la virtù dell’indipendenza richiede – da un lato – la *fiducia* in se stessi necessaria per giungere a una decisione solitaria, dall’altro il *coraggio* di sopportarne le conseguenze, soprattutto nel caso in cui essa risulti impopolare³⁶.

³⁵ Hock Lai analizza altre tre virtù intellettuali richieste ai giudici al fine di contrastare i pregiudizi, vale a dire *apertura mentale*, *integrità* e *umiltà intellettuale*: cfr. H. HOCK LAI, *Virtuous Deliberation on the Criminal Verdict*, in A. AMAYA, H. HOCK LAI (a cura di), *Law, Virtue and Justice*, Oxford, 2013, 253-258. La «judicial humility» è fatta oggetto di analisi anche da A. AMAYA, *The Virtue of Judicial Humility*, in A. AMAYA, C. MICHELON (a cura di), *The Faces of Virtue in Law*, London-New York, 2020, 97-107; e S. SHERRY, *Judges of Character*, in *Wake Forest Law Review*, 38, 2003, 793-812.

³⁶ Cfr. M. FAILINGER, *Can Good Judges Be Good Politicians? Judicial Elections from a Virtue Ethics Approach*, cit., 498; e L. SOLUM, *A Tournament of Virtue*, in *Florida State University Law Review*, 32, 2005, 1371.

Idealmente, a imparzialità e indipendenza dovranno poi abbinarsi *coerenza e uniformità delle decisioni*: casi simili è auspicabile che ricevano trattamenti simili³⁷. Si tratta quindi di far primeggiare una tensione verso la *giustizia formale*. Laddove abbondino i momenti d'incontro e scambio, ciò potrebbe essere garantito – *in maniera quasi automatica* – dalla quotidiana interazione sociale; la situazione muta invece profondamente laddove questi momenti collettivi si riducano e la relazione tra cittadini e istituzioni acquisisca caratteri di sempre maggiore individualità.

Un distinguo è tuttavia necessario: come ricorda Rawls, l'equa esecuzione può essere *ingiusta*. Trattare similmente casi simili non equivale a garantire una giustizia sostantiva. Per questa ragione, «l'effettività della giustizia formale, dell'obbedienza al sistema, dipende in modo evidente dalla giustizia sostanziale»³⁸. È così imprescindibile che i cittadini abbinino agli aspetti più formali la virtù per eccellenza del sistema rawlsiano, che dovrebbe trovare massima manifestazione nei giudici, vale a dire il *senso di giustizia*. Esso può essere definito come la capacità di comprendere e applicare la concezione di giustizia³⁹. Rawls la intende come una qualità presente – in potenza – in (pressoché) ogni essere umano: «una persona cui manca il senso di giustizia [...] è priva anche di certi atteggiamenti e capacità fondamentali compresi nella nozione di umanità», osserva il filosofo⁴⁰. Essa è, per certi versi, una virtù “contenitore” – se si concede quest'espressione – delle altre virtù giudiziali, descritte da Rawls come «excellences of the moral power of a sense of justice»⁴¹. È a partire dal senso di giustizia e sulla base di esso che le altre virtù giudiziali sono in grado di fiorire.

³⁷ In merito alla fedeltà dei cittadini alla legge, cfr. G. POSTEMA, *Fidelity in Law's Commonwealth*, in L. AUSTIN, D. KLIMCHUK (a cura di), *Private Law and the Rule of Law*, Oxford, 2014, 17-40; e *Law's Rule. The Nature, Value, and Viability of the Rule of Law*, Oxford, 2022, 20.

³⁸ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 75.

³⁹ Cfr. E. CLINE, *op. cit.*, 87. Per una differente lettura della *virtue of justice*, interpretata come la disposizione a interiorizzare *norme sociali* accettate e condivise nella collettività, cfr. L. SOLUM, *The Aretaic Turn in Constitutional Theory*, cit., 516-518; e *A Tournament of Virtue*, in *Florida State University Law Review*, cit., 1380-1383.

⁴⁰ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 460.

⁴¹ J. RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, Cambridge, 2001, 170.

A tal riguardo, è importante ricollegarsi a quanto detto sulla moralità dei principi. Gli esseri umani non nascono con un senso di giustizia “evoluto”; esso si sviluppa gradualmente nel corso della crescita. Proprio per questo, sono di fondamentale importanza i contesti in cui tale percorso avviene e, più in generale, i tratti della società che gli fanno da sfondo. Ovviamente, anche in condizioni ideali o pressoché ideali, ognuno porterà tale virtù a differenti livelli di maturazione: per alcuni, il senso di giustizia verrà rivolto *in primis* verso persone specifiche; altri invece lo avvaloreranno in riferimento all’ideale della giustizia e indipendentemente dalle relazioni. Si tratta di due stadi differenti dello sviluppo morale: moralità associativa e moralità dei principi, appunto. Una società atomizzata e individualistica, che sperimenta la crisi di corpi intermedi e realtà associative, non può prescindere da una larga diffusione di questo secondo livello di maturazione della virtù del senso di giustizia – di norma auspicata in chi ricopre cariche come quelle giudiziarie.

Rawls suggerisce che questa forma di implementazione (per così dire, “più individualistica”) del senso di giustizia è aiutata dalle facoltà di *ragione, inferenza e giudizio*.

La *facoltà di giudicare* trova la sua massima vetrina nel giudice, ma non si limita a ciò. Del resto, gli individui giudicano continuamente la realtà naturale, politica e sociale che li circonda. Esistono plurime dimensioni quotidiane e ordinarie del giudizio, com’è evidente in quello morale, politico o estetico. In ognuno di essi, la facoltà del giudicare mostra tutta la sua conflittualità – ancor più in ragione del fatto che la conoscenza dei fatti rimane limitata, incompiuta e imperfetta. «Fare i conti con questo limite e, allo stesso tempo, con la necessità di giudicare, compiendo il salto dal conoscere al volere, equivale [...] a fare i conti con il dramma del giudizio», osserva Lo Giudice⁴². *Dramma* accresciuto dalla pretesa di giustizia, che ogni giudizio – in particolare, quello giuridico – porta con sé.

Altrettanto importanti sono *ragione e inferenza*, le quali fanno risaltare il ruolo di *immaginazione e discernimento*. Rawls scrive che le virtù giudiziali «involve intellect and imagination, the capacity to be im-

⁴² A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano, 2023, 89.

partial and to take a wider and more inclusive view, as well as a certain sensitivity to the concerns and circumstances of others»⁴³. Durante i processi, del resto, la molteplicità dei dettagli non è immediatamente evidente al giudice, che anzi deve utilizzare la propria immaginazione e capacità di inferenza per riconfigurare gli elementi del caso, per individuare schemi d'azione o immaginare differenti strutture motivazionali. La necessità di giudicare esige quindi la capacità di guardare la realtà da una pluralità di punti di vista: nell'ambito del giudizio, il giudice non potrà non tenere in considerazione le individualità in gioco, ma anche il contesto ordinamentale, morale e sociale; i valori dominanti, le tradizioni della società, la sua storia e metodologia giuridica; l'opinione pubblica. Non si tratta di adottare *acriticamente* i punti di vista altrui, ma di utilizzare la facoltà dell'immaginazione e una capacità di percezione (definita «inclusiva» da Amaya)⁴⁴, che combini componenti intellettuali e aspetti emozionali e immaginativi, allontanando invece lo stereotipo del giudice *distaccato* e *asettico*⁴⁵.

Possono fare a meno di queste capacità i cittadini delle odierne società?

In particolare, si fa riferimento qui a un'*immaginazione* – per così dire – *morale*, vale a dire sensibile a giustizia e questioni pubbliche. In quanto morale, l'immaginazione – quando espressa comunicativamente – dovrà rispettare standard di rilevanza pubblica, non contraddittorietà e uniformità/coerenza: le considerazioni alla base del giudizio è opportuno – *nel caso dei cittadini* –, imprescindibile – *nel caso dei giudici* – che siano pubbliche, epistemicamente accessibili, razionalmente accettabili e portino in risalto le ragioni della propria rilevanza.

⁴³ J. RAWLS, *Justice as Fairness. A Restatement*, cit., 170.

⁴⁴ A. AMAYA, *Virtù e ragionamento giuridico*, in *Ars Interpretandi*, XI (1), 2022, 19.

⁴⁵ Cfr. a questo proposito, A. KIND, *Empathy, Imagination and the Law*, in A. AMAYA, M. DEL MAR (a cura di), *Virtue, Emotion and Imagination in Law and Legal Reasoning*, Oxford-New York-Dublin, 2021, 194-196; A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, cit., 182-186; S. BANDES, *Moral Imagination in Judging*, in *Washburn Law Journal*, 51, 1, 2011, 1-24; e M. MANGINI, *Ethics of virtues and the education of the reasonable judge*, in *International Journal of Ethics Education*, 2, 2017, 184.

Entriamo qui nell'ambito della ragione pubblica (e del dovere di civiltà)⁴⁶. A questo proposito, è lo stesso Rawls a istituire un parallelo tra giudici e cittadini:

[I]a ragione pubblica considera la funzione dei cittadini, con il loro dovere di essere civili, analoga a quella del giudice, con il dovere di deliberare ai processi. Proprio come i giudici devono prendere decisioni basandosi sui precedenti giudiziari universalmente riconosciuti, così i cittadini devono argomentare in base alla ragione pubblica ed essere guidati dal criterio di reciprocità, ogni volta che sono in gioco i fatti costitutivi della giustizia di base. Quindi, quando sembra esserci un punto morto, cioè quando le argomentazioni giuridiche sembrano equamente controbilanciate da entrambe le parti, i giudici non possono semplicemente risolvere il caso appellandosi alle proprie opinioni politiche. Farlo significherebbe contravvenire al proprio dovere. Lo stesso vale per la ragione pubblica: se, quando si giunge ad un punto morto, i cittadini invocano le ragioni fondanti delle loro tesi inclusive, è violato il principio di reciprocità⁴⁷.

Infine, un ultimo cenno va alla virtù dell'*integrità*, cruciale affinché l'individuo – ancor più se al di fuori dei contesti collettivi – preservi e avvalori l'agire virtuoso. Per Rawls non è una *virtù a sé stante*, bensì una sorta di recipiente di altre virtù, particolarmente importante in momenti di crisi. «[I]n tempi di dubbi sociali e di perdita di fiducia nei valori stabiliti da tempo, esiste una tendenza a ripiegare sulle virtù dell'integrità, sincerità, lucidità e impegno, o, come dice qualcuno, auten-

⁴⁶ Rawls fa numerosi riferimenti alla civiltà in qualità di virtù politica e obbligo morale dei cittadini. Essa consiste nella disposizione attiva dei membri della collettività ad ascoltare gli altri e ad analizzare le questioni politiche e sociali dal loro punto di vista, unita alla volontà di andare alla ricerca di un consenso morale attraverso l'impiego di strumenti ragionevoli. Così si esprime: «l'ideale di cittadinanza impone [ai cittadini] il dovere, morale e non legale (dovere di comportamento civile), di essere pronti a spiegare l'uno all'altro, riguardo a tali questioni fondamentali, come i principi e le scelte politiche da essi difesi e votati possano trovare un sostegno nei valori politici della ragione pubblica». E continua: «[t]ale dovere comporta anche la disponibilità ad ascoltare gli altri e un atteggiamento di apertura mentale quando si tratta di decidere se è ragionevole far loro qualche concessione». J. RAWLS, *Liberalismo politico*, Torino, 2012, 197. Per un'analisi in materia, cfr. R. LUPPI, *Ragione pubblica e religioni in tempi di ingiustizia. Ricostruzione di un dibattito sempre attuale*, Torino, 2023, 66-80.

⁴⁷ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit., xxv.

ticità»⁴⁸. L'integrità riguarda quindi una *forma di autenticità*, o meglio di *fedeltà a se stessi*, alle proprie convinzioni e ai propri valori. Di fronte all'incertezza e al dubbio, soprattutto di natura morale, il cittadino non può che rifarsi ai suoi fondamentali. Questi ultimi però possono essere di qualsivoglia natura – per assurdo, possono anche rivelarsi non-etici e amorali⁴⁹. Di conseguenza, l'integrità assume un carattere prezioso (e virtuoso) in particolar modo in quelle società in grado di accompagnare i propri cittadini in un adeguato processo di sviluppo morale, le società che John Rawls definisce «bene-ordinate». Quando ciò avviene, la combinazione tra la virtù dell'integrità e l'aderenza delle convinzioni personali ai dettami della moralità consente di guardare con fiducia all'agire pubblico dei singoli, anche in tempi di individualismo e crisi dei corpi intermedi.

6. Conclusione

«A che modello di virtù ispirarsi nella contemporaneità?»: questa domanda – il titolo del presente saggio – ovviamente *non* ha una risposta univoca e valida per tutti. A seconda della visione del mondo individuale e dell'idea del bene soggettiva, ognuno orienterà la propria vita a un ben distinto set di abilità, qualità e virtù. Quando si parla di virtù civiche, però, è importante che esistano delle comunanze e degli elementi di sovrapposizione nelle condotte dei membri della cittadinanza tutta. Esse, infatti, dovrebbero indirizzare il comportamento del singolo nel momento in cui è attivo nella sfera pubblica. Quindi, quale può essere il modello di virtù civiche per i cittadini delle nostre società?

Di fronte alla crisi di partiti e sindacati così come di una pluralità di forme di associazionismo e in un mondo occupazionale che tende a iso-

⁴⁸ J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 487-488. Sulla virtù dell'integrità si soffermano, per esempio, A. AMAYA, *The Tapestry of Reason*, Oxford and Portland, 2015, 51-53, e I. TRUJILLO, *Etica delle professioni legali*, Bologna, 2013, 82-90.

⁴⁹ Rawls aggiunge: «le virtù dell'integrità sono virtù, e appartengono alle forme di eccellenza delle persone libere. Però, anche se necessarie, non sono sufficienti; la loro definizione, infatti, permette quasi qualsiasi contenuto: un tiranno potrebbe mostrare questi attributi in grado molto alto». J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, cit., 488.

lare i lavoratori (ben più che a riunirli), occorre pensare a un diverso accesso alle virtù civiche o (più umilmente) a una differente attribuzione di accenti all'interno della teoria al riguardo, rispetto a quanto consegnato dalla tradizione. Il saggio ha fornito alcune motivazioni per cui individuare il modello di tali virtù non più o non solo in Pericle al centro dell'*agorà*, bensì in un giudice *ideale* che – in maniera maggiormente “solitaria” – cerca di far prevalere giustizia e moralità pubblica. In presenza di un accentuato individualismo morale, dominante nel mondo liberale, e in una società di *monadi isolate*, à la Habermas, occorre infatti trovare esempi di cittadini “ideali” in grado di far prevalere le virtù – e, in special modo, il senso di giustizia – anche in assenza di forti relazioni interpersonali o al di fuori di contesti collettivi strutturati. In questa cornice, sono stati sottolineati l'importanza e il peso del processo dello sviluppo morale del singolo e l'originale ruolo che può (o dovrebbe) assumere la rawlsiana moralità dei principi, vale a dire quello stadio in cui il cittadino mostra una forte inclinazione a ricercare la giustizia e l'affermazione delle virtù morali anche al di fuori delle sue relazioni in quanto ne ha scoperto e assaporato l'importanza e la bellezza.

SEZIONE III

AUTONOMIA/ETERONOMIA DELLA NORMA GIURIDICA

AUTONOMIA/ETERONOMIA DELLA NORMA GIURIDICA

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Carlo Nitsch, Chiara Valentini

Il tema del workshop, *Autonomia/eteronomia della norma giuridica*, scelto dagli organizzatori del convegno, si presenta evidentemente molto ampio e suscettibile di una pluralità di interpretazioni. Gli studiosi che vi hanno preso parte, selezionati dai coordinatori sulla base delle proposte da loro inviate, hanno offerto, di tale tema, una ricca e variegata serie di letture.

Fiammetta Cioè e Giuseppe Russo hanno prestato la loro attenzione alla riflessione di Benedetto Croce e Giovanni Gentile sul diritto e la sua filosofia, nell'ambito della quale il problema della natura della legge giuridica e quello del suo rapporto con l'azione individuale occupano un posto centrale. Così per Croce (la cui *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia* risale al 1907), come per Gentile (i cui *Fondamenti della filosofia del diritto* apparvero nel 1916), infatti, la *norma agendi* non sarebbe che un momento astratto, la cui realtà avrebbe valore soltanto nello spirito che la riconosce, l'accoglie e le dà effettiva attuazione. Ciò significa, dunque, che per entrambi i filosofi – al netto delle differenze, pur rilevanti, che intercorrono tra le loro prospettive –, nel momento in cui il soggetto si adegua alla volizione eteronoma della legge, vi si adegua facendo propria la volontà in essa espressa, che appare pertanto autonoma, nell'atto stesso in cui si realizza nella concreta vita dello spirito.

I *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale* (1911) di Hans Kelsen sono al centro dell'indagine condotta da Giuseppe Moro. Soffermandosi, in particolare, sui luoghi in cui il giurista austriaco affronta il tema del rapporto tra autonomia ed eteronomia della norma, Moro osserva come Kelsen pervenga alla elaborazione di un'originale pro-

spettiva filosofico-giuridica, volta a mostrare la natura eteronoma della legislazione giuridica, intesa quale espressione della forma pura del dover essere.

Filippo Matriciano si è occupato, invece, del pensiero di Santi Romano, considerando anzitutto i *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), quindi la seconda edizione de *L'ordinamento giuridico* (1946) e la quarta del *Corso di diritto internazionale* (1939). Nel suo contributo vengono in primo piano il problema della relazione tra gli ordinamenti, e quello dell'interazione dialettica tra autonomia e sovranità: il diverso atteggiarsi della sovranità, rispetto ai limiti che essa incontra – così entro la sfera, propria, del diritto pubblico interno, come in quella, altra, del diritto internazionale –, pone infatti in questione il complesso rapporto tra l'autonomia e l'eteronomia degli ordinamenti giuridici.

La questione dell'autonomia/eteronomia della norma giuridica è posta in relazione a quella dell'obbedienza al diritto ingiusto da Grazia Donato, che ha messo a confronto le posizioni di Herbert Hart e Gustav Radbruch. Presa in esame l'idea di "accettazione", teorizzata da Hart ne *Il concetto di diritto* (1961), l'autrice ne analizza le ricadute teoriche sul terreno dell'obbedienza, evidenziando come l'assenza di un nesso tra diritto e morale, nella concezione da lui difesa in *Il positivismo giuridico e la separazione tra diritto e morale* (1958), risulti problematica nei casi in cui vi siano ragioni morali che richiedano di disobbedire al diritto. Diversamente, nelle note pagine da Radbruch dedicate a *Ingiustizia legale e diritto sovralegale* (1946), la norma perde la sua validità se oltrepassa una soglia estrema di ingiustizia, rendendo la disobbedienza al diritto ingiusto, non solo possibile, ma doverosa.

Il contributo di Adriano Zambon analizza l'autonomia e l'eteronomia delle norme contrattuali, concentrandosi in particolare su quelle che definiscono il contenuto dei contratti di consumo. Il saggio distingue due diverse nozioni di autonomia. Da un lato, l'idea presentata da Kelsen, nella seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* (1960), secondo cui le clausole contrattuali non sarebbero autonome, ma collegate con altre norme giuridiche, generali, che stabiliscono sanzioni. Dall'altro, la nozione secondo cui una norma sarebbe autonoma se prodotta dal soggetto che ne è destinatario. L'autore evidenzia come questa idea di autonomia sia solo in apparenza applicabile alle norme contrattuali, quali nor-

me prodotte dalle parti che, al contempo, ne sono destinatarie. Due le ragioni addotte in tal senso: da un lato, l'impossibilità per il consumatore di incidere effettivamente sul contenuto contrattuale; dall'altro, l'influenza di una certa forma di pubblicità, in grado di orientare la volontà del consumatore fino al punto da comprometterne la libertà di stipulare o meno il contratto. Ne deriva una visione in cui l'autonomia risulta gravemente compromessa sia rispetto alla determinazione del contenuto sia rispetto alla scelta di contrarre.

Leonardo Ravaioli ha affrontato il tema in questione, a partire da una lettura critica della teoria istituzionale del diritto elaborata da Neil MacCormick e Ota Weinberger, in *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (1986). Tale teoria, a suo giudizio, avrebbe finito per "naturalizzare" i concetti giuridici, presentandoli come prodotti della società più che della volontà politica. In questa prospettiva, il diritto è compreso come istituzione fondata su consuetudini e funzioni sociali, e la norma giuridica come legata a uno sfondo morale che ne orienta l'interpretazione. Sia MacCormick che Weinberger avrebbero così enfatizzato la dipendenza del diritto da valori e prassi sociali condivise, assegnando alla scienza giuridica il compito di registrare, e in parte legittimare, l'evoluzione spontanea della società. Il risultato sarebbe una concezione in cui l'autonomia della norma tende a dissolversi in quella della società, quale fonte "naturale" di validità e giustizia.

Il contributo di Ludovico Ercole, infine, si confronta con il tema dell'autonomia e dell'eteronomia alla luce del paradigma emergente della tecno-regolazione, proponendo una riflessione critica sulle modalità con cui gli artefatti tecnologici (quelli, in particolare, che implementano forme di normatività automatica o *self-enforcing*) comprometterebbero l'autonomia del diritto. L'autore evidenzia come le tecno-norme, a differenza delle norme giuridiche tradizionali, si impongano in modo eteronomo sul comportamento umano, ponendo il destinatario della norma in una condizione del tutto passiva. Mentre le norme tradizionali, infatti, prescrivono cosa un soggetto debba o non debba fare, chiedendo la sua attiva partecipazione, i meccanismi di tecno-regolazione stabiliscono direttamente i comportamenti dovuti e quelli vietati, escludendo ogni forma di collaborazione da parte del destinatario.

AUTONOMIA ED ETERONOMIA DELLA NORMA GIURIDICA NELLA RIFLESSIONE DI BENEDETTO CROCE SUL DIRITTO

Fiammetta Cioè

1. Cenni introduttivi

Agli inizi del Novecento, in un contesto culturale, filosofico e giuridico vivacemente animato dalle sollecitazioni ermeneutiche provenienti dal giuspositivismo e dal giusnaturalismo, Benedetto Croce compie la sua riflessione intorno al diritto e alla filosofia del diritto. Una riflessione potente, caratterizzata da un procedere originale che travolge il dibattito dell'epoca.

Croce è fortemente critico nei confronti di tutte quelle correnti di pensiero che, a vario titolo, pur cercando di chiarire la natura del diritto¹ hanno elaborato tesi vuote e generiche che si risolvono «in una semplice storia universale del diritto, o fenomenologia giuridica che si dica»².

¹ Già nella recensione al volume di G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, in *La Critica*, III (1905), 515-516, Croce sostiene che il compito peculiare della filosofia del diritto deve risolversi nella ricerca di un concetto rigoroso volto a designare la vera natura del diritto. «È certamente segno d'ingegno solido il tentativo fatto dal Del Vecchio, di difendere la teoria del diritto naturale con l'addurre le esigenze stesse della logica; ma, per ciò appunto, provata falsa la base logica da lui stabilita, tutta la difesa cade. Il diritto naturale, in ciò che ha di veramente *universale* sotto l'aspetto conoscitivo, si fonde senza residuo nella dottrina del diritto, ossia nella determinazione del concetto (della *forma*) del diritto. Ciò che non è riducibile a questo, sarà esigenza pratica concreta, diritto latente o potenziale, come direbbe il Levi; ma non è più considerazione universale, oggetto di scienza e di scienza filosofica».

² B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, edizione a cura di C. Nitsch, Milano, 2016, 7. Memoria letta all'Accademia Pontaniana nelle giornate del 21 aprile e del 5 maggio 1907, in *Atti dell'Accademia Pontaniana*, XXXVII, n. 8, 3-53. Memoria ristampata dall'editore Ricciardi con un'introduzione di A. ATTISANI

«Prescindendo da queste discussioni»³, Croce si accosta in maniera preliminare alla questione giuridica nelle pagine dell'*Estetica*, edita nel 1902, laddove inizia a delineare la struttura categoriale del suo sistema, escludendo «l'esistenza, accanto alle forme estetica, logica, economica ed etica, di una quinta forma dell'attività umana»⁴.

Ergo, Croce non conferisce all'attività giuridica una natura autonoma, ma la considera un'attività riconducibile nell'ambito della sfera pratica. Una consapevolezza che il filosofo di Pescasseroli acquisisce già qualche anno prima, quando racconta di essere stato «un poco fervido studente di giurisprudenza nell'università di Roma, e pur costretto a seguire i corsi di diritto romano e diritto civile»⁵ non manifestava reale interesse

se non per la filosofia e la storia del diritto; e, costretto quasi ogni sera, in casa di Silvio Spaventa, ad ascoltare, non già conversazioni letterarie, ma dibattiti e sottili disquisizioni su pareri del Consiglio di Stato e sentenze di Cassazione su nuove teorie del diritto pubblico e privato [...]⁶.

nel 1923. Per la stesura di queste pagine, il riferimento è all'edizione curata da C. NITSCH, edita da Giuffrè nel 1916.

³ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 9.

⁴ B. CROCE, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale*, Bari, 1922, 69: «Una quinta forma di attività dello spirito non esiste. Sarebbe agevole andare mostrando come tutte le altre forme o non abbiano carattere d'attività, o siano varianti verbali dell'attività già esaminate, o siano fatti complessi e derivati, nei quali le varie attività si mescolano e si riempiono di contenuti particolari e contingenti. Per esempio, il fatto giuridico, considerato in quel che si suol chiamare diritto oggettivo, deriva dall'attività economica e dalla logica insieme: il diritto è una regola, una formola (orale o scritta, qui importa poco), in cui è consegnato un rapporto economico voluto da un individuo o da una collettività. Questo lato economico si unisce e si distingue insieme dall'attività morale». A tal proposito, C. NITSCH, nel suo *Il fantasma della «prima forma»*. Saggio sulla Riduzione crociana, in B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., XIII, precisa che: «nelle pagine dell'*Estetica*, ove il progetto della Filosofia dello spirito è illustrato nei suoi tratti fondamentali, con l'articolazione dei gradi dello spirito, nella loro specifica disposizione e nella regressiva implicazione, per ciascuno dei quattro momenti, del precedente nel successivo, l'ambito giuridico evidenzia una peculiare rilevanza».

⁵ B. CROCE, *Intorno alla mia teoria del diritto*, in *La Critica*, XII (1914), 449.

⁶ *Ibidem*.

Circostanze che raccontano di un vissuto culturale e personale che lo porta ad abbracciare un netto convincimento, ovvero che: «il diritto, il mero diritto, si distingue nettamente dalla moralità, e abbia stretta affinità con ciò che chiamava “politica”»⁷.

Croce descrive le premesse metodologiche che sorreggono l'impianto espositivo delle pagine della *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*⁸, opera considerata preparatoria rispetto alla più compiuta *Filosofia della pratica*⁹. Nella *Riduzione* ripercorre la storia moderna della filosofia del diritto, arrivando a constatare che «l'indole dell'attività giuridica rimane ancora oscura, e non si è riusciti davvero a distinguerla da quella dell'etica»¹⁰.

Nel denunciare la condizione morbosa che da circa due secoli investe la filosofia del diritto, Croce decide di percorrere un itinerario speculativo volto a risolvere la *vexata quaestio* della distinzione tra diritto e morale, la cui genesi risale al «Tomasio e la sua scuola; e cioè quando si comincia a riconoscere che il diritto è qualcosa di più, o qualcosa di meno, rispetto alla morale»¹¹.

Secondo Croce, l'impossibilità di articolare una distinzione netta tra diritto e morale sarebbe stata causata dal mancato riconoscimento della categoria dell'economicità o utilità, quale forma distinta di attività spirituale.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Per comprendere appieno l'impatto che suscitò la memoria crociana nel dibattito tra i filosofi del diritto del tempo, di significativa importanza sono alcune espressioni di A. ATTISANI contenute nel suo *Filosofia del diritto e filosofia dell'economia. Nel cinquantenario della Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia di B. Croce*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XXXV (1958), 17, laddove afferma che: «Sarebbe stolto non riconoscere, anche da chi non accetti le soluzioni proposte da Croce, che gran vantaggio ne sia venuto alle posteriori discussioni sui problemi fondamentali della filosofia del diritto, non foss'altro per l'invito, che da essa veniva, a un'impostazione più rigorosamente speculativa di tali problemi».

⁹ Cfr. B. CROCE, *Nuovo piano di studii* (1907), in ID., *Memorie della mia vita. Apunti che sono stati adottati e sostituiti dal «Contributo alla critica di me stesso»*, a cura dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici, Napoli, 1966. Croce discute per la prima volta della *Riduzione* il 30 marzo 1907, manifestando l'esplicita intenzione di renderla «parte dei lavori preparatorii di un libro [...] sulla Filosofia della pratica».

¹⁰ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 10.

¹¹ *Ivi*, 13.

Posto che «l'attività economica non è altro che attività pratica, presa semplicemente come tale, prescindendo cioè dalla determinazione di essa come morale o immorale»¹², Croce si impegna a dimostrare l'identità che intercorre tra l'attività giuridica e quella economica. Il diritto assume una declinazione economica dell'operare senza che nulla impedisca un'emancipazione dall'individuale, non sussistendo opposizione tra la sfera dell'utile e quella della morale.

Naturalmente, affermando la perfetta pensabilità, e l'effettiva esistenza di azioni giuridiche immorali, non si vuol già dire che diritto e morale siano di necessità in contrasto; ma, soltanto, che non sono, necessariamente d'accordo. A metterli d'accordo lavora di continuo la coscienza e l'attività morale del genere umano; ed infatti, per molta parte, per grandissima parte, le azioni giuridiche, sono, insieme, azioni morali. Se non che, le eccezioni stanno lì a dimostrare che, quando l'azione giuridica è insieme morale, si può sempre distinguere il lato giuridico dal morale; appunto perché il lato giuridico può aversi anche privo della moralità¹³.

2. L'irrealtà delle leggi nella prospettiva di Benedetto Croce

Le premesse finora rese, seppur sommarie, risultano fondamentali per accostarsi, con peculiare attenzione, alla riflessione compiuta da Croce intorno al diritto nella terza parte della *Filosofia della pratica*, pagine queste interamente dedicate al concetto di legge.

Nell'avvertenza di quest'opera, datata 19 aprile 1908, egli si preoccupa di chiarire che: «soltanto alcuni capitoli della terza parte erano stati anticipati nella memoria: *Riduzione della filosofia del diritto alla Filosofia dell'economia*, letta all'Accademia Pontaniana di Napoli nelle tornate del 21 aprile e 5 maggio 1907 (*Atti*, vol. XXXVIII)»¹⁴.

È proprio in queste pagine che Croce opera una chiara distinzione tra attività legislatrice, il cui compito risiede nel formulare le leggi, e attività

¹² *Ivi*, 37.

¹³ *Ivi*, 40.

¹⁴ B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economica ed etica* (1909), a cura di M. Taranino, con una nota al testo di G. SASSO, Napoli, 1996, 366.

giuridica, ovvero di chi esegue la legge e ne determina la sua concreta attuazione all'interno di un dato ordinamento.

Definita la legge come: «un atto *volitivo* che ha per contenuto una *serie o classe* di azioni»¹⁵, è facilmente intuibile che l'attività di chi pone le leggi si esprime nel prescrivere una serie di atti rivolti a volontà peculiari e singole. Così descritta quest'attività si configura come imperfetta perché le problematiche inattese della vita, il più delle volte, non «rientrano nel preveduto dalla legge»¹⁶.

Per conseguenza quella volizione, che è la legge, sembra che si debba dire una *pretesa volizione*: contraddittoria, perché priva di situazione unica e determinata; ineffettuale, perché sorgente sul terreno malsicuro di un concetto astratto; volizione, insomma, non voluta; atto volitivo non reale, ma *irreale*¹⁷.

Ciò che emerge è l'incapacità dell'attività legislatrice di riuscire a cogliere la natura dinamica, individuale e intrinsecamente storica della realtà pratica. Si sta delineando lo snodo problematico che caratterizza l'intera analisi crociana, ovvero quel «particolare dualismo tra il “fatto giuridico”, che altro non sarebbe, *stricto sensu*, che un fatto pratico o di volontà, e la “legge”, connotata invece come prodotto o oggetto di volontà»¹⁸.

Quella che sussiste tra fatto giuridico e legge non può essere equiparata a un'opposizione netta e ontologica, si tratta bensì di una relazione che appare in continua evoluzione all'interno del divenire storico e dell'attività dello spirito.

Nel ripercorrere l'esito filosofico di tale cifra speculativa, Croce comincia a definire le leggi come formazioni che non sorgono solo dalla

¹⁵ Ivi, 317. Vd. M. MUSTÈ, *Benedetto Croce e il problema del diritto*, in *Novecento*, IV (1992), 65: «Il presupposto del ragionamento risiede nel diverso statuto concettuale che, in Croce, è assegnato al “diritto” e alle “leggi”, reale il primo, irreali le seconde. In altri termini, le leggi sono irreali al modo degli pseudoconcetti e, non coincidono, quindi, con la dimensione del diritto, del puro economico, che rimane volizione concreta e determinata».

¹⁶ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 337.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ C. NITSCH, *Il fantasma della «prima forma»*, cit., XVII.

società e articola una riflessione che si rivolge alla «realità tutta»¹⁹, emancipandosi da astrazioni empiriche, latrici di differenziazioni che non colgono il senso stesso della giuridicità.

L'intento è quello di affrancare l'individuo da certe condizioni contingenti legate al riduttivo concetto di società, connotazione ritenuta del tutto arbitraria, in quanto riferibile a «una molteplicità di esseri della medesima specie»²⁰.

Prescindendo dal «concetto naturalistico di medesima specie»²¹, Croce considera le leggi come prodotto di una realtà, espressione di unità e molteplicità insieme, la cui realizzazione è concepibile soltanto in presenza di più individui che formano la loro personalità in virtù dell'incontro con l'alterità.

Si può affermare che l'esistenza stessa del diritto presuppone una pluralità di soggettività che interagiscono tra loro. Non avrebbe senso parlare di istituzioni giuridiche in un ipotetico mondo abitato da un singolo individuo: *unus homo nullus homo*. Occorre quindi comprendere intrinsecamente il concetto di socialità, poiché il senso genealogico del diritto risiede nella capacità di disciplinare le diverse espressioni del libero relazionarsi. Croce arriva, così, a sostenere che:

Senza molteplicità non si avrebbe né conoscenza né azione né arte né pensiero né utilità né moralità: un individuo isolato, cioè avulso dalla realtà che lo genera e che egli genera, sarebbe qualcosa di astratto epperò di assurdo²².

Nell'interpretare le leggi come creazioni di volontà individuali, egli intende ampliare il campo d'indagine della sua analisi per evitare di confinarla all'interno di pregiudizialità concettuali che non hanno coscienza

¹⁹ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 318. In queste pagine Croce osserva che: «Ma, se anche mancasse questa empirica medesimezza, non perciò la società, la reale società, mancherebbe [...] Cacciato in solitudine, cioè distaccato dagli altri esseri della sua medesima specie, quelle altre forme di società, ossia la comunione con la realtà, persisteranno sempre e gli daranno modo di proseguire la sua vita di contemplazione, di pensiero, di azione e di moralità».

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Ibidem*.

²² B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 317.

delle cose umane²³, piuttosto cercano riparo in artifici speculativi. In accezione crociana, la società non è un'entità statica ma un processo dinamico e storico che scaturisce dalle relazioni che le singole soggettività instaurano in virtù dei loro interessi particolari. Interazioni umane ed esigenze pratiche determinano un divenire continuo plasmato dalle azioni e dalle volizioni individuali. E l'essere umano appare come l'unico vivente in grado di assegnare a se stesso delle leggi, necessarie per stabilire un programma di vita condizionato inevitabilmente dall'ambiente circostante in cui si trova a operare.

Contrariamente ai viventi non umani, governati da regole di stampo biologistico che rispondono a bisogni di carattere fisiologico, gli individui, grazie alla loro spiritualità, riescono a emanciparsi da una condizione che li vede impegnati in un'incessante lotta per la sopravvivenza.

In tale direzione, se si considera il soggetto in chiave filosofica, come spirito concreto e individualizzato, è chiaro che

le così dette leggi sociali si riducono alle individuali, perché per osservare una legge bisogna farla propria, cioè individualizzarla, e per ribellarsi bisogna espellerla dalla propria personalità, nella quale essa indebitamente tentava di restare o d'introdursi²⁴.

3. Esclusione del momento coercitivo quale elemento eteronomo e differenziante le norme giuridiche

Nell'argomentare l'infondatezza strutturale della distinzione tra leggi individuali e sociali, a cui certe dottrine soventemente ricorrono, Croce osserva che «fin dall'adolescenza si comincia a legiferare entro noi stessi a questo modo, e per tutte le altre età della vita prosegue questa interiore produzione di leggi, che è spezzata solamente dalla morte»²⁵.

²³ Cfr. M. CILIBERTO, *Croce e Gentile. Biografia filosofia*, Pisa, 2021, 49.

²⁴ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 323.

²⁵ In tale direzione interpretativa, B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 319: «Programma si determinerà e specificherà secondo le varie condizioni e possibilità che si prenderanno a considerare, stabilendo le proprie individuali leggi circa il modo di comportarsi rispetto alla religione, alla famiglia, al matrimonio, agli amici, allo Stato, alla Chiesa, o anche rispetto al tale o tal altro individuo; perché (com'è noto dalle spiegazioni

Assodato che è l'agire individuale a determinare la concretizzazione pratica del programma ipotizzato, si deve prendere atto che:

L'esclusione del carattere di socialità dal concetto di legge sgombra la filosofia da una sequela di problemi e correlative teorie, che avevano a loro presupposto quel preciso carattere. Principale tra essi, la distinzione delle leggi in politiche e giuridiche da un canto, e in meramente sociali dall'altro [...] Se il concetto stesso delle leggi sociali è empirico, empiriche saranno altresì tutte le distinzioni e suddivisioni che ne vengono proposte, e non è possibile difendere una distinzione contro un'altra o correggere quelle finora date e proporre di nuove²⁶.

Ciò comporta la messa in discussione della distinzione tra leggi individuali, leggi della società e dello Stato. Una distinzione fondata sul convincimento che le leggi giuridiche²⁷ sono promulgate da un «potere supremo»²⁸ che ne «invigila l'osservanza»²⁹ mentre le leggi sociali sono l'espressione di una logica consuetudinaria riferibile a un ristretto cerchio di persone. Al contrario, Croce evidenzia che:

date nella Logica) l'individuo, concepito che sia quasi entità fissa, diventa anch'esso concetto, ossia astrazione, gruppo, serie e classe».

²⁶ *Ivi*, 323.

²⁷ Già nella sua *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 14, Croce esamina il contenuto del concetto di coazione, sottolineando che: «esso è posto di solito come un concetto affatto empirico, ossia come una rappresentazione generale: intendendosi per coazione certi modi d'azione a differenza di certi altri, per es., la possibilità di mettere in carcere il ladro o di espropriare il debitore insolvente, a differenza della persuasione mediante la quale otteniamo che un malato prenda un farmaco o che un giovinetto vada a scuola. Ma i concetti empirici, quanto stanno bene nelle scienze empiriche, tanto sono fuor di posto nelle razionali; e non bisogna dimenticare che di questa seconda qualità è la ricerca della filosofia del diritto, e che il carattere distintivo del diritto, di cui in essa si fa richiesta, non deve essere una rappresentazione generale, ma un concetto rigoroso».

²⁸ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 324.

²⁹ *Ibidem*. Sullo stesso argomento, B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 18: «Ecco, dunque, come il carattere dell'esteriorità non vale a distinguere il diritto; perché, se esso si prende in significato approssimativo e grossolano, non ha valor filosofico; e se s'intende rigorosamente, appare come inscindibile dall'interiorità, e quindi carattere comune al diritto e alla morale. Ma allorché si parla delle azioni giuridiche come di azioni esterne, non si vorrà dire, per avventura, che esse sono bensì anche interne, ma che la loro interiorità non è quella della morale?».

quel potere supremo non ha certamente sede in un superindividuo che domini gli individui, sibbene negli individui stessi; e, se, è così, tanto esso vale e può, quanto valgono e possono gli individui che lo formano³⁰.

Sulla scia di quanto sinora argomentato, la dialettica crociana è ben distante da tutte quelle concezioni che attribuiscono allo Stato una sorta di esistenza metafisica equiparabile a una volontà suprema che trascende la sfera della sensibilità.

La logica interpretativa che sorregge tale persuasione sembra non tener conto di un'evidente verità: le leggi giuridiche sono di fatto attuate all'interno di un dato ordinamento soltanto nel momento in cui il soggetto reputa conveniente conformarvisi.

Leggi formalmente perfette, a detta di Croce, e prontamente promulgate restano inapplicate perché «incontrano la tacita resistenza generale o, come si dice, non rispondono ai costumi: il che basterebbe a illuminare le menti circa l'unità inscindibile del così detto Stato e della così detta società»³¹.

Nella prospettiva adottata da Croce «dobbiamo concepire come leggi, e tutte agguagliare nell'unica categoria di legge così la *Magna charta* inglese come lo statuto della "Mafia" siciliana o della "Camorra" napoletana»³². Seppur differenti come categorie, possono essere ricondotte alla definizione crociana del concetto di legge, configurandosi come atti volitivi relativi a una classe di azioni.

Gli esiti speculativi sono chiari: il momento coercitivo non rappresenta l'elemento eteronomo e costitutivo del fenomeno giuridico, garante di una certa e diretta applicazione della norma. Benché l'inosservanza della legge il più delle volte risulti scongiurata dalla minaccia della pena:

Nessun'azione può essere mai costretta; ogni azione è libera, perché lo Spirito è libertà; potrà in un determinato caso, non ritrovarsi l'azione che si era immaginata, ma un'azione costretta è cosa che non s'intende, perché i due termini sono ripugnanti³³.

³⁰ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 324.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ivi*, 325.

³³ *Ivi*, 320.

La coercizione è un aspetto esteriore e secondario. La vera forza³⁴ della legge si manifesta nella sua razionalità intrinseca e nella sua capacità di rispondere a esigenze etiche e pratiche condivise. È il consenso³⁵ a decretarne l'effettiva osservanza.

Ne deriva che la potenza dello Stato³⁶ si fonda sull'adesione interiore di coloro che decidono di osservare il principio etico o pratico di cui la norma si fa espressione.

³⁴ Cfr. B. CROCE, *Etica e politica*, Bari, 1973, p.178: «Il dilemma se lo Stato si fondi sulla forza o sul consenso, e il quesito se legittimo sia lo Stato dovuto alla forza o solo quello dovuto al consenso, vanno messi in compagnia con la distinzione di sopra ricordata tra Stato e governo; perché in verità, forza e consenso sono in politica termini correlativi, e dov'è l'uno, non può mai mancare l'altro. Consenso si (obietterà) “forzato”; ma ogni consenso è forzato, più o meno forzato ma forzato; cioè tale che sorge sulla “forza” di certi fatti, e perciò “condizionato”: se la condizione di fatto muta, il consenso, com'è naturale, viene ritirato, scoppiano il dibattito e la lotta, e un nuovo consenso si stabilisce sulla condizione nuova».

³⁵ La dottrina dello stato come potenza elaborata da Croce non entra in contrasto con la concezione dello Stato delineata nelle pagine della Filosofia della pratica. Cfr. B. CROCE, *Lo stato come potenza*, in *La Critica*, XIV (1916), 82: «E che cosa abbiamo voluto ora noi altri italiani, entrando in guerra, se no provvedere a che non sia scemata, e anzi si accresca, la “potenza” del nostro Stato? So bene che gli untuosi democratici chiedevano invece, e ora affermano a parole, che a noi spetta far la guerra per esercitare la giustizia nella contesa dei popoli. Ma io mi permetto di pensare che la giustizia non la esercita mai un popolo sull'altro, ma su tutti i popoli Dio, o quel Dio che è la Storia; e stimo che gli Italiani abbiano assai finezza da non assumere uffici soverchianti le forze umane e perciò cascanti nel ridicolo: come ridicoli riescono i tedeschi, quando parlano di ristabilire la moralità nel mondo e di “castigare”. E non siamo forse entrati in guerra, staccandoci da una vecchia alleanza, la quale, per le falle che portava in sé e per le mutate condizioni, insidiava la nostra “potenza”?». Sullo stesso argomento, C. NITSCH, *La feroce forza delle cose. Etica, politica e diritto nelle «Pagine sulla guerra» di Benedetto Croce*, Napoli, 2021.

³⁶ Cfr. B. CROCE, *Etica e politica*, cit., 175: «Anzi, proprio per questa ragione, non si può ammettere, in sede di pura teoria ossia di pura verità, una distinzione assai usuale nelle dottrine e nei dibattiti politici, – e che ha certamente importanza grande, ma affatto pratica –, quella tra Stato e governo; perché per chi cerchi la concretezza e non già le astrazioni, lo Stato non è altro che il governo, e si attua tutto nel governo, e fuori della non mai interrotta catena delle azioni del governo non rimane se non la ipostasi dell'astratta esigenza di queste azioni stesse, la presunzione che le leggi abbiano un contenuto per sé stabile, diverso dalle azioni alla loro luce, o alla loro ombra, vengono compiute».

Lo Stato, considerato un «complesso mobile di svariate relazioni tra individui»³⁷, è un sistema che trae alimento da altri sistemi relazionali, la cui forza si origina dalla volontà dei consociati. La legge perde il suo carattere autonomo e istituzionale, indipendente da tutto ciò che può condizionare il suo contenuto.

Se si intende

per legge e fatto giuridico tutto ciò che appartiene al costume sociale, non c'è fatto pratico o volontario che possa restare escluso da quel concetto: il concetto abbraccia tutte le manifestazioni della vita pratica, ciascuna delle quali è esprimibile in formole di volontà, in imperativi, cioè in leggi³⁸.

In tale prospettiva ermeneutica, non si può assegnare alla norma giuridica una valenza specifica e differenziata anche se istituita da un ordinamento gerarchicamente superiore³⁹.

Esemplarmente Croce asserisce che chiunque dispone della libertà di sottomettersi o ribellarsi alla «legge di un terribilissimo despota», anche nell'ipotesi in cui la decisione di sottostare al dettato normativo sia avvenuta sotto la minaccia dell'uccisione del proprio figlio, constatando che «nessun dominatore, forte e violento che sia, può impedire una ribellione, o, quando ogni altra via sia chiusa, una bella morte che affermi all'esterno l'interna volontà»⁴⁰.

Alla luce di queste significative espressioni, si possono trarre alcune importanti conclusioni in relazione al pensiero crociano sul diritto e sullo Stato: la coazione non può determinare l'agire, non può essere mai considerata la causa di un atto volitivo, sintesi di necessità e di libertà.

Croce archivia, dunque, il concetto empirico di coazione o forza, nel senso che non costituisce il fondamento ultimo o la definizione essenziale dello Stato, per ricomprenderlo nel più ampio concetto filosofico di

³⁷ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 324.

³⁸ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 47.

³⁹ Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 324: «Vale a dire, quelle leggi giuridiche sono leggi di una cerchia che viene bensì empiricamente considerata più stretta e più forte, ma nella quale esse intanto si attuano in quanto gl'individui spontaneamente vi si conformano, reputando loro conveniente il conformarvisi».

⁴⁰ *Ivi*, 130-131.

«necessità» o «situazione di fatto», da cui «l’iniziativa o la volontà» prende le mosse.

4. Le leggi come «prodotto speciale dello Spirito»

La complessa geografia concettuale che si sta delineando presuppone la convinzione tipicamente crociana sul carattere libero del volere, condizionato esclusivamente dalla contingenza storica.

Si può facilmente intuire che la cifra caratterizzante l’attività legislatrice non risiede in una realtà normativa autonoma ma nell’esperienza pratica passata sedimentata, utile come guida orientativa e, soprattutto, nel giudizio pratico individuale che di volta in volta determina il contenuto della norma concretamente applicabile all’interno di un contesto specifico.

Quanto trattato finora, viene elaborato da Croce nella sua dialettica di necessità-libertà⁴¹ all’interno della *Filosofia della pratica*.

Secondo la prospettiva crociana, necessità e libertà non possono essere considerate due entità separate e contrapposte, bensì rappresentano due momenti intrinseci e inseparabili che alimentano l’incessante processo dello spirito.

La necessità è un’espressione della libertà poiché è il suo stesso prodotto, il già fatto che viene continuamente riplasmato nella nuova attività libera. Comprendere questa dialettica è fondamentale per accostarsi alla visione crociana della storia come incessante autocreazione dello spirito.

Ne deriva che cambiando di continuo le situazioni di fatto, anche il volere, che a esse è correlato, è soggetto a una continua variazione. Occorre prendere atto del carattere mutevole delle leggi che si manifesta «così nei programmi di vita individuale, come nei programmi che si

⁴¹ Vd. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 123: «In effetto, la volizione nasce, come sappiamo, non già nel vuoto ma in una situazione determinata, con dati storici e ineliminabili, sopra un accadimento o complesso di accadimenti, i quali, poiché sono accaduti, sono necessari. A quella situazione la volizione è correlativa, e staccarla sarebbe impresa vana; variando la situazione, varia la volizione; tale la situazione, tale la volizione. E ciò importa che essa è *necessitata*, ossia condizionata sempre da una situazione, e da quella, per l’appunto, sopra cui sorge».

chiamano leggi sociali e politiche»⁴². La specificità del contenuto qualitativo della fattispecie generale e astratta consiste nel saper rispondere ai cambiamenti propri del divenire storico.

A differenza dei principi pratici che sono volizioni universali dell'individuale, le leggi si contraddistinguono per i caratteri opposti della contingenza e della generalità. «Le leggi universali (che meglio si direbbero *principi*) sono lo Spirito o il produttore, le leggi vere e proprie sono un prodotto speciale dello Spirito»⁴³.

Sono i principi pratici, quali l'utile (alla base dell'economia) e il bene (alla base dell'etica), le forme originarie e universali della volontà pratica. Essi determinano le inclinazioni strutturali verso cui tende l'agire umano. Va da sé che i principi corrispondono a degli apriori rispetto all'esperienza pratica.

Al contrario, le norme rappresentano delle determinazioni storiche e appaiono subordinate a circostanze che dipendono da ragioni politiche, sociali ed economiche. La legge svolge un ruolo di mediazione al fine di restituire concretezza all'astrattezza e generalità dei principi.

Su tale impostazione, Croce rileva che: «per la mancanza dell'elemento della generalità o di classe, non si può chiamare, e nessuno chiama legge un atto individuato e singolo»⁴⁴.

Considerata la norma giuridica nei suoi elementi costitutivi, ossia i caratteri di generalità e mutevolezza, egli, nel prosieguo della sua analisi, articola un'incisiva critica al diritto naturale:

Contraddittorio è altresì il concetto di un *codice eterno*, di una *legislazione-limite* o modello di un *diritto universale, razionale o naturale*, o come altro lo si è venuto variamente intitolando. Il diritto naturale, la legislazione universale, il codice eterno, che pretende di fissare il transeunte, urta contro il principio della mutevolezza delle leggi, che è conseguenza necessaria del carattere contingente e storico del loro contenuto⁴⁵.

D'altronde lo storicismo di Croce non può in alcun modo giustificare teoricamente una concezione che aspira a stabilire, tramite una serrata

⁴² *Ivi*, 331.

⁴³ *Ivi*, 329.

⁴⁴ *Ivi*, 331.

⁴⁵ *Ivi*, 332.

classificazione, quali sono i diritti che appartengono all'individuo «per natura e quali per contingenze storiche».

Secondo Croce, la criticità di una siffatta impostazione è da imputare al fatto che l'essere umano si presenta come un'entità astratta, al di fuori della storia.

Viene tralasciata un'evidente verità, ossia che: «all'uomo fuori dalla società (che vuol dire, in questo caso, fuori dalla storia) non spetta diritto alcuno, salvo quello di essere come spirito»⁴⁶.

Il convincimento è rigoroso: le leggi naturali sono storiche e transitorie. Netta è anche la critica a tutte quelle dottrine che reputano la forma il requisito indispensabile e sufficiente per sancire la validità della norma e la sua diretta applicabilità all'interno di un ordinamento giuridico, arrivando a confutare un'impostazione eteronoma che non tiene conto del fatto che: «il Decalogo, il Codice, il *Corpus iuris*, ampi e particolari e minuti che si facciano, non sono mai in grado, come sappiamo, di esaurire l'infinità delle azioni che le infinitamente varie situazioni di fatto condizionano»⁴⁷.

Ergo, la legge, operando in funzione predittiva, non può disciplinare ogni attimo della vita. Qualora l'individuo decida di aderire a una concezione meramente legalitaria dell'attività pratica, potranno verificarsi circostanze che lo condurranno dinanzi all'indifferenziato e all'indifferente.

Riprendendo il *fil rouge* della trattazione, si è già ampiamente dimostrato che Croce considera la legge come volizione in astratto poiché ciò che realmente si vuole è «l'atto singolo che si compie»⁴⁸.

La definizione esemplare del concetto di legge che egli elabora sembra recare con sé una importante problematica, ovvero l'impossibilità di applicare il contenuto della fattispecie generale e astratta, dal momento che ciò che veramente si attua è l'atto singolo, inteso come una scelta dell'individuo di sottostare al principio pratico o etico di cui la norma si fa espressione.

A tal proposito, Croce si preoccupa di precisare che: «ciò che si chiama atto singolo, esecuzione ed osservanza della legge, non osserva

⁴⁶ *Ivi*, 334.

⁴⁷ *Ivi*, 347.

⁴⁸ *Ivi*, 337.

in realtà la legge, ma il principio pratico ed etico; e l'osserva individualizzandolo»⁴⁹.

Dunque, il rapporto che si instaura tra l'atto singolo e la legge non è di semplice subordinazione, bensì è un rapporto che si esprime e si riformula nell'ambito di un'interazione dialettica continua. La legge fornisce un quadro di riferimento, educa, orienta le coscienze e influenza le decisioni, visto che spesso gli esseri umani interiorizzano le norme e agiscono in conformità a esse senza il supporto di una riflessione esplicita.

Nella complessità di quanto si sta argomentando, è di fondamentale importanza sottolineare che l'atto singolo, nella sua concretezza, può rivelare i limiti e le inadeguatezze dei contenuti normativi laddove risultino obsoleti al verificarsi di situazioni impreviste, conflitti di valore o nuove esigenze.

L'applicazione della norma richiede sempre un atto di interpretazione⁵⁰ e di giudizio, essenziale per colmare il divario che intercorre tra la sua astrattezza e la concretezza del caso.

D'altronde, è attraverso la sedimentazione di una pluralità di atti singoli che la legge stessa può evolversi e trasformarsi.

Pur configurandosi come irreali, bisogna comunque ammettere l'utilità dell'azione legislatrice e distanziarsi da tutte quelle dottrine che

⁴⁹ *Ivi*, 338.

⁵⁰ Cfr. B. CROCE, Recensione a P. CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, Milano, 1939 (estr. degli Studi in onore di E. Besta); in *La Critica*, XXXVII (1939), 445: «Altresì il Calamandrei ammette che la cosiddetta applicazione della norma al fatto non è nel giudice un processo meramente conoscitivo, ma un atto pratico col quale non applica ma crea la legge nel caso singolo. Senonché egli è pensoso dello stimolo che questa dottrina filosofica può recare a un certo pericoloso avviamento, che già dà segni di sé nella società moderna, verso l'arbitrio del giudice, sciolto dai vincoli della legge. Ma la teoria filosofica darebbe quello stimolo solo quando fosse fraintesa, cioè quando non fosse più lei ma un grossolano prodotto passionale in servizio dell'arbitrio. La libertà del giudice è governata nel modo pio severo dalla sua coscienza morale, la quale, pur comandandogli di non "applicare" meccanicamente (cosa, del resto, impossibile) la legge, e di adoperarla nel suo pronunziato con razionale ossequio, e così di concorrere, secondo gli è consentito nella sua propria sfera, allo svolgimento, alla modificazione e al progresso del diritto, gli vieta, tra le altre cose, di usurpare l'ufficio specifico che è del legislatore e di scompigliare e confondere gli ordini che la società si è data».

sostengono l'inutilità della legge a causa della necessità di operare caso per caso. Tant'è che lo stesso Croce precisa che:

l'utilità della legge non è già nella sua attuabilità, la quale è cosa impossibile, perché s'attua solo l'atto singolo del singolo, ma in ciò, che per voler ed eseguire l'atto singolo giova di solito cominciar dal rivolgersi al generico, di cui quel singolo è caso singolo: rivolgersi, cioè, alla classe di cui quel singolo è competente⁵¹.

5. Attività legislatrice «genericamente pratica o meramente economica»

Croce, nel ribadire la perfetta identità che sussiste tra attività giuridica ed economica, si affretta a puntualizzare che l'attività legislatrice non è intrinsecamente differente da quella giuridica, pur distinguendosi come volizione in astratto. Essa deve essere considerata genericamente pratica o meramente economica.

La riflessione crociana, che individua nell'utile⁵² il principio qualificante sia l'attività legislatrice che quella giuridica, irrompe nel dibattito

⁵¹ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 342.

⁵² Sullo stesso argomento, B. CROCE, nella postilla *La redenzione di un concetto condannato*, in *La Critica* XIV (1916), 477, chiarisce: «Come i lettori sanno, il sottoscritto, ormai da quasi un ventennio, si è industriato a far valere nella cerchia della filosofia il concetto dell'Utile, che la scuola guardava con occhio di matrigna. "L'Utile (dicevano genericamente i vecchi filosofi, quando passavano a rassegna i valori o idee dello spirito, il Vero, il Buono, il Bello), l'Utile non è di pari dignità degli altri"; e poiché quel figliuolo misconosciuto non ismetteva per tale sentenza di richiedere il suo posto nella famiglia, ora lo consegnavano alla serva di casa, alla Psicologia, perché lo portasse nel suo camerino e lo tenesse a bada, ora gli assegnavano un cantuccio nella stanza dell'Etica, un cantuccio in ombra, nel quale doveva promettere di stare ben cheto e ubbidiente. Adopero paragoni giocosi, ma essi ritraggono esattamente l'impressione che si riceve dalle parole di degnazione dei vecchi filosofi, quando scendono a discorrere dell'Utile, e dagli imbarazzi nei quali essi si avvolgono, tutti, anche Emanuele Kant; il quale è, al pari degli altri, pieno di disdegni e di scrupoli, – un tempo da lui estesi altresì al Bello e all'Estetica, che aveva creduto non potessero mai assurgere a dignità di trattazione filosofica, e poi (quando il Signore gli fece alfine la grazia di aprirgli i lumi sulla profonda idealità del Bello), ristretti e costantemente serbati verso l'Utile. Continuando dunque per poco negli stessi paragoni giocosi, aggiungerei che l'Utile, così ingiustamente trattato, si vendicava da ragazzo impertinente e persino maligno: e talvolta, non avvertito, mostrava il viso

culturale internazionale, collocandosi come una voce dissonante, in contrasto con una tradizione secolare impegnata ad assegnare una natura autonoma al fenomeno giuridico.

Molte furono le reazioni tra i filosofi del diritto del tempo che accusarono Croce di perseguire un modello utilitarista. Accusa infondata, se si pensa che Croce, già nella Memoria letta all'Accademia Pontaniana del 1907, muove una ferma critica a quella tradizione filosofica rintracciabile

nelle negazioni radicali della scuola di Protagora, e in quei Callicli e Trasimachi, contro i quali si disputa nei dialoghi platonici; e che ricompare poi nella filosofia moderna con Hobbes e Spinoza. È la scuola che può dirsi della forza o dell'utilità⁵³.

Secondo l'interpretazione crociana, in codesto tipo di teorie il problema della differenziazione risulta archiviato, oltrepassato «perché l'etica stessa è stata negata in quel che ha di proprio»⁵⁴.

Nella *Filosofia della pratica* Croce conferma quanto precedentemente sostenuto nella *Riduzione* e articola un peculiare esito speculativo per promuovere una visione marcatamente antiutilitarista.

Con il riconoscimento della categoria dell'economicità quale attività distinta dello spirito, Croce «intende distruggere definitivamente l'utilitarismo: perché distruggere un sistema falso importa collocare al debito posto ciò che di vero esso contiene»⁵⁵.

beffardo nel mezzo delle più austere lucubrazioni dei trattatisti di Etica; e tal'altra le interrompeva rumorosamente costringendo i filosofi a comici duetti con esso lui; e tal'altra, infine, usava peggio, e, aiutato da alcuni cattivi padroni, i cosiddetti "utilitaristi", rubava loro intera l'Etica, la traeva al suo covile di reietto per celebrare con lei un selvatico matrimonio, a stento impedito dai filosofi che dovevano durare lunghi litigi per riottenere la loro benamata figliuola, così bruttamente rapita».

⁵³ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 12.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ivi*, 35.

In maniera esemplare Giorgio Del Vecchio in un breve articolo intitolato *Croce e Don Ferrante*⁵⁶, pubblicato nel 1936 sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto* afferma che:

il considerare, come fa il Croce, il diritto come coincidente con qualunque manifestazione di volontà (tanto il rispetto della legge, quanto la sua violazione) significa contraddire all'essenza logica del diritto, che consiste appunto in una distinzione tra il giusto e l'ingiusto, il lecito e l'illecito, il *jus* e l'*injuria*.

Del Vecchio sottolinea che la criticità della riflessione sul diritto compiuta da Croce è rintracciabile in una specifica scelta teoretica: quella di non riconoscere il senso esistenziale delle istituzioni e il loro specifico peso sulla qualità delle relazioni giuridiche.

Si consolida il convincimento da parte di Del Vecchio di non poter certamente aderire a una concezione che pone il principio economico a fondamento del contenuto normativo dal momento che: «il diritto come principio universale dell'operare, domina tutte le azioni umane [...] Il diritto domina, in una parola l'economia»⁵⁷.

La risposta di Croce a Del Vecchio non si fa attendere, su «La Critica» arriva a definire l'universale giuridico teorizzato da Del Vecchio un «filosofico ircocervo»⁵⁸.

⁵⁶ G. DEL VECCHIO, *Croce e Don Ferrante*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XVI (1936). Vd. anche AA.VV., *Carteggio di Benedetto Croce con i giuristi*, a cura di L. Avitabile, Napoli, 2024.

⁵⁷ G. DEL VECCHIO, *Diritto ed economia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, XV (1935), 593 ss.

⁵⁸ B. CROCE, Recensione a G. DEL VECCHIO, *Diritto e Economia*, Roma, 1935, in *La Critica*, XXXIV (1936), 378-379: «Il Del Vecchio esegue una centesima confutazione della dottrina da me sostenuta sul rapporto di diritto ed economia: confutazione alla quale tuttavia lo prego di scusarmi e di non tener per scortesia se sono costretto a opporre una *fin de non recevoir*. Egli è un professore di Filosofia del diritto, uso perciò a dar valore speculativo alle distinzioni meramente pratiche, e solo praticamente giustificabili, dei giuristi, a riverire l'«Universale giuridico», come lo chiamano, un filosofico ircocervo, che sarebbe «giuridico» ma avrebbe «carattere etico», che, in fondo, adempie al solo ufficio di fornire una base alle cattedre di filosofia del diritto, sincretiche per definizione. Con questi inveterati e solidificati preconcetti, con questa superficialità, di logica filosofica, è impossibile intender nulla del problema che io ho trattato e della correlativa teoria,

Tuttavia, Croce, ben prima della serrata polemica avviata con Del Vecchio, esprime la sua incredulità per il dibattito scaturito intorno alla sua teoria, affermando che:

Da quando, or sono circa otto anni, lessi all'Accademia la mia memoria sulla *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, e feci cadere quella grossa pietra sul formicaio dei compilatori dell'Istituzioni di Filosofia del diritto [...] Tutti girano e rigirano intorno a quella memoria, anche coloro che la sentenziano paradossale, assurda, sofistica, retrograda, sbagliata da cima a fondo; e moltissimi sono i libri e opuscoli e articoli a essa dedicati di proposito per difenderla o per confutarla o per correggerla, o che vi si riferiscono per incidente o che ne portano in qualche modo l'impronta⁵⁹.

Questa postilla di Croce rivela le sue convinzioni sul diritto e sui giuristi, incapaci quest'ultimi di comprendere appieno il significato della sua analisi e lontani da una visione che denota il carattere irrealistico della legge, la cui esecuzione è condizionata sempre dalla volontà individuale.

La presente trattazione, giunta a conclusione, mira a evidenziare che il nucleo teoretico della riflessione crociana è inscindibile dalla peculiare importanza che egli assegna all'elemento volitivo.

La chiarificazione di questa tesi determina altresì una concezione del diritto che appare inevitabilmente subordinata alla: «Realtà stessa che crea sempre nuove forme; è la Vita, che è il vero mistero, non perché impenetrabile dal pensiero, ma perché il pensiero la penetra, con potenza pari alla sua, all'infinito»⁶⁰.

sorta in servizio non della pratica giuridica, ma dell'intelligenza storica, che è l'intelligenza della realtà». Vd. anche C. NITSCH, *Dell'ircocervo, o di una storia fantastica della filosofia del diritto*, in *Rivista di filosofia del diritto*, II (2021), 427-444.

⁵⁹ B. CROCE, *Intorno alla mia teoria del diritto*, cit., 445-450.

⁶⁰ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 397.

CROCE E GENTILE

LA VOLONTÀ, LA LEGGE, L'OBEDIENZA

Giuseppe Russo

1. Definizione del problema

Ha scritto una volta Widar Cesarini Sforza che l'«essenziale problema [...] della Filosofia del diritto è [...] quello di spiegare come il concreto e l'astratto coesistano nell'azione giuridica»¹, stante l'antonomia fra il sostantivo «azione», riferito al concreto agire del singolo, e l'aggettivo «giuridica», connesso al dettato normativo, di necessità generale e astratto. Tale valutazione riassume bene il tema del nostro breve intervento, diretto a illustrare le tesi filosofico-giuridiche di Benedetto Croce e Giovanni Gentile, studiosi entrambi del vincolo volontà-legge, da loro affrontato, soprattutto, in *Filosofia della pratica* (1909)² e ne *I fondamenti della filosofia del diritto* (1916)³.

Astratto e concreto, occorre chiarirlo subito, equivalgono qui, convenzionalmente, a eteronomia e autonomia, rinviando l'una alla norma giuridica, manifestazione del volere, formalizzato ed esterno, del legislatore; l'altra all'effettiva opera individuale, che, irripetibile colpo di genio, rifiuta d'eseguire qualsiasi schema precostituito. Sono del resto simili le dottrine approntate sull'argomento da Croce e Gentile, che, in disaccordo rispetto all'articolazione dello spirito, distinto in parti o meno⁴, concordavano nel dire la volontà libera. L'indagine attuale, d'indole non solo storiografica, muove quindi da una precisa domanda teorica: è dav-

¹ W. CESARINI SFORZA, *Oggettività e astrattezza nell'esperienza giuridica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 9, 1934, 98-143, in particolare 111.

² B. CROCE, *Filosofia della pratica. Economica ed etica*, 2 voll., Napoli, 1996.

³ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, Firenze, 2003.

⁴ Cfr., sul punto, G. COTRONEO, *Croce filosofo italiano*, Firenze, 2015, 257-280.

vero possibile obbedire alle leggi? La risposta, osservabile in filigrana, esige però un'esposizione più dettagliata.

2. La volontà e la legge

Se Croce si occupò, fin dal 1885, di diritto⁵, Gentile, impegnato in altri studi⁶, tratterà del fenomeno giuridico negli anni Dieci del Novecento, licenziando *I fondamenti*, opera non estranea alla vicenda speculativa del sodale partenopeo, autore, nel 1907, della discussa memoria *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*⁷. Esclusivo, per i capiscuola del neohegelismo italiano, l'ufficio della filosofia giuridica: stabilire il «concetto ([la] forma)»⁸, ossia la «categoria assolu-

⁵ Cfr. B. CROCE, *Pensieri sull'arte*, in ID., *Nuove pagine sparse*, 2 voll., Bari, 1966, vol. 2, 340-349. È un lavoro, questo, composto dal Croce diciannovenne, che, allievo svogliato di Giurisprudenza, provò a svolgere, sebbene con risultati scarsi, una ricerca assegnatagli da Francesco Filomusi Guelfi, allora docente di Enciclopedia giuridica all'Università di Roma: v. B. CROCE, *Intorno alla mia teoria del diritto*, in *La Critica*, 12, 1914, 445-450, in particolare 449-450, nt. 1 (ora in ID., *Pagine sparse*, 3 voll., Bari, 1960, vol. 1, 458-466, in particolare 465, nt. 1, e in ID., *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Milano, 2016, 77-85, in particolare 83-84, nt. 3).

⁶ V. G. GENTILE, *Rosmini e Gioberti. Saggio storico sulla filosofia italiana del Risorgimento*, Firenze, 1958, riproposizione della di lui tesi di laurea, difesa nel 1897 sotto la guida di Donato Jaja. Il pensiero del Roveretano, tuttavia, costituirà, anche per il Gentile filosofo del diritto, un importante riferimento, e ciò ha notato, *passim*, Antonio PIGLIARU, in *Esercizio primo sulle varianti de «La filosofia del diritto»*, in V. VETTORI (a cura di), *Giovanni Gentile*, Firenze, 1954, 115-143.

⁷ Informazioni bibliografiche, per ricostruire il dibattito suscitato dalla memoria pontaniana, sono rinvenibili in C. NITSCH, «Diritto»: studio per la voce di un lessico crociano, in *JusOnline*, 2, 2016, 34-59, in particolare 50-52.

⁸ B. CROCE, rec. a G. DEL VECCHIO, *I presupposti filosofici della nozione del diritto*, Bologna, 1905, in *La Critica*, 3, 1905, 515-516, in particolare 516 (ora in ID., *Conversazioni critiche*, serie 1, Bari, 1950, 233-235, in particolare 235; il corsivo, nell'edizione in rivista, è dell'Autore). Circa il «compito della filosofia del diritto, la quale non può averne se non un solo», v. B. CROCE, rec. ad A. RAVÀ, *I compiti della filosofia di fronte al diritto*, Roma, 1907, in *La Critica*, 5, 1907, 225-226, in particolare 226 (ora in ID., *Conversazioni critiche*, serie 1, cit., 236-237, in particolare 237), oltre che il paragrafo 17 del capo uno dei gentiliani *Fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 46, dedicato, appunto, a *Il compito della filosofia del diritto*.

ta»⁹, del diritto, scoprendone il posto fra i predicati universali dello spirito. Scopo, questo, che evochiamo di passata, dovendo invece concentrare l'attenzione sui caratteri del volere, prima d'esaminarne i nessi con la legalità, nell'ambito dei sistemi dei due «filosofi amici»¹⁰.

Sintesi volitiva che Croce approfondì in *Filosofia della pratica*, definendola un impeto passionale¹¹, sebbene non cieco, cioè conoscitivamente informato. Né la cognizione, preparante e non determinante l'agire¹², era quella, prelogica, dell'artista, che intuisce e immagina, differentemente dal filosofo, sollecito di concetti tuttavia ineffabili, senza il sussidio dell'anteriore grado estetico¹³. L'azione dovrebbe perciò essere orientata, ad avviso di Croce, dal giudizio percettivo o storico¹⁴, unità d'un soggetto individuale, intuito esteticamente, e d'una categoria universale.

Ragionava al contrario Gentile, che, persuaso dell'indiscernibilità di pensiero e azione, assimilò i due termini, stimati reciprocamente convertibili, essendo lo spirito, per lui, «intelletto in quanto volontà, e viceversa»¹⁵. Inammissibile, allora, una dottrina delle facoltà, teoretiche e pratiche, della coscienza, che avrebbe compromesso l'autonomia dello spirito, irrimediabilmente condizionato¹⁶. Ma Croce, che quella dottrina di converso ammetteva, non subordinò la prassi ai fatti saputi nel e dal giudizio: la storia passata, o accadimento¹⁷, favorirebbe, anzi, la delibera-

⁹ *Ivi*, 40 (abbiamo reso in tondo il corsivo del testo).

¹⁰ La formula *Una discussione tra filosofi amici* fu scelta da Croce, nell'atto di rifondere i documenti della polemica con Gentile, consumatasi, nel 1913-14, sulle colonne de *La Voce*: v. B. CROCE, *Conversazioni critiche*, serie 2, Bari, 1950, 67-95, oltre che, naturalmente, G. GENTILE, *Saggi critici*, serie 2, Firenze, 1927, 11-35.

¹¹ Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 158.

¹² Cfr. B. CROCE, *La storia come pensiero e come azione*, Napoli, 2002, 183.

¹³ Insistere sulla questione, enorme, dei rapporti fra le forme, teoretiche e pratiche, dello spirito è qui impossibile, dunque rimandiamo, per produrre soltanto i riferimenti bibliografici essenziali relativi al nesso espressione-concetto, a B. CROCE, *Estetica come scienza dell'espressione e linguistica generale*, 3 voll., Napoli, 2014, vol. 1, 33-44, 56-66, e a *Id.*, *Logica come scienza del concetto puro*, 2 voll., Napoli, 1996, 52-62.

¹⁴ Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 44-45.

¹⁵ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 62.

¹⁶ Cfr. *ivi*, 54-55.

¹⁷ Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 68-69.

zione, l'esito della quale, le variabili *res gerendae*, non è mai prevedibile. «Tale la situazione, tale la volizione»¹⁸, ripeteva del resto il filosofo campano, annunciando il carattere libero e necessario dell'agire¹⁹.

Idee analoghe protesterà Gentile, che, insofferente alla distinzione delle categorie²⁰, guardava, a propria volta, al concreto della prassi, libertà etica attuale opposta all'astratto della legge, volere «già voluto»²¹ da consumare nel processo perenne del pensiero. È sufficiente scorrere i *Fondamenti*, per avvedersene, laddove il filosofo di Castelvetro, esaltata la libertà morale o *ius vivens*, deplorava la legge, «forma tipica del diritto»²², la quale, vincolo della coscienza soggettiva,

si impone al volere come condizione necessaria [...]; necessaria, perché immutabile; immutabile, perché già voluta, e presupposta dall'atto spirituale nella sua libertà. E quindi è forza che già era libertà, e ora è limite della libertà; e si oppone al soggetto, che si trova innanzi se stesso ma in una forma da non potersi più riconoscere²³.

Autonomia della volontà, che pone e non presuppone se medesima²⁴, di fronte all'eteronomia della regola, solo in apparenza ostacolo all'agire,

¹⁸ *Ivi*, 131.

¹⁹ Cfr. *ivi*, 131-132.

²⁰ Cfr. G. SASSO, *Le due Italie di Giovanni Gentile*, Bologna, 1998, 286-287, sicuro dello sbilanciamento panlogistico, dunque non attivistico, dell'identità di pensiero e volontà, poiché, in Gentile, la «volontà [...] "identica" al pensiero non ha, rispetto a questo, niente che la caratterizzi in proprio» (286). *Contra*, F. PETRILLO, *Diritto e volontà dello Stato nel pensiero di Giovanni Gentile*, Torino, 1997, 21-25 e *passim*, secondo cui Gentile discernerebbe teoria e prassi, ipotesi provata attraverso l'ausilio della prospettiva, in certo senso giobertiana, poligonale.

²¹ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 88. Circa la possibilità di astrarre il già voluto dal concreto atto del volere, Gennaro SASSO ha avanzato seri dubbi, ne *La questione dell'astratto e del concreto*, scritto compreso nel suo *Filosofia e idealismo*, 6 voll., Napoli, 1994-2012, vol. 2, 165-382 (v., in particolare, 225).

²² G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 100.

²³ *Ivi*, 89.

²⁴ Sull'autoposizione dell'ego, o autoctisi, v. G. GENTILE, *Teoria generale dello spirito come atto puro*, Firenze, 1987, 94-111, e più in particolare 98, luogo in cui l'Io è detto non «coscienza che presuppone il Sé, suo oggetto», ma «coscienza che lo pone» (il corsivo è dell'Autore). Assoluta centralità dell'Io ribadita, altresì, in una bella pagina di *Genesi e struttura della società. Saggio di filosofia pratica*, Firenze, 1975, 43.

unico responsabile dell'alienazione del voluto, oggetto per intero identico al fare soggettivo, in quanto – proseguiva Gentile – «volere qualche cosa [...] non significa mai indirizzarsi a una cosa già realizzata: [...] termine del volere è sempre l'atto»²⁵. Al di fuori del «nostro riconoscimento»²⁶ non esisterebbero, quindi, né leggi né autorità, «perché è il volere che fa il voluto “già voluto”»²⁷.

Forse che Croce pensava molto diversamente? Spogliato il diritto della sua indipendenza categoriale, assorbita dalla «pura economia»²⁸, anche *Filosofia della pratica* incaricava la volontà di produrre autonomamente l'astratto, a onta delle non lievi difficoltà logiche derivanti dall'attribuire al concreto il potere di generare l'altro da sé²⁹. All'intelletto, dote pratica dello spirito³⁰, spetterebbe, tuttavia, quest'attività contraddittoria, chiamata «legislativa»³¹, la quale, funzione economica e generalizzante, dev'essere distinta dalla non meno utilitaria «attività giuridica»³², esecutrice – a parole – delle leggi, inagibili e perciò eteronomi contenuti di classe. Ma la «realtà» del diritto, avvertì Croce, è «volontà

²⁵ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 62.

²⁶ *Ivi*, 77.

²⁷ *Ivi*, 90.

²⁸ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 35.

²⁹ Cfr. G. SASSO, *Benedetto Croce. La ricerca della dialettica*, Napoli, 1975, 82. V. però anche, di Sasso, *Sulla Filosofia della pratica di Benedetto Croce*, in *Filosofia e idealismo*, cit., vol. 6, 11-106, in particolare 85-94, e l'ottimo contributo di G. PERAZZO-LI, *Benedetto Croce. Sulla «realtà» del diritto*, Napoli, 2011, LI, oltre ai più datati, sebbene non meno interessanti, scritti di L. BAGOLINI, *Considerazioni intorno al concetto di legge in B. Croce*, in *Studi senesi*, 62, 1950, 242-260, in particolare 247, e di G. CAPOZZI, *La mediazione come divenire e come relazione. Etica e diritto nella problematica dell'immanentismo*, Napoli, 1961, 48-52. Ricordiamo, da ultimo, B. TRONCARELLI, *Diritto e filosofia della pratica in Benedetto Croce. 1900-1952*, Milano, 1995, 84-91, e C. NITSCH, *Il fantasma della «prima forma». Saggio sulla Riduzione crociana*, in B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., V-XLII, in particolare XXXIX-XL.

³⁰ Cfr. B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, cit., 69-70.

³¹ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 355 (abbiamo reso in tondo lo spazieggiato del testo).

³² *Ivi*, 357.

in atto»³³, operare concreto e libero, da non confondere con «la legge che dorme nel codice»³⁴, in grado, tutt'al più, di conferire, come «forza tra le forze»³⁵, alla decisione dell'individuo.

Né una legge dispotica riuscirebbe a piegare sul serio la volontà ricalcitante, giacché

nessun volto di minaccioso tiranno può spegnere la libertà negli animi;
nessun dominatore, forte e violento che sia, può impedire una ribellione,
o, quando ogni altra via sia chiusa, una bella morte che affermi all'esterno
l'interna volontà³⁶.

E, qualora il ribelle accettasse di soggiacere al comando all'inizio rifiutato, non si tratterebbe, nemmeno in tal caso, d'autentica obbedienza, perché l'individuo, *coactus, tamen vult*: sempre s'agisce in prima persona, volendo e assumendo responsabilmente il rischio del libero operare, che può essere adesione al dettato normativo, fatto cioè proprio, o denuncia di esso, nella consapevolezza dell'ineluttabilità della pena³⁷.

E non aveva sostenuto Gentile, nel contesto metafisicamente più pregnante dei *Fondamenti*, che

un'autorità [...] è reale in forza del nostro riconoscimento; e tutte le speculazioni, onde i filosofi si sono argomentati di fondare in un'autorità

³³ B. CROCE, rec. a I. PETRONE, *Lo Stato mercantile chiuso di G. Am. Fichte e la premessa teorica del comunismo giuridico*, in *Atti della Reale Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli*, 35, 1905, 391-441, in *La Critica*, 3, 1905, 146-150, in particolare 148 (ora, assai rimaneggiata, in ID., *Conversazioni critiche*, serie 1, cit., 225-229).

³⁴ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 50.

³⁵ *Ivi*, 45.

³⁶ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 131. Ma Guido CALOGERO, in *Croce e la scienza giuridica*, in *Riv. it. scienze giur.*, 59-60, 1952-53, 1-13, in particolare 3-4 (ora, con il titolo di *La concezione del diritto*, in ID., *La conclusione della filosofia del conoscere*, Firenze, 1960, 76-92, in particolare 79-80), osteggerà le idee crociane, che confonderebbero, a suo avviso, l'incoercibile libertà morale con quella, cui solo bisogna guardare quando si dibatte di diritto, di disporre dei beni del mondo.

³⁷ Cfr. B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 130-131, 321; ID., *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 15. E Giuseppe GIORDANO, in *Benedetto Croce. Etica, economia, filosofia, scienze*, Firenze, 2024, 30-31, 41-42, 64-65, formula seri argomenti a sostegno dell'immagine d'un Croce sincero filosofo della responsabilità individuale.

superiore alla volontà nostra la forza delle leggi a cui essa è sottoposta, sono state sempre vane logomachie, essendo ben chiaro che, *per alta che sia cotesta autorità, essa non sarà mai se non a quell'altezza a cui l'avremo noi collocata[?]*³⁸.

3. La polemica sull'ineseguibile diritto oggettivo

Autorità, o legge³⁹, che, lungi dal coincidere con la *norma agendi*, oggettiva eteronoma astratta, è del tutto assimilabile, sia per Croce sia per Gentile, all'impresa del singolo, concreta *facultas agendi*, esistendo, a opinione d'entrambi, un solo attore reale, il soggetto, o spirito, dell'idealismo assoluto: l'assunto dei due pensatori, qui, s'approssima al massimo, nonostante il disaccordo, espresso soprattutto nella corrispondenza fra loro intercorsa dall'ottobre 1916 al gennaio 1917.

Al pari di Gentile, convinto che «nell'unità spirituale [...] il diritto soggettivo non si differenzia dall'oggettivo ma *coincide con esso interamente*»⁴⁰, Croce, ascrivito «insieme» il fenomeno giuridico all'«opera dell'uomo» e all'«universo [...] spirito», reputava il diritto «sempre soggettivo»⁴¹. E della legge, astratta *norma agendi*, si sbrigava poi facilmente, dissolvendone l'obiettività nel «complesso dei diritti soggettivi»⁴².

Affermazioni, almeno letteralmente, di segno contrario, rimarcando Croce la nota soggettiva; Gentile, quella oggettiva. Senonché il carattere dell'identità, introdotto concettualmente dall'avverbio «insieme» e dal verbo «coincide», rendeva senza residui indiscernibili il diritto soggettivo e l'oggettivo. Di là dello schema, fittizio, della legge, volizione astratta o già voluto, conterebbe, quindi, l'«atto singolo del singolo»⁴³, che, secondo i casi utilitario o concretamente etico, è comunque volontà effettiva, *nómos émpsychos*, o, più in breve, storia, «dove tutta la vita spirituale si attua»⁴⁴.

³⁸ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 77 (il corsivo è nostro).

³⁹ Cfr. *ibidem*: «Dire autorità non è altro che dire *legge*» (il corsivo è dell'Autore).

⁴⁰ *Ivi*, 92 (il corsivo è nostro).

⁴¹ B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 49.

⁴² *Ibidem* (il corsivo è dell'Autore).

⁴³ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 342.

⁴⁴ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 97.

Non sembrerà però ai due amici di concepire la questione allo stesso modo, se Croce, nell'ottobre 1916, poté obiettare esser Gentile sordo al «problema proprio del diritto», coinvolto a malapena nella «forma derivata della legge o *norma agendi*»⁴⁵. E Gentile, replicando il 7 novembre successivo alle stoccate crociane, precisò di non riuscire in verità a

vedere quel che ci dovrebbe essere, oltre questa norma, nella coscienza giuridica. La volontà come forza pura, creatrice del diritto, mi pare l'antecedente del diritto in senso stretto: antecedente così del diritto come della morale, con questa differenza, che nel momento della morale abbiamo una realtà concreta e nel momento del diritto una posizione puramente ideale⁴⁶.

Idealità, o astrattezza, della norma, valida solo per lo spirito, che, soggettivandola, la riconosce e dunque l'aziona in concreto: il diritto, «natura nel mondo della volontà»⁴⁷, procedeva, per il filosofo di Castelvetrano, dalla morale, e in questa, tornando a vivere, rifluiva, spirito e nient'altro che spirito. Non era allora fortuita, bensì testimone di un'ulteriore meditazione, la controreplica di Croce, datata 10 novembre 1916, che, recependo il supplemento di notizie fornito da Gentile, gli comunicava:

Accetto pienamente la concezione della *norma* come un momento astratto e che ha valore solo nello spirito che l'accoglie, la concreta e perciò la distrugge come norma. Ho sostenuto il medesimo nella mia teoria delle leggi, considerando la *legge* come *volizione astratta*. Ma il momento della *pura volontà* mi sembra non già astratto, ma concretissimo;

⁴⁵ Benedetto Croce a Giovanni Gentile, 26 ottobre 1916, in B. CROCE, G. GENTILE, *Carteggio*, 5 voll., Torino, 2014-2024, vol. 5, t. 1, 210-212, in particolare 211.

⁴⁶ Giovanni Gentile a Benedetto Croce, 7 novembre 1916, *ivi*, 214-216, in particolare 214-215.

⁴⁷ G. GENTILE, *I fondamenti della filosofia del diritto*, cit., 97 (abbiamo reso in tondo il corsivo del testo). V., pure, la menzionata lettera di Gentile a Croce del 7 novembre 1916, in B. CROCE, G. GENTILE, *Carteggio*, cit., vol. 5, t. 1, 214, ove l'amico siciliano ribadiva che «io [...] considero [il diritto] soltanto come *norma agendi*, la cui realtà [...] non ha valore se non nello spirito che riconosce tale *norma*» (il corsivo è dell'Autore).

e a ogni modo in esso credo si annidino tutti i problemi più importanti della cosiddetta filosofia del diritto⁴⁸.

La «forza pura», cui Gentile si riferiva, non era, a parere di Croce, un mero momento ideale del processo della pratica, l'astratto dialetticamente tolto dalla sintesi concreta. La forza, da tradurre metaforicamente⁴⁹, denotava, invece, la realissima attività economica, che, autonoma ma non anarchica, fronteggia la presenza d'ogni attore sociale: lo dimostra, indubitabilmente, la vicenda dei Romani e della *gens Langobardorum*, famoso esempio adoperato nella *Riduzione* per descrivere la natura del vincolo giuridico, «rapporto di convenienza economica», ove l'una parte, A, è condizione dell'agire dell'altra, B, e viceversa⁵⁰.

La schermaglia fra i due studiosi, apparentemente incompontibile, era tuttavia circoscritta da Croce, che concludeva così la lettera del 10 novembre:

Comunque si risolvano, [i problemi della filosofia del diritto] hanno per me tanto maggiore interesse in quanto rispondono [...] all'interesse [...] della nostra epoca storica [...]. Ecco perché vorrei che fossero messi in primo piano, e non trattati come un sottinteso⁵¹.

⁴⁸ Benedetto Croce a Giovanni Gentile, 10 novembre 1916, *ivi*, 217-218, in particolare 217 (il corsivo è dell'Autore).

⁴⁹ Cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 43, che la forza considerava non materialmente, alla stregua d'un pugno ben assestato, quanto, piuttosto, come vigore spirituale, cioè in senso affatto «metaforico e simbolico». Un particolare, questo, malinteso dagli interpreti del tempo, che a Croce forniranno, nel 1916, l'occasione di definire meglio il suo pensiero, per il quale forza è l'«energia della volontà umana»: v. Id., *Postille*, in *La Critica*, 14, 1916, 477-482, in particolare 478 (ora in Id., *Conversazioni critiche*, serie 4, Bari, 1951, 79-88, in particolare 81, e, con il titolo *Sul concetto filosofico dell'utile*, in appendice a Id., *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, cit., 87-96, in particolare 89).

⁵⁰ Cfr. *ivi*, 43-44. Critico della conclusione crociana, ancora una volta, G. CALOGERO, che, in *La concezione del diritto*, cit., 76, contestava al filosofo napoletano di ridurre il fenomeno giuridico, pubblico e privato, alla *lex privata*; anzi, aggiungeva a p. 78, al «semplice, brutale, accordo di fatto». Obiezione condivisa anche da Barbara TRONCARELLI, in *Diritto e filosofia della pratica in Benedetto Croce*, cit., 109.

⁵¹ Benedetto Croce a Giovanni Gentile, 10 novembre 1916, cit., 217-218.

«Comunque si risolvano»: formula di conciliazione destinata a non chiudere l'episodio, i cui strascichi giungeranno fino al gennaio 1917, quando Gentile riscontrerà, nel commento crociano a *Il diritto e il suo processo ideale*, saggio coevo di Giuseppe Maggiore, «qualche cosa [...] che riguardava piuttosto me»⁵². Si alludeva al nesso dell'astratto e del concreto, della legge eteronoma e dell'autonomo volere in atto, lamentando Croce di non capire esattamente il significato dell'astratto, nozione di fronte alla quale, infatti, ammoniva:

Questa astrattezza, che viene a un tratto a differenziare in qualche modo il diritto, e in genere a variare il corso senza decorso del processo dell'atto puro e indiscriminato, mi sembra un vero *Deus ex machina*: salvo che non si voglia giustificarla deducendola dalla distinzione delle forme spirituali, il che è vietato dalla premessa [attualistica]⁵³.

La foga elenctica impedì comunque a Croce d'accorgersi che l'eventuale addio alla «premesse» dell'attualismo, il divieto di distinguere pensiero e azione, non facilitava l'intelligenza del tema, avendo egli delegato all'intelletto il compito – impossibile – di fingere il reale: l'astratto avrebbe cioè dovuto adempiere, non si sa bene come, un ruolo strumentale, servendo, da un lato, a ridestare la memoria, attraverso i nomi dei concetti intanto dimenticati; dall'altro, a guidare l'agire⁵⁴. Ma lo spirito, in sé sintetico, non è costitutivamente capace di generare l'analitico, e ciò forse intuì Gentile, che rintuzzava tramite posta le punture di Croce, rimproverandogli di non riuscire, neppure lui, a «risolvere la questione»⁵⁵. Istantanea la risposta del compagno, datata 10 gennaio, che riesumava, di

⁵² Giovanni Gentile a Benedetto Croce, 9 gennaio 1917, in B. CROCE, G. GENTILE, *Carteggio*, cit., vol. 5, t. 1, 231-232, in particolare 231.

⁵³ B. CROCE, rec. a G. MAGGIORE, *Il diritto e il suo processo ideale*, Palermo, 1916, in *La Critica*, 15, 1917, 60-63, in particolare 61 (ora, lievemente mutata, in ID., *Conversazioni critiche*, serie 1, cit., 254-259, in particolare 255, da cui citiamo).

⁵⁴ Cfr. B. CROCE, *Logica come scienza del concetto puro*, cit., 49, e ID., *Filosofia della pratica*, cit., 343.

⁵⁵ Giovanni Gentile a Benedetto Croce, 9 gennaio 1917, cit., 231.

nuovo, la *facultas agendi*, «momento originario del diritto», da non scambiare con la «forma derivata ed astratta della *norma*»⁵⁶.

Certi, tutt'e due, dell'astrattezza della legge, i «filosofi amici» non s'accordavano sulla sua genesi, nonostante essi fossero accomunati dal desiderio di riconquistare la storicità – utilitaria o etica – dell'agire giuridico. Il dramma, intricatissimo, dell'eseguibilità delle regole fu quindi rappresentato da Croce, in una suggestiva battuta di *Filosofia della pratica*, che recita: «L'uomo che ha la memoria piena di leggi [...], pervenuto al punto dell'operare, fa una grande riverenza alle signore Leggi, e si conduce di suo capo»⁵⁷. Conclusione grave, che, se mette in crisi la centralità del valore della certezza, ha però il pregio d'evitare il pericolo – paventato più di recente da Herbert Hart – della «giurisprudenza “meccanica”»⁵⁸.

⁵⁶ Benedetto Croce a Giovanni Gentile, 10 gennaio 1917, in B. CROCE, G. GENTILE, *Carteggio*, cit., vol. 5, t. 1, 233-234, in particolare 233. Riveduta la corrispondenza qui sommariamente scorsa M. VISENTIN, *Il neoparmenidismo italiano*, 2 voll., Napoli, 2005-10, vol. 1, 315-351 (v., in particolare, 334-338).

⁵⁷ B. CROCE, *Filosofia della pratica*, cit., 338.

⁵⁸ Cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 151.

SUL RAPPORTO TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA DELLA NORMA GIURIDICA NEGLI *HAUPTPROBLEME DER STAATSRECHTSLEHRE* DI HANS KELSEN

Giuseppe Moro

1. Premessa

In questo saggio prenderò in considerazione la distinzione tra autonomia ed eteronomia della norma, presentata da Hans Kelsen nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*¹, con l'obiettivo di discutere due specifiche implicazioni concettuali: la prima riguarda i limiti del formalismo etico, storicamente identificato nelle riflessioni morali di Immanuel Kant e Johann Gottlieb Fichte; la seconda, invece, concerne il concetto psicologico di volontà e il suo rapporto problematico con la norma giuridica.

Analizzando alcuni luoghi testuali nevralgici, si tratterà di fornire un contributo al tema in oggetto, mostrando in che modo Kelsen rielaborò, all'interno dell'opera del 1911, la questione del rapporto tra diritto e morale. Per fare chiarezza su questo snodo teorico, dividerò il presente contributo in tre parti. Nella prima, esporrò la distinzione kelseniana tra le due forme di legislazione, confrontandola con il modello kantiano². Nella

¹ H. KELSEN, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt der Lehre vom Rechtssatze* (1911), in *Hans Kelsen Werke*, Bd. 2, *Veröffentlichte Schriften 1911*, hrsg. von M. JESTAEDT in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Tübingen, 2008, trad. it. *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale esposti a partire dalla dottrina della proposizione giuridica*, in ID., *Opere*, vol. II, a cura di A. Carrino, Soveria Mannelli, 2020.

² Sul rapporto di Kelsen con il modello di pensiero kantiano si vedano almeno i seguenti contributi: S. GOYARD-FABRE, *Kelsen e Kant. Saggi sulla dottrina pura del diritto*, trad. it. di M. Pennasilico, Napoli, 1993; V. VITIELLO, *Grundnorm. Kelsen e l'infondata fondazione del diritto*, in ID., *Ripensare il cristianesimo. De Europa*, Torino, 2008, 209-

seconda, invece, mi occuperò del formalismo etico e del significato oggettivo del dover-essere (*Sollen*). Nella terza, infine, proverò a formulare alcune considerazioni, circa il persistente presupposto psicologico della scienza giuridica.

2. Le due forme di legislazione

Per introdurre la differenza tra le due forme di legislazione torna utile il riferimento a un passo tratto dal terzo capitolo dei *Problemi fondamentali*³:

Dal punto di vista di una morale autonoma si può far valere come norma solo ciò che scaturisce dalla disposizione etica dell'uomo, ciò che è fornito di una forza immanente di motivazione; la natura eteronoma del diritto non consente una siffatta concezione soggettivistica delle norme giuridiche. Anche se lo scopo di queste norme va ravvisato nel loro effetto motivante sulla psiche umana, cioè nella produzione di un impulso alla condotta giuridica, questo effetto non è però essenziale e la proposizione giuridica conserva la qualità essenziale anche quando essa non provoca un tale effetto nella coscienza del soggetto⁴.

Più che sulla struttura della proposizione giuridica e sulla sua incompatibilità con gli effetti derivanti da relazioni causali, preme qui soffermarsi sulla differenza specifica tra la legislazione autonoma della morale e la legislazione eteronoma del diritto. Se, anzitutto, veniva fatto riferimento a una forza derivante dalla motivazione dell'uomo, ciò accadeva perché la morale si configurava nella relazione d'identità tra il dover-essere della legge e la volontà del soggetto. Diversamente, invece, il diritto non implicava una concezione soggettivistica, perché il dover-essere sancito dalla norma risultava indipendente dai motivi psicologici, che avrebbero potuto orientare l'azione alla condotta giuridica. In questa

228; S.L. PAULSON, *Il problema della giustificazione nella filosofia del diritto di Hans Kelsen*, a cura di G. Luchena, Torino, 2015.

³ H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., 98-106, 126-130, 474-481, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 29-36, 52-56, 355-362.

⁴ H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., 213, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 126.

prospettiva, pur essendo entrambe espressione della forma pura del dover-essere, le due forme di legislazione esprimevano due diverse relazioni tra la norma e l'azione dell'uomo. Qual era, però, il principale riferimento filosofico, alla base della distinzione tra autonomia ed eteronomia della norma? Nel primo capitolo, il giurista viennese dichiarò di ricavare il contrasto tra le due forme di legislazione dal pensiero di Theodor Lipps⁵. Tuttavia, per quanto riconducibile a quell'autore, il modello di riferimento rimaneva quello che era stato elaborato da Kant, nell'ambito della sua riflessione sul significato pratico della ragione umana. Per restringere i confini di una questione, che riguardava tanto le prime due *Critiche* quanto il sistema di «Metafisica dei costumi»⁶, mi limito qui a ricordare la distinzione tra legge giuridica e legge morale, presentata nei *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*⁷. Così, scriveva Kant:

Ogni legislazione può essere appunto distinta rispetto ai moventi. La legislazione che fa di un'azione un dovere, e di questo dovere, insieme fa il movente, è etica. Quella, invece, che non include nella legge l'erigere a dovere il movente, e quindi ammette anche altri moventi che l'idea stessa del dovere, è giuridica. [...] Il semplice accordo o disaccordo di una azione con la legge, senza riguardo al suo movente, si chiama legalità (conformità alla legge); quell'accordo, invece, nel quale l'idea del dovere tratta dalla legge è insieme il movente dell'azione è la moralità (rettezza) di tale azione⁸.

In questo caso, la differenza tra il diritto e la morale si determinava come differenza tra l'obbligo interno della legge etica e l'obbligo esterno della legge giuridica. Nella legislazione morale, infatti, il dover-essere della legge diventava movente interno per l'azione del soggetto. Nella legislazione giuridica, invece, il dover-essere sancito dalla norma rima-

⁵ H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., 98, n. 2, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 29, n. 26.

⁶ Per un inquadramento generale della questione e del dibattito da essa scaturito, il recente contributo di T. GAZZOLO, *Kant e la normatività del diritto*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 48, 2019, 29-63.

⁷ I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 2005.

⁸ *Ivi*, 30-31.

neva esterno al soggetto e non determinava l'arbitrio nel compiere un'azione.

Tuttavia, alla luce di questa considerazione, il discorso di Kelsen sarebbe stato soltanto parzialmente assimilabile a quello kantiano. Sebbene, infatti, il giurista viennese condividesse con Kant l'idea che diritto e morale corrispondessero a due diverse modalità di obbligo, egli riteneva che la nozione stessa di «autonomia della morale», così come elaborata dalla tradizione filosofico-giuridica moderna, fosse incapace di pervenire a una corretta definizione formale del dover-essere. Su quali basi, Kelsen giunse a maturare questa idea?

3. I limiti del formalismo etico

Nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statale*, Kelsen non si limitò a riprendere il discorso kantiano sulle due forme di legislazione. Piuttosto, egli inserì tale distinzione all'interno di un ragionamento, caratterizzato dall'obiettivo di mostrare come il diritto avesse uno statuto scientifico autonomo e indipendente rispetto al metodo della scienza naturale. La separazione metodologica si fondava sul principio, in base al quale si stabiliva che le scienze normative riguardavano la forma pura del dover-essere, mentre, invece, le scienze naturali si occupavano della realtà fenomenica dell'essere.

Sin dal primo capitolo dell'opera, Kelsen insisteva su questa differenza, di carattere metodologico e conoscitivo:

Se si coglie il dovere, in un senso rigorosamente logico come forma, in una completa opposizione con l'essere, allora non si può identificare con nessuno dei suoi contenuti, non può darsi nessun essere, di nessun tipo come dovere⁹.

Oltre che opportuna, la separazione era necessaria, perché qualora i due piani fossero stati confusi, qualora cioè il piano del *Sollen* fosse stato

⁹ H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., 89, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 22. Come specificato da Carrino, nella traduzione italiana si è deciso sempre di tradurre il termine *Sollen* con «dovere».

contaminato dal piano del *Sein*, il dover-essere sarebbe diventato «un caso speciale dell'essere» e la scienza giuridica avrebbe perduto la sua autonomia dalla scienza naturale¹⁰.

La struttura di questo ragionamento risultò fondamentale per l'analisi della legislazione autonoma che, a detta di Kelsen, conservava un significato scientifico-naturalistico e una concezione del dover-essere, ancora vincolata alla realtà effettiva dell'essere. Prendendo le mosse dalla storia della filosofia del diritto, il giurista viennese specificò quanto segue:

I teorici che hanno contraddetto il modo di vedere formalistico della formula kantiano-fichteana potevano basarsi sul fatto che al contrasto formale di essere e dovere si contrappone l'identità sostanziale dei due momenti, da un lato per la considerazione psicologica dell'intimo del soggetto, considerazione che riconosce il dovere come effettivo volere, dall'altro per la considerazione storica, che fa vedere il contenuto della norma come regola dell'effettivo e regolare accadere¹¹.

Avviando una ricostruzione genealogica della concezione autonoma-soggettiva del *Sollen*, Kelsen intese sostenere che le riflessioni di Kant e di Fichte non erano state, fino in fondo, coerenti con le premesse del formalismo etico. Sebbene, infatti, nel pensiero dei due autori, la norma si configurasse nella forma oggettiva del dover-essere, l'indipendenza dall'essere era soltanto apparente, perché la legge morale conservava un rapporto d'identità con il piano reale della volontà soggettiva. Del resto, come sarebbe stato possibile parlare dell'imperativo categorico kantiano o del principio trascendentale dell'agire fichtiano, senza presupporre il nesso con la soggettività, che rendeva la legge motivo di determinazione della condotta? Una volta confuso il piano del *Sollen* con il piano del *Sein*, la legislazione autonoma finiva per compromettere la forma pura del dover-essere, rendendolo soltanto un caso speciale dell'essere. Come sarebbe stato possibile, quindi, superare i limiti strutturali del formalismo etico di derivazione kantiana e fichtiana? Un'indicazione in questa direzione poteva essere ricavata dalle parti finali del brano, in cui Kelsen rilevava che il fallimento del formalismo dipendeva da una concezione

¹⁰ H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., 88, 104, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 21, 31.

¹¹ H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., 107, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 36.

psicologistica della norma, intesa come regola dell'accadere effettivo ed espressione della volontà del soggetto.

4. Il concetto psicologico di volontà

Per superare i limiti strutturali del formalismo etico, sarebbe stato necessario mostrare che il dover-essere esprimeva una connessione giuridico-normativa, del tutto diversa e indipendente dalla concezione psicologica della volontà. Nei *Problemi fondamentali della dottrina del diritto statuale*, questa specifica implicazione concettuale occupò un ruolo di rilievo, anche oltre il caso della formula kantiana e fichtiana, come dimostrano, per esempio, le discussioni condotte nel merito dei principi – la causalità e la teleologia – che erano considerati condizioni di possibilità degli atti psicologici di volizione¹². Senza poter qui entrare nel merito di queste argomentazioni, preme ricordare in che modo Kelsen rivendicò la separazione strutturale tra il dover-essere e il concetto psicologico di volontà:

Bisogna sempre attenersi al fatto che la considerazione per la quale qualcosa appare come scopo o come voluto è essenzialmente diversa da quella per la quale quel qualcosa appare come dovuto. Solo l'identificazione di volere e dovere, che formalmente è inammissibile perché il volere come evento psichico appartiene all'essere e non può quindi essere considerato come dovere, può far coincidere scopo e dovere o scopo e norma¹³.

In coerenza con il presupposto sistematico di una separazione tra il piano del *Sollen* e il piano del *Sein*, Kelsen poteva ribadire che, al di là delle possibili coincidenze sul piano del contenuto, la forma pura del dover-essere conservava la propria natura eteronoma, per definizione caratterizzata dall'indipendenza della norma giuridica da qualsiasi rapporto con la volontà del soggetto. Pertanto, mentre, dal punto di vista psicologico, ciò che è voluto si configurava come l'effetto specifico di un atto

¹² H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., 145-188, 191-222, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 69-104, 118-132.

¹³ H. Kelsen, *Hauptprobleme*, cit., 155, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 77.

volitivo, in ambito giuridico, invece, non c'era alcun nesso tra il dover-essere sancito dalla norma e gli effetti che essa produceva sulla condotta del soggetto.

Le argomentazioni relative ai limiti della scienza psicologica ebbero ulteriori implicazioni, in vista della definizione giuridico-normativa del *Sollen*. Per esempio, Kelsen giunse a sostenere che, nella scienza giuridica, il concetto di volontà acquisiva, addirittura, un significato autonomo, rispetto a quello che caratterizzava l'esperienza degli atti volitivi¹⁴. Tuttavia, nel contesto delle annotazioni raccolte in questo contributo, è opportuno soffermarsi su alcune brevi considerazioni conclusive. Nel pensiero di Kelsen, la distinzione tra autonomia ed eteronomia della norma non rappresentò soltanto la ripresa di un tema classico della tradizione filosofico-giuridica, ma costituì un'originale riflessione per sviluppare tre aspetti fondamentali della concezione giuridico-normativa del dover-essere: il primo riguardava l'indipendenza della norma giuridica dai motivi che inducono il soggetto all'obbedienza; il secondo, invece, i limiti del formalismo etico di matrice kantiana e fichtiana; il terzo, infine, il distacco dal concetto psicologico di volontà.

¹⁴ H. KELSEN, *Hauptprobleme*, cit., 203, trad. it. *Problemi fondamentali*, cit., 119.

APPUNTI SU AUTONOMIA ED ETERONOMIA DELLA NORMA GIURIDICA NEL PENSIERO DI SANTI ROMANO

Filippo Matrisciano

1. Introduzione

Il compito di questo scritto è all'apparenza agevole, in quanto Santi Romano ha dedicato riflessioni assai puntuali all'argomento qui posto a tema¹. Tuttavia, nella pagina romaniana, esso abbonda talmente di implicazioni e di svolgimenti, da risultare, a guardar bene, assai gravoso offrirne una sintesi ordinata ed esaustiva. Si tratterà pertanto di enucleare alcuni punti salienti.

È avviso di Romano che il concetto di autonomia ricorra quale predicato di figure soggettive disparatissime – dagli enti sforniti di personalità giuridica, alle istituzioni aventi vasta dimensione territoriale –, rispetto alle quali si coniuga in diverso modo, e secondo diversa intensità, con predicati ulteriori e distinti. Di tali predicati, i principali sono quelli di eteronomia, di potestà e di sovranità/originarietà².

Si tratta di un tema che, calato nella prospettiva teorica propria di questo autore, si formula a partire dalla speciale collocazione della norma giuridica in rapporto all'istituzione che la emana. E si proverà a delineare come si sia in presenza di un elemento decisivo per lo sviluppo della trattazione romaniana intorno alla pluralità degli ordinamenti e al novero dei criteri che ne illuminano le possibilità di reciproca relazione.

Si deve anzitutto dire che il nesso tra ordinamento e norma assume una duplice valenza, teoretica e sistematica. Il profilo teoretico di questa relazione consiste nella circostanza per cui la norma è sempre «sospesa»

¹ S. ROMANO, *Autonomia* (1945), in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), a cura di M. Croce e M. Goldoni, Macerata, 2022, 37-54.

² *Ivi*, 38 ss.

all'istituzione che l'ha introdotta, nel senso che dall'istituzione la norma deriva ogni sua forza. Ciò implica che la sua vicenda giuridica sia esposta non solo all'ordinario processo di sviluppo e di rinnovamento del diritto oggettivo, ma anche, e più radicalmente, alla generale vicenda del suo ordinamento³. Tale vicenda coinvolge essenzialmente le prerogative sovrane e, ancor prima, i soggetti concreti che se ne legittimano *effettivamente* titolari, le relazioni che tra di essi si articolano, nonché quelle che essi intrattengono con soggetti ulteriori, tanto all'interno, quanto all'esterno dell'ordinamento considerato.

Il profilo sistematico della relazione in esame, che è corollario di quello appena accennato, attiene essenzialmente alla organizzazione delle fonti di produzione: lo specifico modo d'essere dell'ordinamento⁴, per

³ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico* (1918, 1946²), a cura di M. Croce, Macerata, 2018, 36. Ciò è rimarcato al punto che «molto spesso, la sostituzione di certe norme con altre è piuttosto l'effetto anziché la causa di una *modificazione sostanziale* dell'ordinamento» (ivi, 29-30, corsivo nostro). Ha qui forse la sua maggiore radice una prospettiva generale che una parte non poco cospicua della dottrina italiana ha saputo difendere e valorizzare, tutte le volte che si è mostrata pensosa della «complessità di un contesto politico, sociale e culturale, che è necessariamente l'energia ordinante dell'ordinamento, il *logos* sul quale le norme si radicano costituendone semmai il riflesso» (N. LIPARI, *Costituzione e diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, LXXII, 4, 2018, 1255-1273, 1259). Proprio svolgendo tali coordinate, è possibile dedurre che, non solo la sostituzione, ma anche la stessa conservazione (sovraneamente selettiva) di certe norme possa coniugarsi con la «modificazione sostanziale» di un ordinamento. È infatti così ragionando che si può intendere, per esempio, come lo *Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger* sia stato l'unico testo normativo del «pacchetto» costituzionale del dicembre 1867 (la cosiddetta *Dezemberverfassung*) a essere riassorbito nell'ordinamento repubblicano della Costituzione federale austriaca del 1° ottobre 1920, che, appunto, all'art. 140 delle sue *Disposizioni transitorie*, provvide a farlo salvo. Sul tema, si può solo rinviare a R. WALTER, *Hans Kelsen e le origini della costituzione federale austriaca del 1920*, in *Storia e Politica*, 5, 1991, 29-41, 31. In chiusura del presente lavoro, su tali dinamiche, brevemente, si tornerà.

⁴ Ogni ordinamento, in quanto contraddistinto da «una propria organizzazione», reca con essa «una vita che si identifica con lo spirito giuridico che l'anima e che dalla struttura dell'ente non può scindersi, così come lo spirito vitale non può scindersi dal corpo vivente se non per mera astrazione» (S. ROMANO, *Diritto e morale* [1944], in *Frammenti*, cit., 89-101, 93-94).

così dire, secerne le *sue* fonti di produzione, attraverso norme – scritte ovvero non scritte – sulla produzione⁵.

Si avrà modo di richiamare come il medesimo modo d'essere in concreto di un ordinamento lo conduce anche a dare (ovvero non dare) riconoscimento, sotto forma di un *giudizio di rilevanza*, a certe norme di un altro ordinamento, o, persino, alle norme sulla produzione di questo. Superfluo specificare che un siffatto giudizio, dell'uno o dell'altro tipo, implica anzitutto un certo riconoscimento di quell'ordinamento medesimo.

Si può, dunque, dare conto di un duplice profilo: quello relativo alle fonti e alla produzione normativa, da una parte; e quello riguardante gli ordinamenti, dall'altra. È da quest'ultimo che necessariamente bisogna partire, in quanto presenta carattere dirimente.

⁵ È su queste basi che la dottrina più avvertita continua a guardare allo studio del sistema delle fonti del diritto in prospettiva storica, attenta com'è a porre correttamente la relazione di metodo tra principio di effettività e costruzioni di sistema: nel senso che – possiamo dire, romanianamente – è sempre il primo a plasmare le seconde. Così, guardando al tramonto degli ordinamenti di Antico Regime, si può constatare che «la crisi politica del sovrano, vale a dire del sistema politico dominante [...], trascina con sé la perdita di effettività delle fonti del diritto che di quel sistema, di quelle autorità politiche siano state espressione. Così è avvenuto, per esempio, per i poteri normativi del re, o dell'imperatore, mano a mano che si è venuta affermando l'autorità politica del Parlamento, che ha fatto sì che la legge si imponesse nel sistema a scapito dei decreti reali e delle ordinanze imperiali» (F. BILANCIA, *Positivismo giuridico e studio del diritto costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2010, 1-29, 5-6). Più di recente, sul quadro odierno di crisi del sistema delle fonti e del suo *prius* istituzionale, in Italia, si veda A. CARDONE, *Brevi note sulla degenerazione del sistema delle fonti: gli effetti convergenti della crisi della sovranità statale e della forma di governo parlamentare alla luce dell'esperienza italiana*, in A. PÉREZ MIRAZ, G.M. TERUEL LOZANO, E. RAFFIOTTA, M.P. IADICCIO (a cura di), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española*, vol. IV, Madrid, 2020, 25-40.

2. La relazione tra ordinamenti

Alla voce dei *Frammenti* dedicata all'*Autonomia*, le coordinate teoriche di Romano venivano fissate nel seguente modo:

Il concetto di autonomia non risulta formulato compiutamente se non si riferisce sia alla complessiva costituzione di un ordinamento giuridico, sia a quella dei vari elementi, oltre che delle norme, di cui esso può constare⁶.

Ora, non è possibile in questa sede soffermarsi su tutte le implicazioni che da una tale impostazione discendono; ma è forse interessante dare soprattutto spazio alla decostruzione che il giurista siciliano ne ricavava del cosiddetto *principio di esclusività o unicità di ogni ordinamento giuridico originario*, «che fa parte – egli rilevava – delle esagerate e spesso paradossali teorie kelseniane e ha trovato, anche fuori dei fedeli seguaci di esse, una non sempre meditata accoglienza»⁷.

⁶ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 38.

⁷ *Ivi*, 39. Quale esempio di fortuna dell'indirizzo kelseniano, Romano faceva rinvio al lavoro di Alessandro Passerin d'Entreves dal titolo *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto* (Torino, 1934) – ad ogni modo stimato «pregevole». Altrove (*L'ordinamento giuridico*, cit., 126, alla nota 95^{bis} aggiunta con l'edizione del 1946) la medesima tesi di Kelsen, per cui gli ordinamenti originari sarebbero «per loro natura esclusivi e, se considerati dal proprio interno, unici», era censita a partire da tre scritti (*Das Problem der Souveränität* del 1920, la *Allgemeine Staatslehre* del 1925, e il saggio dal titolo *Les rapports des système entre le droit interne et le droit international public*, apparso nel 1927 sul *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*), ed era rilevato che essa «è stata accettata, in vario senso e in varia misura, anche da molti che dissentono dalle teorie generali di Kelsen», incorrendo in «gravi contraddizioni». Tra costoro, Romano richiama una parte autorevolissima della scienza internazionalistica degli anni Trenta e Quaranta: Gaetano Morelli, Roberto Ago, Giorgio Balladore Pallieri. Sul conto di quest'ultimo, tuttavia, il giudizio si proponeva più sfaccettato: se con il saggio *Le dottrine di Hans Kelsen e il problema dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale* (1935) e, prima ancora, con *Il concetto del rinvio formale* (1929) anche Balladore Pallieri aveva espresso favore per il principio monista di esclusività, già con lo scritto *Le varie forme di rinvio e la loro applicabilità al diritto internazionale privato* (1943) questo autore iniziava a rappresentare uno dei «recentissimi tentativi di rivedere questa materia», in discontinuità rispetto alle «opinioni espresse in altri suoi precedenti scritti» (*L'ordinamento giuridico*, cit., 157, nt. 120^{ter}).

Kelsen, in effetti, nega in senso generale la possibilità di concepire simultaneamente una pluralità di ordinamenti del medesimo tipo o grado. Il monismo kelseniano è disponibile unicamente alla scelta – non rimessa al giurista – tra il primato dell'ordinamento internazionale e quello di uno solo tra gli ordinamenti statali dati.

La formulazione kelseniana del principio di esclusività postulerebbe così una identità di concetto tra il lemma “autonomia” e quello di “sovranità”, di modo che un ordinamento che sia sovrano, e che tale sia in virtù della originarietà delle sue prerogative sovrane, non potrebbe che essere, insieme, autonomo, cioè in grado di dare a sé stesso il suo diritto: *tutto* il suo diritto. Non solo perché, tautologicamente, esso non ripeterebbe quest'ultimo se non dalla sua suprema potestà giuridica; ma anche perché, al di fuori di questa, esso non scorgerebbe alcuna possibile alterità giuridica potestativa: stante il principio in parola, «quando ci si pone dal punto di vista di un dato ordinamento, per es. di quello statale, tutti gli altri ordinamenti non avrebbero, da tale punto di vista, il carattere della giuridicità, ma avrebbero il valore di meri fatti»⁸. E, appunto, com'è noto, la fortuna di questa dottrina ha dovuto, proprio nell'intento di difendere l'impostazione ora riassunta, dare un certo tipo di sviluppo alla categoria dommatica dei fatti normativi. Su tale profilo presto si tornerà trattando della organizzazione delle fonti.

Sempre per esigenze di coerenza logica, il principio in esame, notava ancora Romano, pretendeva che un ordinamento, che si vedesse attribuita una potestà normativa da parte di un ordinamento sovraordinato, non potesse distinguersi da quest'ultimo, ma in esso dovesse risultare interamente assorbito⁹. *A fortiori*, infine, immedesimazione e indistinzione dovevano valere «per ordinamenti alla cui formazione è estraneo ogni soggetto come tale, e, quindi, ogni potestà»¹⁰. In questa prospettiva, sovranità e autonomia sarebbero invariabilmente esclusive e inscindibili.

⁸ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 42.

⁹ Tale è il caso della potestà di adottare «regolamenti statali», in corrispondenza dei quali – obiettava Romano – vengono in rilievo piuttosto profili di autonoma «competenza» in capo agli organi titolari della relativa potestà (*ivi*, 38).

¹⁰ È l'analogo caso degli «enti sforniti di personalità giuridica [...]». Esempi di tali ordinamenti si rinvencono nei c.d. enti di fatto e nei loro statuti (v. art. 36 sgg. cod. civ.)» (*ibidem*). Anche qui l'obiezione era nel senso che tali enti, i quali, «nel porre un loro

È da dire che tutto ciò aveva, per Romano, il sapore di una ingessatura teorica lontanissima dalla realtà, in quanto impedirebbe di guardare convenientemente alla trama di relazioni effettivamente sussistente – e sempre suscettibile di sussistere – tra ordinamenti. Realtà, concretissima e dinamica, che imponeva, al contrario, di distinguere sovranità (ovvero originarietà), da una parte, e autonomia, dall'altra. Nonché di istituire tra di esse una alterità dialettica¹¹: in questa prospettiva, l'autonomia, da intendersi come «autolegislazione non illimitata né sovrana»¹², conosce-

ordinamento, non esercitano una loro potestà», andrebbero riconosciuti portatori di un certo elementare grado di autonomia. Sostanzialmente nel senso qui profilato da Romano si pone, ai nostri giorni, la giurisprudenza di legittimità (si veda, per es., Cass. civ., Sez. I, 26 giugno 1994, n. 6032 e Cass. civ., Sez. I, 16 giugno 2000, n. 8239).

¹¹ Romano rilevava come su tale via di pensiero si fosse in certo modo già avviata una parte, pur minoritaria, della dottrina: riferendosi a F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1940, 108, osservava che «quando da taluno i due concetti di sovranità e di autonomia si sono, non solo distinti, ma contrapposti, il problema dell'autonomia si è profilato, almeno per quanto riguarda questo punto, nei suoi giusti termini» (S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 41). Dei quali giusti termini egli tracciava anche una precisa storia: l'idea kelseniana di autonomia originaria e illimitata, infatti, aveva avuto un importante antecedente nel diritto antico, quando la *πολιτεία* era pensata indipendente in quanto capace di darsi da sé le proprie norme; ma in seguito l'idea di autonomia aveva via via preso a disgiungersi dalle vicende pratiche e teoriche della sovranità, denotando sempre più marcatamente «sfere giuridiche minori» (*ivi*, 40). Romano soggiungeva che, prima della riproposizione del concetto antico di autonomia, intervenuta attraverso il monismo kelseniano, «il rilievo di questa evoluzione» si presentava «così comune, specialmente da parte della dottrina meno recente», che esso costituiva un possesso stabile della scienza dello Stato. Romano citava in proposito, tra le altre, opere di Behrend, di Ahrens, di Brunner, nonché la voce *Autonomie*, contenuta nello *Staats-Lexikon oder Encyclopädie der Staatswissenschaften*, curata da Carl Theodor Welcker (vol. II, Lipsia, 1858³, 76-88). Uscito in quindici volumi tra il 1834 e il 1843, più 4 volumi supplementari apparsi tra il 1846 e il 1848, sotto il coordinamento dello stesso Welcker e di Karl Rotteck, lo *Staats-Lexikon* era stato forse il principale punto di riferimento della educazione politica della borghesia tedesca nel *Vormärz*.

¹² S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 40. Conforme alla posizione romaniana, risultava quella di Paul Laband, il quale trattando di *Selbstgesetzgebung*, affermava che «L'autonomia, come concetto giuridicamente rilevante, presuppone un potere pubblico non sovrano [...]. Il difetto di sovranità di questo potere legislativo appare evidente, giacché esso deve tenersi entro i limiti che il sovrano ha fissato all'autonomia» (P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* [1911⁵], vol. I, Aalen, 1964, 106-107). È da dire che la dottrina contemporanea, in Italia, non ha disperso questo inquadramento di fondo, cu-

rebbe gradazioni quantitative diversissime, che manterrebbero distinta la loro specifica qualità da quella propria della sovranità; al contempo, una progressione quantitativa – evidentemente connessa ai processi storici in cui matura l'evoluzione degli ordinamenti positivi – permetterebbe al primo termine anche di ridondare nel secondo: con ciò non annullando l'alterità, ma confermandola dialetticamente, cioè compiendo il salto qualitativo a essa sotteso. È così che un ordinamento può transitare da autonomo a sovrano, ovvero anche compiere il percorso inverso.

Naturalmente, in tale prospettiva, un ordinamento autonomo, finché è tale, intrattiene sempre un certo legame necessario, tra gli altri possibili, con un ordinamento che gli sia sovraordinato, e che sia, o si qualifichi, sovrano: da questo deriverà, in via eteronoma, tutto quanto faccia difetto al suo grado di autonomia. Possiamo anzi dire che l'eteronomia è, per l'ordinamento che è autonomo e non sovrano, il rovescio, nella sua sfera, della sovranità vantata dall'altro ordinamento, quello sovrano, cui è legato. Ma ciò non vuol dire che esso resti da quest'ultimo assorbito o con esso confuso e immedesimato, come nell'ipotesi kelseniana¹³.

stodendo di esso l'adattamento che se ne è procurato entro i contorni positivi dello Stato regionale repubblicano, ed entro la specifica configurazione che in questo assume la problematica del *tipo di stato*. Infatti, tutt'oggi è solidamente prospettata una «concezione delle istituzioni locali come articolazioni di decentramento amministrativo statale, alla quale è negata l'emersione della intrinseca politicità e la partecipazione alla "sovranità", che resta un attributo di esclusiva pertinenza dello stato centrale», cui è demandato il «compito di concretizzare e salvaguardare l'equazione tra i principi e i valori dell'unità, dell'uniformità e dell'uguaglianza». Inoltre, «l'autonomia è ricostruita dai più come la capacità delle comunità locali di dotarsi di un'organizzazione e di un ordinamento particolare e limitato per soddisfare i propri bisogni, ma pur sempre nel perimetro della sovranità statale. Di regola l'ordinamento statale, infatti, è chiamato a "fondare" o "costituire" le autonomie. E anche quando si limita a "riconoscere" le autonomie non le rende partecipi della sovranità statale. Ne consegue che l'autonomia così come non può essere posta sullo stesso piano della sovranità allo stesso tempo non può essere considerata alla stregua di una sua declinazione o manifestazione» (V. ANTONELLI, *Sovranità, Stato e pubbliche amministrazioni: indizi di una trasformazione*, in AA.VV., *Metamorfosi del diritto amministrativo. Liber amicorum per Nino Longobardi*, Napoli, 2023, 3-13, 4-5).

¹³ «Con questo esso rimane collegato per il suo fondamento, per i limiti entro i quali deve mantenersi, per i controlli cui è sottoposto, per la protezione e la tutela che può occorrergli, in breve perché l'uno e l'altro sono in certo senso reciprocamente comple-

C'è però un altro aspetto che ulteriormente contraddistingue la dottrina della pluralità degli ordinamenti. Infatti, è da osservare che l'ordinamento che si autoqualifica sovrano, e che come tale si atteggia entro la sua sfera, può essere a sua volta qualificato altrimenti da uno o più ordinamenti ancora diversi. In tal caso, convivranno entrambe le qualificazioni, valide ed effettive secondo il punto di vista a partire dal quale esse sono proiettate, nonché secondo la soglia effettuale fino alla quale tali opposti punti di vista saranno, in concreto, fatti valere¹⁴.

In altri termini, ancorché in linea di principio polarità opposte, autonomia e sovranità convivono, in base a profili distinti che possono l'uno all'altro in concreto sovrapporsi nella stessa figura soggettiva. Ciò, per altro, si dà in via strutturale tutte le volte che un ente sovrano venga a essere considerato (non nella relazione orizzontale e volontaria con un altro ente sovrano, ma) nel contesto di una dimensione ordinamentale ancora più vasta, dalla quale esso sia inesorabilmente limitato e reso condizionato: tale più vasto contesto forma tipicamente il caso dell'ordinamento internazionale. Dello stesso tenore, e, anzi, con contorni ancor più accentuati, è pure la collocazione di uno Stato all'interno di compagini interstatali via via più circoscritte e determinate, come una confederazione di Stati, nonché – è pure opinione di Romano – una federazione di Stati. Dunque, l'ordinamento statale, nella sfera di quel diverso ordinamento che è la comunità internazionale, rileva sul piano giuridico in quanto autonomo e delimitato. Appunto, delimitato e vincolato dalla comunità internazionale. Al contempo, esso si conserverà sovrano, cioè provvisto della «suprema potestà di governo secondo un ordinamento originario»¹⁵, nel dominio del suo diritto interno: verso gli ordinamenti, a vario titolo autonomi e in vario grado radicati entro siffatto dominio.

mentari, ma tutto ciò non esclude, anzi implica la loro irriducibile distinzione» (S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 46).

¹⁴ «Un ordinamento che da sé si qualifica ed è originario può da un altro ordinamento originario essere qualificato e trattato come non originario» (*ivi*, 43). Questo continuo dislocarsi della prospettiva, a partire da un centro volta a volta sempre nuovo, dal quale le relazioni con altri centri si riformulano secondo il concreto modo d'essere delle situazioni inter-istituzionali, è il cuore metodologico dell'anti-monismo (e anti-kelsenismo) romaniano. Esso è massimamente svelato in sede di teoria generale; ma non può mancare di spiegare indirette conseguenze pure in sede dommatica.

¹⁵ *Ivi*, 41.

3. *L'organizzazione delle fonti*

Nella medesima prospettiva, il discorso può procedere portando l'attenzione al profilo riguardante le fonti. Lo stesso diritto internazionale privato, in quanto eccede il solo ordinamento dello Stato, risulta, insieme, espressione tanto di sovranità (dello Stato che lo pone), quanto di una potestà di autonomia (che al medesimo Stato compete «di fronte agli altri Stati»¹⁶: cioè, una potestà permessa e limitata dal diritto internazionale pubblico). Di fronte poi al diritto oggettivo specificamente posto da un altro Stato¹⁷, un qualsiasi ordinamento statale può formulare un *giudizio di rilevanza*, così come, alternativamente, di *non rilevanza*. Nel primo caso (spesso segnato dall'impiego della tecnica del rinvio), può anche «prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso ha in sé e per sé, in base alle sue norme», dunque «limitatamente a certi effetti e in certa misura, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli»¹⁸.

Si può dire ora guadagnata la possibilità di tornare su un punto che si era evocato, cioè sulla problematica dei fatti normativi in quanto implicazione del principio di esclusività e unicità, così come frainteso – direbbe Romano – dai malaccorti seguaci di Kelsen.

In effetti, un problema pregnante si è posto con la questione della diretta efficacia interna di norme straniere richiamate da disposizioni internazionali-privatistiche. Nonostante si tratti di norme di un altro ordinamento, della cui fonte di produzione non può essere dubitabile la natura volontaria, per lunghi decenni la dommatica ha insegnato che l'atto di

¹⁶ S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1939⁴, 10.

¹⁷ In questo caso delimitiamo il discorso all'ambito internazionale-privatistico, ma esso ha, nell'ipotesi romaniana, portata teorica generale. Ricche sono, per esempio, anche le applicazioni che l'autore ne prospettava nel diritto ecclesiastico.

¹⁸ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 42-43. La prospettiva, parimenti, può essere ribaltata insediando il punto di vista nell'ordinamento internazionale, a partire dal quale pure si estendono giudizi di rilevanza verso il diritto degli Stati: infatti, «il diritto statale imposto, vietato o permesso dal diritto internazionale, è *diritto interno internazionalmente rilevante*»; al contrario, «il resto del diritto interno è *internazionalmente irrilevante*, anche quando regola materie attinenti ai rapporti con gli altri Stati, se il diritto internazionale lo ignora o non se ne occupa» (S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, cit., 51; corsivi di Romano).

produzione delle norme straniere dovesse degradare a mero fatto dal punto di vista dell'ordinamento interno. Si argomentava, infatti, che proprio il principio di esclusività di un ordinamento andasse inteso non solo «nel senso che rispetto ad esso sono rilevanti solo le valutazioni giuridiche derivanti dalle sue norme», ma anche nel senso che risulti ammissibile, per questo stesso ordinamento giuridico, «contemplare [...] delle valutazioni giuridiche attribuite ad una norma o ad un atto da un ordinamento straniero» soltanto «come fatti rispetto a sé rilevanti»¹⁹.

Siffatta impostazione aveva trovato proprio in Santi Romano, e con lui in Emilio Betti, due oppositori assai pugnaci. Per Romano contava la realtà e contava la sua varietà aperta al possibile. Non, all'opposto, la stringente ma pure soffocante logica di «coloro che rimangono ancora fermi al domma della statualità del diritto»²⁰.

¹⁹ T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, vol. II, Roma, 1938, 42. Nello stesso senso si è autorevolmente pronunciato V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984⁵, 174 ss., ma ammettendo significativamente «il carattere artificiosamente concettuale» della figura degli atti normativi o delle norme straniere considerati come “fatti” dal punto di vista dell'ordinamento rinviante (ivi, 175 ss.), cioè delimitando il discorso al punto di vista dommatico: centro pressoché inamovibile dello sforzo dottrinale di questo autore. Più in generale, inoltre, a proposito dell'«impenetrabilità» dell'ordinamento statale da parte di altri ordinamenti, Crisafulli si mostrava ben più storicamente avvertito di Perassi, e sostanzialmente custode della lezione romaniana, allorché rilevava che «una tale esclusività, nella quale finisce per risolversi, agli effetti pratici, il moderno concetto della sovranità, va intesa, con riguardo allo Stato, in senso storico, piuttosto che in senso logico; come *effettiva possibilità* di escludere dal proprio ambito qualunque altra autorità, piuttosto che come astratta pretesa a porsi come esclusivamente valido» (ID., *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. I, Padova, 1961, 80, corsivo nostro). Di contro, T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale* (1917), in ID., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1958, 243 ss., aveva enunciato una dommatica delle fonti che considerava, quasi assiomaticamente, propria di qualsiasi ordinamento giuridico, cioè valida anche in sede di teoria generale.

²⁰ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 48. Proprio il secondo volume delle *Lezioni di diritto internazionale* di Tomaso Perassi si trovava all'attenzione di Romano quando, in schietta polemica anche con Morelli e Ago, ne censurava le opinioni «insanabilmente contraddittorie», osservando che «lo Stato che rinvia ad una norma di altro Stato considera questa norma nel suo contenuto particolare, ma non come avulsa dall'ordinamento di cui è parte. Anzi, la considera giuridica precisamente perché e finché essa è giuridica nello Stato straniero, perché e finché essa appartiene all'ordinamento di quest'ultimo». Precisamente, la contraddizione in cui versavano costoro, ad avviso di Romano, era quella per cui

Il principio che ogni ordinamento originario è sempre esclusivo, deve intendersi nel senso che esso può, non che debba necessariamente negare il valore giuridico di ogni altro: [...] può prenderlo in considerazione attribuendogli un carattere diverso da quello che esso si attribuisce da sé e quindi, se crede, può considerarlo un mero fatto; ma non si vede perché non possa riconoscerlo come ordinamento giuridico, sia pure in certa misura e per certi effetti, nonché con le qualifiche che potrebbe ritenere opportuno conferirgli²¹.

Ad avviso di Betti, la conclusione che le valutazioni giuridiche di altri ordinamenti dovessero risultare nient'altro che estranee alla *lex fori*, salvo porsi, al più, alla stregua di meri fatti, era sintomo della «posizione gnoseologica del solipsismo»:

posizione in cui il soggetto psichico singolo fa di sé il centro dell'universo, centro del cosmo della conoscenza, ed a ciò che gli si contrappone non riconosce altra dignità che quella di oggetto, di mero fatto, oggetto che non ha propria consistenza in sé, ma in tanto sussiste in quanto il soggetto lo conosce. Ebbene cotesta posizione è falsa sul terreno gnoseologico; del pari falsa sul terreno giuridico è la nozione di esclusività così intesa. Sul terreno politico, l'indirizzo rigidamente formalistico [...] corrisponderebbe alla posizione politica di un gretto e angusto nazionalismo, il quale non riconosca pari dignità a comunità etniche o nazionali diverse da quelle dello stato da esso rappresentato. In realtà, il fenomeno della esclusività che si crede di rinvenire nell'ordinamento statale ha ben altro senso; e questo senso è bene intuito da Santi Romano²².

Spendendo argomenti in parte diversi, Romano e Betti tratteggiavano una versione dell'esclusività che rifuggiva gli irrigidimenti e che risultava irriducibile a quella in via di consolidamento nella dommatica delle fonti. Questa appariva a entrambi, nello stesso tempo, contraddittoria ed erroneamente formalistica, cioè obbediente a un formalismo frainteso.

essi «negano, nel caso in esame, la figura del rinvio recettizio, ma ciò nonostante, continuano a parlare di una vera e propria incorporazione delle norme cui si rinvia nell'ordinamento che opera il rinvio» (*L'ordinamento giuridico*, cit., 157, nt. 120^{ter}).

²¹ S. ROMANO, *Autonomia*, cit., 42-43. Lo stesso passo qui citato, redatto nel 1945 con lo scritto di cui è parte, rifluisce ne *L'ordinamento giuridico*, cit., 126, nt. 95^{bis}, aggiunta alla seconda edizione del 1946.

²² E. BETTI, *Problematica del diritto internazionale*, Milano, 1956, 129, che, come Romano, si richiama direttamente al lavoro di Perassi del 1938.

Tuttavia, nonostante la loro grande autorevolezza, non pare che su tale problema siano riusciti a lasciare un segno decisivo negli anni in cui presero parte al relativo dibattito.

Non si ha qui modo di seguire cosa ulteriormente sia stato di quest'ultimo²³, né di prendere in esame altri tipi di fonte cui Romano pure presta attenzione. Si può soltanto velocemente concludere.

4. Conclusioni

Si è tentato di mostrare come lo spessore teorico entro cui si muoveva Romano tenga fortemente legati ambito giusfilosofico e ambito sistematico. E come in quest'ultimo si mettano al lavoro i quadri dommatici emergenti dal concreto modo d'essere degli ordinamenti e del loro diritto oggettivo, secondo il loro situarsi nella storia.

L'unità di tali distinti profili pare confermata, per esempio, dalla vicenda che ha interessato la caducazione dell'ordinamento corporativo, sulla quale si può forse fare un breve esercizio conclusivo di applicazione delle mappe teoriche romane: in seguito al colpo di Stato monarchico del luglio '43 (secondo la dommatica tradizionale, fatto normativo *extra ordinem*), il regime di transizione verso il nuovo ordinamento statale (esso stesso nuovo ordinamento *pro tempore*), ha soppresso l'ordinamento corporativo (un ordinamento autonomo) attraverso la soppressione delle relative fonti, vale a dire abrogando le relative norme di legittimazione (*ex art. 43 d.lgs. lgt., 23 novembre 1944, n. 369*).

Peraltro, è interessante come qui emerga che la soppressione di un certo tipo di fonte non necessariamente investa le norme a suo tempo prodotte da quella medesima fonte, purché tanto prescriva la stessa norma abrogatrice, che, nel caso richiamato, mantenne applicabili i contratti collettivi e gli accordi economici «corporativi» in via transitoria, esprimendo un giudizio di rilevanza circoscritto a singoli atti-fonte; non pure, invece, alla fonte-atto in quanto tale, né al suo ordinamento particolare.

²³ Sono al riguardo lucidissimi i contributi di C. PINELLI, *Costituzione e principio di esclusività. I. Percorsi scientifici*, Milano, 1989, 189 ss.; Id., *Fonti fatto e fatti normativi extra ordinem*, in *Rivista italiana per le Scienze Giuridiche*, nuova serie, 1, 2010, 241-257.

LA (DIS)OBEDIENZA AL DIRITTO INGIUSTO TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA

Grazia Donato

1. Introduzione

Il presente contributo si propone di indagare il tema della obbedienza, o disobbedienza, al diritto ingiusto attraverso un dialogo tra due dei principali filosofi del diritto del Novecento: Herbert Hart e Gustav Radbruch.

L'argomentazione che s'intende avanzare muove da una rilettura della concezione hartiana di accettazione interna, per riflettere intorno a un concetto di obbedienza al diritto che, prendendo le distanze tanto dal modello del bandito quanto da quello della morale, promuove una terza via rispetto a due delle principali cause che tradizionalmente vengono ricondotte all'adempimento di un obbligo giuridico. Tale tipo di adesione, secondo la tesi che si intende qui sviluppare, risulta problematica nei casi in cui ragioni morali, dapprima escluse dal proprio rapporto con il diritto, impongono, in determinate circostanze, la disobbedienza.

Sullo sfondo del diritto nazista, il confronto tra Hart e Radbruch consentirà di analizzare il tema della disobbedienza come terreno di contesa tra la sfera morale e quella giuridica.

2. L'accettazione interna come terza via

Come è noto, nella visione hartiana, affinché il diritto sia considerato valido è necessaria non soltanto un'adesione esterna, cioè la generale obbedienza da parte dei cittadini – e qui ciò che motiva l'adempimento può essere di diversa natura (conformismo, timore della sanzione, giudizi di valore intorno alla norma) – ma occorre anche che la norma sia accettata dal punto di vista interno, perlomeno da parte degli *officials*, cioè dei funzionari, dei giuristi. Tale accettazione riposa sulla capacità di ricono-

scere un sistema di norme come criterio per la propria condotta e, di conseguenza, come fonte di critica per le deviazioni proprie e altrui da quanto previsto dalla legge¹.

Analizzando il presupposto del punto di vista interno rispetto al tema dell'obbedienza, chi rispetta il diritto non è mosso dal timore di una sanzione, né da ragioni morali, ma vi adempie *come se*² si riconoscesse in quelle norme. È in questo senso che il concetto di punto di vista interno³

¹ La distinzione tra aspetto esterno e interno presuppone la riflessione hartiana intorno alla differenza tra regole sociali e abitudini. Difatti, ciò che distingue i due termini consiste non soltanto nella percezione del *dovere* di seguire un determinato comportamento e, di conseguenza, di considerarne la deviazione come una *buona ragione per la critica*, ma, soprattutto, nell'adesione, nel caso delle regole sociali, dal punto di vista interno, assente, invece, nel caso dell'abitudine. Al contrario, come sottolinea Schiavello, l'atteggiamento esterno è ciò che è comune tanto ai "comportamenti regolari", quanto ai "comportamenti regolati". Esso si può rinvenire, pertanto, sia nell'adesione a una norma, sia nell'abitudine, in quanto coincide con la regolarità di comportamenti convergenti che si può riscontrare sul piano empirico (cfr. A. SCHIAVELLO, *An immense task: Hart sull'obbligo di obbedire al diritto*, in *Analisi e diritto*, 2012, 153-173).

² Seppur mossi da presupposti ed esigenze differenti, è possibile rintracciare delle analogie tra il concetto hartiano di accettazione interna e l'idea weberiana di obbedienza. In particolare, l'espressione "come se" qui evidenziata rimanda alla distinzione tra osservanza e obbedienza che Lo Giudice, in relazione al tema della legittimità, mette in luce in *La democrazia infondata*. Riprendendo la concezione weberiana, l'autore definisce l'obbedienza come espressione di un rapporto formale con un potere riconosciuto come *legittimo*, perciò, «irriducibile al mero adeguamento alla volontà altrui». Per Weber, infatti, «l'«obbedienza» indica che l'agire di colui che obbedisce si svolge essenzialmente come se egli, per suo stesso volere, avesse assunto il contenuto del comando per massima del proprio atteggiamento – e ciò semplicemente a causa del rapporto formale di obbedienza, senza riguardo alla propria opinione sul valore o sul non-valore del comando in quanto tale» (M. WEBER, *Economia e Società. Vol. 1. Teoria delle categorie sociologiche*, a cura di P. Rossi, trad. it. di T. Baglioni, F. Casablanca, P. Rossi, Roma, 1995, 209). L'azione conforme alla prescrizione deriva, pertanto, non dalla condivisione del suo contenuto assiologico, bensì dal rapporto formale di obbedienza; il soggetto agisce «come se si stesse rispondendo a una propria determinazione soggettiva». L'osservanza, per contro, si configura come un adeguamento esterno al comando, non come un atto che l'individuo compirebbe per sua volontà (cfr. A. LO GIUDICE, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Roma, 2012, 47-49).

³ Per Hart, l'adesione interna o esterna è empiricamente verificabile tramite l'analisi delle espressioni linguistiche che si accompagnano a questi atteggiamenti. L'autore illustra questa condizione attraverso la differenza tra le affermazioni "il diritto stabilisce

consente di pensare una riduzione dello scarto tra autonomia ed eteronomia della norma giuridica, cioè, tra la norma che promana dal soggetto stesso e la norma che viene imposta dall'esterno. L'aspetto interno potrebbe essere inteso, quindi, come una terza via rispetto al cosiddetto modello del bandito⁴, quindi a un diritto al quale si presta obbedienza per timore della sanzione, e al modello della morale, che individua il dovere di adempimento al diritto in ragioni morali.

L'obbedienza al diritto, dunque, in questa sua natura bifronte, che richiede tanto un'osservanza generalizzata, quanto l'accettazione dal punto di vista interno, è una obbedienza cieca rispetto al contenuto della singola norma, un'obbedienza prestata al diritto in quanto tale, a prescindere dal suo contenuto assiologico.

In questa sede si intende tralasciare la natura della ragione che sottostà all'obbedienza al diritto così come proposta dal modello hartiano⁵, limitandosi, invece, a considerare il fatto che, pur assumendo la norma come criterio critico-riflessivo, si esclude la ragione morale dalla obbedienza al diritto, cioè, che l'obbligo giuridico di obbedire al diritto non è sostenuto da una ragione morale. Afferma, infatti, Hart:

che..." e "in Inghilterra il diritto stabilisce che..." (cfr. H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002, 119-120): mentre la seconda affermazione, limitandosi a descrivere il contenuto delle regole di un sistema giuridico, manifesta un punto di vista esterno, cioè, descrive il diritto come se lo si osservasse *ab extra* rispetto all'ordinamento, la prima è un'attestazione tipica di chi adotta il punto di vista interno, indice di una partecipazione a quel diritto, di un'interiorizzazione di esso.

⁴ Per ragioni di sintesi si utilizza qui l'espressione "modello del bandito" in riferimento a quelle concezioni che basano l'obbedienza al diritto sul timore della sanzione. È però opportuno precisare che quello del bandito è il modello che Hart assume come bersaglio per contestare la concezione imperativista che intende il diritto come un ordine sostenuto da minacce. Sul punto, è particolarmente rilevante la distinzione che Hart propone tra *avere un obbligo* ed *essere obbligati*: mentre quest'ultima può essere associata al modello del bandito, poiché l'esecuzione di quanto comandato si basa sulla percezione del singolo rispetto alla situazione, una percezione contingente, mutevole, che ha a che fare con lo stato psicologico del soggetto – cioè con la consapevolezza che in caso di disobbedienza gli verrà inflitto un male –, nel caso del diritto, invece, l'obbligo prescinde dalla propria percezione; esso, difatti, persiste anche nel caso in cui si ritenesse irrilevante la conseguenza associata alla disobbedienza.

⁵ Per un'approfondita trattazione, v. A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa, 2010.

Sebbene ciò che è giuridicamente obbligatorio possa essere anche, ed è spesso, moralmente obbligatorio, le loro connessioni, quando ciò accade, non sono né necessarie né concettuali, ma contingenti. In questo modo, un uomo può avere un obbligo giuridico di comportarsi in un certo modo quando non esiste alcuna ragione morale per farlo e buone ragioni morali per agire in modo contrario⁶.

Questo aspetto assume particolare rilievo quando, invece, la ragione morale subentra imponendo la disobbedienza al diritto.

Posto, infatti, che l'accettazione interna non implica la condivisione del medesimo orizzonte di valori e che, di conseguenza, tale forma di adesione è possibile rispetto a qualsiasi contenuto normativo, diventa lecito domandarsi: cosa rimane dell'adesione interna al diritto posto quando quel diritto si risolve in un mero strumento di potere per la commissione dei crimini più efferati? Come adempiere all'obbligo giuridico quando la propria coscienza morale reclama il diritto di opporsi a simili nefandezze?

Attraverso un confronto tra la posizione di Herbert L.A. Hart e Gustav Radbruch, si analizzerà il tema della disobbedienza al diritto ingiusto come terreno di contesa tra la sfera del diritto e quella della morale.

3. Disobbedienza: questione giuridica o politico-morale?

La risposta agli interrogativi summenzionati, per entrambi i filosofi, è la medesima: una legge intollerabilmente ingiusta richiede la disobbedienza. Tuttavia, nelle due prospettive, essa assume connotazioni differenti, presentandosi ora come *dovuta*, in quanto relativa alla sfera giuridica, ora come *possibile*, in quanto attinente alla sfera politica e morale.

Come è noto, la formula di Radbruch afferma che quando il diritto manifesta un contenuto *estremamente* e *volutamente* ingiusto – cioè, che non soltanto non realizza il principio di giustizia ma che nemmeno tende a essa⁷ – quella legge non soltanto perde la sua validità ma anche la sua

⁶ J.R. PÁRAMO ARGÜELLES, *Entrevista a H.L.A. Hart*, in *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 5, 1988, 345.

⁷ Sebbene la Formula di Radbruch rimanga, a tratti, vaga e non chiarisca quale sia il criterio di intollerabilità, quale sia quel diritto che “nemmeno tende alla giustizia”, pur-

giuridicità, configurandosi quindi come *nicht-recht*, non-diritto. Ciò non soltanto renderà *possibile* disobbedirvi ma lo renderà *necessario*. La differenza tra la possibilità e la necessità assumerà un peso specifico nei casi in cui si sarà tenuti a giudicare soggetti che, sotto le vesti della legalità, hanno commesso i crimini più efferati; ne sono un esempio il processo di Norimberga o i processi relativi ai cosiddetti “omicidi del muro”⁸.

Invero, anche la soluzione offerta da Hart, seguendo la tesi che afferma «questa è una legge; ma è troppo iniqua per applicarla od obbedirla»⁹, prevede la disobbedienza di fronte alle leggi moralmente inique. Tuttavia, in questo caso, il diritto estremamente iniquo resta diritto, perciò, chi vi disattende è chiamato ad assumersi la responsabilità e le conseguenze giuridiche di questo atto.

È qui che si evidenzia la maggiore distanza tra le visioni dei due filosofi, nonché uno degli aspetti centrali della critica che Hart rivolge a Radbruch.

Per il giurista britannico, infatti, la disobbedienza rimane un affare della coscienza e non intacca i criteri di validità della legge. Far coincidere ciò che è giusto con ciò che è posto, secondo Hart, priverebbe il singolo di esercitare il proprio spirito critico in rapporto al diritto, come se ciò potesse implicare una sorta di legittimazione acritica del diritto da

troppo, il ventesimo secolo offre svariati esempi di azioni che non lasciano spazio al fraintendimento, che esprimono chiaramente il concetto di limite di tollerabilità di ingiustizia ampiamente superato. Difatti, come scrive Vassalli: «l'Olocausto e gli altri orrori perpetrati dal nazionalsocialismo, le fosse di Katyn dove i sovietici (allora alleati dei nazisti) massacrarono e seppellirono decine di migliaia di ufficiali polacchi soltanto perché polacchi e perché ufficiali, gli orrori perpetrati dopo la seconda guerra mondiale in Cambogia e in altri sventurati paesi dell'Asia e dell'Africa, i mutilati degli arti, i decapitati dopo tortura in Cile dopo l'11 settembre 1973 e le persone fatte sparire gettandole in mare dall'alto sotto il regime dei generali e degli ammiragli argentini sempre negli anni Settanta, l'impiego di gas tossici e nervini in alcuni conflitti di questo stesso secolo, sono fatti tutti intollerabili per il senso minimo di umanità e di giustizia, sì che il parlare nei loro confronti di attuazione di leggi o di diritto è francamente ripugnante». (G. VASSALLI, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei “delitti di Stato” nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Milano, 2001, 285).

⁸ Per un'approfondita trattazione dell'applicazione della formula di Radbruch nel contesto post-bellico e post-caduta del muro di Berlino, v. *ivi*.

⁹ H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., 242.

parte dei consociati, come se ciò rendesse non più necessario impegnarsi a discernere il bene dal male.

Commentando un caso di “ingiustizia legale”¹⁰ commesso durante il Terzo Reich e la relativa sentenza che condannò una donna per aver denunciato il marito secondo una «norma di legge contraria ad ogni sana coscienza e al sentimento di giustizia di ogni essere umano decoroso»¹¹, scrive Hart nel saggio *Il positivismo giuridico e la separazione tra diritto e morale*:

quando si presenta un dubbio morale, bisogna affrontarlo e non soffocarlo. Quelle spinose situazioni in cui la vita ci impone di dover scegliere il minore tra due mali, sono situazioni che devono essere affrontate con la precisa coscienza di quello che sono. Il guaio di impiegare il criterio, secondo cui, una volta superato un certo punto limite, ciò che è immorale non può essere considerato più come legale o legittimo, è che in questo modo viene occultata la vera natura dei problemi che si devono affrontare [...]¹².

¹⁰ Il caso in questione riguarda il processo di una donna che, in epoca nazista, aveva denunciato il marito per aver espresso opinioni negative sul conto di Hitler, causando così la sua condanna a morte. Al tempo non vi era l'obbligo di riferire quanto detto dal marito, ma era chiaro che simili considerazioni potessero suonare come vilipendio nei confronti del governo che, difatti, lo arrestò. Al processo dinnanzi il tribunale della Germania occidentale, la donna giustificò se stessa sostenendo di aver agito in conformità alla legge, ma la Corte di appello, giudicando quelle leggi inique e, dunque, non valide, decise di condannare la donna. Nella lettura di Hart, per quanto fosse desiderabile la punizione di autori di simili nefandezze, sarebbe stato più onesto comminare la pena espletando il sacrificio del principio di irretroattività tanto caro a ogni ordinamento giuridico piuttosto che bollare quelle leggi come invalide. Il filosofo, dunque, intendeva mettere in discussione l'applicazione di uno dei capisaldi del giuspositivismo piuttosto che rievocare l'antica disputa tra diritto positivo e diritto naturale. Per Hart, infatti, punire la donna per mezzo di una legge apertamente retroattiva avrebbe chiarito l'importanza del problema e la necessità di optare per il male minore.

¹¹ H.L.A. HART, *Il positivismo giuridico e la separazione tra diritto e morale*, in H.L.A. HART, *Contributi all'analisi del diritto*, a cura di V. Frosini, Milano, 1964, 149.

¹² *Ivi*, 150.

E prosegue:

se noi vogliamo parlar chiaro [...] allora dobbiamo dire che le leggi possono essere sì giuridicamente valide, ma che, se esse sono inique, lo stesso non vanno osservate. E questa è una forma di protesta morale, che è comprensibile a chiunque, e che sollecita dalla coscienza morale una pronta e sicura adesione¹³.

Come si evince da quanto riportato, per Hart, la questione non è giuridica, bensì politica e morale. Sovrapporre le dimensioni comporta il rischio di confondere il destinatario di quelle norme e non apportare alcuna utilità nei termini di una lotta alle ingiustizie. Secondo il filosofo oxoniense, infatti, sostenere che una legge ingiusta non è una legge non condurrebbe a una maggiore resistenza al male; al contrario, ogni legge dovrebbe passare al vaglio della morale. Solo un “concetto ampio di diritto” – così come lo definisce Hart – consentirebbe alla coscienza di esercitarsi a lottare contro i regimi totalitari.

A partire da tali presupposti, si intendono analizzare i possibili risvolti delle due posizioni.

Per quanto concerne il ruolo che il “concetto ristretto di diritto” – cioè, il concetto di diritto *à la* Radbruch – assume entro un regime ingiusto, cioè, la sua utilità nei termini di una resistenza al male, è chiaro che anche le argomentazioni più inattaccabili dal punto di vista teorico rischiano di cedere dinnanzi alla prassi, ma ciò vale per la tesi di Radbruch al pari di quella hartiana.

In primo luogo, per riflettere intorno alla resistenza al male nei termini di una fattuale opposizione a un regime ingiusto, riprendendo le considerazioni di Robert Alexy, esposte in *Concetto e validità del diritto*, è possibile affermare che una teoria “non-positivista”, qual è quella di Radbruch nella lettura del neocostituzionalista, al pari del modello opposto, possa avere un ruolo assai marginale nell’effettivo contrasto del regime totalitario. Tuttavia, a differenza del secondo, il primo può quanto meno esercitare il cosiddetto “effetto-rischio”: un giudice o un funzionario, “né un santo né un eroe”, un soggetto che, riflettendo sul proprio “rapporto costi-benefici”, non rifiuterebbe di collaborare con un regime

¹³ *Ivi*, 151.

ingiusto, se, sulla base dell'esperienza storica, sapesse che al crollo dello "Stato di non-diritto" potrebbe essere giudicato secondo un modello "non-positivistico", si sentirebbe spinto «a sottrarsi o a moderare la sua partecipazione a quella stessa ingiustizia»¹⁴. La soluzione proposta da Radbruch, quindi, se considerata durante il regime iniquo, per quanto di dubbia efficacia, potrebbe risultare comunque più vantaggiosa di quella offerta dal modello positivista.

In secondo luogo, invece, se si considera la critica a Radbruch, nei termini di un modello che, appiattendo ciò che è giusto su ciò che è posto, priva i soggetti di sviluppare una valutazione morale del diritto, sempre seguendo le argomentazioni di Alexy, l'osservazione di Hart potrebbe risultare inadeguata. Questa, infatti, non tiene conto del fatto che la coincidenza tra diritto e morale, nella teoria del filosofo tedesco, si verifica solo oltre un'elevata soglia di ingiustizia, sotto la quale, invece, la coscienza del singolo è libera di valutare soggettivamente la conformità tra il contenuto della norma e i propri principi morali.

Dopo aver considerato, attraverso le argomentazioni di Robert Alexy¹⁵, alcune delle possibili risposte alle critiche mosse da Hart alle tesi radbruchiane, occorre, d'altra parte, valutare quali possano essere i vantaggi nel relegare la questione a una dimensione politica e morale e non alla sfera giuridica. Tuttavia, per analizzare le implicazioni della proposta hartiana è anzitutto necessario comprendere quale sia il "tipo di morale" che dovrebbe opporre resistenza al diritto ingiusto.

4. Quale morale per la disobbedienza?

Se la coscienza morale cui si riferisce Hart rimanda a una *moralità accettata*, condivisa dai più, sorge la domanda: come riuscire a lottare contro un sistema ingiusto se la morale convenzionale è stata presa in

¹⁴ R. ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, trad. it. di F. Fiore, Torino, 1997, 52.

¹⁵ Sono qui brevemente menzionati solo alcuni dei numerosi argomenti che Alexy adduce per difendere la tesi radbruchiana dalle numerose critiche mosse nei suoi riguardi. Per una trattazione completa cfr. *ibidem* e R. ALEXY, *A defence of Radbruch's formula*, in D. DYZENHAUS (a cura di), *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Oxford, 1999, 15-39.

ostaggio dall'ideologia nazista? In che termini è possibile attribuire alla coscienza morale il dovere di disobbedienza a un ordine nefando quando questa stessa coscienza è distorta e compromessa da un regime totalitario che esercita un controllo pervasivo non soltanto sul comportamento esterno ma anche sul foro interno?

Immane riferimento, a tal proposito, sono le splendide parole di Hannah Arendt, volte a sottolineare la radicale alterazione della sfera psicologica e morale dell'individuo operata dal totalitarismo:

E come nei paesi civili la legge presuppone che la voce della coscienza dica a tutti “Non ammazzare,” anche se talvolta l'uomo può avere istinti e tendenze omicide, così la legge della Germania hitleriana pretendeva che la voce della coscienza dicesse a tutti: “Ammazza,” anche se gli organizzatori dei massacri sapevano benissimo che ciò era contrario agli istinti e alle tendenze normali della maggior parte della popolazione. Il male, nel Terzo Reich, aveva perduto la proprietà che permette ai più di riconoscerlo per quello che è — la proprietà della tentazione. Molti tedeschi e molti nazisti, probabilmente la stragrande maggioranza, dovettero esser tentati di non uccidere, non rubare, non mandare a morire i loro vicini di casa (ché naturalmente, per quanto non sempre conoscessero gli orridi particolari, essi sapevano che gli ebrei erano trasportati verso la morte); e dovettero esser tentati di non trarre vantaggi da questi crimini e divenirne complici. Ma Dio sa quanto bene avessero imparato a resistere a queste tentazioni¹⁶.

Come, dunque, se si intende nella sua accezione positiva, sociale, si può affidare alla coscienza morale il dovere di disattendere un ordine nefando in un contesto in cui la discriminazione e l'assassinio del diverso sono presentati come il bene, come il fine da perseguire?

Difatti, come sostiene Alberto Burgio in *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista*, tutt'altro che privo di un contenuto assiologico, «il discorso etico-morale del nazismo» è stato «uno dei più efficaci strumenti della sua iniziativa egemonica»¹⁷. E prosegue: «la connotazione “morale” delle pratiche discriminatorie e persecutorie

¹⁶ H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, a cura di P. Bernardini, Milano, 1964, 156-157.

¹⁷ A. BURGIO, M. LALATTA COSTERBOSA, *Orgoglio e genocidio. L'etica dello sterminio nella Germania nazista*, Bologna, 2016, 197.

contribuì a liberare una violenza estrema, senza remore né limiti»¹⁸. Il regime nazista, infatti, non esclude una propria dimensione della giustizia, seppur si tratti di una concezione «perversa e paradossale di giustizia»¹⁹, in grado di «favorire la sospensione del giudizio critico nelle persone»²⁰ e «rendere disponibile un potente alibi autoassolutorio»²¹. Come, quindi, è possibile combattere un regime ingiusto con la morale positiva se la morale positiva, la “morale nazista”, è una morale funzionale allo sterminio?

Se, invece, la morale che sollecita la disobbedienza è la morale critica, cioè la morale che ogni individuo dovrebbe vantare in modo più o meno indipendente dal contesto sociale in cui si trova, non si corre il rischio di accreditare una teoria che, per lasciare spazio alla valutazione soggettiva della moralità del diritto, mette a repentaglio la stabilità dell’ordinamento stesso? Sostenere la necessità della disobbedienza alle leggi in contrasto con la propria idea di giustizia non comporta il rischio che l’insieme delle morali individuali comprometta il corretto funzionamento di un ordinamento, il cui fine è quello di regolare la convivenza umana per soddisfare il “desiderio di vivere” di ogni individuo? Lo stesso Radbruch già negli scritti prebellici presentava la figura del *reo* per convinzione, l’*Überzeugungsverbrecher*, colui che delinque non per soddisfare le proprie esigenze egoistiche ma perché non condivide il medesimo orizzonte assiologico dello Stato. Tuttavia, seppur destinatario di un trattamento differente²², anch’egli doveva essere punito al fine di garantire l’ordine entro la società, garantire la realizzazione del principio della certezza giuridica.

Ponendo, invece, la coscienza del singolo al primo posto rispetto al tema della disobbedienza come, consapevoli della pluralità delle *Weltanschauung*, è possibile attribuire a essa le sorti della giustizia? Sulla base

¹⁸ Ivi, 199.

¹⁹ M. LALATTA COSTERBOSA, *Alla ricerca del diritto perduto*, in G. RADBRUCH, *Diritto e no. Tre scritti*, a cura di M. Lalatta Costerbosa, Milano, 2021, 147.

²⁰ Ivi, 20.

²¹ *Ibidem*.

²² In quanto *andersdenken*, portatore di un pensiero differente, per Radbruch, la pena da comminare al *reo* per convinzione non doveva avere un fine vendicativo o rieducativo, poiché il delinquere non è inteso come sintomo di inferiorità valoriale ma come diversità. Per tale ragione, la lotta contro l’*Überzeugungsverbrecher* doveva svolgersi all’insegna della tolleranza e nel rispetto della altrui *Weltanschauung*.

di quale criterio è possibile riconoscere e stabilire quale sia la morale “giusta” e quale quella perversa?

La riflessione di Radbruch, sebbene a tratti vaga e lacunosa, integrando, soltanto oltre una certa soglia, la questione morale con quella giuridica, non offre maggiori garanzie ai diritti degli individui e alla loro pacifica convivenza?

Secondo la tesi che si intende sostenere, il rischio dettato dall'affidare la disobbedienza alla sola morale critica viene mitigato in Radbruch dal fatto che, nonostante il suo relativismo gnoseologico – l'idea dell'assenza, o quanto meno dell'inconoscibilità, di un giusto in senso assoluto – attribuisca al singolo la possibilità di disattendere quel diritto che non si confà alla propria morale, tale disobbedienza, almeno negli scritti prebellici, incontra un limite: la coscienza del giudice. Se i comuni cittadini possono disobbedire al diritto in contrasto con la propria morale, il giudice deve, invece, compiere un *sacrificium intellectus*, cioè, «sacrificare la propria sensibilità giuridica al comando autoritativo del diritto, chiedersi solo cosa rivela secondo diritto, giammai se esso sia anche giusto»²³ e ciò poiché «per quanto ingiusto possa essere il contenuto assunto dal diritto [...] esso soddisfa sempre uno scopo attraverso la sua vigenza, quello della certezza giuridica»²⁴. Sebbene, infatti, tra i tre elementi, la giustizia rappresenti il principio cardine, al punto che – scrive l'autore – «il diritto è la realtà che ha il senso di stare al servizio della giustizia»²⁵, essa è un valore formale e non sostanziale, il suo contenuto varia nello spazio e nel tempo. Perciò, in assenza di un concetto univoco e, quindi, nella pluralità delle *Weltanschauung*, il valore della certezza giuridica deve prendere il sopravvento. Scrive, infatti, nell'articolo *Le relativisme dans la philosophie du droit*: «Puisqu'il est impossible de déterminer ce qui est juste, il faut au moins constituer ce que doit être de droit»²⁶. La validità del diritto, perciò, si fonderebbe sulla certezza o, come afferma lo stesso Radbruch, «sulla pace che il diritto istituisce tra le visioni giuridiche in conflitto, sull'ordine che pone fine alla lotta di tutti contro

²³ G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, cit., 95.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ivi*, 40.

²⁶ G. RADBRUCH, *Le relativisme dans la philosophie du droit*, in *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, I, 1934, 106.

tutti»²⁷. Sarà solo in seguito all'esperienza del regime nazista che si aggunderà, o esplicherà, un ulteriore tassello ai termini radbruchiani della validità del diritto, il limite del grado di ingiustizia *intollerabile*, dinnanzi al quale anche il valore della certezza del diritto²⁸ deve retrocedere, dinnanzi al quale anche il giurista deve opporsi.

Scrivo, infatti, in *Cinque minuti di filosofia del diritto*:

Se le leggi negano consapevolmente la volontà di giustizia, per esempio i diritti umani lasciano gli uomini all'arbitrio e falliscono, allora a queste leggi manca validità, allora il popolo non deve loro alcuna ubbidienza, allora anche i giuristi devono trovare il coraggio di negare loro il carattere della giuridicità²⁹.

Pertanto, pur mantenendo l'idea di un concetto di giustizia variabile, negli scritti del dopoguerra si esplicita una soglia che il diritto posto non

²⁷ G. RADBRUCH, *Filosofia del diritto*, cit., 93-94.

²⁸ Invero, riprendendo la distinzione tra *sécurité par le droit* e *sécurité du droit*, elaborata da Radbruch già nel 1936 nell'articolo *La sécurité en droit d'après la théorie anglaise*, è possibile comprendere come, per l'autore, nel diritto nazista non soltanto non era rispettato il principio di giustizia ma neanche quello della certezza giuridica. Mentre, infatti, la *sécurité par le droit* si riferisce alla sicurezza garantita alla persona mediante il diritto, intesa anche come pace o ordine, fondata sull'esigenza della determinazione autoritativa e certa del diritto da parte di una volontà e di una forza in grado di realizzarla, la *sécurité du droit* si fonda sulla sicurezza dei rapporti giuridici, di diritti soggettivi, del divieto di retroattività, della costanza della norma nel tempo, della ridotta discrezionalità del giudice nell'interpretazione e applicazione della legge, etc. Ma se la sicurezza intesa nel primo senso, come mera garanzia d'ordine, si poteva rintracciare anche nella Germania hitleriana, quest'ultimo significato era chiaramente assente. Di conseguenza, considerando il termine "Rechtssicherheit" non come la sicurezza che si ottiene per mezzo del diritto, nel senso di valore formale dell'ordine, ma come valore sostanziale e concreto della certezza giuridica, è per Radbruch possibile intendere la certezza del diritto come una reale esigenza della giustizia in quanto garanzia dinnanzi all'arbitrio e all'assolutismo. Scrive, difatti, il giurista: «Legalità, anelito di giustizia, certezza del diritto, sono i requisiti dell'amministrazione della giustizia. Tutti questi tre presupposti erano assenti nella magistratura penale di tipo politico del tempo di Hitler». (G. RADBRUCH, *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in A. CONTE, P. DI LUCIA, L. FERRAJOLI, M. JORI, *Filosofia del diritto*, Milano, 2002, 153).

²⁹ G. RADBRUCH, *Cinque minuti di filosofia del diritto* in ID., *Diritto e no. Tre scritti*, cit., 119.

può valicare: il limite dei diritti umani, i quali trovano nell'uguaglianza, nucleo della stessa idea di giustizia, il principio primo da dover realizzare.

Attraverso il valore dei diritti umani, come argine di qualsiasi ordinamento e qualsiasi morale questo incorpori, Radbruch fornisce una risposta al primo problema, relativo al modo in cui la morale positiva può combattere la morale di un ordinamento. Sebbene l'autore non definisca mai con precisione il criterio di intollerabilità della giustizia, qualsiasi valore sia propugnato da uno specifico ordinamento non può ledere quello che il filosofo definisce "diritto sovralegale", un diritto che, «comunque lo si voglia [...] indicare, diritto di Dio, diritto di natura, diritto della ragione»³⁰, è più forte di ogni statuizione giuridica.

In conclusione, si è partiti dal concetto di accettazione interna del diritto per mostrare come dinanzi alla pluralità di sfumature che la realtà può assumere, e con essa la realtà giuridica di qualsiasi ordinamento, posto che, come lo stesso Hart riconosce, il diritto è sempre in relazione con il potere e con la morale, anche l'obbedienza che vi si presta non può trascurare queste ragioni, quanto meno ponendo un argine alle possibili degenerazioni di queste due sfere.

È chiaro che la soluzione di Radbruch non è ineccepibile, vuoi per le imprecisioni, vuoi per le lacune, e soprattutto perché lo stesso limite che lui pone, il concetto di uguaglianza, ciò che garantisce il rispetto del diritto sovralegale, lascia aperti numerosi, classici, interrogativi: cosa rende uguali e cosa differenti? Qual è il giusto trattamento da riservare ai "simili", e quale ai "diversi"? D'altronde, la storia, e con essa il nostro presente, insegnano che i principi e i criteri che animano i diritti umani che nella nostra cultura giuridica sono considerati indiscutibili e inalienabili, in altri ordinamenti assumono caratteristiche talvolta anche opposte.

Tuttavia, nonostante tali difficoltà, in risposta all'interrogativo che attraversa tale contributo, cioè se la disobbedienza al diritto ingiusto possa e debba rimanere una questione morale o se, invece, deve interessare la sfera giuridica, la tesi radbruchiana risulta più soddisfacente perché, per quanto non esaustiva, è una tesi che vuol dare dignità al diritto, che non

³⁰ G. RADBRUCH, *Propedeutica alla filosofia del diritto*, a cura di D. Pasini, trad. it. di D. Pasini e C. Agnesotti, Torino, 1959, 233.

ammette che questo possa rimanere imbrigliato nelle maglie di un potere arbitrario e di una perversa morale. È in questo senso che appaiono significative le numerose letture che, con i dovuti *distinguo*, rintracciano nella riflessione radbruchiana un preludio alle forme del costituzionalismo novecentesco³¹, forme che, attraverso la positivizzazione di istanze morali, hanno tentato di affermare il «“mai più” costituzionale agli orrori dei totalitarismi e delle guerre»³², forme volte a «neutralizzare il potere *costituente* in nome di un sistema di valori etici, politici e giuridici»³³, volte, quindi, a risanare l’equilibrio tra diritto, potere e morale.

³¹ Cfr., tra gli altri, G. CARLIZZI, *I fondamenti giusfilosofici della ‘Duplice formula di Radbruch’*, in *Annali dell’Università degli studi Suor Orsola Benincasa*, 2016-2018 e A. LO GIUDICE, *I metaprinicipi del bilanciamento e il problema filosofico del giudizio*, in *Scritti in onore di Antonio Ruggeri*, III, Napoli, 2021.

³² L. FERRAJOLI, *I diritti fondamentali come dimensione delle democrazie costituzionali*, in *Ricerche giuridiche*, 3, 2, 2014, 214.

³³ T. GRECO, *Potere. L’altra faccia della medaglia*, in AA.VV., *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Torino, 2019, 54.

AUTONOMIA ED ETERONOMIA DELLE NORME CONTRATTUALI

IL CASO DEI CONTRATTI DEI CONSUMATORI*

Adriano Zambon

1. Introduzione

Il tema di cui intendo occuparmi nel presente contributo ha a che fare con l'autonomia e l'eteronomia delle norme consistenti in contenuti dei contratti appartenenti a una determinata categoria, ossia quella dei cosiddetti contratti dei consumatori. Nel prossimo paragrafo illustrerò l'idea che le norme consistenti in contenuti di contratti siano norme non autonome, per come tale idea è presentata da Hans Kelsen. Mi soffermerò sulla nozione di autonomia in virtù della quale Kelsen qualifica tutte le norme negozialmente prodotte come norme non autonome e la distinguerò da un'altra nozione di autonomia applicabile a norme. Mostrerò perché, se si impiega questa seconda nozione di autonomia, una qualunque norma rinvenibile in un contratto possa sembrare un caso paradigmatico di norma autonoma, per poi sostenere che tale impressione non può essere confermata se si fa riferimento alle norme rinvenibili nei contratti dei consumatori, in primo luogo per via della mancanza della possibilità, in capo al consumatore, di determinare, insieme al professionista, il contenuto del contratto che i due stipulano. Nel terzo paragrafo, sosterrò che, a inficiare il possibile riconoscimento dell'autonomia delle norme contrattuali qui in discussione, è, in secondo luogo, l'esistenza di un particolare tipo di pubblicità, che può incidere sull'autonomia dei consumatori stessi. Nel quarto e ultimo paragrafo, ricapiterò il percorso da

* Il presente contributo rientra nell'ambito del PRIN 2022 *Fairness and Transparency in Online Commercial Speech: From Pragmatic Analysis to Regulation (ERMETE)* (CUP: G53D23002330001).

me seguito per poi mettere meglio in luce la conclusione a cui esso conduce.

2. *Le norme consistenti in contenuti dei contratti dei consumatori*

Secondo Kelsen, un negozio giuridico produce diritto quando esiste una norma giuridica che connette una sanzione civile a una fattispecie costituita da due elementi: la realizzazione del negozio e il comportamento antinegoziale. In altre parole, un negozio è fonte di diritto perché l'ordinamento giuridico eleva a condizione di una sanzione civile la statuizione della fattispecie negoziale seguita da un determinato comportamento. Nel caso di quello specifico negozio giuridico che consiste nel contratto, la sanzione civile è dunque connessa a una condizione che si compone dei due elementi seguenti: la stipulazione del contratto e il comportamento contrario agli obblighi derivanti dal contratto¹.

Quando l'ordinamento giuridico, operando nel modo appena illustrato, fa sì che un negozio giuridico sia fattispecie produttrice di diritto, esso «autorizza gli individui sottoposti al diritto a regolare con norme negozialmente prodotte i loro reciproci rapporti nell'ambito delle norme giuridiche prodotte dalla legislazione o dalla consuetudine»². E, scrive Kelsen,

[q]ueste norme prodotte negozialmente, sulle quali si fonda non una sanzione ma un comportamento il cui contrario è la condizione della sanzione prevista dalle norme giuridiche generali, non sono norme autonome. Si tratta soltanto di norme in collegamento con le norme giuridiche generali che stabiliscono le sanzioni³.

Emerge qui chiaramente una specifica nozione di autonomia applicabile a norme. In virtù di questa nozione, si può dire che una norma non è autonoma quando è collegata a un'altra norma in virtù del fatto che la

¹ Si veda H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, trad. it., Torino, 2021, 338 ss.

² H. Kelsen, *op. cit.*, 339.

³ H. Kelsen, *op. cit.*, 339.

seconda norma stabilisce la sanzione che deve seguire alla violazione della prima norma.

Quando esaminiamo il tema dell'autonomia e dell'eteronomia di norme, si può però considerare un'altra nozione di autonomia. Questa seconda nozione emerge quando ci chiediamo se si possa dire che una norma provenga da chi è soggetto a essa: sono autonome le norme che soddisfano questa condizione, mentre quelle norme che non provengono da chi è soggetto a esse sono eteronome. Le norme costituite da contenuti di contratti sembrano essere, se si impiega questa seconda nozione di autonomia, un caso paradigmatico di norme autonome, poiché derivano dalla volontà delle parti del contratto. Il legame con quest'ultima è duplice: da un lato, le parti decidono, nel rispetto dei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, quale sia il contenuto del contratto; dall'altro lato, le parti decidono se stipularlo oppure no. Perciò, sembra che una qualunque norma contrattuale sia autonoma.

Questa impressione può essere facilmente smentita se si prende in considerazione l'esistenza dei cosiddetti contratti standard. Con l'espressione "contratto standard", si designa «quel particolare contratto il cui contenuto viene interamente predisposto dall'imprenditore per regolare in modo uniforme i rapporti giuridici mediante i quali immette sul mercato i beni prodotti o i servizi offerti»⁴. Un caso tipico di contratti standard è dunque sicuramente costituito dai cosiddetti contratti dei consumatori, ossia «una categoria variegata di contratti, nei quali, per l'appunto, una delle parti è il consumatore»⁵ e l'altra parte è il professionista⁶.

Ovviamente, parlare di contratti dei consumatori impone di trattare, seppur brevemente, del problema di chi sia il consumatore. Prescindendo dalle definizioni legislative del termine "consumatore" e limitandoci a considerare il significato paradigmatico che il termine "consumatore" ha nel linguaggio ordinario, possiamo dire che rappresenta il caso paradigmatico di consumatore chi partecipa ad almeno una delle due fasi finali di un ciclo di consumo di un bene o di un servizio. Un ciclo di consumo

⁴ A. GENOVESE, *L'interpretazione del contratto standard*, Milano, 2008, 4.

⁵ G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2006, 135.

⁶ L'espressione "contratti dei consumatori" «non è intesa a ricomprendere i contratti che si istituiscono tra consumatori, ma solo i contratti che i consumatori concludano con i "professionisti"» (G. ALPA, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., 135).

di un bene o di un servizio è un ciclo che si compone di tre fasi: la prima fase, quella della persuasione, è la fase in cui un soggetto riceve uno o più messaggi volti a persuaderlo ad acquistare il bene o il servizio per scopi privati; la seconda fase, quella dell'acquisto, è la fase in cui un soggetto acquista il bene o il servizio per soddisfare esigenze della sua vita privata; la terza e ultima fase, quella della fruizione, è la fase in cui un soggetto utilizza il bene o il servizio per soddisfare esigenze della sua vita privata⁷.

Ora, il fatto che i contratti dei consumatori siano, tipicamente, contratti standard dipende dal fatto che, tipicamente, il consumatore non è dotato del potere di determinare il contenuto del contratto insieme al professionista, il che significa che il suo potere contrattuale non è, normalmente, uguale a quello della controparte. I tipici contratti dei consumatori sono dunque caratterizzabili come contratti per adesione:

La fattispecie del contratto per adesione si caratterizza spesso per la presenza di parti in posizione di forza contrattuale differente tale da permettere ad uno dei contraenti (l'imprenditore o il professionista) di predisporre clausole contrattuali; alla controparte resta unicamente la libertà di contrarre o meno potendo scegliere se accettare o rifiutare il contenuto di quanto stabilito dal predisponente ma mai di modificarlo; viene a mancare, quindi, nella formazione del contratto, la fase delle trattative⁸.

Tutto ciò incide sulla nozione tradizionale di parte contrattuale. In base a questa nozione, che è propria della dottrina moderna del contratto, una parte contrattuale ha sia la libertà di concludere il contratto sia la libertà di determinare insieme alla controparte il contenuto del contratto⁹. Se consideriamo il caso degli odierni contratti dei consumatori, il consu-

⁷ Su questa definizione, si vedano A. ZAMBON, *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, Pisa, 2020, 22-30, e Id., *La nozione legislativa di consumatore: un contributo di filosofia del diritto*, in *Analisi e diritto*, 2, 2020, 113-115. Il tema delle definizioni legislative del termine "consumatore" e la questione del rapporto tra queste definizioni e la nozione di consumatore appena illustrata non possono essere trattati qui, data la loro ampiezza: al riguardo, si veda la trattazione di essi contenuta in Id., *Primi argomenti per una filosofia del diritto dei consumatori*, cit., cap. III.

⁸ E. GUERINONI, *I contratti del consumatore: principi e regole*, Torino, 2011, 2.

⁹ Sul punto, si veda J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, 1991, 126, n. 54.

matore risulta essere un soggetto che, tipicamente, non è di sicuro dotato della seconda libertà. Tuttavia, sembra che permanga, in capo al consumatore, la libertà di concludere il contratto: come si è visto, sembra si possa dire che, quanto meno, il consumatore può scegliere se accettare o rifiutare il contenuto di quanto stabilito dal professionista. L'autonomia delle norme rinvenibili nei contratti dei consumatori sarebbe dunque solo parzialmente inficiata: tali norme sarebbero autonome nel senso che la decisione che i consumatori e i professionisti che sono parti di quei contratti siano soggetti a esse è una decisione di quei consumatori e di quei professionisti. La tesi che intendo sostenere nel prossimo paragrafo è che una ragione per pensare che questa impressione non possa essere confermata è costituita dall'esistenza di un particolare tipo di pubblicità di beni o servizi.

3. Pubblicità e autonomia dei consumatori

Per descrivere il tipo di pubblicità di beni o servizi a cui ho fatto riferimento alla fine del precedente paragrafo, devo illustrare una distinzione fra due tipi di pubblicità di beni o servizi: la pubblicità di beni o servizi informativa e la pubblicità di beni o servizi persuasiva. Quando si parla di pubblicità e consumo, è normale pensare che la pubblicità sia una forma di divulgazione di informazioni relative a beni o servizi caratterizzata dallo scopo di persuadere i suoi destinatari ad acquistare quei beni o quei servizi¹⁰. Questo è difatti uno dei significati del termine “pubblici-

¹⁰ I destinatari in questione sono normalmente identificati con i consumatori e potrebbe essere ritenuto erroneo considerare consumatori i destinatari dei messaggi pubblicitari, se si accetta l'idea, che ho riportato nel paragrafo precedente, secondo la quale il consumatore è, paradigmaticamente, chi partecipa ad almeno una delle due fasi finali di un ciclo di consumo di un bene o di un servizio, dal momento che è la prima fase di un tale ciclo (ossia quella della persuasione) la fase in cui un soggetto riceve uno o più messaggi volti a persuaderlo ad acquistare un bene o un servizio per scopi privati. Tuttavia, che il caso paradigmatico di consumatore sia costituito da chi partecipa ad almeno una delle due fasi finali di un ciclo di consumo di un bene o di un servizio significa che il termine “consumatore” è agevolmente applicabile ai destinatari dei messaggi pubblicitari: poiché partecipare a una delle due fasi finali di un ciclo di consumo di un bene o di un servizio è qualcosa che oggi avviene comunemente e di continuo, non è particolarmente

tà". Tuttavia, nel distinguere fra pubblicità informativa e pubblicità persuasiva, si intende la pubblicità come divulgazione (ossia come attività consistente nel rendere noto qualcosa al pubblico) non necessariamente dotata dello scopo di persuadere il pubblico ad acquistare beni o servizi (questo è il significato del termine "pubblicità" coinvolto quando si dice, per esempio, che dei concorsi pubblici deve darsi pubblicità). La distinzione fra la pubblicità di beni o servizi informativa e la pubblicità di beni o servizi persuasiva è infatti la distinzione fra l'attività consistente nella mera divulgazione di informazioni relative a beni o servizi (questa sarebbe la pubblicità di beni o servizi informativa)¹¹ e l'attività consistente nella divulgazione di informazioni relative a beni o servizi volta a persuadere il pubblico ad acquistare quei beni o quei servizi (questa sarebbe la pubblicità di beni o servizi persuasiva). La pubblicità di beni o servizi persuasiva è dunque l'attività che viene indicata con il termine "pubblicità" quando a questo termine viene attribuito il primo dei suoi due significati che ho qui illustrato¹².

È proprio sul secondo tipo di pubblicità che si sono concentrate le riflessioni, relative all'autonomia dei consumatori, del filosofo morale Roger Crisp¹³. Secondo Crisp, la pubblicità di beni o servizi persuasiva viola l'autonomia dei consumatori se si adotta una nozione di autonomia

problematico presumere che i destinatari dei messaggi pubblicitari siano consumatori. Si può esprimere la stessa idea in altri termini seguendo la caratterizzazione che del concetto di consumatore viene proposta da T. BOURGOIGNIE, *Characteristics of Consumer Law*, in *Journal of Consumer Policy*, 3, 1992, 300 (traduzione mia): «Dal momento che ognuno partecipa al consumo, "il consumatore" è un concetto unico ma *diffuso*; lo *status* di consumatore si applica a ciascuno di noi».

¹¹ Cfr. J.K. GALBRAITH, *Il nuovo Stato industriale*, II ed., trad. it., Torino, 1968, 177: «un certo tipo di pubblicità, quello degli annunci economici sui giornali, o nelle vetrine dei negozi, non ha molte altre ragioni di esistere oltre quella di dare delle informazioni, di avvisare il pubblico che una certa persona o impresa ha un certo articolo disponibile per la vendita e a quale prezzo».

¹² Preciso qui che il termine "pubblicità" è anche usato per designare qualunque annuncio con cui venga svolta la pubblicità intesa come attività di divulgazione di informazioni relative a beni o servizi volta a persuadere i suoi destinatari ad acquistare quei beni o quei servizi.

¹³ Faccio qui riferimento a R. CRISP, *Persuasive Advertising, Autonomy, and the Creation of Desire*, in *Journal of Business Ethics*, 5, 1987, 413-418, in cui è rinvenibile l'argomento che ora riporterò.

tipica del senso comune. In base a questa nozione, la mia autonomia non è violata purché siano rispettate le due condizioni seguenti: il mio volere è libero (sono io a decidere cosa fare); la mia azione è libera (non sono ostacolato nel compimento della mia azione). Se leggo un annuncio relativo a una vendita di vestiti e successivamente vado ad acquistare una giacca che mi piace nel locale negozio di vestiti, il mio acquisto è autonomo, perché la mia azione è libera e tutte le decisioni del caso sono prese da me:

Anche se non potrei spiegarvi perché i miei gusti sono come sono, tuttavia noi descriviamo casi del genere come esempi di azione autonoma, poiché tutte le decisioni vengono prese da me: che genere di giacca mi piace? me ne posso permettere una? e così via¹⁴.

Il requisito della libertà del volere viene invece a mancare, secondo Crisp, quando a essere coinvolta è la pubblicità di beni o servizi persuasiva. A parere di Crisp, sono coloro che realizzano quest'ultima a prendere decisioni di acquisto per conto dei consumatori: «essi occupano lo spazio motivazionale che propriamente appartiene all'agente»¹⁵. Il caso preso in considerazione da Crisp per illustrare questo punto è quello di un uomo che viene esposto alla pubblicità di un prodotto per la colorazione dei capelli. La pubblicità in questione mostra un uomo che utilizza il prodotto per la colorazione dei capelli e che si trova in seguito in una posizione di autorità, circondato da membri del sesso opposto pieni di ammirazione nei suoi confronti. La pubblicità appena descritta veicola l'idea che l'utilizzo del prodotto per la colorazione per capelli pubblicizzato conduca ad acquisire potere e a divenire più attraenti per il sesso opposto. Così facendo, essa «connette [...] il prodotto con i miei desideri inconsci di potere e di sesso»¹⁶. Di conseguenza, sostiene Crisp, se, dopo aver visto quella pubblicità, acquisto il prodotto per la colorazione dei capelli, «le vere ragioni del mio acquisto sono i miei desideri inconsci di

¹⁴ R. CRISP, *Persuasive Advertising, Autonomy, and the Creation of Desire*, cit., 413 (traduzione mia).

¹⁵ R. CRISP, *Persuasive Advertising, Autonomy, and the Creation of Desire*, cit., 414 (traduzione mia).

¹⁶ R. CRISP, *Persuasive Advertising, Autonomy, and the Creation of Desire*, cit., 414 (traduzione mia).

potere e di sesso e la connessione stabilita dalla pubblicità fra il prodotto e la soddisfazione di quei desideri»¹⁷. Crisp non ritiene che solo pubblicità come quella appena descritta violino l'autonomia dei consumatori: come già si è detto, Crisp pensa che la pubblicità di beni o servizi violi l'autonomia del consumatore in tutti i casi in cui abbia un carattere persuasivo.

Se ci limitiamo a considerare la pubblicità del prodotto per la colorazione dei capelli di cui ho parlato, si può ovviamente osservare che, se, dopo aver visto la pubblicità in questione, un uomo ha comprato quel prodotto, può non averlo fatto a causa dei suoi desideri inconsci di potere e di sesso e della connessione stabilita da quella pubblicità fra la soddisfazione di tali desideri e l'acquisto di quel prodotto. L'esistenza di quella pubblicità comporta comunque il rischio che l'acquisto di quel prodotto da parte di chi sia esposto a essa avvenga a causa dell'esistenza di quei desideri e della connessione stabilita dalla pubblicità fra la loro soddisfazione e l'uso di quel prodotto. Questa considerazione può essere estesa a tutti i casi in cui i consumatori sono bersaglio di un'attività identificabile con la pubblicità di un bene o di un servizio persuasiva del genere a cui appartiene la pubblicità del prodotto per la colorazione dei capelli descritta da Crisp. Il genere in questione è quello di una pubblicità di beni o servizi qualificabile come associativa – ossia una pubblicità di beni o servizi con cui si veicola l'idea di una associazione fra la soddisfazione di desideri e l'uso dei beni o dei servizi pubblicizzati¹⁸ – con cui si veicola l'idea di un'associazione fra la soddisfazione di desideri *inconsci* e l'uso dei beni o dei servizi pubblicizzati. Può darsi che una pubblicità appartenente a questa categoria non sia ciò che porta un consumatore ad acquistare il bene o il servizio pubblicizzato, ma ciò non implica che la sua esistenza non rappresenti un rischio per la libertà del volere dei consumatori.

Ma che cosa si intende esattamente quando si dice, come fa Crisp, che il volere è libero, nel senso che è la persona che compie una certa azione a decidere di compierla? Credo che un modo per rispondere a questa

¹⁷ R. CRISP, *Persuasive Advertising, Autonomy, and the Creation of Desire*, cit., 414 (traduzione mia).

¹⁸ Cfr. J. WAIDE, *The Making of Self and World in Advertising*, in *Journal of Business Ethics*, 2, 1987, 73-74.

domanda consista nel rifarsi all'idea di libertà descritta da Stuart Hampshire in due suoi lavori, cioè *Thought and Action* e *Freedom of the Individual*. Nel primo di questi due testi, Hampshire illustra l'idea che la misura della libertà di una persona sia direttamente proporzionale alla misura in cui «le sue emozioni, i suoi desideri e le sue azioni sono genuinamente l'esito dei suoi propri pensare e riflettere attivi, e non devono essere spiegati come risposte immediate a stimoli esterni»¹⁹. La libertà del volere di un uomo è quindi inficiata, in base a questa idea, se la sua azione è «spiegabile unicamente tramite il riferimento a [...] cause che egli stesso non riconosce come i fattori che hanno determinato [...] la sua condotta»²⁰. Se, dopo aver visto la pubblicità del prodotto per la colorazione dei capelli che ho illustrato in precedenza, un uomo compra quel prodotto a causa dei suoi desideri inconsci di potere e di sesso e della connessione stabilita da quella pubblicità fra la soddisfazione di quei desideri e l'acquisto di quel prodotto, allora, essendo i desideri in questione fattori che spiegano la sua azione, la sua azione è spiegabile solo se ci riferiamo a quei fattori; e, poiché quei fattori sono inconsci, l'uomo non può riconoscerli come fattori che hanno determinato la sua condotta, il che comporta che la libertà del suo volere sia inficiata²¹. Il rischio prodotto da quelle pubblicità di beni o servizi che connettono all'uso di quei beni o di quei servizi la soddisfazione di desideri inconsci è dunque il rischio che l'acquisto di quei beni o di quei servizi da parte dei destinatari di quelle pubblicità avvenga in assenza di un libero volere: è in questo senso che si può dire che la decisione di acquistare quei beni o quei servizi può non essere una decisione dei consumatori che li acquistano.

¹⁹ S. HAMPSHIRE, *Thought and Action*, new ed., Notre Dame (Indiana), 1982, 286 (traduzione mia).

²⁰ S. HAMPSHIRE, *Freedom of the Individual*, expanded ed., Princeton (New Jersey), 1975, 92 (traduzione mia).

²¹ Cfr. T. AYLSWORTH, *Autonomy and Manipulation: Refining the Argument Against Persuasive Advertising*, in *Journal of Business Ethics*, 4, 2022, 691 (traduzione mia): «Crisp sostiene che la pubblicità persuasiva rimuove la possibilità della libera scelta minando la nostra capacità di soppesare le ragioni per l'azione (una condizione necessaria della libera scelta). [...] Non posso soppesare ragioni quando prendo la mia decisione perché alcune delle mie ragioni (cioè i desideri inconsci) sono a me inaccessibili».

4. Conclusione

La tesi principale sostenuta nel presente contributo è che l'attribuzione di autonomia alle norme reperibili nei contratti dei consumatori sia contestabile, se con "autonomia di una norma" si intende la provenienza della norma in questione da coloro che sono soggetti a essa. Alla base di questa tesi si collocano delle considerazioni relative a due aspetti dell'autonomia di norme così intesa: le parti decidono, nel rispetto dei limiti stabiliti dall'ordinamento giuridico, quale sia il contenuto del contratto; le parti decidono se stipularlo oppure no. Relativamente al primo aspetto, ho messo in luce che i consumatori, tipicamente, non possono incidere sul contenuto dei contratti che stipulano con i professionisti. Relativamente al secondo aspetto, ho invece messo in luce come l'esistenza di un certo tipo di pubblicità di beni o servizi determini il rischio che l'acquisto di un bene o di un servizio da parte di un consumatore non si basi sul libero volere di questi. Questo rischio è descrivibile come il rischio che la decisione di stipulare un contratto per l'acquisto di un bene o di un servizio non sia una decisione ascrivibile al consumatore.

L'AUTONOMIA DELLA NORMA GIURIDICA NELLA TEORIA ISTITUZIONALE DEL DIRITTO DI MACCORMICK E WEINBERGER

TRA SCIENZA DEL DIRITTO
E "NATURALIZZAZIONE" DEI CONCETTI GIURIDICI

Leonardo Ravaoli

1. Introduzione

Il presente contributo mira a rilevare alcuni elementi critici della teoria istituzionale del diritto dei filosofi Neil MacCormick e Ota Weinberger. In particolare, si mostrerà il modo in cui tale teoria finisce per fornire una rappresentazione ideologica della scienza del diritto e dei concetti giuridici con cui tale scienza interpreta la, e opera sulla, realtà sociale. A partire dalla sua specifica ontologia sociale, la teoria istituzionale del diritto finisce infatti per "naturalizzare" i concetti giuridici, rideterminando così l'opposizione tra autonomia ed eteronomia della norma giuridica.

In almeno un senso, il concetto di autonomia della norma giuridica rimanda alla specifica concezione dell'attività dell'interprete del diritto di fronte alla scelta degli argomenti interpretativi da utilizzare per ricavare dal testo – la fonte giuridica – uno specifico prodotto interpretativo – la norma giuridica. Nel campo della "politica del diritto", cioè della scelta degli argomenti interpretativi, si può differenziare tra approcci che valorizzano l'elemento "formale" e "autonomo" del diritto, considerato come un sistema dotato di una razionalità e una specificità indipendenti da altre sfere sociali, e approcci che valorizzano invece l'elemento "sostanziale" ed "eteronomo" del diritto, in quanto strutturalmente collegato alla società, alla morale, all'economia, etc.¹.

¹ G. PINO, *L'interpretazione nel diritto. Come un trattato*, Torino, 2021, 315-329; Id., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, 157-164.

Si evincerà allora che la teoria istituzionale del diritto fornisce una teoria e una politica dell'interpretazione che mettono l'accento sull'elemento sostanziale ed eteronomo del diritto, in particolare legato alla morale istituzionale e alle consuetudini sociali (MacCormick) e alle funzioni sociali delle istituzioni (Weinberger). Nonostante le differenze tra i due autori, sarà possibile evidenziare come tale teoria, postulando una società pacificata, ripropone in una nuova veste la più antica funzione dichiarativa della scienza del diritto, dove i concetti giuridici rimandano a entità naturali e vengono di fatto “trovati” dal giurista, affermando così di fatto l'autonomia normativa della società rispetto alla politica.

2. La scienza del diritto alla prova dei fatti

Nella prefazione all'edizione inglese di *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, MacCormick e Weinberger osservano che: «in the history of science it has happened quite often that the same idea has been worked out around the same time by different researchers working quite independently of one another»². Nello specifico, le ricerche sviluppate tra fine anni Sessanta e inizio anni Duemila tra Oxford ed Edimburgo per l'uno, e tra Praga e Graz per l'altro³, hanno finito per convergere sull'idea per cui, riassumendo al massimo, l'elemento fondamentale del diritto non è la norma o la decisione, ma “l'istituzione”, e che in particolare il diritto è da considerarsi innanzitutto come un “fatto istituzionale”. Lo scopo del volume è quello di gettare le basi di una teoria istituzionale del diritto che, mantenendo un'impostazione filosofica giuspositivista e analitica, ambisce a superare il normativismo

² N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Forward*, in IID., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht, 1986, xi. La prefazione non è stata inclusa nella traduzione italiana, alla quale d'ora in poi si farà riferimento.

³ Per informazioni biografiche su MacCormick si vedano N. WALKER (ed.), *MacCormick's Scotland*, Edinburgh, 2012 e il sito curato da M. Del Mar: <https://www.qmul.ac.uk/law/maccormick/>. Per Weinberger, M. SEKARÁK, *Ota Weinberger's conception of democracy: reconstructing an unexplored political theory*, in *Studies in East European Thought*, 2, 2022, 139-155.

kelseniano integrandolo con alcune critiche della scuola realista. Come enunciato dagli autori nell'introduzione del volume:

Ciò che noi ci proponiamo di sviluppare è una teoria istituzionalistica del diritto che spieghi e dia conto dell'esistenza di norme, istituzioni giuridiche e di altri simili oggetti ideali, e che eviti da un lato le trappole dell'idealismo contro il quale a ragione realisti e materialisti hanno sempre obiettato, e d'altro lato non cada nel trabocchetto del riduzionismo, rischio al quale le teorie realiste sono sempre esposte⁴.

La teoria istituzionale del diritto propone una diversa ontologia ed epistemologia del diritto, a partire dalla messa in discussione della concezione normativista della norma, quest'ultima da intendersi quindi non solo come entità ideale (*ideal entity*), cioè oggetto del pensiero (*thought object*), ma come entità reale, o socialmente reale (*socially real*), perché guida effettiva della condotta umana⁵. Affermare che una norma esiste socialmente significa che il diritto deve essere compreso anche come un fatto, cioè come un dato empiricamente osservabile e accessibile alla comprensione (*Verstehen*)⁶, non riducibile a una mera regolarità di comportamento o a un contenuto psicologico⁷. Le norme, quali entità appartenenti alla categoria semantica del dover essere anziché dell'essere, hanno pertanto un'esistenza reale e non solo ideale quando diventano

⁴ N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Introduzione*, in Iid., *Il diritto come istituzione*, a cura di M. La Torre, Milano, 1990, 9.

⁵ O. WEINBERGER, *La norma come idea e come realtà*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit.

⁶ Il concetto viene ripreso dalla teoria sociale di Max Weber da cui Weinberger fu influenzato e in particolare come poi sviluppato da P. WINCH, *Il concetto di scienza sociale e le sue relazioni con la filosofia*, Milano, 1972. La teoria del diritto di MacCormick si pone invece come sviluppo dell'ermeneutica giuridica di H.L.A. Hart e in particolare del concetto di "punto di vista interno". Si vedano N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, a cura di V. Villa, Torino, 2001; N. MACCORMICK, *H.L.A. Hart*, London, 1981. Si vedano anche i saggi in M. DEL MAR, Z. BANKOWSKI (eds.), *Law as Institutional Normative Order*, Farnham, 2009.

⁷ Cfr. K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, a cura di S. Castignone, Milano, 1967, 23-38. Per un confronto tra neo-istituzionalismo e realismo C. FARALLI, *Normative Institutionalism and Normative Realism. A Comparison*, in *Ratio Juris*, 2, 1993, 181-189.

elementi di un sistema d'azione della condotta umana, cioè informazioni che guidano la pratica⁸.

Questa ontologia sociale proposta dai due filosofi ha conseguenze di tutto rilievo per il modo di concepire la scienza del diritto e dunque l'attività interpretativa dei giuristi. «La scienza giuridica, così, non è concepibile senza la considerazione della realtà sociale, che corrisponde all'aspetto esistenziale delle norme»⁹. Tra gli obiettivi dichiarati della teoria istituzionale del diritto vi è infatti quello di fornire una «teoria della conoscenza appropriata alla dogmatica giuridica»¹⁰, che elabori cioè gli elementi strutturali per quella che i due filosofi chiamano una «dogmatica giuridica ermeneuticamente fondata»¹¹. Intendendo la norma come ontologicamente ed epistemologicamente legata all'istituzione, la teoria istituzionale del diritto stabilisce un nesso cogente tra l'esistenza della norma giuridica, la sua conoscibilità e il contesto sociale in cui l'attività dell'interpretazione avviene, ridefinendo così l'autonomia tanto della norma giuridica che della sua scienza¹².

Prima di entrare nel merito della questione, è necessario però chiarire l'ontologia sociale posta a base della teoria istituzionale del diritto e i diversi significati assunti dal termine "istituzione".

3. Il diritto come istituzione

Come già detto, il concetto centrale del neo-istituzionalismo¹³ di MacCormick e Weinberger è l'istituzione, di cui possono rintracciarsi almeno

⁸ O. WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental Problems of Legal Theory and Social Philosophy*, Dordrecht, 1991, 96-110.

⁹ O. WEINBERGER, *La norma come idea e come realtà*, cit., 55.

¹⁰ N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Introduzione*, cit., 10.

¹¹ *Ivi*, 24.

¹² Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, a cura di R. Treves, Torino, 1967, 55.

¹³ Ci riferiremo a neo-istituzionalismo e teoria istituzionale del diritto in maniera intercambiabile. Sulle differenze tra neo-istituzionalismo e istituzionalismo classico si vedano O. WEINBERGER, *Institutionalists Theories of Law*, in N. MACCORMICK, P. AMSELEK (eds.), *Controversies on Law's Ontology*, Edinburgh, 1991; F. PALLANTE, *Il neoistituzionalismo nel pensiero giuridico contemporaneo*, Napoli, 2008; M. LA TORRE, *Law*

quattro significati distinti che adesso richiamiamo brevemente, soffermandoci in particolare sul secondo¹⁴.

In un primo senso, il diritto è istituzione perché si tratta di un “fatto istituzionale”, nel senso attribuito dall'ontologia sociale di G.E.M. Anscombe e John Searle¹⁵. I fatti istituzionali sono eventi o atti del mondo che sono conoscibili oggettivamente, dunque possono essere veri o falsi, ma la cui esistenza, a differenza dei “fatti bruti”, dipende sempre dalla coscienza umana e, più precisamente, da quella che Searle chiama “intenzione collettiva”¹⁶. L'esistenza di un fatto istituzionale è legata alla presenza di regole e, in particolare, di una regola costitutiva del tipo: “X conta come Y nelle condizioni C”. Un contratto, un'obbligazione, un testamento o un parlamento sono pertanto fatti istituzionali perché la loro esistenza nel tempo dipende da regole che stabiliscono le condizioni per il loro costituirsi, le conseguenze normative e il loro estinguersi¹⁷.

Un fatto giuridico, in quanto fatto istituzionale, esiste dunque quando ci sono delle regole, previste dal sistema giuridico di riferimento, che ne stabiliscono l'esistenza nel tempo. Queste regole si presentano in forma organizzata, o sistematica, cioè come “istituti”, chiamati anche “istituzioni-concetto”. In un secondo senso, infatti, il diritto è istituzione per il modo in cui viene ricostruito e presentato dalla scienza giuridica, cioè

as *Institution*, Dordrecht, 2010; M. CROCE, *Che cos'è un'istituzione?*, Roma, 2010; M.L. TARANTINO, *Istituzionalismo e neoistituzionalismo: questioni e figure*, Milano, 2010.

¹⁴ La seguente ricostruzione è ripresa con qualche modifica da M. LA TORRE, *Institutional Theories and Institutions of Law: On Neil MacCormick's Savoury Blend of Legal Institutionalism*, in M. DEL MAR, Z. BANKOWSKI (eds.), *op. cit.*

¹⁵ G.E.M. ANSCOMBE, *On Brute Facts*, in *Analysis*, 3, 1958, 69-72; J. SEARLE, *Atti linguistici: saggio di filosofia del linguaggio*, Torino, 1992.

¹⁶ Si vedano anche J. SEARLE, *What is an institution?*, in *Journal of Institutional Economics*, 1, 2005, 1-22; ID., *Social Ontology: Some Basic Principles*, 6, 2006, 51-71.

¹⁷ Regole che indicano le condizioni per cui un atto o un evento danno vita all'esistenza della specifica istituzione (dette “regole istitutive”); regole che stabiliscono le conseguenze giuridiche legate alla creazione dell'istituzione e che prendono la forma logica “se X, allora Y” (dette “regole consequenziali”); regole che determinano la fine dell'istituzione (dette “regole terminative”). N. MACCORMICK, *Il diritto come fatto istituzionale*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit.; O. WEINBERGER, *Al di là del positivismo giuridico e del giusnaturalismo*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, cit.

per come essa elabora i fenomeni giuridici, conoscendoli in connessione con l'esperienza pratica. Le istituzioni sono cioè una modalità di esporre il materiale giuridico almeno secondo una concezione diffusa della cultura giuridica contemporanea. Infatti, scrive MacCormick:

Vi sono due *desiderata*: che il diritto sia prontamente comprensibile a, e sistematizzato in maniera intelligente per, coloro che operano con esso; che il diritto sia il più possibile comprensibile ai profani le cui vite sono regolate da esso¹⁸.

Perché si dia l'istanza di un'istituzione (il contratto tra Tizio e Caio) questa deve essere preceduta logicamente dalla sua istituzione-concetto (il concetto astratto di contratto), contenente le regole istitutive che stabiliscono l'insorgere, all'accadere di determinate condizioni, della singola istituzione. Chiarisce MacCormick che le regole istitutive, così come definite dall'istituzione-concetto, stabiliscono solo le condizioni generalmente sufficienti (*presumptively sufficient*) per l'insorgere di una determinata istituzione.

Ora, la cosa che sembra essenziale non è che i criteri per l'esistenza di campioni delle istituzioni siano assolutamente chiari e inflessibili in tutti i casi, ma che essi siano capaci di essere tali in almeno alcuni casi. [...] Ciò significa, se pensiamo alle norme "istitutive", che esse devono rendere chiaro almeno, e forse al più, quali sono le condizioni comunemente necessarie per fare un contratto di locazione, o di compravendita, o per concludere un matrimonio, o incorporare una società; e poi, per questi casi centrali, devono essere chiarite le conseguenze principali¹⁹.

In altri termini, le istituzioni-concetto ci dicono quali sono le condizioni perché "normalmente" si possa dare una determinata istituzione, ma possono sempre darsi casi formalmente non previsti in cui una certa istituzione venga riconosciuta, oppure casi eccezionali in cui altre ragioni intervengono per invalidare l'esistenza di un'istituzione. Per questo motivo, l'opera di interpretazione e di elaborazione dei concetti giuridici non può essere limitata allo studio logico delle norme formalmente valide, ma deve estendersi allo studio di scopi, valori e principi che costi-

¹⁸ N. MACCORMICK, *Il diritto come fatto istituzionale*, cit., 78.

¹⁹ *Ivi*, 84.

tuiscono lo «sfondo teleologico del diritto»²⁰, così come vissuto dai suoi “utenti” e dalle istituzioni che lo amministrano.

In un terzo senso, quindi, il diritto è un fenomeno istituzionale perché ci sono delle istituzioni-organizzazioni dotate di particolari poteri con cui creare, modificare e applicare le norme giuridiche: corti, parlamenti, governi, etc. Istituzione rimanda così a ciò che è istituzionalizzato.

Infine, si può individuare un quarto senso con cui intendere il significato di istituzione, che ci indica non ciò che è istituzionalizzato, ma il processo di istituzione. MacCormick fa l'esempio della pratica del mettersi in coda: una pratica informale che sorge in modo spontaneo e tramite convenzioni sociali, cioè norme inesprese, si può trasformare gradualmente in qualcosa di formalizzato, dotato di istituzioni-organizzazioni preposte a dichiarare e far rispettare tali norme, cioè può istituzionalizzarsi²¹. Il diritto sarebbe perciò un fenomeno normativo che sorge in maniera perlopiù spontanea e che, in un secondo momento, subisce un processo di istituzione attraverso successive formalizzazioni.

Conseguenza fondamentale della teoria di MacCormick e Weinberger è che il diritto come istituzione, nei sensi sopra accennati, è comprensibile solo con riferimento a quello che chiamano lo “sfondo teleologico del diritto”. Rifiutando l'oggettivismo etico (sebbene MacCormick avrà poi qualche ripensamento sul punto)²², scrivono i due autori che nel loro positivismo:

noi *non* neghiamo che le leggi si basino su, ed esprimano, valori e criteri di valore; che esse siano spiegabili nei termini di principi sottostanti di giustizia; che il diritto sia sempre in qualche misura un'impresa teleolo-

²⁰ N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Introduzione*, cit., 26.

²¹ N. MACCORMICK, *Norms, Institutions, and Institutional Facts*, in *Law and Philosophy*, 3, 1998, 301-345; ID., *Institutions of Law. An Essay in Legal Theory*, Oxford, 2007, 15-20.

²² MacCormick definirà più avanti la propria teoria come “post-positivista”: si veda N. MACCORMICK, *Preface*, in O. WEINBERGER, *Law, Institutions and Legal Politics*, cit.; ID., *Concluding for Institutionalism*, in M. DEL MAR, Z. BANKOWSKI (eds.), *op. cit.*; S. SCIARAFFA, *The Underlying Value of MacCormick's Post-Positivism*, in *Jurisprudence*, 1, 2010, 107-120.

gica, e quindi che le leggi debbano essere viste alla luce del loro aspetto teleologico²³.

Sebbene per entrambi l'aspetto teleologico del diritto è un elemento fondamentale delle istituzioni, perché permette di interpretare il materiale normativo leggendolo alla luce della società nel suo complesso, è possibile vedere che il modo di intenderlo viene però declinato in maniera differente tra i due autori, non da ultimo in virtù delle differenti culture giuridiche di riferimento, anglo-sassone in un caso e continentale nell'altro²⁴.

4. La moralità istituzionale e la normatività delle consuetudini

Per MacCormick è sul terreno dell'interpretazione della costituzione che lo sfondo teleologico del diritto permette di superare l'*impasse* del normativismo e della scienza pura, senza per questo rinunciare alla tesi positivistica di poter distinguere il diritto com'è da come dovrebbe essere²⁵. Il diritto costituzionale sarebbe infatti la branca del diritto in cui più spesso il modello di argomentazione basata su regole formalmente valide diventa insufficiente per risolvere i casi difficili, mentre diventa necessario ricorrere ad argomenti "di secondo livello", basati su valori, scopi, principi, da ricostruire secondo la storia e la morale che informano la particolare costituzione²⁶.

²³ N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Introduzione*, cit., 11.

²⁴ Cfr. L. BURAZIN, K.E. HIMMA, G. PINO (eds.), *Jurisprudence in the Mirror: The Common Law World Meets the Civil Law World*, Oxford, 2024.

²⁵ Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2011.

²⁶ MacCormick chiama l'argomento deduttivo argomento di "primo livello", mentre gli argomenti consequenzialista, sulla congruenza e sulla coerenza argomenti di "secondo livello", perché intervengono quando quello di primo livello non basta a giustificare una decisione. N. MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, cit. Sulla teoria del ragionamento giuridico di MacCormick, L. GIANFORMAGGIO, *Certezza del diritto, coerenza e consenso. Variazioni su un tema di MacCormick*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1988, 459-487; A. SCHIAVELLO, *Neil MacCormick teorico del diritto e dell'argomentazione giuridica*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di),

MacCormick riprende le critiche rivolte da Dworkin a Hart e in particolare la tesi per cui la vera natura del diritto non risiede nel concetto di sistema giuridico come insieme coerente di regole formalmente valide perché emanate da un'autorità competente, ma nella ricostruzione di una teoria morale della costituzione, cioè di una "moralità istituzionale" che informa le istituzioni politiche di una determinata società. Specialmente nei cosiddetti "casi difficili", secondo Dworkin, l'interprete del diritto deve infatti ricavare la norma da applicare prendendo in considerazione:

la storia istituzionale [che] non agisce come un vincolo al giudizio politico dei giudici, ma come una sua componente, in quanto la storia istituzionale fa parte dello sfondo che ogni plausibile giudizio sui diritti deve considerare²⁷.

Il costituzionalismo dei diritti di Dworkin mette in capo ai giuristi il dovere di sviluppare una teoria morale sui principi fondamentali dell'ordine costituzionale, la cui validità dipende dal loro contenuto sostanziale di giustizia e non dall'autorità che li ha posti²⁸.

Ma, si chiede MacCormick, con quali criteri identificare le istituzioni politiche la cui moralità istituzionale è necessaria per fornire una risposta alle pretese giuridiche dei cittadini? In altri termini, una teoria costituzionale può fare a meno delle regole?

La risposta del filosofo di Glasgow è che qualsiasi ordine costituzionale riposa su una consuetudine: «[sulla] consuetudine, cioè, di ricondurre tutte le questioni giuridiche in ultima istanza ai criteri e alle disposizioni poste nel documento costituzionale»²⁹. L'obbligo dei giudici di applicare la costituzione, secondo i principi di moralità istituzionale che la informano, deriva dunque da una regola, e nello specifico da una regola consuetudinaria percepita come vincolante da parte della comunità giuridica.

Analisi e diritto 1998: ricerche di giurisprudenza analitica, Torino, 1999; J. BEN-GOETXEA, *Neil MacCormick a razón práctica institucional*, Lima, 2015.

²⁷ R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, a cura di N. Muffatto, Bologna, 2010, 137.

²⁸ Sulla teoria politica e giuridica di Dworkin, A. SCHIAVELLO, *Il diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Torino, 1998.

²⁹ N. MACCORMICK, *La morale istituzionale e la costituzione*, in N. MACCORMICK, O. WEINBERGER, *Il diritto come istituzione*, Milano, 1990, 232.

La consuetudine, nel senso in cui lo intendo questo termine, è un prodotto della ragione pratica degli esseri umani applicata alla necessità di assicurare un quadro stabile alla convivenza umana. Essa si costituisce mediante giudizi pratici largamente condivisi sul modo e i limiti (“diritti”) della coesistenza e del processo decisionale collettivo della comunità³⁰.

Le norme costituzionali sull’esercizio dell’autorità politica e dei suoi limiti derivano dunque tanto dai testi costituzionali quanto dalle teorie costituzionali consuetudinariamente accettati come vincolanti³¹. La moralità istituzionale che costituisce lo sfondo teleologico delle istituzioni politiche di una data comunità sarà allora giuridicamente rilevante, e vincolante, per l’assenso tacito su cui convergono i giudizi dei membri della comunità politica. Così, se il compito della teoria e della scienza del diritto resta quello di chiarire le caratteristiche essenziali del diritto come istituzione in generale e nelle sue diverse branche, diventa necessario misurarsi con il fatto che «la vita del diritto è lo sforzo continuo di adempiere agli imperativi morali pratici impliciti nelle norme e nelle istituzioni giuridiche»³² e che perciò la comprensione di questi “imperativi morali” è parte specifica del compito della scienza del diritto.

È possibile leggere l’opera di MacCormick come attraversata dalla costante ricerca di una connessione tra possibilità di una costruzione razionale del giudizio sulla condotta umana, la ragion pratica³³, e il fondamento consuetudinario del diritto come ordine normativo istituzionale. Abbandonando la possibilità di un fondamento razionale e universale del diritto, vediamo infatti che la teoria istituzionale del diritto di MacCormick invita la scienza giuridica a considerare le consuetudini delle spe-

³⁰ *Ivi*.

³¹ MacCormick riprende infatti la tradizionale concezione inglese della costituzione accostando la teoria di Dworkin ad A.V. DICEY, *Introduzione allo studio del diritto costituzionale: le basi del costituzionalismo inglese*, Bologna, 2003. Cfr. M. LOUGHLIN, *The British Constitution. A Very Short Introduction*, Oxford, 2023.

³² *Ivi*, 234.

³³ Si vedano particolare i suoi ultimi lavori: N. MACCORMICK, *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, 2005; ID., *Practical Reason in Law and Morality*, Oxford, 2007. Su questo aspetto insiste molto la ricostruzione fornita da S. TOMASI, *Neil MacCormick e la retorica del diritto*, Torino, 2024. Cfr. anche M. DEL MAR, *The Smithian Categorical Imperative: How MacCormick Smithified Kant*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 2, 2012, 233-254.

cifiche comunità politiche³⁴ come la testimonianza di un giudizio morale positivo dei suoi membri su determinati comportamenti.

So even in the massively institutionalized order of a constitutional state there lies behind the powers of each of its great institutions a convention or a custom whereby it ought to be respected in carrying out its functions as these are constitutionally conferred³⁵.

Il peso assiologico assegnato alle norme consuetudinarie conduce quindi MacCormick a sostenere una concezione del diritto come ordine evolutivo e spontaneo³⁶. Riprendendo alcune tesi di F.A. von Hayek contro il cosiddetto “razionalismo costruttivista”, l’evoluzionismo giuridico di MacCormick propone infatti una politica del diritto che guarda alla società nel suo complesso come produttrice delle norme giuridiche, in particolare nella forma di consuetudini, così che l’interprete del diritto è chiamato al dovere di registrare e assecondare i mutamenti della società³⁷. Per questa ragione, nella politica del diritto proposta da MacCormick, l’interprete dovrà favorire argomenti evolutivi e consequenzialisti per ricavare la norma giuridica più opportuna³⁸.

L’idea che le istituzioni giuridiche abbiano uno sfondo teleologico, e che questo possa darsi nei termini di una moralità delle istituzioni accessibile alla scienza del diritto, finisce così per favorire una politica dell’interpretazione eteronoma che sancisce l’autonomia normativa della società come luogo di convergenza spontanea di giudizi individuali sulle norme di giustizia. I concetti giuridici, le istituzioni-concetto con cui la-

³⁴ Va ricordato sotto questo aspetto l’assiduo impegno politico e teorico di MacCormick verso la causa nazionalista scozzese, ancorché declinata in chiave liberale ed euro-peista. Si veda N. MACCORMICK, *La sovranità in discussione: diritto, stato e nazione nel “commonwealth” europeo*, Bologna, 2003.

³⁵ N. MACCORMICK, *Institutions of Law*, cit., 43.

³⁶ N. MACCORMICK, *Spontaneous Order and the Rule of Law: Some Problems*, in *Ratio Juris*, 1, 1989, 41-54.

³⁷ L. RAVAIOLI, *Teorie e ideologie dell’evoluzionismo giuridico: Neil MacCormick critico di F.A. von Hayek*, in A. GUERINI, A. NASSER (a cura di), *L’ordine dei diritti. Soggetti, processi, categorie*, Napoli, 2022.

³⁸ Sull’evoluzionismo giuridico si vedano P. CHIASSONI, *Dei difetti dell’evoluzionismo giuridico*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2015, 335-358; M. LA TORRE, *Pretesa di progresso. Sull’evoluzione nel diritto*, Napoli, 2021.

vora la scienza del diritto, diventano allora il modo con cui armonizzare l'ordine morale spontaneo della società con il diritto posto dall'autorità politica, sottomettendo la seconda alla primazia del primo.

5. *L'analisi funzionale delle istituzioni come ingegneria sociale*

La teoria istituzionale del diritto di MacCormick, e l'idea che il diritto abbia uno sfondo teleologico che è compito della scienza giuridica indagare, conducono insomma a una rivalutazione del ruolo della morale condivisa, o di quella che sarebbe stata chiamata la "moralità positiva"³⁹, nella sua connessione con il fondamento consuetudinario del diritto.

Diversamente, per Weinberger, la doppia natura dell'esistenza delle norme – come realtà-ideale, perché soggette alle regole della logica, e come realtà-materiale, perché componenti di schemi di azione effettivi – deve condurre a un «sincretismo metodologico» così che per scienza giuridica debba intendersi «ogni considerazione del diritto che conduca alla comprensione di questo ed alla spiegazione della sua natura e funzione sociale»⁴⁰.

Il tema della "funzione sociale" del diritto viene sviluppato all'interno di una più generale teoria dell'azione che Weinberger considera strettamente legata al diritto come istituzione e che ridetermina il compito del giurista e del legislatore⁴¹. Nella teoria sociale di Weinberger ogni azione, definita come comportamento intenzionale, è guidata da un sistema di norme per raggiungere determinati fini che prende la forma di istituzioni, unioni di entità ideali (informazioni normative) e di entità materiali (aspettative, desideri, volontà). La conoscenza giuridica delle istituzioni non può pertanto limitarsi all'analisi logica delle norme valide, ma deve indagare le istituzioni nel loro contesto sociale, le loro funzioni, e quindi i fini e le aspettative sociali a cui esse rispondono.

³⁹ J. AUSTIN, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Bologna, 1996.

⁴⁰ O. WEINBERGER, *La norma come idea e come realtà*, cit., 55.

⁴¹ Oltre a O. WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics*, cit., si veda anche ID., *Alternative Action Theory. Simultaneously a Critique of Georg Henrik von Wright's Practical Philosophy*, Dordrecht, 1998.

In the neo-institutionalist view, the task of jurisprudence and the jurist is not limited to exegesis. A functionalist analysis is necessary, as much for the understanding of law as for the pursuit of legislative tasks. Jurists ought to understand their activity as a political duty, a job of social engineering⁴².

L'attività del giurista può insomma presentarsi come “ingegneria sociale”, legittimata a svolgere considerazioni *de lege ferenda*, quando l'analisi politico-giuridica delle istituzioni risulta orientata alla ricerca della loro funzione sociale. Weinberger porta l'esempio, per molti aspetti significativo, del matrimonio come istituzione giuridica e sociale:

Constructive legal thinking is always based on certain factual units which are introduced normatively with reference to social reality. The social basis of marriage rests on certain actual constellations, for instance: the relationship between man and wife, the relations among the generations (parents – children, education, the passing on of property) which make it possible – and in some ways necessary – to introduce marriage as an institution⁴³.

Weinberger non spiega in realtà quali sarebbero le necessità sociali a cui istituzioni socio-giuridiche come il matrimonio rispondono, né come individuarle, finendo piuttosto per assumere, di fatto, che ogni volta si è in presenza di un'istituzione essa sia la risposta necessaria, e dunque legittima, di un bisogno della società⁴⁴. Lo studio dello sfondo teleologico delle istituzioni significa allora ricercare la funzione che esse svolgono a partire da un principio d'ordine che è presupposto e continuamente riaffermato.

L'analisi teleologica delle istituzioni è quindi tanto necessaria per la conoscenza del diritto che per la sua riforma. Infatti, «determining the meaning of the text of legal sources cannot be accomplished without

⁴² O. WEINBERGER, *Institutionalist Theories of Law*, cit., 50.

⁴³ O. WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics*, cit., 159.

⁴⁴ Più in generale, la teoria dell'azione di Weinberger sembra possa essere soggetta a molte delle critiche rivolte che sono state rivolte alla sociologia struttural-funzionalista con cui condivide la comune matrice weberiana. Si veda M. RICCIARDI, *Introduzione*, in T. PARSONS, *La struttura dell'azione sociale. Uno studio di teoria sociale con particolare riferimento a un gruppo di autori europei recenti. Volume I*, Milano, 2021.

reconstructing the teleological background of the law»⁴⁵. Questo non significa che sia possibile eliminare il margine di discrezionalità nell'interpretazione a partire dall'analisi dello sfondo teleologico, ma che davanti alla scelta tra un argomento formalista o uno teleologico-strumentale l'interprete farà sempre meglio a optare per il secondo.

Austrian tradition in this seems to be extremely formalistic. However, I think that the retrospective argument of historicism is less important than rational politico-legal analyses and the consideration of the social consequences of the interpretation and orientation of the judge's discretion when the law is applied⁴⁶.

La sovrapposizione tra argomento storico e formalismo è inesatta⁴⁷, ma è rivelatrice del punto polemico portato avanti dall'anti-formalismo istituzionalista di Weinberger e che ci porta al cuore della sua teoria politica.

Il filosofo cecoslovacco parte dalla domanda, per la verità piuttosto risalente, di come sia possibile rifondare l'ordine una volta che le istituzioni umane non possono essere più giustificate a partire dalla tradizione, perché considerate un prodotto dell'uomo per l'uomo. La constatazione per cui «under the influence of democratic ideas we do no longer believe in the venerability of the law nor do we regard tradition as a sufficient justification for social institutions»⁴⁸, significa per Weinberger che la normatività delle istituzioni sociali non può essere spiegata a partire da un riferimento esterno a esse, ma nelle funzioni di soddisfazione di bisogni fondamentali che esse svolgono. La teoria istituzionale del diritto è quindi la teoria più adatta allo studio delle istituzioni democratiche perché attraverso lo studio scientifico delle funzioni sociali evita alla democrazia di scadere in quella che egli chiama una «romantic conception of democracy», che affida il compito di risolvere i problemi sociali alle masse; piuttosto, «solutions are produced by individual personalities or

⁴⁵ O. WEINBERGER, *Law, Institution and Legal Politics*, cit., 109.

⁴⁶ *Ivi*, 110.

⁴⁷ L'argomento storico, legato alla volontà del legislatore, sarebbe una variante del formalismo interpretativo, vedi G. PINO, *L'interpretazione nel diritto*, cit., 318-329.

⁴⁸ O. WEINBERGER, *Law, Institutions and Legal Politics*, cit., 209.

by specialised groups»⁴⁹. La teoria della democrazia di Weinberger insiste infatti sulla responsabilità tanto delle élite politiche quanto degli esperti e della scienza, secondo una visione sostanziale anziché procedurale della democrazia che mette al centro il funzionamento e l'efficienza delle istituzioni⁵⁰.

Risulta evidente, così, il ruolo politico fondamentale assegnato alla scienza del diritto e al giurista come “ingegnere sociale” delle istituzioni, a cavallo tra conservazione e innovazione, tra bisogno di stabilità delle aspettative sociali e concezione moderna del diritto come prodotto umano.

The institutional conception, on the one hand, emphasises the need for social stability and the role of the institutions in influencing actions of the individual, on the other hand, it conceives of the institutions and structures as the work of man and consequently as subject to change affected by human will⁵¹.

Vediamo quindi che mentre con MacCormick la scienza del diritto finisce con ritrovare la possibilità di un fondamento normativo proprio nella consuetudine e nella tradizione, tanto da poter affermare che «all law, it might be said, is traditional»⁵², al contrario per Weinberger con la modernità nessun fondamento alla tradizione è più possibile. Fondando il diritto nelle istituzioni sociali e nelle funzioni che esse sono chiamate a svolgere, anche per Weinberger l'eteronomia della norma giuridica serve a confermare l'autonomia della società, a partire però dalla possibilità di determinare da parte del giurista, e dalle scienze sociali in generale, il nesso tra bisogni sociali e funzioni delle istituzioni.

6. *La scienza del diritto e la naturalizzazione dei concetti giuridici*

La teoria istituzionale del diritto di MacCormick e Weinberger è stata criticata per l'incapacità di rendere conto del mutamento delle istituzioni

⁴⁹ *Ivi*, 232.

⁵⁰ Cfr. M. SEKARÁK, *op. cit.*

⁵¹ O. WEINBERGER, *Law, Institutions and Legal Politics*, cit., 233.

⁵² N. MACCORMICK, *Practical Reason in Law and Morality*, cit., 84.

e delle loro norme, a partire proprio dal modo in cui vengono teorizzati i concetti giuridici, presentandosi perciò come una teoria del diritto sotto questo aspetto conservatrice⁵³. Anna Pintore ha mostrato l'aporia per cui riferirsi ai concetti giuridici, cioè le istituzioni-concetto con cui opera la scienza giuridica, come entità non riducibili alle norme che li compongono, significa in primo luogo dover trovare dei criteri storici o sociologici – non normativi – con cui identificarli e, in secondo luogo, affermare che esiste un “nocciolo” di significato che tali istituzioni-concetto esprimerebbero nel tempo e nello spazio al di là dei mutamenti delle norme che li compongono. La teoria di MacCormick sarebbe allora in verità più prossima alla sociologia e in particolare a una sociologia della scienza del diritto che ripropone e legittima alcuni degli assunti, erronei, con cui i giuristi descrivono la propria attività, tra cui l'idea per cui il diritto sarebbe sempre scoperto e mai creato, essenzializzandone così i concetti⁵⁴. Il neo-istituzionalismo finirebbe insomma per mischiare i diversi piani di discorso: tra discorso del diritto, dei giuristi e dei teorici, tra discorso descrittivo e normativo, legittimando ideologicamente la presunta neutralità della scienza del diritto⁵⁵.

Nella sua risposta alle critiche ricevute, MacCormick torna sulla definizione della sua teoria istituzionalista del diritto, chiarendo che si tratta in effetti di una teoria della scienza giuridica, o una meta-teoria del diritto, il cui scopo è precisamente quello di chiarire il modo in cui la scienza del diritto ricostruisce razionalmente il proprio oggetto.

The ontology [the institutional legal theory] makes explicit is that implicit in traditional legal science. As such, it is indeed (and has been accordingly criticised as such by Pintore) a somewhat conservative theory. It invites the reader to take seriously the legal scientific understanding of law, and to appreciate it on its own terms. As a theory of knowledge, it is a theory about the foundations of the knowledge claims that are made

⁵³ A. PINTORE, *Law as a Fact? MacCormick's Institutional Theory of Law: Between Legal Positivism and Sociological Jurisprudence*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/12, 1991, 233-253; H.B. DE JONG, W.G. WERNER, *Continuity and Change in Legal Positivism*, in *Law and Philosophy*, 17/3, 1998, 233-250.

⁵⁴ A. PINTORE, *op. cit.*, 242-243.

⁵⁵ *Ivi*, 252.

in legal science as “normal science”, not a critical theory calling for a scientific revolution⁵⁶.

Come sostenuto da Pintore, la teoria del diritto di MacCormick resta quindi una teoria normativa della scienza giuridica, perché mentre descrive come essa opera, ne giustifica e legittima il prodotto. L'indicazione a intendere il diritto come prassi sociale⁵⁷, infatti, si traduce in una teoria della conoscenza che ripropone il modo in cui la scienza del diritto comprende sé stessa, affermando non solo la correttezza del procedimento conoscitivo ma anche la giustizia del risultato secondo i canoni etico-politici della comunità di riferimento.

In questo senso, possiamo notare che la vicinanza tra la teoria istituzionalista del diritto alle più antiche teorie dichiarative della scienza del diritto si accompagna a una forma di oggettivismo etico legata al contenuto di giustizia delle istituzioni. Aldilà delle differenze tra i due autori che pure abbiamo avuto modo di vedere la particolare concezione eteronoma della norma giuridica proposta dal neo-istituzionalismo stabilisce infatti una posizione privilegiata per la scienza giuridica nella ricerca delle norme di giustizia, che sono tanto prodotti umani quanto a quest'ultimi indisponibili. Che sia attraverso il riferimento alla consuetudine o alla funzione sociale, la teoria istituzionalista del diritto radica la validità delle norme nell'efficacia delle istituzioni, e l'efficacia delle istituzioni nel loro contenuto di giustizia ricavabile dallo studio dello sfondo teleologico. Quest'ultimo, sebbene non sia più identificabile con una volontà divina, è però di fatto sottratto alla volontaria creazione umana, perché si esprime o nella forma di una consuetudine o di bisogno.

Tornano utili a questo punto alcune osservazioni critiche che sono state rivolte all'ontologia sociale dei fatti istituzionali perché ci aiutano a chiarire, in conclusione, gli aspetti critici della teoria istituzionalista del diritto fin qui evidenziati.

Mario Ricciardi ha notato come la teoria dei fatti istituzionali di Searle mostra una qualche somiglianza alle teorie moderne del diritto

⁵⁶ N. MACCORMICK, *Further Thoughts on Institutional Facts*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, IV/13, 1992, 8.

⁵⁷ L'approccio è stato inaugurato H.L.A. HART, *Il concetto di diritto*, a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002.

naturale. L'esistenza di fatti istituzionali, di fatti che esistono in virtù dell'imposizione di regole per mezzo di un'intenzione collettiva, rimanda infatti necessariamente al problema dell'esistenza di ragioni normative, cioè di giustificazioni, per cui sostenerli. In altri termini, la conoscenza delle caratteristiche strutturali delle istituzioni non può evitare la domanda sulle loro funzioni sociali e, perciò, di come poterle giudicare secondo criteri di giustizia che si vorrebbe interni alle istituzioni stesse⁵⁸.

Anche per Maurizio Ferraris l'ontologia sociale di Searle assume un sapore "naturalistico", ma per l'incapacità di tematizzare la questione del potere e della politica. Promuovendo una concezione della società tenuta insieme dall'intenzione collettiva, Searle finisce infatti per naturalizzare, e quindi neutralizzare, la politica. Il costituirsi di un'intenzione collettiva, così che a un certo fatto viene attribuito un determinato significato intersoggettivamente condiviso, viene assunto come la base "fisiologica" della politica, cioè come suo presupposto naturale, dove l'accettazione condivisa di determinate regole precede la politica come conflitto e come potere. Nota allora Ferraris che questa spiegazione dei fenomeni sociali, come fatti prodotti dall'intenzione collettiva, può essere accettabile per situazioni relativamente semplici o pacifiche, come i giochi o le espressioni artistiche, ma resta inservibile per spiegare fenomeni come la guerra o la schiavitù in cui la creazione di un'intenzione collettiva sembra piuttosto il prodotto, anziché il presupposto, del potere e della forza⁵⁹.

Condividendo le tesi ontologiche searliane, anche la teoria di MacCormick e Weinberger si può dire che presenti i concetti giuridici, le istituzioni-concetto, come la messa in forma della naturale socialità umana. Il potere, d'altra parte, resta sempre inteso come potere sociale, perché per essi è pensabile solo a partire dalla normatività della società, quest'ultima assunta come luogo naturale della cooperazione⁶⁰. In questo quadro, che si tratti della costituzione politica di uno Stato o dell'istituto del matrimonio, per tornare agli esempi precedenti, la scienza giuridica finisce

⁵⁸ M. RICCIARDI, *Diritto naturale e ontologia sociale: alle origini della teoria dei fatti istituzionali*, in *Rivista di estetica*, 36, 2007, 167-180.

⁵⁹ M. FERRARIS, *Documentality as the Construction of Social Reality*, in W. GEHPHART, J.C. SUNTRUP (eds.), *The Normative Structure of Human Civilization. Readings in John Searle's Social Ontology*, Frankfurt am Main, 2017, 39-41.

⁶⁰ M. LA TORRE, *Law as Institution*, cit.

così per approcciarsi al proprio oggetto, il diritto, con lo specifico obiettivo di trovare in esso il “naturale” fondamento normativo.

Che tale operazione sia possibile resta dubbio, ma non è questo il luogo in cui mostrarlo. Quello che invece è possibile affermare è che la teoria istituzionale del diritto, naturalizzando i concetti giuridici e presentandoli di fatto come entità trans-storiche, finisce per neutralizzare la possibilità di una loro critica, sancendo così l'autonomia della società dalla politica.

NUOVE FORME DI NORMATIVITÀ

IL PARADIGMA DELLA TECNOREGOLAZIONE TRA AUTONOMIA ED ETERONOMIA

Ludovico Ercole

1. Intro

Le riflessioni che si intende proporre con questo contributo rappresentano una prima messa alla prova della tesi circa le condizioni di possibilità di una facoltà del giudicare giuridico funzionalmente ibrida per il contatto tra componente umana e componente macchinica, ossia del fenomeno che si è soliti nominare “giustizia predittiva”¹.

Chi scrive, infatti, ritiene che la componente macchinica, oggi sempre più incombente in relazione alla funzione giurisdizionale, sia in grado di svolgere un ruolo migliorativo, di potenziamento, tra le righe addirittura auspicabile, solo se pensata in funzione tecnoregolativa della componente umana nell’esercizio della funzione giurisdizionale.

La tesi principale, nelle sue linee macroscopiche, argomentando la contrarietà a ogni malcelata intenzione di neutralità e asserita oggettività, a ogni variazione sul tema di realizzare il fantasma laplaceano della previsione deterministica, ritiene che il fenomeno della “giustizia predittiva” non possa essere altro che un modo di partecipare alla gestione complessa di una prassi umana voluta e indeterminata e, dunque, convince circa la necessità di investire “normativamente” sull’idea di una versione “fisiologica” dell’ibridazione umano-macchinica nella facoltà di giudizio giuridico².

¹ L. ERCOLE, *Contro la “giustizia predittiva”*. Per una lettura conservativa del principio di certezza del diritto, Torino, 2024.

² A fare diversamente, infatti, si accetterebbe una forma differente del decidere comunque umano: si accetterebbe che il «salto nel buio» (cfr. F. CARNELUTTI, *Cosa è il giudizio?* [1948], in ID., *Arte del diritto*, Torino, 2017, 56) venga semplicemente e

Se così è, però, appare evidente l'emersione di una serie di domande ulteriori, la più immediata delle quali è quella sul "modo", da un punto di vista operativo, di realizzare un tale sostegno "tecnologico" alla funzione giurisdizionale.

Lungo questa direttrice specifica – oltre al riferimento più consueto e immediato alla messa a punto di tecnologie "autonomamente esperte" nei cui confronti rivolgere una interrogazione sempre più "naturale" da parte del giudicante e non solo – una direzione feconda, che qui si propone solo come prospettiva embrionale, è quella che potrebbe individuarsi attraverso gli studi che introducono l'idea della tecnoregolazione³

silenziosamente spostato da un'altra parte, in capo ad altri soggetti. Se i temperamenti a sostegno del salto nel buio nei confronti del fatto particolare son sempre stati, con tutte le loro insufficienze e con tutte le loro *fictiones*, quantomeno individuabili nella "legge", ora rischiano di esser determinati fuori dal circuito pubblico della sovranità se non vengono gestite politicamente le scelte su ciò che è "dato" e sulla sua elaborazione macchinica. Risulta, infatti, di tutta evidenza che i procedimenti di giudizio pubblici, politici o giuridici, subiscono una importante trasformazione nel momento in cui vengono strutturati secondo l'ibridazione funzionale di umano e macchinico. Il discorso, detto *expressis verbis*, è un discorso sulle sorti della democrazia, in quanto, mancando una riflessione distintiva del piano politico e di quello tecnico, si rischia di veder sostituita, al voto delle maggioranze, la soluzione algoritmica della macchina intelligente; si rischia in sostanza la degenerazione tecnocratica delle forme di governance delle società contemporanee. Cfr. N. IRTI, *Del salire in politica*, Torino, 2014, 35; S. VECA, *Introduzione* a L. MUMFORD, *Tecnica e cultura. Storia della macchina e dei suoi effetti sull'uomo*, Milano, 2005.

³ Nella letteratura specifica, oltre ai riferimenti ormai classici di tradizione anglosassone (J.R. REIDENBERG, *Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology*, in *Texas Law Review*, 3, 1997, 553; L. LESSIG, *Code: And other laws of cyberspace*, New York, 2009), si veda in ambito nazionale A.C. AMATO MANGIAMELI, *Tecno-regolazione e diritto. Brevi note su limiti e differenze*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2, 2017, 154, dove l'A. mette in luce le potenzialità per «il controllo e la registrazione (comprese la sistemazione, la riorganizzazione, la coordinazione) del comportamento umano attraverso l'uso di diverse tecniche e/o delle nuove tecnologie. Più in particolare essa è – con riferimento alle nuove tecnologie e ai complessi e rapidi calcoli matematici – la programmata capacità di influenzare il comportamento umano attraverso la messa a punto di valori, di norme e di regole, nei più diversi dispositivi tecnologici e con questi compatibili». Si veda inoltre EAD., *Tecno-diritto e tecno-regolazione. Spunti di riflessione*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2017, 6; R. PIROSA, *I dilemmi della tecnoregolazione: uno sguardo critico*, in TH. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica giuridica, prospet-*

secondo una modalità per cui l'infrastruttura tecnologica assumerebbe il ruolo e la posizione di perimetro regolativo della ineliminabile discrezionalità volontaristica umana nell'opera di giudizio⁴.

L'avvio, allora, di un approfondimento critico circa il paradigma della tecnoregolazione diventa un passo necessario per dare concretezza alla tesi appena sostenuta in tema di "giustizia predittiva". A questo fine, in prima battuta, l'intento è di problematizzarlo.

2. Il paradigma della tecnoregolazione e i suoi presupposti

L'idea di "tecnoregolazione" nasce, come ottima dottrina ha ricostruito⁵, nel contesto di riflessione intorno al web e si materializza, all'esito di una presa di coscienza della natura intrinsecamente normativa dell'ambiente digitale, come *lex informatica*⁶. La sua maturazione sfocia nell'esplicita equiparazione tra normatività e codice informatico, come

ve istituzionali e sfide sociali, Milano, 2021. Per un'interessante prospettiva cfr. D. ROCCARO, *Predizioni normative. Giustizia e rivoluzione digitale*, Milano-Udine, 2023, 137 ss. Per la continuità risalente dell'interesse e dell'approfondimento, N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, Modena, 2020.

⁴ A esser più chiari, l'idea proposta è di sviluppare un approccio che unisca tecnoregolazione ed epistemologia della simulazione. La combinazione di queste due prospettive potrebbe permettere di sostenere l'idea di sviluppare un contesto virtuale di simulazione del fenomeno del giudizio giuridico – una «nuova espressione del *factum* vichiano» (cfr. N. LETTIERI, *Artificialia. Possibili nuovi orizzonti della scienza giuridica*, in *S&F*, 2010, 4, 43) che permetterebbe il risultato di una migliore approssimazione di conoscenza e che può esser rivolto a ciò che appare ancora oscuro e soggetto al rischio di una casualità patologica dell'uomo naturale: la sua decisione – tramite il quale produrre una tecnologia artificialmente intelligente da implementare, poi, nel contesto reale del giudizio giuridico in qualità di censore, un algoritmo come vincolo tecnologico del processo di giudizio per decisione che produce la norma del caso concreto.

⁵ N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, cit., 30-34.

⁶ Cfr. J.R. REIDENBERG, *Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology*, cit., 553. Sul tema della *lex informatica*, in italiano, E. MAESTRI, *Lex Informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015.

efficacemente sintetizzato dal famoso slogan di Lessig per cui, nel cyberspazio, «the code is law»⁷.

Questa presa di coscienza, però, «si traduce rapidamente nell'idea di servirsi in maniera intenzionale di artefatti tecnologici per implementare la disciplina giuridica di rapporti economici e sociali»⁸ determinando, per la prima volta in modo del tutto esplicito, il ribaltamento del rapporto tra diritto e tecnica, per cui quest'ultima passa dall'essere un semplice oggetto di regolazione a soggetto della regolazione stessa⁹.

Le ragioni profonde di una tale emersione, però, si radicano altrove. Si intende dire, cioè, che il particolare sviluppo tecnologico degli ultimi decenni sia vettore sicuramente rilevante ma, singolarmente inteso, non decisivo. Piuttosto è l'unione di questa occorrenza con altri fattori a permettere l'enucleazione di quella che sembra porsi come un'inedita forma di normatività.

Questi fattori ulteriori hanno una portata filosofica e giuridica notevole che va valorizzata al fine di comprendere, nella sua totalità, la particolare curvatura sul piano delle conseguenze pratico-giuridiche che il paradigma può produrre.

⁷ Cfr. L. LESSIG, *Code: And other laws of cyberspace*, cit. Sul punto, inoltre, ID., *Il "diritto del cavallo" e la lezione del cyberdiritto*, in V. COLOMBA (a cura di), *I diritti nell'era digitale. Libertà di espressione e libertà intellettuale*, Parma, 2004, 75-138.

⁸ N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi. Appunti per un approccio giusfilosofico*, cit., 32.

⁹ Sul punto è interessante la ricostruzione presente in S. SALARDI, *Intelligenza artificiale e semantica del cambiamento: una lettura critica*, Torino, 2021, 89-94, dove l'A. argomenta l'inedito ruolo della «tecnologia come agente regolatore»: «è incontestabile che, fino all'avvento delle tecnologie intelligenti, lo strumento più incisivo per controllare e guidare le condotte umane è stato il diritto, in virtù della sua forza coercitiva. Nell'era dell'IA ci si chiede se sia ancora così. Di fatto, le possibilità offerte con le nuove tecnologie di agire direttamente sulle condotte individuali, ossia realizzando immediatamente l'effetto auspicato, rappresenta un'eccedenza su cui riflettere. [...] In queste situazioni, lo strumento tecnologico consente di agire direttamente per ottenere il risultato voluto. Detto diversamente, in alcune circostanze la tecnologia determina direttamente ciò che si può o non si può fare. [...] In altre parole, la tecnologia rende impossibile agire diversamente, perché rende l'azione contraria all'obbligo difficile, se non impossibile, da realizzare. È l'azione che è resa impossibile di fatto. In tal senso, la tecnologia rende immediatamente esecutivo quello che, di norma, richiede un intermediario nel mondo giuridico (giudice)».

Ci si riferisce, senza la pretesa di esser esaustivi, da un lato, alla forte connotazione funzionalistica¹⁰ del diritto come tecnica di condizionamento sociale e, dall'altro, alla sempre più consistente "spiegazione scientifica dell'uomo"¹¹ rinforzata nelle sue potenzialità di successo dallo sviluppo delle scienze cognitive, neuroscientifiche¹² in particolare. Uniti insieme al forte sviluppo tecnologico, essi collaborano nel sostenere la tesi della tecnoregolazione.

Quanto al primo fattore, è storia vecchia e pienamente moderna: la concezione per cui, dal punto di vista dell'effettività, il diritto sia strumento per la realizzazione dell'ordine effettivo delle relazioni sociali¹³.

¹⁰ Nella sterminata letteratura, di fondamentale importanza, nel contesto italiano è il processo di revisione critica del positivismo ad opera, oltretutto di Bobbio (N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, 1977), soprattutto di Scarpelli (U. SCARPELLI, *Che cos'è il positivismo giuridico*, Napoli, 1999), con la sua lettura "politica" del giuspositivismo che, di conseguenza, gli impone un rafforzamento dello stesso in senso costituzionale al fine di blindare in funzione liberale l'ordinamento oggettivo.

¹¹ Un riferimento paradigmatico in tal senso è nella tesi di M. MINSKY, *La società della mente* [1985], Milano, 1989, 600, per il quale «tutto ciò che accade nel nostro universo è del tutto determinato da ciò che è già accaduto in passato, oppure dipende, in parte, dal caso. Tutto, anche ciò che accade nel nostro cervello, dipende da queste e solo da queste due cause: un insieme di leggi fisse e deterministiche, un insieme esclusivamente aleatorio di accidenti». Degli effetti sul piano della concezione del diritto e della società, specie attraverso la critica della teoria generale dei sistemi, da Luhmann interpretata secondo la tesi del costruttivismo operativo, avverte B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo, noia, globalizzazione*, Torino, 2004, 11: «La spiegazione scientifica dell'uomo – raggiunta attraverso le tecnologie impiegate nella neurobiologia e nell'intelligenza artificiale – cancella il significato attribuito al nesso che unisce la libertà ed il diritto. [...] Il postumanesimo si afferma quando la spiegazione, neurobiologica o generalmente scientifica, dell'essere uomo e delle sue condotte, coesistenzialmente rilevanti, rende privo di senso il fenomeno diritto in ogni sua manifestazione».

¹² Cfr. A. PUNZI, *L'ordine giuridico delle macchine*, Torino, 2003, 13, in cui l'A. mostra le conseguenze di un approccio siffatto: «il progetto delle neuroscienze diviene così quello di "stabilire una neurobiologia del senso", una fisica delle rappresentazioni prodotte dal nostro cervello».

¹³ Il tema è sterminato ma nella letteratura italiana più recente si vedano almeno, A. CATANIA, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2010; N. IRTI, *Significato giuridico dell'effettività*, Napoli, 2010; per una panoramica ricostruttiva, G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2016, 207-224.

In questo obiettivo, però, almeno fino a ora, il diritto ha sempre dovuto fare i conti con la contingenza dell'azione umana, il suo "poter essere altrimenti"¹⁴, e lo ha fatto sviluppando quel meccanismo tanto studiato della sanzione come disincentivo che presuppone l'idea di norma come ragione per l'azione.

Si vuol dire, cioè, che il diritto, al fine di garantire la sua esistenza come ordine effettivo, ha sempre dovuto sviluppare un'antropologia su cui intervenire per ottenere il risultato della conformazione o, se si preferisce, dell'obbedienza¹⁵.

E l'antropologia moderna è stata ben salda nel rispondere a questo problema attraverso il riferimento al concetto di una razionalità piena e trasparente sia da un punto di vista soggettivo che oggettivo¹⁶: «l'ideale-tipo di individuo "razionale", che inserisce nel proprio circuito decisionale lo svantaggio della sanzione a fronte dell'utilità attesa dalla com-

Degna di nota la riflessione contenuta in G. VETTORI, *Effettività fra legge e diritto*, Milano, 2020, dove l'A. a cavallo tra ermeneutica giuridica e teoria generale del diritto civile, delinea un'ottima prospettiva sull'urgente necessità del recupero del principio di effettività giuridica.

¹⁴ Cfr. F. CIARAMELLI, *L'ordine simbolico della legge e il problema del metodo*, Torino, 2021.

¹⁵ Per un'interessante lettura sul tema dell'obbedienza cfr. N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021.

¹⁶ Cfr. in tal senso G. BOMBELLI, *Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità "classica" e spunti dal nudging*, in *Teoria e tecnica della regolazione sociale*, 1, 2019, 26: «più precisamente, questo impianto teorico verte sull'idea di fondo che le dinamiche deliberative e i processi di autodeterminazione si configurano, almeno presuntivamente, come processi cognitivamente trasparenti in quanto leggibili-interpretabili in relazione a modelli di "razionalità". Ciò almeno in una duplice accezione: come razionalità (o trasparenza) "soggettiva" e razionalità (o trasparenza) "oggettiva". Sotto il primo profilo tali dinamiche costituiscono oggetto di autopercezione da parte del soggetto-agente. In altre parole si tratta di processi di cui quest'ultimo, quand'anche essi assumano la forma di automatismi (come condotte di *default* a base razionale), è riflessivamente consapevole: si presume non solo che egli sia in grado di determinarli ma anche di renderne ragione in prospettiva lato sensu finalistica. Con riguardo al secondo versante, la natura trasparente di tali dinamiche risiede nella possibilità di descriverne la struttura o sequenza: ciò significa che i loro elementi strutturali (motivi, finalità, obiettivi, ecc.) sono suscettibili di una ricostruzione oggettiva».

missione di un illecito»¹⁷. Una premessa antropologica che innerva in chiave utilitaristica¹⁸ il pensiero giuridico, finanche nelle sue espressioni più formalistiche¹⁹, dettando la prospettiva da cui partire per la concettualizzazione delle categorie giuridiche di ogni ramo dell'ordinamento²⁰.

Proprio questo punto di caduta antropologica presta il fianco al secondo vettore: gli sviluppi di una spiegazione scientifica dell'uomo e del suo agire.

¹⁷ Cfr. A. FARANO, *L'obbedienza al diritto tra ragioni e cause*, in *Teoria e tecnica della regolazione sociale*, 1, 2021, 105 dove l'A. specifica che «le origini del modello di agente razionale, che inserisce la sanzione nel circuito decisionale, soppesando lo svantaggio derivante da questa con l'utilità del reato, risiedono, com'è noto, nelle riflessioni condotte nell'ambito dell'illuminismo penale. Il processo di emancipazione del reato dal peccato – che ha rappresentato uno degli obiettivi più significativi dell'illuminismo penale – passa, infatti, anche per una precisa riscrittura antropologica del soggetto che delinque: non più mostro da eliminare o curare, bensì homo oeconomicus, che ricerca razionalmente il proprio interesse individuale».

¹⁸ *Ibidem*, dove l'A. prosegue chiarendo le radici utilitaristiche sottese al meccanismo sanzionatorio in quanto «la pena come intimidazione agisce come leva del meccanismo decisionale, giacché i delitti, come afferma Audegean a proposito di Beccaria, “dipendono da una meccanica degli interessi che regola l'insieme delle azioni del mondo umano: sono soltanto il prodotto di un calcolo che tiene conto del guadagno atteso, della sanzione temuta e del rischio di essere scoperti”. Il legislatore, cioè, avrebbe dovuto rendere l'osservanza del diritto più “interessante” della sua violazione, attraverso la minaccia di un male maggiore dell'utilità del delitto, e attraverso la prossimità temporale della sanzione con il delitto stesso». Cfr. P. AUDEGEAN, *Critica della ragion penale. Beccaria e la filosofia*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2016, 1-8.

¹⁹ Il riferimento esplicito è al XIV paragrafo dei Lineamenti del '34 di Hans Kelsen, dove il filosofo praghese riconosce alla sanzione il ruolo di strumento di incisione del processo decisionale del destinatario della norma, affermando a chiare lettere che «in ciò risiede l'efficacia dell'ordinamento giuridico». Cfr. H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* [1934], Torino, 2000, 69.

²⁰ Lo spiega con chiarezza G. BOMBELLI, *Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità “classica” e spunti dal nudging*, cit., 31, riconoscendo che, proprio «tale apparato ha costituito l'impianto teorico per la concettualizzazione dei processi di volizione-deliberazione e la conseguente edificazione di categorie e istituti giuridici: dall'ambito privatistico (si pensi paradigmaticamente a tutta la materia relativa alla manifestazione della volontà e alla disciplina dei vizi) sino all'ambito penale (si pensi altrettanto paradigmaticamente alla messa a punto della figura del “dolo” o, ancora, alla nozione di “capacità di intendere e di volere”))».

Gli studi neuroscientifici, almeno una parte di essi, infatti, sembrano suggerire una visione dell'umano totalmente diversa da quella che si enucleava intorno al carattere distintivo della libera determinazione di sé in base a un discorso razionale (*homo oeconomicus*), una visione che punta alla sua completa determinazione²¹.

Si assiste a un vero e proprio passaggio, leggibile in controtelaio nell'evoluzione delle applicazioni tecnoregolative, dal *nudge*²² ai sistemi di *self-enforcing* (come lo *smart contract*).

Se con il *nudge* ancora si ipotizza il diritto come tecnica rivolta alla gestione contingente dell'oggetto "comportamento umano" e la novità è nel senso di un aggiornamento della razionalità antropologica di base su cui operare il trattamento tecnico-giuridico, con le forme più dure di tecnoregolazione quell'oggetto particolare sembra perdere ogni rilevanza pratica e le tecno-norme diventano strumenti di costruzione necessaria del comportamento umano.

Approfondendo brevemente per far risaltare la differente operatività, il *nudging* – generalmente tradotto con "spinta gentile" o "pungolo" – nasce, nella riflessione più avvertita, sull'idea di un necessario aggiornamento del riferimento antropologico tradizionale, valorizzando, in particolare, le indicazioni neuroscientifiche circa la centralità del ruolo delle emozioni²³ all'interno dei processi decisionali e quello di una duplicità

²¹ Per ogni migliore approfondimento cfr. A. FARANO, *La responsabilità giuridica alla prova delle neuroscienze*, Bari, 2019.

²² R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008. Nell'ormai ampia letteratura si segala, almeno, A. ALEMANNI, L. SIBONY (eds.), *Nudge and the law. A European perspective*, Oxford, 2015; K. MATHIS, A. TOR (eds.), *Nudging – Possibilities, Limitations and Applications in European Law and Economics*, Cham, 2016. In ambito nazionale, oltre ai contributi già citati si veda S. ZORZETTO, *Rational, Reasonable and Nudged Man*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2, 2019, 73-94.

²³ La propulsione di questa prospettiva naturalistica origina nel segno del sempre maggior rilievo riconosciuto al profilo emotivo del soggetto giudicante. Si vedano a tal fine A.R. DAMASIO, *Descartes's Error. Emotion, Reason, and the Human Brain*, New York, 1994, trad. it. *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, 1994; A. FORZA, G. MENEGON, R. RUMIATI, *Il giudice emotivo. La decisione tra ragione ed emozione*, Bologna, 2017. Inoltre, cfr. A. FARANO, *L'obbedienza al diritto tra ragioni e cause*, cit., 105: «questo perché se, a partire dagli studi pionieristici di Simon (1957) sulla *bounded rationality*, l'individuo risulta descritto come soggetto cognitivamente

operativa del sistema di deliberazione decisionale²⁴; due risultanze che infrangono l'unità astratta dell'*homo oeconomicus* di marca moderna. In questo senso, l'idea, nei suoi tratti essenziali, è quella di assecondare, coerentemente:

un tipo di paternalismo relativamente tenue, indulgente e poco invadente, perché le scelte non vengono bloccate, impedito o rese eccessivamente onerose. [...] L'approccio che noi raccomandiamo può essere considerato paternalistico, perché gli architetti delle scelte pubblici e privati non cercano semplicemente di monitorare o avallare le scelte che gli individui potrebbero fare, ma piuttosto cercano attivamente di spingere gli individui in una direzione che possa migliorare le loro condizioni di vita, pun-golandoli²⁵.

Certamente un cambio di prospettiva, dunque, ma pur sempre una prospettiva antropologica²⁶ che assume come rilevante il contributo del destinatario della normatività, seppur in una forma meno centrata e "attiva" per la realizzazione effettiva del fenomeno giuridico.

Differentemente, il cambio di passo che le tecnologie di *self-enforcing* esibiscono, specialmente in ambito digitale, è ben leggibile nell'esempio che Latour propone nella c.d. "chiave di Berlino"²⁷:

una volta aperta la porta è possibile entrare, ma non è più possibile estrarre la chiave dalla serratura fintanto che la porta rimane aperta; l'uni-

limitato, quasi vittima di *bias* ed errori cognitivi che incidono irrimediabilmente sull'assunzioni di decisioni, i più recenti studi neuroscientifici sul ruolo delle emozioni nel processo decisionale sembrerebbero rovesciare il rapporto dominativo tra ragione ed emozioni, indicando sempre più le seconde come veicolo di informazioni e detonatori di scelte morali».

²⁴ In tal senso, il parallelismo è immediato tra il "sistema 1" e il "sistema 2" teorizzati da Kahneman e la distinzione tra "sistema impulsivo" e "sistema riflessivo" proposta da Thaler e Sunstein. Per ogni migliore approfondimento, oltre al testo degli inventori della prospettiva *nudge*, si veda D. KAHNEMAN, *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2008.

²⁵ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, cit., trad. it. *Nudge. La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2014, 11-12.

²⁶ Cfr. S. ZORZETTO, *Rational, Reasonable and Nudged Man*, cit.

²⁷ B. LATOUR, *The Berlin key or how to do words with things*, in P. GRAVES-BROWN (ed.), *Matter, materiality and modern culture*, London, 2000, 10-21.

co modo per entrare e allo stesso tempo recuperare la chiave è farla passare attraverso la serratura fin dall'altra parte, chiudere la porta dietro di sé e così anche la serratura. Dunque, per potere recuperare la chiave, chi la utilizza deve, dopo avere aperto la porta, lasciarsela chiusa alle spalle prima di proseguire il proprio tragitto²⁸.

La combinazione di normatività e codice/meccanismo tecnico, infatti, esclude ogni necessità di determinare antropologicamente l'oggetto del diritto artificiale. Si è di fronte, cioè, a sistemi tecnici, i quali esibiscono la capacità, più o meno intenzionale, di imporre vincoli normativi a chi ne fa uso con una immediatezza sconosciuta alle norme giuridiche tradizionalmente intese: se quest'ultime si caratterizzano per rivolgersi ai propri destinatari prescrivendo ciò che questi devono o non devono fare e quindi chiedendo un'attiva partecipazione degli stessi, i fenomeni di tecnoregolazione determinano direttamente ciò che possono o non possono fare relegando il contributo dei destinatari di questo tipo di normatività a un ruolo completamente "passivo".

3. Regolazione e tecnoregolazione allo specchio, tra autonomia ed eteronomia

Sulla base di questa analisi distintiva, provando a delineare più chiaramente i tratti differenziali, la tesi che si vuole proporre è che il tecnodiritto rappresenti un fenomeno della giuridicità che si inverte in forma totalmente eteronoma negando, della giuridicità tradizionale, il fondamento autonomistico.

L'argomentazione a sostegno di questa tesi si compone di due risposte consecutive ad altrettante domande. In che senso si ritiene di poter dire

²⁸ D. ROCCARO, *Predizioni normative. Giustizia e rivoluzione digitale*, cit., 137 e poi 139, dove chiarisce, attraverso un parallelismo tra normatività tecnica e normatività giuridica (l'esempio di un cartello che disponga di "chiudere la porta"), che «l'osservanza della norma iscritta nel funzionamento della chiave è assoluta, la sua applicazione inevitabile. Non si può affermare lo stesso dell'osservanza della norma scritta sul cartello all'ingresso dell'atrio e con la quale si prescrive la chiusura del portone. La prima non rischia di essere infranta, nella seconda l'infrazione è iscritta nelle parole stesse che veicolano la norma».

che il normativo tradizionalmente inteso si connoti come fenomeno espressione di autonomia? E in che senso il tecno-diritto, al contrario, risulta un'espressione eteronoma di giuridicità?

Quanto alla prima questione: partendo dall'ovvia considerazione per cui autonomia ed eteronomia sono concetti relazionali (per cui ogni volta è necessario chiedersi rispetto a chi o a che cosa), se il diritto si conviene rappresenti, dal punto di vista della sua funzione, un dispositivo di orientamento e condizionamento delle condotte umane tale per cui la sua esistenza in larga parte deriva dal suo essere effettivo, esso può esser pensato come regola di condotta comunque autonoma in quanto, nel profilo fisiologico dell'obbedienza, opera come concausa del comportamento andando a comporre nel foro interno dell'agente l'insieme voluto delle ragioni (norma concreta) di un'azione, e, nel profilo patologico della disobbedienza, opera come esito del contraddittorio delle parti di fronte al giudice terzo andando a rappresentare il risultato della partecipazione (norma concreta) che quindi è condivisa.

La norma giuridica tradizionalmente intesa, rispettosa del dato di partenza della contingenza quale tratto caratterizzante dell'umana azione, mira a "porsi" come incisione rilevante, tra varie, nel campo del probabile²⁹. È proprio in questo senso che si esprime la positività del diritto

²⁹ L'impostazione teorica a cui si fa riferimento è leggibile ben più approfonditamente in B. DE FINETTI, *Teoria delle probabilità*, vol. I, Torino, 1970, 85-86: «La situazione è questa: se Tu vuoi limitarti alla logica del certo, dopo pervenuto a distinguere i casi possibili e a rappresentarli nel modo che più ti appare efficace o comunque ti fa comodo, devi fermarti e considerare chiusa la questione. Ma vuoi farlo? e puoi farlo? A tutti capita spesso di non contentarsi (o non potersi contentare) di ciò, e quindi di andar oltre. E andar oltre correttamente significa entrare in quella che abbiamo detto logica della previsione». Per un miglior chiarimento, specie in riferimento al fenomeno giuridico della normatività in rapporto alla sfera soggettiva del destinatario della norma cfr. M. DE FELICE, *La macchina della decisione*, Torino, 2021, 39 ss., dove si chiarisce che «preliminarmente conviene distinguere il carattere soggettivo della probabilità e il carattere oggettivo degli elementi (eventi, enti aleatori qualunque: importi futuri, ecc.) cui essa si riferisce. Nella logica del certo esistono: "vero", "falso", come risposte finali; "certo", "impossibile", "possibile" come alternative rispetto alla conoscenza del soggetto che valuta. [...] La logica del certo fornisce l'ambito delle possibilità (e il "possibile" non ha gradazioni); la probabilità è una nozione aggiuntiva che si applica nell'ambito delle possibilità facendovi apparire quelle gradazioni ("più o meno probabile") che nella logica del certo non hanno senso. Va chiarito che "non c'è ponte per passare dal campo probabilistico al campo logico";

come tecnica di ingegneria sociale³⁰ e che il giudizio giuridico appare scomposto in due momenti successivi e funzionalmente distinti (*legislatio* e *iurisdictio*), il secondo dei quali è solo eventuale nel caso di una non conformazione spontanea concreta al *positum* astratto. La norma, cioè, va a comporre quell'insieme di elementi che sul campo del possibile tentano di imprimere una direzione – quella scelta e possibilmente aderita – nel giudizio di probabilità da parte del soggetto destinatario della norma stessa³¹.

Spostando l'attenzione alla questione consequenziale, la normatività esibita dai fenomeni tecnoregolativi, invece, appare totalmente eteronoma per il fatto di rinunciare, quanto alla sua esecuzione/concretizzazione – tanto nella dimensione fisiologica dell'obbedienza quanto in quella patologica della disobbedienza – a qualsiasi contributo del soggetto destinatario della norma, per cui a questo si impone del tutto dall'esterno.

“la differenza anche minima fra la certezza assoluta e la probabilità vicinissima all'unità è non solo immensamente ma radicalmente maggiore e diversa di quella tra due probabilità lontanissime (una quasi nulla, l'altra quasi uguale a uno): si ha la differenza di natura logica, tra logica del certo e del probabile”».

³⁰ Cfr. sul concetto, l'interessante prospettiva contenuta in C. SARRA, “*Iper-positività*: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell'informazione

, in C. SARRA, M. ISABEL GARRIDO GOMÉZ (a cura di), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Padova, 2018, 95-125.

³¹ In questo senso, la norma giuridica, in rapporto al soggetto razionale idealtipico, interviene come elemento informativo (tendenzialmente vincolante) che compone il materiale su cui quello opera il giudizio probabilistico relativo alla sua scelta di agire. In qualche modo, questa dinamica ricalca lo schema di meccanizzazione del processo decisionale, come si evince da M. DE FELICE, *La macchina della decisione*, cit., 42-43: «Il computer è un “filtro oggettivo” e produce le decisioni: è oggettivo perché non lascia indeterminazione nel processo decisionale, opera con un algoritmo su una linea logica “formalmente normativa”. Ma riceve in input informazioni elaborate da “filtri soggettivi” da “*Mind of You*” che elicitano le probabilità, e da “*preference of You*” che definisce l'utilità». Appare evidente, allora, che «il soggetto continua a giocare il suo ruolo essenziale (e a mantenere perciò l'appropriatezza del cerchio): nella scelta delle variabili (in particolare dei *risk driver*) e delle relazioni funzionali – cioè nella forma strutturale del modello –, nella definizione delle tecniche di stima, nella selezione dei dati da utilizzare per la calibrazione».

Ciò avviene per la pervasività sociale dei nuovi strumenti tecnologici e digitali – che chiaramente esibiscono una rimodulazione della relazionalità tra individui a ogni livello – ma anche e soprattutto per il fatto di permettere lo spostamento del punto di incisione rilevante della norma giuridica nel campo del “possibile”, disconoscendo a essa il ruolo di fattore rilevante nel processo di giudizio di probabilità soggettiva e assegnandogliene quello inedito di condizione costitutiva³² dell’azione concreta. Un fenomeno che, si può concordare, mostrando:

un aumento iperbolico del grado di positività della regola che raggiunge e determina totalmente un (idealmente) completo orizzonte prasseologico, merita forse un nome, almeno per comodità sintetica nella discussione accademica e, a tal fine, propongo di chiamare questo fenomeno “iper-positività”³³.

³² Cfr. C. SARRA, *“Iper-positività”: la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell’informazione*, cit., 120-121, in cui si fa rilevare che «l’idea che le norme giuridiche siano sempre costitutive era già comparsa nella letteratura che per prima ha riflettuto su tale concetto» ma non era penetrata al punto che oggi sembra raggiungersi grazie al fenomeno della tecnoregolazione. Sulla base delle potenzialità di questa nuova forma di normatività giuridica, infatti, «il rapporto possibilità-necessità si riconfigura: costituire processi virtuali attiva (e disattiva) possibilità con un gradiente di “gestione” dei limiti naturali assai più elevato, idealmente totale. Perciò, con la sottoposizione della costruzione giuridica alle regole virtuali (collocando il concetto di persona entro quelle che costituiscono e trasferiscono dati, o che informano la funzione amministrativa, o che determinano l’esistenza della richiesta di giustizia, per esempio), vediamo concretizzarsi un fenomeno che, almeno per la scala con cui si pone, appare nuovo: quello della possibilità di controllo e posizione della totalità delle condizioni per la costituzione della prassi giuridica. La possibilità, cioè di costituire forme esclusive di comportamento giuridico, totalmente determinate al di là delle limitazioni, e necessità naturali che, invece, cadono progressivamente nell’irrilevanza». E altrove, con maggiore sintesi: «non si danno realtà giuridiche – anche comportamentali – che non siano sempre costituite (almeno) da regole “virtuali”, per la ragione che sono i processi informatici – quali macro postulati giuridici – a determinare che cosa è (vale come) “reale” nel contesto giuridico di riferimento».

³³ *Ivi*, 121, dove l’A. ipotizza caratteri e questioni de «l’epoca della “iper-positività giuridica”, che esorcizza lo spettro libero della volontà individuale, realizza nel diritto quel progetto di realtà totalmente dominata, controllata e misurata che informa l’immagine della società scientifica del Novecento, e, dall’altro lato, richiede uno sforzo di riconfigurazione dei luoghi di dialogo giuridico interdisciplinare che includa le nuove co-

A questo punto, però, il questionare non si quietava. Rilevata la differente fisionomia del tecno-diritto rispetto al diritto come tradizionalmente inteso e prodotto, si può legittimamente ritenere che il primo elida il carattere autentico della normatività giuridica? È della normatività giuridica di esibire un fondamento autonomistico oppure è questa solo un'occorrenza relativa di un contesto sprovvisto dell'incisività che oggi promette la tecnica?

In fondo perché dovrebbe stupire: il normativo rimarrebbe normativo anche se non si ponesse più la questione, o meglio la possibilità, della sua violazione sul piano dei fatti. Il normativo rimane ragione dell'effettività concreta perché l'esecuzione automatica si fonda proprio sul normativo; anzi, sembra che si realizzi finalmente al massimo grado, escludendo la possibilità di un disallineamento tra realtà normativa e realtà fattuale attraverso la mediazione della tecnica:

se, in altri termini, pensiamo la norma come ciò che fornisce ragioni per agire, allora il *self-enforcing* della norma non intacca in alcun modo il suo essere la ragione per la quale un determinato comportamento viene in essere [...] Se si accetta, in altri termini, che la normatività della norma – ciò che rende una norma una norma – consista nel suo costituire ragione per l'azione che prescrive, allora, a nostro avviso, una norma che giunga al punto di potersi auto-eseguire non può che essere pensata come la realizzazione perfetta di quella idea di normatività³⁴.

Non sembra, infatti, si esca molto dall'idea di giudizio giuridico complessivamente inteso che ci arriva dalla modernità e che si alimenta a metafore meccanizzanti tra le quali celebre è quella del “giudice bocca della legge”. Anzi, di quell'idea rappresenterebbe, finalmente, la realizzazione più spinta attraverso l'amputazione dello spazio “secondario” del giudizio sul particolare.

munità (giuridiche) di tecnici, pena la continua giustapposizione di “scatole nere” concettuali con la perdita di ogni consapevolezza – e, starei per dire prudenza – giuridica».

³⁴ T. GAZZOLO, *La tecnologia come compimento del diritto*, in *Teoria e tecnica della regolazione sociale*, 1, 2023, 115-116.

4. *Un primo bilancio a mo' di conclusione: la negazione del giudizio giuridico sul particolare, ossia della sua disumanizzazione*

Si potrebbe convenire con la posizione appena richiamata che, distinguendo tra dover-essere (autentico) e dovere-di-essere (inautentico) ritiene le tecno-regole la forma di realizzazione massima del nichilismo insito nella concezione della norma come ragione dell'agire. La tecnoregolazione non rappresenterebbe alcuna rottura, anzi realizzerebbe la normatività delle norme nel senso nichilistico in cui essa è sempre stata pensata: come dovere-di-essere, pretesa che il mondo sia come deve-essere.

L'analisi è sicuramente molto raffinata e dice molto della normatività giuridica dal punto di vista puramente logico, eppure non sembra offrire strumenti sul piano dell'effettività se, infatti, come conclude:

essendo, il diritto cessa di essere. Cessa, più propriamente, di apparire come dovere-di-essere, come relazione ontologica tra linguaggio e mondo determinata a partire dal comando. E, in questo modo, essa consente alla questione del diritto di divenire finalmente attuale, di essere interrogata in tutta la sua urgenza: perché l'unica possibilità per il diritto, ora, è di poter giungere ad essere, finalmente, ciò che è (e che non è mai stato), ossia Sollen³⁵.

Ma la questione del diritto è davvero quella della sua condizione trascendentale? Oppure questa è questione fondamentale della sua scienza e del diritto rileva sempre e urgentemente il profilo esistenziale del giudizio sul particolare, di quella aporia che si finirebbe per obliterare confidando nello sguardo solo teorico-scientifico³⁶? Ridurre la portata della

³⁵ *Ivi*, 124.

³⁶ Una scienza, tra l'altro, che, oggi molto più di ieri, sembra aver avviato il processo di assorbimento della connotazione costruttivo-prescrittiva del proprio statuto epistemologico. Quella sfida che comunemente va sotto il nome di "sfida della complessità", un processo di rivalutazione prima di tutto del pensiero e del suo metodo: un'operazione di ricostruzione del «metasistema del sistema scientifico» (E. MORIN, *Il paradigma perduto*, Milano, 1974, 206) nel segno dell'accettazione «del carattere strutturalmente inconcluso dello sviluppo di ogni sistema cognitivo, quale condizione stessa del suo corretto funzionamento e del mantenimento della sua identità» (M. CERUTI, *La hybris dell'onniscienza e la sfida della complessità*, in M. CERUTI, G. BOCCHI (a cura di), *La sfida*

tesi del diritto come ragione dell'azione non è operazione che rischia di determinare la confusione tra piano trascendentale (della scienza) e piano effettivo/esistenziale (della filosofia e della politica del diritto)? Possiamo, cioè, da un altro punto di vista, continuare a contentarci, come filosofi, del problema della scienza, derubricando a compito di altri quello dell'effettività? Non si rischierebbe l'abbandono dell'uomo comune, in carne e ossa, alla tragedia di subire lo svuotamento politico del suo spazio giuridico?

Nell'idea di norma come "ragione per l'azione" non c'è solo un nichilismo inevitabile; c'è anche tutta l'aporia, la difficoltà mai definitivamente superabile, dell'ordine collettivo della contingenza dell'uomo come individuo e come parte di una collettività, che non è altro che un modo diverso per dire facoltà del giudizio giuridico sul particolare e conflitto di democrazia.

Proprio questo aspetto fondamentale e vitale, dunque, il fenomeno tecnoregolativo mette in crisi.

Lo Giudice³⁷ ha scritto del momento puntuale del giudizio sul particolare quale luogo di emersione delle condizioni di possibilità dell'autonomia della norma giuridica e, allo stesso tempo, causa di quello che lui chiama il "dramma" del giudizio e, cioè, un'origine del giuridico da una mancanza strutturale e procedurale del giudice sul piano cognitivo. La tesi di Capograssi sul carattere del giudizio è la fotografia perfetta di questa dimensione multiconflittuale da cui emerge il giuridico e la norma come opera pienamente umana³⁸.

Quello che si vorrebbe aggiungere, o meglio esplicitare, è che la conformazione autonoma del giuridico si mostra proprio in questo momento come dimensione collettiva, come impresa comune (delle parti, del giudice, della legge) che il processo filtra e distilla nell'esito del giudizio

della complessità, Milano, 1985, 34). Per ogni migliore approfondimento si veda per intero M. CERUTI, G. BOCCHI (a cura di), *La sfida della complessità*, cit.

³⁷ A. LO GIUDICE, *Il dramma del giudizio*, Milano, 2023.

³⁸ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Giudizio Processo Scienza Verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 1, 1950, 7, dove l'A. specifica che al giudice «non gli è presente l'azione, perché ormai è passata; e, si può dire, non gli è presente nemmeno la legge, perché la legge generale e l'azione da giudicare è, più che particolare, puntuale, di un'assoluta puntualità. [...] Così si può dire che il giudice non ha nulla, deve procurarsi tutto».

giuridico sul particolare. Il giudizio è una stratificazione di giudizi, è il risultato di un dialogo continuo tra più livelli, più gradi, più attori, all'interno del quale ogni individuo ha la possibilità di partecipare alla concretizzazione della normatività in modo diretto e de-coincidendo³⁹ con l'ipotesi che eteronomamente è stata prescritta per lui.

Un dialogo di libertà e identità che verrebbe del tutto tacitato, ora, nella dinamica normativa della tecnica, in ossequio e favore della celerità dei suoi effetti.

³⁹ È la prospettiva indicata, attraverso la rilettura della politica della de-coincidenza di François Jullien (F. JULLIEN, *Riaprire dei possibili*, Napoli-Salerno, 2024; ID., *Il gioco dell'esistenza*, Milano, 2019), avviata in D. CANANZI, 'Io' e Noi': le sfide dell'interculturalismo e della semplificazione dell'umano, in *Sudeuropa*, 1, 2023, 7-15; e proseguita in ID., *Le sfide giuridiche del potere tecnologico*, in *Sudeuropa*, 1, 2024, 7-13. Proprio in questo secondo contributo appare una lettura secondo cui «il diritto lavora alla possibilità negativa del costante de-coincidere, garantisce e tutela la possibilità della de-coincidenza, altrimenti si svelerebbe pura violenza, depersonalizzante, volontà di dominio, volontà del nulla, "povera di mondo" e non più "formatrice di un mondo". Essere "formatore di mondo" significa, traducendo la tesi heideggeriana nei termini jullieniani, godere di quella libertà che è la de-coincidenza, godere della possibilità di "riaprire dei possibili" secondo una modalità inedita» (ivi, 12). Un fenomeno radicalmente umano, in quanto «"vivere è de-coincidere", per Jullien, perché l'esistenza umana si riconduce alla struttura del sé, riconosciuto libero nella misura in cui e fino a quando non è uguale ma sempre altro; è nella misura in cui il sé non coincide con se stesso che può dirsi libero, può dirsi agente, può dirsi, anche giuridicamente, responsabile» (ivi, 10).

SEZIONE IV

AUTONOMIA STATUALE E ORDINAMENTI LOCALI

AUTONOMIA STATUALE E ORDINAMENTI LOCALI

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Maria Borrello, Attilio Pisanò

Il tema dell'autonomia statale e degli ordinamenti locali costituisce una delle questioni più rilevanti e complesse nel panorama giuridico contemporaneo, divenendo terreno di confronto particolarmente fertile. In un contesto segnato da trasformazioni profonde – dalla crescente articolazione dei poteri pubblici alla pluralità delle fonti normative, dal ruolo delle tecnologie all'emergere di nuove forme di sapere giuridico – la questione dell'autonomia incide sulla struttura dei poteri pubblici e sulla concezione stessa dell'unità statale.

Tale questione, infatti, non rinvia soltanto alla distribuzione verticale delle competenze tra centro e periferia, ma implica il riconoscimento di spazi di normatività, di autorità e di identità giuridiche che si situano a diversi livelli e secondo molteplici logiche. L'autonomia investe dunque questioni fondamentali di legittimità e di identità, poste entro il quadro del pluralismo giuridico: l'unità dello Stato, i vincoli costituzionali, le esigenze di solidarietà e le spinte differenziatrici si configurano così come elementi in tensione, ma anche come risorse per ripensare le strutture del diritto e i modelli della convivenza sociale.

I contributi presentati in questo workshop offrono una prospettiva teorica sull'autonomia che ne coglie la ricchezza delle declinazioni possibili; a partire da profili differenti, si esplora questo ampio campo di riflessione attraverso una serie di sguardi tra loro eterogenei, ma accomunati dall'intento di interrogare in profondità il concetto di autonomia e le sue implicazioni teoriche, storiche e sistemiche. Le diverse prospettive qui raccolte – giusfilosofiche, assiologiche, epistemologiche – offrono spunti plurali per comprendere il senso e le trasformazioni dell'autonomia statale e degli ordinamenti locali nel contesto giuridico

contemporaneo. Si tratta, in ultima analisi, di interrogarsi non solo su come si debba articolare il potere nello spazio, ma anche su quale idea di diritto e di giustizia possa orientare tale articolazione.

IL SAPERE DELLE CORTI NEL PROCESSO DEMOCRATICO

Paolo Bodini

1. Democrazia ed epistocrazia

Il dibattito sulla democrazia ha trovato nella questione della “conoscenza” un elemento di cruciale riflessione. La centralità di ciò che si conosce o non si conosce nel momento in cui si prendono decisioni politiche ha portato alcuni studiosi a teorizzare un ruolo necessario della dimensione epistemica nella scelta del sistema istituzionale funzionale alle scelte di potere. *Episteme* e *kratos*, conoscenza e potere, non possono essere disgiunti, perché l’esercizio di un potere implica necessariamente l’effetto sulla realtà (sociale, economica, ambientale, ecc.) e, per questo, chi comanda sulla realtà e sugli altri è tenuto a onorare una condizione di carattere cognitivo, dimostrando di sapere e, per questo, di avere le credenziali per esercitare il potere oppure – potremmo dire con un’espressione comune – di “sapere quello fa” e, per questo, essere giustificato a farlo.

Questa posizione rappresenta, in estrema sintesi, la prospettiva dell’epistocrazia sulla democrazia (López-Guerra 2014; Bell 2015; Somin 2015; Brennan 2018). L’epistocrazia sviluppa una critica al processo decisionale democratico legando un punto normativo (la conoscenza è un requisito per comandare) a una base empirica (il decisore democratico, cioè il *demos*, non sa). In un quadro di democrazia rappresentativa è infatti il popolo a decidere, seppur indirettamente, eleggendo i decisori (a livello legislativo e, in alcuni sistemi, anche esecutivo) e imponendo una direzione politica attraverso la determinazione dei rapporti di forza fra i rappresentanti (con un voto, per esempio, favorevole o contrario all’immigrazione; favorevole o contrario alla spesa pubblica per fini sociali, ecc.). Accanto al punto normativo, gli esponenti dell’epistocrazia fondano la propria critica verso la democrazia su una letteratura e

un ampio ventaglio di rilevazioni demoscopiche tese a fotografare la scarsa conoscenza da parte dei cittadini dei problemi su cui decidono e del contesto in cui calano la propria decisione (Bennett 1988; Converse 2006; Achen, Bartels 2016; Duffy 2018). La conclusione è quindi, in ottica epistocratica, lineare: se decidere, cioè, esercitare potere, riguarda il sapere e chi decide (il *demos*) non sa, allora la democrazia deve essere abbandonata o riformata a favore di una forma di governo in cui conoscenza e potere vadano mano nella mano.

Ma che tipo di conoscenza deve essere posseduta dagli epistocrati come condizione per esercitare il potere decisionale? La risposta a questa domanda si declina in tre ambiti epistemici: le regole del gioco, i crocevia del dibattito pubblico e la conoscenza dei rappresentanti. La conoscenza delle regole del gioco descrive la cornice di prerogative e di limiti all'interno della quale muovono rappresentanti e rappresentati. Questa prima sfera contiene quindi le informazioni inerenti al funzionamento del processo democratico. Nel contesto italiano, la conoscenza delle regole del gioco permette, per esempio, di distinguere le funzioni del Presidente della Repubblica da quelle del Presidente del Consiglio o di familiarizzare con le diverse istituzioni europee (Commissione, Parlamento, Consiglio). Analogamente, negli Stati Uniti, le regole del gioco chiariscono i poteri del presidente, dei due rami del Congresso e della Corte Suprema, oltre a restituire il complesso di diritti fondamentali di cui i cittadini sono titolari. Il principale manuale delle regole del gioco è la Costituzione. Non a caso, viene sovente evocata l'immagine delle "regole del gioco" per riferirsi alla costituzione e la conseguente presenza di "arbitri" per riferirsi alla Carta Costituzionale e alle Corti (Bobbio, 1977, 121; Dworkin, 1978, 125-30; Ely, 1980, 73; Baude, 2021, 2419).

Una seconda componente dell'*episteme* è la conoscenza dei crocevia del dibattito pubblico. Con questo concetto si fa riferimento ai passaggi obbligati della discussione politica, le "forche caudine" sotto le quali ciascun cittadino – in quanto decisore politico – deve passare. Delli Carpini e Keeter definiscono questo secondo campo come la "sostanza della politica", perché composto dai maggiori problemi interni e internazionali, sociali ed economici su cui la politica è messa alla prova (Delli Carpini, Keeter, 1996, 14). I crocevia in analisi si concentrano

spesso intorno ai *valence issues*, che descrivono fini universalmente condivisi e quindi costantemente toccati nel dibattito pubblico (Stokes 1963). Per esempio, non esiste disaccordo sulla bontà del benessere economico; tuttavia, le diverse prospettive sugli ostacoli da rimuovere e le strategie da attuare per garantirlo obbligano a un lavoro informativo in vista delle scelte da compiere. Si potrebbe obiettare che questo secondo ambito appare arbitrario: la determinazione delle priorità politiche coinvolge l'identità di ciascun individuo. Tuttavia, questa obiezione non impedisce l'individuazione di crocevia presenti nel dibattito pubblico, i quali non emergono come priorità assiologiche, ma come urgenze pragmatiche, che si distinguono per impellenza e inevitabilità, oltre che per la tendenza a condizionare molti altri aspetti delle decisioni pubbliche, che da essi dipendono. La Brexit, per esempio, ha rappresentato un crocevia del dibattito pubblico nelle elezioni britanniche del 2019. Le informazioni su cos'è la Brexit permettono di definire il quadro politico e di giudicarlo alla luce dei propri interessi e delle proprie convinzioni morali. Nel declinare le proprie preferenze, la Brexit costituiva per un elettore britannico del 2019 uno snodo fondamentale nello sviluppo della sua deliberazione politica.

L'*episteme* è infine composta da un terzo ambito di competenza, che riguarda i rappresentanti, intesi in senso ampio: legislatori, membri dell'esecutivo e partiti. In generale, a costituire questo perimetro cognitivo sono tutti gli attori politici eletti o rilevanti per maturare un'opinione su chi si candiderà. Il giudizio sui rappresentanti si compone di uno sguardo retrospettivo e di uno prospettico. La conoscenza retrospettiva può essere a sua volta divisa nella valutazione della condotta morale e di quella più strettamente politica. La valutazione morale ricerca, aristotelicamente, l'abitudine alla virtù come anticipazione della virtù stessa. In particolare, si considera la reputazione dell'attore politico, dando peso a scandali o controversie sul suo conto. Sempre in maniera retrospettiva, accanto alla morale, si può valutare la capacità politica di conseguire dei risultati: misure realizzate, leggi approvate, significative opposizioni, ecc. I teorici del "voto retrospettivo" enfatizzano proprio questa dinamica valutativa, considerando il voto come la possibilità di confermare chi ha prodotto buoni risultati e licenziare chi non lo ha fatto (Key 1966; Schumpeter 1967; Morris Fiorina 1981). La conoscenza dei rap-

presentanti in senso prospettico è invece legata ai loro propositi verso il futuro e passa dagli impegni che i candidati assumono nei programmi e nelle dichiarazioni pubbliche. Per esempio, nel 2000, più della metà degli elettori americani ignorava i differenti impegni dei candidati presidenti Bush e Gore su materie come il diritto ad abortire, il controllo delle armi, le politiche per l'occupazione (Somin, 2015, 154-5). In questo senso, gli elettori statunitensi del 2000 ignari delle posizioni di Bush e Gore difettavano delle risorse epistemiche per formulare un'opinione informata sui due aspiranti presidente.

2. *Epistocrazia e costituzionalizzazione*

Epistocrazia e democrazia identificano i primi due poli di un ragionamento che è completato da un terzo elemento: la costituzionalizzazione e la conseguente centralità delle corti costituzionali nel processo democratico. Il termine “costituzionalizzazione” descrive il graduale emergere della costituzione come cardine della vita politica, caratterizzando innanzitutto l'obiettivo della costituzione di limitare il potere (McIlwain 1947, 22) ma anche di indirizzare le decisioni pubbliche verso determinati valori e obiettivi (Alexy 2002, 352-354). Inoltre, con questo termine ci si riferisce, anzi, si assume, in questa sede, l'emergere del potere giudiziario come fondamentale garante e custode del contenuto della costituzione. Più analiticamente, quest'assunzione coincide con il riferimento a sistemi caratterizzati da *strong judicial review* (Gardbaum 2018, 21) – l'impossibilità per il potere legislativo di vincere (“override”) le sentenze delle corti in materia di interpretazione costituzionale – e da *judicial supremacy* (Friedman 1998, 352) – il primato interpretativo della costituzione da parte dei tribunali supremi o costituzionali. Infine, la costituzionalizzazione cattura la recente espansione delle carte costituzionali, per includere fra i suoi articoli emendamenti tesi a proteggere nuove istanze, come la protezione dell'ambiente o delle generazioni future (Araújo and Koessler 2021) o, ancora, elementi assiologici di taglio “progressivista” legati all'uguaglianza razziale o al benessere socioeconomico (Son 2020).

Questa trasformazione della vita politica ha indotto diversi autori a domandarsi se il fenomeno della costituzionalizzazione e il conseguente emergere delle corti come attori di primo piano nelle decisioni su delicate questioni pubbliche costituisca una virata del sistema democratico verso un ordinamento maggiormente centrato sulla competenza dei giudici e la loro capacità di bilanciamento e ponderazione (Hirschl 2004). Da questo interrogativo ne segue facilmente un secondo, suggerito dalle caratteristiche delle corti come attori istituzionali, in particolare dal loro isolamento dal dibattito elettorale; dai necessari requisiti di competenza dei giudici e, in particolare, dei giudici costituzionali; dalla loro neutralità avalutativa (essi si richiamano ai valori espressi dal diritto e dalla costituzione) (Papayannis 2016). Potremmo, cioè, domandarci se la costituzionalizzazione rappresenti un processo epistocratico *in fieri* che lega il potere di decidere alla conoscenza che conta per poterlo fare (sezione 1).

Vi sono almeno due argomenti per ipotizzare una risposta affermativa. Innanzitutto, potremmo osservare il riconoscimento da parte di alcuni teorici del ruolo “epistocratico” svolto dalle corti. Insomma, si potrebbe rispondere all’interrogativo posto sopra osservando che – di fatto – le corti sono effettivamente riconosciute come istituzioni epistocratiche, legittimate all’esercizio di un potere (*kratos*) in forza del possesso di una conoscenza (*episteme*). Così, per esempio, si esprime Sabino Cassese (Cassese 2018, 14) sul fatto che la componente prevalente del potere statale, anche negli stati democratici, risponde al principio epistocratico o meritocratico.

[S]pesso si adopera la parola ‘democrazia’ per indicare la parte per il tutto (la democrazia americana, la democrazia italiana, per indicare il sistema politico americano e italiano). Il tutto, la restante parte dei poteri pubblici, una volta esclusi gli organismi elettivi, costituisce la parte più consistente, di gran lunga più ampia dei sistemi politici (degli Stati).

Cassese fa esplicito riferimento alle corti ricordando come, in Italia, l’accesso alla magistratura avviene previo superamento di un concorso (articoli 97 e 106 della Costituzione) (Cassese 2018, 14-15). In termini semplici, Cassese mette in guardia sul fatto che la democrazia sia un termine con cui si cattura un complesso di poteri in larga parte non elet-

tivi e rispondenti al principio di competenza ed epistocrazia, che ispira le procedure di selezione di coloro che faranno parte di quel complesso di poteri. Un punto simile viene avanzato da Jones nel quadro della sua argomentazione – epistocratica – circa la necessità di ridurre il tasso di democraticità delle democrazie per avere migliori politiche pubbliche (Jones 2020, 10-26). Per farlo, sostiene l'autore, è necessario depotenziare il *demos* facendolo votare meno attraverso l'adozione di mandati più lunghi per gli eletti e dando maggiore potere a istituzioni indipendenti come le banche centrali o, appunto, le corti (Jones 2020, 65-76). In maniera ancor più esplicita di quanto fatto da Cassese, le corti sono quindi presentate come componenti di una ristrutturazione epistocratica delle società democratiche.

Un secondo argomento sulla possibile natura epistocratica del potere giudiziario richiama quanto abbiamo osservato nella precedente sezione sulla natura della conoscenza teorizzata dagli epistocrati come nerbo di un ordine decisionale radicato nel potere dei “sapienti”. La prima di queste conoscenze, la “conoscenza delle regole del gioco” riflette, abbiamo osservato (sezione 1), proprio un tratto del bagaglio professionale ed epistemico del potere giudiziario. In questo senso, conferendo un maggiore potere alle corti, la costituzionalizzazione conferisce anche una centralità alla loro conoscenza del reticolato di regole che definiscono l'ordinamento. Inoltre, il fatto che una corte sia chiamata a giudicare particolaristicamente, cioè su una specifica controversia, permette alla corte stessa di acquisire informazioni su un particolare crocevia del dibattito pubblico (per esempio, in materia di ambiente nelle cause ambientali; di tassazione nelle cause fiscali, ecc.) oltre che sulle vicende dei rappresentanti qualora questi fossero coinvolti nella controversia.

3. *Costituzionalizzazione e democrazia*

Nelle precedenti sezioni abbiamo considerato il rapporto fra epistocrazia e democrazia (sezione 1) e fra democrazia e costituzionalizzazione (sezione 2). Questa sezione cerca di chiudere il cerchio analizzando la relazione fra costituzionalizzazione ed epistocrazia, domandandosi se, alla luce delle premesse precedentemente illustrate, si possa

effettivamente considerare la crescente centralità della costituzione e del potere delle corti come una spinta verso un regime politico di matrice epistocratica. Contrariamente a quanto ipotizzato da alcuni autori (sezione 2) si argomenterà che il crescente potere delle corti rappresenta sì una riconfigurazione e una modifica del regime democratico che, però, non evoca l'epistocrazia come punto di arrivo. Chiameremo piuttosto questo approdo "overdose sostantiva": la costituzionalizzazione ha, cioè, fra le sue implicazioni non una deriva tecnocratica o "espertocratica" (epistocrazia) ma, piuttosto, il rischio di favorire una visione sostantiva del bene e la giustizia su un'altra. Questo, a sua volta, comporterebbe un doppio contraccolpo, da un lato sulla capacità democratica di generare legittimità e, dall'altro, sulla valorizzazione dell'*agency* della cittadinanza.

Per illustrare il punto è opportuno considerare la cuspide della costituzionalizzazione e osservare l'inclusione nella costituzione di un'ultima generazione di diritti, che hanno lo scopo di "rivolgere un disaccordo" su problemi controversi e dibattuti nell'agorà democratica (Albert 2019, 9). Prendiamo il caso dell'aborto. In Irlanda si è tentato, per due volte, di dare una chiara impronta al disaccordo su questo punto del dibattito, inserendo nella costituzione prima un emendamento di segno restrittivo, recettivo verso i valori cristiani di sacralità e inviolabilità della vita fin dal concepimento e, in seguito, con un emendamento di segno opposto, sensibile alla presentazione dell'aborto come questione di autodeterminazione e autonomia (Hesketh 1990; Field 2018). Recentemente, la Francia ha seguito lo stesso percorso su questa materia, elevando a rango costituzionale la salvaguardia del diritto di interrompere la gravidanza (Bottini, Bouaziz, Hennette-Vauchez 2024). Qualcosa di simile è avvenuto negli Stati Uniti sul disaccordo in materia di matrimoni fra persone dello stesso sesso prima che la sentenza della Corte Suprema stabilisse la costituzionalità di tali matrimoni (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. 644, 2015). I legislatori di diversi Stati americani cercarono di frenare il mutamento di opinione in favore di questo istituto costituzionalizzando la concezione avversaria di matrimonio, che intende questa forma di unione riservata alle coppie eterosessuali (Cole 2016, 49). Nuovamente, il disaccordo veniva risolto per mezzo della costituzione.

In tutte queste circostanze, che coinvolgono – vale la pena ribadirlo – la tutela da parte del potere giudiziario di quanto è stato costituzionalizzato, non è una virata epistocratica a prendere forma ma, piuttosto, una spinta in favore o contro una delle posizioni sostantive presenti nel dibattito. In altri termini, la fissazione nella costituzione di una delle posizioni su punti del dibattito politico intende, cioè, favorire una concezione etico-politico per far sì che tale concezione definisca la posizione di partenza o, comunque, risulti avvantaggiata nell'iter che conduce alla determinazione delle decisioni finali. Questo vantaggio si definisce in due elementi. Un primo elemento riguarda il rango costituzionale assunto dalla posizione cristallizzata. Questo innalzamento conferisce alla stessa un valore collettivo *prima facie*, tanto più evidente quanto più si intende la Costituzione come l'elenco di impegni che il relativo popolo condivide (King 2019, 11). Un secondo elemento riguarda invece il ruolo delle corti. La costituzionalizzazione di un emendamento è funzionale alla protezione giudiziaria di tale istanza, consentendo al potere giudiziario di salvaguardare – seppur in maniera diversa a seconda del caso e del contesto – il nucleo sostantivo riposto nella costituzione.

La costituzionalizzazione innesca così una doppia ripercussione che permette di caratterizzare la costituzionalizzazione come l'indebolimento dell'impianto decisionale egualitario a beneficio di una posizione etico-politico più che l'indirizzo verso il comando dei più sapienti.

Una prima ripercussione riguarda la legittimità della democrazia costituzionale che dipende in larga misura proprio dal contenuto stesso della costituzione. Nella costituzione, infatti, confluisce un corpo di valori verso cui i contraenti si impegnano per avere un governo di cittadini liberi ed eguali – cioè, un governo democratico – nella gestione del disaccordo (Holmes 1988, 227-240; Freeman 1990, 339-342 e 347-353). In questo modo la democrazia mette al sicuro le proprie radici assiologiche, costituzionalizzando quella libertà uguale nel pluralismo che incarna la soglia minima per qualsiasi idea di democrazia (Christiano 2008, 75-76; Viehoff, 2011, 256-257; Saffon, Urbinati 2013, 441-2; Hill 2016, 8; Wilson, 2019, 75-115). Come nella celebre fiaba, l'inevitabile contenuto sostantivo di una costituzione democratica genera un "dilemma di Riccioli d'Oro" (Michelman 2020, 102). La costituzione

non può fare a meno della sostanza, che non può essere troppo poca, ma non deve nemmeno essere eccessiva, esattamente come i porridge vagliati da Riccioli d'Oro non devono essere troppo caldi né troppo freddi. La necessità di tutelare la libertà uguale nel disaccordo senza eccedere nel supporto a una specifica visione sostantiva definisce l'equilibrio per consentire a posizioni valoriali diverse di sfidarsi senza derivate inegualitarie (e quindi non-democratiche) (Hickey 2022, 911). Viceversa, l'eccesso – o l'overdose – sostantiva romperebbe i legami di eguaglianza fra cittadini decisorî, favorendo coloro che supportano la visione costituzionalizzata e indebolendo la capacità della costituzione di produrre decisioni legittime in quanto figlie della partecipazione di eguali.

Una seconda ripercussione concerne, invece, l'indebolimento dell'*agency* dei cittadini, vale a dire, la loro capacità di spendersi con azioni diverse per plasmare le decisioni politiche. Questa capacità prevede diversi strumenti, dal lobbying allo sciopero, dall'associazione al fundraising (Walzer 2005, 90-109; Ottonelli 2012, 203), ma è nel voto che trova il suo culmine. Questo non perché le altre azioni valgano meno, ma perché è il voto, e il relativo principio maggioritario, che conta in maniera eguale i punti di vista di chiunque partecipa (Waldron 2006, 1372; Sadurski 2008, 45-51, 60-63) privando al contempo le minoranze della possibilità di creare uno stallo e, di fatto, decidere cosa non può essere deciso (Invenizzi-Accetti 2017, 8-11). Questa seconda ripercussione – relativa all'*agency* – è strettamente legata al ruolo centrale delle corti, implicate nella tutela della costituzione da decisioni maggioritarie in contrasto con il contenuto dei suoi articoli. Il crescente ricorso alla costituzionalizzazione comporta una maggiore possibilità di ricorrere alle corti, consente cioè alla cittadinanza di spendere la propria *agency* “indossando la toga” (Lafont 2020, 240). Questo, però, fotografa i costi da pagare in termini di *agency*. Ricorrendo alle corti, infatti, i cittadini non agiscono, ma richiedono a un'altra istituzione – le corti appunto – di agire in loro favore. A decidere, evidentemente, non sono i cittadini a seguito del confronto fra liberi ed eguali attraverso il ricorso a una procedura maggioritaria; al contrario, l'esito viene determinato da una procedura contro-maggioritaria, di cui sono protagonisti nel chiuso di stanze isolate dal dibattito pubblico (Bello Hutt 2017, 83; 2020, 10).

5. *Conclusione*

L'articolo ha sviluppato una riflessione legando tre poli teorici: democrazia, epistocrazia e ruolo delle corti nelle società costituzionalizzate. L'analisi ha preso in esame la possibilità di adottare le categorie dell'epistocrazia per qualificare il rapporto fra corti e democrazia a seguito della costituzionalizzazione. Pur evidenziando le ragioni di questa ipotesi, l'indagine conclude con una differente diagnosi teorica, sostenendo che la crescente "giuridificazione" della vita democratica comporta, più che un'epistocrazia, una "overdose sostantiva".

INTRODUZIONE AL CONCETTO DI “ORDINE” IN F.A. VON HAYEK

Giacomo D'Elia

1. Il concetto di ordine

Molti studi di F.A. von Hayek riguardano, com'è noto, il concetto di “ordine”; le prime tracce di questa nozione appaiono già nelle ricerche iniziali sulla psicologia¹, per poi acquisire importanza anche nel campo dell'economia e, infine, delle scienze sociali².

Nonostante si tratti di un concetto fondamentale in Hayek, il termine “ordine” ha assunto significati diversi a seconda dei contesti e degli utilizzi³. Vediamo, allora, cosa intende l'autore quando adopera questo termine.

Partiamo da un primo senso di “ordine”. Hayek scrive:

Ciò che chiamiamo “mente” è quindi un particolare ordine di un complesso di eventi che hanno luogo in un certo organismo e che sono in

¹ Si tratta di ricerche risalenti al periodo della fine degli anni Venti, quando Hayek aveva da poco terminato i suoi studi in Giurisprudenza.

² Secondo Cubeddu «il problema dell'ordine viene affrontato nella medesima prospettiva teorica nel campo della politica, dell'economia e della psicologia. E questo avviene perché Hayek ritiene [...] che la teoria dell'azione umana sia unica e semmai distinguibile a seconda del contenuto, dell'ambito problematico, o delle finalità che l'individuo agente soggettivamente le attribuisce». R. CUBEDDU, *Friederich A. von Hayek*, Roma, 1995, 49.

³ È Gray a osservare che «the conception of spontaneous order is the theme of Hayek's philosophy and pervades his approach to questions in a variety of distinct disciplines, such as economic theory, jurisprudence and psychology». J. GRAY, *The idea of Spontaneous Order and the Unity of the Sciences*, in *Centripetal Forces in the Sciences*, 1, 1988, 237.

qualche modo correlati, ma non identici, all'ordine fisico degli eventi dell'ambiente esterno⁴.

Hayek riconosce quindi un primo tipo di ordine: "l'ordine mentale" o "fenomenico delle sensazioni"⁵. Si tratta della mente di ogni individuo, fatta di opinioni e idee. Si distingue da questo un secondo tipo di ordine, anch'esso individuale, cioè "l'ordine neurale delle fibre". È, in altre parole, il nostro sistema nervoso. A questi due ordini individuali se ne aggiunge, infine, un terzo, cioè "l'ordine fisico del mondo esterno"⁶.

2. *L'ordine mentale e l'ordine delle regole astratte di condotta*

Occupiamoci, ora, di capire come prende forma l'*ordine mentale*, al fine di dimostrare l'esistenza di un altro ordine: "l'ordine delle regole astratte di condotta".

Hayek ritiene che la mente per comprendere i fenomeni esterni proceda classificando gli impulsi sensoriali secondo un sistema di classi. Allora, a ogni impulso derivante da un evento esterno sarà assegnata una posizione – classe – all'interno dell'ordine mentale⁷. Hayek immagina questo processo al pari di quello svolto da una macchina che colloca le sfere con un «diametro di 16, 18, 28, 31, 32 e 40 mm sempre in un contenitore contrassegnato dalla lettera A, [e] le sfere con un diame-

⁴ F.A. VON HAYEK, *L'ordine Sensoriale. I fondamenti della psicologia teoretica*, Milano, 2021, 43.

⁵ Secondo Gray il concetto di "ordine", in Hayek, ha trovato la sua «first and decisive application» proprio nell'opera F.A. von Hayek, *L'ordine sensoriale*, cit. Si confronti J. GRAY, *The idea of Spontaneous Order and the Unity of the Sciences*, cit., 238.

⁶ A proporre questa classificazione è lo stesso Hayek in *L'ordine sensoriale*, cit., 72. Si tratta di una impostazione che gli permetterà di definire il diverso campo d'indagine delle scienze fisiche rispetto alla psicologia. Il compito della prima consiste nello scoprire le costanti che legano gli eventi del mondo esterno prescindendo da come gli individui li percepiscono. Mentre il compito della psicologia consiste nel mostrare gli effetti che gli eventi esterni producono sui nostri sensi.

⁷ Quando eventi differenti producono effetti identici (cioè i medesimi stimoli sensoriali) allora sono «definiti come eventi della stessa classe». *Ivi*, 84.

tro di 17, 22, 30 e 35 mm in un contenitore contrassegnato dalla lettera B, e così via»⁸.

Si tratta dell'inizio di un modello di "interpretazione" del mondo esterno. Infatti, attraverso la classificazione degli impulsi la mente genera delle mappe che riproducono le relazioni tra i diversi eventi, cosicché possano essere compresi. È per questa ragione che possiamo capire quando

una polvere bianca con un certo peso e una certa consistenza, insapora e inodora, può essere l'una o l'altra di molte cose diverse, a seconda che si manifesti in circostanze differenti o a seguito di combinazioni differenti di altri fenomeni, o a seconda che dia luogo a risultati differenti se combinata in certi modi con altre cose⁹.

Il processo di "interpretazione" per Hayek è alquanto complesso, costruito in maniera piramidale dove alcune classificazioni appaiono stabili a differenza di altre in continuo aggiornamento¹⁰. Per questo l'intelletto riorganizza costantemente la percezione del mondo fenomenico.

Ora, «le diverse mappe che verranno a formarsi nei diversi cervelli saranno determinate da fattori sufficientemente simili da far sì che anche le mappe si assomiglino»¹¹. Questo perché la mente dell'uomo oltre a essere influenzata dalla struttura genetica del proprio corpo umano (ossia l'*ordine delle fibre nervose*) è frutto anche delle esperienze personali e del contesto sociale. Per questo si percepisce la realtà in modo

⁸ F.A. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale*, cit., 85.

⁹ F.A. VON HAYEK, *Lo scientismo e lo studio della società*, in ID., *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, 1988, 105.

¹⁰ «Anche dopo che si sono formati sistemi di connessioni relativamente semplici che effettuano qualche grado di classificazione, questo sistema potrà essere costantemente modificato da nuove concatenazioni. Ma quando il sistema di connessioni diventa sempre più complesso e più stabile, qualunque nuova concatenazione avrà meno probabilità di alterarne il carattere generale». F.A. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale*, cit., 158.

¹¹ F.A. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale*, cit., 163.

simile¹² o si ritiene generalmente un comportamento come un crimine o una punizione¹³.

Gli uomini si comportano allo stesso modo nei confronti degli oggetti esterni, non perché questi sono identici in senso fisico, ma perché essi hanno imparato a classificarli come appartenenti allo stesso gruppo, perché possono utilizzarli allo stesso modo, o infine perché possono aspettarsi da questi oggetti quello che per le persone interessate corrisponde a un effetto equivalente¹⁴.

Per Hayek l'intero processo conoscitivo si conclude con la creazione di un "modello dell'ambiente esterno"¹⁵, grazie al quale si potranno formare le «conseguenze prevedibili [dei] diversi tipi di comportamento»¹⁶. Ogni individuo potrà così predire gli effetti delle diverse linee di condotta e selezionare quelle «che appaiono vantaggiosi[e] allo stato attuale dell'organismo»¹⁷. Se afferro una mela, per esempio, saprò già prevedere che se la lascerò allora questa cadrà giù; potrò così decidere se è vantaggioso che ciò accada o no. Tutto questo è possibile grazie al sistema mentale di classificazione degli impulsi e di creazione di mappe.

È questa, in sintesi, la spiegazione che troviamo in *L'ordine sensoriale* [1952] di come l'uomo attraverso l'*ordine mentale* comprenda i fenomeni esterni e agisca nel mondo.

¹² «Il fatto che persone diverse classifichino gli stimoli esterni nello "stesso" modo non significa che le singole sensazioni siano le stesse per persone differenti (affermazione che sarebbe priva di senso), ma che i sistemi di sensazioni di persone differenti hanno una struttura comune (sono sistemi di relazioni omeomorfi)». F.A. VON HAYEK, *Lo scientismo e lo studio della società*, cit., 109 nota 17.

¹³ Per Hayek è un'illusione «fare del "crimine" un fatto oggettivo» poiché sarà sempre l'elemento soggettivo a qualificare quel dato evento come punitivo o premiale. Si veda *ivi*, 118 nota 23.

¹⁴ *Ivi*, 113.

¹⁵ *Ivi*, 181.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ibidem*.

Nel saggio *Il primato dell'astratto*¹⁸ [1969] Hayek ritorna su questi argomenti sostenendo come la mente sia capace di svolgere “operazioni astratte”¹⁹. Questa capacità induce l'autore a ritenere che

tutte le nostre azioni devono essere concepite come se fossero guidate da norme delle quali non siamo coscienti, ma che, con la loro influenza congiunta, ci permettono di esercitare abilità estremamente complesse²⁰.

In altre parole, la mente attraverso una serie di operazioni astratte svolte mediante l'uso di “norme astratte di azione” comprende i singoli fenomeni concreti e decide quali azioni intraprendere. «Ciò che chiamiamo mente è essenzialmente un sistema di queste norme che determinano congiuntamente azioni particolari»²¹. La conoscenza umana opera, allora, ponendo il primato dall'astratto sul concreto²².

Hayek ne dà dimostrazione attraverso un esempio:

cosa rende intellegibile l'azione osservata di altre persone, e a cosa intendiamo con l'espressione senso di giustizia [?] A tal riguardo, sono arrivato alla conclusione che, sia la nostra capacità di riconoscere le azioni di altre persone come significative, sia la capacità di giudicare le azioni nostre o altrui giuste o ingiuste, devono basarsi sul possesso di norme altamente astratte che governano le nostre azioni, sebbene non siamo consapevoli della loro esistenza e siamo ancor meno capaci di formularle a parole²³.

Questo insieme di regole sono il risultato di come l'uomo apprenda dall'ambiente attraverso un processo «che è in larga parte di tipo imita-

¹⁸ F.A. VON HAYEK, *Il primato dell'astratto*, in ID., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, Roma, 1987.

¹⁹ Karp in un suo saggio osserva cosa Hayek effettivamente intenda con l'espressione “The Primacy of the Abstract”. Si veda M. KARP, *Evoluzione della conoscenza e bene comune nel pensiero di Hayek*, in *Fogli di filosofia*, 5, 2014, 158-163.

²⁰ F.A. VON HAYEK, *Il primato dell'astratto*, cit., 48.

²¹ F.A. VON HAYEK, *Il primato dell'astratto*, cit., 51.

²² Lo scopo del saggio *The Primacy of the Abstract* è, infatti, quello di affermare il primato dell'astratto sul concreto, nonché spiegare il ruolo delle regole astratte di condotta nella mente umana.

²³ F.A. VON HAYEK, *Il primato dell'astratto*, cit., 55.

tivo»²⁴. È, infatti, una *Presunzione fatale*²⁵ l'idea che «la capacità di acquisire abilità derivi dalla nostra ragione. Perché è proprio il contrario: la nostra ragione è il risultato di un processo di selezione evolutiva»²⁶.

Per Hayek

si svilupperà così, gradualmente, per selezione naturale, un repertorio di tipi di azioni adattate a caratteristiche standard dell'ambiente. Gli organismi diventano capaci di una crescente varietà di azioni ed imparano a operare una selezione fra di esse, con il risultato che alcune contribuiscono a preservare l'individuo o la specie, mentre altre azioni possibili vengono ad essere allo stesso modo vietate o limitate ad alcune costellazioni speciali di condizioni esterne²⁷.

L'originalità del lavoro *The primacy of the Abstract* rispetto a *The Sensory Order* consiste quindi nell'introdurre, accanto al processo di classificazione e all'uso di mappe mentali, regole astratte di condotta. Regole che non sono innate o semplicemente trasmesse geneticamente²⁸, bensì apprese dall'ambiente. Prendiamo come esempio – con Hayek – il concetto di un utensile qualsiasi come il martello o il barometro²⁹. Il concetto che formuleremo corrisponderà o all'idea che si è rappresentata chi agisce o pensa al “martello”, o all'effetto desiderato oppure immaginato quando lo si adopera, o, infine, al senso comune della parola. Quasi sempre, per Hayek, gli oggetti verranno definiti «in base agli atteggiamenti che gli uomini assumono nei loro confronti, [in

²⁴ F.A. VON HAYEK, *La presunzione fatale. Gli errori del socialismo*, Torino, 2023, 28.

²⁵ È il titolo dell'ultima monografia di Hayek: *ibidem*.

²⁶ *Ivi*, 28-29.

²⁷ F.A. VON HAYEK, *Il primato dell'astratto*, cit., 52.

²⁸ Hayek sulla costituzione ereditaria della mente afferma che «le nostre conoscenze sono ancora troppo limitate per poter distinguere, nell'ordine mentale, la parte che, rispetto all'individuo, risulta determinata dalla sua costituzione ereditaria, e la parte che può essere considerata come originata dall'esperienza [...]. In realtà, è quanto meno probabile che ciò che può essere originato dall'esperienza per una specie o ad un certo stadio evolutivo, in altri casi possa essere costituzionalmente determinato». F.A. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale*, cit., 153-154.

²⁹ L'esempio è utilizzato da Hayek in F.A. VON HAYEK, *Lo scientismo e lo studio della società*, cit., 114. L'autore lo ripropone anche in ID., *L'abuso della ragione*, Soveria Mannelli, 2008, 52.

quanto] sono mezzi orientati a un fine»³⁰. Ciò che però interessa è come il concetto di “martello” sia, comunque, il frutto dell’apprendimento di regole dall’ambiente (nel senso che l’individuo osservando il martello usato per battere il chiodo ne estrapola la regola; oppure riprende il significato che già altri ne hanno dato), a cui si aggiunge un processo individuale di astrazione tutto interno alla mente umana.

È qui un passaggio decisivo. Secondo Hodgson³¹, infatti, proprio sotto questo aspetto la teoria di Hayek si apre a una contraddizione, poiché da una parte ritiene la conoscenza un processo appartenente alla dimensione individuale, dall’altra le attribuisce, invece, una natura collettiva o sociale³². La domanda, allora, sarebbe: le regole astratte di condotta corrispondono all’ordine mentale di ogni singolo individuo o a un diverso ordine di natura sociale?

La risposta sta nella separazione dei due piani. Il primo è quello dell’*ordine mentale*, di tipo individuale, che si costituisce attraverso regole astratte di condotta; il secondo è un diverso ordine, di natura sociale, formato da norme astratte di condotta, dove ogni soggetto trasmette alcune regole e, allo stesso modo, ne acquisisce delle altre. Quest’ultimo lo si potrebbe chiamare “l’ordine delle regole astratte di condotta”.

L’ordine mentale è, allora, il prodotto del recepimento di un ordine sociale di regole di condotta comune a ogni individuo³³. Un ordine che

³⁰ *Ivi*, 115.

³¹ G.M. HODGSON, *Economics and Evolution: Bringing Life Back into Economics*, London, 1993, 175.

³² Novarese ritiene che questa “apparente contraddizione” sia superabile se si considera “l’approccio dinamico” della teoria di Hayek. Secondo Novarese – in Hayek – «la conoscenza è generata “localmente” ma poi diffusa. La diffusione avviene innanzitutto nel mercato concorrenziale, ma anche in altri ambiti più limitati, quali organizzazioni o gruppi più ridotti dell’intera società». Stando a questa interpretazione, la conoscenza è avvolta in un continuo processo dinamico. M. NOVARESE, *Mercato, impresa e imprenditore nel lavoro di von Hayek*, in G. CLERICO, S. RIZZELLO (a cura di), *Il pensiero di Friedrich von Hayek. Organizzazione, informazione e conoscenza*, vol. I, Torino, 2000, 187.

³³ Hayek, già nel *L’ordine sensoriale*, scrive: «benché il sistema delle qualità sensoriali sia “soggettivo” nel senso che appartiene al soggetto percepente in quanto distinto da ciò che è “oggettivo” [...] è però interpersonale e non (o almeno non del tutto) specifico dell’individuo». F.A. VON HAYEK, *L’ordine sensoriale*, cit., 52.

è un vero e proprio tessuto connettivo [*framework*] dell'agire umano³⁴. L'immagine migliore sarebbe quella di un reticolo su cui poggia l'intera società, grazie al quale ogni individuo entra in relazione con gli altri e, soprattutto, ne comprende i comportamenti.

Per Hayek questo *ordine delle regole astratte di condotta* è, anche, il patrimonio sociale dell'agire umano. Non a caso usa il termine “tradizione”, dimostrando come si tratti di un ordine frutto dell'evoluzione avvenuta all'interno della società, per poi depositarsi nella mente di ogni individuo³⁵. Vicendevolmente, ogni mente partecipa al processo di sviluppo della tradizione, in un rapporto che è allora di continua circolarità.

3. *L'ordine fisico del mondo esterno*

L'intero *ordine fisico del mondo esterno* è distinguibile in due categorie: gli ordini fisici *stricto sensu* e gli ordini sociali. Sono ordini del primo tipo quelli prodotti dai rapporti «tra cose ed altre cose»³⁶, come l'ordine creato dalle relazioni chimiche o fisiche di un composto orga-

Anche Heritier – leggendo Gray (J. GRAY, *Hayek on Liberty*, Oxford, 1984, 5-25) – sottolinea come la ragione, secondo Hayek, si sviluppi grazie alle istituzioni e le tradizioni presenti in un dato contesto sociale, attraverso un processo che vede la compresenza e il conflitto tra «una molteplicità di ordini [appartenenti] alla realtà psicologica dell'individuo e [a quella] sociale». P. HERITIER, *Ordine spontaneo ed evoluzione nel pensiero di Hayek*, Napoli, 1997, 33.

³⁴ Per Dostaler queste regole corrispondono a vere e proprie informazioni, che «hanno un ruolo fondamentale nella nostra vita, in particolare nella vita quotidiana, e in quello che Hayek chiama, in un altro campo, la “trasmissione” o il “trasferimento” dei “modelli” o delle “regole” di “comportamento”. Trasmesse per via ereditaria o acquisite con l'esperienza, esse sono incorporate in competenze, usi, abilità, disposizioni, qualifiche, e hanno un carattere fondamentalmente soggettivo» (G. DOSTALER, *Il liberalismo di Hayek*, Soveria Mannelli, 2008, 47).

³⁵ Queste premesse porteranno Hayek a ritenere che l'intera conoscenza sia divisa tra una moltitudine di individui. Il tema è trattato proprio nel saggio F.A. VON HAYEK, *L'uso della conoscenza nella società*, in ID., *Conoscenza, mercato, pianificazione*, cit. A discutere il concetto di conoscenza in Hayek, accostandolo a quello di informazione, è Fiori in S. FIORI, *Conoscenza e informazione in F.A. von Hayek*, Ancona, 1996.

³⁶ F.A. VON HAYEK, *Lo scientismo e lo studio della società*, cit., 111.

nico o dai legami degli atomi di un cristallo. L'intero universo, con i suoi pianeti e le leggi di natura, è un ordine fisico. Appartengono, invece, alla seconda specie gli ordini riguardanti i rapporti «fra uomini e cose o fra uomo e uomo»³⁷, come nel caso dei sistemi monetari, dello Stato o del linguaggio. L'ordine che si crea per effetto dello scambio delle merci è, per esempio, un ordine sociale. Hayek definisce questi ordini come

uno stato di cose in cui una molteplicità di elementi di vario genere sono in relazione tale, gli uni rispetto agli altri, che si può imparare, dalla conoscenza di qualche partizione spaziale o temporale dell'intero insieme, a formarsi aspettative corrette su altre parti di quell'insieme o, almeno, aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette³⁸.

Vi sono, allora, tanti ordini sociali. Sono classificabili? Una distinzione iniziale può avvenire osservando il loro processo di formazione. Esistono, per un verso, ordini sociali «che sono stati creati da qualcuno mettendo al loro posto gli elementi di un dato insieme [e] dirigendone i movimenti»³⁹; sono questi degli “ordini costruiti” o “esogeni” o “artificiali”. Secondo Hayek, «quando abbiamo a che fare con un ordine sociale diretto dall'alto»⁴⁰ è bene utilizzare il termine “organizzazione”⁴¹.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2010, 49. Hayek prima di elaborare la tesi degli ordini sociali spontanei discute dello “stato di equilibrio” in economia, anticipandone proprio alcune caratteristiche centrali. Infatti, per Hayek, “stato di equilibrio” significa solamente che esiste una compatibilità fra i diversi piani che gli individui hanno formulato secondo i propri scopi, attraverso i quali hanno dato impulso alle loro azioni. Hayek, trattando la questione, afferma che «il piano di ciascun soggetto si basa sull'aspettativa che si verifichino proprio quelle azioni da parte degli altri soggetti [...], e che tutti questi piani siano basati sull'aspettativa del medesimo insieme di fatti esterni, di modo che nessuno avrà ragione di cambiare sotto determinate condizioni il proprio piano» (F.A. VON HAYEK, *Economia e conoscenza*, in ID., *Conoscenza, mercato, pianificazione*, cit., 236-237). Così descritto lo “stato di equilibrio” sembra anticipare molte caratteristiche tipiche degli “ordini spontanei”.

³⁹ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 51.

⁴⁰ *Ibidem*. Il corsivo è dell'autore.

Oltre a questi, vi sono altri ordini che invece si formano attraverso un lungo processo evolutivo⁴², senza che qualcuno li pianifichi adeguatamente⁴³; si tratta di ordini “autogeneratosi” o “endogeni” che possono

⁴¹ In verità per Hayek gli ordini costruiti non si contraddistinguono per essere stati semplicemente generati da qualcuno; anche un ordine spontaneo potrebbe essere il frutto di un sistema deliberato, non compromettendo però la sua natura spontanea (vedi *ivi*, 61). Gli ordini costituiti sono, allora, quelli che, oltre a essere progettati da qualcuno, vengono anche “diretti” attraverso “comandi” o “ordini”. Per questa ragione l’impresa economica è un classico esempio di ordine costruito: ci sarà sempre un imprenditore, che secondo chiare volontà, andrà a dirigere e pianificare la propria impresa; non essendo possibile, invece, che l’impresa venga lasciata in balia delle forze spontanee di individui ignari.

A questo proposito Radnitzky, seguendo Murray Rothbard, ritiene che gli ordini sociali vadano distinti secondo un diverso schema di “assi intersecanti”. Vi sarà allora un asse orizzontale dove si pone la distinzione tra ordini volontari e ordini coercitivi; perpendicolarmente, invece, vi sarà un asse verticale dove agli estremi vi sono gli ordini spontanei e gli ordini costruiti. «La prima distinzione è basata sul tipo di interazione sociale e descrive lo stato effettivo dell’ordine, mentre la seconda classifica meramente la genesi dell’ordine» (G. RADNITZKY, *La filosofia politica di Friedrich von Hayek. Una valutazione critica*, Soveria Mannelli, 1999, 63). Secondo questo schema, alcuni fenomeni descritti da Hayek come ordini spontanei, tipo il libero mercato, sono invece per Radnitzky degli ordini “spontanei-volontari”; altri, come la moderna democrazia assistenzialista, degli ordini “coercitivi-spontanei” (cfr. *ivi*, 66). Si tratta, senza dubbio, di una proposta teorica che arricchisce e completa quanto originariamente pensato da Hayek in riguardo al concetto di ordine spontaneo.

⁴² Secondo Heritier la coppia di concetti gemelli “ordine” ed “evoluzione” rappresenta uno schema teoretico utile all’individuazione delle regolarità sociali. Si veda P. HERITIER, *op. cit.*, 2. Per Moroni, invece, sono due teorie assolutamente distinte poiché il concetto di “ordine” servirebbe a spiegare unicamente le azioni all’interno di un dato sistema sociale, mentre la teoria evoluzionista si limiterebbe a comprendere la nascita delle istituzioni. Si veda S. MORONI, *Two Different Theories of Two Distinct Spontaneous Phenomena: Order of Action and Evolution of Institutions in Hayek*, in *Cosmos+Taxis. Studies in Emergent Order and Organization*, 1, 2004.

⁴³ L’idea di un ordine che legghi gli uomini senza che vi sia tra loro un progetto comune riprende la teoria della “divisione del lavoro” di Adam Smith – non a caso Hayek rivolge continui richiami a Smith. Scrive il filosofo scozzese «Questa divisione del lavoro, da cui derivano tanti vantaggi, non è originariamente l’effetto di una saggezza umana [...] è [invece] la conseguenza necessaria, sebbene assai lente e graduale, di una certa propensione della natura umana che non persegue una utilità così estesa: la propensione a trafficare, barattare e scambiare una cosa con un’altra» (A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni. Prima parte*, Milano, 2006, 91). Smith, alla fine del capitolo, con-

essere ben descritti come “ordini spontanei”⁴⁴. Hayek per tenere distinti i primi ordini dai secondi propone l’uso di una coppia di termini del Mondo antico:

I greci del periodo classico erano più fortunati, perché possedevano due parole distinte per i due diversi tipi di ordine, cioè *taxis* per un ordine costruito, come per esempio l’ordine di uno schieramento di battaglia, e *cosmos* per un ordine formatosi spontaneamente, e che significava in origine un ordine giusto all’interno di uno Stato o comunità⁴⁵.

clude affermando che gli uomini «per la generale disposizione a trafficare, barattare e scambiare formano, per così dire, un fondo comune, dove ognuno può all’occorrenza acquistare parte del prodotto dei talenti altrui» (*ivi*, 95). Il termine “fondo comune” sembra diventare in Hayek “ordine spontaneo”.

Anche la metafora della “mano invisibile” smithiana si accosta all’idea di ordine spontaneo. Smith, infatti, la usa per spiegare come le azioni umane, seppur dirette verso interessi personali, concorrono a produrre dei risultati positivi per l’intera società, senza alcuna cosciente intenzionalità (vedi *ivi*, 584).

Dunque, per un verso la “divisione del lavoro” si avvicina al concetto di ordine spontaneo in quanto ne evidenzia l’utilità e i legami tra gli individui che ne fanno parte; dall’altro, il concetto di “mano invisibile” dice di come le azioni umane possono dar vita spontaneamente a dei fenomeni che corrispondono a degli ordini spontanei.

⁴⁴ Chi discusse, oltre a Hayek, del concetto di ordine spontaneo fu M. Polanyi. Il suo contributo è riassumibile in due proposizioni: i) gli ordini spontanei e gli ordini intenzionali si escludono a vicenda poiché alcuni fenomeni sono impossibili da pianificare; ii) gli ordini spontanei sono il frutto dell’aggiustamento reciproco degli elementi che lo compongono. Vedi M. POLANYI, *La logica della libertà*, Soveria Mannelli, 2002, 243-250.

Si è dibattuto su chi vanti, tra i due filosofi, la paternità del concetto di “ordine spontaneo”. Tra i tanti, Straun Jacobs ritiene che sia stato Polanyi – nel suo *The Growth of Thought in Society*, in *Economica*, 8, 1941 – a introdurlo per primo (si veda S. JACOBS, *Michael Polanyi’s Theory of Spontaneous Orders*, in *Review of Austrian Economics*, 11, 1999, 111-127). Secondo Nemo, invece, è difficile stabilire con precisione chi tra «Popper, Hayek e Polanyi [...] abbia influenzato l’altro in questo campo. È certo che la teoria degli ordini spontanei alla fine del decennio del 1930 ha già un alto grado di elaborazione e di generalità negli scritti di Hayek [...]. Comunque siano andate le cose la parte di originalità di Polanyi è innegabile». P. NEMO, *Introduction*, in M. POLANYI, *La logique de la liberté*, Paris, 1989, 14.

⁴⁵ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 51.

Vi sono, dunque, le organizzazioni [*taxis*] e gli ordini spontanei [*cosmos*]⁴⁶. L'intera società appare così costellata da molti ordini sociali. Sono, per esempio, ordini sociali spontanei la religione, l'intero mercato globale o una sua ristretta porzione, il diritto e la morale. Sono, invece, delle organizzazioni «la famiglia, la fattoria, la piantagione, l'impresa, la società commerciale, e i vari tipi di associazione, e tutte le istituzioni pubbliche, compreso lo stesso governo»⁴⁷ e anche «l'orda, la tribù, o il clan, i cui membri, almeno per qualche rispetto, agiscono per fini comuni sotto una direzione centrale»⁴⁸.

Dove si colloca la società? Secondo Hayek gli ordini sociali, sia spontanei che costruiti, sono a loro volta «integrati in un più ampio ordine spontaneo. È preferibile riservare il termine “società” per denotare questo generale ordine spontaneo»⁴⁹.

Si possono, allora, distinguere due diversi concetti di ordine spontaneo. Da un lato vi sono gli “ordini spontanei particolari” come il linguaggio o la moneta; dall'altro l’“ordine spontaneo generale”⁵⁰ dell'intera società.

⁴⁶ Si tratta di una distinzione che – come rileva Di Nuoscio – si pone in continuità con quella già pensata da Spencer in termini di “cooperazione spontanea” e “cooperazione obbligatoria”. A tal proposito si confronti E. DI NUOSCIO, *Epistemologia dell'azione e ordine spontaneo. Evoluzionismo e individualismo metodologico in Herbert Spencer*, Soveria Mannelli, 2000, 77 nota 74.

⁴⁷ *Ivi*, 62.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Ibidem*. Dostaler rileva come Hayek non apprezzi particolarmente il termine società poiché «designa, infatti, nella maggior parte dei casi, una totalità costruita dagli uomini. Questa totalità avrebbe un'unità e una coerenza organizzativa proprie. [...] Hayek rifiuta categoricamente questa visione animistica e antropomorfa della società. Non solo non corrisponde alla realtà, ma è su di essa che si baserebbero tutti i totalitarismi. Non è un caso che la parola socialismo derivi da società e da sociale». G. DOSTALER, *op. cit.*, 111-112. Il rifiuto del termine “società” appare, tuttavia, marcato soprattutto nell'ultima opera di Hayek (*La presunzione fatale*, cit.), più che nell'intera produzione scientifica.

⁵⁰ Hayek preferisce usare espressioni come “grande società” [*Great Society*] o “società aperta” [*Open Society*] o, come nel suo ultimo libro, “ordine esteso” [*Extended Order*]. Le prime due espressioni appartengono, rispettivamente, ad Adam Smith e Karl Popper.

Attraverso questa distinzione si comprende la reale importanza della nozione di “ordine spontaneo” in Hayek. È, infatti, grazie all’uso ambivalente di questo concetto che l’autore giunge a spiegare per un verso tutta la realtà dell’uomo, per l’altro i singoli fenomeni che sono essenzialmente il frutto dell’agire umano senza una particolare progettazione o volontà⁵¹. Hayek ne offre un esempio quando afferma che:

Alcuni individui si separarono, o si liberarono, dal passato e dalle obbligazioni della piccola comunità e cominciarono non soltanto a creare altre comunità, ma anche a porre le fondamenta di una rete di relazioni con i membri di comunità ancora più diverse, una rete che in ultima analisi, in innumerevoli collegamenti e ramificazioni, è giunta a coprire tutta la terra. Tali individui poterono contribuire, sia pure senza averne né la consapevolezza né l’intenzione, alla costruzione di un ordine più complesso e più esteso, un ordine che si diffuse ben al di là di dove poteva arrivare lo sguardo loro e dei contemporanei⁵².

4. I componenti dell’ordine spontaneo

Come si forma un ordine spontaneo? Quali i suoi componenti? Lo si vede nello studio sulle “proprietà caratteristiche degli ordini spontanei” [*The distinguishing properties of spontaneous orders*]:

[gli ordini] possono mutare tutti gli elementi particolari che li istituiscono, e persino il loro stesso numero. Tutto quel che è necessario per preservare un tale ordine astratto è che sia mantenuta una certa struttura di relazioni, o che elementi di un certo tipo (ma di numero variabile) continuino ad essere correlati in un certo modo⁵³.

A comporre un ordine spontaneo sono, allora, da un lato gli individui, dall’altro le loro relazioni, cioè i legami creati dalle azioni degli

⁵¹ Il richiamo è alla nota espressione di Adam Ferguson (in A. FERGUSON, *An Essay on the history of civil society*, Dublin, 1767, 183) di cui Hayek ne fa ampio uso.

⁵² F.A. VON HAYEK, *La presunzione fatale*, cit., 57.

⁵³ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 54.

stessi individui⁵⁴. La spiegazione è in un esempio. Se a un poliziotto – scrive l'autore – ne subentra un altro, questo non significa che il nuovo venuto sarà identico al suo predecessore, ma solo che ne ripeterà taluni atteggiamenti nei confronti di altre persone e viceversa⁵⁵. A istituire un ordine non bastano, dunque, gli individui in sé, occorre che vi sia anche la stabilità delle relazioni sociali.

Questi primi due elementi, tuttavia, non costituiscono da soli l'intero ordine. La semplice regolarità delle relazioni o dei comportamenti fra gli individui non è sufficiente a formare un ordine. Anzi, per Hayek,

alcuni comportamenti perfettamente regolari degli individui potrebbero produrre soltanto disordine: se la regola fosse che ciascun individuo dovesse tentare di uccidere chiunque incontra, o fuggire non appena vede qualcun altro, il risultato sarebbe chiaramente la completa impossibilità di un ordine in cui le attività degli individui siano basate sulla collaborazione con gli altri⁵⁶.

Occorre, perciò, introdurre un terzo e ultimo elemento. Si tratta delle regole seguite dagli individui in risposta all'ambiente che li circonda⁵⁷. Sono, infatti, le norme di condotta a garantire l'esistenza degli stessi ordini attraverso l'istaurazione di «aspettative che hanno una buona possibilità di dimostrarsi corrette»⁵⁸.

In ultima analisi, gli ordini sociali sono composti da tre elementi: *i)* gli individui; *ii)* le relazioni umane, frutto delle azioni di ognuno all'interno di un dato sistema sociale; *iii)* infine, le regole, che fungono da modelli di comportamento e forniscono delle aspettative sulle condotte altrui.

⁵⁴ Secondo Hayek le azioni – come si è evidenziato nel secondo paragrafo – sono il risultato dell'*ordine della mente* di ogni individuo. Allora, scrive Cubeddu, «Per Hayek l'ordine sociale è [...] il possibile e più o meno intenzionale risultato dello scambio di ordini individuali; ovvero [...] dello scambio, della critica, della diffusione e dell'affermazione di mappe individuali che possono essere vere o false rappresentazioni del mondo fenomenico» (R. CUBEDDU, *Introduzione*, in F.A. VON HAYEK, *L'ordine sensoriale*, cit., XIII).

⁵⁵ Cfr. F.A. VON HAYEK, *Lo scientismo e lo studio della società*, cit., 124.

⁵⁶ F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, cit., 59.

⁵⁷ Cfr. *ivi*, 58.

⁵⁸ È parte della definizione di "ordine spontaneo" fornita da Hayek *ivi*, 49.

5. *L'ordine della business ethics*

Il concetto hayekiano di “ordine” è, tra l'altro, decisivo per leggere le maggiori trasformazioni sociali del mondo contemporaneo. Mi limiterò a qualche considerazione sulla cosiddetta *business ethics*.

Il fenomeno è discusso ancora di recente da Antonio Incampo attraverso due tesi⁵⁹. Una prima tesi è questa. Oggi le imprese non hanno soltanto lo scopo di dividere gli utili. La loro responsabilità è molto più grande. È una responsabilità per così dire “sociale”, mira contemporaneamente a implementare le relazioni sociali di chi lavora per l'impresa, e a creare con l'esterno, con le comunità e le istituzioni di appartenenza una serie di vantaggi reciproci che non sono legati a un mero rapporto economico di scambio. A seguire la seconda tesi. Molte fondazioni, gruppi di imprese e soggetti dell'economia civile perseguono finalità altamente umane e sociali, mettendo al centro il valore della persona. In questo modo l'economia ci guadagna.

Gli esempi di certo non mancano⁶⁰. Resta, però, da pensare la *business ethics* secondo categorie più ampie, e la filosofia di Hayek sembra capace proprio di questo. In che modo, allora, un fenomeno come quello della *business ethics*, all'interno comunque di una visione liberale⁶¹, è spiegabile con il concetto di “ordine”?

⁵⁹ Si cfr. A. INCAMPO, *Per una ricostruzione trinitaria della realtà sociale*, in P. CODA, A. INCAMPO (a cura di), *Sguardi trinitari sul sociale. Per un nuovo pensiero agente nel Territorio*, Bari, 2025, 19 ss.; e anche ID., *Dall'ontologia debole dei derivati al modello forte dell'economia etica*, in D. CATERINO (a cura di), *Studi in onore di Sabino Fortunato. Volume IV, Banca, finanza, assicurazione*, Bari, 2023, 3247 ss.

⁶⁰ Ne cito uno soltanto: la banca Grameen Bank, fondata dal premio Nobel per la pace Muhammad Yunus. L'istituto bancario, operante nelle zone del Bangladesh e dell'India, si occupa di erogare microprestiti alle popolazioni locali povere senza richiedere particolari garanzie, fornendo la possibilità a molti individui di avere accesso al credito e di sollevarsi dalla povertà estrema. Il dato che sorprende è come il 98,5% di questi prestiti venga ripagato. L'approccio etico all'economia sembra essere proprio un successo anche economico. Si veda per un'attenta analisi circa la Grameen Bank il saggio di G. FERRI, *Dalla finanza rampante alla finanza responsabile: il ruolo della donna*, in *Economia e Commercio*, 19, 2009, 14.

⁶¹ L'economia etica non va intesa come un insieme di obiettivi sociali, radicati in ideologie, a cui l'economia deve adeguarsi rinunciando alla sua propensione al profitto; piuttosto, rappresenta l'emersione di nuove convenzioni morali che hanno spontanea-

Ci sono almeno tre prospettive.

La prima. Come si è osservato, per Hayek le imprese sono delle “organizzazioni”, cioè degli ordini diretti dall’alto. È, infatti, indubbio che sia il consiglio di amministrazione di una società a decidere l’indirizzo d’impresa. Pertanto, la scelta della merce da acquistare, degli investimenti da intraprendere o di cosa produrre sono sempre il frutto di una pianificazione. Si tratta, però, di una visione troppo legata al punto di vista interno all’impresa.

Guardando, invece, il fenomeno dell’economia dal di fuori molte cose cambiano. Le imprese superano continuamente il concetto di organizzazione (cioè di ordine costruito) vivendo ambienti e contesti che non sono eterodiretti o pianificati. Gli scenari sono molti: il mercato di riferimento, la comunità locale o la nazione dove hanno le proprie sedi, e ancora la comunità dei dipendenti, la classe dei fornitori, gli *stake-*

mente indotto il mercato a generare determinate regole generali. In questo senso la *business ethics* sarebbe non solo laica ma anche congruente al sistema liberale pensato da Hayek. Sul concetto di liberalismo in Hayek si rinvia al suo saggio: F.A. VON HAYEK, *Liberalismo*, Soveria Mannelli, 2012.

D'altronde, secondo Hayek, il mercato ha bisogno di disporre di «certe regole di correttezza e forse addirittura di caritatevolezza generalmente accettate» (F.A. VON HAYEK, *L'impresa societaria in una società democratica: nell'interesse di chi dovrebbe essere e sarà governata?*, in ID., *Studi di filosofia, politica ed economia*, Soveria Mannelli, 2021, 430). L'emergere di norme, come quelle proprie dell'economia etica, è essenziale affinché vi sia un mercato libero ma non selvaggio. Ciò che Hayek ritiene davvero dannoso è l'introduzione, per imposizione coercitiva, dall'alto, di fini estranei alla logica del profitto o la fissazione autoritaria dei prezzi delle merci.

Hayek stesso sintetizza efficacemente questo principio affermando che «una società libera funziona bene solo dove l'azione libera è guidata da forti credenze morali e che perciò godiamo di tutti i benefici della libertà soltanto laddove la libertà è già ben radicata» (F.A. VON HAYEK, *L'elemento morale nella libera impresa*, in ID., *Studi di filosofia, politica ed economia*, cit., 342). L'inserimento di principi morali nell'economia, dunque, non implica necessariamente la sostituzione della logica del profitto con altri fini, ma piuttosto l'affermarsi di nuove regole di mercato che rispondono a esigenze sociali emergenti. Questo meccanismo spiega fenomeni storici come l'abolizione della schiavitù o la proibizione dell'usura: norme di origine etica che, lungi dall'ostacolare il profitto, hanno anzi contribuito a plasmare un mercato più stabile e inclusivo. La morale, in questa prospettiva, non è un limite imposto alla libertà economica, ma un fattore evolutivo che permette alla società di adattarsi a nuove sfide senza rinunciare alla dinamicità del sistema.

holders, il sistema finanziario e bancario a esse prossimo, i media e gli organi istituzionali nella loro interezza⁶². Non sono, questi, certamente, degli aggregati sociali organizzati e diretti; anzi, è vero il contrario: si tratta per la maggior parte di sistemi spontanei.

Insomma, ha ragione Hayek nel considerare le imprese degli ordini costruiti, e allo stesso modo collocarle all'interno di più ampi ordini di natura spontanea. La *business ethics* ne sarebbe una prova.

La seconda. All'interno degli ordini spontanei possono accadere cose sorprendenti. Soprattutto in economia. Non a caso Adam Smith riteneva che i maggiori vantaggi per la società provenissero dal fatto che l'uomo persegue costantemente finalità che non rientrano nelle sue intenzioni⁶³. Può succedere, infatti, che senza alcuna visione cosciente e programmata le imprese superino le visioni di stretto profitto⁶⁴. E così alcune imprese iniziano ad arricchire i propri bilanci con voci ulteriori a quelle del *financial statements*. Compaiono indicatori sulla sostenibilità e sulle attività di rilevanza sociale, o *reports* sulle condizioni di lavoro. Poi è il momento di voci di bilancio dedicati specificamente alla responsabilità dell'impresa dal punto di vista ambientale secondo i noti criteri ESG (*Environmental, Social, and Governance*). Ed è soltanto un esempio. Non si è semplicemente dinanzi a logiche di marketing (*cause related marketing*), ma a questioni essenziali per l'impresa. Lo si comprende facilmente osservando l'uso di particolari strumenti finanziari

⁶² Seppur è vero che per Hayek le singole istituzioni siano delle “organizzazioni”, è ragionevole pensare che l'insieme di tutte le istituzioni (e quindi di tutte quelle presenti in un singolo Stato al quale si sommano quelle degli altri Stati e poi quelle internazionali) nella loro interezza non diano vita a un ordine costruito.

⁶³ Si tratta dell'interpretazione che Hayek fa del pensiero di Adam Smith. Si veda F.A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., 144. Per un confronto tra il pensiero di Smith e quello di Hayek si veda nota 43.

⁶⁴ Non si tratta di rinunciare all'obiettivo di massimizzare il profitto; del resto, come osserva Hayek, «l'impresa ha come unico compito quello di fare l'uso più profittevole possibile della proprie attività» (F.A. VON HAYEK, *L'impresa societaria in una società democratica: nell'interesse di chi dovrebbe essere e sarà governata?*, cit., 430). Piuttosto, si tratta di affiancare alla logica del guadagno obiettivi del tutto compatibili che, anzi, possono potenziarne la dinamica. L'esperienza della Grameen Bank (vedi nota 60) lo dimostra bene: applicando il paradigma dell'economia etica la banca ci guadagna proprio in risultati di profitto.

altrimenti inaccessibili o la possibilità di stipulare *partnership* con importanti multinazionali. Anche questi sono solo alcuni dei tanti esempi.

Insomma, ciò che accade è la nascita di nuove forme di relazioni e di regole senza, però, che vi sia stata alcuna attenta decisione e pianificazione; anzi, in modi del tutto spontanei⁶⁵. E la legislazione statale? Non scompare, partecipa anch'essa. Molte leggi non fanno che recepire regole già diffuse nel tessuto economico⁶⁶.

La terza. I fenomeni spontanei nascondono una forza sorprendente. Se si parte da ciò che è ben in vista, si finisce con il guardare la loro storia: la *business ethics*, per esempio, inizia con pochi accenni nelle ultime pagine dei bilanci e finisce con l'imporsi fin dentro i mercati finanziari. Potremmo ricostruire, allo stesso modo, i percorsi sorprendenti di altri fenomeni spontanei come la *lex mercatoria*⁶⁷ o le criptovalute.

Quello che però rimane ancora nascosto è la vera forza di questi fenomeni. A sorprendere è la loro capacità di incidere sulla realtà. Soprattutto a partire dall'"intenzionalità collettiva", per usare il linguaggio di Searle⁶⁸. Trovarne traccia non è poi così difficile. In economia si è partiti da regole spontanee che imponevano alle società di indicare i luoghi di produzione, e si è giunti a deplorare le imprese che sfruttano il terri-

⁶⁵ All'interno degli ordini sociali liberi, accade che di fronte a sfide emergenti – si considerino, per esempio, i cambiamenti climatici – tendano a svilupparsi spontaneamente nuove regole. Come osserva Hayek: «Tutto ciò che l'uomo poteva fare era il tentativo di migliorare poco a poco il processo di reciproco adattamento delle attività individuali, riducendo i conflitti attraverso la modificazione di alcune norme ereditate [...] nel quadro di un sistema di norme che non erano state inventate da lui e con il proposito di migliorare un ordinamento esistente» (F.A. VON HAYEK, *Gli errori del costruttivismo*, in Id., *Nuovi studi di filosofia, politica, economia e storia delle idee*, cit., 18). L'adozione di criteri di sostenibilità produttiva – perfettamente coerenti con il quadro dell'economia etica – rappresenta un esempio emblematico di come nuove regole generali possano emergere organicamente all'interno di un ordine sociale spontaneo.

⁶⁶ D'altronde, per Hayek, il compito autentico del legislatore è trovare [*to find*] quelle regole giuridiche sedimentate nei sistemi sociali.

⁶⁷ Si veda F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2001.

⁶⁸ Si cfr. J.R. SEARLE, *Dell'intenzionalità. Un saggio di filosofia della conoscenza*, Milano, 2005.

torio e la comunità attraverso processi di delocalizzazione. Dunque, dalle regole si è giunti alle opinioni⁶⁹.

La spiegazione di questo passaggio la fornisce proprio Hayek: le opinioni e le idee degli individui sono il prodotto del continuo recepimento di una serie di regole astratte di condotta depositate nella società. Di queste regole non fanno parte le sole norme basilari di comportamento (come togliersi il cappello quando si entra in chiesa)⁷⁰, ma anche quelle legate a particolari fenomeni complessi come la *business ethics* (penso alla regola di produrre senza inquinare o di valorizzare la persona all'interno dei processi economici)⁷¹.

Viene alla luce ciò che più conta: i fenomeni sociali spontanei producono regole di condotta per lo più ignote a molti, regole che assimilate dalla nostra mente giungono a formare vere “opinioni”, cioè idee che riteniamo significativamente giuste o efficaci⁷².

⁶⁹ Sul punto si veda quanto detto nel primo paragrafo.

⁷⁰ Prendo in prestito un esempio usato da H.L.A. HART nel suo *Il concetto di diritto*, Torino, 2002, 146 s.

⁷¹ Scrive Hayek «la grande conquista della teoria economica fu l'aver riconosciuto [...] la natura di questi sistemi auto-regolativi in cui alcune regolarità [...] di comportamento degli elementi hanno portato ad un adattamento costante di tutto l'ordinamento a particolari regolarità che interessavano in prima istanza solo certi elementi separati. Questo ordinamento [...] non poté essere stato inventato. E ciò segue dal fatto che il risultato non poteva essere previsto». F.A. VON HAYEK, *Gli errori del costruttivismo*, cit., 18.

⁷² «Molte delle maggiori realizzazioni umane non sono il risultato di un pensiero coscientemente diretto, e ancor meno il prodotto del deliberato coordinamento degli sforzi di molti individui, ma di un processo in cui il singolo svolge un ruolo che non può mai interamente comprendere. Esse sono superiori all'individuo precisamente perché risultano da una combinazione di conoscenze molto più vasta di quella che una mente singola può padroneggiare». F.A. VON HAYEK, *L'abuso della ragione*, cit., 147.

“DAL LEGISLATORE UMANO A QUELLO SINTETICO”?

Paolo D’Erasmus

1. Introduzione. Diritto e intelligenza artificiale: una sfida epocale

Le nuove tecnologie hanno, già attualmente, un impatto decisivo sul diritto e impongono un necessario ripensamento della sua attuazione, con ripercussioni importanti sullo statuto del sapere giuridico. Sarà inevitabile rielaborare le modalità di formulazione non solo dell’argomentazione giuridica. Ciò metterà alla prova la tenuta di un gran numero di principi consolidati, ponendo relevantissime questioni che saranno oggetto del dibattito giuridico, politico ed etico-filosofico: siamo, probabilmente, dinanzi a un mutamento epocale¹.

L’irrompere del digitale ha già determinato importanti conseguenze sul sapere giuridico, ma i sistemi di intelligenza artificiale potrebbero addirittura far pensare a una marginalizzazione dell’operatore umano, con la concreta possibilità di svolgere attività tradizionalmente affidate all’uomo, individuando soluzioni diverse (e talvolta forse migliori?) rispetto a quelle che quest’ultimo sceglierebbe per risolvere un determinato problema. Una delle questioni focali che si pone, è quella secondo cui le forme più avanzate di IA andrebbero oltre la rielaborazione dei dati, prospettando la possibilità di entrare prepotentemente nel momento decisionale. Se gli algoritmi della IA dovessero dimostrarsi “più intelligenti” dell’essere umano, non sarebbe più un problema di pura e semplice velocità di elaborazione dei dati di base, quanto di più accurato e imparziale filtro dei *bias* cognitivi².

¹ L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l’infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

² G. SARTOR, *Intelligenza artificiale e diritto. Un’introduzione*, Milano, 1996; U. RUFFOLO (a cura di), *Intelligenza artificiale. Il diritto, i diritti, l’etica*, Milano, 2020.

Tuttavia, occorre interrogarsi criticamente sul reale significato del termine “intelligenza” in questo contesto: la capacità di calcolo, l'efficienza nella gestione di grandi moli di informazioni e l'apparente imparzialità non esauriscono la complessità delle decisioni giuridiche, che non possono mai prescindere da valori, realtà e sensibilità sociale.

Il rischio che pare incombere, demandando in misura sempre maggiore l'interpretazione e l'applicazione del diritto a sistemi automatizzati, sembra quello di ridurre l'intera attività giuridica a un mero esercizio algoritmico, trascurando la dimensione umana dell'equità e della giustizia.

Si tratta in altri termini di comprenderne i limiti strutturali e le implicazioni profonde della cosiddetta intelligenza artificiale nel campo giuridico: gli algoritmi possono, per esempio, contribuire alla razionalizzazione dell'attività giudiziaria, alla predizione dell'esito di una controversia o all'individuazione di norme pertinenti in maniera rapida ed efficace. Tuttavia, rimane irrinunciabile una riflessione critica sull'uso di tali strumenti, sulla loro opacità e sulla assoluta necessità di trasparenza e controllo umano nelle decisioni che influenzano i diritti e le libertà fondamentali.

Un ulteriore aspetto meritevole di indagine, è il processo di ibridazione tra uomo e macchina, che solleva interrogativi inediti circa l'identità dell'operatore giuridico: se gli strumenti di IA dovessero integrarsi sempre più stabilmente nell'attività quotidiana del giurista – magistrato, avvocato, legislatore – sarà necessario ridefinire non solo le competenze professionali richieste, ma anche la responsabilità delle decisioni assunte con l'ausilio di tali sistemi.

La sfida, dunque, risiede, nel coniugare l'innovazione tecnologica con la salvaguardia dei principi fondamentali del diritto, garantendo che l'evoluzione digitale non comprometta le garanzie sostanziali che presiedono a un ordinamento democratico. Solo un approccio critico e consapevole potrà evitare derive tecnocratiche, assicurando che l'intelligenza artificiale rimanga uno strumento al servizio dell'uomo e non si traduca in un nuovo paradigma decisionale deresponsabilizzante e potenzialmente disumanizzante.

2. *L'illusione della neutralità algoritmica*

Una delle convinzioni più persistenti connesse all'impiego dell'intelligenza artificiale, in particolare nel settore giuridico, è quella della sua presunta neutralità: gli algoritmi, infatti, vengono spesso presentati come strumenti oggettivi, in grado di fornire soluzioni imparziali, libere dalle emozioni, dai pregiudizi o dalle distorsioni cognitive che talvolta influenzano le decisioni umane. In quest'ottica, l'automazione appare come una promessa di giustizia “pura”, tecnicamente efficiente e razionalmente superiore; ma questa visione è fuorviante. La neutralità algoritmica, infatti, è un'illusione. Gli algoritmi non sono entità autonome e asettiche, bensì il prodotto di una sequenza di scelte umane, culturali, economiche e politiche: ogni fase della loro progettazione, introduzione e applicazione è condizionata da decisioni che riflettono interessi, valori e statuizioni normative.

In particolare, “il cuore” degli algoritmi, costituito dai dati – è tutt'altro che neutro: gli insiemi di dati utilizzati per “addestrare” i modelli di intelligenza artificiale riflettono la realtà storica da cui sono tratti: una realtà segnata da squilibri, discriminazioni e disuguaglianze. Se un sistema viene “addestrato”, per esempio, su decisioni giurisprudenziali pregresse, esso apprenderà anche eventuali pregiudizi impliciti contenuti in quelle decisioni: così, un algoritmo di *risk assessment* nel diritto penale potrebbe perpetuare discriminazioni razziali; uno strumento per la selezione dei candidati in ambito lavorativo potrebbe svantaggiare sistematicamente determinate categorie sociali; un sistema di *scoring* creditizio potrebbe replicare le ingiustizie strutturali che penalizzano i soggetti economicamente più deboli.

A rendere ancora più pregnante la questione è la cosiddetta opacità algoritmica: molti modelli, specie quelli basati su reti neurali profonde (*deep learning*), producono decisioni che neppure i loro stessi sviluppatori riescono a spiegare compiutamente. Questa opacità rende estremamente difficile il controllo pubblico e giuridico delle scelte automatizzate³. Se non si conosce “come” un sistema abbia prodotto una certa

³ G. TAMBURRINI, *Autonomia delle macchine e filosofia dell'intelligenza artificiale*, in *Rivista di filosofia*, 2017, 2, 263-275.

decisione, come si può contestarla, impugnarla, o valutarne la legittimità? In ambito giuridico, la possibilità di comprendere e giustificare il percorso decisionale è essenziale per garantire trasparenza, responsabilità e diritto alla difesa.

L'illusione della neutralità algoritmica rischia così di avere conseguenze molto gravi: se ci si affida a sistemi che si credono oggettivi, si finisce per dequalificare il senso critico, accettando i risultati come tecnicamente corretti, senza interrogarsi sul loro fondamento, sulla loro giustizia, sulle loro implicazioni etiche e sociali. Tale atteggiamento deresponsabilizzante non soltanto allontana il diritto dal suo orizzonte valoriale, ma sembra rafforzare logiche di dominio tecnologico spesso opache e incontrollate.

Riconoscere questa illusione appare il primo passo per costruire un uso quanto più possibile consapevole e democratico dell'intelligenza artificiale: non si tratta di rifiutare la tecnologia, ma di comprenderne le intersezioni con le strutture sociali e giuridiche: occorre una *governance* algoritmica che imponga trasparenza, verificabilità e responsabilità. E appare soprattutto imprescindibile una nuova cultura giuridica, capace di interfacciarsi con gli strumenti tecnici senza rinunciare alla propria autonomia critica.

Solo così si potrà garantire che l'algoritmo non divenga un nuovo strumento di disuguaglianza, ma costituisca un alleato nella costruzione di una giustizia più consapevole e accessibile.

3. Computabilità del diritto e rischio del depotenziamento normativo

Sono sempre in aumento quanti sostengono la possibilità – e forse anche l'auspicabilità di creare un diritto concretamente oggettivo, imparziale, comprensibile, facilmente e razionalmente applicabile, ossia un diritto più “giusto” perché scevro dalle pulsioni ed emozioni umane. Tale “diritto sintetico” dovrebbe presentare un linguaggio formale, e quindi processabile da una macchina: una lingua non naturale, e come tale, esente da tutti i difetti che il linguaggio naturale presenta, con le proprie ambiguità e imperfezioni. Proprio perché caratterizzato da simili vizi, il linguaggio umano non può essere compreso dagli elaboratori

elettronici, che sono in grado di gestire soltanto bit. Le macchine, per quanto “intelligenti”, sono in grado di comprendere soltanto sistemi numerici: occorre, perciò chiedersi se sia possibile tradurre in logica binaria le correlazioni fra la dimensione sintattica, quella pragmatica e quella semantica proprie del linguaggio naturale⁴; l’ambizione di trasformare le norme giuridiche in linguaggio di programmazione potrebbe apparire tanto velleitario e inutile. In ogni caso, è ben noto che applicazioni che si avvalgono di tale traduzione già esistono e vengono fortemente commercializzate. Detti tentativi sono scientificamente riconducibili a una disciplina definita “diritto computazionale”, che si occupa di indagare la computabilità della conoscenza giuridica, analizzando la possibilità di considerare le norme come rappresentazioni logiche interamente processabili. Questa impostazione teorica, si avvicina, evidentemente, alle tesi più estreme del formalismo giuridico⁵.

In questa prospettiva, il diritto è ridotto a una serie di rappresentazioni logico-formali interamente processabili. La questione risulterà, forse, più chiara con un esempio: molte aziende automobilistiche stanno investendo nello sviluppo di veicoli a guida automatica, che porranno il conducente nella sostanziale impossibilità di violare il Codice della Strada. Ma se la violazione della norma non sarà più concretamente possibile, saremo ancora dinanzi a una norma giuridica, oppure la norma sarebbe puramente tecnica, non rivolta a orientare il comportamento umano?

La tensione tra computabilità e normatività giuridica impone, dunque, una riflessione molto attenta sul ruolo che il diritto è chiamato a svolgere nella società contemporanea: la riduzione delle norme a meri comandi computazionali rischia di privare il diritto della propria funzione essenziale: quella di regolare la convivenza civile attraverso principi aperti, interpretabili, contestualizzabili. Il tentativo di tradurre il linguaggio normativo in linguaggio macchina non è neutro: esso implica una scelta di campo a favore di una visione deterministica del diritto, nella quale la discrezionalità interpretativa – fondamento dell’argomen-

⁴ E. CICCONI, *Linguaggio giuridico e Intelligenza artificiale*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 59-82.

⁵ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, 2007.

tazione giuridica – viene sostituita dalla mera esecuzione automatica di istruzioni.

Come ha sostenuto parte della dottrina⁶ una simile riduzione comporta un indebolimento del ruolo del giudice e dell'interprete in generale, con un conseguente spostamento del potere decisionale verso chi progetta e controlla gli algoritmi giuridici. In questa prospettiva, il diritto computabile non solo rischia di semplificare eccessivamente fenomeni complessi, ma anche di opacizzare le dinamiche del potere e della responsabilità. Occorre quindi interrogarsi se un tale modello sia compatibile con i principi fondamentali dello Stato di diritto, che poggiano su garanzie di trasparenza, pluralismo e condivisione pubblica.

Rifiutare la computabilità integrale del diritto non implica una rinuncia al contributo delle tecnologie, ma piuttosto la rivendicazione della centralità del diritto come pratica discorsiva, fondata su linguaggio, interpretazione e mediazione tra valori conflittuali: in questo senso, il diritto non può mai esser ridotto a un algoritmo, ma essa rappresenta un processo vivo e dinamico che deve rimanere umano anche nell'epoca in cui imperversa la cosiddetta intelligenza artificiale⁷.

4. *L'irrinunciabilità della discrezionalità umana*

Nel contesto attuale di crescente digitalizzazione dei processi decisionali pubblici e giuridici, la possibilità di sostituire la discrezionalità umana con l'efficienza algoritmica pare presentarsi con forza sempre crescente, in ragione di una argomentazione fondata su precisione, rapidità e oggettività. Tuttavia, questa prospettiva rischia di trascurare una dimensione essenziale della giustizia: la capacità propriamente umana di valutare il contesto, le circostanze e, soprattutto, i valori etici che permeano ogni decisione giuridica.

Ma non si tratta, ovviamente, della sola valutazione di circostanze: ogni decisione giuridica implica infatti una valutazione che va oltre la semplice analisi dei fatti, coinvolgendo valori etici e morali che richie-

⁶ L. VIOLA, *Giustizia predittiva. L'algoritmo al servizio del giudice?*, Torino, 2019.

⁷ A. ANDRONICO, TH. CASADEI (a cura di), *Introduzione*, in *Ars Interpretandi – Intelligenza artificiale e diritto*, 1, 2021.

dono una comprensione umana: su questa linea, la discrezionalità di- viene il luogo in cui il diritto incontra la realtà concreta, e nel quale l'applicazione delle norme si misura con la complessità del vissuto in- dividuale e collettivo. L'algoritmo, per quanto sofisticato, resta legato a una logica binaria, e come tale incapace di cogliere la pluralità dei si- gnificati che il linguaggio giuridico, nella sua “ambiguità” e apertura interpretativa, inevitabilmente porta con sé⁸.

Le scelte giuridiche non appaiono mai puramente tecniche, ma sem- pre intrinsecamente politiche e assiologiche: esse richiedono un equili- brio fra interessi contrapposti, una ponderazione che nessun calcolo algoritmico può automatizzare senza snaturare il senso stesso del drit- to. Il rischio pare risiedere nella circostanza che la funzione decisionale venga delegata a sistemi opachi, i quali non solo sottraggono trasparen- za al processo, ma minano la possibilità stessa di responsabilità e con- trollo pubblico.

La discrezionalità giuridica è per sua natura relazionale e situata. Essa implica la capacità del decisore – il giudice, l'amministratore, il legislatore – di ascoltare, valutare e argomentare; l'algoritmo non ar- gomenta: computa. Non ascolta: processa *input*; non giustifica, restitui- sce *output*.

La logica dell'automazione, se non governata, rischia quindi di ri- durre il diritto a un meccanismo normativo automatico, disancorato dai principi di giustizia, proporzionalità ed equità che dovrebbero guidarlo⁹.

In questo senso, la discrezionalità non è un vuoto da colmare con l'efficienza, bensì uno spazio deliberativo da custodire come presidio di libertà: essa rappresenta la possibilità di rispondere a situazioni nuove, di riconoscere le eccezioni, di interpretare le norme alla luce del conte- sto. Rinunciare a questa possibilità equivarrebbe a privare il diritto della sua dimensione propriamente umana, trasformandolo in una procedura predittiva e deresponsabilizzante.

Anche sul piano della legittimazione democratica, la discrezionalità è insostituibile: soltanto un soggetto umano, inserito in un contesto isti- tuzionale e responsabile delle proprie scelte, può essere ritenuto garante

⁸ G. SARTOR, *op. cit.*

⁹ L. VIOLA, *op. cit.*

del rispetto dei diritti fondamentali. La giustizia, per essere tale, deve poter essere “spiegata”, contestata, riformata: deve restare accessibile alla comprensione e al controllo dei cittadini.

L'idea di un giudice o di un legislatore “macchina” non appare solo distopica, ma teoricamente insostenibile: non esiste, infatti, una decisione “neutra” o “perfetta” in diritto. Ogni scelta comporta un margine di valutazione che implica responsabilità e senso etico, di talché soltanto un essere umano è in grado di esercitare questa responsabilità in modo consapevole, tenendo conto delle fragilità, delle contraddizioni e delle speranze che caratterizzano ogni società umana.

5. La responsabilità delle “macchine intelligenti”: una ipotesi controversa

Sembra irrinunciabile salvaguardare la posizione principale degli esseri umani e dell'intelligenza *naturale* nella preparazione del momento decisionale e nella sorveglianza e garanzia dell'argomentazione giuridica. Parrebbe infatti ardito ritenere che la preparazione della decisione, che pare da riservarsi a un soggetto consapevole e che perciò se ne possa assumere la responsabilità, possa essere del tutto demandata a una manipolazione automatica delle informazioni: dovrebbe essere pur sempre l'uomo a decidere se, e in quali circostanze, affidare la decisione di una data questione alla macchina, oppure riservarsi di assumere la stessa in prima persona.

Tale determinazione implica problemi propri non solo della filosofia del diritto, ma dell'intera condizione umana: appare, difatti, un'istanza insuperabile della civiltà giuridica, garantire e valorizzare il ruolo degli esseri umani nella decisione. Occorre chiarire se e a quali condizioni si possa demandare la preparazione o addirittura la soluzione di un determinato problema alla macchina, oppure si debbano riservare all'essere umano la valutazione e la decisione, anche a costo di una scelta meno

rapida ed efficace, ossia meno “intelligente” in senso digitale, ma ancora umana¹⁰.

In altri termini, come cambierebbe il mondo qualora questa narrazione fosse politicamente imposta?

Sul punto pare utile tuttavia osservare come diversi studiosi ritengano irrilevante l’argomento della impossibilità di ritenere “responsabile” un ente artificiale, siccome non umano e privo di capacità di discernimento e di libero arbitrio.

Può risultare difatti addirittura scontato far riferimento alla storia del diritto come chiara dimostrazione che l’uomo, da secoli, ritiene responsabili sul piano giuridico soggetti “artificiali”, come quelli a cui attribuisce una personalità giuridicamente rilevante. Non si tratta, ovviamente, di macchine, ma di organizzazioni, società, istituzioni, che sono titolari di diritti e obblighi e debbono attenersi a divieti, poiché dotati di legittimazione giuridica e dunque responsabili dinanzi alla legge.

Anzi, talvolta, la nascita di queste “entità artificiali” è finalizzata proprio alla volontà di limitare la responsabilità delle persone fisiche che le costituiscono, condividendo vantaggi e rischi (si pensi alla s.r.l.). Una società, anche se non certo persona fisica, poiché dotata di personalità giuridica, può essere titolare di beni immobili, stipulare contratti e anche invocare la libertà di manifestare il proprio pensiero, potendo essere considerata comunque “umana”, in quanto agisce mediante i suoi organi che sono persone fisiche.

La vera questione però sembra risiedere nella differenza sostanziale tra persone giuridiche la cui attività sia necessariamente riconducibile a persone fisiche e persone giuridiche nelle quali tale collegamento rischia di essere superato da automi “intelligenti”, capaci di un tale grado di autonomia che escluda gli umani. Diversamente da quanto avviene in una società di capitali, gestita da persone fisiche, che agisce nell’interesse di quest’ultime, detti enti artificiali potrebbero teoricamente agire in prima persona stabilendo, per esempio, strategie commerciali¹¹.

Su questa linea, si apre la tematica del riconoscimento in capo alla macchina della titolarità di diritti e obblighi, nonché della propria re-

¹⁰ G. ZACCARIA, *Giudizio e decisione. Il diritto come pratica discorsiva*, Padova, 2015.

¹¹ M. LOSANO, *Il diritto nella società tecnologica*, Roma-Bari, 2010.

sponsabilità, anche di natura penalistica: la maggioranza della dottrina considera gli enti artificiali quali meri strumenti dell'agente umano autore materiale del fatto, escludendo la configurabilità di una tale responsabilità. La coerenza di tale impostazione è stata, però, messa in discussione da taluni Autori.

Gli algoritmi più complessi che guidano l'azione delle macchine parrebbero capaci di apprendere da esperienze del proprio vissuto, memorizzare il proprio passato e correggere gli errori, modificando il loro comportamento e adattandolo ai nuovi stimoli ricevuti (l'idea è, però, tutt'altro che dimostrata, perché essi eseguono automaticamente delle istruzioni, e pone interrogativi filosofici di prima grandezza)¹². Per tale ragione, partendo dalla ritenuta capacità di riprodurre processi cognitivi non molto diversi da quelli umani, si sostiene che, così come l'uomo è ritenuto responsabile indipendentemente dalla percezione del disvalore delle condotte poste in essere, ovvero dalle sue intime convinzioni, anche la macchina possa essere considerata responsabile in base alle norme che regolano un determinato comportamento, sotto l'unica condizione che il suo eseguire istruzioni mediante algoritmi sempre più sofisticati possa essere assimilato alla conoscenza o esecuzione di norme di cui si è percepito il valore ovvero il disvalore¹³.

In altri termini, qualora si attribuisse una forma di responsabilità giuridica autonoma alle macchine, ci si troverebbe dinanzi a un'ipotesi teoricamente suggestiva, ma profondamente ambigua sotto il profilo normativo e sistemico. Il rischio non sarebbe tanto quello di riconoscere nuovi "soggetti", quanto di privare di contenuto la responsabilità stessa, riducendola a una "finzione" svincolata dalla coscienza, dalla volontà e dalla capacità di giudizio. La responsabilità penale, in particolare, sembra imporre un riferimento alla soggettività etico-giuridica dell'agente: ammetterne l'estensione a entità non coscienti, incapaci di comprendere il disvalore dell'azione, parrebbe travisare i fondamenti stessi del diritto penale moderno¹⁴. Come è stato osservato, il vero pericolo consiste non

¹² W. BARFIELD (a cura di), *The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms*, Cambridge, 2020.

¹³ G. HALLEVY, *When Robots Kill: Artificial Intelligence Under Criminal Law*, Boston, 2013.

¹⁴ R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Torino, 2010, 91-97.

tanto nella personificazione giuridica delle macchine, ma nella deresponsabilizzazione degli esseri umani che le progettano, le controllano o vi si affidano acriticamente¹⁵.

6. *Giustizia predittiva e decisione algoritmica*

Negli ultimi anni, la cosiddetta giustizia predittiva è emersa come una delle applicazioni più discusse dell'intelligenza artificiale al mondo del diritto: essa si basa sull'utilizzo di modelli statistici e algoritmi per prevedere l'esito di controversie giudiziarie o l'orientamento di una sentenza futura, a partire dall'analisi di grandi banche dati giurisprudenziali. Per l'effetto, come segnalato in precedenza, il diritto si trasforma in un oggetto computabile, e la decisione giudiziaria viene concepita come il risultato di una serie di correlazioni probabilistiche tra fattori noti: l'obiettivo dichiarato sarebbe quello di rendere la giustizia più efficiente, prevedibile e coerente, riducendo al minimo l'arbitrarietà e l'incoerenza tra casi simili.

Tuttavia, la prospettiva di affidare la decisione giudiziaria – anche solo parzialmente – ad algoritmi predittivi solleva interrogativi di grande portata teorica e pratica. In primo luogo, si ravvisa il rischio di una trasformazione profonda della funzione giudiziaria, da attività interpretativa fondata sulla valutazione critica e contestuale, a operazione automatica di riconduzione del caso concreto a un modello statistico.

Pare opportuno distinguere tra diversi momenti del procedimento giudiziario: se nella fase istruttoria l'impiego di strumenti predittivi può offrire un valido supporto alle indagini, orientando l'analisi di grandi quantità di dati e facilitando l'individuazione di elementi ricorrenti, nella fase decisoria l'algoritmo rischia di compromettere i principi fondamentali del processo penale. In quella fase, infatti, non si tratta semplicemente di analizzare dati, ma di valutare prove, giudicare condotte, attribuire responsabilità e applicare sanzioni, con il necessario e imprescindibile coinvolgimento di elementi soggettivi, interpretativi e assio-

¹⁵ F. VIOLA, *Etica e responsabilità nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2021, n. 2, 309-326.

logici: affidare tale momento all'algoritmo significherebbe estromettere l'empatia, la proporzionalità, e la motivazione argomentativa dal momento centrale del giudizio¹⁶.

Come ha sostenuto parte della dottrina, ciò che viene posto in discussione sembra essere la stessa nozione di giudizio, che da atto deliberativo diviene applicazione meccanica di modelli predefiniti¹⁷: l'algoritmo, infatti, non interpreta: classifica, seleziona, predice. Ma ogni predizione si fonda su un passato, e non tiene conto dell'elemento più dinamico del diritto: la propria capacità di evolversi, adattandosi ai frequenti e repentini mutamenti sociali, di rompere la continuità per affermare un principio di giustizia sostanziale.

Il cuore del problema non appare risiedere, dunque, soltanto nella tecnologia in sé, ma nello schema epistemologico e normativo che essa sottende: la riduzione del giudizio a calcolo, della norma a statistica, della discrezionalità a deviazione. È una concezione che non valorizza la funzione creativa, correttiva e persino "disobbediente" del giudice: l'uso degli algoritmi nella giustizia rischia inoltre, evidentemente, di consolidare le disuguaglianze già presenti nei dati di partenza, riproducendo *bias* sistemici in modo apparentemente neutrale e scientifico¹⁸. Se il "passato" è ingiusto, un algoritmo che si fonda, appunto, sul passato non potrà che reiterare l'ingiustizia, rendendola meno visibile e più difficile da contestare.

A ciò si aggiunge il problema della trasparenza e dell'opacità algoritmica: molti sistemi predittivi si basano su modelli complessi di *machine learning*, la cui logica interna risulta inaccessibile non solo ai cittadini, ma spesso agli stessi operatori del diritto. In assenza di una chiara intelligibilità del processo decisionale, viene meno la possibilità di esercitare un effettivo controllo democratico, di contestare le decisioni e di garantirne la legittimità¹⁹. Il principio della motivazione della sen-

¹⁶ P. FERRUA, *Il processo penale tra razionalità e giustizia*, Torino, 2012.

¹⁷ L. VIOLA, *op. cit.*

¹⁸ L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022.

¹⁹ P. MORO, *Etica dell'algoritmo. Giustizia predittiva e trasparenza*, Bologna, 2021.

tenza, pilastro della giustizia costituzionale e processuale, rischia così di essere disatteso.

Non si tratta, tuttavia di negare totalmente la funzione di potenziale ausilio dei sistemi di intelligenza artificiale nella giustizia: come detto, strumenti predittivi paiono poter essere utili come supporto statistico all’attività giurisdizionale, per esempio per individuare orientamenti prevalenti, velocizzare ricerche giurisprudenziali, o fornire un ausilio tecnico a fronte di carichi giudiziari elevati. Ma la funzione di ausilio, appare nettamente diversa da quella di sostituzione: delegare interamente la decisione all’algoritmo significherebbe rinunciare alla funzione umana del giudicare, che implica ascolto, empatia, contestualizzazione, responsabilità.

Il vero discrimine risiede, quindi, nell’uso che si fa della tecnologia: la giustizia non può essere trattata alla stregua di un problema di efficienza computazionale. Essa resta, prima di tutto, una pratica di riconoscimento e di equità. Come osservato da taluni Autori²⁰, il diritto è una “pratica discorsiva” e non un sistema deduttivo chiuso: la sua forza risiede nella capacità di mediazione tra norma e vita, tra testo e contesto in questo quadro, il giudizio predittivo pare poter rappresentare un utile strumento, non certo un criterio sostitutivo dell’intelligenza critica e “morale” dell’interprete umano.

Solo preservando questa centralità sarà possibile coniugare innovazione tecnologica e giustizia autentica.

7. La trasformazione delle professioni giuridiche

La progressiva introduzione di sistemi di intelligenza artificiale nel mondo del diritto, sta profondamente trasformando anche il ruolo tradizionale delle professioni forensi: non si tratta più solo di supporti tecnici al lavoro dell’avvocato o del magistrato, come strumenti per la ricerca normativa o giurisprudenziale, ma di vere e proprie piattaforme in

²⁰ G. ZACCARIA, *op. cit.*

grado di incidere sulla stessa sostanza dell'attività di ogni operatore del diritto²¹.

Anche nella risoluzione delle controversie, come ricordato poc'anzi, si sta rapidamente diffondendo l'applicazione di sistemi alternativi, capaci di elaborare previsioni sull'esito dei giudizi attraverso l'analisi automatizzata di precedenti giurisprudenziali e del comportamento decisionale dei singoli giudici. Non mancano esempi concreti, sia in Europa che negli Stati Uniti, di software in grado di raggiungere un elevato grado di predizione esatta, il che rischia di far assumere al giudice il volto di un automa²²: incorruttibile, infallibile, ma inevitabilmente spogliato della propria dimensione umana e delle emozioni che, pur con i loro rischi, costituiscono un elemento essenziale della giustizia²³.

Ma la trasformazione in atto non si limita alla fase giurisdizionale: pare scorgersi infatti, all'orizzonte, una prospettiva ancora più radicale: l'idea di sostituire persino il legislatore con sistemi "intelligenti", capaci non solo di applicare la legge, ma di crearla. Non si tratterebbe più semplicemente di introdurre strumenti di supporto al *drafting* legislativo, bensì di affidare direttamente all'algoritmo la produzione normativa. Un diritto generato da macchine e destinato alle macchine superebbe definitivamente il problema della traduzione dal linguaggio naturale al linguaggio computazionale, producendo norme immediatamente processabili²⁴.

Questa evoluzione introduce interrogativi profondi: un assetto normativo creato da sistemi autonomi rappresenterebbe ancora diritto nel senso proprio, ovvero diverrebbe qualcosa di ontologicamente diverso? E, soprattutto, siamo culturalmente e democraticamente preparati ad accettare l'idea di un "legislatore macchina", totalmente avulso dalla volontà e dal controllo umano?

²¹ A. DI PORTO, *Avvocato-robot nel nostro "stare decisis". Verso una consulenza legale "difensiva"*, in A. CARLEO (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019, 239-250.

²² A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *Justice digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, 2018 (trad. it. a cura di M.R. Ferrarese, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021).

²³ M. LOSANO, *op. cit.*

²⁴ G. SARTOR, *Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, Berlino, 1992.

La creazione del diritto ha sempre implicato una dimensione discorsiva, partecipativa, conflittuale. Essa nasce dal confronto tra istanze sociali diverse, si nutre del dissenso, si forma attraverso compromessi e mediazioni che riflettono la complessità della società. Un diritto prodotto da sistemi automatici rischierebbe invece di essere il frutto di logiche funzionali ed efficientistiche, incapaci di integrare valori, diritti fondamentali e aspirazioni collettive²⁵.

Alla luce di ciò, le professioni giuridiche sono chiamate a un ripensamento radicale. L'avvocato, il magistrato, il legislatore non potranno più limitarsi a conoscere il diritto positivo: dovranno saper dialogare con le tecnologie, comprenderne le logiche e, soprattutto, salvaguardare la funzione critica e umanistica del diritto.

Solo mantenendo questa vigilanza sarà possibile evitare che l'efficienza si trasformi in spersonalizzazione, e che il diritto, da strumento di liberazione, si trasformi in mera regolazione tecnica²⁶.

8. *Verso un legislatore sintetico?*

L'ipotesi di un legislatore digitale, ossia di una produzione normativa totalmente affidata a sistemi di intelligenza artificiale, apre scenari assolutamente inquietanti. Saremo disposti ad accettare un "legislatore macchina", una sorta di Leviatano digitale, totalmente avulso dalla volontà umana? L'interrogativo non appare puramente teorico: sebbene oggi tale prospettiva possa presentarsi come una speculazione fantascientifica, è necessario riconoscere che l'accelerazione tecnologica e l'ideologia dell'efficienza stanno progressivamente erodendo spazi tradizionalmente riservati alla deliberazione umana²⁷.

Non può sottacersi la pressione di atteggiamenti culturali ed economici — sorretti da una precisa visione tecnocratica — che vorrebbero estendere l'automazione anche ad attività che sembrano, ad oggi, indis-

²⁵ F. VIOLA, *Il diritto come fenomeno discorsivo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2017, n. 1, 9-32.

²⁶ TH. CASADEI, *Il diritto nell'epoca dell'intelligenza artificiale: governare senza spersonalizzare*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2021.

²⁷ G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

solubilmente legate alla libertà, alla responsabilità e alla pluralità propri dell'essere umano. Il legislatore, nel suo faticoso lavoro di mediazione tra interessi, valori e conflitti, rappresenta una delle più alte espressioni della volontà politica collettiva: trasformare questo processo in un'operazione di computazione automatica significherebbe recidere, inevitabilmente e indissolubilmente, il legame vitale tra diritto e società²⁸.

Il rischio maggiore non sembra esser costituito semplicemente dalla produzione di norme più "efficienti" o "coerenti", bensì dalla perdita della dimensione democratica del diritto: un diritto generato da macchine, anche se perfettamente logico sul piano formale, parrebbe privo di quella legittimazione che nasce dal confronto, dal dissenso, dalla rappresentanza²⁹.

La macchina, per quanto avanzata possa essere, non può conoscere il conflitto sociale, non è in grado di percepire le tensioni tra diritti, non può "comprendere" le aspirazioni, le paure, le ingiustizie che animano il corpo sociale.

Affidare a sistemi automatici la funzione legislativa comporterebbe, inoltre, un'inevitabile opacità delle scelte normative: le decisioni assunte da algoritmi complessi sfuggirebbero non soltanto al principio di trasparenza, ma anche al controllo critico dei cittadini, trasformando il diritto in un prodotto tecnico, privo di qualsiasi connessione e relazione con la volontà politica³⁰.

La prospettiva di un legislatore sintetico, pare quindi collidere con un dato irriducibile: il diritto, in quanto fenomeno umano, discorsivo e conflittuale, non può essere integralmente tradotto in linguaggio computazionale senza che esso perda la propria anima: il futuro della normazione, pur potendo avvalersi di strumenti tecnologici di supporto, dovrà necessariamente preservare la centralità della decisione umana, come garanzia di libertà, di pluralismo e di responsabilità³¹.

²⁸ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, 2004.

²⁹ F. VIOLA, *Diritto e democrazia nell'era digitale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2022, n. 1, 5-22.

³⁰ M. LOSANO, *op. cit.*

³¹ TH. CASADEI, *Diritto e automazione: governare senza abdicare*, cit.

9. Conclusioni: un diritto ancora “umano”

A una attenta analisi e riflessione, si evidenzia come i problemi decisivi posti dall'applicazione delle tecnologie “intelligenti” al diritto siano ancora tutti da identificare e approfondire criticamente: i dilemmi che l'innovazione tecnologica pone non si limitano a questioni tecniche o procedurali, ma investono la stessa natura del diritto come fenomeno umano, socio-culturale e politico.

Il rischio maggiore non appare semplicemente quello di perdere il controllo sugli strumenti tecnologici, ma quello di smarrire la comprensione profonda e autentica del diritto come pratica discorsiva, partecipativa e valoriale. se il diritto venisse ridotto a puro calcolo o a mera predizione algoritmica, verrebbe privato della sua capacità di rappresentare luogo di conflitto regolato, oltretutto di riconoscimento della dignità e delle aspirazioni umane³².

Ad ogni modo, soltanto se il diritto saprà trovare un nuovo senso e una nuova forma, preservando la propria umanità, potrà superare anche questa sfida: la risposta non potrà risolversi in una semplice opposizione tecnofobica né tantomeno in un'accettazione acritica della “datificazione del diritto”. Sarà necessario, per contro, ripensare il diritto come forma complessa di intelligenza e indagine critica, capace di integrare strumenti tecnologici senza rinunciare ai propri principi fondanti³³.

In particolare, appare doveroso riaffermare con chiarezza un principio fondamentale: la garanzia del giudice naturale, sancita nelle Costituzioni democratiche, impone che il diritto di essere giudicati da un uomo sia sempre salvaguardato: nessun algoritmo, per quanto avanzato, potrà sostituire il giudizio umano nella sua componente essenziale di empatia, comprensione e responsabilità. Il momento del giudizio richiede la capacità di cogliere le sfumature della condizione umana, la contestualizzazione delle circostanze, “la mediazione tra diritto e vita concreta”³⁴: affidare la decisione finale a una macchina comporterebbe

³² N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2000; N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

³³ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

³⁴ P. FERRUA, *Il processo penale tra razionalità e giustizia*, Torino, 2012.

non soltanto la eversione di un principio tecnico-processuale, ma lo svilimento della stessa idea di Giustizia.

Preservare l'umanità del diritto consentirà, in altri termini di riaffermare la assoluta centralità della persona nella produzione, interpretazione e applicazione delle norme.

Il diritto continuerà a essere veramente tale soltanto se rimarrà uno strumento al servizio dell'uomo e non delle macchine.: in questo senso, la grande sfida del futuro pare essere quella di preservare il diritto come presidio di libertà, dignità e responsabilità, anche nell'epoca dell'intelligenza artificiale.

LA SOLIDARIETÀ COME LIMITE DELLA DIFFERENZIAZIONE AMMINISTRATIVA E NORMATIVA

Salvatore Savoia

1. Introduzione

Autonomia è una di quelle parole che negli ultimi tre decenni è ritornata al centro del discorso politico-istituzionale. Oggetto di riforme che hanno interessato anche la Costituzione, autonomia ha delineato nuovi rapporti tra centro e periferia attraverso la distribuzione delle competenze decisionali tra soggetti e organi diversi. Di fatto, è una parola che rende meglio di ogni altra l'idea del superamento del centralismo giuridico, fondato sulla concezione dello Stato come unico produttore del diritto e dell'ordine sociale.

Con il presente contributo, si propone una ricostruzione della semantica di autonomia, la cui affermazione sembra andare di pari passo con lo svolgimento in senso positivo di libertà e uguaglianza. Autonomia è un concetto relazionale, il cui esercizio da parte delle autonomie locali produce differenziazione, nella duplice forma della differenziazione amministrativa e della differenziazione normativa. Ma la differenziazione rimanda alle differenze (strutturali, demografiche, culturali, persino linguistiche) dei territori dove si estrinseca il potere differenziante ora nell'allocazione delle funzioni amministrative ora nella produzione di norme. Come evitare che l'esercizio dell'autonomia consolidi le differenze trasformandole in disuguaglianze? Ebbene, il presente contributo intende offrire una riflessione sulla solidarietà, quale principio in grado di garantire il necessario equilibrio di unità e differenziazione.

2. Alle origini di un concetto tra libertà e uguaglianza

Autonomia è un concetto relazionale, la cui evoluzione semantica sembra risentire dei mutamenti di senso di uguaglianza e libertà. Dal greco *autòs* (sé stesso) e *nòmos* (legge), autonomia indica l'autogovernarsi, il farsi leggi da sé. Il termine, nel linguaggio degli storici, da Erodoto a Strabone a Plutarco, è utilizzato per indicare la soggezione politico-territoriale di alcune città della Grecia e dell'Asia minore nei confronti di altre città a esse sovraordinate. Autonome erano quelle città greco-orientali dichiarate tali dai loro padroni. E questo *status* era reso visibile sulle loro mura o sulle loro monete.

Autonomia è la parola-chiave per comprendere il modo in cui i Romani amministravano i propri domini. La prima fase dell'espansione di Roma, almeno fino alla guerra sociale, è guidata da due principi: quello annessionistico, che consisteva nella diretta incorporazione delle popolazioni vinte, e quello federativo, che prevedeva la stipula di un *foedus* con il nemico garantendogli il mantenimento dell'autonomia e trasformandolo in alleato. La sintesi dei due principi avverrà con l'istituzione dei *municipii*, modello organizzativo consistente nella concessione della cittadinanza romana a comunità già esistenti, che mantenevano il proprio corpo civico e la propria autonomia. Dall'età repubblicana, la tendenza di Roma, di fronte alla gestione di un dominio sempre più vasto, è quella di «accordare ampi spazi di autonomia alle popolazioni assoggettate, riservandosi interventi diretti solo in pochi settori ritenuti essenziali»¹.

La storia dell'autonomia nell'antica Roma è una storia che si interseca con la libertà concessa ai popoli sottomessi. Libertà che si manifestava in diverse forme: nella libertà di mantenere la propria amministrazione interna tradizionale, nella libertà concessa ai *pagi* di fissare le regole per la gestione dell'irrigazione, perfino – almeno sino alla guerra sociale e secondo alcuni studiosi – nell'attribuzione di poteri giurisdizionali ai magistrati locali, seppure limitatamente alle controversie tra cittadini della stessa colonia². L'autonomia riconosciuta ai popoli sot-

¹ S. SEGNNI, C. LETTA, *L'amministrazione romana. Stato e città in età repubblicana e imperiale*, Roma, 2023, 113.

² S. SEGNNI, C. LETTA, *op. cit.*, 123.

tomessi risultava, quindi, funzionale al consolidamento dei domini romani e all'espansione di Roma perché essa consisteva sostanzialmente nell'adoperare le strutture delle città-Stato conquistate per garantire le funzioni e i servizi fondamentali, pur nell'ambito di un'indiscussa supremazia di Roma.

Appare, tuttavia, difficile distinguere libertà e autonomia. Per Maffei, il discrimine è ravvisabile nella titolarità del potere giudicante. Per i Greci e i Romani, liberi erano quei popoli che, pur politicamente soggetti a un'altra città, erano esenti dalla giurisdizione di quest'ultima; autonomi erano, invece, quelli a cui era imposta la presenza di un magistrato giudicante di nomina centrale che, tuttavia, giudicava in base alle loro leggi³.

Nella seconda metà del Cinquecento, il termine autonomia è riscoperto dai teologi cattolici nell'ambito del dibattito sulla libertà confessionale nell'Impero tedesco. Esso è utilizzato come strumento di difesa del proprio culto nei confronti dei protestanti.

Nei primi decenni del Settecento, sempre nell'ambito della cultura giuridica tedesca, esso è utilizzato dagli studiosi di diritto internazionale per indicare la condizione di un popolo sottomesso a un altro. Nella cultura giuridica francese e in quella italiana, sempre nello stesso periodo di riferimento, autonomia è intesa come condizione privilegiata (radicata in un più o meno remoto passato) di una città. Autonomia diviene concetto escludente, in quanto sta a indicare l'isolamento giuridico di una parte rispetto al tutto. Da qui, la scarsa diffusione del termine nell'ambito del movimento riformatore, impegnato a ri-descrivere il rapporto tra centro e periferia, a sostituire l'omogeneità giuridica alla disomogeneità. In questa prospettiva, continua a muoversi l'esperienza rivoluzionaria che, proclamando fin da subito il diritto dello Stato nazionale di disporre del suo spazio fisico, introduce il principio del "territorio tutto uguale", sostituendo la logica includente a quella escludente. In questa fase, autonomia sembra confondersi con uguaglianza. Infatti, l'uniformità normativa perseguita e cercata è intesa come mezzo e tecnica di garanzia dell'uguaglianza.

³ Cfr. S. MAFFEI, *Verona illustrata*, Parte I, Verona, 1731, 86.

Il termine autonomia sembra estraneo al vocabolario politico-giuridico della Rivoluzione. Le *municipalités* non sono trattate come parti di un tutto, ma come soggetti portatori di una propria identità, che si manifesta nel rispetto fissato dalla Costituzione nei confronti dei loro antichi confini. Questa peculiarità degli organismi comunali è resa nel linguaggio rivoluzionario con l'espressione *pouvoir municipal*.

Anche nel discorso politico italiano dei primi decenni dell'Ottocento, il termine autonomia sembra essere assente. Cuoco, Romagnosi e Tommaseo preferiscono al termine autonomia l'altro di libertà politica. A metà Ottocento, il vocabolario politico italiano si arricchisce di espressioni quali "autonomia nazionale", "dello Stato", "politica", "internazionale", "religiosa", "dei popoli", "italiana". In concomitanza con la frattura quarantottesca, autonomia diviene un «predicato generale degli enti intermedi, dal momento che esso non evoca più una forma minore e quasi pervertita di libertà, ma l'essenza stessa del vivere libero, propria di ogni soggetto individuale o collettivo»⁴. La riscoperta del termine è dovuta sicuramente alla recezione tardiva in Italia del kantismo e, in particolare, alla definizione kantiana della libertà soggettiva come "Autonomie des Willens". Si tratta di una rivoluzione semantica da inquadrare in un contesto storico-politico tedesco dove già dal Cinquecento autonomia indicava la *libertas credendi*. Il passo successivo fu quello di associare autonomia all'autosufficienza politica spettante a ogni Stato sovrano e, per estensione, anche alle comunità locali. Ribaltando la precedente tradizione sensista, che aveva concepito la libertà come strumento di realizzazione della naturale pulsione di ognuno all'appagamento dei suoi bisogni, l'idealismo affida al concetto di autonomia il compito di esprimere la libertà intesa come autodeterminazione assoluta. Ancora una volta autonomia ha a che fare con libertà. Tuttavia, nella seconda metà dell'Ottocento, l'affermazione dell'autonomia pare andare di pari passo con lo svolgimento in senso positivo della libertà, ma secondo una dimensione sociale e non più individuale. Essa

⁴ L. MANNORI, *Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente*, in *Il Piemonte delle autonomie. Rivista trimestrale di scienze dell'Amministrazione*, 1, 2014, Anno I, 28.

è acquistata dall'individuo passando per un gruppo sociale e, quindi, per la partecipazione al potere pubblico⁵.

In Italia, il termine autonomia entra prepotentemente nel vocabolario politico-giuridico all'indomani dell'unificazione divenendo un caposaldo dell'organizzazione amministrativa. Inoltre, esso non appare più collegato o collegabile ai concetti di libertà e uguaglianza. La legge comunale e provinciale del 1865 (l. 20 marzo 1865, n. 2248, Allegato A), che a sua volta riproduceva lo schema della legge Rattazzi del 1859, ri-describe il rapporto tra centro e periferia attraverso la suddivisione del Regno in una sequenza di livelli amministrativi (province, circondari, mandamenti e comuni), che dal centro giungevano sino a investire tutta la realtà periferica. Ai comuni era attribuita una relativa autonomia finanziaria e impositiva, sebbene limitata dal rispetto delle spese obbligatorie, fissate a livello centrale, e da un complesso sistema di controlli facenti capo al prefetto e alla deputazione provinciale⁶. Ma il centralismo, attraverso il quale era stata costruita l'unificazione dell'Italia, era “debole” perché l'organizzazione amministrativa prevista non teneva conto dei molti particolarismi esistenti. Autonomia non poteva intendersi né come capacità di determinare il diritto degli enti locali né come una prosecuzione delle libertà territoriali di antico regime o, ancora, come espressione di una libertà potestativa omologa a quella statutale. Gli enti locali – ci dice Baer – erano semplicemente degli “esecutori della legge”⁷.

Un cambiamento radicale nella semantica di autonomia si registra dalla fine dell'Ottocento. L'autonomia riferita agli enti locali non è intesa come capacità di autonormazione. Autonomia non è “autonomia dallo Stato”, ma “autonomia nello Stato” e “per lo Stato”. È *Self-government* o *Selbstverwaltung*, cioè: collaborazione della società nel suo complesso allo svolgimento di compiti statali ovvero esercizio, da parte degli enti locali, di una potestà di autogestirsi, che però non è originaria

⁵ La connessione tra autonomia e libertà intesa come partecipazione sociale e individuale è evidente in A. TOCQUEVILLE, *Democrazia in America*, a cura di G. Candeloro, Milano, 2018, 85 ss., e in C. CATTANEO, *Epistolario*, II, Firenze, 1952, 122.

⁶ G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana*, Bologna, 2012, 77.

⁷ Cfr. C. BAER, *L'autonomia di Comuni*, in *Nuova Antologia*, Serie seconda, IV (1877), 598.

ma derivata, in quanto assegnata dallo Stato. È in questa direzione che Vittorio Emanuele Orlando, pur ritenendo l'autogoverno locale uno dei pilastri del moderno Stato di diritto, considera gli enti locali degli organi statali riconducendo la loro attività e l'esercizio dei loro poteri allo schema civilistico della delegazione. In questo contesto si inserisce la legge comunale e provinciale del 1889, che prevedeva, tra le altre cose, l'elettività del sindaco.

All'inizio del Novecento, nell'esperienza giuridica italiana, autonomia si manifesta sempre più come concetto relazionale. Esso indica le relazioni che determinati soggetti di diritto hanno nei confronti di altri. L'autonomia, in quanto relazione, è delineabile solo come riconosciuta da un'istituzione, da un ordinamento giuridico, ossia in quanto da esso derivata. Per Santi Romano, autonomia è potestà di darsi un proprio ordinamento giuridico, ma alle condizioni poste dall'ordinamento originario.

Autonomia è, quindi, concetto che rimanda al pluralismo giuridico, inteso come spazio entro il quale soggetti di diritto mobilitano norme e risorse per costruire spazi normativi. La tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici si sviluppa contestualmente alla crisi dello Stato moderno, caratterizzata dalla frapposizione tra individuo e Stato di gruppi sociali intermedi (i sindacati, le associazioni mutualistiche, i partiti di massa)⁸. In questo modo, tenendo conto del carattere sociale attribuito da Romano al diritto, si pongono le basi per il passaggio dalla statalizzazione della società alla socializzazione dello Stato. E ciò avviene nel passaggio, indotto dalla graduale estensione del suffragio elettorale, dallo Stato liberale (mono-classe), a carattere censitario, allo Stato liberal-democratico (pluri-classe).

Autonomia, in quanto concetto che ha a che fare con il pluralismo giuridico, è in grado di rendere visibili i limiti del centralismo giuridico, fondato sull'idea dello Stato come produttore unico del diritto e dell'ordine sociale. Tuttavia, Romano preferisce al concetto di autonomia, soprattutto in riferimento ai comuni, quello di autarchia, idoneo a indicare l'assenza di una potestà originaria in capo a quelli che oggi defini-

⁸ Cfr. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Macerata, 2018, 102.

remmo enti locali, e di descrivere efficacemente il rapporto tra lo Stato e gli ordinamenti giuridici da esso derivati.

Durante il fascismo, il termine autonomia sarà sostituito da quello di autarchia per poi essere recuperato e valorizzato durante i lavori dell'Assemblea costituente.

3. *Da autonomia ad autonomie*

Durante i lavori dell'Assemblea costituente, autonomia ritorna a essere una delle parole-chiave del dibattito politico-giuridico. Tuttavia, non è ancora concepita come categoria fondativa del nuovo Stato: ne è prova il linguaggio dei costituenti, che la utilizza cumulativamente ad autarchia e non in alternativa a quest'ultima. È evidente come il ventennio fascista e le trasformazioni da esso determinate alle strutture dello Stato condizionassero ancora i costituenti. D'altronde, a poco più di vent'anni dall'esito del *referendum* istituzionale, Bobbio, in un testo di educazione civica, a proposito dell'ordinamento costituzionale, teneva ancora ferma la distinzione tra autarchia e autonomia in merito alle Regioni⁹.

Ambrosini, relatore in seconda Sottocommissione del progetto del Titolo V della Costituzione, attribuiva solo alle Regioni la qualifica di enti autonomi in quanto titolari di potestà di autonormazione; le collettività locali erano da considerare, invece, autarchiche per evitare un ritorno al Medioevo¹⁰. L'attuale formulazione dell'art. 5

⁹ Cfr. N. BOBBIO, F. PIERANDREI, *Introduzione alla Costituzione*, Bari, 1971, 161, dove si legge: «Il decentramento *territoriale* del potere pubblico (da distinguersi da quello *istituzionale*, che dà luogo a enti non organizzati su un territorio, come gli enti di beneficenza) si esplica attraverso organizzazioni che si dicono dotate di *autarchia* o di *autonomia*, secondo che esercitino attività amministrative oppure normative. Ora le Regioni sono ad un tempo enti autarchici ed autonomi».

¹⁰ Ambrosini dichiara nella seduta del 6 dicembre 1946: «[...] se si riconoscesse ai Comuni la potestà di auto-organizzarsi, si creerebbe nello Stato una tale varietà di organismi municipali da far pensare a quella del medioevo». E a proposito del carattere autarchico che dovrebbe contraddistinguere i Comuni, sostiene che essi «[...] debbono avere la piena autarchia, debbono cioè potersi amministrare liberamente per mezzo di organi eletti direttamente dalla popolazione; bisogna evitare di sottoporli ad eccessivi

La Repubblica, una e indivisibile, riconosce e promuove le autonomie locali; attua nei servizi che dipendono dallo Stato il più ampio decentramento amministrativo; adegua i principi e i metodi della sua legislazione alle esigenze dell'autonomia e del decentramento

si deve a Meuccio Ruini, per il quale il concetto di autonomia apparteneva a una consolidata tradizione linguistica italiana in cui il concetto di autarchia, recuperato da Santi Romano, era da considerarsi una deviazione. È riconducibile, invece, a Tommaso Perassi la proposta di collocare l'articolo sull'autonomia tra i principi generali della Costituzione.

Di fatto, autonomia entrava nella Costituzione. O meglio: la carta costituzionale riconosceva il valore delle autonomie. Perché autonomia, se intesa come concetto relazionale in senso orizzontale, rimanda inevitabilmente al pluralismo. Autonomia ha poi a che fare con lo spazio: lo spazio della politica e lo spazio dei diritti. Lo spazio entro il quale la politica struttura l'organizzazione dei poteri. E lo spazio in cui possono essere esercitati i diritti. Allora, autonomia assume una dimensione pluralistica. A ogni livello dimensionale vengono individuate una pluralità di aggregazioni analoghe, ciascuna delle quali è messa in relazione non solo rispetto alla Repubblica, ma anche rispetto a tutte le altre del medesimo livello. Il pluralismo delle autonomie è, dunque, articolazione delle differenze non solo dalla Repubblica, ma anche da ciascuna delle altre autonomie di pari livello.

Autonomia è modalità di esercizio della sovranità popolare. Autonomia è autodeterminazione. Autonomia locale è autodeterminazione dei propri interessi da parte di una collettività che insiste in una dimensione spaziale ben delimitata. È possibilità di governarsi da sé in un ordinamento a parte tenendo conto delle proprie peculiarità storiche, culturali, persino linguistiche. Autonomia locale è la possibilità di un ente di organizzarsi sul territorio costruendo una propria identità.

controlli mortificanti e più ancora alle interferenze e pressioni deleterie del potere politico; ma non può arriversi al riconoscimento del diritto di autoorganizzazione» (Commissione per la Costituzione, Secondo Sottocommissione. 60. Resoconto sommario della seduta di venerdì 6 dicembre 1946. Presidenza del Presidente Terracini, 649).

Ma nella Costituzione entrava anche il principio del decentramento dello Stato, che consiste nell'organizzare le funzioni statali per mezzo di organi e uffici distribuiti sul territorio a contatto con le collettività locali. Gli organi e gli uffici decentrati, tuttavia, non godono di autonomia.

La costituzionalizzazione dell'autonomia e del decentramento ha rappresentato un cambiamento nella struttura dell'ordinamento statale. La Costituzione è un vincolo che una comunità dà a sé stessa, attraverso il quale determina il presente e si apre al futuro, dà voce alle sue aspettative rendendole normative. E il futuro delineato dalla Costituzione era quello di far assurgere autonomia e decentramento a principi di radicale trasformazione dello Stato e della sua relazione con la società. Attraverso la previsione delle Regioni e, in generale, del sistema delle autonomie, i costituenti si erano proposti di rompere una vecchia tradizione che, ricalcando lo schema dell'ordinamento napoleonico, voleva in Italia uno Stato fortemente accentrato dal punto di vista politico-costituzionale. Ma i costituenti intendevano anche tener conto delle differenze, talvolta profonde, tra le diverse zone del territorio: in questa direzione, andava il modello organizzativo – delineato nel successivo Titolo V – di distribuzione delle competenze decisionali tra soggetti e organi diversi. Autonomia e decentramento erano reputati, quindi, strumenti di attuazione del pluralismo giuridico, dottrina secondo cui lo Stato non è che una delle società organizzate ove si svolge la vita degli individui, anche se, tradizionalmente, la più assorbente.

Per oltre venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione, l'ordinamento costituzionale delineato nel Titolo V è rimasto inattuato. La nascita delle Regioni risale, infatti, al 1970 e avviene in risposta a una crisi sempre più avvertita, sia in termini di legittimazione politica sia in termini di efficienza, dello Stato repubblicano consolidatosi nel dopoguerra. Per Giuliano Amato

Le Regioni da un lato diventavano l'occasione per riformare lo Stato, sostituendolo in parte con un'organizzazione decentrata fortemente diversa e costringendolo a funzionare, per la parte residua, con moduli nuovi, in ragione del nuovo assetto generale; dall'altro diventavano la

sede per sperimentare nuove formule da trasferire eventualmente alla stessa organizzazione centrale¹¹.

Tuttavia, il processo autonomistico delle Regioni incontrava degli ostacoli nel «nocciolo forte dello Stato centralista»¹² e nelle «istanze corporative di una burocrazia regionale che sin da quei primi anni si manifestò non solo numerosa ma anche capace di tutelare i propri interessi di corpo nei confronti del personale politico locale»¹³.

Gli anni Novanta si aprono con due importanti leggi: la legge n.142 sulle autonomie locali e la legge n. 241 sul procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti amministrativi. Seguono, nel 1993, il decreto legislativo n. 29, con il quale è stato dato avvio alla cosiddetta privatizzazione o contrattualizzazione del pubblico impiego, e la legge n. 81 sull'elezione diretta del sindaco e del presidente della Provincia, per giungere, nel Duemila, al Testo Unico degli Enti Locali (d.lgs. n. 267/2000). Nel 2001, con la riforma del Titolo V della Costituzione (l. cost. n. 3/2001), sono stati delineati nuovi rapporti tra centro e periferia, in particolare con le previsioni di un nuovo riparto di competenza legislativa tra lo Stato e le Regioni (art. 117 Cost.), dell'equiordinazione tra i diversi livelli di governo del territorio (art. 114 Cost.), di un nuovo assetto delle competenze amministrative (art. 118 Cost.), di un nuovo sistema di finanza locale (art. 119 Cost., come modificato dalla l. cost. n. 1/2012, che ha introdotto in Costituzione il pareggio di bilancio di cui all'art. 81 Cost. estendendo questo vincolo anche a tutti gli enti territoriali). Di fatto, la riforma del Titolo V della Costituzione ha riconosciuto una autonomia piena agli enti indicati all'art. 114 Cost.: Comuni, Province, Città Metropolitane e Regioni. Un'autonomia che trova un limite invalicabile soltanto nei principi fondamentali dello Stato italiano e si esplica attraverso i propri statuti, i poteri e le funzioni fissati nella Costituzione. L'autonomia riconosciuta dalla Costituzione può essere declinata attraverso diversi profili. Innanzitutto, si tratta di una autonomia politica, poiché gli enti territoriali

¹¹ AA.VV., *Gli statuti regionali. Commento allo statuto della Regione Lazio*, a cura di G. Amato, Milano, 1972, 4.

¹² G. MELIS, *Storia dell'amministrazione italiana (1861-1993)*, 495.

¹³ *Ibidem*.

rappresentano le comunità locali e possono farsi portatori di orientamenti politici diversi da quelli prevalenti a livello di governo nazionale. Poi vi è una autonomia normativa, in quanto gli enti territoriali hanno il potere di adottare regolamenti e di darsi uno statuto al fine di disciplinare la propria organizzazione interna. Statuti e regolamenti incontrano però un limite nel territorio, nel senso che essi sono validi ed efficaci nell'ambito territoriale di competenza di ciascun ente. Inoltre, vi è una autonomia amministrativa, rappresentata dal potere di emanare atti che hanno lo stesso valore degli atti amministrativi dello Stato avvalendosi di una propria struttura organizzativa. Infine, gli enti territoriali dispongono di una autonomia finanziaria, in quanto è riconosciuta la facoltà di stabilire e applicare tributi ed entrate propri per il finanziamento delle loro attività. L'art. 119 Cost. delinea, infatti, un nuovo modello di finanziamento regionale e locale, fondato su una corrispondenza tra poteri di spesa e autonomia di entrata, con il superamento della finanza derivata e della spesa storica, in favore di un sistema che si basa su tributi propri, compartecipazioni al gettito di tributi erariali riferibili al territorio, quote di un fondo perequativo senza vincoli di destinazione. Di fatto, l'art. 119 Cost. ha delineato un sistema di autonomia finanziaria che dovrebbe consentire agli enti territoriali il finanziamento integrale delle funzioni loro attribuite.

La Costituzione riconosce, pertanto, alle autonomie locali (gli enti territoriali così come individuati dall'art. 114 Cost. a seguito della riforma del Titolo V) l'esercizio dell'autonomia, declinabile in varie forme. Tuttavia, l'esercizio dell'autonomia produce differenziazione. E la differenziazione è, a sua volta, un carattere della disciplina delle autonomie.

4. La differenziazione come carattere delle autonomie e prodotto dell'esercizio dell'autonomia

Differenziazione è un concetto ormai costituzionalizzato. È entrato nella Costituzione a seguito della riforma del Titolo V. In particolare, è l'art. 118 Cost. a prevederlo assieme ai principi di sussidiarietà – orizzontale e verticale – e di adeguatezza. L'art. 118 Cost. stabilisce che

Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città Metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza.

In base al principio della sussidiarietà verticale di cui all'art. 118 Cost., la generalità delle competenze e delle funzioni è attribuita in ordine gerarchico inverso: dapprima ai Comuni, cioè al livello di governo più vicino alle comunità amministrate, salvo che per ragioni di esercizio unitario debbano essere conferite a un livello superiore: alle Province, agli altri enti locali di carattere sovra-comunale, alle Regioni, infine allo Stato. Questo principio è poi compendiato da altri due. Si tratta del principio di differenziazione (amministrativa), in base al quale nell'allocazione delle funzioni da conferire il legislatore delegato tiene conto anche delle diverse caratteristiche (strutturali, territoriali, demografiche, associative) degli enti riceventi, e del principio di adeguatezza, il quale impone che l'Amministrazione che riceve il conferimento di funzioni e compiti sia idonea, dal punto di vista organizzativo, a garantirne l'esercizio, al limite in forma associata con altri enti.

In base al nuovo art. 118 Cost., così come delineato dalla riforma del Titolo V, l'amministrazione pubblica è un'amministrazione essenzialmente locale, incentrata su due livelli di governo territoriale: di base (Comuni singoli o associati) e di area vasta (Province e Città metropolitane), mentre l'amministrazione regionale dovrebbe assumere un carattere residuale, nel senso che alla Regione dovrebbero essere allocate solo quelle funzioni per le quali il livello regionale rappresenti davvero l'ambito di esercizio ottimale.

La centralità degli enti locali, quali autonomie territoriali, sul piano amministrativo si ricava dalla titolarità di funzioni proprie, oltre quelle conferite dalla legge statale e regionale, nonché dall'esplicito riconoscimento costituzionale – prima assente – di una potestà regolamentare finalizzata a disciplinare l'organizzazione e lo svolgimento delle funzioni attribuite. Inoltre, il carattere autonomistico degli enti locali è evidenziato dal superamento del sistema dei controlli preventivi di legittimità sui loro atti in seguito all'abrogazione dell'art. 130 Cost.

Il principio di differenziazione amministrativa è entrato in Costituzione nel 2001, ma come criterio di allocazione delle funzioni ammini-

strative era stato previsto già nella legge n. 59/1997 (art. 4, comma 3, lett. h, ai sensi del quale, nell'allocazione delle funzioni il legislatore dovrà differenziare le stesse in considerazione delle diverse caratteristiche degli enti riceventi). La differenziazione amministrativa è carattere della disciplina delle autonomie territoriali, sia di fonte eteronoma che autonoma. Secondo la classificazione teorizzata da Carloni, si ha eterodifferenziazione quando un «ente, pure autonomo, è oggetto di una disciplina differenziata (in ordine all'organizzazione, alle funzioni assegnate), in virtù di una scelta che è operata dal livello di governo centrale» ovvero

ad un livello territoriale di autonomia superiore a quello dell'ente interessato: in questo caso le scelte operate dal livello territoriale superiore (regionale, ad esempio) determineranno differenziazione del regime giuridico (funzioni, organizzazione, risorse) delle realtà minori¹⁴.

La differenziazione ha fonte autonoma (auto-differenziazione) quando il suo strumento di esplicazione è individuato soprattutto nelle fonti statutarie delle autonomie territoriali¹⁵ ed è ulteriormente classificata, in considerazione degli oggetti specifici in cui la disciplina può estrinsecarsi, in differenziazione amministrativa organizzativa (avente ad oggetto strutture e relazioni organizzative, ma anche alcuni profili dell'organizzazione “di base” delle funzioni locali) e differenziazione funzionale (cioè, tra enti autonomi, pur appartenenti alla stessa categoria, che comporta un'allocazione differenziata e asimmetrica di competenze)¹⁶.

La differenziazione normativa è, invece, risultato dell'esercizio dell'autonomia da parte delle autonomie territoriali. È differenziazione nelle (e attraverso le) autonomie territoriali. È la capacità di una autonomia territoriale di darsi un proprio ordinamento giuridico tenendo conto o valorizzando le peculiarità di quel territorio.

¹⁴ E. CARLONI, *Lo Stato differenziato. Contributo allo studio dei principi di uniformità e differenziazione*, Torino, 2004, 53.

¹⁵ Cfr. E. CARLONI, *op. cit.*, 54.

¹⁶ Cfr. E. CARLONI, *op. cit.*, 63.

La differenziazione amministrativa e la differenziazione normativa rimandano alle differenze (strutturali, demografiche, culturali, associative, persino linguistiche) dei territori dove si estrinseca il potere differenziante ora nell'allocazione delle funzioni amministrative ora nella produzione di norme.

Differenza è però un termine che inquieta. Il termine deriva dal latino *differentia*, utilizzato per la prima volta da Cicerone per rendere il greco *diaphorá*, che vuol dire proprio differenza. Il termine, composto dal preverbo *dif* – aggiustamento fonico di *dis*, elemento che indica separazione – e da *ferentia*, sta a significare qualcosa che divide, separa, perché “porta uno da una parte e l'altro dall'altra”. La differenza fa paura perché separa¹⁷. L'autonomia differenziata, oggetto della recente riforma che interessa il Titolo V della Costituzione, inquieta perché rimarca e consolida le differenze, minacciando l'unità sociale ed economica della Repubblica.

La questione che si pone è, allora, quella di fissare i principi in grado di tracciare i confini entro cui l'esercizio dell'autonomia (da parte delle autonomie territoriali) possa esplicarsi ed entro cui discipline proprie delle autonomie territoriali siano ammissibili. Detto diversamente: si tratta di affrontare il problema dell'unità osservato in relazione alla differenziazione normativa e alla differenziazione amministrativa.

La differenziazione amministrativa riguarda l'organizzazione, nella sua complessità, di un ente. Ma fino a che punto sono ammissibili differenti organizzazioni? Fino a che punto la differenziazione amministrativa non sfocia in dis-organizzazione? O in confusione? Il limite è rappresentato dall'integrazione ovvero dal coordinamento. Non a caso, in relazione all'incremento delle autonomie, la Costituzione ha previsto degli strumenti di raccordo delle funzioni amministrative dei diversi livelli di governo del territorio. Si tratta del cosiddetto “sistema delle conferenze”, che può essere sia di tipo verticale che di tipo orizzontale. Rientrano nel primo tipo la conferenza Stato-Regioni, la conferenza Stato-città e autonomie locali e la conferenza unificata. Esse realizzano un raccordo di natura organizzativa tra esecutivi, che si instaura cioè tra

¹⁷ Sull'etimologia di differenza, cfr. M. BETTINI, *Chi ha paura dei Greci e dei Romani?*, Torino, 2023, 34 ss.

organi di governo al fine di verificare le convergenze tra i diversi interlocutori sulle questioni di interesse comune. La conferenza delle Regioni rientra, invece, tra i raccordi di tipo orizzontale perché opera all'interno dello stesso livello di governo al fine di definire una posizione unitaria di tutte le Regioni sui temi che le riguardano. Tuttavia, il "sistema delle conferenze" presenta diversi limiti. Un primo limite ne condiziona le modalità di azione ed è rappresentato dall'evidente supremazia dello Stato nell'organizzazione e nel funzionamento delle conferenze. È una supremazia resa visibile «dall'incardinamento di tali organismi presso la Presidenza del Consiglio»¹⁸. Essa si manifesta nella presidenza in capo a organi dello Stato, nel necessario impulso governativo ai fini della convocazione dell'organo, nella determinazione dell'ordine del giorno da parte del Governo, nella centralità dello stesso nella direzione dei lavori. Di fatto, questa supremazia finisce con il condizionare l'autonomia organizzativa e la programmazione delle attività delle conferenze. È fuori discussione l'ormai imprescindibile ruolo svolto dalle conferenze nella «negoziatura politica tra interessi nazionali e interessi locali, in uno spirito di naturale propensione alla collaborazione tra centro e periferia»¹⁹. Tuttavia, è evidente come il coordinamento che si realizza in queste sedi non sia pienamente paritario, ma risulti sbilanciato a favore dello Stato.

Un altro limite è il basso grado di procedimentalizzazione, che si traduce nella mancanza di pubblicità e di trasparenza nello svolgimento dei lavori delle conferenze, prive di un proprio regolamento.

Infine, vi è un limite di tipo strutturale, che riguarda l'impossibilità del sistema delle conferenze di condizionare il procedimento di formazione della legge. «Il diretto coinvolgimento di Regioni ed enti locali» sostiene Castelli «non opera a monte, nella fase di approvazione della legge»²⁰: da qui l'inidoneità delle conferenze a determinare il contenuto della legge.

Alla luce di tali limiti, è evidente come l'integrazione e il coordinamento realizzati dalle conferenze non siano in grado di assicurare l'uni-

¹⁸ L. CASTELLI, *Il sistema delle conferenze. Terza camera o sede di ratifica?*, Bologna, 2023, 61.

¹⁹ L. CASTELLI, *op. cit.*, 64.

²⁰ L. CASTELLI, *op. cit.*, 66.

tà del sistema, anzi rischiano di comprimere l'esercizio dell'autonomia perché rimandano a un modello gerarchico. D'altronde, già in sede di Assemblea costituente, Meuccio Ruini aveva sollevato il problema del coordinamento dell'attività delle Regioni e dello Stato:

È evidente che lo Stato può promuovere gli accordi necessari fra le Regioni per la coordinazione delle attività di interesse comune. È perfettamente possibile e perfettamente desiderabile che siano presi accordi e costituiti a determinati scopi formazioni interregionali. Si potrà cercare, nel coordinamento, di inserire qualche espressione al riguardo, ma non è il caso di farne una norma vera e propria nella Costituzione²¹.

La differenziazione normativa è intesa come la capacità di una autonomia locale di produrre norme giuridiche. Il problema che si pone è quello dell'unità dell'ordinamento giuridico poiché la differenziazione normativa di per sé è suscettibile di creare disuguaglianze. Ma fino a che punto le disuguaglianze sono ammissibili, cioè "sostenibili"? Il limite è rappresentato dall'uniformità, concetto anche questo entrato nella Costituzione a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione. L'uniformità è strumentale all'uguaglianza. Ma essa è considerata in relazione ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che, secondo il dettato della Costituzione, devono essere garantiti in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale. E ciò in quanto la funzione dei LEP è la tutela della coesione sociale della Repubblica. La determinazione dei LEP deve avvenire da parte dello Stato nel rispetto e sulla base del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni. Tuttavia, l'art. 120, co. 2 Cost. prevede un potere sostitutivo del Governo nei confronti di organi delle Regioni, delle Città Metropolitane, delle Province e dei Comuni per la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, prescindendo dai confini territoriali dei governi locali. La questione che si pone è quella della puntuale definizione dei LEP. La Corte costituzionale, con la sent. n. 220/2021, ha chiaramente affermato che il ritardo nella definizione dei LEP rappresenta un ostacolo alla piena realizzazione dell'autonomia finanziaria

²¹ Assemblea costituente. CCCXIX. Seduta pomeridiana di giovedì 4 dicembre 1947. Presidenza del presidente Terracini indi del vicepresidente Targetti. Resoconto sommario, 2836.

degli enti territoriali e al superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali. È importante definire i LEP perché dalla loro definizione si può valutare l'adeguatezza delle risorse necessarie per poter erogare tali prestazioni in maniera uniforme su tutto il territorio nazionale²².

Come stabilire, allora, questa uniformità stante la difficoltà definitoria dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali? Si tratta di una questione che non appare risolta nemmeno dalla recente riforma sull'autonomia differenziata, in base alla quale i LEP devono essere definiti da una commissione, quindi con un atto amministrativo, senza la previsione di un passaggio in Parlamento. Ed ecco che a una questione definitoria, pur importante, se ne aggiungerà probabilmente un'altra di (carenza di) legittimazione.

L'uniformità normativa, pertanto, non appare essere da sola garanzia di uguaglianza, in quanto essa nasconde disuguaglianze sostanziali nell'esercizio della funzione e nella gestione dei servizi²³. D'altronde, un regime uniforme degli enti locali non ha impedito che si verificassero disuguaglianze tra Regioni o tra enti locali in materie significative come l'ordine pubblico, la sanità e l'istruzione.

Coordinamento e uniformità sembrano, quindi, inadeguati o non del tutto funzionali a ricondurre a unità il pluralismo giuridico. Il tema centrale è quello, allora, di individuare il giusto equilibrio di unità e differenziazione (amministrativa e normativa) che, per le ragioni suesposte,

²² La legge n.42/2009 (legge delega al Governo in materia di federalismo fiscale) ha stabilito che la determinazione delle funzioni fondamentali e dei LEP deve avvenire in modo che ne sia garantito il finanziamento integrale in base al fabbisogno standard. Questo finanziamento integrale deve avvenire attraverso tributi propri, partecipazioni al gettito dei tributi erariali e regionali, addizionali a tali tributi, fondo perequativo. A sua volta la determinazione del fabbisogno standard è correlata alla quantificazione dei costi standard. Questo meccanismo sostituisce, di fatto, il meccanismo della spesa storica che finiva con il premiare con maggiori risorse gli enti che spendevano di più.

²³ Cfr. D. D'ORSOGNA, *Principio di eguaglianza e differenziazioni possibili nella disciplina delle autonomie territoriali*, in F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAITTA (a cura di), *Principi generali del diritto amministrativo ed autonomie territoriali*, Torino, 2007, 3 ss.

non può essere garantito né dal coordinamento o dall'integrazione né dall'uniformità.

5. Conclusioni. La solidarietà e l'equilibrio di unità e differenziazione

L'art. 2 Cost. fissa due principi: quello personalistico e quello solidaristico. Il principio di solidarietà è specificato come un insieme di doveri, e questi sono declinati con riferimento alla politica, all'economia, alla socialità. Se si considera la collocazione dell'art. 2 Cost., il principio di solidarietà di fatto congiunge l'art. 1 Cost., che fonda la Repubblica sul lavoro, e l'art. 3 Cost., dove la dignità compare con una precisa connotazione "sociale" e il riferimento agli «ostacoli di ordine economico e sociale» rinvia letteralmente ai doveri di solidarietà economica e sociale dell'art. 2 Cost. Solidarietà, ci ricorda Rodotà, è un principio che unisce, volto a «scardinare barriere, a congiungere, a esigere quasi il riconoscimento reciproco, e così a permettere la costruzione di legami sociali nella dimensione propria dell'universalismo»²⁴. Solidarietà è, quindi, un principio relazionale che, nella Costituzione, diviene fondamento dei diritti sociali.

In riferimento alla differenziazione amministrativa, il coordinamento, come evidenziato precedentemente, rimanda a un modello gerarchico. Solidarietà è, invece, un principio che sta a indicare attitudine cooperativa tra enti o tra questi e le persone. È principio che rimanda a modelli relazionali di tipo paritario. Ed è in questa prospettiva che va letto il principio costituzionale di equiordinazione, secondo cui Comuni, Province, Città metropolitane e Regioni sono elevati, al pari dello Stato, al rango di elementi costitutivi della Repubblica e sono uniti dalla «comune derivazione dal principio democratico e della sovranità popolare»²⁵. Con la conseguenza che i loro reciproci rapporti non dovrebbero più essere ispirati al principio gerarchico della supremazia, ma a quello cooperativo della leale collaborazione che trova il suo fondamento proprio nel principio della solidarietà.

²⁴ S. RODOTÀ, *Solidarietà, un'utopia necessaria*, Bari, 2014, 4.

²⁵ Corte cost., 12 aprile 2002, n. 106.

In relazione alla differenziazione normativa, l'uniformità, riferita ai livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, non garantisce il superamento delle disuguaglianze. Anzi, la recente riforma sull'autonomia differenziata sembra accentuarle. La solidarietà, in quanto "principio-ponte" tra uguaglianza e dignità, appare funzionale al mantenimento della coesione sociale. La questione che si pone è, piuttosto, quella della produzione della solidarietà. E questo compito spetta alla politica, chiamata a rafforzare la cooperazione tra enti territoriali e tra questi e le persone (non i cittadini, essendo quella della cittadinanza una categoria concettuale escludente) in una prospettiva inclusiva²⁶.

La solidarietà è, quindi, quel principio costituzionale in grado di fissare un limite alla differenziazione amministrativa e alla differenziazione normativa impedendo di fatto che l'esercizio dell'autonomia produca disuguaglianze.

²⁶ Sulla considerazione cosmopolitica della solidarietà cfr. S. RODOTÀ, *op. cit.*, 120.

SEZIONE V

LA BIOETICA
E LE SFIDE DELLA CONTEMPORANEITÀ

LA BIOETICA E LE SFIDE DELLA CONTEMPORANEITÀ

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Paola Barbara Helzel, Ferdinando G. Menga

Il Terzo Millennio risente degli inarrestabili progressi delle nuove tecnologie generando, così, non poche zone d'ombra, soprattutto di natura bioetica, che necessitano di una “nuova” luce. L'ampliamento delle capacità e delle possibilità che la tecnologia avanzata realizza nell'ambito delle società contemporanee produce, in effetti, sfide complesse e multiprospettiche, a cui l'indagine filosofico-giuridica non può sottrarsi. Viene da rievocare, più che mai, in tale contesto, la grande lezione di Hans Jonas, il quale è stato tra i primi a metterci di fronte all'epocale novità – tanto concettuale, quanto pragmatica – che l'era attuale produce. Nello specifico, per quest'autore, si tratta di mettersi soprattutto all'altezza di riconsiderare in modo davvero radicale la necessaria riconfigurazione di una categoria: la responsabilità. Per un verso, è una responsabilità che non può più restare confinata nella *comfort zone* della visione tradizionale della *conditio humana*, ovvero quella condizione ontologica di fondo corredata da costanza e immutabilità e connotata dalla vigenza di una incrollabile bipartizione tra immutabilità della natura e artificialità dell'operare umano. Parimenti, il richiamo a una tale riconfigurazione sollecita a ripensare il campo spaziale delle azioni umane come non più semplicemente circoscrivibile alla contiguità tra gli attori coinvolti. Per ultimo, a dover essere modificata è anche l'estensione temporale ristretta tipica della responsabilità nella sua versione tradizionale. Lo stravolgimento a cui guarda Jonas pone di fronte a un vero e proprio rivoluzionamento della portata dell'agire umano e di quanto ne consegue. Ne è responsabile proprio lo scatenamento tecnologico, il quale produce una nuova qualificazione dell'azione ora in grado di portare scompiglio nei tre ambiti or ora evocati: sconvolge gli

equilibri tramandati della condizione umana, dilata l'ampiezza spaziale dei rapporti tra soggetti, estende le conseguenze dell'agire (normalmente connotato da reversibilità e prossimità temporali). In tal modo, se tradizionalmente tutte le iniziative umane, per quanto di ampia portata, potevano comunque essere considerate ancora tali da restare confinate in una fissità ontologica, nella vicinanza spaziale ed entro la prossimità temporale dominabili, l'avanzamento della tecnica odierna impone invece un rovesciamento di quadro qualitativo: le iniziative possibili sono in grado di stravolgere l'essere intimo delle cose e dei soggetti; acquistano inoltre un'ampiezza spaziale inusitata; e, infine, si connotano per una gittata transgenerazionale tendenzialmente lunga e irreversibile. Gli esempi che ci provengono dai progressi ultimi della tecnoscienza ci forniscono indubbia conferma di tale quadro. Da un lato assistiamo, in effetti, alla realizzabilità dell'ampliamento delle capacità dei soggetti (attraverso interventi bio-tecnologici e di *human enhancement*) tale da imporre la sfida non più rinviabile di ripensare profondamente i confini del naturale-artificiale. Per l'altro, percepiamo benissimo come i progressi della robotica e dell'intelligenza artificiale, che con i droni arrivano a prefigurare perfino scenari di guerra post-umana, producano un vero e proprio stravolgimento riguardo alla pensabilità e praticabilità dello spazio in termini tanto etici, quanto politici e giuridici. Per concludere, oggi più che mai, siamo investiti da una crisi ambientale e climatica prodotta dall'attuale sistema tecno-capitalistico con risvolti temporali assai rilevanti. Difatti, una crisi del genere impone – come ormai sappiamo senza più ombre di dubbio – una riconsiderazione radicale della portata della nostra responsabilità nei confronti dei viventi umani e non-umani di domani. Questi ultimi, sempre più minacciati nella loro integrità e sopravvivenza, finiscono, peraltro, per reclamare sempre più lo *status* di vere e proprie nuove soggettività giuridiche da tutelare. Nasce da qui il dovere di una riflessione filosofico-giuridica profonda e complessa: non solo di carattere critico-decostruttivo, con l'obiettivo di segnalare l'esistenza di insuperabili vincoli ecologici ai quali dovrebbe attenersi, autolimitandosi, l'operare umano; ma anche d'impegno costruttivo, in vista di gettare nuove basi per fronteggiare efficacemente gli interventi della "tecnica scatenata" nei suoi impatti senza precedenti. Ma attraverso quali categorie? Accogliendo quali soggetti? Mettendo in

campo quali istituti? Estendendo le tutele fino a che punto? Interrogativi del genere impongono un lavoro di ricerca dal tenore articolato e interdisciplinare. Un lavoro, questo, che, in particolar modo, come si richiama all'inizio, è più che mai la bioetica attuale a dover accogliere e realizzare attraverso l'inaugurazione di riflessioni etiche al passo coi tempi e la progettazione di prospettive politico-giuridiche che non si limitino allo *status quo* normativo-istituzionale. I contributi raccolti in questa sezione accolgono, in modalità e prospettive diverse, proprio la complessità e multiprospettività or ora richiamate. In tale linea, questi interventi possono essere letti come percorsi che invitano a riconsiderare, reinterrogare, ma anche portare avanti a partire da angoli prospettici differenti, il suddetto dibattito. Il contributo di Paolo Vignola presenta la proposta ecologico-politica di Bernard Stiegler secondo cui sono rinvenibili sul piano della giustizia ambientale tre *focus* analitici: la nozione di biodiversità, il problema degli estrattivismi e il discorso relativo all'Antropocene. Lo sforzo di Vignola è teso a indicare l'originalità della prospettiva stiegleriana segnalando il problema della riduzione della noodiversità, nel senso della tendenziale scomparsa delle singolarità espressive, idiomatiche, cognitive e culturali a causa di processi sociotecnici, finanziari e politici che articolano la sfera ambientale con quella tecnologica e quella informazionale. L'intento di Vignola è, muovendo da una riflessione sul carattere non strumentale della tecnica in generale, individuare nella "tecnodiversità" un diritto a venire, tanto necessario a partire dalle diagnosi sociali del presente, quanto ancora da esplorare nelle sue possibili determinazioni e declinazioni. Interrogarsi sulla liceità o meno degli interventi tecno-scientifici che l'uomo mette in atto su sé stesso, così come su tutti gli esseri viventi, significa interrogarsi sul significato e sul valore della vita, sia essa umana o no, sui limiti da non travalicare, sulle responsabilità dell'uomo verso sé stesso, verso le nuove generazioni e verso ciò che è vita, anche se non umana. È quanto emerge dal contributo di Ferrara il quale pone il problema etico-giuridico della gestazione per altri, partendo da una prima differenziazione tra la gestazione per altri c.d. altruistica e quella commerciale. L'intento dell'A. è quello di sostenere l'inaammissibilità etica di ogni forma di gestazione per altri che preveda qualsiasi tipo di vantaggio per la madre gestazionale. L'idea di fondo prevede che se per superare il

rischio della violazione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti sia necessario ammettere che la gravidanza surrogata venga portata avanti esclusivamente per fini solidaristici, non sia possibile ammettere parimenti qualsiasi corrispettivo o compensazione economica in favore della madre gestazionale. Rimanendo in tema di gestazione il contributo di Rocchè focalizza l'attenzione sulle *different people choices* che a loro volta incorporano i problemi delle *same number choices* e ne pongono di nuovi. Per comprendere meglio la questione l'A., riprende il pensiero di Parfit e specificatamente l'esempio di una donna che sappia che, concependo il figlio nell'immediato sarà affetto da un grave handicap fisico, seppur avrà nel complesso una vita degna di essere vissuta. Se, invece, la donna aspetta il figlio che metterà al mondo non sarà affetto da alcun handicap congenito. La donna in questione ha delle forti ragioni morali per posticipare la gravidanza. L'assunto di partenza è che perché un'azione possa essere considerata un danno ingiusto, la persona danneggiata deve stare comparativamente peggio di come sarebbe stata ove l'azione non fosse stata compiuta. Le ricadute bioetiche di tale impostazione risiedono nelle eventuali condotte negligenti da parte dei genitori o dei medici nella fase precedente al concepimento che non possono essere criticate in quanto dannose o lesive dei diritti della persona futura, mentre potrebbero esserlo qualora si fossero realizzate dopo il concepimento. È chiaro il richiamo al principio di responsabilità di jonesiana memoria ripreso nel contributo della Bianzarelli in cui viene indagato il nesso tra soggettività e imputabilità morale-giuridica nell'epoca della civiltà tecnologica. L'A. sottolinea come il confronto con l'epistemologia scientifica e con le trasformazioni imposte dalla tecnica consente di delineare il rischio di una "deresponsabilizzazione" strutturale del soggetto. Da tali basi si dipartono le riflessioni bioetiche di Jonas tese alla difesa di una concezione forte della soggettività, come nucleo irrinunciabile della dignità umana. A ogni tentativo di subordinare o ridurre l'individuo a mezzo per fini collettivi, il filosofo riafferma la necessità che ogni intervento tecnologico sull'essere umano, indipendentemente dallo scopo perseguito, si configuri sempre come un "rapporto responsabile". Ed è proprio l'intromissione delle nuove tecnologie emergenti nella vita – umana o non umana – ad aver dato alla bioetica contemporanea un respiro più vasto, consentendole di andare oltre

l'infinitamente piccolo e l'immensamente grande. Ne è un chiaro esempio l'attenzione che la bioetica ha rivolto al concetto di salute inteso in modo olistico, senza cioè separare la salute umana da quella animale e ambientale. È il principio ispiratore di un approccio cooperativo, intersettoriale e coordinato che si è andato affinando negli anni proprio per rispondere ai devastanti e massivi cambiamenti cui è soggetto il pianeta per effetto dell'intervento umano: *One Health*. Il contributo della Mazzuca indaga tale tema inserendolo nel solco di quella dottrina che ha, progressivamente, considerato la salute dipendente solo in parte dalla disponibilità di servizi sanitari per la prevenzione e la cura delle malattie, essendo in larga misura legata a variabili di varia natura economico, sociale e politico. Riflessioni, quelle sul carattere ormai clamorosamente composito del concetto di salute, che hanno consentito di integrare il quadro normativo, grazie a evoluzioni istituzionali e affermazioni sempre più decise delle Carte dei diritti che hanno progressivamente dato corpo all'esigenza di affrontare in modo olistico la salute umana, animale e ambientale. Nel solco della tutela della salute si può inserire il contributo della Boicelli il quale evidenzia come, nel contesto neoliberale, il concetto di salute abbia subito profonde trasformazioni. Con l'affermazione dell'*healthism* negli anni Ottanta, infatti, essa ha iniziato a essere intesa non come mera assenza di malattia, ma come adesione a pratiche quotidiane di benessere, monitoraggio e produttività; pertanto, una condizione legata allo stile di vita e alle scelte individuali del soggetto, ora *homo medicus* o *mulier medica*, che assume su di sé la piena responsabilità del proprio stato psicofisico. Rispetto a questo scenario la Boicelli analizza il ruolo delle FemTech che promuovendo una concezione della salute incentrata sul controllo di sé e sull'adesione a parametri spesso individuati su ideali irraggiungibili, rischiano di rafforzare le logiche neoliberali tendenti a depoliticizzare la salute, riducendola a una questione, esclusivamente, privata e oscurando le condizioni economiche, sociali, politiche e ambientali che incidono in modo determinante su di essa. La bioetica, allora, così come emerge dalle diverse problematiche affrontate nei contributi, potrebbe essere, metaforicamente, raffigurata come un mare "agitato" in cui si incontrano e si scontrano temi tra loro molto distanti ai quali, con ripetute ondate, se ne aggiungono di nuovi. Anche se, forse, il problema

principale da affrontare in questo “mare” è quello di riconoscere l’orizzonte verso cui dirigersi. È quanto emerge dai contributi presenti i quali – al pari delle correnti marine – in alcuni casi sembrano andare nella stessa direzione, influenzandosi a vicenda, mentre in altri si infrangono generando non poco turbamento. In ogni caso, il filo rosso che intreccia i vari contributi è la necessità di rintracciare un *modus agendi* etico che tuteli i diritti fondamentali degli esseri viventi.

BIODIVERSITÀ E NOODIVERSITÀ

LA NOOPOLITICA COME STATO DI DIRITTO NEL PENSIERO DI BERNARD STIEGLER

Paolo Vignola

1. Introduzione

Nell'ultima fase del suo pensiero, Bernard Stiegler ha rivolto una certa attenzione alla bioetica ambientale, mediante alcune incursioni mirate. Si tratta comunque appunto di semplici incursioni o scorribande, dunque ragionamenti e analisi da outsider rispetto all'ordine del discorso. Ad ogni modo, il suo interesse per il problema ecologico politico dell'Antropocene e dunque dell'inquinamento sistematico della biosfera si inseriscono pienamente in questi filoni della bioetica, dove uno dei focus dirimenti è quello della preservazione e promozione della biodiversità come paradigma al contempo scientifico, giuridico e bioetico¹. L'operazione di Stiegler risulta strategica dal punto di vista bioetico poiché consiste dapprima nell'osservare come la biosfera, nell'epoca delle piattaforme digitali², si stia tramutando in tecnosfera e necessiti dunque di una riconfigurazione tecnopolitica – ma non tecnocratica – dell'approccio bioeticista, per poi legare la questione della biodiversità, come problema relativo al cambiamento climatico e alle attività estrat-

¹ Sul tema, cfr. X. CHIARAMONTE, *Nascita della biodiversità*, in *L'Altro Diritto. Rivista*, vol. 7, 2023; D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; M.R. MARSELLE, J. SRADLER, H. KORNIK, N. IRVINE, A. BONN (a cura di), *Biodiversity and Health in the Face of Climate Change*, Cham, 2019.

² Cfr. N. SRNICEK, *Platform Capitalism*, London, 2017; G. CRISTOFARI, *Bratton and the Double Movement of State Platformization and Platform Institutionalization*, in *La Deleuziana*, n. 13, 2022, 83-101.

tive, alla riduzione della sociodiversità e della noodiversità³. Come evidenziato da Eduardo Gudynas, Alberto Acosta, Maristella Svampa e David Harvey⁴, tra gli altri, l'estrattivismo in tutte le sue forme comporta infatti riduzioni drastiche non solo della biodiversità dovute agli effetti collaterali dell'inquinamento da estrazione di risorse dal sottosuolo, bensì anche della sociodiversità, a partire dalla distruzione delle condizioni di vita delle popolazioni locali, per arrivare all'omogeneizzazione sociale indotta dalle tecnologie digitali⁵.

Per Stiegler, la riduzione della biodiversità a causa di un certo regime economico politico di sfruttamento delle risorse e di inquinamento industriale non può non essere messa in relazione con la riduzione della noodiversità, intesa come la tendenziale omogeneizzazione delle singolarità cognitive, simboliche ed etiche degli individui⁶. Più in particolare, Stiegler intende la noodiversità come il processo di differenziazione noetica, dunque del pensiero soggettivo, indotto dalla produzione di sapere e dai suoi scambi, che genera l'idiomaticità, la cognizione e il processo decisionale degli individui, e contribuisce alla formazione delle singolarità espressive, simboliche ed etiche in località e culture *diverse*, attraverso tecnologie altrettanto *diverse*. Il concetto di noodiversità è dunque relativo alle condizioni di possibilità della singolarità di ogni processo cognitivo a partire dalle sue connotazioni epistemiche,

³ Cfr. B. STIEGLER, *La società automatica. I. L'avvenire del lavoro*, trad. it. di S. Baranzoni, I. Pelgrefi, P. Vignola, Milano, 2019, 54.

⁴ E. GUDYNAS, *Diez tesis urgentes sobre el nuevo extractivismo*, in AA.VV. (eds.), *Extractivismo, Política y Sociedad*, Quito, 2009, 187-225; M. SVAMPA, *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina. Conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*, Guadalajara, 2019; A. ACOSTA, *Extractivismo y neoextractivismo: dos caras de la misma maldición*, in *Eco*, 25 luglio 2012, https://www.ecoportal.net/temas-especiales/contaminacion/extractivismo_y_neoextractivismo_dos_caras_de_la_misma_maldicion/; D. HARVEY, *The 'New' Imperialism: Accumulation by Dispossession*, in *Socialist Register*, vol. 40, 2004, <https://socialistregister.com/index.php/srv/article/view/5811/2707>.

⁵ Cfr. B. STIEGLER, P. VIGNOLA, M. AZAR, *Decarbonizzazione e deproletarizzazione. Guadagnarsi la vita nel XXI secolo*, introduzione a B. STIEGLER, COLLETTIVO INTERNATIONAL* (a cura di), *L'assoluta necessità*, Milano, 2020, 23-57.

⁶ Cfr. B. STIEGLER, *Noodiversity, Technodiversity. Elements of a new economic foundation based on a new foundation for theoretical computer science*, in *ANGELAKI journal of the theoretical humanities*, n. 25(4), 67-79.

culturali, territoriali e tecnologiche, e rinvia alla necessità di un'ecologia, al pari di quella ambientale focalizzata sulla biodiversità. Indici di noodiversità sono allora l'idiomaticità delle lingue, la singolarità delle culture, l'originalità della creatività del singolo individuo, l'eterogeneità e l'intraducibilità dei desideri, delle volontà e dei comportamenti.

Dietro a questa correlazione tra biodiversità e noodiversità vi è il tema centrale dell'ultima tappa della filosofia stiegleriana⁷, vale a dire la contrapposizione e coimplicazione di entropia e neghentropia, che ha come correlato l'alternativa tra la riduzione e la proliferazione di uno spettro eterogeneo di diversità: biodiversità, sociodiversità, noodiversità e tecnodiversità. Queste forme di diversità sono tra esse correlate dalle diverse declinazioni della nozione di entropia sul piano fisico, biologico e sociale; nozione di cui Stiegler restringe filosoficamente il senso ai processi di differenziazione e organizzazione del vivente nei suoi rapporti con l'inorganico, i cui effetti possono essere amplificati o ridotti dalla tecnica⁸. Se l'Antropocene è un concetto di ecologia politica e di bioetica ambientale, il cui oggetto critico è la biodiversità, focalizzandosi sulla noodiversità (e la conseguente tecnodiversità), Stiegler non riformula soltanto il significato dello stesso Antropocene – ribattezzandolo Entropocene⁹ –, ma apre un cantiere transdisciplinare¹⁰ che si proverà a delineare come necessaria integrazione critica della stessa bioetica ambientale. L'analisi critica della proposta stiegleriana condurrà a interrogarsi sulla possibilità di concettualizzare una sorta di noodiritto o diritto alla noodiversità come primo obiettivo ideale di quella che lo stesso Stiegler ha definito la noopolitica¹¹, che resta un cantiere filosofico aperto.

⁷ Cfr. in particolare, B. STIEGLER, *La società automatica I*, cit.; ID., *Dans la disruption. Comment ne pas devenir fou*, Paris, 2016.

⁸ B. STIEGLER, *La società automatica I*, cit., 54.

⁹ Cfr. *ivi*, 47.

¹⁰ L'idea di un cantiere interdisciplinare è espressa e parzialmente concretizzata in B. STIEGLER, COLLETTIVO INTERNATION* (a cura di), *L'assoluta necessità*, cit.

¹¹ Cfr. B. STIEGLER, *Prendersi cura. Della gioventù e delle generazioni*, trad. it. di P. Vignola, Napoli-Salerno, 2014.

2. Estrattivismo noetico e governamentalità algoritmica

In *La società automatica. I. L'avvenire del lavoro*, Stiegler lega le questioni inerenti all'Antropocene con quelle relative alle nuove forme di governance e di governamentalità attraverso i dati, trovando nelle analisi di Antoinette Rouvroy e Thomas Berns sulla «governamentalità algoritmica» un fondamento strategico per condurre la sua diagnosi sulla riduzione delle diversità e l'aumento dei tassi di entropia a tutti i livelli, in questo caso declinata sul piano giuridico politico.

Con il termine «governamentalità algoritmica» Rouvroy e Berns si riferiscono a un modo inedito di governo, trasversale perché non in mano dei poteri pubblici che ne risultano piuttosto dipendenti, indirizzato agli individui tramite la loro profilazione, ossia mediante la creazione algoritmica di modelli comportamentali prodotti su base induttiva¹². La governamentalità algoritmica è cioè da intendersi come una tecnologia predittiva di potere, orientata da «un tipo di razionalità (a)normativa o (a)politica basato sulla raccolta, la correlazione e l'analisi automatizzata di dati in quantità massiva, in modo da modellizzare, anticipare e affettare in anticipo i possibili comportamenti degli individui»¹³. Sarebbe una razionalità «(a)normativa» nella misura in cui le norme non si danno previamente ma sono supposte emergere statisticamente dalle correlazioni in rete. Mentre la normatività giuridica «era data, in maniera discorsiva e pubblica, prima di qualsiasi azione sui comportamenti [...]», la normativa statistica è precisamente ciò che non è mai dato all'inizio»¹⁴. E si tratterebbe di una razionalità «(a)politica» nel senso di una depoliticizzazione dei criteri di accesso a beni e a servizi, delle responsabilità e delle deliberazioni pubbliche. Una razionalità che «svalorizza la politica, dato che non ci sarebbe più da decidere, da risolvere delle situazioni di incertezza, dal momento che queste sono già prescritte in anticipo»¹⁵. La radicale novità consiste nel fatto che l'anticipazione e la modellizzazione dei comportamenti non passa più per una disciplina dei

¹² Cfr. T. BERNs, A. ROUVROY, *Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'emancipation*, in *Réseaux*, n. 177, 2012, 163-196.

¹³ *Ivi*, 181.

¹⁴ *Ivi*, 182.

¹⁵ *Ivi*, 183.

soggetti o per la loro interpellazione, ma avviene precisamente bypassandoli e aggirandone le caratteristiche che li rendono giuridicamente e materialmente soggetti. In tal senso, la governamentalità algoritmica segnalerebbe una sorta di superamento dell'ideologia neoliberale:

Il governo algoritmico contrasta perciò con ciò che noi conosciamo del modo di governo neoliberale, il quale produce i soggetti di cui ha bisogno [...] impegnati appassionatamente nell'autocontrollo, nell'auto-imprenditoria e nell'auto-valutazione. La governamentalità algoritmica non produce alcun tipo di soggetto. Essa affetta, senza indirizzarsi davvero ad esse, le persone in ogni situazione di possibile criminalità, frode, inganno, consumo, ecc., situazioni in cui ad esse non è richiesto di produrre nulla, e sicuramente non soggettivazione. Diremo piuttosto che la governamentalità algoritmica aggira la coscienza e la riflessività e opera nel modo degli avvertimenti e dei riflessi¹⁶.

Gli individui non sono più colti come soggetti di diritto, bensì come «aggregati di propensioni» funzionali ad alimentare gli algoritmi di apprendimento automatico¹⁷: «Frammentato in miriadi di dati, l'individuo diventa infinitamente calcolabile, comparabile, indicizzabile e intercambiabile»¹⁸. In tal senso, si indebolisce l'idea stessa di cittadinanza, poiché i principi tradizionali che definiscono l'*homo juridicus* come soggetto di diritto si stanno dissolvendo negli schemi statistici dell'*homo numericus*¹⁹. La fine del soggetto di diritto si rifletterebbe in quella che Rouvroy definisce come l'ideologia tecnologica del *Data behaviourism*, ossia la modalità inedita di produrre informazione per il futuro sulla base di profilazioni e correlazioni, la cui ambizione consiste nell'afferrare la realtà mondo senza alcun tipo (istituzionale, politico, sim-

¹⁶ A. ROUVROY, *The end(s) of Critique: Data-Behaviourism vs Due-Process*, in M. HILDEBRANDT, E. DE VRIES (eds.), *Privacy, Due Process and the Computational Turn: Philosophers of Law Meet Philosophers of Technology*, London, 2013, 153.

¹⁷ Analogamente Garapon e Lassègue evidenziano che «il soggetto di diritto diventa contemporaneamente consumatore e prodotto, predatore e preda, sorvegliante e sorvegliato, giornalista e spettatore, agito e agente del proprio mondo» A. GARAPON, J. LASÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Bologna, 2021, 211.

¹⁸ A. ROUVROY, *The end(s) of Critique*, cit., 157.

¹⁹ Cfr. A. ROUVROY, *Homo juridicus est-il soluble dans les données?*, in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Collection du Crid*, Bruxelles, 2018, 417-444.

bolico, linguistico, ecc.) di mediazione istituzionale, politica o giuridica tra soggetti profilati, e istituzioni o imprese profilanti²⁰.

Le analisi di Rouvroy e Berns si situano al crocevia tra la filosofia francese contemporanea, in quanto prosecuzione critica del post-strutturalismo, da Deleuze a Foucault, da Simondon a Derrida, e la filosofia del diritto propriamente tale, dove sembrano del resto aver ricevuto maggiore eco. Come vedremo, l'operazione di Stiegler consiste nel far giocare il concetto di governamentalità algoritmica tra il pensiero critico e il diritto, al fine di elaborare un originale punto di vista per la filosofia del XXI secolo. Per quanto riguarda invece l'ambito della filosofia del diritto, è interessante segnalare la ricezione italiana, particolarmente attenta al valore euristico del concetto di Rouvroy e Berns. Sono diversi infatti gli studi da intendersi come declinazioni e complessificazioni della governamentalità algoritmica, applicate alla cittadinanza, alle discriminazioni, al lavoro, al diritto costituzionale e ai diritti in generale²¹. A tal proposito, come evidenziano, tra gli altri, Silvia Salar-di²², Andrea Simoncini e Simon Suweis²³, Roberto Finelli²⁴, Stefano Pietropaoli²⁵ e Thomas Casadei²⁶, si sta assistendo a un cambio para-

²⁰ Su questo punto, in particolare sulla «dis-intermediazione», cfr. G. RIVA, *Fake news*, Bologna, 2018, 85.

²¹ G. PISANI, *Piattaforme digitali e autodeterminazione. Relazioni sociali, lavoro e diritti al tempo della "governamentalità algoritmica"*, Modena, 2023; S. PIETROPAOLI, *Da cittadino a user. Capitalismo, democrazia e rivoluzione digitale*, in A. CAVALIERE, G. PRETEROSI (a cura di), *Capitalismo senza diritti?*, Milano-Udine, 2021, 31-41; L. AVITABILE, *Il diritto davanti all'algoritmo*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 8, 2017, 313-325; F. PASQUALE, *The Black Box Society. The Secret Algorithms that control Money and Information*, Cambridge-London, 2015; G. FIORIGLIO, *La società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars interpretandi*, 1, 2021, 53-67; N. LETTIERI, *Antigone e gli algoritmi: un approccio giusfilosofico*, Modena, 2021.

²² S. SALARDI, *Intelligenza artificiale e semantica del cambiamento. Una lettura critica*, Torino, 2023.

²³ Cfr. A. SIMONCINI, S. SUWEIS, *Il cambio di paradigma nell'intelligenza artificiale e il suo impatto sul diritto costituzionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2019, 87-106.

²⁴ Cfr. R. FINELLI, *Filosofia e tecnologia. Una via di uscita dalla mente digitale*, Torino, 2022, 75-104.

²⁵ S. PIETROPAOLI, *Persone non umane? Una riflessione sulla frontiera digitale del diritto*, in R.M. AGOSTINO, G. DALIA, M. IMBRENDA, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Fron-*

digmatico nel rapporto tra diritto, tecnologia e governamentalità. In particolare, come indica Casadei, all'epoca dei diritti configurata da Norberto Bobbio²⁷ sembra sostituirsi l'epoca dei dati, con ripercussioni in ambito giuridico destinate a divenire a loro volta epocali. Casadei, che ricostruisce esaustivamente la ricezione in ambito del diritto della governamentalità algoritmica, è tuttavia scettico rispetto all'espansione di essa da ipotesi teorica e diagnostica a modello giuridico, se con «governamentalità» si intende una nuova forma di potere, appunto algoritmica, senza il peso decisionale umano:

è necessario porre in questione la narrativa della tecnologia come agente regolatore, e riposizionarla in un processo che combina l'umano con il "macchinico". La tecnologia rimane un mezzo di esecuzione, può permettere di seguire nuovi obiettivi, può anche permetterci di implementare nuove regole, ma è e rimane un mezzo²⁸.

Per Casadei va tenuto fermo soprattutto il fatto che, oggi, dal punto di vista del potere, "chi programma è colui che decide", e che dunque sia fallace credere che esista un potere puramente algoritmico. A tal proposito va comunque osservato che la stessa Rouvroy, non teorizza un *potere degli algoritmi*, ma una governamentalità che si realizza *mediante* algoritmi, i quali ne condizionano le forme e le funzioni.

Oltre a questa considerazione di carattere generale, in interventi più recenti Rouvroy ha sviluppato un'interessante analogia tra le nuove forme del potere attraverso gli algoritmi e determinati soggetti politici sulla base di una comune *iper-agency* – dunque confermando implicitamente la posizione di Casadei. Rouvroy riprende la nozione di *iper-agency* dal dominio dell'IA e dalla letteratura postumanista e transumanista, incrociando così scienza e fiction in chiave giuridico politica. Nel campo tecnologico dei sistemi di apprendimento autonomi, un ente iper-agente è una forma di IA dotata di avanzate capacità di auto-ap-

tiere digitali del diritto. Esperienze giuridiche a confronto su libertà e solidarietà, Torino, 2021, 1-22.

²⁶ T. CASADEI, *Rights in the Age of Data*, in F. PEDRINI (ed.), *Law in The Age of Digitalization*, Madrid, 2024, 47-64.

²⁷ N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1991.

²⁸ T. CASADEI, *Rights in the Age of Data*, cit., 58.

prendimento e di autonomia decisionale, in grado di trascendere la regolazione umana, mentre nelle prospettive transumaniste incarna «un'iperplasticità radicale», capace di trascendere i suoi limiti biologici per modificare le proprie strutture²⁹. Sul versante politico, figure come Elon Musk, «in grado di svincolarsi dalle norme collettive e di plasmare la realtà a propria immagine e somiglianza»³⁰, rappresentano perfettamente casi di «iper-agenti», in quanto «caratterizzati da una capacità di azione sproporzionata sull'ambiente circostante», che acquisiscono grazie al convergere nelle loro mani delle punte dell'innovazione tecnologica, della potenza finanziaria e delle reti di influenza globale. Gli iper-agenti sono perciò vettori di nuove forme di controllo sociale e di «neo-istituzioni», il cui potere «non è legittimato dalla conoscenza scientifica o dall'interesse generale, ma dalla capacità di saturare lo spazio sociale con le proprie narrazioni»³¹. Quella di Musk e di altri iper-agenti è allora una «forza senza legge»³², che cortocircuita le condizioni di possibilità della cittadinanza e della democrazia.

Rispetto all'idea che la tecnologia sia solo un mezzo, la concezione generale di filosofia della tecnica elaborata da Stiegler, che Rouvroy sembra condividere³³, può complessificare la questione. Nella prospettiva organologica e farmacologica di Stiegler, la tecnica è da intendersi, al di là di una visione strumentale, come una forma di memoria esteriorizzata e sempre più performante, in costante co-evoluzione con la sfera umana e sociale, al tempo stesso risultato dell'intelligenza organica e sua condizione di possibilità, fattore dunque costituente ma anche potenzialmente destituente dei saperi e delle facoltà umane. In tal senso, se a ragione Casadei evidenzia che non si possa trattare la tecnica come un soggetto autonomo, Stiegler ci invita a non considerare nemmeno l'umano come tale tipo di soggetto, ma a concepire un'articolazione socio-tecnica inscindibile, per cui le tecnologie, lungi dal rimanere meri

²⁹ A. ROUVROY, *Force sans loi. Hyperagents et mutations du pouvoir à l'ère Trump-Musk*, in *Le Portique*, 50, 2025, s.p. forthcoming.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Cfr. in particolare B. STIEGLER, A. ROUVROY, *Il regime di verità digitale. Dalla governamentalità algoritmica a un nuovo Stato di diritto*, in *La Deleuziana*, 3, 2016, 6-29.

mezzi, partecipano nella costituzione dei fini dell'umanità, orientandone le forme e le condizioni³⁴. È in tal senso che va intesa la necessità di una «politica della memoria», ossia della memoria tecnologica, segnalata da Stiegler sin da *La tecnica e il tempo I*, suo libro di esordio. In tal senso, la noopolitica sarebbe precisamente il termine che sintetizza la politica della memoria e ne mette in luce le posta in gioco. Questo tipo di memoria tecno-logica, artificiale o «epifilogenetica»³⁵ è la chiave per intendere il senso del «processo che combina l'umano con il macchinico»³⁶, indicato dallo stesso Casadei, in cui tale combinazione è da indagare osservando le trasformazioni indotte sugli individui e sulle organizzazioni sociali, dalle istituzioni ai sistemi di sapere. A tal proposito, nel prossimo paragrafo analizzeremo più in profondità il rapporto stiegleriano tra tecnica, teoria e diritto alla luce della governamentalità algoritmica e dello storytelling della «fine della teoria».

3. Il fatto della fine della teoria e del diritto

La recente suggestione di Rouvroy in merito alla *forza senza legge* dei nuovi soggetti economico politici sembra essere a tutti gli effetti l'equivalente giuridico-politico della «fine della teoria» annunciata da Chris Anderson nel 2008, la cui tesi generale consiste nell'affermare che abbiamo una tale abbondanza di dati che la scienza può fare a meno

³⁴ Cfr. J. DERRIDA, B. STIEGLER, *Ecografie della televisione*, Milano, 1996, 67.

³⁵ Stiegler intende l'esito del rapporto tra psiche umana e tecnica (a sua volta intesa come una memoria esteriorizzata) come una forma di memoria epifilogenetica, nel senso nel senso di una memoria che non sarebbe né filogenetica, né epigenetica, ma appunto «epifilogenetica», dove la componente intergenerazionale è inscindibile da quella artificiale: risultato della sedimentazione e stratificazione di esperienze e memorie degli individui, quindi epigenesi successive, che vengono conservate e trasmesse attraverso le generazioni mediante supporti inorganici, al di fuori del programma genetico. L'epifilogenesi renderebbe conto di una «tecnicità originaria» dell'umano in grado di condizionare le forme dell'*intelligenza* e dell'*agire*, per cui la tecnica non può più essere concepita in quanto strumentale; essa interviene nella costituzione della «natura umana». Cfr. B. STIEGLER, *La tecnica e il tempo. I. La colpa di Epimeteo*, a cura di P. Vignola, Roma, 2023.

³⁶ T. CASADEI, *Rights in the Age of Data*, cit., 58.

dei modelli teorici³⁷. Così, il metodo scientifico, fondato sulla modellizzazione teorica e sulla verifica empirica, diverrebbe obsoleto, superato dalla possibilità di processare insiemi di dati più esaustivi con strumenti algoritmici più precisi. A essere soppiantati dall'evidenza dei dati non sarebbero solo i modelli delle scienze dure, ma l'epistemologia in senso ampio, comprese le scienze sociali e umane: «Se si dispone di abbastanza dati, i numeri parlano da soli»³⁸.

Stiegler ha saputo legare le analisi di Rouvroy e Berns sulla governamentalità algoritmica al concetto di «fine della teoria» e ai suoi presupposti economico politici e ideologici in maniera tale da usare le prime come strumento di critica radicale dello *statement* di Anderson. A tal proposito, e prima di introdurci nel discorso stiegleriano, occorre dire che l'idea di una fine della teoria nell'ambito scientifico non è né corretta, né oggettiva, né tanto meno neutrale, poiché è più simile a uno storytelling che esprime un punto di vista accelerazionista ultraliberale e vicino al transumanesimo. Inoltre, da un punto di vista etico e giuridico, è necessario innanzitutto riflettere criticamente sull'«aura di verità e oggettività» che ammanterebbe questo «potere oracolare», poiché se fine della teoria significa fine dei modelli e quindi delle norme con cui regolare il calcolo, è pericoloso anche solo ipotizzare che *automaticamente* possano scomparire le discriminazioni e dunque le ingiustizie. È semmai più plausibile il contrario, dato che la delega euristica al *machine learning* ha rivelato i rischi legati agli esiti delle correlazioni algoritmiche, carichi di pregiudizi (*bias*), e le conseguenti discriminazioni basate sul sesso, il genere, il ceto, l'etnia, l'età, ecc. Inoltre, a tale sbandierata neutralità si associa il problema della *black box* algoritmica, ossia l'ineffabilità delle procedure con cui vengono processati i dati e trovate le correlazioni, dovuta innanzitutto all'estrema complessità dei calcoli, irraggiungibile dall'intelligenza umana.

Una volta appurata l'inconsistenza della tesi di Anderson, possiamo ora rivolgerci alle considerazioni di Stiegler, per il quale la fine della teoria sarebbe il sintomo di un processo tecnologico ed economico politico che invade ogni ambito delle facoltà umane:

³⁷ C. ANDERSON, *The End of Theory. The Data Deluge Makes the Scientific Method Obsolete*, in *Wired*, giugno 2008.

³⁸ *Ibidem*.

Il “sapere” automatico celebrato da Anderson non ha più bisogno di un pensiero. All’epoca degli algoritmi che implementano le matematiche applicate nelle macchine computazionali, non c’è più bisogno di pensare: il pensiero si è concretizzato sotto forma di automi algoritmici orchestranti dei sistemi di cattura che lo rendono obsoleto³⁹.

Stiegler estende la questione della fine della teoria dal piano epistemologico innanzitutto a quello finanziario, riferendosi allo scandalo dei *subprimes* del 2007⁴⁰, e poi a quello filosofico giuridico. Per il filosofo francese la “fine della teoria” rappresenta la realizzazione di uno stato di fatto che fa a meno dello stato di diritto: «Non più c’è scienza del tutto, ma uno stato di fatto mantenuto da un sistema di cattura che fa cadere la differenza tra fatto e diritto»⁴¹. La *differenza* tra fatto e diritto è concepita da Stiegler come una struttura onnitemporale, ossia una logica che presuppone

il diritto in ogni disciplina razionale – nel senso in cui ogni disciplina definisce i criteri di diritto scientifici e certificati dai pari, grazie ai quali essa trasforma uno stato di fatto in uno stato di diritto, cioè un dato empirico in un dato teorico⁴².

In altre parole, la *differenza* tra fatto e diritto è la radice comune del diritto, della filosofia e della scienza, e lo è come esperienza della verità che le tre “regioni dell’essere” condividono. Ora, se nella sua concezione di filosofia della tecnica Stiegler vede la scrittura alfabetica come la tecnologia alla base «della coemergenza del nomos politico e dell’episteme come sapere razionale»⁴³, in quanto condizione di possibilità di tale differenza tra fatto e diritto, con il prendere sempre più piede della scrittura algoritmica nella scienza, nella politica e nel diritto il filosofo avverte sul rischio di un cortocircuito della ragione discorsiva e deliberativa che ha sempre presieduto alla generazione di norme, regole, leg-

³⁹ B. STIEGLER, *La società automatica I*, cit., 113.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, 31-36.

⁴¹ *Ivi*, 113.

⁴² *Ivi*, 107.

⁴³ *Ivi*, 124.

gi, ecc., in ogni contesto pubblico delle società democratiche. Nello «stato di fatto» della governamentalità algoritmica,

la ragione si trova così sostituita da una potenza analitica puramente calcolatrice che è un'ipertrofia dell'intelletto automatizzato [...] che pone le condizioni per una concezione e gestione intrinsecamente e funzionalmente anti-democratiche dello spazio e del tempo comuni⁴⁴.

Da una prospettiva più interna all'ambito del diritto, che riprende la considerazione di Lawrence Lessig per cui «code is law»⁴⁵, Fernanda Faini indica nell'incidenza delle regole, delle norme tecnologiche e dei codici di programmazione sulle forme di regolazione giuridica quello che potremmo definire come l'elemento transizionale verso lo «stato di fatto» descritto da Stiegler:

Le aziende Big Tech, quali Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft, danno vita a un ordine algoritmico in cui si atteggiano da potere legislativo (dettano le regole), esecutivo (le applicano) e giudiziario (giudicano le violazioni con sanzioni quali la sospensione o la disattivazione dell'account). Si tratta di regole [...] capaci di influire sulla vita degli individui quanto le norme con efficacia vincolante prodotte dagli Stati⁴⁶.

Per dirla con Stiegler, lo «stato di diritto» in cui la governamentalità opera in funzione della cosa pubblica sta progressivamente scomparendo in favore di uno «stato di fatto» espresso da una *governance* trans-privata che fagocita non solo lo spazio pubblico, bensì la stessa *res publica*. Ancora seguendo Faina,

i nuovi “territori” costituiti dalle piattaforme digitali sono percepiti dalla collettività come spazi giuridici pubblici, sebbene privi di legittima-

⁴⁴ B. STIEGLER, COLLETTIVO INTERNATION* (a cura di), *L'assoluta necessità*, cit., 109.

⁴⁵ Cfr. L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York, 1999; S. HASSAN, P. DE FILIPPI, *The Expansion of Algorithmic Governance: From Code is Law to Law is Code*, in *Field Actions Science Reports*, Special Issue 17, 2017: <http://journals.openedition.org/factsreports/4518>.

⁴⁶ F. FAINI, *Governare la tecnologia: l'evoluzione del diritto nella regolazione europea relativa all'intelligenza artificiale*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, XXVI, 2024, 3, 56.

zione democratica e guidati non dall'interesse pubblico, ma dal profitto economico⁴⁷.

Proseguendo all'interno della prospettiva stiegleriana, la governamentalità algoritmica, associata alla «piattaformizzazione delle istituzioni»⁴⁸, ha come correlato concettuale la figura del Leviatano elettronico, che condurrebbe alla doppia dissoluzione del cittadino e della *res publica*. Se il Leviatano di Hobbes prevedeva il trasferimento, da parte del singolo individuo, dell'autonomia e quindi del diritto di governarsi allo Stato, nel Leviatano elettronico tale diritto viene trasferito, attraverso i dati digitali, a «un governo automatico puramente computazionale»⁴⁹. Diversamente dal Leviatano tradizionale, quello elettronico è però non solo privato ma frutto di un atto totalmente involontario e causato dall'effetto di rete⁵⁰:

Il Leviatano contemporaneo è planetario, ed è il frutto della tracciabilità reticolare e interattiva in cui consiste il capitalismo 24/7, come è ormai ben stabilito nella coscienza comune. Questa tracciabilità opera [...] prendendo in velocità le ritenzioni che tale coscienza produce, vale a dire, proponendole delle protensioni prefabbricate e per questo “individualizzate” o “personalizzate”⁵¹.

Inoltre, tale tracciabilità, da un lato, opera in un regime di sostanziale opacità rispetto a ciò che possono conoscere gli utenti, mentre dall'altro lato questi ultimi divengono totalmente trasparenti fronte alle operazioni algoritmiche. In altri termini, l'informazione prodotta dalla profilazione non solo non è disponibile per gli individui ma viene a essi applicata senza il diritto di venirne a conoscenza. Quella che Stiegler definisce come una forma di proletarizzazione, ossia di perdita di sapere⁵², indotta dalla profilazione algoritmica, è altresì assimilabile a una

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ G. CRISTOFARI, *Bratton and the Double Movement of State Platformization and Platform Institutionalization*, in *La Deleuziana*, n. 13, 2022, 83-101.

⁴⁹ B. STIEGLER, *La società automatica I*, cit., 243.

⁵⁰ *Ivi*, 403.

⁵¹ *Ivi*, 257.

⁵² Sul concetto di proletarizzazione in Stiegler, per cui dalla rivoluzione industriale ogni interazione con la tecnica implica una cessione di sapere da parte dell'utente (dal-

forma di «ingiustizia epistemica»⁵³, concetto che con Fiorella Battaglia possiamo intendere nel senso dell'intreccio della «disumanizzazione del soggetto conoscente»⁵⁴, il quale viene ridotto a un mero latore di dati, dunque desoggettivato, e dell'espropriazione dei contenuti mentali di quest'ultimo, che finisce per perdere la propria autorità su di essi⁵⁵, così come i fondamenti normativi dell'identità, della libertà, dell'autonomia e della responsabilità.

4. Noodiversità e tecnodiversità

I due paragrafi precedenti ci hanno fornito gli elementi diagnostici per poter comprendere non solo il parallelismo ma anche l'intreccio tra le varie forme di diversità con cui è cominciato questo articolo. Inoltre, l'approdo all'ingiustizia epistemica permette di pensare l'esatto contrappunto all'ingiustizia ambientale e alla nozione correlata di biodiversità. Possiamo perciò riprendere il concetto di noodiversità in relazione a quella che per Stiegler è l'altra faccia dell'Antropocene, ossia un sistema governamentale, economico e politico che giunge a porre le operazioni estrattive al cuore dell'umanità:

La nuova intelligenza artificiale, resa possibile dalla massiccia reticolazione della popolazione mondiale, ha creato il nuovo tipo di ambiente tecnogeografico associato in cui l'umanità è diventata, come il carbone, una risorsa non rinnovabile (*Bestand*) [...] – al servizio di una massiccia estrazione di valore attraverso il calcolo statistico⁵⁶.

l'operaio al consumatore, dal ricercatore al manager), mi permetto di rinviare a P. VIGNOLA, *L'animale proletarizzato. Stiegler e l'invenzione della società automatica*, in *Aut Aut*, n. 371, 16-30.

⁵³ F. BATTAGLIA, *Algoritmi predittivi e ingiustizia epistemica*, in M. GALLETTI, S. ZIPOLI CAIANI, *Filosofia dell'Intelligenza Artificiale*, Bologna, 2024, 63-82.

⁵⁴ *Ivi*, 67.

⁵⁵ *Ivi*, 79.

⁵⁶ B. STIEGLER, *Qu'appelle-t-on panser? I*, cit., 197.

Sarebbero le conseguenze di questo estrattivismo della conoscenza⁵⁷, quindi un estrattivismo noetico, a provocare una omogeneizzazione generalizzata e una perdita tendenziale della noodiversità, come Stiegler segnala in uno dei suoi ultimi articoli: oggi «sentiamo e vediamo che è in corso un’eliminazione sistemica della diversità, che ha a che fare, da un lato, con la tecnologia e, dall’altro, con la calcolabilità» (Stiegler, 2020, 72). Ciò significa che, da un lato, il sistema tecnico occidentale basato sulle tecnologie estrattive, sul calcolo computazionale e sull’automazione generalizzata riduce sistematicamente tanto la biodiversità, quanto la noodiversità; dall’altro lato, tale supremazia del sistema tecnico occidentale è il risultato dell’eliminazione, tanto sul piano ideologico quanto su quello reale, di ogni possibile alternativa tecnologica alla sua particolare declinazione neoliberale e piattafornista⁵⁸. Si ripropone qui il rapporto tra stato di fatto e stato di diritto, nella misura in cui «la questione della tecnodiversità sorge con l’obiettivo di controeffettuare lo stato di fatto che afferma una singola tendenza» tecnologica. Poiché la tecnologia come memoria artificiale è una componente essenziale della vita noetica, garantire la tecnodiversità significa preservare «le condizioni di una variabilità capace di ricostituire una noodiversità»⁵⁹. Tali condizioni sono precisamente ciò che Stiegler intende con “stato di diritto”, che in questo caso significa l’instaurazione di una nuova epoca dei saperi, e quindi di una nuova volontà politica che dovrebbe adottare le tecnologie attualmente dirompenti al fine di potenziare l’emancipazione sociale e lo sviluppo di nuovi quadri epistemologici. La noodiversità ha perciò come suo correlato il concetto di tecnodiversità, che a sua volta esprime l’irriducibilità delle potenzialità tecnologiche a un’unica matrice universale, o monotecnologia, e di conseguenza la necessità di salvaguardare la pluralità cosmologica, geografica e territoriale del rapporto tra tecnica, psiche e società. A tal propo-

⁵⁷ Su questo tema cfr. M. PASQUINELLI, V. JOLER, *The Nooscope Manifested: AI as Instrument of Knowledge Extractivism*, in *AI & Society*, 2021, 36, 1263-1280.

⁵⁸ Cfr. A. ALOMBERT, *Pour une critique pharmacologique de l’Intelligence Artificielle : des technologies persuasives aux technologies contributives*, in A. CALLU (dir.), *Images et architectures mathématiques de la séduction*, Paris, 2023.

⁵⁹ Cfr. B. STIEGLER, *Noodiversity, Technodiversity. Elements of a new economic foundation based on a new foundation for theoretical computer science*, cit., 76.

sito, Yuk Hui, a partire da un dialogo virtuale con Stiegler sulla tecnodiversità⁶⁰, intende la globalizzazione attuale come esito di un processo di sincronizzazione temporale, simbolica e tecnologica che ha condotto all'egemonia di un vettore tecnoscientifico, impostosi su altre cosmo-tecniche, come «una cultura monotecnologica» che determina un solo modo di intendere i rapporti tra umani e non umani, così come tra organico e inorganico, e che «sta conducendo all'esaurimento delle risorse naturali, la degradazione della vita sulla Terra e la distruzione dell'ambiente»⁶¹, impedendo a qualunque agente di prendere direzioni e orientamenti alternativi, vale a dire impedendo di fatto la tecnodiversità. Ed è proprio la diversità tecnologica, che sembra ridursi sempre più drasticamente a fronte della colonizzazione digitale, ossia della calcolabilità universale che prescrive i rapporti tra il sistema tecnico e i sistemi sociali e biologici, ciò che una «politica della memoria» dovrebbe promuovere, al fine di garantire uno spazio d'azione critico, normativo e politico, per le nuove generazioni.

È in questa condizione generalizzata di destrutturazione o di disruption normativa che Stiegler ha saputo vedere, fin da tempi non sospetti, il problema relativo alle generazioni future e alla loro vulnerabilità. La questione del rapporto tra le generazioni in una società sempre più tecnologizzata è infatti al centro delle analisi di Stiegler almeno sin da *Prendersi cura. Della gioventù e delle generazioni* (2008) e precisamente al cuore della noopolitica come politica della noesi (quindi dei saperi e del pensiero), ossia del patrimonio noetico – le sue lingue, i suoi archivi, le sue opere e le sue istituzioni in generale – per la promozione della noodiversità, che è anche, kantianamente un'espressione di maggioranza dello spirito⁶²:

è necessario condurre una battaglia dell'intelligenza innanzitutto contro coloro che generalizzano la nuova forma di minorità irresponsabile organizzando la regressione. Questa battaglia deve rilanciare una politica dello spirito – una noopolitica – che, nell'epoca delle psicotecnologie, ha da essere una politica industriale delle tecnologie dello spirito. Si

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Y. HUI, *Fragmentar el futuro. ensayos sobre tecnodiversidad*, Buenos Aires, 2020, 12.

⁶² Cfr. B. STIEGLER, *Prendersi cura. Della gioventù e delle generazioni*, cit., 47.

tratta della condizione senza la quale la necessaria riforma delle istituzioni dell'insegnamento elementare, secondario e superiore sarà fatta assolutamente in vano, dato che il compito di tale *battaglia dell'intelligenza* è precisamente quello di elevare quest'ultima – e dunque il livello di responsabilità individuale e collettiva⁶³.

Se in *Prendersi cura. Della gioventù e delle generazioni* le nuove generazioni erano l'oggetto principale della responsabilità e della cura appunto che il pensiero deve rivolgere loro, col secondo tomo di *Qu'appelle-t-on panser? La leçon de Greta Thunberg*, è la stessa gioventù, attraverso la figura di Greta Thunberg e la sua lezione non solo ai potenti del mondo ma per Stiegler anche alla filosofia contemporanea, a farsi soggetto di un pensiero (*pensée*) capace di prendersi cura (*panser*) dell'intero pianeta⁶⁴. In questi ultimi testi emerge una considerazione metafilosofica, che riguarda cioè il compito della filosofia di fronte all'Antropocene e alla «società automatica». Un compito che è innanzitutto un dovere⁶⁵ in nome di un diritto a venire: Il dovere della filosofia e il diritto alla noodiversità per le prossime generazioni. Il dovere della filosofia nei confronti del diritto delle generazioni future sta allora nella preservazione e nell'incentivazione della noodiversità, che come abbiamo visto passa a sua volta per la promozione della tecnodiversità. Si tratta di un elemento, quello del rapporto alle generazioni future, che si inserisce, come già mostrato da Ferdinando Menga, all'interno di una politica della vulnerabilità⁶⁶, come prendersi cura appunto delle generazioni e del loro accesso ai sistemi di sapere che soli ne possono valorizzare l'esistenza: «Il dovere della filosofia è un dovere retrospettivo di fronte al tribunale del futuro»⁶⁷.

⁶³ *Ivi*, 114.

⁶⁴ B. STIEGLER, *Qu'appelle-t-on panser? 2. La leçon de Greta Thunberg*, Paris, 2020.

⁶⁵ Cfr. B. STIEGLER, *The Neganthropocene*, London, 2018, 231-238.

⁶⁶ Cfr. F. MENGA, *Soggetti della/cura nell'era post-pandemica. Su alcuni interrogativi a partire da una prospettiva di giustizia intergenerazionale*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 4/2021, 159-177.

⁶⁷ B. STIEGLER, *The Neganthropocene*, cit., 237.

BIOETICA DELLA GESTAZIONE PER ALTRI

SI PUÒ COMPENSARE L'ALTRUISMO?

Alessandro Ferrara

1. Una premessa terminologica

Se è vero che il linguaggio è la casa dell'essere¹, prima di entrare nel merito della tematica che vorrei trattare all'interno di questo articolo, è opportuna una breve premessa terminologica.

La pratica attraverso la quale una donna porta a termine una gravidanza per conto di un'altra persona o di una coppia, che dopo la nascita diventano i genitori legali del bambino è stata definita originariamente come "maternità surrogata". La locuzione trae origine dal termine inglese *surrogacy* (da latino *surrogatus*, *subrogare*, che significa «nominato per agire al posto di») con il quale negli Stati Uniti sin dagli anni Settanta la pratica è stata definita². Nel corso degli anni si è assistito a

¹ M. HEIDEGGER, *Lettera sull'umanismo*, Milano, 1995, 60.

² La prima pratica documentata di maternità surrogata risale al 1985 negli Stati Uniti. La procedura fu gestita dal Centro per la Maternità Surrogata di Noel Keane, un avvocato che aveva aperto il primo centro di maternità surrogata negli anni Settanta. Tuttavia, il caso più famoso e che ha attirato l'attenzione internazionale è quello di Baby M nel 1986, in cui una donna, Mary Beth Whitehead, portò a termine una gravidanza surrogata per conto di una coppia, William e Elizabeth Stern, ma successivamente cambiò idea e cercò di mantenere la custodia del bambino. Questa vicenda ha portato a un'ampia discussione legale ed etica sulla pratica della maternità surrogata, e la corte alla fine decise che il contratto di surrogazione non poteva essere applicato completamente, ma che l'affidamento dovesse essere deciso in base al miglior interesse del bambino. Questo caso ha rappresentato un momento cruciale nella regolamentazione e nella percezione pubblica della maternità surrogata negli Stati Uniti e a livello globale. Per approfondimenti sul caso Baby M si veda E.A. FELDMAN, *Baby M Turns 30: The Law and Policy of Surrogate Motherhood*, in *American journal of law & medicine*, 44(1), 2018, 7-22; L.S. CAHILL, *The ethics of surrogate motherhood: biology, freedom, and*

un fenomeno di rimodellamento semantico celato, e nemmeno tanto, dalla volontà di modificare l'aspetto percettivo della pratica attraverso la sua ristrutturazione concettuale. Veniva definita, prima, "utero in affitto" da chi proponeva un approccio moralmente critico che vedeva la pratica come una forma di sfruttamento o di mercificazione del corpo femminile³. Più di recente, invece, ha trovato spazio la locuzione "gestazione per altri", con lo scopo di renderla più accettabile evidenziando gli aspetti altruistici che dovrebbero giustificare l'ammissibilità etica e giuridica⁴. Anche la questione terminologica è stata oggetto di discussione. Secondo Vitale la definizione di "gestazione per altri" esprime la

volontà del pensiero tecnico, di impossessarsi della maternità cominciando dalla stessa dimensione lessicale [...] perché non riesce a dar contezza della rilevanza giuridica dell'intera operazione che appunto mutua la propria "economia" dall'istituto civilistico della surrogazione, facendo sì che soltanto la locuzione "maternità surrogata" possa essere quella concretamente calzante per definire l'operazione⁵.

Secondo alcuni⁶ pertanto, la definizione "maternità surrogata" sarebbe in grado di meglio descrivere il fenomeno coerentemente con la

moral obligation, in *Law, medicine & health care: a publication of the American Society of Law & Medicine*, 16(1-2), 1988, 65-71. Nel 1988, invece, venne pubblicato il testo E. KANE, *Birth Mother: The Story of America's First Legal Surrogate Mother*, San Diego, 1988. Elizabeth Kane era lo pseudonimo di una donna che dopo essersi concessa per una pratica di maternità surrogata nel 1980, 7 anni dopo scrisse un libro nel quale afferma la propria contrarietà alla pratica.

³ Cfr. G. MILANO, *Bioetica. Dalla A alla Z*, Milano, 1997, 173-176, si veda la voce "Utero in affitto".

⁴ In realtà come evidenziato da Camilla Chini questa locuzione pone in secondo piano il ruolo della madre e rende altruistica la percezione di una pratica che non sempre lo è. Cfr. C. CHINI, *Maternità surrogata: nodi critici tra logica del dono e premiente interesse del minore*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 1, 2016, 174.

⁵ Cfr. A.R. VITALE, *Rilievi biogiuridici su onerosità e gratuità della maternità surrogata*, in *Rivista Semestrale del Centro Studi Rosario Livatino*, 1, 2018.

⁶ Si veda S. AGACINSKI, *Corps en miettes*, Paris, 2013, 89-92, secondo cui "mais le nom de gestatrice et le formule gestation pour autrui, ou GPA, tendent de plus en plus à s'imposer. Ces trois lettres semblent faites pour inspirer confiance, comme le sigle d'une compagnie d'assurances, mais elles contribuent largement à masquer la nature de cette inquiétante nouveauté [...]. Les trois petite lettres GPA sont sans doute rassu-

vera e propria esigenza di rigore lessicale e concettuale propria del linguaggio che «per natura è deputato a mostrare, e non già a celare, l'essere della realtà»⁷.

Nonostante a parere di chi scrive la locuzione più corretta sarebbe, probabilmente, quella di “gestazione surrogata” che permette di eliminare la connessione tra il parto e la maternità (connessione oramai ampiamente superata), si intenderà, in questo breve lavoro, riferirsi al più comune “Gestazione per altri” (GPA); non per mitigare la percezione valoriale del lettore, ma perché, come si tenterà di argomentare, l'unica forma di gestazione surrogata eticamente ammissibile è quella caratterizzata dalla presenza di un vero e assoluto altruismo.

2. La gestazione per altri, una questione complessa

L'ammissibilità etica della gestazione per altri è certamente, in ambito bioetico, tra le questioni maggiormente dibattute in dottrina nell'ultimo ventennio.

Una distinzione alla base della discussione teorica è quella tra “maternità surrogata tradizionale” e “maternità surrogata gestazionale”. Nel primo caso l'ovocita fecondato appartiene alla donna che porterà avanti la gravidanza comportando una connessione genetica e di conseguenza emotiva tra madre gestazionale e il bambino⁸; nel secondo caso invece gli ovociti non appartengono alla madre gestazionale che è assolutamente estranea dal punto di vista genetico al nascituro.

Nel dibattito accademico le specificità che caratterizzano le relazioni prodromiche all'atto fecondativo – in particolare la sussistenza di un

rantes, mais elles constituent une mystification et maquillent une forme inédite de servitude et d'abaissement des femmes”.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Proprio per questo motivo nella maggior parte degli ordinamenti giuridici in cui la gestazione per altri è legale un requisito essenziale è che l'ovulo fecondato non appartenga alla madre gestazionale in modo da evitare ulteriori ripercussioni psicologiche sulla madre gestazionale. Si veda S. IMRIE, J. VASANTI, *The long-term experiences of surrogates: Relationships and contact with surrogacy families in genetic and gestational surrogacy arrangements*, in *Reproductive BioMedicine Online*, 29, 4, 2014, 424-35.

legame parentale/genetico tra la madre gestazionale e i genitori intenzionali – hanno portato a conclusioni diverse circa l’ammissibilità etica della pratica.

In ogni caso gli accordi di surrogazione prevedono che la gravidanza sia portata avanti da una donna che dopo il parto non diventerà la madre “sociale” del bambino ma che rimarrà esclusivamente la madre biologica.

Una seconda distinzione con rilevanti ripercussioni etiche nel dibattito accademico è quella tra gestazione per altri di tipo altruistico e gestazione per altri di tipo commerciale. La gestazione per altri, infatti, può essere realizzata in forma altruistica e pertanto prevedere che la madre gestazionale non riceva alcun compenso per il proprio servizio, ma esclusivamente un rimborso delle spese sostenute o un re-introito dei mancati guadagni potenziali dovuti alla gravidanza, oppure in forma commerciale, con la previsione di una vera e propria retribuzione per il proprio servizio gestazionale. Il dibattito sul punto è stato, ed è ancora, molto florido sia a livello internazionale che nazionale⁹. Mentre la maternità surrogata di tipo commerciale è fortemente controversa dal punto di vista etico, poiché viene criticata per la potenziale mercificazione del corpo femminile e per i rischi di sfruttamento delle donne, soprattutto in contesti di povertà¹⁰ e di conseguenza è legale in un numero limitato di Stati, la gestazione per altri di tipo altruistico è ammessa in un numero maggiore di paesi per il fatto che il mancato percepimento di un compenso, ma di un semplice rimborso spese, o comunque la compensazione del “danno” subito da parte della madre gestazionale, tende-

⁹ R. TRIVIÑO-CABALLERO, *Caring for Delivery: Healthcare Professionals’ Ethical Conflicts in Surrogate Pregnancy*, in *Hypatia*, 2023, 38, 531-548; D. DICKENSON, B. VAN BEERS, *Surrogacy: New challenges to law and ethics*, in *The New Bioethics*, 26, 4, 2020, 293-297; WRITING GROUP ON BEHALF OF THE ESHRE ETHICS COMMITTEE, F. SHENFIELD, B. TARLATZIS ET AL., *Ethical considerations on surrogacy*, in *Human reproduction*, 40, 3, 2025, 420-425; A. VAN NIEKERK, L. VAN ZYL, *The Ethics of Surrogacy: Women’s Reproductive Labour*, in *Journal of Medical Ethics*, 21/6, 1995, 345-349; L. PALAZZANI, *Compendio di Bioetica*, Brescia, 2023.

¹⁰ S. WILKINSON, *The exploitation argument against commercial surrogacy*, in *Bioethics*, 17, 2, 2003, 169-87; A. PANDE, *Commercial surrogacy in India: Manufacturing a perfect mother-worker*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 35 4, 2010, 969-992; A. DONCHIN, *Reproductive tourism and the quest for global gender justice*, in *Bioethics* 24, 7, 2010, 323-32.

rebbe a escludere il rischio di sfruttamento del corpo della donna e di traffico di essere umani, per cui il neonato non sarebbe – quantomeno all'apparenza – oggetto di una transazione commerciale o il risultato di un processo produttivo.

All'interno del presente elaborato, si proverà ad analizzare esattamente quest'ultimo aspetto, e vale a dire l'argomento secondo il quale l'ammissibilità etica della gestazione per altri sia fondata sull'esclusione di forme di retribuzione dichiaratamente commerciali (e quindi fortemente incentivanti) e sull'idea secondo la quale anche nel caso in cui siano previste delle forme di compensazione o di ristoro dell'attività gestazionale queste non metterebbero in discussione il presupposto stesso della pratica e cioè l'esistenza di un sincero sentimento altruistico nell'animo della madre gestazionale.

Il punto cruciale della discussione si fonda sull'interpretazione e sui limiti del principio di autonomia e sul diritto all'autodeterminazione.

Secondo alcuni studiosi bisognerebbe considerare prevalente il principio di autonomia e di autodeterminazione¹¹ quale diritto fondamentale a esplicitare la propria personalità sia nell'intimità che nel contesto sociale e a esprimere se stessi attraverso le proprie decisioni libere e indipendenti rispetto alla necessità di tutelare non solo la madre gestazionale dalle proprie stesse decisioni¹² – sul presupposto che le stesse siano nella maggior parte dei casi prese in contesti di vulnerabilità – ma anche tutte le altre parti in gioco, il bambino e i genitori intenzionali.

L'autodeterminarsi¹³, invero, presuppone la massima espressione di libertà in capo a un soggetto consapevole ed è un principio cardine sul quale la dottrina e la giurisprudenza fondano il diritto di poter disporre del proprio corpo¹⁴, con tutte le relative limitazioni¹⁵.

¹¹ J. ROBERTSON, *Surrogate mothers: Not so novel after all*, in *Hastings Center Report*, 3, 5, 1983, 28-34; C. SHALEV, *Birth power*, Yale, 1989.

¹² A.G. GRASSO, *Per un'interpretazione costituzionalmente orientata del divieto di maternità surrogata*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2018, 159.

¹³ Cfr. A. GUSMAI, *Il diritto all'autodeterminazione: una libertà "perimetrata" dal sapere scientifico?*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2019; S. MANGIAMELLI, *Autodeterminazione: diritto di spessore costituzionale?*, in C. NAVARINI (a cura di), *Autonomia e Autodeterminazione. Profili etici, bioetici e giuridici*, Roma, 2011, 82.

¹⁴ L'art. 1 della legge n. 219/2017 ("Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento"), nel riconoscere il rango inter-costituzionale del

Il principio di autonomia è un elemento imprescindibile della gestazione per altri, sia in relazione alla volontà della madre di portare avanti un progetto riproduttivo che non si riduce al semplice elemento femminile corporale biologico-riproduttivo ma che comporta anche la volontà di rendere genitori altri sottoponendosi a una relazione umana specifica quale quella della gravidanza¹⁶, sia nei confronti degli aspiranti genitori che devono consapevolmente accettare che il loro desiderio di genitorialità venga soddisfatto attraverso un soggetto terzo.

Chi si manifesta contrario all'ammissibilità etica della pratica evidenzia che l'autonomia della scelta per essere realmente tale debba essere caratterizzata dai requisiti della l'autenticità e la consapevolezza¹⁷;

diritto all'autodeterminazione in virtù degli «articoli 2, 13 e 32 della Costituzione e degli articoli 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (comma 1), precisa: «ogni persona ha il diritto di conoscere le proprie condizioni di salute e di essere informata in modo completo, aggiornato e a lei comprensibile riguardo alla diagnosi, alla prognosi, ai benefici e ai rischi degli accertamenti diagnostici e dei trattamenti sanitari indicati, nonché riguardo alle possibili alternative e alle conseguenze dell'eventuale rifiuto del trattamento sanitario e dell'accertamento diagnostico o della rinuncia ai medesimi». Persino, si legge nel testo, «può rifiutare in tutto o in parte di ricevere le informazioni ovvero indicare i familiari o una persona di sua fiducia incaricati di riceverle e di esprimere il consenso in sua vece se il paziente lo vuole». In tale ipotesi, «il rifiuto o la rinuncia alle informazioni e l'eventuale indicazione di un incaricato sono registrati nella cartella clinica e nel fascicolo sanitario elettronico» (comma 3). La consapevolezza della persona e l'importanza di tale principio ha portato a intendere le DAT come «approdo logico del consenso informato». Così S. ROSSI, M. FOGLIA, *Testamento biologico*, voce, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Aggiornamento IX, Torino, 2014, 668. Sulle novità introdotte dalla legge 219/2017, si veda a G. BALDINI, *Prime riflessioni a margine della legge n. 219/17*, in *BioLaw Journal - Rivista di Bio-Diritto*, 2/2018. Per una lettura del significato del diritto all'informazione ex art. 21 Cost., si veda, A. LOIODICE, *Informazione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, 472.

¹⁵ Sono diversi limiti imposti al diritto di disporre del proprio corpo. Tra questi il divieto di compravendita di organi. Cfr. D. ARCHARD, *Contested Commodities: The Trouble with Trade in Sex, Children, Body Parts, and Other Things*, Harvard, 1996; di modificazioni corporali estreme, J. HABERMAS, *The Future of Human Nature*, Cambridge, 2003. Sulla possibilità di sperimentazioni su se stessi, cfr. H. JONAS, *The Imperative of Responsibility: In Search of an Ethics for the Technological Age*, Chicago, 1979.

¹⁶ B. PEZZINI, *Nascere da un corpo di donna*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, 217.

¹⁷ E. NELSON, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, Oxford, 2013, 12.

autenticità nel senso che deve appartenere all'individuo e dev'essere presa in assoluta libertà e senza alcuna coercizione e consapevolezza in quanto basata sulla comprensione delle possibili conseguenze delle proprie azioni.

Nella realtà ciò avviene poche volte, proprio per la presenza di numerosi incentivi e disincentivi all'esecuzione della pratica.

Alcune donne, più vulnerabili dal punto di vista sociale ed economico, potrebbero essere influenzate dallo stigma sociale connesso all'assenza di una gravidanza, altre al tempo stesso, da quello connesso alla scelta di portare avanti una gravidanza per conto di altri o di usufruire di una gravidanza portata avanti da altri, determinando di conseguenza una menomazione della propria autonomia.

Per questo motivo il concetto di autonomia è stato oggetto di un tentativo di ridefinizione da parte di diversi bioeticisti al fine di tenere conto del fatto che la persona è collocata contemporaneamente all'interno della propria individualità ma anche della propria dimensione sociale. Il concetto di "autonomia relazionale" per come inteso da Catriona Mackenzie e Natalie Stoljar viene definito come un "umbrella term" al di sotto del quale fare confluire una serie di prospettive fondate su alcune convinzioni condivise¹⁸.

Tra queste la più rilevante è la convinzione secondo la quale gli individui sono impregnati di socialità e che le identità individuali si formino nel contesto delle relazioni sociali e si modellino in intersezioni complesse di fattori sociali, come la razza, la classe, il genere e l'etnia.

Mentre da un lato i critici del liberalismo hanno teorizzato un'idea di autonomia più povera e restrittiva, dall'altro una concezione di autonomia riproduttiva più ampia e ricca potrebbe portare a una descrizione più accurata e normativamente desiderabile¹⁹. Di contro diverse teorie

¹⁸ C. MACKENZIE, N. STOLJAR, *Introduction: Autonomy Reconfigured*, in IID. (a cura di), *Relational Autonomy: Feminist Perspectives on Autonomy, Agency and the Social Self*, Oxford, 2000, 4.

¹⁹ E. JACKSON, *Regulating Reproduction: Law, Technology and Autonomy*, Oxford, 2001, 293.

femministe sul punto ritengono che l'autonomia decisionale delle donne in determinati contesti sia fortemente limitata se non del tutto assente²⁰.

Dal dibattito appena accennato emerge un concetto di autonomia sfumato e contestualizzato che non si fonda sulla dimensione sociale ma ne deve tenere conto²¹.

In relazione al tipo di approccio al concetto di autonomia, alcuni ritengono che il desiderio di un individuo di mettere a disposizione il proprio corpo per una pratica di surrogazione attraverso la sottoscrizione di un contratto non possa essere ignorato; altri che vi sono evidenze empiriche che dimostrano che la decisione di mettere a disposizione il proprio corpo per una pratica di gestazione per altri non è quasi mai una decisione realmente autonoma.

Di pari passo con il principio di autonomia vi è la necessità di tutelare la dignità dell'essere umano, concetto centrale nella discussione bioetica riferita direttamente al valore intrinseco di ogni persona, che non può essere oggetto di commercio o sfruttamento. La tutela del principio di autonomia e del diritto all'autodeterminazione non può che comportare la necessaria tutela della dignità della persona, anche dalle proprie stesse scelte e soprattutto nel caso in cui le scelte siano prese da individui particolarmente vulnerabili²².

Lo Stato, pertanto, ha il compito di «level the playing field»²³ all'interno del quale viene presa la decisione al fine di assicurarne realmente l'autonomia della scelta.

Per far sì che sia tutelata la dignità della persona la scelta dev'essere realmente libera; ma per assicurare l'effettiva libertà della scelta²⁴, oltre

²⁰ Alcune teorie femministe affermano che anche dare il consenso a trattamenti a sostegno dell'infertilità possa comportare in alcuni contesti un rischio di stigma sociale in virtù di una particolare pressione rispetto alla genitorialità. Si veda sul punto J.C. CALLAHAN, D.E. ROBERTS, *A Feminist Social Justice Approach to Reproduction-assisting Technologies: A Case Study on the Limits of Liberal Theory*, in *Kentucky Law Journal*, 84, 4, 1996, 1197-1227.

²¹ *Ibidem*.

²² Si veda sul punto M.L. SHANLEY, 'Surrogate Mothering' and Women's Freedom: *A Critique of Contracts for Human Reproduction*, in *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 18, 3, 1993, 618-639.

²³ D. ROBERTS, *Killing the Black Body: Race, Reproduction, and the Meaning of Liberty*, New York, 1997, 150-201, 23.

alla presenza di informazioni comprensibili e complete, è necessario garantire che chiunque intenda offrire il proprio corpo per pratiche di gestazione per altri sia influenzato il meno possibile da fattori esterni, soprattutto nel caso in cui l'unico fine che possa determinare l'ammissibilità etica della pratica sia di matrice altruistica, tale per cui la gestazione per altri è considerata un dono.

La tutela dell'autonomia della decisione e della libera autodeterminazione della madre gestazionale, quale principio cardine sul quale fondare l'ammissibilità etica della gestazione per altri, richiede in ogni caso un'approfondita valutazione da parte del legislatore proprio rispetto agli elementi silenti e nascosti che possano generare un'influenza preponderante nella scelta di offrirsi come madre gestazionale. La rilevanza di tali aspetti sociali ed economici è probabilmente inversamente proporzionale all'autonomia della scelta, motivo per il quale, risulta di fondamentale importanza individuare dei criteri che possano garantire che tale principio sia rispettato.

Non vi sono, di conseguenza, dei punti fermi sui quali la comunità accademica è concorde, anche se l'elemento sul quale è possibile rinvenire maggiori consensi – anche in virtù dei divieti espliciti alla mercificazione del corpo umano contenuti, tra gli altri, nella Convenzione di Oviedo²⁵ e nella Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea²⁶ – è l'esclusione dell'ammissibilità etica della gestazione per altri di tipo commerciale che prevede che la donna porti a termine una gravidanza per altri in cambio di un corrispettivo in denaro con l'obiettivo di trarne profitto.

Inoltre anche il Comitato Nazionale per la Bioetica con una mozione sulla *Maternità surrogata* a titolo oneroso e il Parlamento europeo nella

²⁴ L.M. PURDY, *Surrogate mothering: exploitation or empowerment?*, in *Bioethics*, 1989.

²⁵ Convenzione sui diritti dell'uomo e la biomedicina (1997), Capitolo VII – Divieto del profitto e utilizzazione di una parte del corpo umano, Articolo 21 – Divieto di profitto, «Il corpo umano e le sue parti non debbono essere, in quanto tali, fonte di profitto»: <https://rm.coe.int/168007d003> (ultimo accesso 27 gennaio 2025).

²⁶ Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea (2000/C 364/01), art.3, diritto all'integrità della persona, «il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro»: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf (ultimo accesso 27 gennaio 2025).

Relazione annuale sui diritti umani e la democrazia nel mondo del 2014²⁷ si sono espressi ravvisando nell'esecuzione della gestazione per altri la compromissione della dignità umana della donna, la compromissione e la mercificazione del corpo e delle funzioni riproduttive per profitti finanziari, che coinvolge soprattutto le donne vulnerabili dei paesi in via di sviluppo.

3. E se l'altruismo fosse un dovere morale?

Se un presupposto necessario al fine di poter affermare l'ammissibilità etica della gestazione per altri sembrerebbe essere, appunto, l'altruismo. Risulta necessario individuare la definizione di altruismo, per capire se l'attività delle madri gestazionali è effettivamente tale.

August Comte, prima di coniare il concetto di "altruismo", evidenziava la necessità di porre il bene collettivo al di sopra degli interessi personali, quale carattere fondamentale della morale positiva²⁸. Con *Vivre pour autrui*²⁹ (vivere per gli altri) Comte indica una legge fonda-

²⁷ Comitato Nazionale per la Bioetica (CNB), 2016, *Mozione sulla maternità surrogata a titolo oneroso*, https://bioetica.governo.it/media/4867/m17_2016_maternita-surrogata-a-titolo-oneroso.pdf (ultimo accesso 27 gennaio 2025). All'interno della citata mozione è indicata anche un'opinione dissenziente secondo la quale «il CNB ha preferito emettere una condanna inappellabile, che chiude il discorso prima ancora di iniziarlo. Stabilire che "la maternità surrogata è un contratto lesivo della dignità della donna e del figlio", significa negare che intorno alla nascita di quei bambini ci sia un tessuto umano, di investimenti, di pensieri, di desideri, di sentimenti, in primo luogo da parte della madre gestante. Significa cioè negare soggettività alle donne, per considerarle ancora una volta come corpi "muti", oggetto di prescrizioni, a partorire o non partorire, secondo volontà altre da loro».

²⁸ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Parigi, 1830-1842, IV, *Sur l'étude sociale*, 697: «La prépondérance de la sociabilité sur la personnalité constitue le caractère essentiel de la morale positive».

²⁹ A. COMTE, *Système de politique positive*, Parigi, 1851-1854, II, *De la sociabilité humaine*, 547: «Vivre pour autrui constitue donc la loi fondamentale de l'humanité, tant dans sa destinée privée que publique».

mentale dell'umanità introducendo il termine *altruismo*³⁰ per descrivere un principio morale centrale che privilegia il benessere degli altri rispetto all'egoismo individuale.

Una società armoniosa si fonda sull'interazione altruistica tra gli individui. L'azione altruistica per Comte è essenziale per il progresso della società in quanto agire per il bene di altri equivale ad agire per il bene comune, l'altruismo per questo motivo è inteso come comportamento morale; la chiave per superare le divisioni sociali e promuovere la solidarietà collettiva fondata su una visione globale di una società ordinata, basata su relazioni di interdipendenza. Secondo Comte agire per altruismo e solidarietà vuol dire agire in adempimento di doveri morali senza che sia prevista una ricompensa o una forma di compensazione, ma al contrario, sacrificando i propri interessi personali³¹. La solidarietà, considerata come l'insieme delle azioni altruistiche che all'interno della società contribuisce al benessere collettivo, per essere autentica, non può essere mercificata o assoggettata a compensazioni materiali. Per Comte se la solidarietà fosse compensata, perderebbe il suo significato morale, diventando un'attività egoistica.

Ebbene, se l'altruismo per essere tale richiede il sacrificio (rinunciare ad alcuna cosa per altrui bene) del proprio interesse, è possibile affermare che qualsiasi forma di risarcimento o di compensazione del sacrificio possa comportare automaticamente il venire meno dell'essenza dell'altruismo stesso.

Ma perché è proprio la presenza di una motivazione altruistica a fare la differenza tra l'accettabilità morale della gestazione per altri e il suo ripudio?

Un argomento classico sostenuto dagli studiosi contrari alla gestazione per altri³² fa riferimento alla teoria morale kantiana, secondo la

³⁰ Ivi, *Théorie de la Sociabilité*, 611: «Le mot altruisme, que je crois devoir introduire pour désigner sommairement cet état de choses, constitue une expression directe du grand principe positiviste de vivre pour autrui».

³¹ A. COMTE, *Système de politique positive*, cit., 549: «L'homme ne peut devenir pleinement homme qu'en se sacrifiant aux autres. C'est la loi fondamentale de la morale positive».

³² Cfr. L. PALAZZANI, *Reproductive technologies and the global bioethics debate: A Philosophical Analysis of the Report on ART and Parenthood of the International Bio-*

quale «l'essere umano non può essere usato semplicemente come un mezzo da nessuno, (nemmeno da ogni altro essere razionale) [Dio], ma deve essere utilizzato allo stesso tempo sempre come fine»³³, diversamente si violerebbe la dignità propria dell'essere umano³⁴.

Se la madre gestazionale viene considerata un semplice strumento per soddisfare il desiderio genitoriale altrui ovvero un fattore produttivo necessario per dare vita al bene finale allora anche secondo l'approccio Kantiano l'essere umano sarà considerato strumento, mezzo, e pertanto, il suo comportamento non potrà essere considerato morale ma al contrario immorale.

Conformandosi al precetto kantiano, però, secondo una determinata lettura dei principi della morale Kantiana, una gestazione per altri che sia realmente e assolutamente altruistica potrebbe essere approvata anche dallo stesso filosofo di Königsberg.

Infatti, nel tentativo di fondare una morale universale, Kant affermava che leggi morali sono considerate degli imperativi che prescrivono per noi degli obblighi universali (validi per tutti gli esseri umani), positivi o negativi, al rispetto dei quali non possiamo in alcun modo sfuggire, pertanto categorici, che identificano i criteri fondamentali sulla base dei quali costruire le nostre massime di comportamento, che in virtù di ciò diventano per noi dei doveri.

La rappresentazione di un'azione considerata necessaria non in virtù di un secondo fine o scopo ma direttamente in quanto tale è in grado di

ethics Committee of Unesco, in Phenomenology and Mind, 19, 2020; cfr. anche A. PIZZO, *Una questione bioetica: la maternità surrogata. Problematica e prospettive*, in *Dialegethai. Rivista telematica di filosofia*, 2006, «Il principio kantiano, al quale spesso in tempi recenti s'è richiamata la Commissione Nazionale di Bioetica (CNB), secondo il quale, e in forza del quale, ognuno di noi è fine a sé stesso, e non può essere utilizzato quale medium per conseguire finalità esterne o interessi di terzi, dispone anche che ciascuno di noi sia un corpo che esplica determinate azioni e consegue determinate finalità, sempre in accordo con la massima su esposta». Si veda anche R. ADORNO, *Bioetica y dignidad de la persona*, Madrid, 1983.

³³ I. KANT, *The Metaphysics of Morals*, in M.J. GREGOR (trad. ing.), *Practical Philosophy*, Cambridge, 1996, sezione I, capitolo I, § 38, «for a human being cannot be used merely as a means by any human being (nor by any other rational being) but must always be used at the same time as an end» (trad. mia).

³⁴ *Ibidem*, «Humanity itself is a dignity».

per sé di creare un imperativo categorico e cioè un imperativo rispetto al quale dentro di noi è collegato direttamente un dovere.

Ed è proprio l'incentivo interno al dovere che per Kant è l'elemento differenziante nell'individuazione di ciò che è morale in quanto «per considerare l'azione in termine di leggi morali, nessuna particolare legge dovrebbe prescrivere quell'azione»³⁵.

Per definire l'azione altruistica come azione morale, secondo i precetti Kantiani, è necessario affermare che l'azione altruistica possa essere conforme a una massima di comportamento in grado di essere sussumta come legge universale, considerata dall'agente come un imperativo categorico.

Parimenti, mentre la definizione di una massima di comportamento è una attività metafisica, eseguita semplicemente con l'uso della ragione, l'esercizio del libero arbitrio richiede all'essere umano di compiere azioni esterne. Questa eventualità determina necessariamente che gli esseri umani agiscano ed entrino in rapporto tra di loro anche sulla base di altri presupposti e di diversi incentivi.

Il Legislatore avrà pertanto il ruolo di creare incentivi all'azione conformi a massime di comportamento ritenute morali, ovvero come nel caso della gestazione per altri, avrà il dovere negativo di proibire azioni contrarie ai doveri morali e permettere quelle conformi ai doveri morali.

A prescindere dalla personale concezione di ciò che è morale e di ciò che non lo è³⁶ – concordemente con le teorie appena individuate, rispetto alle quali, consideratane la complessità, non si pretende di poter offrire una visione completa in poche righe – se si considera l'azione altruistica come un'azione morale (intesa in senso Kantiano), la gestazione altruistica (intesa in senso Comtiano) non solo può essere consi-

³⁵ *Ibidem*, III Preliminary Concept of the Metaphysics of Morals, [6:223], 16: «for considering the action in terms of moral laws, no special law would be required for it».

³⁶ Kant riteneva che anche in un mondo di esseri puramente razionali (come gli angeli) potrebbe esserci disaccordo su cosa sia il bene, non perché gli angeli abbiano inclinazioni egoistiche, ma perché il bene non è una realtà oggettiva immediata, bensì qualcosa che richiede una legislazione morale razionale. Cfr. I. KANT, *Critica della Ragion Pratica*, in V. MATHIEU (a cura di), Milano, 1788.

derata eticamente ammissibile, ma addirittura può essere considerata un'azione morale.

Se la madre gestazionale agisce in adempimento di un dovere morale, la gestazione per altri abbandona lo status di “mezzo” per il bene altrui e acquisisce quello di “fine” per sé stesso, di bene per il bene in sé, di imperativo categorico per l'agente.

Pertanto, per affermare che la gestazione per altri sia una pratica eticamente ammissibile è necessario affermare che l'incentivo interno all'azione delle madri gestazionali sia esclusivamente il fine altruistico, percepito come dovere morale da parte di queste ultime.

L'incentivo all'azione, tuttavia, non è conoscibile all'esterno dell'agente e di conseguenza non può essere utilizzato come parametro legale per discriminare tra i casi in cui la gestazione per altri sia eticamente accettabile e i casi in cui non lo sia. Sarà invece necessario che il legislatore individui dei criteri giuridici in grado di assicurare che il libero arbitrio dell'agente, e la corrispondente azione, siano conformi ai doveri morali.

L'intervento del legislatore, coerentemente con quanto premesso, è ancora più necessario in contesti di elevata vulnerabilità. Secondo Judith Butler, la vulnerabilità può essere considerata una condizione intrinseca dell'essere umano, che emerge in modo particolarmente evidente nelle relazioni di dipendenza e interdipendenza. Una sorta di vulnerabilità strutturale che esige una risposta etica da parte delle istituzioni e della società per prevenire lo sfruttamento e proteggere i diritti umani fondamentali³⁷.

Diversamente Martha Nussbaum identifica la vulnerabilità come carenza di capacità fondamentali, che includono la salute, l'integrità psico-fisica, e la possibilità di partecipare pienamente alla vita sociale e di soddisfare pienamente sé stessi a causa di una mancanza di alternative dignitose³⁸.

³⁷ J. BUTLER, *Precarious Life: The owers of mourning and violence*, London-New York, 2004.

³⁸ M.C. NUSSBAUM, *Capabilities: The Human Development Approach*, Harvard, 2011.

L'intrinseca vulnerabilità dell'essere umano e la necessità di "livellare il piano di gioco"³⁹ e cioè limitare tutte quelle condizioni che possono creare dei condizionamenti per l'autonomia e l'autodeterminazione dell'individuo richiedono pertanto l'intervento del Legislatore. Ciò, al fine di creare le condizioni affinché l'azione esterna dell'agente sia corrispondente il più possibile all'incentivo interno e al tempo stesso assicurarsi, il più possibile, che non vi siano incentivi diversi dal pure fine altruistico. Solo attraverso questo procedimento si potrà sostenere l'effettivo altruismo dell'azione della madre gestazionale e di conseguenza l'ammissibilità etica della pratica.

4. Per una gestazione per altri realmente altruistica

Il legislatore, al fine di raggiungere l'obiettivo di garantire la conformità dell'azione a un incentivo interno altruistico, non potrà fare altro che individuare una serie di requisiti in grado di assicurare, con il maggior grado possibile di probabilità, il fine altruistico della gestazione per altri. Solo in questo caso, allora, si potrà parlare realmente di gestazione per altri.

Potrebbe immaginarsi allora una sorta di Centro Nazionale per la Gestazione Altruistica, simile al Centro Nazionale Trapianti, al quale demandare la responsabilità di sovrintendere ai processi necessari per l'espletamento della pratica. Si potrebbe tenere un elenco all'interno del quale le donne intente a portare avanti una gestazione per altri possano iscriversi per soddisfare il proprio proposito altruistico.

Si potrebbero individuare attentamente dei requisiti d'iscrizione all'elenco – valutati direttamente a livello istituzionale – in grado di tutelare sia le madri gestazionali (un determinato limite di età, l'aver avuto già una gravidanza, l'assenza di malattie trasmissibili o malattie genetiche, ecc.) sia i genitori intenzionali (sussistenza di problematiche di infertilità, requisiti di età, reddito, presenza di almeno una coppia, ecc.) che, ovviamente, il bambino.

³⁹ D. ROBERTS, *op. cit.*, 23: «Level the playing field» (trad. mia).

Il Centro Nazionale per la Gestazione Altruistica potrebbe occuparsi di gestire – anche attraverso accordi bilaterali o multilaterali con altri Stati o attraverso organizzazione internazionali⁴⁰ – l’incontro delle richieste dei genitori intenzionali con le madri gestazionali garantendo l’anonimato delle parti al fine di evitare pressioni e/o coercizioni degli uni verso gli altri e il perseguimento di qualsiasi intento di tipo eugenetico, ma garantendo sempre al bambino la possibilità di conoscere le proprie origini una volta raggiunta la maggiore età.

Inoltre se al progetto genitoriale fosse riconosciuta dignità costituzionale (sulla base degli artt. 2 e 3 Cost. e 7 e 8 CEDU) i servizi sanitari nazionali potrebbero prendersi carico delle spese necessarie per l’esecuzione della pratica. Ciò garantirebbe la completa gratuità dell’atto gestazionale e di conseguenza sia l’autenticità dell’intento altruistico e solidaristico della madre gestazionale (l’incentivo interno), sia l’equità nell’accesso alle tecniche di Procreazione Medicalmente Assistita, permettendo di accedervi anche ai meno abbienti garantendo parità e uguaglianza anche dalla parte del genitore o dei genitori intenzionali che, invece attualmente, sono principalmente individui o coppie abbienti.

Per quanto concerne il procedimento, questo potrebbe essere istituzionalizzato, con l’assegnazione della madre gestazionale alla coppia intenzionale sulla base, eventualmente, di parametri clinici di compatibilità, salvo prevedere delle deroghe nei casi in cui la madre gestazionale sia una parente stretta del genitore o dei genitori intenzionali (ammesso che ciò sia permesso) in quanto garanzia dell’altruismo della pratica. Bisognerebbe inoltre valutare attentamente l’eventuale diritto della madre gestazionale a mantenere con sé il bambino dopo il parto controbilanciando gli eventuali danni psicologici connessi a un allontanamento forzoso dallo stesso con i danni per il genitore o i genitori intenzionali connessi al fallimento della pratica di gestazione, soprattutto nel caso di impiego, per la fecondazione, di gameti crioconservati.

⁴⁰ Tipo Eurotransplant, un’organizzazione internazionale senza scopo di lucro che agisce come mediatore tra gli ospedali per i donatori e i centri di trapianto a beneficio dei pazienti che necessitano di un trapianto di organi in tutti i suoi Stati membri: <https://www.eurotransplant.org/about-eurotransplant/cooperating-saves-lives/> (ultimo accesso 5 aprile 2025).

L'argomento portato avanti in quest'ultimo paragrafo, e le conseguenti suggestioni, non risultano prive di punti deboli, il principale di questi potrebbe essere l'idea per la quale il sacrificio connesso all'atto altruistico sia rappresentato dalla gravidanza per sé stessa senza necessariamente includere il dispendio economico a essa connesso e che pertanto anche riconoscendo il rimborso delle spese vive alla madre gestazionale possa permanere ugualmente la certezza del fine altruistico e di conseguenza, come argomentato, l'ammissibilità etica della pratica.

Sul punto potrebbe anche concordarsi atteso che sarebbe necessario individuare, così come altre volte fatto dal legislatore in altri ambiti⁴¹, dei parametri stringenti affinché il rimborso delle spese non sia tale da rappresentare un incentivo esterno alla gestazione per altri e rendere vano il fine altruistico.

In ogni caso anche alla luce della prassi a un accesso globalizzato alla pratica, che permette ai genitori intenzionali di bambini nati da gestazione per altri di ottenere – anche grazie al principio del *best interest of the child* – il riconoscimento del rapporto genitoriale anche nel caso in cui la nascita sia avvenuta tramite una pratica contraria alla legge del paese dei genitori intenzionali, è opportuno individuare delle direttive a livello sovranazionale al fine di poter controllare un fenomeno che, lungi dall'essere portato avanti per soli fini altruistici, in alcuni casi anche esplicitamente, molto spesso finisce per violare gravemente la dignità e i diritti degli esseri umani coinvolti e soprattutto delle donne.

⁴¹ Si veda per esempio l'art. 283, 6° c. CCII, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 aggiornato al d.lgs. 13 settembre 2024, n. 136, il quale individua un ammontare economico ritenuto congruo ai fini del sostentamento di un nucleo familiare sulla base del numero dei componenti.

IL PROBLEMA DEL SENSO COMUNE E I DIRITTI DELLE PERSONE POSSIBILI

Giuseppe Rocchè

Questa presentazione si concentra sul pensiero di Derek Parfit (1943-2017). Uno dei lasciti più fecondi di Parfit consiste nella creazione di una nuova branca della filosofia morale che prende il nome di “etica della popolazione”.

Parfit parte da una suddivisione tra tre tipi di azioni. In primo luogo abbiamo le *same people choices*, ossia le azioni riguardanti persone che esistono o esisteranno indipendentemente dalle nostre azioni. Azioni che beneficiano o danneggiano persone che esistono o esisteranno indipendentemente da esse. Dare un pugno anziché una carezza al proprio partner, fare rumore in treno, dirottare un vagone ferroviario impazzito uccidendo una persona per salvarne cinque sono tutti esempi di *same people choices*. Secondo Parfit le *same people choices* sono però solo una piccola parte delle azioni che possiamo compiere. Accanto a esse si situa il mondo delle *different people choices*, ossia l’insieme di tutte le azioni che determinano in modi diversi l’identità delle persone che esisteranno. Azioni che determinano *chi* esisterà¹.

Non si tratta di azioni eccezionali, come potrebbe sembrare. Infatti, la nostra esistenza è “precaria” nel senso che se ciascuno di noi non fosse stato concepito nel momento e nelle circostanze in cui è stato effettivamente concepito, non sarebbe mai esistito². Le azioni che modificano le circostanze del concepimento sono delle *different people choices*; e dunque molte delle azioni che concepiamo come *same people choices* sono in realtà delle *different people choices*.

Le *different people choices*, a loro volta, possono essere suddivise in *same number choices* e *different number choices*. Le prime determina-

¹ Seguo qua D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1984, 355-356.

² *Ivi*, 351.

no l'identità delle persone che esisteranno, ma non alterano il numero di queste. Le seconde non solo determinano l'identità delle persone che esisteranno ma ne determinano anche il numero. Questo vuol dire che le *different number choices* determineranno aumenti o decrementi della popolazione – aumenti o decrementi vistosi, migliaia, milioni, miliardi di persone, oppure variazioni microscopiche, una persona in più o in meno. Le *different number choices* incorporano i problemi delle *same number choices* e ne pongono di nuovi. Dunque sono le azioni più spinose. Ma partiamo dalle *same number choices*.

Parfit ritiene che le *same number choices* siano problematiche perché rendono inservibili alcune giustificazioni classiche che vengono usate per condannare certe scelte. Certe azioni sono intuitivamente condannabili, e sembra facile supportare le nostre intuizioni di condanna sulla base di certi argomenti, di certe considerazioni di principio. Tuttavia, se ci rendiamo conto della struttura delle azioni in questione – se, ovvero, ci rendiamo conto del fatto che queste siano delle *same number choices* (un tipo di *different people choices*) e non delle *same people choices* – allora ci renderemo conto che questi argomenti e queste considerazioni di principio non possono supportare i nostri giudizi di condanna.

Per mettere in luce ciò Parfit ricorre al seguente esempio³. Immaginiamo che una donna sappia che, se concepisce adesso, suo figlio sarà affetto da un grave handicap fisico (possiamo pensare che il bambino nascerà cieco, oppure con un arto atrofizzato), seppur avrà nel complesso una vita degna di essere vissuta. Se, invece, la donna aspetta – per quello che possiamo saperne – il figlio che metterà al mondo non sarà affetto da alcun handicap congenito.

Un'intuizione comune è che la donna in questo caso ha delle forti ragioni morali per posticipare la gravidanza. Che, in altre parole, mettere al mondo un figlio adesso sarebbe un'azione sbagliata. Ma perché sarebbe un'azione sbagliata? Apparentemente, si potrebbe ragionare così: è sbagliata perché la donna *danneggia* suo figlio. Qua però sorge il problema: perché una persona sia danneggiata da un'azione, l'azione deve fare stare quella persona *peggio* di come sarebbe potuta stare

³ *Ivi*, 357 ss.

(concezione controfattuale del danno) o di come stava precedentemente (concezione cronologica)⁴. Ma nel caso in esame se la donna posticipa la gravidanza questa scelta non farà sì che il figlio che sarebbe nato con handicap nasca senza handicap: piuttosto il figlio che sarebbe nato con handicap non nascerà affatto, perché al suo posto nascerà un altro figlio. Questo vuol dire che la donna, concependo il figlio ora, non lo fa stare peggio di come sarebbe potuto stare e dunque – almeno secondo le concezioni tradizionali del danno⁵ – non lo danneggia. Parfit chiama questo problema, la difficoltà nel giustificare il nostro giudizio di condanna, *Non-Identity Problem*⁶.

(Introduciamo ed escludiamo subito una possibile risposta al problema. Potrebbe dirsi che, a volte, l'esistenza è un male per la persona che esiste rispetto alla non esistenza, e che, quando questo è il caso, creare la persona in questione equivale all'infliggerle un danno – un danno esistenziale⁷. Tuttavia questa considerazione non è di aiuto nel presente caso. Non si può dire che la vita del bambino affetto da handicap del nostro esempio sia una vita intrinsecamente negativa. Infatti, abbiamo postulato che sia una vita comunque degna di essere vissuta, ed è certamente plausibile che esistano handicap psico-fisici che diminuiscano in modo considerevole la qualità della vita umana senza far sì che la vita cessi di essere degna di essere vissuta. Diverso sarebbe stato il caso di un bambino affetto da una qualche malattia che ne impedisca lo sviluppo cognitivo e lo condanni a una breve, o lunga, vita piena di strazi. In un caso del genere – ma non nel nostro – si sarebbe potuto dire che la vita non è degna di essere vissuta, e la creazione di questa vita costituisce un danno esistenziale per la persona creata.)

⁴ J. FEINBERG, *Wrongful Life and the Counterfactual Element in Harming*, in *Social Philosophy and Policy*, IV, n. 1, 1986, 149.

⁵ È fatta salva la possibilità di appellarsi a una concezione non-tradizionale del danno, come quelle elaborate da Seana Shiffrin e Elizabeth Harman: S. SHIFFRIN, *Wrongful Life, Procreative Responsibility, and the Significance of Harm*, in *Legal Theory*, V, n. 2, 1999; E. HARMAN, *Can we Harm and Benefit in Creating?*, in *Philosophical Perspectives*, XVIII, n. 1, 2004. Ma si tratta di una strada tortuosa e dagli esiti incerti.

⁶ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., 359.

⁷ J. MCMAHAN, *Causing People to Exist and Saving People's Lives*, in *The Journal of Ethics*, XVII, n. 1/2, 2013.

Il fatto che non possiamo invocare la sussistenza di un danno ha delle forti implicazioni nel mondo del diritto, come per esempio nell'ambito della responsabilità medica. Il medico negligenemente non suggerisce un trattamento pre-concepimento che comporta la postposizione del concepimento per alcuni mesi; nasce un figlio disabile. La madre è danneggiata dalla condotta del medico, ma non anche il bambino, che non sarebbe esistito se il trattamento pre-concepimento fosse stato eseguito. Che il bambino non sia danneggiato dalla condotta del medico dà conto dell'indirizzo della giurisprudenza che nega il diritto al risarcimento del danno del nato nelle cause per *wrongful life*⁸.

L'indirizzo adottato dalla giurisprudenza – riconoscimento del diritto al risarcimento ai genitori ma non al figlio – è emblematico del problema morale di fondo ma non ne costituisce una soluzione. Il disvalore delle azioni che creano vite affette da gravi handicap, da un punto di vista intuitivo, non sembra ridursi alla frustrazione degli interessi dei genitori. Ne è prova il caso della madre congegnato da Parfit. In quel caso tendiamo a pensare che vi sia qualcosa di sbagliato nell'azione della donna che, non preoccupandosi della qualità della vita che avrà suo figlio, mette al mondo una persona la cui vita sarà contraddistinta da difficoltà particolari⁹. In questo caso – in cui non vi sono medici negligenenti – il disvalore non può consistere solo nella frustrazione degli interessi della madre, dato che è lei stessa che sta decidendo di non posticipare la gravidanza.

Quali conclusioni sono tratte da Parfit? Semplificando, secondo Parfit la ragione più semplice per cui la madre sbaglia attiene al fatto che, non aspettando, crea una vita che conterrà una quantità di benessere minore di quella contenuta nella vita che la madre avrebbe potuto creare. Nelle *same number choices* (una *species* delle *different people choices*) sembra ragionevole farsi guidare dalla considerazione della

⁸ R. PERRY, *It's a Wonderful Life*, in *Cornell Law Review*, XCIII, 2008; si veda anche Cassaz., sez. un. 22 dicembre 2015 n. 25767.

⁹ Il caso prospettato da Parfit in *Reasons and Persons* riguarda la scelta da parte di una ragazza giovane e inesperta di concepire un figlio. Altre versioni riguardano il caso di handicap fisici (es. D. BOONIN, *The Non-identity Problem & the Ethics of Future People*, Oxford-New York, 2014).

maggior quantità di benessere che le nostre azioni potrebbero creare¹⁰. In altre parole, fino a questo punto, avremmo ragioni per preferire un'etica come quella utilitaristica rispetto a etiche incentrate sul principio del danno.

Dunque le nostre azioni dovrebbero tendere alla maggior quantità di benessere. Il problema con l'Utilitarismo si palesa nel momento in cui passiamo dalle *same number choices* alle *different number choices*. Immaginiamo un mondo in cui esistono miliardi di persone ciascuna delle quali ha un livello di benessere molto elevato – mondo A. Se davvero dovessimo tendere alla maggior quantità di benessere, dovremmo preferire a questo mondo un mondo alternativo in cui ciascuno ha una vita appena degna di essere vissuta, ma in cui la popolazione complessiva è enormemente più grande che nel primo – mondo Z. Parfit chiama questa conclusione “la Conclusione Ripugnante” e, come denota il nome da lui scelto, ritiene che sia una conclusione altamente problematica. L'Utilitarismo va emendato o soppiantato con qualcosa di diverso. Ma con cosa? Parfit inaugura così la caccia alla Teoria X, che dovrebbe risolvere i problemi delle *different number choices*¹¹.

Tuttavia, da subito emerge come le prospettive di questa ricerca siano piuttosto cupe. Parfit, in effetti, non solo inaugura un nuovo genere letterario, la ricerca della Teoria X e la soluzione dei dilemmi dell'etica della popolazione, ma porta già la ricerca a un elevato livello di sofisticazione, nonché – cosa qui più significativa – a quello che sembra a molti un vicolo cieco.

Il problema che Parfit mette in luce con maestria, infatti, non è solo che l'utilitarismo porta alla Conclusione Ripugnante – già qualcosa di simile era stato notato da Rawls, e prima ancora da Sidgwick –, bensì che nelle *different number choices* alcuni dei nostri giudizi pratici più generali e irrinunciabili entrano in contraddizione. Il problema lungi dall'essere confinato all'Utilitarismo investirebbe il nostro senso comune morale. Senza addentrarci nei particolari, Parfit mostra come (i) l'intuizione per cui esistere e avere una vita degna di essere vissuta sia almeno non peggio che non esistere, (ii) l'intuizione per cui la disegua-

¹⁰ D. PARFIT, *Reasons and Persons*, cit., 360-361.

¹¹ *Ivi*, 381-390.

gianza almeno non è un bene, (iii) l'intuizione secondo cui la Conclusione ripugnante è inaccettabile e (iv) l'intuizione in favore del principio di transitività nei giudizi pratici sono intuizioni incompatibili: qualcosa deve andare via, ma cosa?¹²

Una dinamica tipica di questo dibattito consiste allora nell'elaborazione di proposte che provano a percorrere una stratta via di mezzo tra degli scogli che sarebbero rappresentazioni delle nostre intuizioni. L'auspicio è che si possa trovare un principio che non violi le nostre intuizioni. E dinamica altrettanto tipica del dibattito consiste nel rispondere a questi tentativi mostrando che se effettivamente evitano le conclusioni contro-intuitive per evitare le quali erano stati disegnati, tuttavia implicano altre, nuove, conclusioni contro-intuitive. I vari principi proposti evitano gli scogli noti andando in una direzione nuova, solo per imbattersi in scogli nuovi.

Ma a noi interessa una diversa dinamica. Alcuni autori propongono dei principi che generano soluzioni controintuitive, ben consapevoli del fatto che le soluzioni siano appunto contro-intuitive. Per esempio, alcuni autori hanno sostenuto che si debba accettare la Conclusione ripugnante. Nel farlo questi autori si sono appellati all'idea per cui le nostre intuizioni morali non sarebbero affidabili. Secondo questo modo di vedere, le vite umane non si scollano mai di molto, contrariamente alle rappresentazioni comuni, dal livello in cui una vita è appena degna di essere vissuta. Z non è una landa desolata dove c'è da nutrirsi, ma dove manca qualsiasi opportunità di fare qualcosa della nostra vita, e in cui alla fine non resta che aspettare la morte. Z va inteso come il mondo in cui vivono i più fortunati di noi (i cittadini delle democrazie liberali occidentali), e questo dovrebbe spingerci ad apprezzare la desiderabilità di un mondo come Z¹³.

¹² Ivi, 419 ss. Altri autori hanno ulteriormente raffinato il problema dell'impossibilità di trovare una soluzione convincente nell'ambito dell'etica della popolazione, delineando dei veri e propri Teoremi dell'impossibilità (sulla scorta del Teorema dell'impossibilità di Arrow). Si veda a tal proposito G. ARRHENIUS, *Future Generations. A Challenge for Moral Theory*, Uppsala, 2000.

¹³ T. TÄNNSJÖ, *Why We Ought to Accept the Repugnant Conclusion*, in J. RYBERG, T. TÄNNSJÖ, *The Repugnant Conclusion*, Dordrecht-Boston-Londra, 2004.

Non importa soffermarsi su un argomento anziché su un altro. Quello che importa è la struttura formale degli argomenti: assistiamo a una violazione di quelle che sembravano essere le regole del gioco accettate da tutti, seppur in forma implicita. Le regole del gioco sembravano essere: dobbiamo trovare soluzioni intuitive ai problemi noti; soluzioni in linea con il senso comune, che non implicino soluzioni contro-intuitive rispetto a problemi nuovi. Adesso si dice che alcune soluzioni contro-intuitive non sono sbagliate. Il fatto di essere in contrasto con il senso comune non è una ragione per scartare queste soluzioni¹⁴. Chiamiamo questo modo di intendere la teoria morale “il Metodo dell’Accettazione”.

Notiamo una cosa. Nel caso sui cui ci siamo soffermati fino a ora l’accettazione delle conclusioni contro-intuitive è stata funzionale all’accettazione della Conclusione Ripugnante. Dunque una strategia che sembrerebbe difendere l’Utilitarismo. L’idea di fondo è che dovremmo riconoscere valore intrinseco alla creazione di nuove vite e per questo accettare la Conclusione Ripugnante, anche se questo riconoscimento di valore dà in certi casi risultati contro-intuitivi. Ma la stessa strategia, l’accettazione delle conclusioni contro-intuitive, può essere messa al servizio della posizione opposta. Possiamo avere non solo una posizione favorevole alla creazione di nuove vite che genera conclusioni contro-intuitive, ma anche una posizione che è sfavorevole in modo contro-intuitivo alla creazione di nuove vite. Questa posizione è incarnata da David Benatar, sostenitore dell’anti-natalismo¹⁵.

Secondo Benatar vi è una generale asimmetria tra piacere e dolore, nel senso che, se da un lato, la presenza di piacere è bene e la presenza di dolore è male, dall’altro lato l’assenza di dolore è bene, ma l’assenza di piacere *non* è male, salvo che costituisca una forma di deprivazione. Ma l’assenza di piacere che è collegata alla non-esistenza non può esse-

¹⁴ Oggi la sensibilità sta parzialmente cambiando, ma in modo solo superficiale: oggi c’è minore preoccupazione per il sovrappopolamento, e maggiore preoccupazione – almeno in Occidente – per il declino demografico di certi gruppi etnici; ma questo non vuol dire che le nostre intuizioni sono cambiate: possiamo forse parlare della riscoperta di un valore sociale delle nascite, ma non della scoperta di un valore intrinseco delle nascite.

¹⁵ D. BENATAR, *Better Never to Have Been*, Oxford-New York, 2004.

re in alcun modo vista come una privazione per il soggetto che sarebbe potuto esistere: dunque l'assenza di piacere collegata alla non-esistenza non è peggiore della presenza di piacere. Da ciò segue che, siccome l'assenza di dolore è meglio della presenza di dolore, e la presenza di piacere non è meglio dell'assenza di piacere che è collegata alla non esistenza, la non-esistenza è preferibile all'esistenza. Può così concludersi che dal punto di vista morale non abbiamo ragioni per creare persone derivanti dai piaceri che le loro vite conterranno, mentre abbiamo delle ragioni per non creare persone derivanti dai dolori che le loro vite conterranno. I piaceri non compensano in modo rilevante i dolori (quando si tratta di scegliere se creare o no delle vite), la vita è un male e avremmo ragioni per causare la nostra estinzione¹⁶.

Che avremmo ragioni per causare la nostra estinzione è una conclusione contro-intuitiva. Ma questo fatto non impedisce – questa è l'idea – che sia una conclusione accettabile qualora si dimostri che segue, per via un ragionamento stringente, da certe premesse accettabili¹⁷. In questo caso vediamo come il Metodo dell'Accettazione muova da una premessa radicalmente opposta alla precedente, ossia muova dall'idea del disvalore intrinseco della creazione di vita, e sia messo al servizio, conduca, a una soluzione opposta rispetto all'accettazione della Conclusione ripugnante, ossia l'anti-natalismo.

L'accostamento di queste due strategie, simili per struttura ma opposte negli esiti, evidenzia anche il problema dell'arbitrarietà di questa strategia argomentativa. Finché l'idea di fondo era che il senso comune costituisce il parametro di controllo dell'accettabilità di una soluzione, vi era tendenziale accordo su cosa costituisca una buona o una cattiva soluzione. Adesso servono nuove regole. Per evitare che il gioco diventi sregolato, un che di totalmente arbitrario, abbiamo bisogno di una teoria che spieghi perché certe intuizioni sarebbero inaffidabili mentre altre sarebbero rilevanti dal punto di vista dell'epistemologia morale.

E qua dobbiamo ampliare lo sguardo e notare come la strategia dell'accettazione non sia un che di isolato nell'ambito dell'etica della popolazione. Anche in altri dibattiti si è assistito, in tempi più o meno re-

¹⁶ *Ivi*, 29 ss., 40 ss.

¹⁷ *Ivi*, 202 ss.

centi, a una messa in discussione del senso comune. Un caso emblematico è rappresentato dal dibattito sul *Trolley Problem*. Nel *Trolley Problem* vengono raffrontate due azioni: da un lato, dirottare un vagone impazzito da un binario affollato a un binario in cui c'è solo una persona; dall'altro, spingere da un cavalcavia una persona sulla traiettoria di un vagone impazzito per evitare che questo travolga una folla. L'obiettivo classico della ricerca è trovare un principio che spieghi perché la prima azione sarebbe doverosa o almeno permessa, mentre la seconda sarebbe vietata¹⁸. Ossia trovare un principio o una teoria della giustizia che giustifichi i nostri giudizi intuitivi concreti.

Un modo *non* classico di accostarsi al problema è invece quello delineato da Joshua Greene. La conclusione di Greene è che in linea teorica – ma puramente teorica – dovremmo accettare che è giusto spingere una persona dal cavalcavia per salvare un numero maggiore di persone tanto quanto lo è dirottare il vagone sul binario in cui c'è solo una persona. Greene non nega che questa sia una conclusione controintuitiva. Al contrario, la sua ricerca filosofico empirica è basata sul presupposto che la conclusione sia controintuitiva. Ma Greene sostiene che il senso comune in ambito etico spesso non permetta di arrivare a soluzioni corrette. L'idea di Greene per cui dovremmo accettare, in linea teorica, anche le più indigeste conclusioni a cui porta l'Utilitarismo, e l'idea ancora più generale per cui il senso comune non basta, sono giustificate sulla base di una teoria più ampia del ragionamento pratico che integra premesse normative con i risultati della psicologia sperimentale e delle neuroscienze¹⁹.

La riflessione di Greene è forse il tentativo più sofisticato di difendere il Metodo dell'Accettazione. Si tratta della proposta di un'etica rivoluzionaria contrapposta a un'etica che avrebbe il compito di giustificare i nostri giudizi intuitivi. Eloquentemente Greene distingue tra lo

¹⁸ J.J. THOMSON, *The Trolley Problem*, in *The Yale Law Journal*, XCIV, n. 6, 1985.

¹⁹ Si vedano J.D. GREENE, *The Secret Joke of Kant's Soul*, in W. SINNOTT-ARMSTRONG (a cura di), *Moral Psychology (vol. III). The neuroscience of morality: Emotion, brain disorders, and development*, Cambridge (Mass.)-London, 2008; ID., *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*, New York, 2013; ID., *Beyond Point-and-shoot Morality: Why Cognitive (Neuro)Science Matters for Ethics*, in *Ethics*, CXXIV, 2014.

stile morale che consiste nel rincorrere le nostre intuizioni – *intuition chasing* – e lo stile che impone, in modo che si vorrebbe non arbitrario, di accettare conclusioni contro-intuitive, di “ingoiare il rospo” – *bullet biting*²⁰. Le intuizioni morali per Greene sono parte del problema. La rivoluzione in senso utilitarista implica che avremmo il dovere di sacrificarci per gli altri in un modo che il senso comune non richiede, e avremmo il dovere di compiere atti che il senso comune reputa essere abominevoli per incrementare il benessere complessivo²¹.

E, in questo contesto, è interessante notare come Greene non argomenta solo favore dell’espansione dell’empatia versione le persone esistenti. Anche le generazioni future, o meglio le persone possibili, di cui si occupa l’etica della popolazione sono contemplate nel progetto.

Our resistance to making more happy people is not, I think, a moral one. Rather, we living humans are engaged in a conspiracy against the most underrepresented people of all, an underrepresented *majority*, in fact: the helpless hypothetical masses who, thanks to our selfish choices, never get the chance to even protest their nonexistence²².

In questa presentazione ho contrapposto due modi di intendere la riflessione morale, che possiamo chiamare “il Metodo del Senso Comune” e “il Metodo dell’Accettazione”. Lo spartiacque tra i due metodi attiene al se sia legittimo accettare o meno conclusioni controintuitive. Uno dei modi di intendere questa contrapposizione è tra un’etica conservatrice e un’etica rivoluzionaria. Seguono alcune domande che costituiscono un manifesto di studi futuri.

²⁰ *Ivi*, 718-719.

²¹ Coinvolgerebbe la Dottrina del doppio effetto, ossia la distinzione tra vittime intenzionali e vittime collaterali, la distinzione tra causare attivamente e lasciar accadere. Fuori dall’ambito del *Trolley Problem* la riflessione di Greene sull’ampliamento dei doveri di beneficenza converge con quella di Peter Singer, altro rivoluzionario morale, seguace del Metodo dell’Accettazione.

²² J.D. GREENE, *Moral Tribes: Emotion, Reason and the Gap between Us and Them*, cit., 326. Va detto che in questo passo Greene coglie il carattere paradossale dell’Utilitarismo. Per Greene dato come siamo fatti, è meglio spesso non provare a incarnare i dettami dell’Utilitarismo. Resta il fatto che sarebbe meglio essere fatti in un altro modo: per esempio persone capaci di apprezzare il valore intrinseco della creazione di nuove vite.

- 1) Vi è un rapporto, e se sì quale, tra questi due metodi del ragionamento morale e posizioni in senso lato metaetiche? Per esempio, è possibile che il Metodo dell'Accettazione richieda di adottare una visione realista in ambito morale e una visione oggettivistica delle ragioni pratiche, dove invece il Metodo del Senso Comune non richiede alcuna opzione metaetica particolare? Deve notarsi come, se si risponde che vi è un rapporto allora dovremmo concludere che la metaetica non è indifferente rispetto all'etica sostanziale. Infatti dall'adozione di un metodo anziché l'altro possono dipendere delle soluzioni sostanziali diverse.
- 2) Abbiamo visto come certi dibattiti di bioetica che sono rilevanti per la teoria del diritto siano afflitti da problemi di metodo. Ma possono immaginarsi dei collegamenti più generali e diretti con la teoria del diritto, che ruotano attorno all'esigenza di distinguere diversi modi di intendere il ragionamento morale, diversi metodi o stili morali.
 - 2.a. Kelsen distingue tra sistemi normativi statici e sistemi normativi dinamici²³. Statici sono i sistemi in cui le norme sono tra loro collegate attraverso nessi inferenziali; dinamici i sistemi in cui le norme derivano le une dalle altre in base a un sistema di delegazione autoritativa. La morale è un esempio di sistema normativo statico; il diritto positivo un esempio di sistema dinamico. Ebbene, se pensiamo alla morale di senso comune l'idea che questa sia un sistema normativo statico, almeno dal punto di vista interno di chi segue la pratica, appare convincente (dal punto di vista esterno, la prospettiva della morale come fenomeno sociale, le cose stanno in modo diverso). Ma cosa dire di una morale rivoluzionaria, ossia di una morale che è imperniata sul metodo dell'accettazione? Per essere chiari, non intendo suggerire che la fonte della mutazione sia l'autorità, e nemmeno che l'insieme dei precetti morali sia ontologicamente mutevole come possono esserlo le norme giuridiche. Tuttavia, i precetti morali potrebbero essere epistemologicamente o fenomenologicamente mutevoli. Il Metodo dell'Accettazione, ossia il programma della morale rivoluzionaria, ha bisogno di postulare che esistano "regole di muta-

²³ H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard, 1946.

mento”, regole che ci dicano quando distaccarci dalle nostre intuizioni. Mi viene da chiedere se la filosofia del diritto che si è misurata con l’idea dei sistemi normativi dinamici non possa in qualche modo venire in soccorso della teoria morale.

- 2.b. Altro modo di porre il problema: la filosofia del diritto si è misurata con il tema dell’autorità legittima e delle ragioni autoritative. Si pensi alla teoria di Raz²⁴ e agli studi che sono seguiti. L’idea fondamentale della concezione dell’autorità di Raz è che le direttive autoritative sono ragioni per compiere azioni che possono sembrare sbagliate all’agente. L’idea per cui possiamo avere ragioni per fare cose che ci sembrano sbagliate, in violazione delle nostre intuizioni pratiche, è, del resto, centrale nella teoria del diritto. Si pensi, fuori dal caso della teoria dell’autorità, al tema della sovra-inclusività delle regole, e agli studi sui *bias* nel ragionamento giudiziario: in entrambi i casi la premessa di fondo è che il ragionamento di giustizia spontaneo, intuitivo, degli esseri umani è spesso difettoso, e per questo va supportato con diverse tecniche di condizionamento, richiedendosi all’agente di adottare decisioni che possono sembrargli sbagliate (e magari lo sono davvero). Questo bagaglio di riflessioni andrebbe messo in relazione con quello della recente teoria morale esplorato sopra, per elaborare una mappa dei vari casi in cui le intuizioni pratiche dell’agente devono essere trascese. Obiettivo di una mappa del genere consisterà nel far risaltare le analogie e le differenze tra questi casi. Un interrogativo rilevante a questo proposito è se l’accettazione di conclusioni contro-intuitive tematizzata in vari ambiti della filosofia del diritto, a differenza di quanto accade nell’ambito della filosofia morale, eviti impegni metaetici specifici. Se, per esempio, la teoria dell’autorità di Raz possa essere accettata sia muovendo da una posizione metaetica realista, sia da una po-

²⁴ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986. La teoria di Raz potrebbe essere letta come una teoria per cui la morale è un sistema dinamico in senso ontologico. Ma possiamo tralasciare questo aspetto.

sizione non-cognitivista; sia adottando una concezione esternista delle ragioni per agire, sia adottando una concezione internista²⁵.

- 2.c. Quando si parla del rapporto tra diritto e morale spesso ci si interroga sul se il diritto non abbia bisogno dell'adozione di un punto di vista morale per essere interpretato, specificato o integrato. Questa idea si ritrova nella dottrina dell'interpretazione di Dworkin, e recentemente è stata analizzata, in uno dei suoi ultimi scritti, da Bruno Celano²⁶. Per come inteso, il completamento del diritto a mezzo della morale presuppone una concezione della morale che coincide con il senso comune. Il diritto permette o impone alcune soluzioni che sono contro il senso di giustizia comune, il senso di giustizia comune, la ragionevolezza, le nostre intuizioni morali sono chiamate a scongiurare che una decisione contro-intuitiva venga adottata. La morale come presidio a difesa di uno stato di armonia cognitiva nel soggetto agente o nella comunità. Ma cosa succede se pensiamo la morale non più o non solo come morale di senso-comune bensì come un sistema normativo a sua volta contro-intuitivo?

²⁵ Su ragioni esterne e ragioni interne si veda B.A.O. WILLIAMS, *External and Internal Reasons*, in ID., *Moral Luck*, Cambridge, 1981.

²⁶ R. DWORKIN, *Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise*, in ID., *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*, Oxford-New York, 1996; B. CELANO, *Lezioni di filosofia del diritto. Seconda edizione ampliata*, Torino, 2021.

DIRITTO, RESPONSABILITÀ, BIOETICA

UNA RIFLESSIONE SU SOGGETTIVITÀ E IMPUTABILITÀ A PARTIRE DAL PENSIERO DI HANS JONAS

Sofia Bianzarelli

1. Una soggettività in “crisi”: note introduttive sull'imputabilità giuridica e morale

Avvicinando l'opera di Hans Jonas¹ emerge il costante richiamo a due categorie concettuali: l'irriducibilità della persona al suo statuto biologico e la responsabilità come vincolo etico chiamato a limitare gli eccessi tecnologici. Questi argomenti sollecitano interrogativi sempre attuali per la riflessione giuridica e spingono lo studioso a chiedersi, in particolare, in che forme e in che misura il progresso tecnoscientifico incida sull'autonomia della soggettività e sulla responsabilità giuridica e morale².

Avviare una discussione su questo edificio speculativo, nei suoi riferimenti al fenomeno diritto, all'etica e alla bioetica, non può prescindere-

¹ In questo contributo vi è un costante riferimento agli scritti di Jonas nei quali vengono sviluppati i nuclei teorici essenziali dell'etica della responsabilità e della bioetica: H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*, Insel Verlag, Frankfurt am Main, 1979, trad. it. *Principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2009; ID., *Das Prinzip Leben: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*, Frankfurt am Main, 1994, trad. it. *Organismo e libertà. Verso una biologia filosofica*, Torino, 1999; ID., *Tecnica, Medicina ed etica. Prassi del principio responsabilità*, Torino, 1997; ID., *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, Milano-Udine, 2011.

² Nelle pagine che seguono, riveste un ruolo centrale il rinvio alla fenomenologia giuridica di Bruno Romano, con particolare attenzione ad alcuni suoi scritti, tra cui: B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, Opera Omnia, vol. 24, Torino, 2021; ID., *Sistemi biologici e giustizia. Vita animus anima*, Opera Omnia, vol. 32, cit.; ID., *Il giurista è uno zoologo metropolitano? A partire da una tesi di Derrida*, Opera Omnia, vol. 28, cit.

re dall'osservazione delle profonde trasformazioni della teoria e della prassi che ne hanno riscritto la fisionomia³.

Dal progetto baconiano di dominio integrale della natura⁴ fino allo sviluppo dell'intelligenza artificiale⁵, infatti, il fenomeno tecnoscientifico concorre non solo a una significativa mutazione dei modi di agire, ma anche a una riconfigurazione strutturale del pensiero: la ragione, svuotata della dimensione critica e orientata all'efficienza procedurale, da strumento di emancipazione si converte in una "razionalità irrazionale"⁶.

Gli effetti di questo itinerario si manifestano, tra l'altro, nell'interpretare il diritto secondo una visione procedurale, ridotto a "funzione immunitaria" dei sistemi sociali⁷: l'efficienza funzionale esaurirebbe il ruolo dei giuristi nello "stare a vedere" il meccanismo dei diversi sistemi, nell'indifferenza tra un assetto normativo prodotto da forze vincenti e contingenti e uno che garantisce, attraverso la *ricerca del giusto*, i diritti fondamentali⁸.

Va da sé che l'oggettivazione investa anche la rappresentazione del soggetto. I rischi legati alla piena realizzazione del sogno tecnoscientifico spalancano le porte all'epoca della "postumanità" o del "transumanesimo", caratterizzata da fenomeni come lo *human enhancement* e da una generale tensione verso un'integrale tecnologizzazione dell'essere umano. Questo discorso non attiene semplicemente all'introduzione di nuove tecniche mediche, di pratiche di ingegneria genetica, all'integrazione sociale dei dispositivi digitali etc., ma a quei nuovi paradigmi

³ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 204 ss.

⁴ Cfr. H. JONAS, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico. Saggi filosofici*, Bologna, 1991. Cfr. F. BACON, *Della interpretazione della natura*, in *Uomo e natura. Scritti filosofici*, Roma-Bari, 1994.

⁵ Cfr. B. ROMANO, *Civiltà dei dati. Libertà giuridica e violenza*, Opera Omnia, vol. 47, Torino, 2022.

⁶ Cfr. M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialettica dell'illuminismo*, Torino, 2010.

⁷ Cfr. N. LUHMANN, *Sistemi sociali: fondamenti di una teoria generale*, Bologna, 1990. Per un approfondimento, si rinvia agli esaurienti studi di Luisa Avitabile sul tema: si veda, *inter alia*, L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire: procedure dell'osservare*, Torino, 2013; EAD., *Diritto e osservatore. Un'interpretazione di Jaspers in costante riferimento a Luhmann*, Milano, 1998.

⁸ B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico. Postumanesimo, 'noia' globalizzazione*, Opera Omnia, vol. 25, cit., *passim*.

che, dall'*homme machine* al *cyberman*⁹, sembrano voler riscrivere il concetto stesso di essere umano nell'orizzonte di una nuova ontologia.

Davanti queste espressioni della “metafisica moderna”¹⁰ – per citarne alcune: darwinismo, neuroscienze, cibernetica – il giurista è chiamato a interrogarsi se, nell'ordine di una spiegazione scientifica della libertà¹¹, sia ancora possibile un riconoscimento giuridico e morale dell'imputabilità, laddove l'essere umano non è più «incontrato come il soggetto della comunicazione intersoggettiva, ma come il luogo a-soggettivo dove transitano le informazioni funzionali»¹².

Il primo snodo critico per discutere i concetti soggettività e responsabilità emerge, dunque, dal confronto tra l'«esperienza interiore» e il dominio dell'epistemologia scientifica, tematizzato da Jonas in una sorta di fenomenologia delle scienze.

Nel passaggio dall'antico panvitalismo al panmeccanicismo moderno¹³, l'individuo viene immerso nella solitudine di un cosmo che risponde alla regolarità di una macchina, secondo l'ordine di una “sostanza universale indifferenziata” che legittima l'indistinta applicabilità del *mos geometricus* a tutti i fenomeni¹⁴. Dal demiurgo del *Timeo* al Dio di Leibniz, tutta la natura è simbolizzata dalla geometria; la quantità è l'essenziale e, allo stesso tempo, l'unico aspetto veramente conoscibile della realtà. La dottrina cartesiana, in particolare, consegna alla modernità «la *magna charta* metafisica per un'immagine puramente quantitativa e meccanicistica del mondo»¹⁵: tutte le interpretazioni e i “residui” del dualismo *res extensa-res cogitans* – il panmeccanicismo, il behavio-

⁹ S. LATOUCHE, *Limite*, Torino, 2012; cfr. D. HARAWAY, *Manifesto cyborg. Donne, tecnologie e biopolitiche del corpo*, Milano, 2018. Cfr. R.F. TIBALDEO, “*Quaestio mihi factus sum*”. L'immagine dell'essere umano nella filosofia di Hans Jonas, in *Annuario Filosofico* 33:437-461, Torino, 2017.

¹⁰ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 68.

¹¹ Cfr. B. ROMANO, *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, cit., 67 ss.

¹² B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia*, cit., 33.

¹³ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 67 ss.

¹⁴ H. JONAS, *Spinoza e la teoria dell'organismo*, in ID., *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., 124 ss. Cfr. B. SPINOZA, *Etica dimostrata secondo l'ordine geometrico*, Roma, 2000. Si veda anche H. JONAS, *Dio è un matematico?*, Genova, 1995.

¹⁵ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 103.

rismo, la cibernetica, ecc. – sono l’eredità di questo processo¹⁶. Su questo solco, il darwinismo, nel suo legame con il nichilismo europeo¹⁷, porta a «compimento la rivoluzione copernicana nell’ontologia»¹⁸.

Le conseguenze per la qualificazione della soggettività e della responsabilità sono profonde. Tanto più che lo sviluppo dell’evoluzionismo, come osserva Jonas, si intreccia con l’implicazione nichilistica della «neutralizzazione metafisica dell’uomo»¹⁹. Nel “flusso del divenire”, l’uomo “senza essenza” è solo un esecutore di impulsi vitali; nella negazione dei valori e dell’orizzonte aperto della possibilità, l’essenza originaria dell’uomo, confinata in una condizione di innocenza costitutiva, si dissolve nel processo evolutivo²⁰.

La teoria evoluzionistica e le sue successive interpretazioni²¹ sono espressione di una nuova metafisica monistica, in cui tutta la vita è collocata in una *scala naturae*²², legittimando il riconoscimento di una differenza di mero grado e non qualitativa tra esseri umani e viventi non umani²³.

Questa equivalenza, osserva Romano, che spiega gli atti umani come i sintomi delle leggi di una specie, erode i presupposti sostanziali della responsabilità. L’essere umano è giuridicamente imputabile nell’essere, sia pure nell’ordine della finitudine, la libera causa della sua identità esistenziale, ricercata dialogicamente nella personale creazione

¹⁶ *Ivi*, 68.

¹⁷ *Ivi*, 61. «È dimostrato che il nichilismo di Nietzsche e il suo tentativo di superarlo sono connessi con la comparsa del darwinismo. La volontà di potenza restava come unica alternativa, una volta che l’essenza originaria dell’uomo si era volatilizzata nel carattere passeggero e lunatico del processo evolutivo. Ciò non significa che il darwinismo sia l’antenato dell’esistenzialismo, bensì solamente che si conforma e contribuisce a tutti gli altri fattori spirituali, dalla cui configurazione complessiva sorge logicamente l’esistenzialismo».

¹⁸ *Ivi*, 98 ss. Per una critica sulla posizione di Jonas verso il darwinismo, cfr. L. GUIDETTI, *La materia vivente*, Macerata, 2007.

¹⁹ H. JONAS, *Dalla fede antica all’uomo tecnologico*, cit., 138.

²⁰ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 68.

²¹ Sul fondamento dell’etica nell’evoluzionismo e nei principi scientifici, si veda, per esempio, H. SPENCER, *The Data of Ethics*, New York, 2011.

²² H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit.

²³ Cfr. M. RIDLEY, *Il gene agile. La nuova alleanza fra eredità e ambiente*, Milano, 2005, 36 ss.

di senso. Solamente il soggetto ipotizzante, nell'eccedere la nuda continuazione della vita, è capace di interrogarsi sul senso, di scegliere una qualificazione della sua esistenza, posto davanti l'alternativa tra il giusto e l'ingiusto²⁴. La "questione del senso" restituisce all'autonomia della soggettività e alla responsabilità il loro valore: la libertà, avvio della differenza tra il bene e il male, spezza il determinismo teleologico attraverso il compito "di dare senso", un potere assente nella dimensione animale²⁵ e costitutivo della formazione del soggetto come "autore della storia" nel passaggio dalla natura alla cultura²⁶.

Questo discorso si estende anche alle interpretazioni che le scienze più recenti offrono all'essere umano per comprendere la sua libertà, con tutto ciò che ne deriva per la qualificazione dell'imputabilità giuridica e morale.

Dalla fisiologia classica fino agli orientamenti prevalenti della neurobiologia, l'epistemologia riduzionista, osserva Jonas, nel negare ogni dimensione interiore e libera, sancisce «l'impotenza» dell'efficacia causale della soggettività. La volontà è concepita come un mero "epifenomeno della materia", un evento concomitante, ma non determinante, dei processi cerebrali. In questo assetto, la volontà, lo "psichico", risponderebbero alle regole della *concatenatio causarum* dei fenomeni fisici: il volere, il fare, il sentimento, la rappresentazione degli scopi, sarebbero una parvenza illusoria del funzionamento causale dei meccanismi corporei²⁷. La spiegazione soggettiva degli atti umani, in termini di volontà e intenzione, sarebbe solo un'inadeguata trascrizione simbolica dei processi biochimici del cervello²⁸. L'essere umano, non più soggetto della libertà ma «burattino della causalità del mondo», si limiterebbe a eseguire un destino biologico, quello delle sue sinapsi.

²⁴ Cfr. B. ROMANO, *Il giurista è uno zoologo metropolitano?*, cit., *passim*.

²⁵ Cfr. N. HARTMANN, *Ontologia dei valori*, cit., 107 ss.

²⁶ Cfr. E. FINK, *Fenomeni fondamentali dell'esistenza umana*, Pisa, 2006.

²⁷ H. JONAS, *Potenza o impotenza della soggettività? Il problema anima-corpo quale preambolo al 'Principio Responsabilità'*, Milano, 2006, 16-22.

²⁸ *Ivi*, 29.

Che ne è delle leggi degli uomini? Che ne è della loro capacità di istituirle?²⁹ Cosa residua della responsabilità, se l'essere umano è chiamato a rispondere come un *qualcosa* e non come un *qualcuno*?³⁰

L'“io sinaptico” sarebbe soltanto l'innocente esecutore del funzionamento circolare e impersonale dei cosiddetti meccanismi cerebrali di retroazione³¹: laddove opera il “determinismo neurobiologico” non c'è colpa e, di conseguenza, non vi è spazio per la retribuzione³². Il giudizio giuridico si risolverebbe nel mero accertamento del funzionamento delle connessioni sinaptiche, rimpiazzando la ricerca dialogica della verità delle parti con una prova scientifica delle loro condotte, con il rischio di trasformare le aule di giustizia in «laboratori dei procedimenti giudiziari»³³.

Nondimeno, la qualificazione della soggettività e dell'imputabilità risulta influenzata anche dalla cibernetica, intesa come disciplina capace di unificare, in senso nuovo, tutte le scienze e di costituire – osserva Heidegger – un ordine che riconduce tutto all'*impiegabilità*³⁴.

Dalla pubblicazione di *Cybernetics* di Norbert Wiener il modello cartesiano dell'“automa animale” ritorna come coordinata principale nella negazione radicale della teleologia, del «principio di tendenza allo scopo»³⁵ (*Zielstrebigkeit*) non solo nello studio della natura ma anche nell'essere umano. Questa forma di riduzionismo ha un peso specifico: se la rivoluzione industriale vuole sostituire il braccio umano, la cibernetica aspira a surrogare l'intelligenza, il comando e il giudizio³⁶. La metafora cibernetica è bifronte: da un lato, l'essere umano potrebbe essere espropriato della sua autodeterminazione, dall'altro, si potrebbe riconoscere l'operare di liberi scopi anche negli enti macchinici, laddove non venisse mantenuta la distinzione tra «eseguire uno scopo» e «avere

²⁹ Cfr. M. GAZZANIGA, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, Roma, 2017, 197 ss.

³⁰ Cfr. R. SPAEMANN, *Persone*, Roma-Bari, 2005.

³¹ Cfr. M. RIDLEY, *Il gene agile. La nuova alleanza fra eredità e ambiente*, cit., 401.

³² M. GAZZANIGA, *Chi comanda? Scienza, mente e libero arbitrio*, cit., 207.

³³ *Ibidem*.

³⁴ M. HEIDEGGER, *Filosofia e cibernetica*, Pisa, 1989, 7-53.

³⁵ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 127.

³⁶ Cfr. H. JONAS, *Cibernetica e scopo. Una critica*, in *Id.*, *Organismo e libertà*, cit., 149 ss.

uno scopo». Lo snodo concettuale più rilevante emerge dalla domanda: una macchina può “sbagliare”? Il “fallimento” della macchina – risponde Jonas – non coincide con l’errore umano, perché il “malfunzionamento” non esprime alcunché del *pathos*, dell’afflizione o della felicità derivante dall’aver “disobbedito”, selezionando una propria direzione di senso: per questo motivo la macchina non può essere giudicata³⁷.

2. *Quaestio mihi factus sum*

Il costante richiamo all’irriducibilità del soggetto, che attraversa l’intero percorso della “biologia filosofica”³⁸ di Jonas, sollecita in modo significativo la domanda sulla posizione dell’essere umano nel mondo e su ciò che gli conferisce quella *Sonderstellung* rispetto agli altri viventi³⁹: in che modo troverebbe espressione la sua specificità fenomenologica, che ne fa il soggetto del diritto e della responsabilità giuridica e morale?

In una prima direzione, una “fenomenologia dei sensi” mostra tutti i limiti del dualismo post-cartesiano e del riduzionismo materialista, restituendo all’essere umano la sua «unitarietà psicofisica» e la sua responsabilità⁴⁰.

Rispetto agli altri sensi – udito, tatto – attraverso la vista il tempo, invece di rappresentare un’esperienza *puntuale*, diventa una *dimensione*; non è più esperito come il darsi di contenuti che fanno posto ad altri contenuti in un flusso di eventi, bensì come *durata* dei medesimi: «solo con la vista lo spirito ha potuto per la prima volta concepire l’idea di eterno» e contrapporlo a quella di temporalità. La molteplicità delle

³⁷ *Ivi*, 161.

³⁸ Non vi è spazio, in questa sede, per problematizzare aspetti del pensiero di Jonas come il recupero della teleologia naturale e l’ontologia *à la* Whitehead, che rendono la sua filosofia dell’organismo per certi versi affine al pensiero di L. von Bertalanffy, H. Marturana e F. Varela. Per un approfondimento, cfr. N. RUSSO, *La biologia filosofica di Hans Jonas*, Napoli, 2004 e V. CHIZZOLA, *Corpo, responsabilità e libertà. Percorsi di ricerca a partire da Hans Jonas*, Padova, 2012.

³⁹ Cfr. H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 204 ss.

⁴⁰ *Ivi*, 179 ss.

coordinate che si offrono alla vista sono anche la pluralità delle possibilità che si danno alla libertà dell'uomo, cifra di distinzione con gli altri esseri viventi⁴¹.

Non solo la libertà e la responsabilità, ma tutto il fenomeno diritto si riconduce a questo tipo di durata, a questa temporalità complessa, umana, distinta a quella causale-lineare, scandita dalla puntualità di un prima e un dopo non comunicanti, propria di leggi naturali (biologiche, fisiche, chimiche etc.) che esprimono solo un *senso-già-trovato*, distanziandosi dalle leggi istituite che presuppongono, invece, la *creazione di senso*⁴².

Si può fare cenno, perché collegate a questi motivi, ad alcune pagine di Jonas sulla corporeità. Soggettività e responsabilità sono custodite in opposizione all'approccio dell'epistemologia scientifica dall'«immediata testimonianza del corpo vivente»⁴³.

Nel solco di una certa fenomenologia⁴⁴, Jonas definisce il corpo come «fenomeno guida» per l'irriducibilità della persona a uno solo dei due poli che la compongono. Il corpo non è solo un dato biologico, ma è il luogo di un'esperienza che è sempre relazione, intenzione verso qualcosa, esperienza originaria di sensibilità e intelletto, per sua natura estensione e pensiero contemporaneamente. *Körper* e *Leib* sono i versanti irriducibili del “corpo che io ho” e il “corpo che io sono”, del corpo come oggetto tra gli oggetti e il corpo come esperienza vissuta, originaria, che si sottrae a ogni misurazione e osservazione esterna. Il fenomeno morale – e per analogia quello giuridico – non si confronta con un soggetto inteso come “pura coscienza”, né come entità coseificata, ma con un io concreto, in *carne e ossa*⁴⁵.

Questa “posizione peculiare” – che appare ben sintetizzata, per Jonas, dall'espressione aristotelica dell'uomo come animale che possiede

⁴¹ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 179 ss.

⁴² Cfr. L. AVITABILE, *Tempo e certezza nel diritto*, in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, 12/2021, 207-222.

⁴³ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 176.

⁴⁴ Cfr. M. MERLEAU-PONTY, *Fenomenologia della percezione*, Milano, 2019; E. HUSSERL, *Meditazioni cartesiane*, Milano, 2007.

⁴⁵ Cfr. E. HUSSERL, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milano, 2015, nello specifico § 53 *Il paradosso della soggettività umana*, 194 ss.

il linguaggio⁴⁶ – motiva la ricerca della *differentia specifica* dell'uomo nella facoltà di rappresentare, un «atto privo di utilità biologica» e manifestazione della *libertà eidetica*⁴⁷.

Vi è una discontinuità, un incolmabile *hiatus* metafisico, tra l'*homo pictor* e gli altri viventi: nel rappresentare, il soggetto non riproduce meccanicamente gli oggetti del mondo, ma se ne distanzia secondo la propria *intenzionalità*; l'immagine prodotta non è una semplice copia dell'originale, ma l'*eîdos* del soggetto. Questa “non identificazione”, questa somiglianza, è la cifra della libertà dell'autore, che non si limita a una mera ripetizione dettata dalla coazione biologica, ma si impegna in una produzione creativa.

Questa disposizione è collegata alla facoltà dell'immaginazione, «attraverso la quale [...] il ricordo umano si distingue da quello animale»⁴⁸. Nell'opera di selezione e interpretazione prende avvio il processo di astrazione metaforica sull'universale: tanto nella produzione immagini quanto nel “dare i nomi”, si ravvisa il «simbolico-fare-ancora-una-volta-il-mondo»⁴⁹, istituendo, nel lessico di Legendre, una “seconda vita” nelle istituzioni giuridiche, attraverso «la regola posta mediante il diritto che, strutturato come la parola, garantisce la differenziazione»⁵⁰.

Per cogliere compiutamente l'essenza della libertà e della responsabilità, rimarca Jonas, occorre considerare non solo la contrapposizione tra il sé e il mondo, ma anche il distanziamento che la persona opera da se stessa, rendendosi l'oggetto di un'autocomprensione (*Selbstverständnis*), che si estrinseca come una speculazione interrogativa che si estende dall'io alla totalità dell'essere⁵¹.

Nel pronunciare *quaestio mihi factus sum*⁵², il soggetto diventa un enigma per se stesso, avviando gli interrogativi sul proprio mondo inte-

⁴⁶ H. JONAS, *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 74.

⁴⁷ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 204-223.

⁴⁸ *Ivi*, 218.

⁴⁹ H. JONAS, *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 73.

⁵⁰ L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Torino, 2004, 23.

⁵¹ H. JONAS, *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 73.

⁵² Cfr. AGOSTINO, *Confessioni*, libro X, cap. 33, 50, Torino, 2015, 388: «Tu autem, Domine Deus meus, exaudi respice et vide et miserere et sana me, in cuius oculis mihi quaestio factus sum, et ipse est languor meus». Cfr. H. JONAS, *Agostino e il problema paolino della libertà. Un contributo filosofico alla genesi dell'idea cristiano-occidenta-*

riore: del resto, religione, etica, diritto, ecc., esprimono tentativi mai compiuti di fornire una risposta a questa domanda⁵³. Osservandosi nella distanza dei suoi desideri e obiettivi, inoltre, solo all'essere umano è data l'esperienza della disperazione⁵⁴ (*Verzweiflung*) e proprio la possibilità di questa "malattia" è la sua prerogativa di fronte all'animale⁵⁵.

Se nel raffigurare e verbalizzare l'individuo smette di vedere le cose nel loro darsi oggettivo per conferirvi una carica simbolica, nel momento in cui si pone la domanda "che cos'è l'uomo?" si apre un *intervallo*⁵⁶, quello del soggetto che *si fa terzo a stesso*: attraverso la distanza di uno sguardo di meraviglia, ricerca e paragone, si costituisce un "nuovo essere io" che modella e giudica il proprio essere interno e il proprio agire esterno⁵⁷. La struttura dell'intervallo è propria esclusivamente della soggettività spirituale del singolo uomo e non riferibile alle cose, prive di interiorità: il divenire soggetto si configura come un compito inesauribile, radicato nell'intenzionalità e nella consapevolezza di abitare una distanza tra ciò che si ci si trova a essere e ciò che si sceglie di diventare⁵⁸.

Solo in questa scissione «l'essere umano può avere "sé", mentre nessun animale ha se stesso»⁵⁹. Nell'emancipazione dalla sua coincidenza con le *res*, l'evoluzione viene sostituita dalla storia e la biologia fa spazio alla filosofia, le leggi *trovate* in natura fanno spazio alle *leggi istituite*⁶⁰.

D'altronde, l'essere umano appartiene al mondo ma «non può cogliere il problema del mondo senza cogliere l'enigma che egli è per se stesso»⁶¹: il comprendere-se-stesso, dispiegando il cammino di formazione della storia umana, si esprime come l'esercizio del potere di *dare*

le della libertà, Brescia, 2017; M. HEIDEGGER, *Fenomenologia della vita religiosa*, Milano, 2003.

⁵³ Cfr. H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 237.

⁵⁴ *Ivi*, 236.

⁵⁵ Cfr. S. KIERKEGAARD, *La malattia mortale*, Milano, 1998, 13.

⁵⁶ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 237.

⁵⁷ *Ivi*, 235.

⁵⁸ Cfr. S. KIERKEGAARD, *Briciole di filosofia*, Bologna, 2024, 86 ss.

⁵⁹ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 236.

⁶⁰ B. ROMANO, *Sistemi biologici e giustizia*, cit., 86.

⁶¹ N. HARTMANN, *Ontologia dei valori*, cit., 107-108.

senso a una realtà che, senza il suo sguardo, ne sarebbe priva⁶². Difatti, la responsabilità morale e giuridica, l'imputabilità, il libero arbitrio, come scrive Argirotti, sono fenomenologicamente osservabili come un essere terzi alla propria immediatezza, «per guadagnare quel distacco che rende trasparente l'autodeterminazione»⁶³.

La facoltà di giudizio morale e giuridico, la determinazione delle proprie condotte, sembrano dipendere essenzialmente dal rapporto che il soggetto intrattiene con se stesso, in un dialogo silenzioso in cui hanno radice l'autentica libertà, la dignità e l'umanità⁶⁴. Tuttavia, se la "solitudine" è la condizione per porre la domanda, la risposta risiede comunque nel superamento dell'isolamento, nella dimensione intersoggettiva e comunitaria⁶⁵, nello spazio della coesistenza in cui prende avvio una relazione discorsiva con gli altri sul "problema del senso" e da cui ha origine il fenomeno diritto nella triadicità del linguaggio⁶⁶. Il linguaggio cui si fa riferimento non appartiene all'ordine segnico-informativo, condiviso da tutti i viventi e dalle "macchine intelligenti", ma è proprio di un ordine simbolico⁶⁷, strutturato secondo la scissione tra *significato* e *significante*, tra "contenuto informativo" e il rinvio a un senso ulteriore, non precostituito ma suscettibile di interpretazione. Lo

⁶² *Ivi*, 110.

⁶³ A. ARGIROFFI, *Responsabilità e terzo*, in A. ARGIROFFI, L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno*, Torino, 2008, 32.

⁶⁴ Cfr. H. ARENDT, *La responsabilità personale sotto la dittatura*, in *Id.*, *Responsabilità e giudizio*, Milano, 2014, 37.

⁶⁵ Cfr. M. BUBER, *Il problema dell'uomo*, Torino, 1983, 118.

⁶⁶ B. ROMANO, *Senso e differenza nomologica*, Opera Omnia, vol. 12, cit.: «La differenza ontologica – essere/ente – si connette alla differenza cosmologica, per il presentarsi degli enti nel mondo, e alla differenza nomologica, per il presentarsi delle leggi nella relazionalità giuridica dei parlanti. Quanto alle relazioni intersoggettive e alle norme giuridiche, che vi si riferiscono, il diritto non è questa o quella norma e neppure è la somma delle norme e delle leggi; eppure il diritto è; è/essere rispetto alle singole, diverse norme e leggi, è la differenza nomologica, l'orizzonte del presentarsi delle norme e delle leggi giuridiche. Il diritto è nel trascendimento del linguaggio, secondo l'incidere del significante, ossia della posizione di 'ipotesi' di creazione di senso. Il diritto è nel trascendimento del soggetto in quanto è il suo ritrovarsi nella regola prima della soggettività esistita intersoggettivamente, come reciproco ed incondizionato disassoggettamento».

⁶⁷ Cfr. M. BUBER, *Il principio dialogico e altri saggi*, Milano, 1992.

scarto tra questi ordini di linguaggio è fondamentale per comprendere la genealogia del diritto. Il *logos*, non ridotto a mera *logotecnica*, ma inteso come “parola evocante”, spezza la continuazione della catena biologica e istituisce una giuridicità aperta all’interpretazione, alle domande sul senso delle norme. I viventi non umani e le macchine, invece, si limitano a eseguire le loro leggi, nell’impossibilità di interrogarsi sul giusto o l’ingiusto del loro funzionamento⁶⁸.

3. Diritto, tecnica e trasformazioni fenomenologiche della responsabilità

Con l’ingresso del fattore tecnologico nello scenario dello sviluppo della razionalità scientifica, il progresso assume i tratti di una “rivoluzione anonima”⁶⁹: l’essere umano sembra perderne il governo⁷⁰, nel concretizzarsi di quel *disvelamento*, compiutamente descritto da Heidegger, in grado di piegare cose e uomini a materiale calcolabile e manipolabile⁷¹. Lo sviluppo tecnoscientifico ridisegna, in tal senso, anche la geografia del diritto, dell’etica e della bioetica, in un contesto in cui la forza “auto-normativa” della tecnica sembra suggerire che ciò che si *può* fare, si *deve* anche fare⁷², obliando i confini delineati dell’inviolabilità della persona e la capacità del legislatore di selezionare i contenuti qualitativi delle norme in una dimensione ermeneutica non funzionale⁷³.

⁶⁸ Cfr. B. ROMANO, *Assoggettamento, diritto, condizione logotecnica*, Opera Omnia, vol. 11, cit., 23 ss.; cfr. J. LACAN, *Il Seminario*, XI, Torino, 1979.

⁶⁹ H. JONAS, *Dalla fede antica all’uomo tecnologico*, cit., 95; si veda anche ID., *Perché la tecnica moderna è oggetto della filosofia*, in *Tecnica, medicina ed etica*, 12 ss. Per una comparazione, cfr. I. KANT, *In che cosa consiste il progresso del genere umano verso il meglio?*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956.

⁷⁰ Cfr. R. RONCHI, B. STIEGLER, *L’ingovernabile. Due lezioni sulla politica*, Genova, 2019.

⁷¹ Cfr. M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in ID., *Saggi e discorsi*, Milano, 1991.

⁷² Cfr. Z. BAUMAN, *Le sfide dell’etica*, Milano, 2011, 191 ss.

⁷³ Cfr. B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Opera Omnia, vol. 25, cit., *passim*.

In particolare, l'opera di istanza selettiva degli scopi delle norme, specifica del fenomeno diritto, entra in conflitto con la capacità della tecnica di configurarsi come lo «scopo delle forze che ancora si illudono di servirsene come mezzo»⁷⁴. Laddove all'istituzione della regola si sovrappone la razionalità tecnoscientifica, agendo come principio di ragione sufficiente del *nomos*⁷⁵, si manifesta l'inversione del rapporto tra regola e regolato, tra diritto e possibilità tecnologiche: la *regola* si riduce a semplice strumento, mentre il *regolato* esprime una forza dominante in grado di farsi norma.

Su questa via, la ragione, divenuta “irrazionale”, dogmatizzante, rafforza l'approccio riduzionistico dei fenomeni umani, compreso quello giuridico. Il rischio è una burocratizzazione e funzionalizzazione dell'amministrazione della cosa pubblica⁷⁶, in cui le istituzioni operano come ingranaggi della “macchina della giustizia”.

In una simile prospettiva, l'istituzione giuridica viene ridotta a “tecnica sociale”, epurata dall'istanza dialogico-interrogante dei principi universali, liquidati come elementi ideologici: nella cosiddetta dimensione scientifica del diritto, «la giustizia è un ideale irrazionale» e l'unico oggetto della conoscenza giuridica è la norma⁷⁷.

Nell'efficienza funzionale richiesta dalla scientificità, il diritto verrebbe a coincidere con un'attività esecutiva di commutazione legale degli interessi dei poteri storici che, di volta in volta, affermano la propria forza. La “ricerca del giusto”, che apre gli interrogativi sulla qualità dei contenuti di quelle norme contingenti, si qualificerebbe come un elemento illogico, riducendo il diritto alla pura legalità⁷⁸.

Queste premesse consentono di osservare, più da vicino, le trasformazioni che investano le categorie della responsabilità giuridica e morale nel contesto tecnologico.

⁷⁴ N. IRTI, *L'uso giuridico della natura*, Roma-Bari, 2013, XV.

⁷⁵ Cfr. B. ROMANO, *Fondamentalismo funzionale e nichilismo giuridico*, Opera Omnia, vol. 25, cit., 191 ss.

⁷⁶ Cfr. J. ELLUL, *La tecnica. Rischio del secolo*, Milano, 1969.

⁷⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino, 2000, 41-59.

⁷⁸ Cfr. L. AVITABILE, *Legalità e giustizia. I. Feuerbach e Radbruch. Un'interpretazione con Giuliano Vassalli*, Torino, 2021.

I sistemi etici e giuridici retributivi tradizionali, fondati sull'intenzionalità e agentività del soggetto, quindi sulla sua capacità di operare in modo "illuminato" e razionale, in un sistema di valori condivisi, appaiono scarsamente compatibili con il soggetto contemporaneo, posto davanti alla frammentazione del sapere, al vuoto assiologico post-nichilistico⁷⁹ e alla "forza autonormativa" del potere tecnologico.

La ragionevolezza dell'*homo juridicus*⁸⁰, in grado non solo di comprendere ma anche di prevedere le conseguenze del proprio agire, è messa in discussione dalla portata non circoscrivibile delle aumentate capacità umane.

Difatti, se da un lato la civiltà tecnologica appare come la panacea dei mali umani, dall'altro può «trascinare l'uomo nell'ingranaggio implacabile dello sviluppo artificiale»⁸¹, perché in grado di sprigionare forze distruttive, in ordini di grandezza di fronte ai quali le capacità di previsione appaiono inadeguate. Gli effetti dell'«agire tecnologicamente orientato», infatti, avendo un carattere irreversibile, imprevedibile e cumulativo, si dilatano nello spazio e nel tempo, producendo rischi e danni che trascendono la volontà e i piani degli attori⁸².

Ciò conduce Jonas, com'è noto, a interpretare la responsabilità come principio di un'etica per la civiltà tecnologica; e a declinarla, nel solco di una certa filosofia morale⁸³, come *compito*, come ingiunzione che proviene dalla *fragilità* e *vulnerabilità* del terzo-altro, con una specifica attenzione al peso delle scelte morali e giuridiche attuali sulle generazioni future⁸⁴. La responsabilità è intesa come un "paradigma precauzionale", veicolato dalla cosiddetta *euristica della paura*, chiamato a rispondere al disequilibrio tra "potere e sapere", quindi alle conseguen-

⁷⁹ Cfr. H. JONAS, *Principio responsabilità*, cit., 23 ss.

⁸⁰ A. SUPLOT, *Homo Juridicus*, Milano, 2006, 154 ss.

⁸¹ S. COTTA, *La sfida tecnologica*, Bologna, 1968, 101.

⁸² H. JONAS, *Principio responsabilità*, cit., 11-45. Cfr. A. ARGIROFFI, L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno*, cit., 161 ss.

⁸³ Si prenda in particolare considerazione, tra gli altri, E. LÉVINAS, *Totalità e infinito*, Milano, 2006.

⁸⁴ Cfr. H. JONAS, *Principio responsabilità*, cit., 45 ss.

ze impreviste dell'azione tecnologica che mettono a rischio l'integrità «dell'immagine dell'uomo» e del suo ambiente⁸⁵.

La declinazione “prospettica” della responsabilità implica una radicale divergenza dal suo tradizionale statuto giuridico. Come rileva Ricœur, il “futuro prossimo” implicato comunemente nell'idea giuridica di responsabilità rientra ancora nella sfera controllata dal soggetto ed è centrata sul rapporto di reciprocità tra agente e vittima, configurandosi come la possibilità, per l'autore dell'azione, di riparare il danno o di subire una pena: è una “resa dei conti *ex post facto*”, di natura retrospettiva. Nell'etica di Jonas, la responsabilità si estende invece a un “futuro lontano” in cui si proiettano i pericoli prodotti dalle azioni attuali e il soggetto è chiamato a rispondere ben oltre la propria sfera di autonomia. La responsabilità, così intesa, si sgancia concettualmente dall'idea di imputabilità⁸⁶.

Dei brevi rilievi critici di questo impianto teorico si rendono necessari per comprendere come lo statuto della responsabilità giuridica sia profondamente condizionato dagli sviluppi dell'etica contemporanea.

In primo luogo, bisogna osservare che gli effetti collaterali dell'agire tecnologico non sempre derivano da un'azione individuale, ma possono risultare dalla composizione di molteplici microdecisioni singole, distribuite su più livelli, non distinguibili né imputabili separatamente. Rischi e danni, frutto di una costituzione progressiva e imprevedibile, non si lasciano predefinire nella loro estensione, rendendo complessa la loro identificazione in relazione a un chi, a un tempo e a un luogo⁸⁷. È come se la responsabilità, ampliando il suo raggio, rendesse inafferrabili gli autori degli effetti nocivi, rovesciandosi in una responsabilità desoggettivata⁸⁸, in fatalismo, quindi nell'impossibilità stessa dell'imputabilità.

⁸⁵ *Ivi*, XXVII.

⁸⁶ Cfr. P. RICŒUR, *Il Giusto*, Torino, 2005, 73.

⁸⁷ Cfr. B. ROMANO, *Soggettività, diritto e postmoderno*, cit., 84.

⁸⁸ P. RICŒUR, *Il Giusto*, cit., 74. Cfr. A. ARGIROFFI, L. AVITABILE, *Responsabilità, rischio, diritto e postmoderno*, cit., 161 ss.

Analoghi esiti di “de-responsabilizzazione” si riscontrano riflettendo sul rapporto tra responsabilità e *side-effects*⁸⁹, ossia sul binomio effetti collaterali/effetti prevedibili e voluti dell’azione: se la catena di conseguenze nocive è virtualmente senza fine, fin dove dovrebbe estendersi, nello spazio e nel tempo, la rilevanza degli atti del soggetto, fino a che punto gli “effetti collaterali” potrebbero essere ancora ascritti al *suum* dell’azione, al potere causale dell’agente? L’alternativa è tra il trascurare completamente ciò che eccede la sfera di controllo e previsione del soggetto, oppure accogliere un’idea di precauzione⁹⁰. Nel diritto ciò si traduce, da un lato, come espansione di forme di responsabilità oggettiva e gestione sociale del rischio⁹¹, dall’altro come ingerenza dei paradigmi di precauzione e prevenzione anche nell’istituzione giuridica⁹².

4. Al servizio della tecnoscienza: l’inviolabilità della persona tra bioetica e diritti

L’“urgenza” della valutazione degli effetti non intenzionali e a lungo termine della tecnologia – e quindi l’applicazione del “principio responsabilità” – diviene paradigmatica nel campo bioetico. Anche in questo contesto la scienza, nel manifestare la sua essenza attraverso la tecnica, non si limita più all’acquisizione della verità, alla conoscenza delle cose, ma è declinata tutta sulla fattibilità di manipolazioni e ibridazioni dell’uomo⁹³.

Proprio l’indebolimento della distinzione tra teoria e prassi⁹⁴ costituisce uno degli aspetti principali che evidenziano la “crisi” della scien-

⁸⁹ Cfr. R. SPAEMANN, *Side-effects as a Moral Problem*, in F.S. GARDINER (a cura di), *Contemporary German Philosophy*, vol. II, Philadelphia, 1983.

⁹⁰ P. RICŒUR, *Il Giusto*, cit., 79.

⁹¹ Cfr. F. EWALD, *Diritto e rischio. Il rapporto giuridico come rapporto assicurativo*, Torino, 2004.

⁹² P. RICŒUR, *Il Giusto*, cit., 81. Cfr. C.R. SUNSTEIN, *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, 2010, 11 ss. Sulla distinzione tra prevenzione e precauzione si veda E. DEL PRATO, *Principi e metodo nell’esperienza giuridica*, Torino, 2018, 19 ss.

⁹³ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 109-118.

⁹⁴ *Ivi*, 236.

za moderna e dei fenomeni, come quello giuridico e bioetico, che a essa si rapportano: se la libertà assoluta può riguardare il conoscere, al contrario l'applicazione pratica coinvolge direttamente i diritti, le libertà individuali e i "sentimenti etici".

Riconoscendo il carattere "non avalutativo" della libertà scientifica Jonas si chiede, dal punto di vista morale, se tutto ciò che è tecnicamente possibile sia, per ciò stesso, eticamente lecito; e, dal punto di vista giuridico, se l'impiego di una certa tecnologia possa costituire, in quanto tale, il fondamento di una pretesa giuridica. Posto di fronte alle questioni bioetiche, il legislatore, di conseguenza, è chiamato a valutare la necessità di limitare o meno alcune direzioni di ricerca e l'introduzione di specifiche tecnologie⁹⁵.

Una possibile direzione di approfondimento di questi interrogativi si articola attorno al tema della sperimentazione sui soggetti umani che, in senso più ampio, investe il rapporto tra l'introduzione di nuove tecnologie biomediche e il ruolo delle istituzioni giuridiche⁹⁶.

Occorre evidenziare, in primo luogo, che le implicazioni dei progetti di manipolazione genetica e di sviluppo di una bioevoluzione artificiale, le cui radici affondano nella concezione meccanomorfica dell'essere umano⁹⁷, investono questioni ultime relative all'invulnerabilità della persona. Queste non si esauriscono nell'eventualità di un danno concreto al soggetto⁹⁸, ma interessano, in senso più profondo, il rischio di una reificazione dell'individuo che si attua già come manipolazione simbolica, ancor prima che materiale:

ciò che principalmente scandalizza nell'uso di una persona come oggetto di esperimento non è tanto il fatto che in questo modo la rendiamo temporaneamente un mezzo [...] quanto che la rendiamo una cosa, qualcosa di soltanto passivo⁹⁹.

⁹⁵ Ivi, 176. Cfr. H. JONAS, *The Scientific and Technological Revolutions*, in *Philosophy Today*, n. 15, 1971.

⁹⁶ Cfr. H. JONAS, *Al servizio del progresso medico: gli esperimenti sui soggetti umani*, in ID., *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 81-108.

⁹⁷ H. JONAS, *Organismo e libertà*, cit., 105.

⁹⁸ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 82.

⁹⁹ *Ibidem*.

A titolo esemplificativo, Jonas contesta la pretesa che il corpo del singolo possa diventare immediatamente strumentale al bene pubblico, come mostrato nel dibattito americano sulla donazione di organi da pazienti in stato di coma irreversibile. La domanda retorica *la società può permettersi di “gettare via” i tessuti e gli organi...?*¹⁰⁰ implica già una concezione utilitarista del corpo umano, in cui la sua conservazione o il suo uso diventano oggetto di calcolo collettivo. Nella stessa direzione, critica l'approccio puramente semantico della definizione di morte cerebrale, che riduce il decesso a una definizione meramente tecnica e l'organismo al “tutto” della persona¹⁰¹; nondimeno, osserva che nelle tecniche di prolungamento della vita, la morte non appare più come una necessità intrinseca alla natura di ciò che è vivo, ma come una sorta di prestazione organica disfunzionale a cui bisogna porre rimedio¹⁰².

Un punto di partenza per argomentare l'intersezione tra scelte bioetiche e decisioni giuridiche relative a queste tematiche è rappresentato da un ragionamento sul rapporto tra il singolo, lo Stato e la collettività. L'argomento bioetico è calato da Jonas, infatti, nella più ampia cornice della tensione tra *invulnerabilità della persona* e pretese fondate sull'idea *bene comune*; un termine, quest'ultimo, che deve essere problematizzato, in quanto la sua classica accezione – che lo intende, in prima approssimazione, come sufficienza di beni materiali per una vita virtuosa partecipata da tutti, che dovrebbe costituire lo scopo delle leggi¹⁰³ e sottendere ed esigere il rispetto dei diritti fondamentali delle persone¹⁰⁴ – sembra obliterata dalla visione tecnocratica che tende a identificarlo, piuttosto, con l'utile¹⁰⁵ o con l'efficienza sistemica.

Ciò si chiarisce nell'osservare il passaggio da una concezione di società come garante della sicurezza e dei diritti individuali a una che si assume il compito di migliorare attivamente le condizioni dell'umanità; in altri termini, il mandato del contratto sociale, che un tempo «consi-

¹⁰⁰ *Ivi*, 90.

¹⁰¹ H. JONAS, *Morire dopo Harvard*, Bologna, 2023, 47.

¹⁰² Cfr. H. JONAS, *Principio responsabilità*, cit., 25.

¹⁰³ Cfr. TOMMASO, *Summa Theologica*, I-II, q. 90, a. 2: «omnis lex ad bonum commune ordinatur». Cfr. J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Torino, 2022, 212-254.

¹⁰⁴ Cfr. J. MARITAIN, *La persona e il bene comune*, Bologna, 1995.

¹⁰⁵ Cfr. A. SEN, *Etica ed economia*, Roma-Bari, 2007, 59 ss.

steveva soltanto nel proteggere la sicurezza e i diritti degli individui mediante un ordinamento giuridico»¹⁰⁶, sembra estendersi al perseguimento del progresso tecnoscientifico, giustificando in tal modo eventuali soppressioni dei diritti fondamentali della persona in nome dell'interesse pubblico.

Da qui emerge anche un potenziale conflitto: può il bene collettivo giustificare il sacrificio dell'integrità individuale? E quali sarebbero le pretese pubbliche che possono legittimamente opporsi all'inviolabilità della persona?¹⁰⁷

Il contratto sociale, fondato nella tradizione occidentale sul primato dell'individuo, non può mai giustificare in sé l'annullamento della dignità personale: anche se la tecnica moderna sembra suggerire che ciò che *possiamo* fare è anche ciò che *dobbiamo* fare¹⁰⁸, il progresso in sé dovrebbe rappresentare un obiettivo facoltativo, mentre solo la protezione dei diritti individuali costituisce un dovere imprescindibile¹⁰⁹.

Emerge dunque un paradosso incalcolabile: la società "non può permettersi" di togliere dignità alla ricerca medica e alla salute come bene primario, né limitare gli sforzi per sconfiggere malattie d'ogni genere, ma, allo stesso tempo, «non può permettersi un solo assassinio legale, nessuna violazione del diritto, né una lesione dei diritti umani nemmeno della più piccola minoranza»¹¹⁰.

Detto altrimenti, nel trattare questioni relative alla tutela dell'inviolabilità della persona all'interno della compagine dello Stato, la genesi del diritto non può escludere dal proprio orizzonte il rapporto con la dignità, che costituisce il *vinculum* con la comunità sociale¹¹¹. Pertanto, commenta Jonas, «il legislatore, se vuole concedere la tecnica in generale [...] dovrebbe limitare il suo uso a casi di rigore eccezionale»¹¹².

¹⁰⁶ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 83.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

¹⁰⁸ H. JONAS, *Principio responsabilità*, cit., 13.

¹⁰⁹ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 95.

¹¹⁰ *Ivi*, 91.

¹¹¹ Cfr. L. AVITABILE, *Modernità e pensiero giuridico*, Torino, 2013, 30 ss.

¹¹² H. JONAS, *Diritto, diritti e etica*, in *Id.*, *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 171.

Inoltre, se la giustizia delle leggi ha il suo baricentro nella dignità della persona, è discutibile che i diritti dell'individuo possano essere sacrificati sulla base di un'idea di utilità pubblica "vaga" e soggetta alla datità storica: a differenza dell'individuo, entità concreta e riconoscibile, la società è un concetto astratto che trae la propria forza normativa da costruzioni culturali contingenti. Ne consegue che l'appello al bene pubblico non può costituire una giustificazione autosufficiente per la limitazione dei diritti soggettivi, tanto più che, dal punto di vista giuridico – a differenza di quello etico – il consenso può anche essere assente¹¹³.

Jonas critica, in quest'ottica, il tentativo di sostituire il linguaggio dei *diritti* con quello degli *interessi*, osservando che l'argomentazione quantitativa – il peso cumulativo degli interessi della maggioranza – non può giustificare automaticamente la subordinazione dell'integrità personale o la lesione dei diritti del singolo; al contrario, la difesa dell'inviolabilità personale può essere ritenuta un interesse pubblico fondamentale, la cui violazione, anche in nome della collettività, comprometterebbe il bene di tutti¹¹⁴.

Come discusso da Jonas in alcune pagine sulla differenza tra le forme di Stato, il primato assoluto del bene comune su quello individuale è un elemento che contraddistingue i sistemi fondati sul principio di supremazia della collettività dalle democrazie. Gli ordinamenti "collettivistici" – così come il regime totalitario – legittimano l'eliminazione o la strumentalizzazione del singolo, considerato sacrificabile oppure ostile, mediante forme di costrizione personale ritenute funzionali agli interessi del gruppo¹¹⁵.

In questo contesto, si assiste all'annullamento della distinzione tra sfera pubblica e privata: la pluralità dei singoli viene soppressa a favore di una "noità impersonale", una generalità indifferenziata in cui la persona non è riconosciuta nella propria originale unicità, ma è definita dalla sua coincidenza con l'insieme organico.

¹¹³ H. JONAS, *Dalla fede antica all'uomo tecnologico*, cit., 191: «una pretesa morale non può essere soddisfatta senza consenso, mentre un diritto sì».

¹¹⁴ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 92.

¹¹⁵ H. JONAS, *Principio responsabilità*, cit., 182 ss.

Nei sistemi collettivistici, la personalità è trattata come un “ente generico”¹¹⁶, fungibile e interscambiabile in quanto un’unità-entità di una generalizzata anonimia: il principio di *uguaglianza* degrada a mera *equivalenza* dei membri. Ciò comporta la sostituzione della libertà autentica della persona con una “libertà-funzione”: nessuno è autore, ma solo esecutore di un senso etero-imposto dalla stessa collettività¹¹⁷.

Se il “bene comune” è concepito come imposizione eteronoma di un’entità collettiva, ciò comporta inevitabilmente la soppressione della garanzia giuridica dell’esercizio del *dissenso*¹¹⁸ che, esprimendo la disfunzionalità rispetto all’uniformità e all’esecutività di un gruppo, costituisce la manifestazione più alta della vita interiore del singolo-io.

Il dissenso, inteso come diritto a prendere la parola, come possibilità di ciascun cittadino di intervenire nel dibattito democratico (*isegoria*), esprime il distanziamento dall’essere il prodotto di una prassi comune, custodendo la volontà e la libertà individuale come a priori dell’imputabilità e del giudizio giuridico¹¹⁹.

Le considerazioni fin qui delineate implicano una riflessione più profonda sul ruolo del diritto e dell’etica come limiti alla manipolazione tecnica dell’uomo, al cui centro si colloca la dignità umana, radicata nell’infungibilità del singolo-io e nell’ipseità che, con le parole di Jankélévitch, è «inalienabile, inviolabile e impossedibile»¹²⁰.

Nel campo bioetico, infatti, l’esigenza di norme giuste, istituite nella centralità dell’invulnerabilità e della dignità della persona è decisiva, interessando, tra l’altro, le libertà fondamentali, gli atti di disposizione del corpo e il complesso tema del consenso¹²¹. È evidente che la questione della sperimentazione e delle applicazioni tecnologiche sull’essere umano si pone «nell’oscuro ambito del rapporto tra dimensione etica e

¹¹⁶ K. MARX, *Scritti politici giovanili*, Torino, 1975, 130.

¹¹⁷ Cfr. B. ROMANO, *Il compimento del soggettivismo*, Opera Omnia, vol. 4, cit., 19 ss.

¹¹⁸ Cfr. J.P. SARTRE, *Critica della ragione dialettica*, vol. II, Milano, 1990.

¹¹⁹ Cfr. B. ROMANO, *Diritto e gioco: isonomia ed isegoria*, Opera Omnia, vol. 48, Torino, 2023.

¹²⁰ V. JANKÉLÉVITCH, *L’ipseità e il ‘quasi-niente’*, Chieti, 2017, 33-34.

¹²¹ H. JONAS, *Dalla fede antica all’uomo tecnologico*, cit., 178.

diritto» e rende necessaria, osserva Jonas, una distinzione puntuale tra diritti, diritto ed etica.

Il termine “diritti” (*rights*), rinvia alla pretesa a un bene giuridico e al suo riconoscimento da parte di terzi; il “diritto” (*Law*), invece, si riferisce all’ordine legale che accorda, definisce, tutela e al contempo limita tali pretese, collegandole ai doveri reciproci e agli interessi della collettività. Tuttavia, se il concetto di diritto si deducesse unicamente dalle norme, «ogni diritto [sarebbe] un diritto “positivo”»: pertanto, «contro ogni diritto vigente possiamo generalmente sollevare la domanda se esso sia anche giusto». Una differenza essenziale, quella tra legalità e giustizia, che Jonas tematizza nel gioco linguistico tra *Recht*, il sostantivo “diritto”, e *recht*, l’aggettivo “giusto”. Davanti ogni diritto determinato, esiste un «metadiritto» valido in sé, atemporale, radicato nei *diritti inalienabili* dell’essere umano, che offre il criterio di giustizia a cui deve avvicinarsi il “diritto”¹²².

Dalle rivoluzioni moderne che hanno condotto alle Costituzioni liberali alla *Dichiarazione dei diritti dell’uomo*, i diritti soggettivi “innati” precedono l’ordinamento legale, inteso come ordine artificiale a tutela di diritti preesistenti, che ha il compito di garantirne il soddisfacimento nella terzietà delle istituzioni. Nella visione opposta, i diritti e le libertà dei singoli sarebbero riconosciuti solo in forza della concessione da parte dello Stato, negando il loro fondamento sull’uguaglianza originaria. In ogni caso, tali diritti, anche se inalienabili, non sono assoluti, ma incontrano il limite del rispetto degli stessi diritti degli altri: «perfino il mio diritto alla vita – il più inalienabile di tutti – deve rispettare il diritto alla vita del prossimo»¹²³.

Questa cornice concettuale consente di problematizzare compiutamente la contrapposizione tra libertà individuale e ingerenza del potere statale nella sfera del *privatissimum*, quello spazio decisionale che do-

¹²² H. JONAS, *Diritto, diritti e etica*, in ID., *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 158-160: «ogni singolo soggetto di diritto può all’occorrenza contrapporre al diritto i suoi diritti, in quanto da esso trascurati [...] potremmo credere che un diritto valido atemporalmente in sé che, indipendentemente dal cambiamento di potere, offre il criterio per la sua attuazione temporale [...] il criterio di giustizia: ad esso deve avvicinarsi il ‘diritto’».

¹²³ *Ivi*, 160-165.

vrebbe restare esclusivamente nella disponibilità del soggetto, in virtù del riconoscimento dei suoi diritti fondamentali.

Questo equilibrio può incrinarsi, per esempio, nelle situazioni in cui delle emergenze collettive giustificano delle limitazioni all'autodeterminazione e la subordinazione dei diritti fondamentali a esigenze pubbliche attraverso "tecniche sociali" che si servono di strumenti giuridici formalmente legittimi, come nel caso del controllo demografico¹²⁴.

Come osserva Jonas, ciò non si traduce semplicemente in un inasprimento del diritto, bensì in una sua sostanziale trasformazione: il *diritto* si converte esplicitamente in *dovere*, rompendo la naturale reciprocità di questi due termini e imponendo obblighi che comprimono l'autodeterminazione e le libertà fondamentali. In tali dinamiche, il diritto statale può assumere i caratteri di una "morale eteronoma", in contrasto con il concetto di Stato di diritto democratico, fondato sulla neutralità e sulla libertà di scelta¹²⁵.

Pur osservando le incertezze e le possibili derive connesse all'invasione statale nel *privatissimum*, Jonas riconosce che l'introduzione di nuove tecnologie, in particolare nell'ambito medico, non consente una totale estraneità dello Stato, perché ciò equivarrebbe affidare interamente ai privati e all'economia la responsabilità del loro uso.

Di conseguenza, le questioni etiche fondamentali connesse all'uso della tecnica devono essere consolidate nel diritto pubblico, attraverso norme capaci di sottrarre l'innovazione tecnologica all'arbitrio di singoli e a una «impersonale relazione d'affari». Solo l'«autorevolezza legislativa», sancita nei processi democratici, illuminata dalla differenza tra legalità e giustizia (*Recht/recht*) e radicata nella protezione dei "diritti inalienabili" possono fondare la garanzia costituzionale dei doveri verso il futuro¹²⁶:

¹²⁴ Ivi, 158. Cfr. P.F. DA SILVA, *Jonas' Ethics of Responsibility. A Necessary Reflection in Times of Pandemic*, in *Global Journal of Human Social Science*, vol. 23, 2023.

¹²⁵ Sul rapporto tra diritto e dovere, si veda l'ampia discussione affrontata in B. ROMANO, *Il dovere nel diritto. Giustizia, uguaglianza, interpretazione*, Opera Omnia, vol. 41, cit., 64-65.

¹²⁶ H. JONAS, *Tecnica, libertà, dovere*, in ID., *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 244: Cfr. anche ID., *Scienza come esperienza personale*, Brescia, 1992, 46 ss.

si può pensare qui a norme costituzionali preventive, le quali sottraggano all'arbitrio del mercato innovazioni tecniche particolarmente gravide di conseguenze, dagli effetti forse irreversibili sulla vita delle generazioni future, e che le riservino alla specifica decisione legislativa, la quale viene resa più difficile da moratorie più lunghe, maggioranze qualificate e cose del genere. Quindi, per una garanzia costituzionale dei diritti fondamentali del singolo occorre una garanzia costituzionale per i doveri fondamentali del tutto verso il futuro. [...] Trovare qui un cammino percorribile sulla cresta fra due abissi è un compito per gli economisti politici. Sicuramente ciò imporrebbe dei sacrifici rispetto alla libertà di mercato, ma la libertà politica può sopravvivere a questi.

La regolamentazione delle nuove tecnologie implica, in ultima analisi, la composizione tra diritti, doveri e interessi collettivi, compito che spetta allo Stato di diritto, intenso non come garante di una legalità formale, ma come custode sostanziale del bene comune: pertanto, ammonisce Jonas, «sebbene non vogliamo fare dello Stato un giudice etico né un difensore dell'etica, [...] d'altra parte, non vogliamo lasciarlo divenire il complice e il difensore dell'immoralità»¹²⁷. Entro questi limiti, quando le nuove tecnologie “creano desideri inediti” e incontrano lacune legislative, «la creazione di diritto ha bisogno delle fonti ultime della visione etica»¹²⁸.

In conclusione, è possibile riconoscere, nelle riflessioni bioetiche di Jonas, la difesa di una concezione forte della soggettività, come nucleo irrinunciabile della dignità umana. Contro ogni tentativo di subordinare o ridurre l'individuo a mezzo per fini collettivi, il filosofo riafferma la necessità che ogni intervento tecnologico sull'essere umano, indipendentemente dallo scopo perseguito, si configuri sempre come un “rapporto responsabile”¹²⁹:

¹²⁷ H. JONAS, *Diritto, diritti e etica*, in ID., *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 165.

¹²⁸ *Ivi*, 166: «anzi, poiché per i conflitti di desideri e di valori che qui compaiono secondo le modalità nuove non può ricorrere ad alcun diritto precedente, allo Stato non rimane nient'altro che il ricorso all'istanza dell'eticità al fine di essere creatore di diritto in questo ambito, se non vuole essere semplicemente trascinato dalla corrente dei desideri momentanei della maggioranza: sussiste quindi il raro caso in cui la legge deve rivolgersi direttamente all'etica quale arbitro della formazione della sua volontà».

¹²⁹ H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica*, cit., 82.

la tecnica può venire in aiuto della natura. Ma sono in gioco i beni troppo preziosi del diritto e dell'eticità perché possiamo permetterci di far valere solo i desideri [...]: con ogni progresso della scienza e con le capacità da essa offerta, rimaniamo mortali, rimaniamo imperfetti. Di contro a ciò siamo legittimati a impiegare il nostro potere, ma non ad ogni costo¹³⁰.

¹³⁰ H. JONAS, *Diritto, diritti e etica*, in Id., *Ricerche filosofiche e ipotesi metafisiche*, cit., 174.

ONE HEALTH

LA TUTELA DELLA SALUTE OLTRE L'UOMO: MITO O REALTÀ?

Jessica Mazzuca

1. Le ragioni di una ricerca

C'è un concetto, *One Health*, che sta diventando di uso comune, quasi come uno slogan. La usano tutti, a volte a proposito, altre volte meno. Ma cosa vuol dire? Per iniziare si può ritenere che siffatta espressione rifletta l'idea che la salute sia una sola, è non sia più solo quella dell'essere umano.

L'approccio *One Health*, divenuto negli ultimi anni dominante nella letteratura scientifica quale modello di tutela della salute fondato sulla interfaccia uomo-animale-ambiente, si è progressivamente diffuso anche all'interno del pensiero giuridico e sociologico promuovendo vivaci dibattiti alla luce delle nuove sfide globali, tra cui in particolare, i cambiamenti climatici e le implicazioni delle emergenze sanitarie internazionali. Tutti aspetti che per un giurista si rivelano una ghiotta occasione per riflettere su alcune questioni teoriche così come sulla tenuta della normativa vigente, soprattutto alla luce delle novità introdotte con l. cost. n. 1/2022¹,

¹ Con la definitiva approvazione in seconda lettura da parte della Camera dei deputati, si è arrivati alla promulgazione della legge costituzionale dell'11 febbraio 2022, n. 1, che offre l'ennesima novità in punto di revisione costituzionale, attraverso la modifica degli articoli 9 e 41 Cost. In tal modo si è inteso colmare un vuoto normativo della nostra Carta repubblicana, ossia l'assenza di una disciplina sostanziale esplicita sulla tutela dell'ambiente, con importanti riflessi anche sul piano della salute. In questo senso si osserva, a un livello più generale, che la riforma è stata ampiamente commentata con analisi che hanno offerto interpretazioni fra loro anche assai diverse, tanto rispetto alle previsioni di dettaglio quanto in relazione all'impianto complessivo. Tra i tanti contributi in argomento vedi F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Fede*

e sulla sua capacità di intercettare e cogliere le complessità che lo stesso concetto di *One Health* pone.

Benché si tratti di un'espressione univoca, peraltro sovente sovrapposta a paradigmi affini quali *Eco Health* e *Global Health* che però muovono da diverse impostazioni valoriali e teorie scientifiche, il paradigma *One Health* si rivela improntato alla multidisciplinarietà e basato sul riconoscimento dei forti legami intercorrenti tra uomini, animali e ambiente.

In tempi recenti, a farci comprendere tutto questo è stata senz'altro la pandemia da Covid-19². Un virus potenzialmente di derivazione animale trasmesso all'uomo, che ha tragicamente mostrato all'opinione pubblica mondiale il nesso tra ambiente e salute e le gravi conseguenze dell'averlo trascurato³. Inoltre, l'attenzione crescente ai temi ambientali nel corso degli anni Settanta e Ottanta ha progressivamente spinto a superare l'aspetto meramente medicale della salute, proprio del concet-

ralismi.it, 16, 2021, 1-5; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, 1, 2022, 127-154; G. RAGONE, *One Health e Costituzione italiana, tra spinte eco-centriche e nuove prospettive di tutela della salute umana, ambientale e animale*, in *Corti Supreme e Salute*, 3, 2022, 1-18; F. APERIO BELLA (a cura di), *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*, Napoli, 2022; G.M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione oggi: dalla convivenza alla sopravvivenza*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, 1-16; G. BAROZZI REGGIANI, *La "funzione sociale della tutela dell'ambiente" alla luce della revisione costituzionale del 2022 e del più recente quadro giuridico europeo*, in *Federalismi.it*, 7, 2024, 47-87. Per una visione critica, fra i tanti, C. DE FIORES, *Le insidie di una revisione pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2021, 137 ss.; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, 1-7.

² In particolare, da un rapporto pubblicato nell'ottobre del 2020 dell'IPBES, è emerso che la perdita di biodiversità è una delle cause di aumento in modo preoccupante del rischio di pandemie. Nello studio gli scienziati hanno in particolare evidenziato che mai prima d'ora sono esistite così tante circostanze favorevoli alla trasmissione di patogeni dagli animali all'uomo (il c.d. *spillover*), ossia per il diffondersi di zoonosi. Una situazione che ha già dato luogo alla diffusione di patogeni nuovi di origine animale: si pensi per esempio alla SARS, all'Ebola e alla Zika, fino ad arrivare, da ultimo, alla pandemia da Covid-19.

³ In argomento, v. C. COLLICELLI, *One Health e sanità alla luce della pandemia*, in F. APERIO BELLA (a cura di), *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*, cit., 71-98.

to di *One Medicine*, promuovendo un percorso verso approcci più generali, inclusivi della salute ambientale. Si arriva così ad acquisire la consapevolezza che la salute umana e animale siano in stretta interdipendenza con lo stato dell'ambiente. Da qui, l'esigenza di un approccio integrato e di tipo olistico tra le tre dimensioni della salute.

Tra i primi documenti ufficiali a riflettere in questi termini è la Carta di Ottawa dell'OMS per la promozione della salute, che nel 1986 sottolinea la necessità di un ecosistema stabile come base per una buona salute. Se si guarda al presente, dalla crisi ambientale e alla recente pandemia, sono tanti e plurimi gli eventi che ci suggeriscono che forse sia giunta l'ora di porre fine alla tradizionale idea fondata su una presunta gerarchia tra gli esseri viventi, figlia degli ideali di una filosofia che ha governato tanto il pensiero scientifico quanto quello umanistico, dovendosi piuttosto rimettere in questione il ruolo degli esseri umani nell'equilibrio sulla faccia della Terra. Del resto, è proprio la recente emergenza sanitaria a insegnarci che l'umanità non sia più al centro dell'universo, ma partecipa con gli altri esseri viventi al benessere collettivo.

Le diverse e molteplici interconnessioni e i progressi in tema di salute e benessere sono pertanto alla base del concetto stesso di *One Health*, declinabile in termini di strategia di sviluppo armonico e rispettoso degli equilibri tra sfera naturale, sociale e istituzionale, anche e soprattutto in vista delle esigenze delle generazioni future. Dunque, un modello integrato e unificante che mira a equilibrare e ottimizzare in modo sostenibile la salute di persone, animali ed ecosistemi. Ma anche un'impostazione di pensiero che spinge molteplici settori e discipline a vari livelli della società a lavorare insieme per promuovere il benessere collettivo. In tal modo, al di là degli entusiasmi, quello che ci si propone di compiere con questo lavoro è di adoperarsi con gli strumenti della consapevolezza critica e della competenza scientifico-disciplinare per offrire una valutazione sulla tenuta di questo nuovo paradigma interpretativo del concetto di salute in chiave giuridica e istituzionale.

Secondo questa linea di pensiero, l'approccio *One Health* potrebbe altresì porsi come fondamento per la costruzione di un sistema legale e di *governance* teso a promuovere il riconoscimento delle interconnessioni uomo-natura, così consentendo di superare il tradizionale metodo

e adeguarlo alle tendenze del nostro tempo. In tal modo, la strategia *One Health* si candiderebbe a divenire il vettore di un nuovo umanesimo che cali l'umano, con la sua peculiarità e il suo bagaglio di valori nella complessità eco-sistemica, andando oltre e superando una signoria irrispettosa e aggressiva nei confronti delle risorse ambientali e animali.

Dunque, una nuova prospettiva di ricerca fortemente influenzata da un fisiologico mutamento del concetto di salute che è andato nel tempo ad acquisire nuove accezioni, in ragione dei mutamenti della società e dell'ambiente circostante, ampliandosi e mostrando le diverse sfaccettature di un medesimo valore. In questi termini, l'intento che questo scritto si prefigge è di mettere in evidenza pregi e limiti del paradigma *One Health*, nonché l'intreccio tra gli aspetti politici, sociali e giuridici al centro del dibattito di una futura riforma. Il tutto al fine di comprendere se la implementazione di tale paradigma richieda necessariamente una virata del sistema costituzionale in senso eco-centrico, ovvero se sia compatibile con la sua impostazione antropocentrica.

2. Riflessioni sulle radici delle strategie One Health alla luce del nuovo concetto di salute

Ufficialmente, l'approccio interdisciplinare denominato *One Health*, è stato consacrato a partire dall'enunciazione dei *Manhattan Principles* su *One World, One Health* del 2004 in seno alla conferenza indetta dalla *Wildlife Conservation Society*. All'indomani dell'epidemia di Sars, con William B. Karesh si inizia ad affermare l'idea che la tutela della salute vada perseguita attraverso un approccio ampio e di tipo olistico, «based on the understanding that there is only one world – and only one health»⁴. Così si arriva alla pubblicazione di 12 raccomandazioni, appunto i cosiddetti *Principi di Manhattan*, considerati il manifesto scientifico del concetto *One Health*, frutto della riflessione di un gruppo di

⁴ L'espressione è di W.B. KARESH, R.A. COOK, *The Human-Animal Link*, in *Foreign Affairs*, 4, 2005, 50. In particolare, questa impostazione di pensiero muove dalla considerazione che «Global health will not be achieved without a shift from the expert-controlled, top-down paradigm that still dominates both science and medicine» [to] «a broader more democratic approach», *ibidem*.

esperti di salute umana e animale, orientati alla promozione di un approccio internazionale e multidisciplinare alla tutela della salute, orientato a promuovere il riconoscimento delle interconnessioni tra medicina umana e animale.

Considerazioni che riflettono gli sviluppi che hanno contribuito a ridefinire il concetto di salute. Ciò in quanto, una delle critiche alla definizione classica di salute dell'OMS è stata che il benessere fisico di un individuo non può essere considerato una condizione statica, ma piuttosto un susseguirsi di cambiamenti che derivano dalla sua attitudine naturale e sociale di perenne e continuo adattamento ai mutamenti degli ambienti fisico e socioculturali in cui l'essere umano è chiamato a vivere. Del resto, la stessa salute psicologica non può essere considerata una condizione fissa di assenza di tensioni. Così come il corpo, anche la mente cerca e trova nuove forme di adattamento. Da qui, un nuovo concetto di salute intesa non più solo in un'accezione negativa, quale assenza di malattie, ma anche in un'accezione positiva, ossia stato di completo benessere fisico, psichico e soprattutto ambientale. Perché, la salute è il risultato dell'interazione uomo-ambiente, ove l'ambiente nella sua interezza costituisce il principale elemento capace di influenzare la qualità della vita. In questa prospettiva, l'approccio *One Health* è quindi destinato a mettere in campo una strategia concreta per affrontare la miriade di sfide alla salute poste dal nostro mondo globalizzato.

L'idea di "un'unica salute" non richiede pertanto solo di tutelare uomini, animali e ambiente, ma di farlo in maniera integrata. In questi termini, la salute non si presta più a essere in un'accezione passiva, quale risultante di insieme di fattori positivi e negativi, ma è il prodotto di un susseguirsi di cambiamenti psico-fisici e socioculturali, ovverosia il risultato del continuo adattamento dell'individuo alla variabilità dell'ambiente sociale in cui è inserito. Così, se per l'impostazione tradizionale il concetto di salute era inteso come eliminazione della malattia e ripristino del benessere individuale. Oggi, invece, la salute è il risultato dell'interazione uomo-ambiente e quest'ultimo costituisce il principale elemento capace di influenzare la qualità della vita⁵.

⁵ In termini, T. SACCHERI, *Salute e relazione sociale*, Milano, 2008, 83. In argomento, fra i tanti, M. INGROSSO, *La costruzione sociale della salute: teorie e immagini sociali*, in ID. (a cura di), *La salute come costruzione sociale*, Milano, 1994; C. COLLICEL-

Da qui scaturisce un approccio alla salute che non può più essere statico e astorico, ma caratterizzato da un intrinseco legame con la realtà ambientale, culturale e sociale in continua evoluzione. Una convinzione che trova rispondenza nell'opera di superamento della semplice ottica biologica e fisiologica della salute, per molto tempo proposta e assunta come valido strumento interpretativo, con l'obiettivo invece di promuovere l'adozione di una serie di variabili destinate a realizzare l'auspicata promozione della salute verso gli aspetti sociali.

Questa articolata sistematizzazione del concetto di salute conduce, oggi, a un cambio di rotta tale per cui, la salute non può più essere concepita, come si è fatto sino a ora, solo in rapporto all'esistenza umana, quindi in una prospettiva antropocentrica, *Human Health*, dovendo, al contrario, essere considerata in termini più generali, in una visione complessiva, come una dimensione che connette tra loro uomini, animali, piante e ambiente. Quindi un'unica salute, appunto *One Health*, perché basata sul riconoscimento che la salute umana, animale, vegetale e quella dell'ecosistema sono tra loro strettamente correlate nell'ambito di una interpretazione evoluzionistica che privilegia una prospettiva circolare tra le componenti biologiche, sociali e psichiche, al contrario dell'impostazione tradizionale capace di tollerare solo rapporti lineari e/o gerarchici tra questi tre elementi.

Un'espressione, quella di *One Health*, che sebbene sia stata coniata recentemente, è da tempo riconosciuta sia a livello nazionale che a livello globale. Le interazioni tra gli elementi viventi e non viventi della superficie terrestre e la dipendenza umana e l'interferenza con questi sono state in prima linea nel pensiero e nell'esperienza umana sin dall'inizio della storia.

L'analisi storica permette infatti di isolare diverse radici di questa strategia. In primo luogo, per capire le relative potenzialità e i suoi limiti, tra i padri di questa visione si è soliti citare diversi luminari come il patologo tedesco Rudolf Virchow, e il suo allievo William Osler, medi-

LI, *La salute come processo sociale. Sanità e ricerca sociologica*, Milano, 2011; C. CORPOSANTO (a cura di), *Alimentazione, salute e dintorni*, Milano, 2018; ID. (a cura di), *Nuove prospettive della sociologia della salute nella società digitale*, Soveria Mannelli, 2015; F. APERIO BELLA (a cura di), *One Health: la tutela della salute oltre i confini nazionali e disciplinari*, cit.

co canadese che promuovendo una lettura di continuità tra medicina umana e veterinaria conia il termine *One Medicine*, che si potrebbe definire il predecessore dell'attuale *One Health*. Tuttavia, le fondamenta teorico-scientifiche di questo approccio sono molto più profonde, trovando origine nelle riflessioni della Filosofia della Natura sviluppatesi nel mondo antico, a partire da Ippocrate.

La medicina ippocratica fa del legame fra salute umana e ambiente naturale la base stessa della sua struttura teorica e delle sue indicazioni terapeutiche. Agli albori della civiltà, e soprattutto con lo sviluppo della scuola di medicina di Ippocrate nel 400 a.C., il paradigma interpretativo dei fenomeni legati alla salute era dominato dai rapporti intercorrenti tra natura esterna e natura interna. Nel pensiero ippocratico domina un'interpretazione razionale dei fenomeni patologici basata sulla cosiddetta teoria umoralistica che suppone l'esistenza di un'analogia tra il macrocosmo dell'universo con i suoi quattro elementi, e il microcosmo del corpo umano con i suoi quattro umori. Nello specifico, per Ippocrate, come l'universo si compone di quattro elementi, ossia terra, acqua, fuoco e aria, che attraverso forze di attrazione e di repulsione danno origine ai fenomeni naturali, anche il corpo umano presenta quattro umori, bile gialla, flegma, sangue e bile nera che, con il loro equilibrio determinano la salute, mentre con il loro squilibrio, in eccesso o in carenza, causano la malattia.

Testimonianza di tutto questo è un bellissimo affresco che si può ammirare nella cripta della Cattedrale di Anagni, ove si vede Ippocrate, con la mano levata, che insegna a Galeno la composizione dell'Universo. A sinistra delle due figure, quattro cerchi allineati verticalmente rappresentano i quattro elementi che costituiscono il mondo naturale, con una seconda linea di cerchi che indica le loro proprietà fisiche. Il significato di quest'opera non può che essere uno: la medicina spiega la natura del mondo e a sua volta il mondo spiega la medicina. Inoltre, in un passo celebre del trattato ippocratico sulle *Epidemie* (nel senso di malattie presenti in una popolazione, e non nel senso moderno di malattie contagiose) si trova un'immagine che è stata spesso rappresentata come un triangolo, che ha ai vertici tre M: il malato, la malattia e il medico:

Nelle malattie occorre avere presenti due cose: essere utile o almeno non nuocere. L'arte [téchne] si compone di tre termini: la malattia, il malato e il medico. Il medico è il servitore dell'arte; occorre che il malato aiuti il medico a combattere la malattia⁶.

Un modello che è andato avanti per secoli nella storia della salute, fino a quando non ha fatto irruzione un'altra M nella quale entrano tante medicine, da quella tecnologica a quella diagnostica e curativa, da quella preventiva a quella narrativa, da quella di precisione a quella personalizzata. Da qui il passaggio dalla figura geometrica del triangolo a quella del quadrato ove emergono scenari di una nuova componente, quelli della bioetica della medicina, legati al tipo di medicina che si vuole affrontare nel contesto della moderna organizzazione della società.

In questo riconoscimento delle affinità tra mondo interno e mondo esterno Ippocrate elabora un nuovo paradigma ermeneutico sul valore della salute raccontandolo nel libro *De aere, aquis et locis*, ove sottolinea come la salute dell'uomo sia fortemente influenzata dalle condizioni climatiche e dalla collocazione geografica, in altre parole dall'ambiente in cui vive. Si tratta di un manuale del medico che viaggia da una città all'altra e scopre popolazioni che, completamente immerse nel loro ambiente, ne sono il prodotto naturale e restano sotto l'influsso dell'orientamento dei luoghi e delle costruzioni, del soffiare dei venti, del cambiamento delle stagioni, della qualità delle acque, tutti fattori determinanti i fenomeni fisiologici e patologici. Tutto questo accade perché le popolazioni umane vivono immerse nella natura, ne sono parte costituenti e la loro salute dipende quindi dalla salute ambientale. Così, come per il triangolo delle tre M, il ruolo del medico è quello di aiutare nella difesa contro le conseguenze negative degli ambienti patogeni.

⁶ Accanto a questo triangolo, nello stesso trattato ce n'è un altro, che ha per i medici ippocratici, la stessa importanza, quello fra popolazione, salute e ambiente. Qui, Ippocrate afferma che ogni rimedio proposto da questi medici viene dalla natura: le piante, i minerali, le acque. Inoltre, nel Trattato si legge: «Dove le stagioni subiscono le variazioni più considerevoli e differiscono maggiormente l'una dall'altra, lì anche avrai la massima diversità nell'abito del corpo, nella naturalezza e nella costituzione. In generale, tutto ciò che la terra produce è conforme alla terra stessa».

Anche Aristotele nella sua opera *Historia animalium* mette in evidenza le analogie tra la salute e la malattia dell'uomo e degli animali. Una sintesi tra la posizione umoralistica di Ippocrate e le analogie zoo-antropologiche professate da Aristotele è presente negli studi di Galeno di Pergamo. Vissuto nel primo secolo dopo Cristo, con l'intento di promuovere un'interpretazione dei morbi animali e delle malattie umane in una visione unitaria di tutto il mondo vivente.

Riflessioni, quest'ultime, che perdurano fino all'Illuminismo, quando ancora l'intreccio tra natura interna e natura esterna guida le riflessioni e indirizza le pratiche curative. Così, dalla consapevolezza di difendere il valore unitario del concetto di salute, anche nei secoli a venire, si registra un progressivo atteggiamento di adesione a una visione olistica del concetto di salute, valvole per tutto il mondo vivente. Al riguardo, puntuale è la testimonianza del medico Giovanni Maria Lancisi, che nei suoi scritti scientifici mette in rilievo il ruolo chiave dell'ambiente nella diffusione delle malattie sia nell'uomo che negli animali. Questa intuizione di Lancisi è scolpita nell'opera *De Bovilla peste* pubblicata nel 1715, che può essere considerata la testimonianza più importante di gestione olistica nella storia delle malattie animali. Lancisi, medico e archiatra del papa, noto come un anatomico nonché epidemiologo, ha dato un importante contributo alla medicina veterinaria quando la peste bovina colpì l'Europa nel XVIII secolo. Un libro che, se per un verso illustra accuratamente le caratteristiche della peste bovina e, soprattutto, fornisce suggerimenti in ordine alle misure di controllo da adottare, con istruzioni speciali per l'abbattimento e l'infossamento degli animali colpiti, il divieto di movimentare gli animali colpiti e l'adozione di misure igieniche e politiche adeguate. D'altro, descrive le relazioni tra la peste del bestiame e le conseguenze dirette sulla popolazione umana quali la povertà e la fame, illustrando le azioni da intraprenderle per fronteggiare questi fenomeni sociali. In questi termini, Lancisi nel suo capolavoro riesce a dimostrare anche un altro elemento: il rapporto esistente tra politica e storia da un lato e la peste bovina dall'altro.

Argomentazioni non dissimili provengono anche dal naturalista italiano Agostino Bassi noto per i suoi studi sulla malattia del baco da seta. Qui, egli è noto per aver dimostrato come, il mal calcino, una grave

malattia dei bachi da seta che ne causava rapidamente la morte con un conseguente nefasto risvolto economico sulla fiorente industria della seta, fosse causata da un microscopico parassita. Così, Bassi dà la prima dimostrazione del cosiddetto contagio vivo, cioè del fatto che elementi viventi possano causare malattie di altri esseri viventi, rilevando di fatto l'evidenza di quella interconnessione eco-biologica in ambito sanitario più volte già preconizzata nel corso dei due millenni precedenti.

Da qui, il progressivo abbandono di una visione lineare che collocava l'individuo in una posizione privilegiata, giacché è, l'idea stessa dell'uomo come protagonista indiscusso dei secoli precedenti a entrare in crisi, così come la sua possibilità di pensarsi e di agire. Da questa nuova e acquisita consapevolezza, deriva il carattere circolare del concetto di salute⁷, tale per cui ogni soggetto, umano e non umano, influenza ed è influenzato dall'altro, per cui i risultati non dipendono solo dalle condizioni iniziali, ma dal processo e dalle variabili del sistema in cui i vari soggetti sono chiamati a vivere.

Non è un caso se, a partire dalla metà dell'Ottocento, sono tanti gli esperti di settore che spingono per un'unificazione di fatto fra la professione medica e quella veterinaria. Il medico, patologo e politico Rudolf Virchow, ideatore della teoria cellulare secondo la quale l'alterazione delle cellule è la sede e la causa delle malattie, conia il termine “zoonosi”, affermando che tra la medicina animale e quella umana non ci sono linee di demarcazione, né dovrebbero esserci. L'oggetto è diverso ma l'esperienza ottenuta costituisce la base di tutta la medicina. La salute e la malattia negli esseri umani e negli animali differirebbero quindi solo nei dettagli e non nella loro natura. Altrettanto viene fatto da William Osler, allievo di Virchow, anche lui patologo e clinico, il quale promuove con convinzione l'unione tra salute umana e animale, sostenendo che in ambito sanitario bisogna pensare a una medicina. Così, Osler arriva a coniare il termine *One Medicine*, precursore nella forma e nella sostanza dell'attuale *One Health*. Testimonianza di tutto questo è il fatto che Osler, considerato il padre della medicina moderna, abbia insegnato al tempo stesso nelle scuole mediche e in quelle veterinarie.

⁷ In argomento, fra i tanti, I. CAPUA, *Salute circolare. Una rivoluzione necessaria*, Milano, 2019.

Così, la necessità di considerare le connessioni tra salute umana e salute animale avuto riguardo all'ambiente in cui sono destinate a svilupparsi queste relazioni, ha determinato il progressivo sgretolamento delle vecchie certezze antropocentriche, che lasciano spazio a un nuovo paradigma che mette in relazione l'umano e gli altri esseri viventi. La sfida sottesa a questo cambio di paradigma è di pensare la salute non solo e non tanto alla luce delle causanti organiche, ma anche e soprattutto per ciò che attiene alle determinanti sociali e psicologiche, con tutte le connessioni evidenti con la dimensione antropologica e economica dell'esistenza. In tal modo, diventa sempre più palese la necessità di cercare, oggi, nuove soluzioni che permettano di affrontare la dimensione della salute, non più con strumenti riduzionistici e settoriali, ma proiettati su singoli segmenti di realtà, soggetti ed ecosistemi, pur sempre sotto l'ombrello del diritto che, sempre di più, è, oggi, chiamato a decidere rispetto alle nuove soggettività implicate in questa nuova prospettiva di indagine. In questo senso occorre porsi in una diversa ottica interpretativa, capace di migliorare le relazioni persone-ambiente.

Volendo trovare un'altra radice dell'approccio *One Health*, non si può non prendere in considerazione il contributo promosso attraverso lo sviluppo dei movimenti ecologisti. Al riguardo, si potrebbe affermare che, se nell'Ottocento, con Alexandre von Humboldt, Goethe e i poeti romantici si scopre la natura e la sua importanza per il benessere, negli ultimi decenni le crisi ambientali nelle loro varie sfaccettature hanno mostrato l'ampia gamma di benefici che gli esseri umani possono trarre dalle loro relazioni con gli altri esseri viventi, promuovendo l'elaborazione di strategie per la salvaguardia degli ecosistemi.

Ecco che, tante e diverse sono le ragioni e i principi ispiratori di questo nuovo paradigma interpretativo della salute. Tutto questo ha fatto sì che, in ragione della varietà dei soggetti coinvolti, oltre alle problematiche di coordinamento, diventasse necessario procedere alla definizione e all'implementazione di nuove politiche soprattutto funzionali a garantire l'inclusione della salute nei processi decisionali che coinvolgono altri settori. È così che, in epoca contemporanea, l'espressione *One Health* inizia a essere usata in termini ufficiali, a partire dalla già citata conferenza *One World, One Health: Building Interdisciplinary Bridges to Health in a Globalized World* organizzata dalla *Wildlife*

Conservation Society (WCS) a New York il 29 settembre 2004. Il risultato di questi incontri sono quei già ricordati *Principi di Manhattan*, ossia raccomandazioni finalizzate a stabilire un approccio più olistico nel prevenire le malattie epidemiche/epizootiche, nonché volto ad assicurare il mantenimento dell'integrità degli ecosistemi, a beneficio degli uomini, degli animali e dell'ambiente⁸. Andando, di fatto, a promuovere una visione in cui l'uomo non è più al centro delle riflessioni, ma è chiamato a partecipare insieme a tutte le creature viventi al benessere collettivo, in quanto ciascuno, inclusi i batteri, è importante per la vita dell'altro.

Ecco che quindi, occuparsi della nostra salute non è più sufficiente, ci si deve prendere cura della salute e del benessere di tutti gli altri se davvero si vuol stare bene, oggi e per gli anni a venire. Non a caso, il catalogo dei *Principi di Manhattan* è stato di recente aggiornato all'esito della conferenza *One Planet, One Health, One Future* tenutasi a Berlino nel 2019 su iniziativa congiunta della *Wildlife Conservation Society* e della Divisione Clima e Ambiente del Governo federale tedesco. Ne è emerso un riconoscimento ancor più netto del fatto che le ricorrenti emergenze di sanità pubblica, di perdita della biodiversità e i cambiamenti climatici, impongono un cambio di passo, richiedendo che la salute umana non sia più protetta in modo separato e isolato dalla salute degli animali e del pianeta.

Del resto, che si tratti di un concetto chiave, chiamato a rivestire un ruolo centrale, meritando di essere indagato anche sul piano giuridico, è dimostrato dal fatto che, forte anche della spinta dell'emergenza pandemica, la locuzione figura in diversi documenti strategici della materia. Tra i più noti e recenti: la Dichiarazione di Roma che ha fatto seguito al *Global Health Summit* tenutosi a maggio 2021 proprio nella Capitale, e il Regolamento UE 2021/522 istitutivo del «programma UE per la salute» EU4Health per il periodo 2021-2027 e molti altri. Da ultimo, l'Agenda 2030 per lo Sviluppo Sostenibile delle Nazioni Unite, il cui preambolo pone l'accento proprio sulla dimensione trasversale della

⁸ Con una strategia unitaria e incisiva queste raccomandazioni hanno inteso realizzare, da un lato la tutela della salute di tutti gli esseri viventi della terra e dall'altro, la conservazione dell'integrità biologica del pianeta, attraverso una serie di *policies* soggette a costante verifica.

salute, così come gli obiettivi del PNRR, che prendono atto delle connessioni in essere tra la salute umana, animale e ambientale anche se, come è stato rimarcato, gli sforzi per una programmazione integrata sono limitati sia in senso finanziario sia in termini di spazio nel testo, e in diverse occasioni risultano chiari solo a fronte di un confronto con un documento-cornice come è, appunto, l'Agenda 2030.

Queste, dunque, le basi teorico-pratiche ispiratrici dello modello “One Health, One World”, un concetto che racchiude in un'unica visione integrata l'insieme della natura: la salute umana, quella degli animali e la sostenibilità degli ecosistemi che costituiscono un unico obiettivo: raggiungerli tutti e tre contemporaneamente è l'unico modo per raggiungere ognuno di essi.

3. One Health e Costituzione italiana, all'indomani della legge cost. n. 1/2022

La visione olistica di *One Health* si basa, come si è visto, sul riconoscimento del principio per il quale la salute umana, quella animale e la salute dell'ecosistema sono indissolubilmente collegate e meritano pertanto tutela con un approccio globale che necessita anche del contributo diritto.

Nelle nuove tendenze strategiche sviluppatesi intorno al concetto di salute ci sono molti elementi di novità, ma al tempo stesso si ritrovano tematiche molto antiche che spingono a considerare nella ricostruzione storica delle politiche sanitarie e sociali dei tempi rapidi e delle lunghe durate, anche delle costanti profondamente ancorate nella natura stessa della vita sulla terra. In seguito a questo sviluppo, si può pertanto dire che la sfida è di pensare la salute non solo e non tanto alla luce delle causanti organiche, ma anche e soprattutto per ciò che attiene alle determinanti sociali e psicologiche, con tutte le connessioni evidenti con la dimensione antropologica e economica dell'esistenza. Diventa, quindi, sempre più palese la necessità di cercare nuove soluzioni che permettano di affrontare la dimensione della salute. In questo senso occorre porsi in una diversa ottica interpretativa riferita ai processi relazionali

li attraverso i quali si sviluppano metodi capaci di migliorare i rapporti persone-ambiente.

La nostra Costituzione riconosce e tutela la salute come valore primario, proteggendola come “diritto fondamentale dell’individuo” sia come “interesse della collettività”, valorizzandone in tal modo la dimensione superindividuale. Proprio questa duplice veste della salute si rivela essenziale per comprendere la portata e la latitudine applicativa del “valore salute”, in relazione sia alle concretizzazioni svolte dal legislatore, sia allo scrutinio di costituzionalità. Quella italiana è tra le prime Costituzioni nelle quali il diritto alla salute sia stato riconosciuto ed è certamente una di quelle che al diritto alla salute offre le garanzie più rigorose. L’attuazione del disegno costituzionale della tutela della salute come garanzia universale, nel senso che tutti i cittadini, senza distinzione alcuna, possono goderne, si è realizzata con l’istituzione del Servizio Sanitario Nazionale (SSN), istituito dalla l. 23 dicembre 1978, n. 833.

In passato, la salute era considerata come una condizione strettamente personale e della sua cura l’amministrazione pubblica non si occupava se non nell’ottica di polizia sanitaria, agendo solo in rari casi, attraverso interventi nel settore della profilassi delle malattie infettive e per l’assistenza ai bisognosi. Al più, la sanità pubblica era intesa come questione di ordine pubblico, lo testimonia il fatto che le competenze in materia erano devolute al Ministero dell’Interno e alle sue diramazioni organizzative territoriali⁹. Oggi, invece, il diritto alla salute permea tutti gli ambiti in cui si svolge la nostra vita: ne parliamo naturalmente quando ci occupiamo di malattia e cure ma, al di là di questa dimensione scontata e basilare, è difficile trovare un settore che non s’intersechi con questo diritto. La sicurezza sul lavoro, nei trasporti, nelle scuole, o il benessere di chi frequenta questi ambiti si legano alla salute. Così come le questioni in tema di sicurezza alimentare.

⁹ Di fatto, per la nascita del Ministero della Salute, già Ministero della Sanità, bisognerà attendere il 1958. Fino ad allora, il modello dell’amministrazione e dell’assistenza sanitaria ripete la piramide gerarchica tradizionale con al vertice il Ministro dell’Interno, con una direzione generale di sanità e il consiglio superiore, e sotto la sua dipendenza i Prefetti, con l’Ufficio sanitario provinciale e il Consiglio Provinciale di sanità, i sottoprefetti e da ultimo i sindaci, con il medico ufficiale sanitario.

In questi termini, il modello di salute abbracciato dalla Costituzione nel 1948 è completamente diverso da quello previgente. È significativo, anzitutto, che quello alla salute sia stato qualificato esplicitamente come diritto “fondamentale”. Nessun altro diritto costituzionale si vede invero attribuita questa qualifica. Ciò, però, non significa che il diritto alla salute sia gerarchicamente sovraordinato a tutti gli altri. A ricordarcelo è la Corte costituzionale con la sentenza n. 85 del 2013, ove afferma che nessun diritto costituzionale può dirsi “tiranno” nei confronti degli altri: così il diritto alla salute, da cui si è fatto poi derivare in via giurisprudenziale quello alla salubrità dell’ambiente, non può considerarsi sempre e comunque prevalente rispetto ad altri valori costituzionali, altrettanto primari. Nella specie, la Consulta prendendo posizione sul noto caso dell’Ilva di Taranto, riconosceva accanto al diritto alla salute, in specie il diritto alla salubrità dell’ambiente, anche il diritto-dovere al lavoro, garantito dal mantenimento del ciclo produttivo dell’impresa Ilva¹⁰. In sostanza, il giudice delle leggi in tale occasione evidenziava la

¹⁰ La questione portata all’esame della Corte riguardava il noto caso dell’Ilva di Taranto, acciaieria con una lunga storia di pesante inquinamento in danno della città. Nel dichiarare non fondate le censure di costituzionalità che erano state proposte contro una serie di norme tendenti a “governare” il risanamento dell’acciaieria nell’ambito dell’autorizzazione integrata ambientale (AIA), la Corte ha così sintetizzato il proprio pensiero sul bilanciamento tra i diritti. In particolare, sebbene in più occasioni il Giudice delle leggi abbia affermato la necessità di un bilanciamento ragionevole e ponderato fra i diversi diritti costituzionali, a partire dal 2013 ha riconosciuto che l’aggettivo fondamentale non sarebbe rivelatore di un “carattere preminente” di un diritto rispetto a tutti gli altri diritti della persona. Dovendosi, al contrario, sempre procedere a un bilanciamento, quale processo dinamico, sempre aperto a futuri aggiustamenti in funzione dell’evolversi della situazione, delle nuove evidenze che si formano e dei mutamenti culturali che caratterizzano la società nel suo complesso. Il descritto orientamento della Corte costituzionale, teso a promuovere un necessario bilanciamento fra i diritti, è stato ribadito anche nella successiva giurisprudenza costituzionale, sentenza n. 58 del 2018, e per poi essere mutuato anche dalla giurisprudenza amministrativa, in una recente sentenza 23 settembre 2022 n. 8167 del Consiglio di Stato. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, vedi L.G. SATÈ, *“Caso Ilva”: la tutela dell’ambiente attraverso la rivalutazione del carattere formale del diritto (una prima lettura di Corte cost., sent. n. 85/2013)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2013, 3; A. MORELLI, *Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 1, 2013, 7-11; G. ASSENNATO, *Il caso «Taranto» e il rapporto ambiente-salute nelle autorizzazioni*

necessità di un ragionevole bilanciamento tra diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione, in particolare alla salute (art. 32 Cost.), da cui deriva il diritto all'ambiente salubre, e al lavoro (art. 4 Cost.), da cui discende l'interesse costituzionalmente rilevante al mantenimento dei livelli occupazionali e il dovere delle istituzioni pubbliche di spiegare ogni sforzo in tal senso, precisando, subito dopo, 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». La tutela deve essere sempre «sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate e in potenziale conflitto tra loro»¹¹. Ragionando in questi termini, secondo

ambientali, in *Questione Giustizia*, 2, 2014, 76-88; S. PALMISANO, *Del «diritto tiranno». Epitome parziale di un'indagine su cittadini già al di sopra di ogni sospetto*, in *Questione Giustizia*, 2, 2014, 89-116. Sulla tema della filosofia del cosiddetto bilanciamento costituzionale, fra i tanti, R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; ID., *La Costituzione fra testo e applicazione*, in *Ars interpretandi*, 2009, 111 ss.; M. DOGLIANI, *Il "posto" del diritto costituzionale*, in *Giur. cost.*, 1993, 525-544 nel quale l'Autore si chiede: «l'attività dello scegliere è guidata da canoni definiti e gerarchizzati, il cui rispetto è giuridicamente dovuto, oppure l'atto dell'interprete è una "decisione" che spazia tra tutte le possibilità consentite dalle espressioni linguistiche contenute nel testo (costituzionale), per cui gli argomenti sono solo le giustificazioni che sorreggono e rendono accettabile la scelta effettuata, ma non i vincoli che hanno condotto ad essa?» (529); G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992; R. ALEXY, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di) *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, 29-32; G. PINO, *Conflitto e bilanciamento tra diritti fondamentali. Una mappa dei problemi*, in *Etica & Politica*, 1, 2006; ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Bologna, 2010; R. DWORKIN, *I diritti presi sul serio*, Bologna, 2010.

¹¹ In termini, Corte Cost., sentenza n. 264 del 2012. Con una seconda sentenza n. 58 del 23 marzo 2018, la Corte costituzionale veniva chiamata a giudicare la legittimità costituzionale del c.d. decreto Ilva del 2015 (art. 3 del dl n. 92 del 2015, abrogato e riprodotto in maniera identica, come osserva la stessa Corte, dal dl 83 del 2015), che consentiva, a fronte della promessa di un piano di risanamento entro un mese, la prosecuzione dell'attività dell'Ilva, nonostante il provvedimento di sequestro preventivo emesso dall'autorità giudiziaria nei confronti dell'azienda per reati inerenti alla sicurezza dei lavoratori. Ebbene, qui, la Corte concludeva per l'illegittimità costituzionale del decreto del 2015 in quanto «il legislatore ha finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di

la giurisprudenza costituzionale sarebbe necessario garantire «un continuo e vicendevole bilanciamento tra principi e diritti fondamentali, senza pretese di assolutezza per nessuno di essi». In tal modo, la qualificazione come “primari” dei valori dell’ambiente e della salute significherebbe che gli stessi non possono essere sacrificati ad altri interessi, ancorché costituzionalmente tutelati, non già che gli stessi debbano essere posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto.

L’itinerario ricostruttivo prescelto dalla nostra Costituzione abbraccia un carattere ormai conclamatamente composito del concetto di salute. Del resto, la norma contenuta nell’articolo 32 Cost. non più da intendersi in termini meramente programmatici, bensì precettivi, in quanto volta a tutelare immediatamente e senza alcuna necessità dell’*interpositio legislatoris* il diritto all’integrità psico-fisica, quale situazione giuridica inviolabile, tutelabile e azionabile sia nei rapporti con i poteri pubblici, che nei confronti con i privati. Un’attitudine densa di significato, che ha generato un ampio dibattito dottrinale e una ricca giurisprudenza.

In quest’ottica, colpisce pertanto la lettura del testo di revisione costituzionale avvenuta nel 2022. Una riforma di ampio respiro nell’ambito della quale possono isolarsi diversi profili. Nello specifico, tra i diversi aspetti innovativi, ciò che rileva ai fini del presente lavoro, è la prospettazione della tutela dell’ambiente fondata sulla consapevolezza che quest’ultimo sia un elemento costitutivo della salute umana, quale fattore di benessere e di crescita economica, nonché veicolo per la soddisfazione di diversi bisogni degli individui¹². In tal modo, il legislatore

diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa (artt. 2 e 32 Cost.), cui deve ritenersi inscindibilmente connesso il diritto al lavoro in ambiente sicuro e non pericoloso (artt. 4 e 35 Cost.)”.

¹² Giova ricordare che, prima della riforma del 2022, l’ambiente non era menzionato nel testo originario della Costituzione. Vi era stato inserito, per via interpretativa, dalla giurisprudenza costituzionale attraverso il combinato tra il principio di ragionevolezza e la richiamata clausola del limite dell’utilità sociale, ed era stato poi incluso nell’art. 117, co. 2, lett. s), come modificato dalla riforma del 2001, con l’affidamento in via esclusiva allo stato del compito di tutelare l’ambiente l’ecosistema e i beni culturali. Ma, manca una disposizione costituzionale che riconoscesse e tutelasse l’ambiente. Ciò nondimeno, la Consulta già nel 1987 statuiva che «l’ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l’esigenza di un habitat naturale nel quale l’uo-

costituzionale mostra di riconoscere e garantire la salute come il risultato dell'interazione uomo-ambiente e, conseguentemente vede l'ambiente come il principale elemento capace di influenzare la qualità della vita¹³.

Ebbene, questa nuova lettura costituzionale sulla tutela dell'ambiente, ma anche della biodiversità e degli ecosistemi quale componente integrativa della previsione dell'articolo 9, e i riferimenti "ambientali" introdotti anche nel testo dell'articolo 41, si fanno particolarmente apprezzare proprio con riferimento all'approccio *One Health*. Ciò in quanto, a seguito dell'entrata in vigore della l. cost. 11 febbraio 2022, n. 1, tutti gli elementi della triade al cuore di *One Health* sembrano trovare espresso richiamo nella Costituzione italiana: tutela dalla salute umana, degli animali e dell'ambiente. Conseguentemente, sebbene per l'opinione dominante il tenore letterale della riforma del 2022 non sia «in grado di affermare una nuova visione eco-centrica nella Costituzione», né potrebbe farlo dal momento che la centralità dell'essere umano è insita nel principio personalista sancito dalla Costituzione medesima, le innovazioni introdotte non sono di poco momento.

La prospettiva costituzionale, così declamata, appare infatti fondata su una visione dei sistemi naturali e delle popolazioni umane e animali come fondamentalmente interconnessi, nonché sul rigetto delle tradizionali visioni riduzioniste, che vedevano la natura come mero strumento per la soddisfazione degli interessi umani. In sostanza, con que-

mo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 della Costituzione) per cui essa assurge a valore primario ed assoluto», Corte cost., sent. 641 del 1987. Conclusione ribadita in altre pronunce della Consulta, fra le tante, Corte cost. sentenze nn. 210/1987; 367 e 378/2007; 225/2009.

¹³ In tema cfr., R. BIFULCO, *Primesime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 11, 2022, 1-8; R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, 13, 2022, 187-212; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e salute*, cit.; G.M. FLICK, *L'articolo 9 della Costituzione oggi*, in *Federalismi.it*, 17, 2023, 1-16; D. CERINI, E. LAMARQUE, *La tutela degli ani mali nel nuovo articolo 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, 24, 2023, 32-65. Per approfondimenti in tono critico, v. F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it*, cit.; T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 16, 2021, 1-4.

sto intervento sembra che il legislatore costituzionale abbia maturato la consapevolezza che non ci sia solo la specie umana da preservare, in quanto la salute del pianeta e di tutti i suoi abitanti devono avere pari dignità e pari attenzione se si vuole veramente creare un ecosistema sostenibile e durevole. Anche perché, le alterazioni che avvengono nei primi anelli di questa articolata catena della vita sono destinate fisiologicamente a ripercuotersi inevitabilmente, con una sorta di effetto domino a breve o a lungo termine, sulla salute animale e poi su quella umana.

Tutto ciò costituisce il sostrato di una realtà che travalica i confini tradizionali, fino a smantellare alcune istanze teoriche forti, lasciando tracce profonde. In questo senso, l'affermazione del paradigma *One Health*, che declina la salute in riferimento all'interfaccia uomo-animale-ambiente, rappresenta una rottura e insieme una novità rispetto al passato nella misura in cui comporta l'entrata in scena non solo di nuovi beni giuridici, ma anche di potenziali nuovi soggetti come titolari di possibili diritti, che prima non erano mai stati presi in considerazione, almeno nel panorama occidentale.

Su tale assunto di fondo, la salute non appare più dunque la risultante passiva di una serie di fattori positivi e negativi, che interagiscono con la persona e ne determinano l'esistenza, ma è il prodotto attivo di fattori psicologici, cognitivi e comportamentali, con valori individuali e sociali. In questi termini, si potrebbe affermare che la salute risulti l'esito di un'interazione tra l'individuo e le sue variabili esistenziali, biologiche e psicologiche, e le variabili dell'ambiente scioale, culturale ed eco-sistemico in cui la persona è inserita. Conseguentemente, l'adesione a questo punto di vista sposta l'attenzione da una relazione di tipo gerarchico con al vertice la salute umana, a un rapporto circolare in cui l'individuo non solo è chiamato a reagire alle circostanze, ma si pone sullo stesso piano della salute degli altri esseri viventi, e più in generale, dell'ambiente all'interno del quale è chiamato a vivere.

4. *Virtù e limiti dell'approccio One Health*

Il quadro complessivo finora tracciato sul concetto di salute ci restituisce l'evidenza di situazioni che si disegnano non solo come specificazioni sul piano soggettivo, ma che hanno una loro sfera di autonomia, appartenendo tanto al singolo quanto alla comunità intera, e non solo.

In questi termini, evidenti sono le sfide che il modello *One Health* lancia, specie sul piano del diritto. Si tratta, in primo luogo di una sfida di natura istituzionale, insita nella necessità di superare la settorialità degli apparati, da sempre segnati da divisioni per materie di natura orizzontale, per creare realtà di tipo trasversale, capaci di dialogare in tutte le fasi della loro azione con tutte le componenti che entrano nella definizione. Da qui, l'esigenza di creare nuovi strumenti normativi, nei quali un cambiamento anche di dettaglio può essere recepito e può risultare in grado di modificare tutti quegli elementi che dal cambiamento originario derivano.

Tutto questo accade perché il paradigma *One Health* sin qui delineato tende a modificare e a mettere in discussione il modello fondato sulla tradizionale categoria della salute, in favore di una prospettiva che considera assieme le dimensioni sociali e ambientali, sì da promuovere nuovi equilibri, e consentendo l'esplicitazione dei diversi punti di vista. Per l'effetto, tra i soggetti deputati all'implementazione di questo approccio non vi sono solo scienziati, medici e veterinari, ma si dovrebbe auspicare anche la partecipazione dei *policy makers*, governanti e legislatori. Dunque, una partecipazione a più livelli. In questo senso, l'attuazione del concetto di *One Health* implicherebbe un approccio metodologico che chiama in causa meccanismi di coordinamento intersettoriali a livello nazionale e periferico di non banale realizzazione.

Arrivati a questo punto, si può ritenere che le due parole chiave del paradigma *One Health* siano da ravviare nel concetto di collaborazione e di coordinamento, non solo tra discipline, ma anche tra vari soggetti istituzionali ciascuno al netto delle proprie competenze, superando pregresse frammentazioni, condividendo informazioni e comunicando conoscenze e criticità singolarmente riscontrate. Riflessioni tutte volte a far capire che la salute è un processo sistemico e a carattere circolare che include il benessere di tutti. Un concetto, quello di circolarità, che a

sua volta andrebbe inteso come criterio di massima valorizzazione del capitale umano, sociale e naturale e materiale del pianeta, assurgendo in tal modo a elemento strutturale dell'approccio *One Health*. Non solo in considerazione delle diverse anime e degli apparati di salvaguardia della salute, ma anche rispetto alla tradizionale separazione tra culture, discipline, ideologie e territori, che ha messo a dura prova l'intero sviluppo della salute globale.

Alla luce di queste considerazioni, appare chiaro che l'approccio *One Health* non può essere solo declamato e proclamato, come un semplice slogan. Si tratta, al contrario, di una necessità ordinamentale ormai ineludibile, rispetto all'idea-chiave che lo ispira, ossia quella di integrare in un "sistema organico" i valori interdipendenti della salute umana, della salute animale e della salute degli ecosistemi. In tal modo, abbracciare l'approccio *One Health* in tutte le sue manifestazioni, significherebbe promuovere un modello che ben potrebbe orientare anche le politiche sociali in un ordinamento come quello italiano che, recentemente interessato dalla riforma costituzionale del 2022, nell'accordare esplicito riconoscimento al valore della tutela ambientale, menzionando anche la necessità di tutelare gli animali, di fatto ha promosso un nuovo canone ermeneutico attraverso il quale leggere il rapporto uomo-natura.

In questi termini, ecco che l'approccio *One Health* non è un mero mito da idealizzare, ma una realtà a cui dare attuazione. Sebbene, una tale consapevolezza non possa costituire un punto di arrivo, ma di partenza, sollecitando gli attori istituzionali a ricomporre armonicamente il rapporto tra scienza e diritto in tutte le sue determinazioni nell'interesse generale. Al riguardo, a livello europeo, si registrano alcuni significativi interventi di alcuni esecutivi diretti a promuovere l'adozione piani di azione per il contenimento delle conseguenze in atto. In un simile contesto, fra i tanti, si possono citare le agende politiche di Francia e Spagna che costituiscono esperienze del tutto paradigmatiche, in quanto i Governi hanno inteso adottare strumenti di indirizzo conformi ai *Principi di Manhattan* e all'approccio *One Health* in essi raccomandato. L'intento è quello di promuovere una strategia unitaria e incisiva intesa a realizzare, da un lato la tutela della salute di tutti gli esseri viventi

della terra e dall'altro la conservazione dell'integrità biologica del pianeta, attraverso una serie di *policies* soggette a costante verifica¹⁴.

Tornando, quindi, alla domanda iniziale, ossia cosa voglia dire *One Health*, si può affermare che ne esca senz'altro rafforzata l'idea secondo cui, oggi, tale concetto si configura come chiave di volta dell'ordinamento interno e internazionale non solo delle politiche sanitarie *strictu sensu*, ma anche di quelle ambientali ed economiche, ponendosi come principio cardinale che impone un ragionevole utilizzo delle risorse, umane, naturali e biologiche per tutelare il benessere di tutti gli esseri viventi, incluse le generazioni future.

La pandemia Covid-19 ci ha, del resto, ricordato che il bene unico, essenziale e imprescindibile del quale non possiamo assolutamente fare a meno è la salute¹⁵. Che è una, o meglio un sistema integrato e interdipendente fra salute umana, dell'uomo e animale. Questo perché non c'è più dunque solo la specie umana da preservare. La salute di tutti gli esseri viventi deve avere pari dignità e pari attenzione. Solo così si può promuovere la creazione di un ecosistema sostenibile e durevole. Una questione che, nonostante l'urgenza della problematica che la fonda, ancora oggi non può dirsi di compiuta attuazione.

Quel che sembra certo è che dovrebbero essere gli Stati a rendere non troppo lungo e accidentato il cammino di una futura legislazione in materia. L'auspicio è, dunque, che a livello nazionale, europeo e internazionale si arrivi a un quadro giuridico chiaro, il più possibile condiviso, ma, al contempo, ambizioso e coraggioso, soprattutto nella piena consapevolezza del ruolo che le moderne tecnologie sono inesorabilmente destinate a ricoprire in questo ambizioso ma auspicabile progetto.

Si tratta di un'importante riflessione da farsi sull'approccio *One Health* che, come ogni nuovo e originale paradigma, necessita sia di un'adeguata metabolizzazione per poter penetrare nei tessuti dell'ordi-

¹⁴ In argomento, per ulteriori approfondimenti, L. VIOLINI (a cura di), *One Health dal paradigma alle implicazioni giuridiche*, Torino, 2022, 145 ss.

¹⁵ In particolare, la recente crisi sanitaria ha sollevato sempre più interrogativi sul rapporto tra uomo ed ecosistema e in particolare sul pericolo del cosiddetto *spillover*, ovvero il salto di specie che si realizza quando un agente patogeno viene trasmesso dalle specie animali (cosiddetto popolazione serbatoio) all'uomo con modalità e sviluppi differenti.

namento, sia di sperimentazioni che consentano di procedere per tentativi e correzioni. Siamo ancora agli inizi e la strada da compiere è lunga. La scelta è nostra.

NEOLIBERALISMO E SALUTE DELLE DONNE: L'AMBIGUO RUOLO DELLE *FEMTECH*

Sara Boicelli

1. Introduzione

Nel corso degli ultimi anni le *Female Technologies* (o *FemTech*) hanno assunto un ruolo sempre più rilevante nella quotidianità delle donne, proponendosi come strumenti innovativi capaci di garantire il raggiungimento di una piena emancipazione femminile attraverso la gestione autonoma della salute sessuale e riproduttiva. Se l'autonomia femminile è senz'altro un valore da preservare, tuttavia la questione può essere oggetto di un'analisi critica, come quella che sarà adottata nel presente saggio, il quale si pone l'obiettivo di evidenziare come queste tecnologie non possano essere analizzate e interpretate al di fuori del contesto neoliberale in cui si sono affermate, che ha determinato una progressiva e significativa trasformazione della concezione della salute, diventata una responsabilità morale individuale.

In particolare, al fine di fornire un inquadramento teorico necessario per comprendere la prospettiva critica di partenza, il secondo paragrafo si soffermerà sulla definizione di *neoliberalismo*, inteso non come mero assetto economico, ma come una razionalità governamentale e un'ideologia capace di influenzare e plasmare le condotte individuali e di produrre nuove forme di soggettività.

Il terzo paragrafo si concentrerà sull'impatto di questo paradigma nel campo della salute e analizzerà, in particolare, la trasformazione del concetto di salute che si è prodotta, nonché l'emersione del cosiddetto *homo medicus*, un soggetto che fa della cura di sé un dovere morale e una pratica orientata al mantenimento del proprio valore economico e del proprio livello di performance all'interno della società, tanto al fine di non essere escluso, quanto di non gravare sul resto della collettività.

Infine, il quarto paragrafo sarà dedicato all'analisi critica delle *FemTech*, evidenziando come il processo di iper-individualizzazione, iper-responsabilizzazione e automonitoraggio che negli ultimi decenni ha interessato la salute si sia intrecciato in modo complesso con la dimensione di genere.

2. La costruzione della soggettività neoliberale tra individualizzazione e iper-responsabilizzazione

Prima di analizzare gli strumenti di *FemTech* nel contesto neoliberale, è necessario chiarire il significato del termine *neoliberalismo* e soffermarsi sul modello di soggettività che esso produce¹.

¹ Si sottolinea che si tratta di un concetto complesso e articolato, del quale possono dunque mettersi in rilievo unicamente gli elementi essenziali. Come evidenziato dalla filosofa Wendy Brown, infatti, la sua formulazione varia a seconda del tempo e del luogo, sicché esso finisce per manifestarsi come un fenomeno globale, ma al contempo variegato e impuro, soprattutto nelle sue modalità di sviluppo e diffusione (W. BROWN, *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*, New York, 2015, 10). Per questa ragione, questo saggio prende in considerazione le specifiche modalità con le quali il neoliberalismo si è caratterizzato e affermato nell'area europea continentale e negli Stati Uniti. Pur con differenze nel modo in cui si è intrecciato con la cultura giuridica e la politica nazionale, in queste aree emerge un elemento comune: l'assenza dell'uso diretto della forza nella sua affermazione. Il neoliberalismo si è infatti diffuso in modo graduale e pervasivo, attraverso meccanismi che ne hanno reso l'adozione apparentemente naturale e inevitabile. Lo stesso non può essere affermato, invece, con riguardo a Paesi come il Cile, considerato il primo esperimento "a cielo aperto" delle politiche economiche neoliberali. In questo Paese, le politiche neoliberali sono state imposte attraverso uno stretto rapporto tra il dittatore Augusto Pinochet e il gruppo di economisti "the Chicago Boys" – definiti tali per la vicinanza a Milton Friedman e alla scuola di Chicago. In particolare, come affermato in D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, New York, 2007, 8: «The US had funded training of Chilean economists at the University of Chicago since the 1950s as part of a Cold War programme to counteract left-wing tendencies in Latin America. During the early 1970s, business elites organized their opposition to Allende through research institutes. (...) Pinochet brought these economists into the government (...)». Al centro delle politiche neoliberali cilene vi sono state le privatizzazioni di gran parte dei beni pubblici e lo sfruttamento privato e deregolamentato delle risorse naturali.

Da un punto di vista concettuale, infatti, è fondamentale rimarcare che il neoliberalismo non è inteso dai suoi critici come un mero sistema economico, ma nei termini di un'*ideologia* e di una *razionalità governamentale*.

Come ideologia, esso vede nella libera iniziativa economica il principio attorno cui costruire una società efficiente, ossia in grado di fornire agli individui, attraverso il mercato, tutti i mezzi necessari affinché essi siano capaci di ottenere ciò che desiderano. In questo senso, la libertà di scelta non si limita alla sfera economica, ma assume un ruolo centrale in ogni aspetto della vita umana, nelle sue dimensioni tanto pubbliche, quanto private². Tuttavia, limitarsi a definire il neoliberalismo come un'*ideologia* non è considerato sufficiente per comprenderne il funzionamento e, di conseguenza, il suo impatto nella società. Nelle ricostruzioni foucaultiane e nella più recente opera di Dardot e Laval, *La nuova ragione del mondo*, il neoliberalismo è interpretato, infatti, come una *razionalità governamentale*, ossia una tipologia di razionalità utilizzata «nei procedimenti volti a dirigere la condotta degli uomini, mediante l'amministrazione statale»³. Questo concetto non si limita al governo inteso come istituzione, ma comprende tutte le tecniche e procedure – non necessariamente implementate da appartenenti al *governo-istituzione* – finalizzate a «strutturare e organizzare non solo l'azione dei governanti, ma anche la condotta individuale dei governati»⁴.

Da questo punto di vista, la generalizzazione della logica economica a ogni sfera della vita si sviluppa su due livelli. Il primo concerne l'azione di governo e dell'autorità pubblica in generale, verificata e giudicata in termini di domanda-offerta, di efficacia e di costi-benefici, e sottoposta a «una sorta di tribunale economico permanente»⁵. Il secondo riguarda l'individuo e i rapporti sociali: il mercato diventa anche «principio di intelligibilità e di decifrazione dei rapporti sociali e dei compor-

² Sul punto O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020, 5; J. DEAN, *Enjoying Neoliberalism*, in *Cultural Politics*, 4, 2008, 54; e W. BROWN, *Undoing the Demos*, cit., 20.

³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005, 265.

⁴ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2019, 6.

⁵ M. FOUCAULT, *op. cit.*, 202.

tamenti individuali»⁶ e qualsiasi rapporto umano viene analizzato secondo lo schema della domanda-offerta e del profitto.

Invero, il neoliberalismo influenza la condotta soggettiva in modo che tutti gli individui siano autonomamente in grado di governarsi, di concepire se stessi e il proprio rapporto con gli altri membri della collettività, in funzione di un unico principio, quello della concorrenza generalizzata⁷. In tal senso, esso è in grado di produrre specifiche forme di soggettività, di relazioni sociali, di vita.

In particolare, la soggettività neoliberale è precaria e fluida, competitiva, non guidata da passioni o interesse personale, ma disposta a compiere, anche attraverso il sacrificio, i comportamenti necessari alla sopravvivenza del sistema. Emblematiche, in questo senso, le parole della filosofa politica Wendy Brown, secondo la quale:

[...] reconciling individual with national or other collective interests is no longer the contemporary problem understood to be solved by markets. Instead, the notion of individuals naturally pursuing their interests has been replaced with the production through governance of responsibilized citizens who appropriately self-invest in a context of macroeconomic vicissitudes and needs that make all of these investments into practices of speculation. Homo oeconomicus is made, not born, and operates in a context replete with risk, contingency, and potentially violent changes, from burst bubbles and capital or currency meltdowns to wholesale industry dissolution⁸.

Insomma, il soggetto neoliberale è portato a comportarsi – attraverso la legge e a meccanismi di educazione e punizione-esclusione – secondo modalità che gli consentano di beneficiare il sistema di cui fa parte, anche a *discapito* del proprio benessere personale. Si è di fronte a un soggetto che è progettato ed educato per essere incline a *sacrificarsi* per quelli che vengono considerati beni e obiettivi superiori, i quali hanno a che vedere, come si è osservato in precedenza, esclusivamente con la sfera economica, come la crescita e l'arricchimento macroeconomico⁹.

⁶ *Ivi*, 198.

⁷ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo*, cit., 6.

⁸ W. BROWN, *Undoing the Demos*, cit., 84.

⁹ *Ivi*, 83.

Inoltre, a differenza del soggetto liberale – che agisce sulla base del proprio interesse, ma creando interdipendenze e benessere collettivo, che ha preoccupazioni economiche, ma non è, nella sua *sostanza* e nella sua *forma*, interamente economico¹⁰ –, secondo Brown, quello neoliberale organizza la propria vita secondo un'*ontologia imprenditoriale*: egli gestisce ogni sfera della propria esistenza, da quella lavorativa a quella affettiva, seguendo la logica dell'impresa e della competitività. Ciò non avviene perché l'individuo ritiene che, tra le varie modalità di organizzazione, questa sia la più funzionale al proprio benessere, ma perché – attraverso la costruzione di una cornice precisa, e molto spesso senza che vi siano prescrizioni esplicitamente tassative – è convinto che non vi sia altra scelta logica se non quella di comportarsi come un attore economico in ogni singolo istante della propria esistenza¹¹.

¹⁰ Si potrebbe obiettare che il soggetto benthamiano, guidato dal calcolo e dall'utile, sia esclusivamente economico e che manchi di una dimensione politica. In realtà, secondo Brown, la ricerca che egli fa della sicurezza, della stabilità e della gratificazione lo rende (anche) un soggetto politico, tanto che l'utile diventa, nella concezione benthamiana, non solo un principio secondo il quale agisce l'individuo, ma anche e soprattutto dal quale è guidata l'azione di governo (*ivi*, 96). A sostegno di questa tesi, può essere evidenziato come i secoli tra il Settecento e il Novecento siano stati caratterizzati da lotte per la rappresentanza politica, la libertà e l'abolizione della schiavitù. Inoltre, un aspetto ancora più rilevante è dato dal fatto che queste contestazioni sono state prive di una formulazione in termini economici. Lo stesso non può essere affermato per il soggetto neoliberale: il tema della libertà, osannato e quasi esasperato, non è formulato né concepito come lo era in passato. Tutti i soggetti, da quello statale a quello individuale, sono subordinati all'accumulazione capitalistica e alla crescita del mercato; di conseguenza, la libertà è funzionale al mantenimento di uno *status quo* specifico ed è declinata solo nella sua accezione economica. In un certo senso, la libertà diventa allora uno degli strumenti attraverso i quali si esercita un controllo sul soggetto: essa, infatti, non viene negata, ma "sfruttata" attraverso un'operazione di moralizzazione delle conseguenze della libertà individuale (EAD., *Neo-liberalism and the end of liberal democracy*, in *Theory & Event*, 7, 2003, 44).

¹¹ Sulla percepita inevitabilità della modalità di neoliberale si concentra anche il filosofo Mark Fisher, il quale afferma: «(...) il neoliberismo ha cercato di eliminare la stessa categoria di principio, di valore nel senso etico della parola: nel corso di più di trent'anni il realismo capitalista ha imposto con successo una specie di "ontologia imprenditoriale" per la quale è semplicemente ovvio che tutto, dalla salute all'educazione, andrebbe gestito come un'azienda» (M. FISHER, *Realismo capitalista*, Roma, 2018, 51).

Il motivo di questo comportamento non è da individuare, però, solo nella pervasività del neoliberalismo, ormai parte di ogni ambito della vita dei soggetti e delle pratiche governamentali. Sui soggetti dell'era neoliberale, infatti, incombe una minaccia costante, quella dell'esclusione sociale ed economica¹². Essi vengono giudicati in relazione a quanto siano *adeguati* nel ruolo di capitale umano: un individuo che, per le ragioni più varie, non è in grado di raggiungere obiettivi e successo, dimostra di non essere capace di investire su se stesso adeguatamente e, per questo motivo, viene escluso e relegato alla sfera della vulnerabilità¹³. In altri termini, il soggetto neoliberale è sempre responsabile delle azioni che compie, giacché ne subisce le conseguenze anche nell'eventualità che le condizioni di partenza del proprio agire (per esempio, una scarsa educazione o una limitata disponibilità economica) rendano impossibile *a priori* il suo successo.

¹² S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù. Il capitale umano in tempo di crisi*, in *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica*, XIII, 2, 2016 [online], <https://www.cosmopolisonline.it/articolo.php?numero=XIII22016&id=9> (ultimo accesso 31 marzo 2025).

¹³ Come emerge da G. MARAGNO, *Alle origini (terminologiche) della vulnerabilità: vulnerabilis, vulnus, vulnerare* e A. JORI, *Vulnerabilità e storia della filosofia. To pathein mathos: imparare attraverso la sofferenza*, entrambi in O. GIOLO, B. PASTORE (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, rispettivamente 13-55 e 37-55, il concetto di vulnerabilità non è nuovo nel dibattito giuridico e filosofico, anche se è diventato oggetto di accesi confronti relativamente alla sua utilità solamente negli ultimi decenni. Sul punto si rinvia, *ex multis*, a M.A. FINEMAN, *The Autonomy Mith: A Theory of Dependency*, New York, 2004; EAD., *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in Human Condition*, in *Journal of Law and Feminism*, 20, 1, 2008, 1-23; M.G. BERNARDINI, O. GIOLO, B. CASALINI, L. RE (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, 2018.

Adottando la prospettiva critica sostenuta da O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, cit., 85-87 è importante sottolineare come i soggetti che per il neoliberalismo sono considerati vulnerabili vengano inquadrati come soggetti che necessitano di cure, perché incapaci di provvedere a se stessi autonomamente, o, in alternativa, come soggetti destinatari di politiche di repressione. In quest'ultimo caso, se – a seguito del tentativo di assoggettamento – non si adeguano alle richieste della società neoliberale, essi continuano a rimanere in una posizione “degradata” rispetto ai soggetti che, al contrario, sono perfettamente integrati all'interno delle dinamiche neoliberali.

È fondamentale sottolineare, però, che nulla garantisce a chi adotta comportamenti in linea con le richieste della società di non essere escluso: a prescindere dal grado di integrazione all'interno del sistema neoliberale, nessun soggetto è esente da subirne la forza distruttiva. Potrebbe, infatti, non riuscire a raggiungere i livelli di performance richiesti, oppure semplicemente doversi confrontare con soggetti più competitivi e performanti. Da ciò scaturisce un processo di «eliminazione selettiva»¹⁴ che non può essere evitato. Di conseguenza, il momento di confronto tra individui non è occasione di scambio e di arricchimento individuale e sociale, ma si rivela un'occasione di sfida, di lotta e di distruzione di alcune componenti della società. Guidato dal principio di competitività, il soggetto si concepisce come un'impresa che deve massimizzare i propri risultati e prevalere sulle altre imprese (ossia gli altri soggetti), assumendosi il rischio e la responsabilità di qualsiasi eventuale fallimento¹⁵.

Ne consegue che un'altra condizione che caratterizza il soggetto neoliberale è la precarietà, la quale fa sì che il soggetto, non essendo in grado di trovare solide basi identitarie a causa di un'esistenza interamente incentrata sul presente e di un'incapacità di prevedere le proprie condizioni future, abbia un'identità instabile¹⁶. Dominato dalla paura di perdere ciò che possiede, il soggetto neoliberale agisce così attuando un «adeguamento verso il basso»¹⁷. Questo comportamento incide anche sulla sua presenza e rilevanza all'interno della scena politica: un soggetto privo della propria identità, in un contesto in cui è fatto sentire responsabile solo di se stesso, raramente è in grado di formulare rivendicazioni politiche. Le condizioni di disagio e di angoscia vengono per-

¹⁴ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nuova ragione del mondo*, cit., 244.

¹⁵ *Ivi*, 644.

¹⁶ Non si vuole affermare che il lavoro o l'appartenenza a una classe sociale siano l'unico elemento identitario di un soggetto. Tuttavia, vi sono due aspetti da considerare: in primo luogo, è innegabile che un'instabilità economica incida gravemente sulle condizioni dell'intera esistenza di un soggetto; in secondo luogo, il soggetto contemporaneo non è più sottoposto a un insieme di normatività diverse, è un soggetto che è totalmente economico e la cui esistenza viene fatta dipendere da questo. Le conseguenze di un'instabilità del lavoro e delle condizioni economiche, quindi, diventano ancora più gravi.

¹⁷ S. VIDA, *Neoliberalismo, biopolitica e schiavitù*, cit.

cepite come una questione da affrontare privatamente, utilizzando le proprie risorse personali¹⁸.

3. Le conseguenze dell'avvento del neoliberalismo sulla concezione della salute

La razionalità neoliberale, che enfatizza l'autonomia e la (iper)responsabilizzazione dell'individuo, chiamato a diventare imprenditore di se stesso anche prendendosi cura di sé e impegnandosi nell'automiglioramento, è pervasiva: investe – quantomeno secondo i suoi critici – ogni ambito della vita sociale. Come tale, essa ha importanti riflessi anche nella sfera della salute, dove ha determinato profondi cambiamenti.

In particolare, a partire dagli anni Ottanta si è affermato il cosiddetto *healthism*¹⁹, un'ideologia politica che ha mutato il *significato* di salute e, di conseguenza, il rapporto che l'individuo ha con essa. A seguito del suo avvento, la salute non è più concepita come mera assenza di malattie o disturbi, ma ha assunto un orizzonte più ampio, quello relativo all'adesione a uno *stile di vita* che comprende pratiche quotidiane estremamente variegata – dall'assunzione di farmaci o integratori per prevenire le malattie fino al costante (auto)monitoraggio dell'alimentazione, del sonno e della quantità di attività fisica svolta – finalizzate a raggiungere il più alto grado di virtuosità possibile. In particolare, secondo lo scienziato politico Robert Crawford si è di fronte alla creazione di un vero e proprio *ethos* della salute, attraverso cui ai comportamenti ritenuti responsabili e virtuosi (andare in palestra, mangiare cibi sani, etc.) è attribuito un valore positivo, mentre quelli reputati malsani (per esempio, fumare, fare uso di sostanze stupefacenti, o mangiare *junk food*) sono stigmatizzati²⁰.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ R. CRAWFORD, *Healthism and the medicalization of everyday life*, in *International Journal of Health Services*, 10, 1980, 365-388. In riferimento al contesto accademico italiano, per un'ampia disamina del concetto si rinvia a R. PIROSA, *Dal diritto alla salute all'healthism. Una ricognizione giusfilosofica*, Modena, 2021.

²⁰ P. SKRABANEK, *The death of humane medicine and the rise of coercive healthism*, Suffolk, 1994 sottolinea come questa concezione della salute faciliti l'introduzione di

In linea con il contesto neoliberale in cui si è affermata, tale ideologia riduce la salute a un fatto *individuale*, del quale sovente non sono considerate le cause sociali, ambientali e strutturali:

The etiology of disease may be seen as complex, but healthism treats individual behavior, attitudes, and emotions as the relevant symptoms needing attention. Healthists will acknowledge, in other words, that health problems may originate outside the individual, e.g. in the American diet, but since these problems are also behavioral, solutions are seen to lie within the realm of individual choice. Hence, they require above all else the assumption of individual responsibility. For the healthist, solution rests within the individual's determination to resist culture, advertising, institutional and environmental constraints, disease agents, or, simply, lazy or poor personal habits. In essence, then, cause becomes proximate and solution is constructed within the same narrow space²¹.

Pertanto, l'attuale concezione (e gestione) della salute si fonda sull'assunto che gli individui *desiderino* e *debbano* essere sani. A partire da tale presupposto, viene loro richiesto di ricercare in modo individuale e autonomo le strategie più appropriate per promuovere la propria salute e conformarsi agli standard di comportamento reputati virtuosi. In tal senso, anche nel campo della salute, si può affermare che «modern individuals are not merely 'free to choose', but *obliged to be free*, to understand and enact their lives in terms of choice»²². Le scelte compiute sono così interpretate come un'espressione degli attributi e della personalità di chi le compie: se l'individuo adotta comportamenti considerati dannosi o moralmente discutibili dal punto di vista della salute, rischia l'emarginazione sociale, in quanto ritenuto responsabile della propria condizione²³. Si può dire che attraverso l'*healthism* l'*homo economicus* neoliberale sia "proiettato" nell'ambito della salute, e declinato nella più specifica figura dell'*homo medicus*, o della *mulier medica*.

campagne di matrice razzista ed eugenetica, in cui «'healthy' means patriotic, pure, while 'unhealthy' equals foreign, polluted» (15).

²¹ R. CRAWFORD, *op. cit.*, 368.

²² N. ROSE, *Powers of freedom: reframing political thought*, Cambridge, 1997, 87.

²³ *Ibidem*.

Come ha osservato di recente Carlo Botrugno, l'*homo medicus* incarna una nuova tipologia di paziente, diversa rispetto a quella tradizionale. Se in passato il paziente era concepito come un semplice «contributore acquiescente», a cui si richiedeva un coinvolgimento passivo nella raccolta dei sintomi da parte del medico, oggi egli è chiamato ad assumersi la piena responsabilità delle proprie condizioni di salute, ricoprendo un ruolo attivo e razionale nella loro gestione.

In particolare, Botrugno scrive:

La figura dell'*homo medicus* evoca metaforicamente un paziente che è in grado di calcolare razionalmente gli effetti delle proprie scelte, assurgendo a manager della propria salute [...]. Se fino a pochi anni fa, il ruolo del paziente era limitato a quello di un “contributore acquiescente”, [...], l'*homo medicus*, per contro, incarna un ideale di paziente che si responsabilizza ed è responsabilizzato in modo da provvedere alla cura della propria malattia e alla gestione delle proprie condizioni di salute attraverso strategie di “attivazione”, il cui esito finale dipende dal possesso di determinate risorse e capacità (e.g. adeguati livelli di health literacy, capacità di autodeterminarsi, possibilità di accesso all'informazione e alle nuove tecnologie)²⁴.

Concependo la salute al pari di una qualsiasi altra caratteristica personale – dunque come un asset che, se adeguatamente gestito e potenziato, permette ai soggetti di rimanere competitivi e non essere esclusi dalla società –, il neoliberalismo chiama ciascun individuo a diventare «censore»²⁵ di se stesso, ad automonitorare costantemente il proprio stato psicofisico, nonché ad assumersi la piena responsabilità delle proprie condizioni di salute. Si tratta appunto di una responsabilità che non è più considerata a capo dello Stato e delle istituzioni, ma finisce per essere *individuale e morale*²⁶ e per concretizzarsi nel coinvolgimento relativo alle attività di prevenzione e di monitoraggio dei parametri vitali²⁷.

²⁴ C. BOTRUGNO, *La nuova geografia del diritto alla salute Innovazione tecnologica, relazioni spaziali e forme di sapere*, Roma, 2020, 139.

²⁵ C. BOTRUGNO, L. RE, *Introduzione. Homo medicus e commodification*, in *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 1, 2020, 9.

²⁶ *Ivi*, 10.

²⁷ C. BOTRUGNO, *La nuova geografia del diritto alla salute*, cit., 141.

In tal senso, la responsabilizzazione individuale nella gestione della salute comporta non solo l'attivazione di risorse cognitive e relazionali, ma anche un vero e proprio investimento economico²⁸, finalizzato a usufruire di «tecnologie e servizi concepiti per il perseguimento di finalità ascrivibili non solo all'ambito medico-sanitario, ma anche a quello del benessere individuale o del mero intrattenimento»²⁹. Non è un caso, infatti, che in un contesto segnato anche da una rapida evoluzione tecnologica, si sia assistito all'ascesa delle cosiddette *health* e *self-tracking apps*, ossia applicazioni che consentono all'utente di monitorare indicatori fisiologici come il battito cardiaco, la temperatura corporea, il numero di passi raggiunti, nonché di registrare quotidianamente dati relativi all'umore, al consumo di cibi sani (in particolare, frutta e verdura) e alla quantità di acqua bevuta.

L'obiettivo dichiarato di queste applicazioni è quello di favorire l'automonitoraggio, la misurazione dei propri progressi e il raggiungimento dei propri traguardi, in una logica che è orientata alla motivazione, alla *performance* e al miglioramento personale. Tuttavia, non può sfuggire come tali tecnologie si inseriscano pienamente in una cornice neoliberale che promuove l'idea del sé come soggetto responsabile, consapevole, imprenditoriale ed economicamente razionale, impegnato in una costante autosorveglianza finalizzata alla propria trasformazione³⁰.

4. Il caso delle FemTech: emancipazione femminile o iper-responsabilizzazione?

Il contesto appena ricostruito costituisce la cornice che fa da sfondo all'analisi delle *FemTech* (*Female Technologies*), il cui utilizzo è oggi incentivato ai fini della tutela della salute delle donne.

Il termine *FemTech* è stato coniato dalla fondatrice dell'applicazione *Clue*, un software finalizzato all'automonitoraggio del ciclo mestruale

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ D. LUPTON, *Quantifying the body: Monitoring and measuring health in the age of mHealth technologies*, in *Critical Public Health*, 4, 2013, 393-403 e EAD., *Digital health: Critical perspectives*, Abingdon, 2017.

che, mediante la registrazione costante di una molteplicità di dati – quali, per esempio, i dolori mestruali, l'umore, il livello di libido – è in grado di fornire, attraverso il supporto dell'intelligenza artificiale, previsioni sulle varie fasi del ciclo³¹.

Questa categoria di applicazioni è stata la prima a imporsi nel panorama delle *FemTech* e rimane tuttora la più nota e rilevante sul mercato. Tuttavia, allo stato attuale il termine *FemTech* comprende tutte le forme di innovazioni tecnologiche (piattaforme web, hardware e software) progettate per fornire informazioni e supporto concreto nel monitoraggio e nella gestione di patologie ginecologiche, endocrino-metaboliche, neurodegenerative e osteo-articolari che colpiscono in modo significativo o esclusivo la popolazione femminile³².

Per comprendere maggiormente il quadro entro cui queste tecnologie si sviluppano e si affermano, è necessario fornire alcuni ulteriori elementi di contesto.

Da una prospettiva teorica giusfemminista, la posizione di subordinazione a cui le donne sono state relegate per secoli all'interno della società patriarcale ha avuto un impatto significativo anche sull'effettività del diritto alla salute e sulla qualità delle cure mediche. Per lungo tempo, infatti, il sapere medico – influenzato dalla convinzione aristotelica che la donna non fosse altro che un uomo menomato, un uomo «a rovescio»³³ – ha ignorato le differenze biologiche tra corpi maschili e femminili, assumendo quello maschile come il parametro per eccellen-

³¹ L. BALFOUR (a cura di), *FemTech. Intersectional Interventions in Women's Digital Health*, Coventry, 2023, 1.

³² Per un excursus sulle diverse applicazioni si rinvia a C. TARABBIA, *L'evoluzione tecnologica digitale per la salute della donna: luci ed ombre in medicina*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2023, 11-26. Si tratta di un mercato che si è ampliato rapidamente, e che attualmente ha un valore di 25 miliardi di dollari, mentre è previsto possa raggiungere i 60 miliardi dollari entro i prossimi due anni. Tuttavia, come sottolinea L. BALFOUR, *op. cit.*, 3 nell'ambito della *digital health* – considerata un'importante opportunità di investimento sin da tempi dei primi *fitness tracker* indossabili – il settore delle *FemTech* riceve una percentuale esigua degli investimenti totali (il 3%). Va osservato che la maggior parte di questi ultimi si concentra sugli Stati Uniti e parzialmente su Europa e Regno Unito, mentre sono quasi inesistenti gli investimenti in Nord Africa, Medio Oriente e Australia.

³³ ARISTOTELE, *De generatione animalium*, trad. Diego Lanza, 1973, 1003-1004.

za, «come l'anatomia stessa»³⁴, nello studio della fisiologia, fisiopatologia e patologia umana³⁵. Al riguardo, è stato ormai ampiamente svelato nell'ambito della c.d. “medicina di genere” come l'assunzione del maschile a riferimento abbia determinato gravi lacune rispetto alla necessità di differenziare i percorsi diagnostici, l'interpretazione dei risultati e la prescrizione dei farmaci, così come nel riconoscimento delle diverse manifestazioni sintomatiche delle malattie, oltre ad aver causato un profondo disinteresse nei confronti di quelle patologie o condizioni che riguardano esclusivamente, o in larga misura, il corpo femminile.

Non sorprende, dunque, che le *FemTech* siano sovente associate a una narrazione che è incentrata sull'*empowerment* femminile³⁶. Il marketing che accompagna queste tecnologie, infatti, si caratterizza per enfatizzare la possibilità di ottenere il controllo femminile (storicamente negato) sul corpo, sulla salute e sulla propria vita sessuale. Questi prodotti sono infatti presentati come strumenti che, in modo semplice e immediato, forniscono tutte le informazioni *necessarie e corrette* per esercitare il controllo sul sé senza subire interferenze esterne.

Sebbene tali tecnologie presentino alcuni aspetti positivi, come quello di invitare a prestare una maggior attenzione al proprio corpo e ai segnali che questo manda, al contempo presentano una serie di problematiche che non possono essere ignorate. Oltre al rilevante problema

³⁴ C. TAVRIS, *The Mismeasure of Woman*, New York, 1993, 17.

³⁵ La letteratura sulla medicina di genere è molto ampia. *Ex multis* si rinvia a B. HEALY, *The Yentl Syndrome*, in *The New England Journal of Medicine*, 4, 1991, 274-276; S. MUNCH, *Gender-Biased Diagnosing of Women's Medical Complaints: Contributions of Feminist Thought, 1970-1995*, 1, 2004, 101-121; G. BAGGIO, *Dalla medicina di genere alla medicina genere-specifica*, in *Journal of Sex and Gender-Specific Medicine*, 1, 2015, 3-5; F. RESCIGNO, *Per un habeas corpus “di genere”*, Napoli, 2022.

³⁶ T. HENDI, B. JANSKI, *Tales of self-empowerment through digital health technologies: a closer look at 'Femtech'*, in *Review of Social Economy*, 1, 2022, 29-57 sottolinea, dopo aver analizzato le campagne pubblicitarie delle applicazioni in oggetto, come questa narrazione dell'*empowerment* si muova su diversi piani tra loro interconnessi: una maggior consapevolezza del proprio corpo e il recupero del controllo su di esso e, più nello specifico, della salute e dei diritti riproduttivi (con un focus sulla gravidanza), in un'ottica di auto-conoscenza, auto-gestione e ottimizzazione di sé.

della tutela della privacy e della protezione dei dati inseriti in queste applicazioni³⁷, sul quale non ci si soffermerà in questa sede, queste tecnologie sollevano delle criticità anche in relazione alla tipologia di rapporto che incentivano con la salute.

Si è già ricordato che il paradigma neoliberale ha favorito la diffusione di una concezione di salute basata sull'iper-individualismo e sulla iper-responsabilizzazione degli individui, chiamati ad assumersi la totale responsabilità del proprio stato psicofisico, ad automonitorarsi e a porre in essere – soprattutto attraverso il supporto delle sempre più diffuse *health e self-tracking apps* – comportamenti quotidiani ritenuti vir-

³⁷ Una ricerca del 2018 effettuata su 36 applicazioni ha evidenziato, infatti, che ben il 61% di esse trasferiva i dati a Facebook alla semplice apertura dell'app. Allo stesso modo, l'azienda *Flo Health Inc.*, nota per l'omonima applicazione di automonitoraggio del ciclo mestruale, ha condiviso i dati dei propri 100 milioni con aziende terze, inclusi inserzionisti (Federal Trade Commission, *FTC Finalizes Order with Flo Health, a Fertility-Tracking App that Shared Sensitive Health Data with Facebook, Google, and Others*, 22 giugno 2021, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2021/06/ftc-finalizes-order-flo-health-fertility-tracking-app-shared-sensitive-health-data-facebook-google> [ultimo accesso 15 aprile 2025]). Come sottolinea E. MAESTRI, *FEMtech e l'avvento della medicina pervasiva: incubo o nobile sogno?*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2023, 48-51, nel contesto europeo a disciplinare il trattamento dei dati è il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR), che tutela anche le informazioni concernenti la salute, l'orientamento sessuale e la vita sessuale, ossia tutti quei dati che vengono inseriti nelle applicazioni *FemTech* da parte delle utenti per gestire la propria fertilità: «Tuttavia, non esiste una categoria specificamente dedicata all'intera gamma di dati sulla fertilità. Il Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) non menziona esplicitamente i dati riguardanti la fertilità. Tuttavia, è ragionevole presumere che siano inclusi tra i dati sulla “vita sessuale” e sulla “salute”. Va notato che mentre i dati sulla salute sono specificamente definiti come “dati personali relativi alla salute fisica o mentale di una persona fisica, inclusi i servizi sanitari che rivelano informazioni sullo stato di salute dell'utente”, i dati sulla vita sessuale non godono di una definizione specifica. Pertanto, non esistono normative specifiche per i dati sulla fertilità quando questi vengono raccolti ed elaborati da soggetti diversi dalle cliniche sanitarie e mediche. [...] i dati sulla fertilità sono caratterizzati da una complessità a più livelli che probabilmente si riflette sulla regolamentazione che ne fornisce la protezione. Benché i dati raccolti dalle app *FEMtech* possano essere considerati naturalmente come dati “sensibili” relativi alla salute, la natura di tali dati è probabilmente più complessa e si può distinguere in diverse categorie, solo alcune delle quali beneficiano di una protezione “speciale”».

tuosi e funzionali al mantenimento di uno stile di vita considerato sano, in un'ottica performativa che lega saldamente la salute e il benessere alla produttività e all'efficienza.

Ebbene, secondo la letteratura femminista questa forma di disciplinamento ha prodotto i suoi maggiori effetti sulle donne, le quali – già oggetto di una forte pressione all'adeguamento a precisi standard estetici, imposta attraverso mezzi “classici”, quali riviste, pubblicità o televisione – hanno iniziato ad agire secondo tali logiche normative e a interiorizzarle a seguito dell'utilizzo di “nuovi” strumenti. Da un lato, hanno iniziato a paragonare costantemente il proprio stile di vita ai modelli virtuosi mostrati sui *social media*; dall'altro, hanno fatto ricorso ai dispositivi e alle applicazioni di automonitoraggio. In quest'ottica le *FemTech*, quantomeno nelle loro forme più diffuse e utilizzate, possono essere considerate uno strumento che facilita la diffusione di una concezione neoliberale di salute, incentivando un *self-tracking* continuo e ossessivo del proprio stato psicofisico, finalizzato al raggiungimento di un perfetto stato di salute.

Nonostante lo storico disinteresse rispetto alle discriminazioni nei confronti delle donne in ambito medico abbia portato a considerare il ricorso alle *FemTech* come una valorizzazione dell'autonomia e della libertà di scelta delle donne³⁸ – come tale intrinsecamente emancipatoria

³⁸ Si sottolinea che questa interpretazione è stata facilitata dall'avvento del post-femminismo, che in questo contesto è inteso come un fenomeno diffuso attraverso i media che incorpora e diffonde alcuni elementi del femminismo, ma che, al contempo, rigetta i femminismi storici, considerandoli obsoleti ed eccessivamente moralisti (B. CASALINI, *Il femminismo e le sfide del neoliberismo. Postfemminismo, sessismo, politiche della cura*, Roma, 2018, 33-35). In altri termini, il postfemminismo diffonde l'idea che, a seguito della seconda ondata femminista, le donne non versino più in una condizione di asservimento e subordinazione e che siano ormai *libere di scegliere* e capaci di beneficiare delle stesse opportunità degli uomini. L'attenzione riposta da parte del postfemminismo sulla libertà di scelta ha portato alcune teoriche femministe a definire tale corrente come *choice feminism*: L. HIRSHMAN, *Homeward Bound*, in *The American Prospect*, 21 novembre 2005, [online] <https://prospect.org/article/homeward-bound-d2/> (ultimo accesso 15 aprile 2025). Tuttavia, l'elemento di novità di questa corrente non è l'enfasi posta sulla libertà, che non è certamente nuova nel panorama femminista, ma l'estensione di tale libertà e l'assenza di spirito critico rispetto al suo esercizio, alle sue condizioni e anche alle sue conseguenze. Nel post-femminismo, infatti, ogni scelta compiuta dalla donna è intrinsecamente *emancipatoria*, non è rilevante se questa ri-

– questa interpretazione non è pacifica. Alla luce di quanto osservato finora, sembra infatti che queste app non facciano altro che celare le disuguaglianze strutturali nella sfera della salute e rafforzare storiche forme di oppressione, costringendo le donne – ancora una volta – ad assumere la responsabilità individuale delle proprie condizioni di salute.

È di tutta evidenza, però, che tale responsabilità – la quale nel paradigma neoliberale diviene finanche un *dovere* – difficilmente può essere assolta in modo adeguato e *sicuro* attraverso l'utilizzo di queste applicazioni. Infatti, l'automonitoraggio avviene attraverso la comparazione tra le proprie condizioni di salute e le informazioni e i dati forniti dalle applicazioni – legati a una sola dimensione biologica –, che contrariamente a quanto pubblicizzato sono sottoposti a verifiche minime, non risultano adeguatamente testati e non restituiscono la *diversità* delle esperienze femminili. Invero, l'utenza a cui si rivolgono queste app è certamente femminile, ma anche – nello specifico – bianca, eterosessuale e senza disabilità. Da ciò consegue che le donne sono spinte a conformarsi, attraverso un costante processo di auto-vigilanza e (tentativo di) auto-correzione, a uno standard privo di fondamento scientifico, costruito su un'utenza ideale, che richiede un *ulteriore* sforzo di adeguamento alle donne appartenenti a minoranze, le quali si trovano così ancora più distanti da tale modello³⁹.

guardi il diventare madre o il mercificare il proprio corpo, giacché una donna viene considerata libera quando può compiere una scelta e, di converso, oppressa quando viene privata di tale possibilità. Pertanto, nessuna scelta può essere giudicata, perché la donna, e *solo lei*, è in grado di poter valutare e giudicare che cosa sia nel proprio interesse. Ogni scelta dovrebbe dunque essere sostenuta e “celebrata” in quanto segno di liberazione dall'oppressione patriarcale, mentre viene rifiutata l'idea che la donna potrebbe scegliere (per esempio, per necessità) la propria condizione di soggezione. Come mette in evidenza Casalini in *Il femminismo e le sfide del neoliberismo*, il postfemminismo non esaspera semplicemente la libertà di scelta, ma la ancora al consumo e alla mercificazione: «le donne possono acquisire il controllo della propria vita mediante una mercificazione della loro apparenza e del loro corpo. [...] ‘Avere il controllo’ è uno dei motti diffusi dalla cultura postfemminista degli anni Novanta, ma si tratta di un controllo che le donne sono chiamate a esercitare prima di tutto sul loro apparire, intorno al quale spendono sempre più energie, attenzioni e soldi» (B. CASALINI, *op. cit.*, 38).

³⁹ In questo senso, è interessante quanto affermato da E. MAESTRI, *op. cit.*, 45-47 rispetto alla femminilità normativa e all'autoconoscenza mediata dalla tecnologia. L'idea che sembra emergere, infatti, è quella di un corpo femminile imprevedibile, che non

Il rischio di queste tecnologie, dunque, è quello di rafforzare l'*illusione* e la convinzione che gli individui – in questo caso, le donne – possano farsi carico in modo individuale, autonomo, razionale e costante della propria salute. Tuttavia, questa è una responsabilità che non può e non deve ricadere sul singolo: la salute non può essere relegata, infatti, all'automonitoraggio di parametri biologici monitorabili, poiché in tal modo si oscura il ruolo dei determinanti sociali, culturali, economici e ambientali della salute. In tal senso, la salute non è mai il prodotto delle sole scelte e comportamenti individuali, ma anche il frutto di scelte politiche e istituzionali.

Per questa ragione, è necessario ripensare criticamente il rapporto tra tecnologia e salute, al fine di superare la convinzione che gli strumenti di automonitoraggio possano costituire, di per sé soli, una risposta efficace a sfide collettive e sistemiche: «non esistono soluzioni biografiche a contraddizioni sistemiche»⁴⁰.

può essere controllato se non con il supporto di previsioni create dalle applicazioni e dall'intelligenza artificiale. Ciò implica una visione infantilizzante, e non autonoma, delle donne, che smettono di avere fiducia delle proprie esperienze e possono essere portate a vivere in uno stato di ansia a causa di un costante paragone con dati legati a un'utenza che, come si è detto, è meramente ideale. legati a fattori biologici – senza riferimenti a dati sociali e culturali.

⁴⁰ T. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, 2006, 15.

SEZIONE VI

DIDATTICA DEL DIRITTO:
ESPERIENZE, METODI E SPERIMENTAZIONI

DIDATTICA DEL DIRITTO: ESPERIENZE, METODI E SPERIMENTAZIONI

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Valerio Nitrato Izzo, Serena Tomasi

Le relazioni raccolte in questa sezione, presentate in occasione del Workshop dedicato alla didattica del diritto, condividono una tensione comune verso la ricerca di modelli didattici innovativi, capaci di superare le forme più tradizionali e trasmissive dell'insegnamento giuridico. Pur nella varietà delle esperienze e delle prospettive illustrate, emerge chiaramente un orientamento comune: spostare il baricentro della didattica dal docente agli studenti, favorendo la loro partecipazione attiva nei processi di apprendimento e stimolando un coinvolgimento diretto, critico e riflessivo.

Tutte le proposte qui presentate si muovono nella direzione di un apprendimento non unidirezionale, in cui gli studenti non sono più meri destinatari passivi di contenuti, ma diventano co-protagonisti della costruzione del sapere giuridico. Le architetture didattiche proposte sono molteplici e si declinano in forme differenti, ma accomunate dall'obiettivo di favorire esperienze formative significative, capaci di intrecciare teoria e prassi.

Tra queste si colloca il *service learning*, dove lo studio del diritto si intreccia con l'impegno sociale e la responsabilità civica; il *learning by feeling* e la didattica immersiva, che puntano a coinvolgere dimensioni emotive, corporee e relazionali nel processo di apprendimento; l'utilizzo della letteratura e della teologia, come strumenti per una educazione giuridica interculturale e spiritualmente consapevole; e infine, l'attenzione a una didattica che sappia valorizzare la dimensione del *law in action*, senza però trascurare la necessaria riflessione teorica legata al *law in books*.

Queste proposte, pur diverse per approccio e strumenti, sono accomunate da un'esigenza condivisa di attualizzare l'insegnamento del diritto alle sfide del presente, rispondendo ai cambiamenti sociali, politici e culturali, ma anche da una tensione etica verso l'umanizzazione del diritto stesso. In questa prospettiva, la didattica giuridica viene ripensata come un percorso formativo capace di restituire al diritto la sua dimensione umana, relazionale e sociale, oltre quella tecnico-normativa. Spesso l'invito è quello a trasformare l'aula in uno spazio aperto a percorsi di dialogo e di ricerca, in cui gli studenti possano non solo acquisire competenze giuridiche, ma anche sviluppare una consapevolezza critica e responsabile del valore sociale, politico ed etico del diritto.

Per un'accademia umile. L'esperienza di scrittura partecipativa di una legge quadro sulle dipendenze di Clelia Bartoli è una sfida chiara e provocatoria al mondo universitario. La preposizione «per» racchiude in sé una duplice valenza che esprime con precisione il cuore della sua proposta educativa.

Da un lato, indica un obiettivo da raggiungere, una direzione verso cui tendere, diventando così un invito a costruire un'accademia diversa, più consapevole, più etica, più critica rispetto alle logiche del prestigio e della riproduzione dei saperi dominanti. Il titolo riecheggia come un appello a ripensare radicalmente il ruolo dell'università nella società, a partire da chi in accademia vive e lavora, docenti e discenti, chiamati a rinunciare alla superiorità simbolica e a prendere le distanze da una cultura accademica ancora troppo spesso condizionata da status, reputazione, titoli e carriere. Con l'espressione «accademia umile», Bartoli indica un modello di università che non si limita a custodire e trasmettere un sapere autorevole, ma che sa riconoscere i propri limiti, mettere in discussione le proprie certezze e aprire spazi di ascolto per saperi esterni, spesso considerati marginali o non ufficiali. L'accademia umile si fonda sull'idea che la conoscenza non appartenga solo ai docenti o agli esperti, ma si costruisca attraverso il dialogo con la comunità e con chi vive direttamente i problemi sociali.

Dall'altro lato, la preposizione iniziale «per» si può leggere anche come «a favore di», «al servizio di», suggerendo così una forte dimensione di responsabilità sociale e indicando la via metodologica: un'università che ricerca, educa e agisce al servizio della comunità, delle per-

sone e dei problemi reali. La didattica che ne deriva rompe con la tradizionale trasmissione unidirezionale della conoscenza, quella che Paulo Freire definisce «didattica depositaria», per assumere invece una forma dialogica, partecipativa e trasformativa. Gli studenti diventano così parte attiva di un processo di apprendimento collettivo, in cui si confrontano con cittadini, operatori sociali, esperti di settore e persone direttamente coinvolte nelle problematiche oggetto di studio.

Lo scritto consegna una testimonianza diretta di come l'università possa cessare di essere una torre d'avorio e dimostrare di avere le risorse e la capacità di trasformarsi in un laboratorio di cambiamento, in cui teoria e prassi si intrecciano costantemente: durante un corso all'Università di Palermo, Clelia Bartoli e i suoi studenti hanno infatti affrontato il problema delle dipendenze nel quartiere Ballarò attraverso una ricerca partecipata che ha portato alla redazione di una proposta di legge regionale, poi approvata all'unanimità.

Alessandro Campo propone una riflessione sul rapporto tra educazione giuridica, emozioni e *humanities*, presentando un modello di didattica clinico-legale immersiva fondato su una forte dimensione esperienziale, affettiva e riflessiva. Alla base della sua proposta c'è l'idea di superare la tradizionale didattica giuridica teorico-concettuale, per sviluppare un *learning by feeling*, un apprendimento che integri fare (*doing*), prendersi cura (*caring*) e sentire (*feeling*). L'autore sottolinea come, nella formazione giuridica, sia necessario coinvolgere non solo la mente, ma anche il corpo, le emozioni e la dimensione sensoriale e sociale degli studenti.

Campo descrive diverse esperienze didattiche in cui gli studenti hanno vissuto il diritto a contatto diretto con contesti reali e marginali: dai progetti sulla protezione internazionale e sull'apolidia nei campi rom, fino a una tesi documentaristica sulla rotta balcanica e a una Summer School cinematografica. Queste pratiche trasformano lo studente in un attore consapevole del sapere giuridico, superando l'approccio didattico tradizionale e astratto.

Il contributo di Fernando Bellelli offre una riflessione profonda sul ruolo della letteratura religiosa e interculturale, con particolare attenzione a Dante Alighieri, come strumento educativo all'interno di una nuova prospettiva giuridica ecologica, conosciuta come eco-giurisprudenza.

Questa corrente emergente del pensiero giuridico, ispirata alle idee di Thomas Berry, invita a ripensare radicalmente il diritto alla luce delle grandi sfide ambientali e sociali del nostro tempo.

Bellelli parte dall'urgenza di superare l'impianto antropocentrico del diritto moderno, proponendo una visione in cui non solo gli esseri umani, ma anche la natura, intesa come soggetto-non-persona, possa vedersi riconosciuta una piena soggettività giuridica. La crisi dell'Antropocene, con i suoi effetti devastanti sul clima e sugli equilibri ambientali, richiede infatti un nuovo modello di responsabilità cosmica, in cui il diritto diventi strumento di tutela non solo per le persone, ma per l'intero ecosistema.

In questa cornice, la figura di Dante Alighieri assume un significato pedagogico centrale. La sua opera, e in particolare la *Divina Commedia*, viene riletta attraverso la lente della *Earth Jurisprudence* di Berry come un modello narrativo di viaggio trasformativo, in cui l'essere umano prende coscienza del proprio posto nel cosmo, riconoscendo il legame indissolubile con la natura e la responsabilità nei suoi confronti.

Per formare giuristi consapevoli della propria responsabilità etica verso il pianeta, Bellelli delinea un percorso educativo ispirato profondamente al viaggio dantesco che rappresenta un invito per studenti e docenti a un cambiamento di paradigma: passare da una concezione antropocentrica del diritto a una «giurisprudenza della Terra», fondata sulla cura, la custodia e il riconoscimento della soggettività giuridica della natura. La figura di Dante, tradizionalmente letta in chiave letteraria o teologica, si presenta in una veste nuova, come emblema di un'educazione giuridica ecologica e interculturale, in grado di tenere insieme diritto, etica e spiritualità.

Jacopo Volpi propone una concezione della didattica del diritto che si pone in forte discontinuità rispetto ai modelli tradizionali, spesso limitati a una trasmissione nozionistica, tecnica e formalistica delle norme. In particolare, riferendosi all'insegnamento del diritto dell'Unione europea, Volpi sottolinea la necessità di superare una didattica che si limiti a far memorizzare il testo dei trattati o delle sentenze della Corte di giustizia, senza sviluppare una vera consapevolezza critica sul senso del diritto e sulle sue implicazioni politiche e sociali.

La sua proposta mira a una didattica critica e riflessiva, capace di accompagnare gli studenti in un processo di problematizzazione: non solo cosa dice il diritto europeo, ma perché lo dice, da chi è prodotto, quali scelte politiche lo orientano e quali effetti produce nella realtà sociale ed economica. L'insegnamento del diritto, secondo Volpi, deve diventare un luogo di dialogo tra teoria e prassi, in cui gli studenti siano stimolati a interrogarsi sul rapporto tra diritto e potere, tra decisioni giuridiche e legittimazione democratica.

Dal punto di vista metodologico, valorizza la distinzione tra *law in books* e *law in action*, invitando i docenti a non fermarsi allo studio dei testi normativi o delle decisioni giurisprudenziali, ma a far emergere negli studenti la consapevolezza delle trasformazioni del diritto nella sua applicazione concreta, con costante attenzione al contesto istituzionale, politico ed economico in cui il diritto europeo nasce e si sviluppa.

Il contributo di Edoardo Messineo muove da un ripensamento in senso inclusivo e partecipativo dell'insegnamento del diritto. Ricordando il lungo disinteresse dei giuristi nei confronti della materia, l'autore sviluppa le tesi teoriche del modello dell'accessibilità che dallo spazio architettonico si è esteso alla pedagogia attraverso la progettazione universale. Il tema è quello di una didattica che, mettendo al centro una progettazione inclusiva, si apra a un'idea partecipativa di formazione. L'approccio delle capacità di Nussbaum e le sue tesi sul diritto all'istruzione costituiscono l'ulteriore asse concettuale che orienta la proposta di una didattica al servizio della specificità individuale di ciascuno. In questo senso rileva allora una prospettiva critica sulla disabilità quale esempio di una pedagogia inclusiva, che tenga adeguatamente conto delle modalità con cui sono strutturati gli spazi di apprendimento al fine di garantire possibilità e opportunità di coinvolgimento del discente e del suo progetto didattico.

Elena Siclari si occupa della formazione del giurista contemporaneo, proponendone una lettura fortemente influenzata dall'opera di François Jullien, di cui utilizza il concetto di «diastema» quale diversa declinazione di una scienza giuridica non più solamente «sistemica». In un'ottica che valorizza l'inclusività, l'approccio *diastemico* si apre a una dimensione di attenzione all'alterità quale nuova cifra costitutiva del giurista contemporaneo, in cui il sistema mette in relazione elementi in

tensione. Si tratta di un'alterità in cui viene sviluppata la dimensione in *comune* e di connivenza, intesa qui come capacità di controllo nella contingenza, una dote fondamentale per il giurista di fronte a un diritto contemporaneo più fragile e instabile. Siclari richiama infine una suggestiva immagine di Jullien, quella del ponte delle scimmie che concilia flessibilità e resistenza attraverso l'utilizzo delle canne di bambù, quale esempio degli obiettivi di una nuova formazione giuridica *diastemica*. In questo ordine di idee narrazione, intercultura e dimensione computazionale, potranno essere tenute insieme attraverso la codeterminazione delle intelligenze umane e artificiali.

Nel suo scritto Marco Birtolo mette in evidenza le opportunità e le sfide di un insegnamento di Filosofia del Diritto collocato nell'offerta didattica di un corso di laurea triennale in Scienze della Comunicazione. Valorizzando questa esperienza di insegnamento, l'autore propone il tema del *legal design* quale modalità didattica laboratoriale avente come scopo primario l'apprendimento di strategie di produzione di contenuti normativi chiari e comprensibili. Riproponendo il notissimo intervento di Italo Calvino del 1965 sulle storture linguistiche prodotte dall'uso di un linguaggio tecnico-giuridico poco attento alla comunicazione e che sfocia in una vera e propria «antilingua», Birtolo mette a fuoco il rapporto stretto tra la materia del *legal design* ampiamente intesa e la disciplina della filosofia del diritto, mostrandone le connessioni con la dimensione linguistica e visuale di comunicazione giuridica. Messa sotto stress durante la pandemia da Covid-19 – qui Birtolo ricorda un gustoso *sketch* di Valerio Aprea sull'incomprensibilità della scrittura giuridica andato in onda su La7 nel periodo pandemico – la comunicazione giuridica deve conciliare precisione e semplificazione, un obiettivo cui può contribuire l'applicazione del metodo del *design* al diritto. Alla domanda sul come si possa davvero costruire un discorso giuridico corretto e coerente, Birtolo schiva la risposta astrattizzante e spesso consolatoria, offrendo invece la vivace realtà didattica di un esperimento didattico di *legal design* felicemente portato a termine presso l'istituzione universitaria, mostrando la dimensione del *legal design* quale pratica sociale giuridica fondata sull'apprendimento condiviso.

Il contributo di Christian Crocetta si sofferma sulla difficile ma possibile ricerca di una terza via tra autorità del docente e soggettività dello

studente che possa valorizzare l'acquisizione degli strumenti per imparare a «pensare criticamente». Richiamata la disputa filosofica tra Kant ed Hegel sul significato del pensare in modo autonomo, l'autore analizza le opposte esperienze di autorità e libertà nell'insegnamento che vanno superate al fine di non vedere nel docente un mero facilitatore didattico. Nell'ambito specifico della didattica giuridica è necessario, secondo questa prospettiva, superare un approccio didattico finalizzato al mero trasferimento delle conoscenze e dei contenuti giuridici. Nella seconda parte del lavoro, Crocetta si concentra su un tema originale e ancora poco dibattuto nella letteratura sulla didattica giuridica italiana ossia il ricorso al teatro sociale e in particolar modo al *Teatro do Oprimido* (Teatro dell'Oppresso) di Augusto Boal, interessante figura di regista teatrale brasiliano costretto all'esilio dalla dittatura e Paulo Freire, giurista e pedagogista anch'egli brasiliano, padre della «Pedagogia degli oppressi». Entrambi hanno propugnato forme teatrali in cui lo spettatore partecipa attivamente alla rappresentazione potendo persino influenzare lo svilupparsi dello spettacolo in corso. Riferendo di un'esperienza didattica personale, dedicata al complesso tema della cittadinanza e condotta attraverso l'approccio del «Teatro-immagine», l'autore mostra come sia possibile realizzare contesti didattici di tipo laboratoriale che abbiano come fine ultimo la formazione di giuristi e cittadini consapevoli dei legami sociali che li circondano.

PER UN'ACCADEMIA UMILE

L'ESPERIENZA DI SCRITTURA PARTECIPATIVA DI UNA LEGGE QUADRO SULLE DIPENDENZE

Clelia Bartoli

1. Università e prestigio

Con l'espressione «accademia umile» mi riferisco a una metodologia didattica che ho sviluppato in anni di insegnamento all'università, presso il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, e grazie alla precedente esperienza di insegnamento in diversi ordini e contesti scolastici. Non si tratta semplicemente di una didattica innovativa o partecipativa, ma aspira a sperimentare un modello di educazione coerente con una lettura critica del ruolo dell'accademia e del sapere che questa produce e diffonde.

L'aggettivo «umile» raramente si accompagna a ciò che concerne l'università. Mentre uno degli epiteti che più ricorrono è «prestigioso»: un prestigioso ateneo, una prestigiosa rivista scientifica, un prestigioso riconoscimento, ecc.

Il prestigio è un elemento fondamentale per comprendere le dinamiche dell'accademia, poiché molto spesso all'interno della comunità scientifica è un incentivo all'azione ancor più efficace del denaro. Almeno nel sistema italiano, il lavoro universitario non viene retribuito in termini economici proporzionalmente all'impegno o a un computo del tempo di lavoro. Ci si sobbarca incombenze e gravosi impegni, in genere senza alcun beneficio monetario, per un senso di responsabilità verso la comunità di cui si fa parte o perché gratificati con altre "valute" che siano il piacere per quello che si fa, il riconoscimento di studenti e colleghi e, certamente, il prestigio. Per esempio, accade non di rado che vengano banditi dei contratti di insegnamento non retribuiti per i quali

si trovino dei candidati disposti a lavorare gratuitamente, sentendosi ripagati dal prestigio di potersi dire «docenti universitari».

Giova qui notare come l'aggettivo «prestigioso» indichi l'elevata reputazione, l'onore e il plauso derivanti dall'autorevolezza. Tuttavia, la sua etimologia racconta anche altro: il termine «prestigio» viene da *prae-stringĕre*, stringere forte, ossia avvicinare, ammalciare, illudere un basito astante con un gioco di «prestigio», appunto.

Il prestigio dell'università, finché durerà, deve quindi la sua autorevolezza a una fondata competenza o un'autoinvestitura fraudolenta?

La domanda così formulata suona ingenua e perfino rischiosa nel tempo della post-verità, ma proverò a comporre una risposta complessa, riprendendo alcuni classici della critica verso le istituzioni educative, in particolare mi riferisco ai lavori di Benedict Anderson¹; Ivan Illich²; Pierre Bourdieu e Jean Claude Passeron³; Paulo Freire⁴ e Danilo Dolci⁵.

2. Voci critiche

Una delle critiche all'istituzione educativa filosoficamente più articolate e complesse è certamente *La riproduzione*, il testo di Bourdieu e Passeron, costruito sul modello della logica classica. L'assunto zero, la proposizione alla base della concatenazione di ragionamenti che si svolgeranno nel corso dell'opera, recita come segue:

¹ B. ANDERSON, *Comunità immaginate. Origine e fortuna dei nazionalismi*, Milano, 2023 [op. orig. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, London-New York, 2006 (revised edition), 1983¹].

² I. ILLICH, *Descolarizzare la società. Una società senza scuola è possibile?*, Milano-Udine, 2019 [op. orig. *Deschooling Society*, New York, 1971].

³ P. BOURDIEU, J.C. PASSERON, *La riproduzione. Elementi per una teoria del sistema scolastico*, Rimini, 1972, 44 [op. orig. *La reproduction. Eléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, 1970].

⁴ P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, Torino, 2002 [op. orig. *Pedagogia do opresso*, Rio de Janeiro, 1970].

⁵ D. DOLCI, *La struttura maieutica e l'evolerci*, Scandicci, 1996; ID., *Gente Sem-plice*, Firenze, 1993.

0. Ogni potere di violenza simbolica, cioè ogni potere che riesce a imporre dei significati e a imporli come legittimi dissimulando i rapporti di forza su cui si basa la sua forza, aggiunge la propria forza, cioè una forza specificamente simbolica, a questi rapporti di forza⁶.

In queste poche righe si definisce il fondamentale concetto di “violenza simbolica”: il potere che fonda ogni potere sociale. Un uomo forte o con un’arma in pugno può esercitare violenza fisica su una creatura inerme senza ricorso alla dimensione simbolica, ma la forza coercitiva di un capo dipende dall’essere creduto tale. In questo senso, esso ha un fondamento simbolico: nell’ordine dei significati anziché delle mere cose. Un despota, un presidente o un generale avranno dalla loro un esercito solo se le loro parole saranno ricevute dagli uomini in armi come comandi legittimi.

Si ha quindi violenza simbolica quando «un sistema di visione e di divisione» del mondo e delle relazioni ottiene consenso e viene ritenuto valido dissimulando che sia stato prescelto poiché proprio di chi vanta una posizione di vantaggio nel sistema sociale e per conferire tenuta a quei rapporti di forza. Riprendendo quanto detto in esordio, la violenza simbolica sarebbe l’autorità e il prestigio ottenuti tramite un gioco di prestigio. E il sistema scolastico sarebbe come la bacchetta magica del prestigiatore, lo strumento per far passare per universale ciò che è parziale, per naturalizzare ciò che frutto di arbitrio (nel senso di non necessario, né naturale, frutto di una scelta): «1. Ogni azione pedagogica (AP) è oggettivamente una violenza simbolica in quanto imposizione, da parte di un potere arbitrario, di un arbitrario culturale»⁷.

Data questa premessa, Bourdieu e Passeron presentano la loro tesi per cui l’azione pedagogica svolta dall’istituzione scolastica ha una funzione “riproduttiva” della cultura dominante, in quanto ribadisce, senza dichiararlo e senza consapevolezza nemmeno da parte degli attori della scuola, la struttura dei rapporti di forza. Scuola e università, insomma, camufferebbero il privilegio da merito:

⁶ P. BOURDIEU, J.C. PASSERON, *La riproduzione. Elementi per una teoria del sistema scolastico*, Rimini, 1972, 44 [op. orig. *La reproduction. Eléments pour une théorie du système d’enseignement*, Paris, 1970].

⁷ *Ivi*, 45.

Strumento privilegiato della sociodicea borghese che conferisce ai privilegiati il privilegio supremo di non apparire come privilegiati, essa riesce tanto più facilmente a convincere i diseredati che il loro destino scolastico e sociale è dovuto alla loro deficienza in doni o in meriti in quanto in materia di cultura la mancanza assoluta di possesso esclude la coscienza della mancanza di possesso⁸.

Recenti dati ISTAT sull'impatto nello studio e nel lavoro della provenienza familiare sembrano dimostrare che il testo sia tristemente attuale⁹.

Una ricostruzione storica di come un «potere arbitrario» e un «arbitrio culturale» si siano vicendevolmente sostenuti grazie a determinate forme di disseminazione culturale e azione pedagogica ci viene dal celebre saggio *Comunità immaginate. Origine e fortuna dei nazionalismi* di Benedict Anderson¹⁰. Questi rintraccia nello sviluppo della fiorente industria editoriale una delle cause dell'origine dello stato nazione e dei nazionalismi.

Lo studioso cosmopolita, poliglotta e marxista critico pone l'attenzione sul fatto che la stampa fu una delle prime forme di impresa capitalistica. Per circa un secolo dopo che Gutenberg aveva ideato la pressa a caratteri mobili, le stamperie avevano attinto la loro clientela, quasi esclusivamente, da un dotto pubblico capace di leggere il latino. Al debutto del XVII secolo, quel mercato si era pressoché saturato. La diversificazione dell'offerta e nuovi potenziali lettori vennero trovati puntando ai linguaggi vernacolari. Tuttavia, essendo la forma dello stato nazione ancora da venire, non vi erano lingue nazionali. Ciascun volgare era, nei fatti, un profluvio di idiomi che sfumavano l'uno nell'altro. In assenza di una forte corrispondenza tra lingua e territorio, si costituivano come famiglie di idioletti con molteplici varianti da villaggio a

⁸ *Ivi*, 292.

⁹ Cfr. Report Istat, *Livelli di istruzione e ritorni occupazionali | anno 2023*, 17 luglio 2024, <https://www.istat.it/wp-content/uploads/2024/07/REPORT-livelli-istruzione.pdf>.

¹⁰ Non credo che Anderson sia stato particolarmente influenzato dall'opera di Bourdieu e Passeron per la stesura di *Imagined Communities*. Ma certamente Bourdieu lesse e apprezzò il teso di Anderson, tanto da citarlo di sovente nei corsi che tenne al Collège de France: P. BOURDIEU, *Sur l'état Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, 2012.

villaggio, o perfino da quartiere a quartiere. Inoltre, senza grammatiche e accademie che se ne facessero custodi, le lingue volgari evolvevano e si ibridavano con grande rapidità.

Il sistema economico capitalista, di cui secondo Anderson l'editoria era espressione, fu tanto causa quanto effetto della trasformazione degli imperi e dei regni dinastici in stati nazionali.

Per un verso, infatti, lo sviluppo imprenditoriale basato sul capitale venne facilitato dall'affermarsi delle «nazioni». Queste, a differenza delle tipologie di comunità politica in declino, offrivano zone di mercato linguisticamente uniformate e sotto un ordinamento giuridico omogeneo.

Per altro verso, l'impresa editoriale contribuì fortemente a stabilire e diffondere, tra la popolazione alfabetizzata di un certo territorio, un canone linguistico, simili contenuti intellettuali e perfino un certo tipo di educazione sentimentale, creando così le basi affinché una congerie di individui e gruppi si immaginassero come comunità nazionale.

Queste lingue scritte posero le basi per le coscienze nazionali in tre diversi modi. Innanzitutto, crearono un terreno comune di scambio e di comunicazione al di sotto del latino e al di sopra dei dialetti volgari. [...] In secondo luogo, l'editoria diede una nuova fissità alla lingua che alla lunga aiutò a costruire quell'immagine di antichità così importante per l'idea soggettiva di nazione. [...] In terzo luogo, l'editoria creò linguaggi di potere di un tipo diverso dagli antichi volgari amministrativi. Alcuni dialetti erano inevitabilmente più simili alle varie lingue scritte, e influirono pesantemente sulla loro forma definitiva. [...] Resta solo da sottolineare che, al loro inizio, sia lo stabilizzarsi delle lingue stampate, sia il loro disporsi a livelli diversi di prestigio, furono processi in parte inconsapevoli, risultanti dall'esplosiva interazione tra capitalismo, tecnologia, e diversità linguistica umana. Ma come in molti altri casi nella storia del nazionalismo, una volta presenti, poterono diventare modelli formali da imitare, o espedienti da sfruttare deliberatamente in uno spirito machiavellico¹¹.

L'identificazione di un sapere e di una lingua propri dello Stato nazionale determina un congelamento dell'evoluzione espressiva, ma soprattutto stabilisce un discrimine netto tra ciò che ottiene il riconosci-

¹¹ B. ANDERSON, *op. cit.*, 44-45.

mento di conoscenza legittima, dotata di prestigio, e ciò che viene bolato come ignoranza e inciviltà.

La creazione di un sistema scolastico statale ha rinforzato la trasmissione della lingua e del sapere assurti a «corretti», declassando a dialetti tutte quelle forme espressive difforni dalla letteratura e dalla grammatica impartite nelle istituzioni educative nazionali e cancellando o relegando al rango di folklore, superstizione o esotismo molte forme di conoscenza che esondavano il canone. Una tale svalutazione, eradicazione di tante forme culturali e l'assimilazionismo al codice egemonico non sono quindi avvenuti solo ai danni delle culture indigene nei territori di conquista o nelle colonie, ciascun Stato nazionale ha indebolito e, finanche, cancellato un'enorme varietà di lingue e saperi interna ai propri confini, solo perché non si sposavano con la narrazione nazionale.

La ricostruzione storica di Anderson, ci permette di osservare quindi come la scuola e l'Università, oltre al meritorio compito di estendere le competenze intellettuali della popolazione e di essere luoghi di custodia e produzione di conoscenza, abbiano anche avuto una funzione diacritica: distinguendo le forme di espressione a cui dare credito e quelle da sfiduciare, quelle da ascoltare e quelle da mettere a tacere.

In sintonia con un tale rilievo, si colloca la provocatoria proposta di Ivan Illich di «descolarizzazione la società». Quanto auspica il pensatore anarco-cristiano non è deprivere le nuove generazioni di occasioni di apprendimento, al contrario, vorrebbe ripensare la pubblica istruzione per riabilitare saperi esclusi, potenziando la gamma di esperienze educative possibili:

certi periodi o processi o metodi o professioni sono “accademici” o “pedagogici”, mentre altri non lo sono. Il potere di dividere in questo modo la realtà sociale è illimitato: l'educazione viene separata dal mondo e il mondo diventa così “non educativo”¹².

¹² I. ILLICH, *op. cit.*, 44.

3. Università e umiltà

Già dal suo nome, l'«università» si dichiara latrice di un sapere universale: totale e valevole per tutti. L'approccio critico sfida questa pretesa, mostrando la parzialità e insufficienza del sapere accademico.

Costatare la dimensione storica delle istituzioni educative e la politicità della scienza¹³, tuttavia, non mi porta ad abbracciare l'*anything goes* di Paul Feyrabend¹⁴. Non è questo il luogo per cimentarsi in una disamina filosofica dello scetticismo radicale, ma tengo a precisare un paio di aspetti.

In primo luogo, chi detiene una posizione dominante, in grado di far passare il proprio sapere come canone per tutti, in genere alloca a sé anche le risorse e gli strumenti utili a sviluppare un sapere di qualità. Nella misura in cui l'istituzione universitaria consente a parte del suo personale e ai giovani in formazione di dedicarsi con dedizione allo studio, alla ricerca, all'insegnamento, sollevandoli da altre incombenze¹⁵, pone le basi affinché allenino le capacità intellettuali e accrescano conoscenze e competenze. La presenza di biblioteche ben fornite, laboratori attrezzati, risorse e strumenti idonei alla ricerca, un ambiente dove si svolga il confronto e lo scambio, a livello locale e internazionale, agevolano certamente la produzione di un sapere ricco e sfaccettato.

In secondo luogo, nessun assetto di potere è assoluto, univoco e immobile¹⁶. Esso si trasforma sovente, non tanto per l'impatto dei ne-

¹³ Sarebbe doveroso a questo punto aggiungere il riferimento ad alcuni altri testi fondamentali quali: M. FOUCAULT, *Les Mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, 1966 ; ID., *L'Archéologie du savoir*, Paris, 1969; K. POPPER, *The Logic of Scientific Discovery*, London, 1959; T. KHUN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962 (1970, 2nd edition, with postscript).

¹⁴ P. FEYERABEND, *Against Method: Outline of an Anarchistic Theory of Knowledge*, London, 1975 [2nd revised and enlarged edition 1988; 3rd revised and enlarged edition 1993].

¹⁵ L'esorbitante aumento di impegni manageriali e incombenze burocratiche, spesso proprio connessi alla valutazione della qualità scientifica, distraggono dallo studio e dalla ricerca, compromettendo quella condizione di dedizione che aveva garantito il valore del sapere nato nell'università.

¹⁶ «[Il potere] Non è mai localizzato qui o là, non è mai nelle mani di qualcuno, non è mai oggetto di appropriazione come fosse una ricchezza o un bene. Il potere funziona,

mici, ma per crepe e frizioni al suo interno. Non a caso, proprio nelle università sono nate opinioni e movimenti critici rispetto agli assetti di potere e allo stesso sistema universitario.

L'accademia umile che propongo è quindi un metodo di insegnamento universitario che rinunci all'idea di detenere un sapere universale e autosufficiente, divenendo consapevole dei rapporti di potere che l'accademia tende a riprodurre e provandoli a sfidare.

Ciò, in definitiva, non è tanto distante da ciò che viene identificato come approccio scientifico: non sentirsi titolari di verità per mero status; esibire la parzialità e limitazione del proprio sguardo; confessarsi irrimediabilmente bisognosi del sapere altrui; essere consapevoli che la proprietà intellettuale individuale sia un inganno poiché anche l'idea più brillante, la strabiliante scoperta o l'invenzione geniale sono debitorie – eternamente insolventi – delle conoscenze ereditate dai predecessori, da quelle apprese e costruite nella relazione con l'ambiente; con i tutori e con coloro di cui ci si è presi cura; con gli alleati e perfino con gli avversari.

In altri termini l'accademia umile estende i tempi, gli spazi e le fonti di conoscenza. O detto in una forma più poetica con Danilo Dolci:

Studiare è necessario per crescere, identificarsi, maturare, ma i libri sono solo una fonte dell'apprendere. Occorre saper leggere anche le rocce, alberi, voli, creature, il mare, le nuvole, le stelle. Leggere nel lavoro. Purtroppo ove manchino veri educatori, la scuola può anche plagiare, ridurre la visione deformando anime e corpi. Rischiamo di divenire passivi e pur presuntuosi macchinari. Senza un intimo rapporto con la vita che ci scorre e costruisce vicina, e dentro di noi¹⁷.

L'umiltà di lasciarsi disorientare, di esplorare strade inusitate, di superarsi e di cambiare, sortendo dall'angusta monade del prevedibile dove si ha pieno controllo, ma nessuna crescita, si scopre infine parente dell'audacia.

si esercita attraverso un'organizzazione reticolare», M. FOUCAULT, *Bisogna difendere la società*, Milano, 2009 33 [op. orig. *Il faut défendre la société*, Cours au Collège de France 1976, Paris-Seuil].

¹⁷ D. DOLCI, *Gente Semplice*, cit., V.

4. Esperimenti di accademia umile: la scrittura partecipata del progetto di legge “Dalle dipendenze all’interdipendenza”

Il metodo educativo che ho chiamato «accademia umile» (a volte «accademia alla rovescia») e che prova a tradurre in prassi didattica le riflessioni critiche sul sapere/potere dell’università ha come elementi caratterizzanti:

- a) la creazione di una *comunità educante*;
- b) la valutazione tramite *prova autentica*;
- c) la ricomposizione individuale dell’esperienza di apprendimento attraverso il *saggio riflessivo*.

Ormai da molti anni applico questo metodo per svolgere l’insegnamento di svariate materie dell’ambito della “filosofia del diritto”: “Diritti umani”, “Metodologia dell’insegnamento del diritto”, “Etica e economia”, “Deontologia, sociologia e critica del diritto”, “Politics of migration and human rights”.

In questo articolo, illustrerò le tre fasi del metodo attraverso l’esempio del lavoro di scrittura partecipata del disegno di legge “Dalla dipendenza all’interdipendenza”, svoltosi durante il corso di “Deontologia, sociologia e critica del diritto” nel secondo semestre dell’anno accademico 2022/23, con studenti del IV anno del Corso di laurea in Giurisprudenza dell’Università di Palermo.

4.1. Un’idea nata dal contesto

Come in molti altri luoghi del globo, il periodo del Covid ha slatenizzato o amplificato il malessere psicologico, determinando una maggiore diffusione e più ampia varietà di dipendenze: quelle da sostanze illecite, quelle da sostanze lecite come l’alcol e i farmaci, quanto quelle comportamentali, come la ludopatia, i disturbi alimentari, le dipendenze nell’area delle tecnologiche, ecc.

In particolare, in Sicilia, Cosa nostra, avendo perso la propria posizione dominante tra le mafie, ha puntato sul narcotraffico per riguada-

gnare potere, come spiega Umberto Santino nel report *Mafia & Droghe* del 2023¹⁸.

In particolare, si è drammaticamente diffuso il crack. Il suo basso costo, la facilità di utilizzo e la velocità con cui dà dipendenza spiegano la sua diffusione dilagante e socialmente trasversale, a partire da un'età estremamente precoce. Il quartiere di Ballarò, lo stesso dove è collocato il dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo, è una delle principali piazze di vendita e consumo di diverse sostanze stupefacenti, ma perfino di produzione. Il crack viene sovente preparato da donne povere, assoldate dalla mafia, e spacciato dai loro figli.

“SOS Ballarò” una rete di associazioni, parrocchie e cittadini attivi nel quartiere, nel corso delle sue assemblee, ha più volte affrontato il tema, segnalando non solo l'aumento delle dipendenze, ma anche la grave insufficienza dei servizi per prevenire o trattare le persone con dipendenze.

Partecipando alle riunioni di “SOS Ballarò”, ho appreso che una delle ragioni della carenza dei servizi sociali e sanitari in Sicilia fosse riconducibile al fatto che la Regione non avesse recepito, in un quadro normativo coerente, i LEA – Livelli Essenziali di Assistenza e i LEPS – Livelli Essenziali delle Prestazioni Sociali in materie di dipendenze patologiche, come previsto da leggi nazionali (la legge 328/2000 c.d. “Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali”, aggiornata dal DPCM 12 gennaio del 2017, e la Legge quadro 125/2001 sull'alcolismo). Maria Cristina Cavallaro, docente di Diritto Amministrativo e la ricercatrice Alessandra Amore erano state già contattate da “SOS Ballarò” per fornire un quadro dettagliato degli strumenti e delle falle sul piano normativo.

Ho quindi pensato di proporre agli studenti e alle studentesse del corso che avrei dovuto svolgere nel secondo semestre di “Deontologia, sociologia e critica del diritto” di approfondire la questione, lavorando a una proposta normativa che colmasse quelle lacune. Quando formulai questo proposito non avevo ancora idea della forma che avrebbe potuto prendere il nostro impegno, ma ritenevo che, comunque andasse, far

¹⁸ U. SANTINO, G. LA FIURA, G. BURGIO, *Mafia & Droga. Lo Stato delle Cose - Rapporto 2024*, Mediter Italia, Palermo, 2024.

partecipare i giovani giuristi in formazione alla stesura di un progetto legislativo sarebbe stato molto formativo e che, se il lavoro fosse riuscito bene, sarebbe potuto valere come una sorta di istruttoria normativa, corredata da alcune proposte, da offrire alla politica siciliana.

Da decenni il tema delle dipendenze non era oggetto di attenzione né della stampa, né presente nell'agenda politica locale. Ma la morte ravvicinata di tre ragazzi, Noemi¹⁹, Giulio e Diego, per cause connesse all'uso del crack, congiuntamente all'impegno profuso da Francesco Zavatteri, padre di Giulio, e di SOS Ballarò, riportava drammaticamente alla ribalta la questione. La proposta della stesura di un disegno di legge si è quindi innestata nel nascente movimento cittadino che sollecitava la cittadinanza e le istituzioni a prendere sul serio il tema delle dipendenze, esigendo interventi adeguati alla gravità e complessità del problema.

4.2. La comunità educante

L'idea della comunità educante nasce da una ricca riflessione pedagogica. Tra gli autori di riferimento vi sono senz'altro Paulo Freire con il suo modello di educazione dialogico e Danilo Dolci, in particolare per il metodo della maieutica reciproca²⁰. Io ho tratto anche ispirazione anche dalla pedagogia dei Maestri di Strada²¹ e dal Teatro dell'Oppresso, in particolare dalla forma del Teatro Legislativo di Augusto Boal²².

Ciò che Freire chiama «didattica depositaria» è un modo statico e gerarchico di intendere l'insegnamento che consiste nella trasmissione monodirezionale dal docente ai discenti:

¹⁹ V. MATTEUCCI, G. SCIORTINO, *Noemi Crack Bang. La banalità del male*, Mediter Italia, Palermo, 2021.

²⁰ M.R. MANCANIELLO, F. MARONE, M. MUSAIO, *Patrimonio culturale e comunità educante: Per la promozione di un nuovo*, Milano, 2023; FUORICENTRO, *Manifesto delle comunità educanti*, Rovereto, 2021; MAESTRI DI STRADA, *Patti educativi di comunità*, Napoli, 2024.

²¹ C. MELAZZINI, *Insegnare al principe di Danimarca*, Palermo, 2011 (II edizione estesa 2023).

²² A. BOAL, *Dal desiderio alla legge. Manuale del teatro di cittadinanza*, Molfetta (Bari), 2000.

Nella visione “depositaria” dell’educazione, il sapere è un’elargizione di coloro che si giudicano sapienti, ad altri, che essi giudicano ignoranti. Elargizione che si basa su una delle manifestazioni strumentali della ideologia dell’oppressione: “l’assolutizzazione dell’ignoranza, che costituisce l’alienazione dell’ignoranza (l’ignoranza si troverebbe sempre nell’altro)”²³.

Per superare l’approccio depositario occorre assumere che non vi è un unico detentore di conoscenza, ma che si apprende da un gruppo in dialogo, dove ciascuno è ignorante, docente compreso, e dove ognuno possiede conoscenze, intelligenza e creatività, allievi inclusi.

La comunità educante è quindi un gruppo che apprende dai testi perché li discute, li sfida e li traduce in prassi; che impara dagli altri perché incrocia domande, opinioni e prospettive; che ricerca *nel* mondo esplorandolo e provando a trasformarlo; che ricerca *con il* mondo, nel senso che ritiene che il sapere non sia solo appannaggio dell’accademia, ma che questo sia diffuso e valga la pena scovarlo ovunque, ricevendoli da chiunque.

Tra le critiche al sistema scolastico e universitario vi è quello di ribadire i rapporti di forza. Per allestire la comunità educante è importante che si faccia un’analisi dei rapporti di potere e si proponga un modello di insegnamento che li trasgredisca, non per il gusto fatuo di essere dissidenti, ma per offrire attenzione e dignità a saperi esclusi che hanno ragione di essere ascoltati e legittimati.

Nei diversi esperimenti educativi che ho condotto, le lezioni avvengono in assetto circolare dentro le mura dell’università e si fanno delle esplorazioni in altri contesti che offrono ancora nuovi assetti spaziali e quindi relazionali. Della comunità educante fanno parte docenti e discenti universitari, esperti in senso classico, ma sempre persone segnate da una qualche marginalità con il ruolo di co-ricercatori e co-docenti (hanno per esempio preso parte alle mie lezioni: richiedenti asilo, minori stranieri non accompagnati, ex-detenuti, venditori estremamente poveri di un mercato informale dell’usato, persone con una storia di tossicodipendenza, ecc.). Ritengo infatti che lo sguardo periferico sia necessario a integrare e correggere lo sguardo panoptico che muove dal cen-

²³ P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, cit., 58.

tro. Per esempio, nel caso del diritto: lo sguardo del giudice, del legislatore, del cittadino modello dovrebbero incontrare quello del «bandito», nel senso di Danilo Dolci, di chi si trova fuori dalla legge in quanto escluso dalla società²⁴.

Quando ebbi l'idea di lavorare a un testo di legge che articolasse i servizi per le dipendenze, si poneva la questione da chi sarebbe stata composta la comunità educante. Sul tema, io ero gravemente ignorante e dunque, in accordo al modello di educazione depositaria, sarei stata totalmente inadatta perché priva di un sapere da elargire. Mi resi conto che il contributo che potevo dare era invece quello di facilitare la costruzione di un processo partecipativo, rintracciando i giusti alleati per l'avventura che stavamo per intraprendere e coordinando il lavoro di istruttoria e scrittura. Occorreva comporre un coro polifonico che coinvolgesse tanto chi era statutariamente depositario di conoscenze scientifiche (come i miei colleghi di diritto amministrativo o come i professionisti del Serd), quanto chi avesse una conoscenza di prima mano del problema, perché aveva vissuto la dipendenza patologica in prima persona o come familiare o perché, come operatore di strada, aveva un contatto vivo e quotidiano con questa sofferenza. Queste figure poi non erano così scisse, perché per esempio chi aveva una storia di dipendenza, poi spesso diveniva operatore sociale (*peer educator*) e, studiando, sviluppava anche una seria competenza scientifica sull'argomento. Era insomma importante scrivere la legge con coloro su cui sarebbe ricaduta.

La comunità educante che ha partecipato alla stesura del testo è stata formata dagli studenti che hanno frequentato il corso: Sonny Mazzola, Francesco Messina, Giuseppe Messina, Dario Palermo, Giuseppe Pappagalli, Myriam Picone, Alessia Pipitone, Sophia Pizzuto, Angela Presti, Clara Rappa, Chiara Rigano, Andrea Russo, Matilde Rusticano, Maria Rita Salvia, Emanuele Scattarreggia, Alessandro Timo, Chiara Tocco e Silvia Trubia.

Le ricerche istruttorie e la supervisione della bozza di articolato è stata svolta dai docenti di diritto amministrativo: Maria Cristina Cavallaro, Nicola Gullo e, in particolar modo, dalla dott.ssa Alessandra Amore.

²⁴ C. BARTOLI (a cura di), *Inchiesta a Ballarò: il diritto visto dal margine*, Palermo, 2019.

Ha nutrito la nostra comprensione delle dipendenze e ha contribuito in diverse fasi cruciali del processo ideativo: Giampaolo Spinnato, Direttore dell'Unità operativa per le Dipendenze Patologiche di Palermo.

Hanno partecipato a diverse lezioni dedicate all'elaborazione del progetto normativo, in ragione delle loro esperienze e competenze sul campo: Lorenzo Capretta (*Ourvoice*); Francesco Montagnani (antropologo urbano membro di *SOS Ballarò*); Antonino Napoli (operatore di strada dal Progetto In&Out e promotore della *Rete Riduzione del Danno*); Nino Rocca (Centro P. Impastato); Francesco, Vincenzo e Francesca Zavatleri (*Casa di Giulio*), Antonio Abrigiani (Asp Trapani).

La comunità educante si è, poi, estesa ulteriormente. Per lavorare su un processo di comprensione/rappresentazione più profondo, abbiamo incluso gli studenti dell'Accademia di Belle Arti e una loro docente Stefania Galeati.

Grazie al supporto di Alessandra Sciurba, delegata del dipartimento alla Terza missione, abbiamo organizzato una giornata di approfondimento e di lavoro congiunto sul progetto di legge (*La cura crea indipendenza*, 30 maggio 2023). In quell'occasione sono intervenuti e hanno preso parte ai tavoli: cittadini sensibili, associazioni, ed esperti del settore provenienti da varie parti della Sicilia, gruppi di mutuo aiuto di familiari e persone in uso a sostanze, nonché responsabili di progetti e servizi virtuosi da altre regioni d'Italia, infine il vescovo di Palermo, il sindaco e gli assessori comunali, nonché Valentina Chinnici, Ismaele La Vardera e Roberta Schillaci, deputati regionali che hanno seguito il processo più da vicino.

4.3. *La prova autentica e il saggio riflessivo*

Adottando un approccio pedagogico come quello appena descritto è necessario ripensare le forme e i criteri della valutazione.

L'intero corso, con tutti i componenti della comunità educante, mira a realizzare qualcosa di autentico, non una simulazione, ma qualcosa che avrà un impatto sulla realtà in modo significativo. Per condurre questa missione, si dovrà apprendere dal docente, dai testi suggeriti, dai pari, ma occorre andare oltre e ricercare ulteriori conoscenze e fonti di conoscenza.

Nella didattica comunitaria, problematizzante, dialogica e orientata alla ricerca, la misurazione del deposito del docente costituisce solo una parte della valutazione, perché la gamma di competenze, saperi e abilità che si sviluppano è assai più ampia. Vi è senz'altro la capacità di apprendere e comprendere i testi, ma anche quella di sfidarli e di dibatterli; vi è la capacità di tradurre le teorie in prassi e di estrarre teoria dall'osservazione e dalle prassi; e poi vi è quella di nutrirsi del punto di vista degli altri, di far sorgere delle domande euristiche, di interloquire con persone differenti, di esporsi pubblicamente; vi è poi la capacità di collaborare, di compiere scelte collettive, di portare a termine dei propositi ideando un processo e rivedendolo man mano che si sviluppa; di cercare fonti, di incrociarle, di padroneggiare criticamente gli strumenti della ricerca, di applicarli in contesti mutanti; di pensare scrivendo, di scrutare e scrutarsi; di imparare a imparare e di immaginare; ecc.

Ho pertanto adottato come tecnica di valutazione la cosiddetta “prova autentica” o “compito di realtà”, accompagnata, infine, da un “saggio riflessivo”.

Il metodo dell'*authentic assessment* viene teorizzato negli Stati Uniti alla fine degli anni Ottanta in polemica con i test standardizzati e decontestualizzati²⁵. Negli anni Novanta si sviluppa un movimento educativo che si riconosce in questo tipo di valutazione²⁶. La teorizzazione e la sperimentazione si estendono in diversi paesi e contesti, divenendo il modello valutativo più coerente con l'educazione per competenze.

per verificare il possesso di una competenza è necessario fare ricorso anche ad osservazioni sistematiche che permettono agli insegnanti di rilevare il processo, ossia le operazioni che compie l'alunno per interpre-

²⁵ A. DROUG, F. ARCHBALD, M. NEWMANN, *Beyond Standardized Testing: Assessing Authentic Academic Achievement in the Secondary School*, National Association of Secondary School Principals, Washington D.C., 1988.

²⁶ Cfr. M. COMOGLIO, *La valutazione autentica*, in *Orientamenti Pedagogici*, v. 49, n. 1 (2002), 93-112; G. WIGGINS, *Educative assessment. Designing assessments to inform and improve student performance*, San Francisco, 1998; P. WINOGRAD, F.D. PERKINS, *Authentic assessment in the classroom: Principles and practices*, in R.E. BLUM, J.A. ARTER (eds.), *A handbook for student performance assessment in an era of restructuring*, Association for Supervision and Curriculum Development Alexandria V.A., 1996; D. HART, *Authentic assessment: a handbook for educators*, Parsippany, 1994.

tare correttamente il compito, per coordinare conoscenze e abilità già possedute, per ricercarne altre, qualora necessarie, e per valorizzare risorse esterne (libri, tecnologie, sussidi vari) e interne (impegno, determinazione, collaborazioni dell'insegnante e dei compagni)²⁷.

Ciò significa che lavorando attraverso compiti di realtà, il docente ha modo di vedere i suoi allievi in azione e in relazione tra loro e con altri.

Le lezioni diventano momenti di lavoro collettivo durante i quali gli studenti e le studentesse, spesso alla presenza di altri, discutono e progettano. Quando questo accade, io osservo e prendo nota delle competenze e conoscenze dei discenti, osservo il loro stile di apprendimento, di interazione e ricerca.

Dal momento che la didattica che utilizzo è sbilanciata a favore di attività pratiche e collaborative, ho ritenuto importante compensarle introducendo un momento finale riflessivo e individuale. Dopo un'esperienza così ricca e complessa, svolta con altri, ritengo si abbia necessità di un momento di solitudine per rielaborare e riappropriarsi del percorso fatto.

La scrittura è tra gli strumenti più efficaci per andare in profondità e guadagnare consapevolezza. Così, chiedo a ciascuno studente di elaborare un *saggio riflessivo* sul proprio percorso di apprendimento, ricomponendo in un quadro unitario quanto studiato sui testi, i lavori di gruppo, gli incontri avuti, gli esiti della prova autentica, le personali scoperte e le domande restate insolte. Un'esperienza educativa e di ricerca produce necessariamente un cambiamento nella realtà, ma anche in chi ricerca, di natura tanto cognitiva che ed emotiva, pertanto, chiedo anche di osservarsi nel proprio trasformarsi.

Al termine del corso, posso dire di avere conosciuto i miei studenti e di avere molti elementi per esprimere una valutazione. Il giorno del colloquio d'esame, non svolgo la classica interrogazione, ma usiamo quell'occasione per fare un bilancio conclusivo. Inoltre, restituisco le mie osservazioni, attraverso un esteso giudizio scritto che preparo per ciascuno studente, sulla base degli appunti che ho preso durante il corso e

²⁷ *Linee guida per la certificazione delle competenze nel primo ciclo di istruzione*, allegate alla C.M. n. 3, prot. n. 1235 del 13 febbraio 2015.

dalla lettura dei loro saggi riflessivi. Valuto la loro capacità di comprendere e utilizzare testi e concetti, il loro stile di apprendimento e di lavoro in gruppo, le potenzialità e gli ostacoli su cui dovrebbero lavorare, la qualità della scrittura, il contributo che hanno dato durante le lezioni e i passaggi più felici delle loro relazioni, quelli che mi suscitano delle perplessità e ovviamente segnalo eventuali errori e campi di miglioramento. Poi, mio malgrado, assegno il voto. Il disagio che provo nel dare i voti nasce dal sentirli come un sistema di misura maldestro e riduttivo, che produce competizione e fissa la persona in un verdetto.

In genere dopo un'esperienza educativa ricca, anche per i discenti, il voto va in secondo piano. A tal proposito Marianna Sanfilippo, una studentessa del corso di «Metodologia dell'insegnamento del diritto», nel suo saggio riflessivo scrive:

Ho delle consapevolezze nuove; ho imparato che non esiste solo un metodo d'insegnamento ma ce ne sono diversi e forse addirittura più funzionali di quelli tradizionali. Ma la cosa più importante è che ho imparato a guardare lo studio con occhi diversi, non guardare il percorso come modo per raggiungere un voto, ho imparato a godermi il percorso guardando al voto come un accessorio necessario²⁸.

Screditare il voto non significa affatto screditare la valutazione. Il dispendioso esercizio di restituzione personalizzata che mi impongo è un modo per comunicare agli studenti e alle studentesse che sono stati visti da qualcuno che si è sforzato di rapportarsi a loro, parafrasando una espressione di Paulo Freire, come opere incompiute nel loro sforzo di «essere di più»²⁹.

²⁸ C. BARTOLI (a cura di), *La condizione studentesca. Inchiesta su disagio, dispersione universitaria e buone pratiche della didattica*, Palermo, 2024, 247.

²⁹ P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, cit., 73-76.

4. Legislatori dal basso

4.1. L'istruttoria

In tanti anni di sperimentazione ho proposto una grande varietà di prove autentiche: con alcuni studenti abbiamo realizzato un ciclo di seminari in cui loro erano il comitato scientifico e parte dei relatori, con altri abbiamo fatto dei programmi radiofonici che sono andati in onda, abbiamo tenuto laboratori per altri giovani scolari o universitari, abbiamo realizzato delle ampie inchieste e scritto dei volumi collettanei, ecc. Nel 2019, con i miei studenti e i venditori del mercato informale dell'usato dell'Albergheria, abbiamo elaborato le linee guida per regolamentare l'area e l'attività dei mercatari. Il testo che abbiamo elaborato è stato, con qualche emendamento, recepito da un'ordinanza del Comune di Palermo e ha permesso una sperimentazione di un anno, interrotta poi a causa del cambio di giunta³⁰. Nonostante queste pregresse esperienze, il proposito di scrivere un testo di legge quadro sulle dipendenze era un salto di scala.

Per procedere, ho creato dei gruppi di lavoro, ciascuno aveva il compito di sviluppare un aspetto della legge, attraverso un'istruttoria preliminare sulla diffusione delle dipendenze, sui servizi di prevenzione, trattamento, riduzione del danno e inclusione sociali presenti sul territorio, sulle buone pratiche e sul piano delle fonti giuridiche. Parte dei testi normativi e bibliografici li avevo suggeriti io, così come li avevo messi in contatto con dei mentori, ma il lavoro dei gruppi consisteva anche nell'estendere la ricerca di materiali e degli interlocutori.

Quei legislatori in erba hanno, allora, studiato i riferimenti normativi di ordine internazionale, comunitario, nazionale e locale; hanno valutato i diversi approcci proposti dalle politiche in materia: dalla «tolleranza zero» alla «riduzione del danno»; hanno reperito i dati sul consumo di droghe e sulle altre dipendenze a livello nazionale e siciliano e valutato le diverse strategie per calcolare un fenomeno sommerso; hanno svolto un monitoraggio dei servizi presenti sull'isola e condotto delle

³⁰ C. BARTOLI, *Street law alla rovescia. Sperimentazioni di educazione clinico-legale critica*, in C. BLENGINO, C. SARZOTTI (a cura di), *Quale formazione per quale giurista? Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica*, Torino, 2021, 139-162.

interviste con operatori e familiari per appurare le falle; hanno fatto una stima dei costi dei servizi che proponevamo e indagato a quali risorse economiche si sarebbe potuto attingere; hanno raccolto delle buone pratiche per capire come si sarebbero potute implementare nel contesto siciliano.

Hanno poi approfondito dei temi prettamente giuridici, con l'interesse di chi ha necessità di metterli in opera, per esempio la struttura di un testo di legge, le procedure per la presentazione di una legge di iniziativa popolare a livello regionale e statale; la suddivisione delle competenze tra Stato e regioni in materia di sanità e servizi sociali; l'iter di approvazione di un testo normativo; il tema del costo dei diritti; e ancora moltissimo altro.

4.2. *L'investitura istituzionale*

Mentre eravamo nel bel mezzo del lavoro, è stato pubblicato un articolo sull'edizione locale di *Repubblica*³¹ che raccontava della nostra iniziativa. Ne è così venuto a conoscenza, Ismaele La Vardera, deputato dell'Assemblea Regionale e presidente dell'*Intergruppo parlamentare sul fenomeno del consumo di droghe negli adolescenti* che raccoglie deputati di tutti gli schieramenti. Questi ci ha invitati a presentare la nostra proposta presso il Palazzo dei Normanni, sede del Parlamento siciliano. L'incontro ha avuto il senso di una sorta di investitura della politica regionale che ci riconosceva come un ufficio legislativo dal basso. Prima che ciò accadesse, stavamo valutando l'ipotesi di raccogliere le firme per presentare il nostro progetto di legge come di iniziativa popolare. Ma consegnandolo all'intergruppo, si sarebbe saltati dei passaggi e avremmo guadagnato tempo. Era, infatti, importante procedere rapidamente affinché la legge di bilancio, che era in previsione, potesse accantonare le cifre necessarie a misure dispendiose, per quanto alla lunga certamente vantaggiose in termini anche economici.

³¹ M. OCCHIPINTI, *Dagli studenti di Giurisprudenza un disegno di legge su droga e alcol*, in *Repubblica Palermo*, 20 aprile 2023, https://palermo.repubblica.it/cronaca/2023/04/20/news/dagli_studenti_di_giurisprudenza_un_disegno_di_legge_su_droga_e_alcol-396894838/.

Quando il nostro corso è terminato, si trattava di un corso di solo 48 ore e 6 CFU. Gli studenti e le studentesse sono giunti a un testo di legge e una relazione di accompagnamento molto articolata e corposa, ma che richiedeva ancora diverse migliorie prima di poter essere presentata. Ho proseguito quindi nell'elaborazione del testo in dialogo con i molti attori³² che ormai avevo saputo del processo e che avevano a cuore che il disegno di legge venisse depositato quanto prima.

Il testo finale consta di 16 articoli organizzati in cinque titoli: I. Finalità e obiettivi; II. Organi e Rete; III. Servizi Sociosanitari, Gruppi di Mutuo Aiuto ed Esperto del Supporto tra Pari; IV. Prevenzione e Inclusione; V. Copertura finanziaria ed entrata in vigore. Affronta i servizi sociosanitari per ogni genere di dipendenza patologica di bassa, media e alta soglia; prevede vaste misure di prevenzione, riduzione del danno e reinserimento sociale; introduce un organo di regia politica delle misure, rilancia un tavolo scientifico e una rete regionale diffusa sulle dipendenze, per continuare il proficuo dialogo tra vertice e base.

4.3. Verso l'entrata in vigore

Il 25 luglio 2023, in una giornata torrida e tragica, perché numerosi incendi dolosi stavano devastando vasti territori dell'isola e lambivano la stessa città, il disegno di legge è stato presentato. Durante la conferenza stampa, il vescovo Corrado Lorefice, che ha seguito con viva partecipazione l'intero percorso, ha voluto consegnare lui stesso il progetto di legge nelle mani dei deputati che l'avrebbero poi firmato e depositato.

Da quel momento iniziava un iter alquanto complesso per molti i vagli che avrebbe dovuto passare essendo una legge quadro. Si chiamavano in causa diversi assessorati: quello all'istruzione, alla sanità, alla famiglia e alle politiche sociali, inoltre, richiedendo un'importante copertura finanziaria era necessaria una precisa valutazione della commissione bilancio. Quindi, a un anno dalla consegna non era così strano che non fosse ancora stata calendarizzata la sua votazione in aula. Tuttavia la gravità del problema richiedeva una rapidità di intervento.

³² Tra questi vi erano i gruppi di familiari di persone con dipendenze, una rete di associazioni dell'antimafia sociale, personale dei Serd, operatori di strada e ovviamente Sos Ballarò, la casa di Giulio, i gruppi per la riduzione del danno, ecc.

L'arcivescovo di Palermo, monsignor Corrado Lorefice, il cui impegno per il varo della legge è già stato menzionato, nel giorno della quattrocentesima processione per la patrona di Palermo, dal carro di Santa Rosalia, ha incalzato vigorosamente la classe politica affinché approvasse il disegno di legge:

Ai politici, agli amministratori della Città e della Regione, al Presidente dell'Assemblea regionale e al Presidente della Regione, agli Assessorati competenti (Istruzione, Sanità e Famiglia) alla Commissione bilancio, chiediamo con forza e determinazione che si adoperino concretamente e celermente ad approvare il Disegno di Legge, nato dalla strada, da incontri fecondi di amore alla città, a Ballarò, per la prevenzione e il trattamento delle dipendenze patologiche. Disegno di legge che io stesso ho consegnato l'anno scorso a luglio, insieme alle diverse realtà civili, ecclesiali e universitarie, che lo hanno stilato. È passato un anno e ancora nulla; è passato un anno e ancora nulla!³³

Il parlamento dell'isola non è stato sordo a questo appello, tanto che la legge è stata approvata con voto unanime e con fondi consistenti. Circostanza di assoluta rarità, merito del tema drammatico, dalla spinta dal basso e dall'alto dei cieli, oserei dire. Il progetto di legge – emendato in chiave migliorativa dalle diverse commissioni e dai deputati – è stata approvato all'unanimità il 25 settembre 2024 dall'Assemblea Regionale Siciliana e tradotto nella legge n. 26 del 7 ottobre 2024 con il titolo di *Sistema integrato e diffuso di prevenzione, cura, riduzione del danno e inclusione sociale in materia di dipendenze*.

Parte degli interventi necessari sono coperti dai fondi del Servizio Sanitario nazionale. La legge alloca 13 milioni di euro annui per i restanti interventi. Al momento in cui scrivo, tuttavia, non ha ancora piena efficacia a causa della mancata emanazione di alcuni decreti attuativi delle politiche ivi indicate.

³³ L'ufficio stampa diocesano riporta il discorso dal carro del festino per la patrona di Palermo: *Rosalia 400. Il "grido" dell'Arcivescovo contro le pesti della nostra città*, <https://stampa.chiesadipalermo.it/rosalia-400-il-grido-dellarcivescovo-contro-le-pesti-della-nostra-citta/>.

5. *Peculiarità e innovazione della proposta di legge*

Il testo è stato salutato come il più innovativo nel panorama nazionale sia nel metodo e nel contenuto.

La legge varata intende normare tutti i servizi per il sostegno delle persone con dipendenze e delle loro famiglie, in un arco di risposte sanitarie, psicologiche, sociali e culturali che vanno dalla prevenzione al reinserimento, con una specialissima attenzione, insieme strategica ed empirica, alla riduzione del danno.

La qualità dell'ambizioso testo normativo deriva dal processo partecipativo da cui è scaturito che garantisce attenzione alle necessità reali che ha ben presente solo chi in prima persona affronta quotidianamente il problema sia come operatore, sia come persona con dipendenze o in quanto suo familiare e vicino.

La sua natura di legge quadro, a differenza di interventi normativi settoriali, spesso nati per rincorrere l'emergenza, permette di affrontare la questione delle dipendenze in modo articolato e sistemico: l'unica maniera per fronteggiare un fenomeno tanto complesso.

È una proposta innovativa perché prova a disegnare una collaborazione tra la dimensione sanitaria, quella sociale e quella educativa e perché dà grande rilevanza alle misure di riduzione del danno e limitazione dei rischi, indicate come fondamentali dalla Strategia UE, ma scarsamente adottate in Italia.

Alle spalle della nuova ipotesi normativa vi è un'idea eticamente e politicamente coraggiosa: contrastare la stigmatizzazione che discrimina quanti finiscono risucchiati nel vortice delle dipendenze, per riconoscere e valorizzarne il ruolo di protagonisti del proprio percorso di riscatto e di propulsori di crescita per la comunità, della quale rappresentano e raccontano le ferite da ricucire.

Il rilievo dato alla creazione di una rete diffusa, ai gruppi di mutuo aiuto, ai *peer specialist* e alle antenne territoriali nasce dalla volontà di promuovere la forza trainante e coesiva delle relazioni orizzontali e di stimolare energie che provengano dal basso, pronte a farsi collante e fermento. La diffusione delle dipendenze patologiche, infatti, non è solo un problema che si consuma nel ristretto orizzonte di destini isolati e di sofferenze individuali, ma è frutto di contesti sociali, economici e

culturali fortemente problematici. È dunque sul terreno dei malesseri collettivi e delle interferenze relazionali che occorre agire e mobilitarsi per cercare di venirne a capo. Nello specifico, il progetto di legge, non a caso intitolato “Dalla dipendenza all’interdipendenza”, ha voluto stimolare una riflessività operosa nel vessillo della cura.

L'EDUCAZIONE GIURIDICA TRA EMOZIONI, *HUMANITIES* E TERZIETÀ

UNA PROSPETTIVA CLINICO-LEGALE DI TIPO IMMERSIVO

Alessandro Campo

1. Introduzione

In questo articolo verranno svolte alcune riflessioni sulla clinica legale e sulla didattica immersiva, partendo dalla questione euristica dell'emozione. Si farà poi riferimento ad alcune esperienze pedagogiche sulla migrazione e a un'altra incentrata sull'elemento umanistico o artistico in relazione al diritto. In seguito, sarà tematizzato un elemento specifico ricavato dalle *humanities* e proiettato in chiave pedagogica; infine saranno proposte alcune notazioni sulla terzietà collegate agli argomenti precedentemente presentati.

2. Il learning by feeling

Se il *learning by doing* è il tratto pedagogico più rilevante dell'educazione clinico-legale, bisogna altresì rimarcare la funzione, emersa specialmente in Europa, della giustizia sociale: si può indicare la pregnanza di quest'ultima con l'espressione *learning by caring*¹. Per esercitare il *doing* e il *caring*, sostengo che, pedagogicamente, serve un'azione

¹ E. RIGO, *Learning by caring: a proposal for a feminist perspective on clinical legal education*, in *Roma Tre Law Review*, 1, 2023 e L. PANNARALE, *Learning by caring*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2024.

non solo cognitiva, ma anche di tipo emozionale, che altrove ho suggerito di chiamare *learning by feeling*².

Se, secondo la metafora e l'epistemologia della svolta affettiva³ nel diritto, che è posta sullo sfondo del discorso, l'elemento cognitivo, soprattutto linguistico, rinvia al piano positivo della legge, mentre il dato emozionale, pre-linguistico, concerne la consuetudine, specificamente caratterizzata da un tratto inintenzionale e però gravido di conseguenze, qui l'affettivo viene in effetti investigato sul piano della pedagogia del diritto, che pure ha (secondo la mia proposta) elementi in senso lato "consuetudinari", proprio in quanto inintenzionali o almeno non interamente preventivabili.

Per il *feeling* suggerisco infatti una "pedagogia del contesto", che, grazie alle deviazioni da cui è caratterizzata, valuti il ruolo della persona (qui: il discente) nella sua complessità, a partire dal fenomeno noto come *embodiment*, con cui si mostra come il cervello (dominio del cognitivo) sia sempre collocato in un corpo, entro una critica del dualismo cartesiano.

Un altro campo di studi utile in tal senso è l'enattivismo⁴, che si concentra sulle modalità con cui le strutture cognitive della mente emergono dalle dinamiche senso-motorie ricorrenti fra l'agente incarnato (*embodied*) e inserito in un ambiente naturale (*embedded*).

In questo sfondo epistemologico, vanno considerate anche le neuroscienze affettive⁵, che, come sapere critico del cognitivismo, costitui-

² Cfr. A. CAMPO, *La letteratura (e le humanities) come "luoghi" di emozioni giuridiche. Prospettive didattiche a partire dallo spazio Summer School in Law and Humanities di Cannes 2023*, in *ISLL Papers*, 2024.

³ La svolta affettiva, che si colloca dopo quella linguistica e quella iconica, è tematizzata nella filosofia del diritto in P. HERITIER, *Verso una svolta affettiva nelle Law and Humanities*, in Id. (a cura di), *Deontologia del fondamento*, Torino, 2016.

⁴ A partire da J. VARELA, E. THOMPSON, E. ROSCH, *The embodied mind*, Cambridge, 1991. L'enattivismo è posto in relazione al diritto in M. RICCA, *CONSUETUDINE/COGNITUDINE. Appropriatezza, valore, significato*, in G. BOMBELLI, P. HERITIER (a cura di), *I volti molteplici della consuetudine. Volume 2. Prospettive*, Milano, 2024.

⁵ Mi riferisco qui ad autori e opere quali J. LE DOUX, *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, Milano, 2014; A. DAMASIO, *L'errore di Cartesio. Emozione, ragione e cervello umano*, Milano, 1995 e *Sentire e conoscere*, Milano, 2022; J. PANKSEPP,

scono uno degli elementi centrali di cui si compone la citata “svolta”: a partire da questi nuovi accostamenti, è agevolmente rimarcabile la centralità delle emozioni nella percezione, ma anche nella conoscenza e nella trasformazione del diritto⁶. Il superamento del cognitivismo si muove in direzione di qualcosa che può anche essere chiamato *cogmotion*⁷, un termine utile a indicare la compartecipazione di cognizione ed emozione nel processo euristico.

L'emozione è qui dunque presentata come fattore complesso, utile per comprendere il contesto, concorrere a trasformarlo, e pedagogicamente, trasformarsi.

Se, ragionando in un senso storico-filosofico, ascrivere all'emozione queste funzioni conduce a interrogare in profondità la separazione rigida del *pathos* dal *logos*⁸, qui si intende concentrare il discorso sul diritto.

È utile allora menzionare la proposta teorica di Puppo e Tomasi, i quali fanno riferimento agli studi di Ferry e Zagarella, che richiamandosi all'Etica Nicomachea e alla nozione aristotelica di sinestesia, mostrano che l'argomentazione richiede anche un “co-sentire”, per concludere che «riconoscere l'altro significa essere disposti ad ascoltarlo e mostrarsi disponibili ad ammettere eventualmente un altro punto di vista»⁹.

Se il tema aristotelico della sinestesia è utilizzato dai due autori appena richiamati come componente fondamentale della retorica, e segna-

L. BIVEN, *Archeologia della mente. Origini neuroevolutive delle emozioni umane*, Milano, 2014.

⁶ Si pensi, in tal senso, a M.P. MITTICA, *Il pensiero che sente. Pratiche di law and humanities*, Torino, 2022.

⁷ Il *continuum* tra emozione e cognizione è delineato in D. BARRETT, H. RATNER, *The Organisation and Integration of Cognition and Emotion in Development*, in *Journal of Experimental Child Psychology*, 63, 3, 1997. In un'ottica allineata all'idea della *cogmotion*, risulta assai interessante la prospettiva di studiare la storia attraverso le emozioni. Per uno studio sulla rivoluzione francese così improntato, e suggerendo che un simile metodo potrebbe essere applicato anche alla storia del diritto, si veda W. REDDY, *The Navigation of Feeling: A Framework for the History of Emotions*, Cambridge, 2001.

⁸ La dicotomia è ben indagata, sul piano sia storico sia filosofico, in J. PLAMPER, *Storia delle emozioni*, Bologna, 2018.

⁹ F. PUPPO, S. TOMASI, *Sulle 'radici del diritto', verso una sua fondazione retorica*, in *Etica & Politica Ethics & Politics* XXV, 1, 2023, 157.

tamente della persuasione, entro un agone come quello del giudizio, nel prosieguo dell'articolo si vuole utilizzare l'emozione come chiave di analisi percettiva del fenomeno giuridico in un senso primariamente pedagogico.

Di qui si diparte la strada che provo a suggerire per l'azione clinico-legale, che è composta da ricerca, didattica e terza missione: quella che conduce a una sorta di "sentimento del diritto", con cui intendo sia il fatto che il diritto è impastato con il sentimento, sia che esso influisce sul sentimento e sia che il sentimento comporta, almeno in una sua specifica manifestazione, qualcosa di intrinsecamente giuridico.

3. *Elementi clinico-legali di metodo*

La valutazione "sentimentale", in alcune delle esperienze clinico-legali cui farò riferimento, è resa più complicata dalla cosiddetta interculturalità¹⁰, un tema su cui sorvolero se non per notare che le modalità con cui si crea nuovo diritto, a partire da una prospettiva appunto "inter" e non di mera assimilazione o integrazione, si muove anche su una linea di problematica condivisione emotiva, caratterizzata dalla sinestesia, ossia dal co-sentire. La specificità delle esperienze clinico-legali interculturali riguarda sia la creazione di diritto in senso stretto, sia, attorno a essa e non disgiunta da essa, un *mutamento* dei rapporti tra gli attori che si muovono entro le fenomeniche gius-generative prese in conto: nel lavoro clinico legale si tratta specificamente dei rapporti tra clienti e studenti.

Un altro punto fondamentale per la ricerca del sentimento "giuridico" riguarda la terzietà (concetto che bisognerà definire), la cui pregnanza invita a rimodulare lo spirito rivendicativo, spesso peraltro sacrosanto, tipico delle esperienze cliniche. Anche della terzietà si cercherà di individuare, almeno impressionisticamente, una possibile configurazione sentimentale.

¹⁰ Cfr. sul rapporto diritto-interculturalità, M. RICCA, *Intercultural spaces of law: translating invisibilities*, Cham, 2023.

Il tratto metodologico ulteriore, comune alle esperienze di cui dirò, è il rapporto tra cliniche legali (nonché un'altra esperienza immersiva) e *humanities*: proprio questo rapporto si rivelerà utile al fine di costruire una cultura giuridica sentimentale, e militante, della terzietà.

A partire da alcune considerazioni umanistiche e in particolar modo letterarie, infatti, si tenterà di sottolineare la complessità euristica che può scaturire dal sentimento: affrontare in modo non riduzionistico questa complessità dovrebbe condurre a una nozione di “terzietà” incentrata su un modo “istituzionalistico” di “sentire” il diritto.

Comincio dunque con le *humanities*, e in particolare con la letteratura.

4. Letteratura. Proemi e digressioni

Voglio sostenere, con un'ispirazione deleuziana¹¹, che ogni discorso è già iniziato.

Siamo, così, sempre nel mezzo, o ci troviamo in un rizoma, una struttura metodologicamente contrapposta a quella dell'albero, dal momento che, trovandosi sprovvista di un inizio e di una fine, essa comincia perpetuamente “dal centro”.

Se la filosofia, secondo Agamben, impara dal ruolo che il proemio svolge nella letteratura come il discorso sia, in generale, sempre già iniziato¹², qui vorrei suggerire che il proemio è al contempo qualcosa che indefinitamente “rimane”.

Secondo la suggestione proposta, il proemio in un certo senso non finisce mai, e questa mancata fine si collega bene alla nostra ispirazione umanistica, che utilizza le *humanities* e in particolare la letteratura per intendere pedagogicamente il diritto.

¹¹ L'idea che il discorso sia sempre già iniziato è tematizzata in G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Mille piani. Capitalismo e Schizofrenia*, Roma, 2003, libro che, costruito per piani e non per capitoli, mostra nella sua stessa struttura un inizio “mancato” e un procedere *in medias res*.

¹² G. AGAMBEN, *Che cos'è la filosofia?*, Macerata, 2016, 127-8; il rapporto tra proemio e filosofia del diritto in un senso agambeniano è affrontato in G.L. BELTRAMO, *Mostrare il diritto. Problemi artistici ovvero didattici di Law and Humanities*, Milano, in corso di pubblicazione.

Si potrebbe dire, con un altro lessico, che la letteratura è spesso un profluvio di digressioni. Pensando agli albori del romanzo, si consideri *Tristram Shandy*, in cui il protagonista impiega duecento pagine a nascere, ma quello che accade prima della sua nascita conta eccome. Come sostiene Rastello¹³, la mossa dilatoria di Lawrence Sterne è proprio di natura digressiva e indica come nella narrazione romanzesca non si faccia che passare da una digressione all'altra. Ciò tuttavia avveniva anche prima del romanzo, se si pensa, per esempio, alle aggiunte oltremodo digressive che Ariosto incasellava nell'*Orlando Furioso*.

Tornando più indietro ancora di Ariosto, qualcosa di simile accade con Chrétien de Troyes, del quale Deleuze tratta in modo molto divertente nel corso di un ciclo di lezioni tenute a Vincennes¹⁴. Il filosofo si concentra in particolare sui personaggi del poema cavalleresco, che definisce cavalieri catatonici e cui ascrive una natura rizomatica, di tipo kafkiano o beckettiano, consistente nel vagare senza meta, secondo linee di fuga imprevedibili. Questi cavalieri, che si muovono semi-addormentati sui propri cavalli, indossano pesanti armature, dimenticano i propri nomi, si sfidano a duello senza motivo, risultano per Deleuze moderni o postmoderni e allora vanno inquadrati in un modo antistoricistico.

Personaggi di questo tipo, in effetti, sono rintracciabili in ogni fase della storia della letteratura e, dunque, sempre seguendo la critica deleuziana alla teoria letteraria, costituiscono un elemento trans-storico, che concerne l'immagine del pensiero ricavabile dalla letteratura: qui sono tentato di definirla come immagine della digressione interminabile, o del super-proemio: in effetti, volendo pensare non da critici letterari ma in modo radicalmente filosofico, si potrebbe inquadrare la digressione come un lungo proemio o, al contrario, intendere il proemio come una digressione inaugurale.

Di là dell'analisi sulla consistenza storico (e teorico)-letteraria del discorso, mi pare che per la nostra metodologia *law and humanities*

¹³ L. RASTELLO, *Dopodomani non ci sarà. Sull'esperienza delle cose ultime*, Milano, 2018.

¹⁴ Lo stralcio di lezione cui faccio specifico riferimento è reperibile su *youtube*. Cfr. https://www.youtube.com/watch?v=IdM0sytg_RI.

questa saggezza umanistica sia preziosa: essa aiuta a ricordarsi di quanto la deviazione sia vitale, la sosta necessaria.

Riflettere sul proemio, abitare la digressione significa infatti imparare che non si sta perdendo tempo, o meglio che lo si perde in un modo creativo e, come proverò a sostenere, utile a custodire o cogliere una certa complessità.

In un senso non solo di *law as humanities*, ma, rovesciando i termini, di *humanities as law*¹⁵, si tratta con questi movimenti di esplorare lo sfondo umanistico del diritto: di questo sfondo occorre poi apprezzare la valenza giuridica, o gius-generativa, e in qualche senso istituyente. Occorre qui essere disposti a deviazioni imprevedibili: come si vedrà nel seguito, proprio una simile disposizione d'animo schiude alla valenza didattica del discorso umanistico. Quest'ultima diviene significativa, più precisamente, se si smette di pensare alle *humanities* in un senso culturale o dotto, ma, conferendo loro il giusto peso, se ne valutano propriamente gli effetti.

Un problema collegato consiste nel non trascurare il limite del linguaggio filosofico appena evocato o, in uno scenario posto su un piano diverso ma affine, quello della teoria pura, concettuale, del diritto: non trascurare questo limite significa al contrario farne un trampolino per operazioni altrimenti impensabili.

Pensando a Mario Perniola, un autore a sua volta rizomatico, la filosofia si trova "in mezzo", e anzi è una specie via di mezzo:

Si è dimenticato che la filosofia è qualcosa di intermedio tra la letteratura e la scienza, che essa intrattiene un rapporto di coappartenenza essenziale con la lingua in cui è scritta e implica una conoscenza dell'intera storia di questo sapere dai greci a oggi¹⁶.

Il suo linguaggio impone allora una sorta di persistenza del proemio (ecco la letteratura), armati del quale si può avvicinare il discorso scientifico: a proposito della necessità di tenere *mythos* e *logos* assieme, e cioè non dimenticandosi del primo una volta arrivati nel campo del se-

¹⁵ Cfr. A. CAMPO, *Da Deleuze all'eteronimia*, 2 voll., Milano, 2021 e 2022.

¹⁶ M. PERNIOLA, *Introduzione – L'estetica e il problema degli opposti*, in *Agalma*, 18, 2009.

condo, viene in mente un *Proemio* in senso stretto, quello al *Poema sulla natura* di Parmenide¹⁷, con cui si mostra come la “via” venga prima poeticamente e poi filosoficamente.

Si può spingere in là discorso e sostenere che un proemio persistente costituisca un invito a non dimenticare ciò che “viene prima”, mentre la digressione suggerisca una valorizzazione di quanto avviene attorno al nucleo concettuale, o “scientifico”, che si vuol esplorare.

Pensando didatticamente, e secondo un’ulteriore immagine del pensiero (giuridico) fornita dalla letteratura, queste suggestioni inducono quasi a pensare che ai due estremi della nota dicotomia bobbiana¹⁸ si potrebbe aggiungere una sorta di “filosofia del diritto dei letterati”, con cui indicare, anche *en philosophe*, che è sempre necessario svolgere un lavoro non solo puro o iper-concettuale e dunque cognitivo, ma accettare la fatica di un’opera “impura”, quindi affettiva: nelle proposte pedagogiche che si sviluppano a partire da una simile concezione anfibia occorrerà considerare anche il corpo del discente, la musica da cui è circondato, le immagini che lo avvolgono.

Entro la metafora umanistica proposta, tutto ciò significherà vagliare ciò che esiste oltre il testo e lo sorregge, dunque imparare a perdere tempo in modo creativo, con digressioni o proemi da abitare insieme.

5. Esperienze pratiche

5.1. Pedagogia della protezione internazionale (richiedenti asilo, funzionari, ricercatore)

Le riflessioni che seguono derivano da una mia esperienza di ricerca, che consiste anche in una didattica implicita, nella quale ho svolto la parte del discente.

¹⁷ PARMENIDE, *Poema sulla natura. I frammenti e le testimonianze indirette*, Milano, 2003.

¹⁸ Mi riferisco a quella istituita tra filosofia del diritto dei filosofi e dei giuristi, contenuta in N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1964.

Ho lavorato con la Commissione Territoriale e con la Corte d'Appello di Napoli entro il progetto clinico *Appclin*¹⁹ sulla protezione internazionale.

Seguendo audizioni e riunioni collegiali nel primo caso, udienze con relativi ascolti dei richiedenti asilo nel secondo, ho svolto un lavoro di ricerca per studiare i racconti di questi ultimi, e in particolare le modalità narrative con cui emerge o meno la loro credibilità.

Non entro nel merito del lavoro, se non per sottolineare quanto qui mi pare significativo, ossia che l'alluvione di narrazioni ha determinato per me un effetto ulteriore rispetto a quello previsto dalla ricerca: ascoltando i richiedenti asilo, intervistandoli a margine delle audizioni, ma anche discutendo con i funzionari e i giudici (ecco un altro "margine" che sta fuori dalla ricerca, ma rileva), sono emersi elementi che hanno allargato la comprensione del fenomeno analizzato, facendomi in un certo senso segno²⁰ e obbligandomi a un'autoriflessione (di cui ho raccolto alcune impressioni quasi auto-etnografiche)²¹ incentrata sull'interazione con le istituzioni.

Se le narrazioni incrociate, suggerendo valutazioni ulteriori rispetto a quelle su credibilità e coerenza, impattano sullo studioso, anche tramite quel che si situa al di là delle parole, esiste un "tutto", in una certa misura politico, dell'esperienza: questo "tutto" invita a divenire parte, per quanto marginale, del coacervo di storie che prendono forma dentro l'istituzione e a volte risultano quasi capaci di una forza "istituente"²²: ecco il punto umanistico-pedagogico che voglio sottolineare.

¹⁹ Il progetto *Un approccio clinico e narrativo per supportare i richiedenti asilo nelle procedure per il riconoscimento della protezione internazionale*, incardinato presso l'Università di Napoli Federico II e del quale è stata responsabile la prof.ssa Flora Di Donato.

²⁰ Sull'idea di un apprendimento fondato sulla reazione a quanto ci sorprende, facendoci segno, si veda G. DELEUZE, *Marcel Proust e i segni*, Torino, 1967.

²¹ Per queste impressioni etnografiche, rinvio ad A. CAMPO, *La vulnerabilità tra disabilità e protezione internazionale. Alcune ipotesi sul ruolo relazionale delle emozioni nelle istituzioni*, in *Tcrs*, 2023.

²² Sul concetto di narrazione istituyente dei richiedenti asilo rinvio ad A. CAMPO, *Casi di richiedenti asilo. Tra istituzionalismo narrativo e pedagogia clinica*, in *Ragion Pratica*, 1, 2023.

Mi pare che la frequentazione di un'istituzione ai fini di un suo studio (qualunque esso sia) suggerisca e quasi imponga una sensibilità digressiva, e cioè una disposizione anche emozionale a lasciarsi catturare, ed eventualmente modificare, dal contesto abitato, dalle sue urgenze, dai suoi meandri metaforici e non.

Il nodo consiste nell'imparare "con"²³, ma direi anche "da" e "attorno", secondo un movimento che cambia chi apprende, inducendolo per esempio a pensare e soprattutto sentire il diritto in modo un po' modificato rispetto a quello precedente il suo ingresso nell'istituzione.

Non voglio così suggerire l'opportunità di sciogliersi nel contesto, o quella opposta consistente nel rifiutarlo *tout court*, ma piuttosto di diventare capaci di apprezzarne la complessità "istituzionale", provando a cogliere, almeno parzialmente, le emozioni anche contraddittorie che ribollono al suo interno e farsene contaminare, di modo che, usciti dal contesto, si sia un po' diversi da come ci si era entrati (e magari diverso, in un modo ancora più impercettibile, sia diventato il contesto stesso).

5.2. *Pedagogia dell'insediamento (apolidi e studenti)*

Qui discuto di due tesi di laurea, che mi paiono quasi mappe allestite per orientarsi in territori di difficile cartografia.

La prima²⁴ è il precipitato di un lavoro clinico-legale sull'apolidia e svolto negli insediamenti rom di Scampia e Giugliano, entro la *Formazione Clinico-Legale* tenuta dalla prof.ssa Di Donato²⁵, che è anche la relatrice della tesi: qui il punto digressivo e vettore di complessità è consistito nell'apprendere (dunque vedere, sentire e interagire con per-

²³ L'idea di "pensare con" a livello antropologico e filosofico è fissata in E.V. DE CASTRO, *Metafisiche cannibali. Elementi di antropologia post-strutturale*, Verona, 2017; nell'educazione clinico-legale, sul lavoro "con" i clienti, si veda F. DI DONATO, *La clinique juridique comme espace de participation et de médiation*, in *The Windsor Yearbook of access to justice*, 2024, 5-19.

²⁴ La tesi, realizzata da Emanuela Ippolito, si intitola "Apolidia: lacune, tutele e sfide nel sistema giuridico italiano e spagnolo".

²⁵ La *Formazione clinico-legale* è tenuta dalla prof.ssa Di Donato presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II.

sone caratterizzate da peculiarità, problemi e notevoli diffidenze) in un ambiente caotico quanto stimolante quale l'insediamento.

L'obiettivo dell'azione clinico-legale, di cui si dà conto nella tesi, consiste nel favorire l'ottenimento, per chi ne abbia diritto, dello *status* di apolidia o della cittadinanza. Il punto qui sottolineato è che *intorno* all'obiettivo c'è un interessante lavoro da osservare: si tratta di quello con cui si fa propria la "situazione", la si traduce in una mappa mentale ed emotiva, infine la si usa come metafora della comprensione e della tensione trasformativa che investe il territorio nel suo complesso.

La mappa non può in questi casi essere, come peraltro accade nel racconto di Borges²⁶, un calco del territorio, ma va piuttosto modulata come immagine del luogo – in questo caso l'insediamento rom – in cui non sia sottaciuto il ruolo del giurista (in questo caso clinico), con i suoi pregiudizi e le sue proiezioni.

Il *lawscape*²⁷ riguarda dunque *in primis* il "campo" e la sinestesia consiste non solo nella ricerca di un sentire comune tra gli studenti clinici e gli apolidi rom al fine di una mutua, reciproca pedagogia dei diritti (il co-sentire aristotelico già evocato), ma si atteggia anche a gioco di sensi che trascolorano negli altri²⁸, e a dinamica in cui ascolto e olfatto si compenetrano nella complessità fenomenologica dell'ambiente. Perdendo tempo creativamente entro queste sinestesie pedagogico-giuridiche, si perviene a un incremento della complessità, anche di tipo emotivo: l'incremento consiste, per esempio, nell'apprendere a valutare oltre i pregiudizi – ma anche superando un'empatia semplificatrice della complessità – la situazione che si affronta e le persone che vi sono immerse.

Nella faticosa opera di trasmissione di una cultura dei diritti (e quindi, per esempio, nello spiegare a persone apolidi, le quali hanno vissuto nell'insediamento tutta la vita, se e a quali condizioni siano titolari del

²⁶ J.L. BORGES, *Del rigore della scienza*, in ID., *Tutte le opere*, Milano, 1984, 1253.

²⁷ A. PHILIPPOPOULOS-MIHALOPOULOS, *Spatial Justice. Body, Lawscape, Atmosphere*, London, 2015. Sul tema, si veda V. NITRATO IZZO, *Dimensioni giuridiche della giustizia spaziale: problemi teorici e opportunità applicative*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2023, 29-32.

²⁸ P. BRANCO, V. NITRATO IZZO, *Intersections in Law, Culture and the Humanities*, in *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 112, 2017, 51-52.

diritto alla cittadinanza, nonché quali impensabili *iter* burocratici servano per rendere effettivo il diritto), occorre comprendere come agire proficuamente e non paternalisticamente; si devono approntare modalità di approccio adatte alla situazione (esercitandosi, per esempio, a guadagnare fiducia, un po' come fa il documentarista prima di cominciare le riprese), senza dimenticare che l'interazione in cui ci si immerge muta non solo i destinatari dell'azione clinico-legale, ma anche chi la esercita. Cogliere questo spazio *between*²⁹, abitando "il mezzo" delle due e più parti significa (come si vedrà) orientarsi verso un'idea di terzietà, alla ricerca di un posizionamento, e di un *feeling*, collocati tra i punti posti dalle componenti che formano il fenomeno (lo stesso vale, nell'esempio precedente, qualora ci si muova in un'istituzione in senso stretto come la Commissione Territoriale).

Chiaramente, ciascuno può rigettare l'istituzione *tout court* o trovare punti ulteriori rispetto a quelli messi in campo dagli attori, e di conseguenza cercare una terzietà differente, modificando gli estremi che la definiscono: il dato ineludibile è che qualunque posizionamento deve tuttavia tenere conto del contesto.

La questione già evocata dell'intercultura, inoltre, mostra il rischio implicato nel veicolare una terzietà coatta o sottile, e cioè di imporre in modo forzoso o strisciante la propria visuale agli altri. Se, con questo ragionamento, si avvicinano temi ponderosi, rischiando di avvilupparsi in paradossi che non finiscono mai, vorrei, nel tralasciarli, enfatizzare che il dato didattico saliente emerge *proprio* nelle pieghe di questi temi (o meglio nelle esperienze cui essi sono collegati): si tratta, quasi banalmente, della necessità, per studenti e docenti, di "stare lì" (in questo caso l'insediamento) per un tempo significativo e interrogandosi a livello anche emotivo su quanto sta capitando.

Se si desidera elaborare *con* gli apolidi dell'insediamento (in questo caso) una pedagogia dei diritti all'altezza della sfida, lo studente, come

²⁹ Con la parola *between*, oltre a indicare il *proprium* dell'azione filosofica entro la proposta Perniola (che, su questa nozione, muove dal pensiero sviluppato da H.J. SILVERMAN, *Textualities: Between Hermeneutics and Deconstruction*, New York, 1994), faccio riferimento a un'idea di "mezzo" che si produce tra le varie posizioni narrative nel contesto dialogico, così come tematizzato da C. DAIUTE, *Narrative Inquiry: A Dynamic Approach*, New York, 2014.

la tesista citata, deve essere toccato e modificato dalla situazione, nonché al contempo farsi capace di esplorare il sentimento della complessità implicata nella “situazione” stessa: senza la ricerca sentimentale un, pur mobile, posizionamento “terzo” pare impossibile.

Il simile, ambizioso, obiettivo appena inquadrato si persegue allora non dimenticando il proemio perpetuo o inclinando alla digressione: si tratta, in tal senso, anche di vagare per il campo, muovendosi per capire che molti degli elementi i quali non entreranno ufficialmente nella tesi o nell’atto giuridico da stilare fanno parte dell’“istituzione” che ci cambia e che noi contribuiamo a cambiare.

5.3. Pedagogia giuridico-politica nella rotta balcanica (migranti, associazioni, studenti)

Mi soffermo ora su di un’altra tesi di laurea, svolta presso l’Università di Torino, riguardante il Diritto dell’Unione europea e avente ad oggetto in particolare la rotta balcanica³⁰: in questo lavoro, la tesista, oltre a svolgere il tradizionale lavoro di ricerca sui testi, si è recata in Croazia, Slovenia e Bosnia al fine di realizzare un documentario³¹ sui migranti colti nel tentativo di varcare la frontiera ed entrare nell’UE, assistiti da associazioni di volontari. Se l’elemento innovativo del lavoro qui consiste in un documentario inteso non come orpello, ma a mo’ di parte integrante della tesi di laurea, bisogna osservare che un’altra volta siamo davanti a una mappa nella quale emerge fatalmente il ruolo di osservatrice-modificatrice svolto dalla tesista: c’è da rilevare ancora, e più specificamente, la gravidanza del parallelo tra documentarista e

³⁰ La tesi di Clara Trimarchi, discussa presso l’Università di Torino, di cui sono stati relatori i proff. Stefano Montaldo e Paolo Heritier, si intitola “L’Europa di fronte alla sfida migratoria: un’analisi delle politiche respingenti e del loro impatto sui diritti umani dei richiedenti asilo lungo la rotta balcanica. Riflessioni a partire dalla realizzazione del documentario *Tukaj Smo!*”.

³¹ Si tratta di *Tukaj Smo*, concepito dalla regista Clara Trimarchi come parte integrante del suo lavoro di tesi magistrale in Giurisprudenza (secondo un’idea metodologica di *film as law*) e realizzato in concerto con altri studenti, tra cui soprattutto Silvestro Pizzati e Lina Mhilli.

giurista, laddove entrambi inevitabilmente adottano una prospettiva e cambiano quanto osservano, modificandosi essi stessi lungo il processo.

Vorrei ora brevemente evocare proprio il “processo”, ossia il viaggio intrapreso, con tutto ciò che è rimasto fuori dallo sguardo della telecamera (quasi come un fuori-campo dell’esperienza): si tratta di una miriade di incontri con persone, migranti e membri di associazioni, tenutisi in paesi diversi e proseguiti a lavoro terminato. A integrare la già ricca esperienza, rileva anche quanto è venuto dopo (e quasi si tratta di un altro viaggio), ossia la lunga fase di raccolta e selezione delle immagini, e poi di “rendering” dei filmati, il tempo dedicato alla costruzione della storia, al montaggio, all’inserimento delle musiche, ai necessari quanto sofferti tagli.

Mi pare assai significativo che tutto questo lavoro sia stato svolto *con* altri studenti, provenienti da diversi dipartimenti, e quindi portatori di competenze e sensibilità eterogenee: si può quasi sostenere che, intorno alla ricerca-creazione di cui sto parlando, sia sorta una comunità universitaria di segno specifico.

Nel caso che stiamo analizzando, la digressione consiste nei molti rapporti intrattenuti, nell’“attorno” del lavoro propriamente inteso, nei discorsi, accesi e intensi, tra colleghi che si interrogano a vicenda sul diritto, attraverso le scelte interpretative che devono essere compiute montando o traducendo, secondo una compartecipazione “giuridica” anche emozionale.

I modi con cui si percepisce e prova a cambiare il diritto relativo alla migrazione (e prima all’apolidia), quelli con cui le emozioni emergono in contesti specifici, tra tesiste, altri studenti e migranti o abitanti dell’insediamento – entro il rapporto tra complessità e terzietà – è qualcosa di saggiabile solo laddove le persone coinvolte siano disposte ad andare un po’ in giro, perdendo tempo nelle istituzioni che studiano, scoprendosi capaci di cambiare quasi senza accorgersene.

6. Un'immersione cinematografica e comunitaria

Nel lavoro “immersivo” svolto a Cannes con la *Summer School in Law and Humanities*³², è stata utilizzata come oggetto didattico la caverna degli speleologi di Lon Fuller³³, un famoso caso di finzione della filosofia del diritto americana con cui gli studenti si esercitano sull'interpretazione giuridica: la riflessione, nel racconto fulleriano, concerne le diverse teorie espresse dai cinque giudici chiamati a decidere su un gruppo di esploratori che, in una situazione di necessità e dopo un accordo interno, pratica un atto di cannibalismo ai danni di uno membro dello stesso gruppo.

Alla caverna di Fuller, nella sperimentazione didattica della *Summer School*, è stata associata quella platonica, utile a discutere dei radicali temi filosofici soggiacenti al caso, e quella del metaverso, in cui ci troviamo via via più immersi: in riferimento a quest'ultima, sono state in particolare sfruttate le potenzialità offerte dal cinema *VR*, inducendo gli studenti a immedesimarsi nel ruolo degli speleologi, e non solo in quello dei giudici, e dunque a scrivere e interpretare un cortometraggio³⁴.

Esperita l'immedesimazione, e vissuta un'esperienza pedagogica totalizzante (fatta di condivisione, musica, corpi e immagini), pare che qualcosa sia cambiato: il modo in cui si ricomincia a fare i giudici dopo aver giocato la parte degli speleologi diviene in effetti più avveduto e complesso, come se si fosse verificato un mutamento di tono ermeneutico.

³² La *Summer School in Law and Humanities*, tenutasi nel periodo 10-22 luglio 2023, svolta con l'Università del Piemonte Orientale, l'Università Italo-Francese, l'Università di Torino, l'Université Côte d'Azur, tenutasi presso il Campus *Georges Méliès*, è stata organizzata e diretta da Paolo Heritier. Il sottoscritto ha collaborato alle attività didattiche.

³³ L. FULLER, *Il caso degli speleologi di Lon L. Fuller e alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia* (1949), a cura di A. Porciello, Soveria Mannelli, 2012.

³⁴ Mi riferisco, in particolare, al cortometraggio intitolato *Dans la Grotte*, diretto da Gianluca Abbate e Angelo Cretella, avente come attori gli studenti della citata *Summer School* di Cannes. Esso è stato presentato in anteprima al *MIA* di Roma a Palazzo Barberini tra il 14 e il 18 ottobre del 2024 e ha poi vinto il premio come miglior film *VR* presso la rassegna marchigiana *Corto Dorico*.

Seppure in questo caso non trattiamo vicende e persone vere, come accadeva negli esempi precedenti, ma siamo collocati in una situazione di finzione, il dato pedagogico relativo a una trasformazione non solo cognitiva, ma anche emozionale è di nuovo significativo: la forza della letteratura induce a saggiare in modo particolarmente profondo le storie, come invitando a entrarci dentro.

In effetti, abbiamo riflettuto sul fatto che solo uno degli speleologi, Whetmore, viene chiamato per nome ed è proprio colui il quale propone di optare per l'antropofagia, si tira indietro al momento del tiro dei dadi e infine viene sorteggiato come vittima e divorato.

L'approfondimento narrativo sollecita i discenti come interpreti e più in generale come giuristi. Esso mostra in che modo la letteratura, ossia i dispositivi narrativi e le esistenze che attraverso questi prendono forma, si agitano dietro le questioni teoriche del diritto, in un senso che sfugge a un accostamento concettualista. La forza del *medium* cinematografico, invece, permette di abitare l'ambiente e immergervi, esorbendo l'astrattezza che tende a caratterizzare ogni ottica meramente teorica.

Letteratura e cinema, inoltre, favoriscono un incontro didattico segnato dal persistere del proemio, per così dire, affettivo e cognitivo, entro il quale si sviluppa un utilizzo della tecnologia a impronta umanistica. La digressione si rivela, nelle esperienze delle *Summer Schools*, qualcosa di ulteriore rispetto al pur importantissimo apprendimento relativo alla costruzione e all'interpretazione delle storie che sorreggono i casi giuridici: essa consiste anche nel dibattito interminabile che anima la comunità formata "nella situazione", in cui si discute incessantemente, portando la ricerca-creazione anche oltre i confini immaginati dall'azione pedagogica.

C'è dunque una valenza creativa e di condivisione difficile da catturare in questa didattica immersiva, che palesa una natura proemiale o digressiva: qui un punto ricavabile è di ispirazione strettamente letteraria, e specificamente ariostesca, dal momento che la mappa-ambiente che si abita insieme in queste esperienze viene costruita per aggiunte, generando una sorta di *entrelacement*, ossia un incastro narrativo con effetti avvolgenti.

In effetti, in una *Summer School* come quella descritta e nel cinema *VR* che ne costituisce il metodo di lavoro e la metonimia, il centro non è sempre facile da scovare, tanto che lo sguardo può essere diretto verso orizzonti (e a partire da punti) differenti: ciò peraltro induce a chiedersi se, nella dialettica che anima l'immersione didattica e il cinema *VR*, prevalga il tratto centripeto o quello centrifugo.

Se è naturalmente difficile che si trovi una risposta definitiva alla domanda appena posta (servirebbe forse un'antropologia su cui si concorda), pare in ogni caso interessante il metodo di lavoro con cui, anche implicitamente, la si abita: si tratta di un metodo in cui ognuno si muove a partire dalla posizione dell'altro, senza troppo timore di attardarsi nel proemio o di perdersi tra le digressioni, e sempre alla ricerca di qualcosa che risuoni e che indichi la via.

Grazie alla sollecitazione altrui – ecco l'idea epistemologica che guida queste riflessioni – ciascuno comprende meglio il proprio punto di vista, e ciò vale ancora in un senso affettivo: sentire, e non solo capire, l'altro favorisce mutue contaminazioni, le quali sono necessarie per trovare i luoghi comuni della situazione³⁵.

Anche questa considerazione è, in effetti, molto letteraria: pensando all'interpretazione bachtiniana di Dostoevskij³⁶, ma proiettando il meccanismo sul lettore, si vede all'opera una sorta di "polipatia", ossia un sentire in molti modi, generata dalla polifonia che promana dal testo. Non si tratta in questo caso di una fenomenologia della lettura (o, volendo, di esercizio e fruizione del cinema, visto il lavoro svolto nella *Summer School*) incentrata sull'introflessione, e cioè su di un'esperienza quasi privata che riguarda una moltiplicazione dell'interiorità idiosincratica di ciascuno, ma piuttosto di un meccanismo caratterizzato dall'estroflessione: esso consiste in una coordinazione emozionale dalla

³⁵ P. DUMOUCHEL, *Emozioni. Saggio sul corpo e il sociale*, Napoli, 2008; P. DUMOUCHEL, L. DAMIANO, *Vivere con i robot. Saggio sull'empatia artificiale*, Milano, 2019; P. DUMOUCHEL, *Synthetic epistemology and ontology*, Milano, 2021; in riferimento al ritrovamento dei luoghi comuni come momento centrale della costruzione retorica processuale, cfr. M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014.

³⁶ Si veda, come opera inaugurale del concetto, M. BACHTIN, *Dostoevskij. Poetica e stilistica*, Torino, 2002.

valenza euristica, nella quale ciascuno si intende con l'altro in prima battuta affettivamente e al cui esito si genera una novità che riguarda tutti i partecipanti, terza rispetto alle loro posizioni iniziali.

Qui mi interessa il fatto per cui, nell'elaborazione di tesi creative e sperimentali elaborate in gruppo, o nelle esperienze di cinema *VR* svolte in contesti di prolungato *community learning*, vengano individuati *topoi*, ossia luoghi comuni costruiti *in situ*, magari non universalizzabili, ma cogenti per *quella* specifica comunità.

In ogni comunità formata localmente, sia essa una *Summer School*, una *Clinica Legale*, o un informale gruppo di studenti di varie facoltà che si trova per mesi al fine di costruire un documentario, ci si mette alla ricerca di questi luoghi comuni, e lo si fa a partire dagli *entrelacement* che la creatività all'opera genera, favorendo il ritrovamento di punti di arrivo o di incontro non prestabiliti: una simile ricerca, naturalmente, implica l'uso didatticamente pregnante delle *humanities*, mediate o meno dalla tecnologia, nonché l'elaborazione, sempre *in progress*, di una delicata dialettica tra dominio dell'affettivo e dominio del cognitivo.

Questo lavoro pare necessario per (continuare a) pensare in un senso filosofico-giuridico pieno, e forse anche al fine di allenarsi a ragionare democraticamente: proprio la valenza giuridico-politica del discorso sin qui svolto deve allora essere chiarita, sempre riflettendo in un'ottica pedagogica improntata al rapporto tra emozioni e *humanities*.

7. Questioni sulla terzietà

Al cuore della pedagogia giuridica del sentimento esposta finora, bisogna collocare un ragionamento di tipo auto-riflessivo, che preveda un'interrogazione sul ruolo che ciascuno svolge in un dato contesto. Laddove ogni contesto viene inteso, secondo l'ottica adottata e in senso lato, come "istituzionale", si può di qui avvicinare il discorso sulla terzietà, fino a ora solo evocato.

Il trovarsi inevitabilmente in un rapporto personale con il territorio costituisce in effetti il *pathos* della mappa (anti)borgesiana, il quale risulta avversario del cinismo che caratterizza il tradizionale giurista anti-

empatico, ma anche avverso al riduzionismo *critical*, tipico dell'atteggiamento clinico-legale ingenuamente rivendicativo.

La terzietà è allora tematizzabile come esito di un incontro almeno potenzialmente gravido di conseguenze, alternativo a una mediazione al ribasso e sempre sviluppantesi in una "situazione" (come si notava in particolare nelle riflessioni sulla *Summer School*); essa è inoltre caratterizzata propriamente come disposizione d'animo che investe i partecipanti alla "situazione".

La terzietà, secondo quanto si sostiene, coglie il singolo ed è implicata dal fatto che la costituzione di ogni particolare mondo implica l'azione del mappatore in esso, ma non solo quella. Entro l'ottica pedagogica proposta, ciò riguarda, come si diceva, la presa in conto di sé stessi nell'istituzione: questa presa in conto è il modo con cui l'oggetto di studio viene trasformato nello scenario alla cui costruzione si contribuisce.

Nella mappa del campo rom, per esempio, ognuno trova sé stesso insieme ai propri pregiudizi, con cui è forzato a fare i conti; vi trova però, e qui c'è il secondo elemento rilevante, *anche* le altrui contraddizioni, che si trova a valutare nelle loro articolazioni.

Nella mappa della rotta balcanica, invece, si trova lo sguardo dell'osservatore, che determina inevitabilmente un'alterazione di ciò che osserva e, al contempo, un mutamento del proprio sguardo stesso: nel quadro di una pedagogia di *law and humanities*, la posizione dello studente mappatore presenta affinità con quella dell'artista³⁷ più che con quella dello scienziato.

Svolgendo il lavoro pedagogico e sentimentale che si suggerisce, occorre naturalmente considerare anche il diritto formalizzato, e nello specifico quello della protezione internazionale o dell'apolidia: bisogna, in sostanza, tenere conto degli ordinamenti giuridici, con le loro regole e procedure, sapendo che non si potranno trasformare attraverso un mero cambiamento dello sguardo con cui le si osserva (e anche questa consapevolezza è pedagogicamente rilevante).

Se si deve rimarcare che le commissioni territoriali, o i giudici, decidono entro cornici (più o meno) rigide, non bisogna nemmeno dimen-

³⁷ P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, Torino, 2001.

ticare che le decisioni dipendono da co-sentire comuni, che riguardano sia le questioni generali (le quali, nel giudizio retorico, sono riflesse nei *topoi* che lo informano), sia gli elementi affioranti nella verità puntuale di ciascuna situazione giudiziaria: occorre dunque disporre degli strumenti per scorgerne gli uni e gli altri.

Così, è certamente necessaria una pedagogia topologica, ma risulta altresì vitale che la stessa pedagogia sia attrezzata ad affrontare temi “politici”: l’ambizioso obiettivo consiste nel farsi capaci di concorrere a mutare i *topoi* stessi, laddove questi ultimi sono imperniati sui modi diffusi di “sentire” le grandi questioni giuridiche.

Se un simile obiettivo prevede di interrogare criticamente i temi giuridico-politici soggiacenti alle singole decisioni, nel perseguirlo serve la saggezza prima evocata: bisogna ricordarsi sempre che non si può cambiare “tutto” e inoltre tenere presente che nessuno è mai depositario dell’intera verità.

La ricerca di questa “saggezza della terzietà” (o almeno l’approssimarsi a essa) è un problematico, ma necessario, compito ascrivibile alla pedagogia proposta; gli strumenti mappatori, antropologici, documentaristici e cinematografici individuati risultano decisivi per condurre la ricerca stessa.

8. Il rapporto tra terzietà e pedagogia

In aggiunta a queste considerazioni, mi pare utile richiamare la teoria di Jean Robelin³⁸ sulla terzietà, che peraltro è già utilizzata da Heritier³⁹ in chiave filosofico-giuridica.

L’elemento saliente nella proposta del francese consiste in uno sdoppiamento, per cui si ravvisa una terzietà del “sì”, con cui si indica il luogo non accessibile e “inappropriabile” del fondamento, e quella dell’“io” o del “noi”, appannaggio potenziale di ciascun individuo o

³⁸ J. ROBELIN, *Pour une rhétorique de la raison*, Paris, 2006; ID., *La retorica giuridica come produzione politica del luogo del terzo*, in *Tcrs*, 2018.

³⁹ P. HERITIER, *Clinica legale della disabilità, terzietà e giustizia*, in *Questione Giustizia*, 2018; ID., *Provvedenza vichiana e metodo clinico legale della Terzietà*, in *Tcrs*, 2020.

gruppo, i quali non possono catturare la terzietà assoluta e imparziale, ma, comportandosi in un modo “terzo” da parte tra le parti, favoriscono l’incremento di terzietà.

Mi pare che anche questo discorso possa rilevare in un senso sentimentale: penso che apprendere che si può determinare un cambiamento del contesto tramite il “noi”, al fine di spostare la configurazione “politica” della terzietà complessiva, ma militare allo stesso tempo per la custodia del luogo “inappropriabile”, sia un apprendimento fondamentalmente affettivo.

Un’educazione giuridica sentimentale insegna che si possono cambiare le cose senza imporre la propria posizione, perseguendo gli obiettivi prefissati e al contempo tenendo conto che non sono gli unici. Si tratta forse di imparare e (imparare a) insegnare le modalità con cui in un certo senso la politica si dà nel diritto, che è il luogo elettivo dell’incrocio del “si” e del “noi”, spazio di custodia della terzietà: complicando un po’ il motto dei *critical legal studies*, si tratta di imparare a “sentire” che *law is politics, but it is more than politics*.

Il lavoro in questa direzione è, naturalmente, variegato oltre che difficile da identificare in modo analitico: esso certamente comprende l’imparare a tenere conto dei propri chiaroscuri (sentimento interno del “noi”), della complessità (sentimento relativo all’esterno, inteso come luogo del “si”) che la stessa istituzione contiene, e del “mezzo”, luogo in cui il coordinamento tra il “se-noi” e il “si” viene a determinarsi⁴⁰.

Anche di qui muove l’idea di un’educazione costruita in un senso *bottom up*, in cui il *doing* e il *caring* devono rapportarsi al *feeling*, secondo modalità attrezzate e autoriflessive, non solo “facitrici” o pater-

⁴⁰ Faccio qui riferimento al già richiamato coordinamento emozionale teorizzato da Dumouchel e alla tesi del punto fisso endogeno elaborata dall’epistemologo Dupuy, ponendole in relazione alla terzietà di Robelin. Si consideri, come scrive J.P. DUPUY, *De l’oeil du cyclone au point fixe endogène*, in M. ANSPACH, J.P. DUPUY, *Dans l’oeil du cyclone. Colloque de Cerisy*, Paris, 2009, 313, che: “un punto di riferimento che ciascuno prende per dato esteriore, intangibile, allorché tutti sanno che esso risulta dalla sinergia di ciascuno con questo stesso dato”. L’idea da cui muovo è che i punti fissi che si creano generino terzietà situate ed emotivamente connotate. Sulla rilevanza giuridica della nozione di punto fisso, si veda P. HERITIER, *L’antropologia giuridica e il problema del male*, Postfazione in J.P. DUPUY, *Avevamo dimenticato il male?*, Torino, 2010, 117-138.

naliste (occorre, nello specifico, evitare di condurre il *doing* e il *caring* senza interrogarsi sull'operazione che si sta compiendo). Senza questo rapporto stretto, pare si vada incontro a notevoli *débâcle* anche psicologiche: l'effetto emozionale della sconfitta, per quanto parziale, si traduce infatti nella sensazione di non potere fare più nulla, cui segue la tendenza a cullarsi in un senso di inanità, sedazione o cinismo.

Mi pare che per elaborare una consapevolezza, razionale ma sentimentale, occorra una pedagogia tesa a spiegare (e spiegarsi) come si possano adottare soluzioni ragionevoli senza cedere a una sorta di realismo deterioro che alimenta la logica del più forte: si tratta, con un'idea già evocata, di militare per l'edificazione di nuovi *topoi*, ritenendo che, tramite molti fallimenti, sia almeno in potenza realizzabile il ritrovamento, pur temporaneo, di nuove e migliori premesse al diritto che si vuole istituire in una data situazione o, in senso lato, di una comunità.

Se, cimentandosi in un'azione di questo tipo, da un lato occorre tenere conto della complessità, a volte anche tetragona, delle istituzioni in cui ci si muove, dall'altro bisogna sapere che all'interno di esse ognuno può scegliere liberamente (certo, a volte pagando costi salati) di agire in un certo modo.

Un altro sentimento giuridico inerente a questa terzietà istituzionale riguarda la consapevolezza non solo razionale, ma anche emotiva, del fatto che nel provare a cambiare "in piccolo" c'è anche spesso un "grande" il quale tende a ostacolare il "piccolo" stesso; la consapevolezza deve però, allo stesso tempo, essere quella di segno opposto: quella per cui il "piccolo" ha un suo ruolo invincibile, per quanto difficile tale ruolo sia da riconoscere (e in ogni caso da estendere).

L'ultimo dei "sentimenti" suggeriti attiene, invece, al piano epistemologico e riguarda l'edificazione, presso ciascuno, della pazienza nel vagliare i fatti e le fonti, oltre che nel valutare i modelli interpretativi: si tratta di nuovo di uno sforzo caratterizzato emozionalmente nel senso della complessità (che tutti noi dobbiamo provare a reggerle, senza farci schiacciare da essa).

Dal momento che si è sostenuto, in relazione a Robelin e non solo, la possibilità di divenire (più) capaci di esperire e coltivare un sentimento della terzietà, con cui, collocati in una data situazione, sentire di "esserci" e allo stesso tempo sentire che "ci sono anche gli altri" (inten-

dendo la terzietà sia come interna a ciascuno, sia come in rapporto costitutivo con l'alterità), in un modo tale da potere migliorare la situazione stessa, bisogna ora ammettere quanto sia marcata (e probabilmente non del tutto fondata, o direttamente utopistica) la speranza "pedagogica" enunciata.

Occorre allora precisare, a sé stessi *in primis*, che niente si può cambiare in un istante e che anzi spesso le possibilità educative sono in assoluto scarse, ciò per ragioni di tempo, di freni istituzionali e anche di possibile utilizzo improprio degli strumenti che via via si adottano.

Contrapporre al nozionismo, o a una cultura efficientista "del fare", il nostro mischiamento "giuridico" di *doing* e *feeling* rischia di condurre verso una educazione sentimentale oleografica, auto-rassicurante o *tout court* fasulla, e anche qui l'autocritica è in ogni momento necessaria.

Oltre all'auto-critica permanente, bisognerebbe allora, docenti e studenti insieme, organizzare didattiche immersive, e anche ricerche-creazioni, di lungo periodo, affinché almeno qualche cambiamento possa affiorare entro la fatica antropologica e comunitaria dell'incontro-scontro, peraltro subito soggetto (una volta finita l'esperienza) a essere fagocitato dal tran tran della vita di tutti i giorni.

L'esperienza di attività come quelle prima descritte suggerisce che l'impatto maggiore è sicuramente "a tempo", ma ci sono alcuni risultati sorprendenti anche sul lungo periodo.

Come è noto a livello biologico-evolutivo, le tendenze genetiche e l'ambiente in cui si vive nei primi anni, sommati alle tendenze "di specie", fanno di più di quanto si possa cambiare con una pratica educativa, per quanto essa sia di alto livello e comunitaria: si tratterebbe di una consapevolezza in parte anche positiva, laddove attenuasse la tentazione di imporre cambiamenti dall'alto, con un fare dirigistico ed eventualmente ideologico (si tratta, a onor del vero, di una tentazione che talora attraversa anche chi insegna mosso da nobili intenzioni).

Se, come si dice ultimamente, *nature is more than nurture*, bisogna però rilevare che sussiste sempre uno spazio residuo, magari minimale, per un cambiamento significativo – sia detto ciò senza nemmeno convocare la recente rivincita epigenetica di Lamarck, in forza della quale la cultura comincia a ritenersi "naturalizzabile", certo entro tempi piut-

tosto distesi⁴¹: si tratta dello spazio in cui ciascuno si rende conto che l'inespresso o l'inatteso sta emergendo.

Può trattarsi di un qualcosa che non si sapeva di contenere ed è affiorato per via della sollecitazione altrui o addirittura costituire un *novum* integrale, risultante della dinamica reciprocante del *between*, quella che si sviluppa davvero *con* gli altri.

9. Conclusioni

Delle *humanities* mi sembra sempre più necessario un utilizzo non ideologico o esornativo, ma concreto e didattico, che punti alla complessità, ai suoi rapporti con la terzietà e infine con la democrazia: in tal senso occorre lavorare faticosamente e senza paura di deviazioni da cavalieri catatonici, sperando nel frattempo che qualcosa venga fuori.

La speranza si accompagna a un po' di fiducia, consistente nel credere alla possibilità di trovare un'emozione del diritto alternativa alle rassicurazioni che allontanano dalla realtà e alle semplificazioni tramite le quali ci si illude di coglierla nella sua interezza.

Farsi aderenti alla realtà significa però essere consapevoli di concorrere (con gli altri) a una sua trasformazione: ecco una sorta di "istituzionalismo esistenzialista", nient'altro che la volontà di abitare i luoghi (tra proemi e digressioni) in lungo e in largo, sapendo che si è parte e non parte unica di essi.

In conclusione, sottolineerei che la didattica immersiva qui testimoniata ha trovato, almeno temporaneamente, la sua emozione specifica nel sentimento, umanistico e complesso, della terzietà: questo sentimento sembra suggerire a ciascuno di adottare, con gli inevitabili fallimenti, una parte terza ma prospettica, incarnata e non di sorvolo, nel contesto (o istituzione) abitato.

Le pratiche e gli immaginari in cui "situazionalmente" affiora questo sentimento favoriscono la ricerca di luoghi comuni.

Per questa ricerca è necessario perdere tempo insieme.

⁴¹ Nella filosofia del diritto, l'epigenetica è tematizzata in L. COMINELLI, *Cognition of the Law. Toward a Cognitive Sociology of Law and Behavior*, Cham, 2018, 96-108.

IL DANTE ALIGHIERI DI THOMAS BERRY

IL SAPERE DELL'ECOGIURISPRUDENZA PER RICONOSCERE ADEGUATA SOGGETTIVITÀ AUTONOMA AL POTERE DEI DIRITTI DELLA NATURA

Fernando Bellelli

La finalità di questo contributo è quella di offrire per sommi e iniziali capi una breve riflessione descrittiva che *in primis* istruisce, costruisce e contribuisce a costruire un itinerario che si arricchisce di molteplici elementi e contributi, nell'alveo di quanto già prodotto e in corso di produzione in specifica materia (non solo di filosofia del diritto ma anche di filosofia politica), tra i vari enti, dalla *Rete dei Cenacoli Antonio Rosmini APS* e dal *Cenacolo Emiliano-Romagnolo Antonio Rosmini di Spei Lumen APS*, senza perdere di organicità, quanto piuttosto dipanandola e articolandola progressivamente.

Il titolo del presente contributo, pertanto, intende essere esplicativo di un'ermeneutica della presenza *dantesca* della letteratura (interculturale, religiosa e spirituale) nell'ecogiurisprudenza¹ del *The Great Work* di Thomas Berry², consistente nel passaggio dall'*Antropocene* all'*Era Ecozoica*, passaggio anche *giuridico* che costituisce, nel contempo, non soltanto una risorsa e una realtà – senza enfasi – inevitabile e problema-

¹ Per un'introduzione al tema cfr. P.D. BURDON, *A Theory of Earth Jurisprudence*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 37, 2012, 28-60; A. RAWSON, B. MANSFIELD, *Producing juridical knowledge: "Rights of Nature" or the naturalization of rights?*, in *Environment and Planning E: Nature and Space*, 1-2, 2018, 99-119; K. BIRRELL, D. MATTHEWS, *Re-storying Laws for the Anthropocene: Rights, Obligations and an Ethics of Encounter*, in *Law and Critique*, 31, 2020, 275-292.

² M.E. TUCKER, J. GRIMM, A. ANGYAL, *Thomas Berry. A Biography*, New York, 2019; T. BERRY, *The Great Work. Our Way into the Future*, New York, 1999; T. BERRY, B. SWIMME, *The Universe Story. From the Primordial Flaring Forth to the Ecozoic Era. A Celebration for the Unfolding of the Cosmos*, New York, 1992.

tica, ma anche una realtà, per certi versi, più che tragica e più che drammatica. Essa contiene il rischio del fallimento e, pertanto, il rischio di compromettere seriamente il senso del nostro futuro e della nostra sicurezza e il valore della possibilità della nostra convivenza cosmica, sociale e civile. È ciò che stiamo sperimentando non solo in Occidente, anche a causa degli efferati conflitti che si vivono, secondo l'espressione, coniata da papa Francesco, in questa "terza guerra mondiale a pezzi", sui quali l'incidenza delle implicazioni (pure economiche) del fattore ecologico non è per nulla da sottovalutare³.

L'articolazione di questo intervento può essere così sinteticamente espressa, nell'ottica della consapevolezza che il fattore della letteratura (religiosa) è un'importantissima risorsa: senza letteratura – e un'autentica intercultura a essa intrinsecamente connessa – non ci può essere una vera educazione ed ecopedagogia *giuridica* – capace anche di una democrazia in grado di interagire con il fattore religioso/spirituale in quanto elemento ermeneutico chiave e centrale dell'ecogiurisprudenza – bensì processi giuridico-sociali-cripto-idolatrici, che illudono che la comunità sociale e civile sia democratica, mentre ciò che viene impedito di esplicitare in pienezza, tramite la riduzione o la manipolazione del rapporto tra la letteratura, il filosofico e il religioso, è proprio l'esercizio pratico della libertà etico-formativa del soggetto-persona e di ogni soggetto-*non*-persona, nell'ottica dell'ecogiurisprudenza⁴. Ci troviamo

³ Con ogni probabilità il rapporto tra emergenza climatica e conflitti globali non è debitamente illustrato dalla comunicazione di massa, sia in senso sminuente sia in senso di indebito ingigantimento sia in senso strumentalizzante.

⁴ Il dibattito sull'ecogiurisprudenza, oltre che trovare spazio nella *Italian Society for Law and Literature* (ISLL), può a pieno titolo essere collocato anche all'interno della SIFD, segnatamente nelle attività di promozione e di ricerca sulla filosofia nella filosofia del diritto, che assumono anche una prospettiva di teologia (politica), un'angolazione possibile della quale è riscontrabile nel passo seguente: «L'idea di Dio è l'applicazione gnoseologico-metafisica della formulazione ontologico-metafisica delle prove tradizionali dell'esistenza di Dio, e si presenta come l'*ultimum* di ogni conoscenza, mentre la percezione previa è la condizione preliminare di ogni concettualizzazione. Mentre in Rahner queste due caratteristiche sono descritte, ma non correlate, Rosmini, tramite il sintesiismo, ne mostra il dinamismo che rende le tre forme dell'essere in insessione tra di loro. L'antropologia metafisica di Rosmini, pertanto, a discapito, per certi versi, di quella di Rahner (e, paradossalmente, per altri versi, come suo rinforzo), come

di fronte, nelle situazioni di fondamentalismo, a una manipolazione *letteraria* sia del religioso sia del mondo naturale, una manipolazione dell'elemento (metafisico del) religioso, che impedisce di educare e di esercitare i diritti della libertà del soggetto-persona e del soggetto-natura in quanto soggetto-*non*-persona⁵.

La libertà del soggetto-persona in quanto *homo homini homo*, infatti, ha una dimensione e una costitutività etico-normativa e giuridica originariamente connessa con l'ambiente e con il mondo naturale. Nel conflitto delle civiltà al tempo dell'*Antropocene* ci troviamo di fronte a una *narrativa* che corrisponde all'intenzione precisa di coniugare la manipolazione dell'antropologico (e del religioso) non soltanto con l'impedimento e/o il riduzionismo dell'esercizio della libertà ("spacciato", tra l'altro, come il suo contrario, cioè come inveramento dell'antropologi-

risposta a Fabro *ante litteram*, risulta essere filosoficamente compiuta e volta a sviluppare, a partire dal soggetto-persona, l'ontologia della *potentia oboedientialis*. Questa posizione speculativa è l'assunto teoretico fondamentale di quella che, con Pareyson, possiamo individuare come una filosofia della religione. L'affermazione in grado di mostrare la possibilità di una rivelazione orale è quella circa la trascendenza della conoscenza dell'essere in genere, che è necessariamente da tematizzarsi e costituisce essenzialmente l'uomo in quanto spirito. Affinché ci possa essere rivelazione l'uomo deve essere aperto, tramite il proprio *logos*-essere, a ricevere la comunicazione che di se stesso fa l'essere assoluto» (F. BELLELLI, *Etica originaria e assoluto affettivo. La coscienza e il superamento della modernità nella teologia filosofica di Antonio Rosmini*, Milano, 2014, 275). Tre sono gli autori, tra i possibili, mediante il confronto con i quali s'intende svolgere, in altra sede rispetto alla presente, una rilettura dell'esperienza ecogiurisdizionale in oggetto: G. Vattimo, J. Habermas e Q. Skinner.

⁵ È da ritenersi fecondo e proficuo il confronto tra Rosmini e Berry tramite Teilhard de Chardin, autore al quale Berry si è ispirato in maniera cospicua e proficua: a tal proposito cfr. F. BELLELLI, *Teodicea rosminiana del verum/factum e teoria dell'evoluzione in Teilhard de Chardin*, in *The Rosmini Society. Rosminianesimo filosofico International Journal*, 1-2, 2020, 451-471. Di e su Rosmini è centrale, nell'ottica del confronto con Berry, il tema della coscienza della persona in quanto diritto sussistente: «Il 'sintetismo nel sintetismo' ci permette di focalizzare (attraverso il dramma della purificazione, redenzione ed elevazione di affezione, inteliezione e volizione) la sensibilità della rivelazione nella coscienza credente che, accedendo all'evento della rivelazione, riconosce se stessa come compiuta nell'inoggettivazione propria dell'uomo, attraverso la quale la coscienza medesima è se stessa in quanto esteriorità di se stessa, riflessività propria del soggetto-persona umana, che è giudizio speculativo di un giudizio pratico» (Id., *Etica originaria e assoluto affettivo*, cit., 130).

co), ma anche con la distruzione sua e della possibilità del suo esercizio, anche mediante una più o meno consapevole sottovalutazione delle implicazioni su di essa delle sfide costituite dal misurarsi con il mondo naturale e gli effetti del cambiamento climatico (o quanto meno un inadeguato e non operoso confronto con essi), non senza le domande circa l'uso e lo sviluppo dell'intelligenza artificiale.

Sebbene non si possa dire a tutti gli effetti che Thomas Berry fosse un giurista in senso stretto, le sue idee hanno profondamente influenzato il pensiero giuridico ecologico contemporaneo, nella delineazione delle coordinate fondamentali dell'ecogiurisprudenza (o giurisprudenza ecologica) in quanto corrente del pensiero giuridico, non incompatibile con la prospettiva dell'*homo homini homo* di Paolo Heritier, che: a) riconosce i diritti intrinseci della natura (non solo quelli umani); b) promuove un cambiamento radicale delle fondamenta del diritto per includere l'ecologia come elemento essenziale; c) propone il superamento dell'antropocentrismo classico del diritto moderno mediante la costruzione, tramite *The Great Work*, dell'Era Ecozoica, imperniata sul concetto di "Earth Jurisprudence" (giurisprudenza della Terra), termine coniato da questo illustre pensatore americano, con il quale si riconosce e conseguentemente si propone che il diritto emerga dall'ordine del cosmo e non solo dalla volontà umana, e in tal senso debba anche essere normato in termini positivi dagli apparati legislativi.

La Terra, pertanto, è per Berry da considerarsi un soggetto di diritto, non un oggetto da sfruttare, e l'essere umano deve agire come membro responsabile della comunità terrestre, non come dominatore, bensì come custode. Asse portante della "Earth Jurisprudence" è che la Terra, in quanto espressiva di una soggettività propria dell'essere in quanto *affezione*, è la base primaria della legge, e qualsiasi sistema legale valido deve derivare dal modo in cui la Terra si esprime, funziona, si relaziona, si evolve e si autoregola: i diritti del mondo naturale risultano un *focus* che Berry ha individuato e con il quale ha anticipato e ispirato il movimento per i diritti della natura, oggi riflesso in Costituzioni (come quella dell'Ecuador) e in Trattati internazionali. Attraverso tale *focus* egli ha proposto che si riconosca a livello legislativo la realtà di fatto che gli ecosistemi abbiano ontologicamente e debbano avere riconosciuti anche positivamente diritti propri, come il diritto di esistere, pro-

sperare ed evolversi e che, di conseguenza, le leggi umane debbano armonizzarsi con i processi ecologici, non dominarli. L'influenza concreta del pensiero di Berry, anche in materia di ecogiurisprudenza, ha ispirato figure come Cormac Cullinan, che espande il concetto di giurisprudenza della Terra, il movimento internazionale Earth Law Center e la Carta della Terra e le Dichiarazioni dei Diritti della Madre Terra (cfr. ONU e Bolivia).

Thomas Berry ha trasformato il modo in cui possiamo concepire la legge: non più come strumento per dominare la natura (o quanto meno avulso da essa), ma come partecipazione etica e responsabile a un ordine vivente e soggettivo più grande, che precede e include il soggetto-persona. La sua "Earth Jurisprudence" è uno dei pilastri teorici dell'ecogiurisprudenza moderna, e continua a ispirare costituzionalisti, filosofi, ecologisti e giuristi.

Addentrandoci *in medias res* nel pensiero e nell'opera di Thomas Berry riporto di seguito la mia traduzione del suo decalogo relativo all'ecogiurisprudenza:

- 1) I diritti hanno origine laddove ha origine l'esistenza. Ciò che determina l'esistenza determina i diritti.
- 2) Non avendo ulteriore contesto di esistenza nell'ordine fenomenico, l'universo è autoreferenziale nel suo essere e autonormativo nelle sue attività. È anche il riferimento primario nell'essere e nelle attività di tutti i modi di essere derivati.
- 3) L'universo è composto da soggetti con cui comunicare, non principalmente da oggetti da utilizzare. In quanto soggetto, ogni componente dell'universo è capace di avere diritti.
- 4) Il mondo naturale sul pianeta Terra trae i suoi diritti dalla stessa fonte da cui gli esseri umani ottengono i loro diritti: dall'universo che li ha portati in esistenza.
- 5) Ogni componente della comunità terrestre, sia vivente che non vivente, ha tre diritti: il diritto di essere, il diritto all'habitat o a un posto dove essere, e il diritto di svolgere il proprio ruolo nei processi in continuo rinnovamento della comunità terrestre.
- 6) Tutti i diritti nella forma non vivente sono ruolo-specifici; i diritti nella forma vivente sono specie-specifici e limitati. I fiumi hanno i diritti dei fiumi. Gli uccelli hanno i diritti degli uccelli. Gli insetti hanno i diritti degli insetti. Gli esseri umani hanno diritti umani. La differenza nei diritti è qualitativa, non quantitativa. Il diritto di un insetto non avrebbe alcun valore per un albero o un pesce.

7) I diritti umani non annullano il diritto degli altri modi di essere di esistere nel loro stato naturale. I diritti di proprietà umana non sono assoluti. I diritti di proprietà sono semplicemente una relazione speciale tra un particolare “proprietario” umano e un particolare pezzo di “proprietà”, in modo che entrambi possano adempiere alle proprie regole nella grande comunità dell’esistenza.

8) Poiché le specie esistono solo sotto forma di individui, i diritti si riferiscono agli individui e non semplicemente in modo generale alle specie.

9) Questi diritti qui presentati si basano sulle relazioni intrinseche che le varie componenti della Terra hanno tra loro. Il pianeta Terra è un’unica comunità legata insieme da una relazione interdipendente. Nessun essere vivente si nutre da solo. Ogni componente della comunità terrestre dipende immediatamente o mediamente da ogni altro membro della comunità per il nutrimento e l’assistenza di cui ha bisogno per la propria sopravvivenza. Questo nutrimento reciproco, che include la relazione predatore-preda, è parte integrante del ruolo che ogni componente della Terra ha all’interno della comunità globale dell’esistenza.

10) In modo speciale, gli esseri umani non hanno solo un bisogno, ma anche un diritto di accesso al mondo naturale per provvedere ai loro bisogni fisici, alla meraviglia necessaria all’intelligenza umana, alla bellezza necessaria all’immaginazione umana e all’intimità necessaria alle emozioni umane per la realizzazione personale⁶.

Da dove attinge Berry il complessivo orizzonte di pensiero in virtù del quale si profila l’ecogiurisprudenza⁷ e il suo decalogo? Per rispondere a questa domanda mi avvalgo della seguente citazione di un passo di Berry, riportato in italiano con traduzione mia, nella quale emerge che ciò che innerva la epistemologia inter-multi-trans-disciplinare di Berry è la sua originale concezione antropologica, nella quale la *letteratura* ha un ruolo di rilievo, e il fattore *religioso* – nel suo statuto epistemologico di scientificità – è l’elemento di connessione tra la storia culturale dell’umanità e la innovativa concezione scientifica del cosmo, propiziata da Berry e dal *team* di scienziati che con lui ha collaborato e che a loro si è ispirato e si ispira:

⁶ T. BERRY, *Evening Thoughts. Reflecting on Earth as sacred Community*, Marryknoll, 2006, 149-150.

⁷ A proposito dell’ecogiurisprudenza cfr. F. BELLELLI, *L’agricura® come clinica legale nell’ambito dell’ecogiurisprudenza interdisciplinare dell’uomo homini homo: microstoria sintetica di un’esperienza in prospettiva interculturale*, in corso di pubblicazione.

Umanità. Il pensiero confuciano ha dato la più chiara espressione all'intimità degli esseri tra loro nel suo splendido concetto di *ren*, una parola che richiede la traduzione, a seconda del contesto, di un lungo elenco di termini in inglese: umanità, amore, bontà, compartecipazione empatica e umana, affezione (nel testo originale: *humaneness, love, goodness, human-heartedness, affection, ndr*). Tutti gli esseri sono tenuti insieme nel *ren*, come nell'epistola di San Paolo (1 Colossesi 1:17), dove egli nota che "tutte le cose sono tenute insieme in Cristo". Un'altra analogia forse ancora migliore è quella della legge di gravità universale di Newton, secondo la quale ogni particella di materia attrae ed è attratta da ogni altra particella dell'universo. La legge di gravità indica una mera forza di attrazione fisica, mentre la legge di attrazione universale per i confuciani è una forma di identità di sentimenti. Per questo motivo, nel Confucianesimo esiste la legge universale della compassione. Come suggerì il primo pensatore confuciano Mencio (372-289 a.C.), questa è particolarmente osservabile nel genere umano, poiché ogni uomo ha un cuore "che non può sopportare di assistere alla sofferenza degli altri". Quando al neoconfuciano Wang Yang-Ming (1472-1529) fu mossa l'obiezione che questa legge della compassione è evidente solo nelle relazioni umane, Wang rispose osservando che anche il grido spaventato di un uccello, o lo schiacciamento di una pianta, o la frantumazione di una tegola, o l'insensata rottura di una pietra provocano immediatamente e spontaneamente dolore nel cuore umano. Questo non sarebbe possibile, ci dice, se non esistesse un legame di intimità e persino di identità tra noi e questi altri esseri. Il recupero di questa capacità di comunione soggettiva con la Terra è conseguenza e causa di una nuova spiritualità emergente. La comunione soggettiva con la Terra, l'identificazione con il processo cosmico-terra-uomo, fornisce il contesto in cui ora compiamo il nostro viaggio spirituale. Questo viaggio non è più solo il viaggio di Dante (1265-1321) attraverso le sfere celesti. Non è più solo il viaggio della comunità cristiana attraverso la storia verso la Gerusalemme celeste. È il viaggio della materia primordiale attraverso la sua meravigliosa sequenza di trasformazioni, nelle stelle, nella Terra, negli esseri viventi e nella coscienza umana. Questo viaggio è una sempre più completa intercomunione spirituale-fisica delle parti tra loro, con il tutto e con quella presenza numinosa che si è manifestata in tutto questo processo cosmico-terrestre-umano⁸.

⁸ M.E. TUCKER, J. GRIM (a cura di), *Thomas Berry. Selected Writings on the Earth Community*, Maryknoll, 2014, 95-96. Queste splendide riflessioni di Berry sono anche una chiara ed emblematica espressione e dimostrazione pratica della sua originale concezione di intercultura e di dialogo interreligioso e di multi-inter-trans-disciplinarietà.

Come si ricava dal testo sopracitato, centrale nell'argomentazione di Berry è il riferimento all'*affezione* e a Dante Alighieri⁹. Il tema ecologico in Dante Alighieri non si può dire che sia trattato nel senso moderno del termine, ma la sua opera – in particolare la *Divina Commedia* – esprime una visione profondamente integrata dell'uomo con la natura e l'universo, la quale da Berry è letta per l'oggi anche in chiave ecologica, secondo i seguenti aspetti che correlano la *Weltanschauung* del sommo poeta e *The Great Work* di Berry: a) l'ordine cosmico e l'armonia; b) il peccato e la distruzione della natura; c) il Paradiso e la natura come rivelazione divina; d) l'etica e la responsabilità.

Dante, infatti, concepisce l'universo come un sistema ordinato e armonico, retto da leggi (divine). Ogni creatura e ogni elemento naturale hanno un loro posto preciso nella gerarchia dell'essere, e il peccato è spesso una forma di disordine che rompe questa armonia. Questa visione è simile all'idea ecologica che ogni essere vivente sia interconnesso con l'ambiente. "L'amor che move il sole e l'altre stelle" (Paradiso, XXXIII, 145) è il principio che tiene insieme tutto, come una forza unificatrice dell'universo. In molti canti dell'*Inferno*, i dannati sono puniti in ambienti naturali ostili, spesso deformati in modo simbolico. Questo può essere interpretato come una denuncia di comportamenti distruttivi che vanno contro l'ordine naturale¹⁰. Nel *Paradiso*, il mondo naturale è spesso esaltato come manifestazione della bellezza e perfezione divina. Le stelle, i fiori, la luce e i cieli sono simboli della presenza di Dio nel creato. Dante attribuisce all'essere umano una responsabilità morale nei confronti del mondo, al quale riconosce una soggettività, espressiva della soggettività del Creatore. L'uomo, dotato di ragione, deve vivere in armonia con le leggi (divine e naturali). Questo è un principio vicino all'etica ecologica contemporanea, che invita a una gestione responsabile delle risorse naturali.

⁹ Cfr. J. CONLEY, *Imaging the Earth in San Francesco & Dante: Some Reflections with Thomas Berry*, in E.M. FERRERO (a cura di), *Thomas Berry in Italy. Reflections on Spirituality & Sustainability*, Washington, 2016, 117-135.

¹⁰ Per esempio: 1) Pier delle Vigne (*Inferno* XIII) è trasformato in un albero, e si trova in una selva cupa e dolorosa: la natura riflette il tormento interiore; 2) i violenti contro Dio, natura e arte (*Inferno* XVII) sono puniti nel deserto infuocato, un paesaggio desolato che suggerisce squilibrio e distruzione.

Pur non essendo un ecologista nel senso moderno, Dante offre, in sintesi, una visione del mondo che richiama il rispetto della natura come parte di un ordine superiore. La sua opera può essere letta oggi come un invito a ritrovare l'armonia tra l'uomo e l'ambiente. In tale ottica, vi sono anche altri passi in cui Berry riporta ulteriori e rilevanti riferimenti al Dante sommo poeta. Questo avviene a proposito dei passaggi in cui tratta del senso dell'esperienza umana, da intendersi come un viaggio che non è più soltanto concepito come il passaggio dall'Inferno al Paradiso tramite il Purgatorio¹¹, quanto piuttosto come il passaggio dall'*Antropocene* all'*Era Ecozoica*, da intendersi come capacità dell'umanità di evitare l'autodistruzione di se stessa e del mondo naturale mediante l'edificazione di una nuova alleanza tra le persone-soggetti e il cosmo in quanto soggetto-*non*-persona, che garantisca un futuro di vita per tutti.

Approfondendo questa metafora del viaggio di Dante, Berry così lo descrive, in un passo che riporto in italiano, sempre con traduzione mia:

Ritorno al nostro luogo natio. Stiamo tornando al nostro luogo natio dopo una lunga assenza, incontrando ancora una volta i nostri parenti nella comunità della Terra. Per troppo tempo siamo stati lontani da qualche parte, affascinati dal nostro mondo industriale fatto di fili e ruote, cemento e acciaio, e dalle nostre interminabili autostrade, dove corriamo avanti e indietro in una continua frenesia. Il mondo della vita, della spontaneità, il mondo dell'alba e del tramonto e delle stelle scintillanti nell'oscuro cielo notturno, il mondo del vento e della pioggia, dei fiori dei prati e dei ruscelli che scorrono, delle foreste di lecci e querce e aceri e abeti rossi e delle pinete, il mondo della sabbia del deserto e delle erbe delle praterie, e all'interno di tutto questo l'aquila e il falco, il tordo e la cinciallegra, il cervo e il lupo e l'orso, il coyote, il procione, la balena e la foca e il salmone che risale la corrente per deporre le uova – tutto questo, il mondo selvaggio recentemente riscoperto con un'accresciuta sensibilità emotiva, è un'esperienza non lontana da quella di Dante che incontra Beatrice alla fine del Purgatorio, dove lei scende in mezzo a una nuvola di fiori. È stata una lunga attesa per Dante, così consapevole delle sue infedeltà, eppure nuovamente colpito e interior-

¹¹ Tutto ciò, come è noto, nell'aldilà *immaginario*, con intento parenetico a una vita virtuosa nell'aldiquà, essendo che la concezione cattolica dantesca dei *novissimi* non prevede nell'aldilà la possibilità di "passare" dall'Inferno al Paradiso attraverso il Purgatorio, che, tra l'altro, nell'escatologia realizzata, cessa di "esistere".

mente “trafitto”, come quando, appena uscito dall’infanzia, aveva visto per la prima volta Beatrice. L’“antica fiamma” si era riaccesa nel profondo del suo essere. In quell’incontro, Dante descrive non solo un’esperienza personale, ma anche un’esperienza di vita, l’esperienza dell’intera comunità umana nel momento della riconciliazione con il divino dopo il lungo periodo di alienazione e di allontanamento dell’uomo dal vero centro. Qualcosa di questo sentimento di intimità lo sperimentiamo ora mentre recuperiamo la nostra presenza all’interno della comunità terrestre. È qualcosa di più dell’elaborazione di un’economia sostenibile, qualcosa di più dell’ecologia, persino dell’ecologia profonda, che è in grado di esprimere. Si tratta di un senso di presenza, della consapevolezza che la comunità della Terra è una comunità indisponibile che non sarà oggetto di contrattazione; non sarà semplicemente studiata o esaminata o resa un oggetto di qualsiasi tipo; non sarà addomesticata o banalizzata come scenario per l’indulgenza vacanziera, se non sotto costrizione e da oppressioni a cui non può sfuggire. Quando ciò avviene in modo abusivo, una vendetta attende l’umanità, perché quando le altre specie viventi vengono violate in modo così estremo, l’umano stesso viene messo in pericolo¹².

Dante in Berry è l’autore di riferimento per indicare come centrale per il diritto il sentimento di intimità che si sperimenta mentre viene recuperata la presenza umana all’interno della comunità terrestre.

Si può affermare che Berry sia una figura centrale nello sviluppo dell’ecogiurisprudenza, da intendersi, come si è delineato, in quanto un campo emergente che integra diritto, ecologia, filosofia e letteratura, ai fini di riconsiderare il rapporto tra esseri umani, natura e giustizia.

Le operazioni ermeneutiche che, per dare corpo alla dimensione interculturale dell’ecogiurisprudenza, ci risultano da compiersi, propizie, orientative ed esemplificative, sono le seguenti: a) mettere a confronto in termini interculturali lo strumentario teoretico di Berry (con Dante e Rosmini) sul *soggetto* con la questione del *soggetto* propria della post-modernità; b) specificare che l’ambiguità contemporanea relativa alla sovrapposizione del termine “soggetto” con il termine “persona” trova nella teoresi che distingue e correla proprio i termini “soggetto” e “persona” la sua chiave interpretativa dirimente; c) approfondire le implicazioni giuridiche dei termini cruciali quali “libertà” e “volontà”, indi-

¹² M.E. TUCKER, J. GRIM (a cura di), *Thomas Berry. Selected Writings on the Earth Community*, cit., 39-40.

candone, anche mediante le *Law and Literature*, i possibili nessi connettivi tra gli universi linguistico-contenutistici delle principali sensibilità in merito.

Cruciale, in questo senso, e questo come si è visto ben appare nel Dante Alighieri di Thomas Berry, è la questione (teologica) inerente al tema del peccato, precisamente rispetto alla condizione della libertà proprio in rapporto alle caratteristiche del tema del peccato e ai suoi effetti antropologici: il peccato, in quanto elemento teologico della relazione tra l'uomo e la trascendenza, tra i suoi fattori genetici e i suoi effetti che qui vogliano segnalare, è l'indebolimento-distorsione della libertà proprio in quanto, tra i vari effetti, la riduce a libero arbitrio, nel senso che sovrappone la libertà *per* con la libertà *da* (sovrapposizione che di fatto diventa sostituzione ed eliminazione della libertà *per* con la libertà *da*), il quale, a sua volta, proprio nel senso sopra descritto, si attribuisce e si arroga capacità che non gli appartengono. È proprio qui che sorge la miopia tramite la quale si attribuisce e riconosce soggettività anche giuridica *solo* al soggetto-persona e non anche al soggetto-non-persona.

Essendo che il principio religioso, nella fondatezza scientifica della sua legittimità epistemologica, è il possibile e ineludibile fondamento della vera libertà *per*, Berry ci aiuta a orientare il ritorno della religione come elemento deontologico essenziale e proficuo dell'ecogiurisprudenza mediante un pensiero che ci permetta, contrariamente al pregiudizio diffuso, di comprendere che il religioso alla prova del diritto, in quanto garante e custode della espressione della vera libertà, è proprio fattore di garanzia dell'esercizio giuridico della democrazia e della laicità, che si basano anche sul rapporto tra libertà *per* e libertà *da*¹³.

¹³ Obiettivo di chi scrive, in prospettiva di ricerche in corso e future, è quello di, non soltanto e non semplicemente, fare una ricostruzione – e contribuire alla ricezione nel contesto italiano – esegetico-ermeneutica dell'*iter* interno al pensiero ecogiurisprudenziale di Berry, e interpretativo del suo pensiero successivamente alla sua produzione, ma è anche quello di mostrare, in una duplice prospettiva, come e perché: da un lato, l'esito della contemporaneità nella quale ci troviamo è il frutto più o meno negativo, a seconda delle valutazioni, di non aver ancora adeguatamente tenuto conto, come si sarebbe potuto fare, sia in ambito religioso che in ambito socio-civile, del contributo di Berry e, dall'altro lato, vedere come quelle diagnosi, quelle analisi e quelle proposte, anche e in particolare, giuridiche avanzate per e con il *The Great Work* contribuiscono e

E tuttavia, se il diritto come orizzonte trascendentale del soggetto, sia in quanto persona sia in quanto costitutivo degli elementi del mondo naturale, non viene precisato proprio nel rapporto tra il soggetto e la libertà nella specificazione che la prospettiva di Berry offre rispetto alla concezione giuridica del diritto, si avrà una definizione del diritto che può andare in tre direzioni: 1) la reiterazione di una concezione del secolare e del secolarizzato che si configura ed esprime nella deriva del secolarismo (situazione ben diversa dalla secolarità), in cui il diritto della Terra non viene riconosciuto e, al contrario, il dominio tecnocratico distruttivo della persona e della società nei riguardi del mondo naturale viene concepito come giuridicamente corretto anziché come iniquo e ingiusto (con le relative implicazioni delle modalità di sviluppo e utilizzo pure dell'intelligenza artificiale); 2) estraneità alla dimensione *eco-pedagogico-giuridica* da parte del sociale e del politico, in quanto il socio-politico viene a rimanere imprigionato in una concezione del diritto senza una adeguata antropologia che correla la soggettività della persona con la soggettività del mondo naturale, oppure in un'antropologia immanentistica chiusa alla trascendenza, in cui la funzione *narrativa* della *letteratura* non viene scoperta e individuata nel suo rimando intrinseco al *The Great Work*; 3) ritorno del religioso non soltanto come antimetafisico (e non ricettivo e neppure adeguatamente co-generativo della svolta affettiva della metafisica), ma anche come antipolitico e antidemocratico, in sintesi ritorno e/o rinforzo del fondamentalismo.

L'itinerario giuridico del *The Great Work* che è possibile percorrere con il Dante di Berry, nell'articolazione del rapporto tra il mondo dei diritti delle persone-*soggetti* con il mondo dei diritti dei *soggetti*-non-persone, implica un'adeguata concezione della secolarità e della laicità, propiziatrice di un esercizio della letteratura come consapevole espres-

possono contribuire, ancora di più e ancora meglio, se debitamente interpretate e correttamente applicate, a uno sviluppo, a un progresso, per quello che è l'*iter* di quelli che Berry – e questo è il punto ulteriormente specificato nel quale intendo collocarmi – ha indicato come i principi della “Earth Jurisprudence”. Per un primo approccio di confronto con Rosmini, confronto che è essenziale per compier le operazioni indicate, cfr.: A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, voll. 27-27/A e 28-28/A, Roma, 2014-2016, e F. PETRILLO, *La lezione di Antonio Rosmini-Serbatì. Principi giuridici fondamentali e diritti umani*, Chieti, 2012.

sione dell'articolazione dei diritti delle soggettività, in cui la debita considerazione del fattore religioso/spirituale possa effettivamente essere criterio e principio della garanzia, tutela e promozione *interculturale* positiva della libertà *da e per* di tutti e di ciascuno.

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA NELL'EDUCAZIONE GIURIDICA

TEORIE, PROSPETTIVE IDEOLOGICHE E PRASSI ATTUATIVE

Jacopo Volpi

1. Tre accezioni di didattica giuridica

Nel tentativo di articolare un discorso teorico che miri a coniugare la dimensione dell'Unione europea con le prospettive della didattica del diritto e dell'educazione giuridica, è utile, primariamente, individuare quelle che potrebbero essere le potenziali accezioni¹ che, di didattica giuridica, è possibile enucleare, per poi provare a identificare gli elementi di correlazione con i principali problemi teorici, e pratici, che lambiscono il settore del diritto dell'UE.

¹ Per una introduzione alla costellazione di problemi che gravitano attorno agli studi e alle ricerche di didattica del diritto, si rinvia, a scopo introduttivo, a P. MORO (a cura di), *Insegnare diritto ed economia. Metodi e prospettive della didattica giuridica ed economica*, Milano, 2020; V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto: metodi, strumenti e prospettive*, postfazione di C. Faralli, II ed., Pisa, 2021; G. VIGGIANI (a cura di), *La didattica del diritto. Paradigmi, casi ed esperienze*, Milano, 2022 (versione consultata: *E-Book*). Si vedano, altresì: C. ANGELICI (a cura di), *La formazione del giurista. Atti del Convegno* (Roma, 2 luglio 2004), Milano, 2005; A. PADOA SCHIOPPA, *Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto*, Torino, 2014; C. BLENGINO, C. SARZOTTI (a cura di), *“Quale formazione per quale giurista?”*. *Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica*, Torino, 2021; B. PASCIUTA, L. LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, Roma, 2018. Sui rapporti fra educazione giuridica ed esperienza forense: P. MORO (a cura di), *Educazione forense. Sul metodo della didattica giuridica*, presentazione di A. Mariani Marini, Trieste, 2011. Per una esaustiva comparazione dei diversi modelli, possibili, di didattica giuridica, cfr.: M. BOVO, P. SOMMAGGIO, *Nuove strategie per la formazione giuridica. Modelli formativi per una educazione giuridica di qualità*, prefazione di V. Ferrari, Torino, 2021.

In un primo senso, *specifico*, si può parlare di “didattica del diritto” alludendo a quella pluralità di indagini e di ricerche che si concentrano, precipuamente, sulla metodologia di insegnamento delle materie giuridiche (nelle scuole secondarie superiori, ma, altresì, in ambito universitario)²: in tal caso, la didattica del diritto si configura come un discorso, di natura teorica e metateorica, che riflette sulle modalità, le tecniche, gli strumenti, che sotto il profilo educativo e formativo, risultano più adeguate per trasmettere una conoscenza, basilare o di approfondimento, del diritto e dell’esperienza giuridica, nelle loro molteplici sfaccettature. Tale plesso dimensionale sarà evidentemente costituito sia da indicazioni di *metodo*, concernenti le forme con cui impostare la didattica affinché questa risulti più efficace, completa e, soprattutto, qualitativamente adeguata, sia da prescrizioni di *contenuto*, che si compendieranno in una serie di direttive per mezzo delle quali si proverà a delineare, nel *mare magnum* della realtà giuridica, quelli che sono i contenuti, gli argomenti e gli “oggetti” più congrui, purché essenziali, per l’educazione (giuridica, ma, parimenti, etica, politica, filosofica, economica) del futuro giurista. Entrambe le prospettive, peraltro, dovranno tenere conto dei diversi settori, campi e branche del diritto su cui la riflessione metateorica potrà (e dovrà) concentrarsi (a partire, per esempio, dalla *summa divisio* fra diritto pubblico e diritto privato).

Da una seconda angolatura, di carattere più *generale*, le riflessioni sulla didattica del diritto possono incanalarsi entro un più ampio interrogativo intorno al *senso* della giuridicità³: così, le ricerche che si svi-

² Una delle prime testimonianze, italiane, per l’interesse della disciplina, da intendersi come ambito di studi rivolto precipuamente alla riflessione sui metodi, gli strumenti, i limiti e le funzioni dell’educazione giuridica, si avranno con il primo *Seminario internazionale sull’educazione giuridica*, che si svolse all’Università di Perugia nel 1973, e la cui organizzazione fu curata da Alessandro Giuliani e Nicola Picardi. Proprio Giuliani e Picardi dirigeranno, fra il 1974 e il 1995, una collana intitolata *L’educazione giuridica* (Perugia), ai cui volumi si rimanda per un approfondimento. Sul punto, cfr. M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, in C. BLENGINO, C. SARZOTTI (a cura di), “*Quale formazione per quale giurista?*”, cit., 37-76, 39. Negli Stati Uniti, invece, come è noto, le ricerche su questi temi avevano preso piede già da qualche decennio.

³ Cfr.: T. CASADEI, *Il diritto in azione: significati, funzioni e pratiche*, in V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto*, cit., 89-124, 91; C. BARTOLI,

luppano a partire da questa domanda fondamentale, aprono traiettorie diverse e articolate, divenendo, agevolmente, terreno fertile per l'analisi giusfilosofica. L'indagine teorica (e metateorica) sulla didattica e sull'impostazione che, in termini generali, è d'uopo adottare per far conoscere e trasmettere le forme varie dell'esperienza giuridica, diviene, in chiave *autocritica*, riflessione sui margini di conoscenza e di concepibilità del diritto stesso⁴. L'esperienza della didassi (giuridica) e le categorie di comprensione che consentono di approfondire questa stessa esperienza, vanno a prefigurare un ambito in cui l'esercizio teorico si fonde con l'urgenza pratica, nella consapevolezza di una necessità di ricerca sulle dinamiche del "giuridico", quale pratica sociale umana e condivisa, su cui la medesima *teoresi* esercita, ineludibilmente, una forma di influenza e di incidenza⁵.

In un terzo senso, *generalissimo*, la didattica del diritto può altresì articolarsi, al suo interno, in un ulteriore quesito: svolge il diritto, nella sua funzione regolativa e normativa, un ruolo *pedagogico* ed *educativo*? E se sì; in quali termini? L'idea della funzione pedagogica del diritto

Accademia alla rovescia. Lezioni di diritto per dirottare il verso del sapere, in G. VIGGIANI (a cura di), *La didattica del diritto*, cit. (consultato nella versione E-Book). Si veda, inoltre, per un approfondimento: M. DAVERIO, *Didattica per il diritto. Alcuni spunti di riflessione sulla didattica del diritto a partire dallo studio del senso del diritto*, in G. VIGGIANI (a cura di), *La didattica del diritto*, cit. (consultato nella versione E-Book).

⁴ È stato infatti evidenziato, in letteratura, riflettendo sulle differenze che sussistono, sul piano della c.d. *legal education*, fra il mondo di *common law* e quello di *civil law*, che "il modello formativo che si impone in un determinato contesto geografico e temporale è una cartina di tornasole che rivela le caratteristiche del sistema giuridico e, più in profondità, i tratti tipici della cultura giuridica da cui quel modello è germinato", tantoché lo "studio dei metodi, dei contenuti e delle finalità dell'insegnamento del diritto rappresenta una via privilegiata per raggiungere gli ambiti più riposti della coscienza del giurista, là dove alberga la sua filosofia spontanea, le sue idee irriflesse su cosa sia il diritto, su quali siano le caratteristiche del sapere giuridico, su quale debba essere il ruolo del giurista nella società" (M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, cit., 38).

⁵ In quest'ottica, "interrogarsi sull'educazione giuridica impone di rispondere alla domanda 'che cos'è il diritto?'" (A. SCHIAVELLO, *L'educazione del giurista contemporaneo*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 1, 2021, 105-117, 107).

to ha una tradizione antica⁶, e si coniuga, altresì, con i rapporti che la dimensione giuridica istituisce con la sfera morale e con quella politica. Nel primo caso, il problema risiede nel dover stabilire fino a che punto il diritto possa spingersi, sotto il profilo contenutistico, senza intaccare ambiti della vita e dell'esistenza tutelati dalla necessità di garantire la dignità della persona e la sua autonomia morale⁷. Nel secondo caso, subentra il discorso, altrettanto delicato e complesso, del c.d. paternalismo politico (e giuridico): può il potere politico, tramite le forme giuridiche⁸, arrogarsi la autorità di influenzare le condotte di vita dei cittadini, inoltrandosi nel terreno incerto delle scelte private e individuali? E qual è il discrimine e il margine fino a cui può spingersi e che non può varcare?⁹ Il primo aspetto arriva, inevitabilmente, a toccare il secondo, i quali, dunque, si influenzano vicendevolmente.

2. Unione europea e didattica del diritto

Orbene, lo studio teorico sul diritto dell'Unione europea¹⁰, e la conoscenza di questa branca del diritto, possono fornire contributi essenziali e originali rispetto a tutte e tre queste prospettive.

Sotto il primo profilo, infatti, rilevano, in particolar modo, non tanto le modalità con cui il diritto dell'UE (sia nelle forme del diritto origina-

⁶ Basti pensare alle celebri riflessioni platoniche: Cfr. PLATONE, *Le leggi*, introduzione di F. Ferrari, trad. it. di F. Ferrari e S. Poli, Milano, 2005.

⁷ Cfr. L. FULLER, *La moralità del diritto* (1964), a cura di A. Dal Brollo, Milano, 1986.

⁸ Per un approfondimento critico, cfr. G. MANIACI, *Contro il paternalismo giuridico*, Torino, 2012.

⁹ Cfr. B. RUSSELL, *Autorità e individuo* (1949), trad. di C. Pellizzi, Milano, 2010, 115 ss.

¹⁰ Sui rapporti fra il diritto dell'UE e le altre discipline giuridiche, in generale, cfr.: L.S. ROSSI, G. DI FEDERICO (a cura di), *L'incidenza del diritto dell'Unione europea sullo studio delle discipline giuridiche*, Napoli, 2008. Sempre sul tema, ma in una prospettiva precipuamente didattica: A. ADINOLFI, *La formazione del "giurista europeo"*, in P. LUCARELLI, A. SIMONCINI (a cura di), *Il nuovo giurista nella città della giustizia. Metodi ed esperienze fiorentine*, Pisa, 2021, 60 ss.

rio¹¹, sia nelle forme del diritto derivato) si occupa della materia scolastica e, in più in generale, dell'ambito dell'istruzione¹², quanto, piuttosto, la effettiva e reale diffusione dell'insegnamento del diritto dell'Unione nelle scuole primarie e secondarie (ma non solo)¹³. A questo scopo, in anni recenti, la Commissione europea ha prestato peculiare attenzione a questa tematica, lanciando un'iniziativa diretta al finanziamento di progetti in grado di favorire l'elaborazione di nuovi metodi innovativi per l'insegnamento del diritto e delle politiche dell'UE: l'iniziativa è stata accompagnata da un breve *vademecum* introduttivo, di carattere divulgativo¹⁴, volto a tracciarne le linee guida. Al di là del progetto in sé, detto lavoro fornisce elementi indicativi e rappresentativi per cercare di articolare un'Unione europea sempre più "vicina" ai cittadini¹⁵. Più in generale, ciò che acquista particolare rilievo è la com-

¹¹ Limitandoci al solo diritto originario, giova segnalare come l'istruzione (assieme alla formazione professionale, gioventù e sport) è inclusa nell'art. 6 TFUE, lett. e), fra le competenze di sostegno, coordinamento e completamento dell'Unione. Il tema dell'istruzione è poi ripreso dall'art. 165 TFUE. Inoltre, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, all'art. 14, riconosce il diritto all'istruzione come principio essenziale della società europea, simbolicamente incluso nel Capo II dedicato alla "Libertà" del cittadino europeo.

¹² Cfr., sul tema, il contributo di S. MARINO, *La competenza in materia di istruzione nell'Unione europea: prime riflessioni su recenti tendenze*, in *Eurojus*, 1, 2024, 150-170.

¹³ Per esempio, è del 1968 la convocazione da parte del Consiglio d'Europa di una apposita conferenza europea (a cui ne seguirono di ulteriori: nel 1971, nel 1974, e nel 1976), rivolta ai presidi delle facoltà di Giurisprudenza, per incentivare la ricerca e l'insegnamento del diritto europeo e del diritto comparato, in una prospettiva che avesse di mira la formazione di un vero giurista europeo. Cfr., ancora, M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, cit., 39-40. Al Consiglio sarebbe spettato di adottare tutte le misure normative necessarie per rendere effettivi e concreti i risultati a cui la conferenza sarebbe pervenuta. Per una panoramica sull'apprendimento dell'UE nelle scuole, cfr.: M. PIERINI (a cura di), *Apprendere l'UE a scuola: storia, istituzioni, politiche, sfide*, Fano, 2013.

¹⁴ Il testo si intitola *Apprendere l'UE a scuola*, Lussemburgo, 2021, ed è reperibile online: <https://www.erasmusplus.it/wp-content/uploads/2023/01/apprendere-lue-a-scuola-NC0121208ITN.pdf> (ultimo accesso 30 aprile 2025).

¹⁵ Alludendo al titolo di un altro testo, teorico e divulgativo al contempo, redatto dalla Commissione europea: cfr. COMMISSIONE EUROPEA (a cura di), *70 anni di diritto dell'Unione. Un'Unione al servizio dei suoi cittadini*, Lussemburgo, 2023; reperibile in

prensione dell'importanza della trasmissione della conoscenza del diritto dell'UE già in sede di formazione nella scuola secondaria (incluso nei programmi, laddove previsti, di insegnamento della materia giuridica, o, eventualmente, nell'ambito di insegnamenti attigui per attitudine e impostazione, come quello afferente all'educazione civica), nella consapevolezza dell'importanza cruciale di un settore del diritto che tende a manifestarsi in fogge sempre più pervasive, e in modalità trasversali rispetto ai diversi rami degli ordinamenti giuridici domestici.

Il secondo punto di vista (quello che, in questa sede, maggiormente ci interessa, giacché correlato a questioni di matrice giusfilosofica) è ancora la dimensione della didattica del diritto al tema, più generale, di una autonoma interrogazione sul *sensu* della giuridicità e, quindi, a nostro avviso, sul comprendere, a livello esplicativo, quale sia il concetto di diritto più adeguato a consentire una efficace esplicazione della didassi. In quest'ottica, si potrebbe dire che alla radice delle dinamiche operative del diritto dell'Unione europea riposa un concetto (*filosofico*) di diritto, che è frutto di un complesso sviluppo politico-ideologico, istituzionale, economico, giuridico-giurisprudenziale; risultato di specifiche esigenze pratiche e politiche che ne hanno influenzato, determinato e modellato i caratteri. Al “disvelamento” di questo concetto implicito di diritto – dentro il “magma” giuridico della realtà eurounitaria –, appunto, può concorrere anche la stessa didattica del diritto, nella sua esigenza (forse non primaria sul piano pratico, ma certamente ineludibile) di conoscenza profonda del suo oggetto. Ma la didattica del diritto vi può contribuire soltanto se, alla base di questa, si innesti, appunto, l'urgenza di una più radicale ricerca filosofica, che coltivi e alimenti nel giurista in formazione un'attitudine *critica*, che lo porti a (intra)vedere nel diritto non già un qualcosa di eterno e di immutabile, ma un qualche cosa di strettamente dipendente dal fluire (mutevole) dei fatti e dei fenomeni sociali. E allora, la didattica del diritto, nella sua opera di educazione giuridica, dovrà cercare, altresì, di sviluppare un'impostazione conoscitiva in cui il giurista riesca a discernere la superficie formale della giuridicità da quelle che sono le *dinamiche interne e implicite* a

rete: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/f040f2c0-10d9-11ee-b12e-01aa75ed71a1> (ultimo accesso 30 aprile 2025).

essa soggiacenti, e che, quantunque meno evidenti, tuttavia determinano, con più profondità, l'orientarsi dei fenomeni sociali. Lo scarto che si genererà fra essere e dover essere può poi condurre, in base alle singole prospettive etico-politiche, a diverse posizioni: qualcuno potrà rintracciare uno scarto più ridotto, altri, invece, uno scarto meno colmabile – e ciò dipenderà finanche dalle argomentazioni messe in gioco. Ma ciò che più conta è che venga favorito questo *habitus* critico che consenta di cogliere (o, quantomeno, di provare a cogliere), in profondità, il senso (o uno dei sensi possibili, universalmente condivisibili) della normatività (giuridica)¹⁶.

Sotto il terzo profilo – quello della funzione pedagogica del diritto –, l'accento posto sui problemi sopraccennati apre spazi di notevole interesse anche per quanto concerne il diritto euro-unitario. È problema largamente evidenziato in letteratura quello della eccessiva proliferazione normativa degli ordinamenti contemporanei (che si coniuga, sovente, con i moniti intorno al decadimento e al tramonto della legge statale)¹⁷. E fra le cause potenziali di questo fenomeno, nelle società europee, viene identificato anche il diritto dell'UE, segnatamente per la sua componente tecnico-burocratica. Senza soffermarci troppo lungamente su questo punto, ci limitiamo a sottolineare come l'incidenza del diritto dell'Unione nell'ambito degli ordinamenti interni non è tanto, e soltanto, da identificare in un dato quantitativo (che pure sussiste, ma i cui confini e margini sono di non facile definizione), quanto, piuttosto, in aspetti di natura tecnica e qualitativa: l'Unione europea ha la tendenza a disciplinare determinati settori con peculiare profondità e con ricchezza di dettagli¹⁸ (sebbene, talvolta, la presenza di tali elementi di dettaglio siano richiesti proprio dalle caratteristiche dell'oggetto disciplinato), e questo genera, sovente, la sensazione di una “onnipresenza”

¹⁶ Cfr. T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in B. PASCIUTA, L. LOSCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista*, cit., 45-68, 63. Cfr., altresì, più in generale: M. LA TORRE, *Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto*, Bologna, 2023.

¹⁷ Cfr. C. MEOLI, *Il declino della legge statale*, Roma, 2016 (reperibile online: [https://www.treccani.it/enciclopedia/il-declino-della-legge-statale_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/il-declino-della-legge-statale_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto))) (ultimo accesso 30 aprile 2025).

¹⁸ Si pensi, per esempio, al recente *AI Act* (Regolamento UE n. 1689/2024).

del diritto dell'Unione, che, tuttavia, è forse solo parzialmente corrispondente al vero. Orbene, proprio questa eccessiva “invadenza” (qualitativa o quantitativa che sia) genera una sensazione (più o meno fondata, ma in un certo senso *percepita*)¹⁹ di paternalismo *pedagogico*, che si coniuga ad alcune tendenze tecnocratiche, di cui il governo dell'UE, da vari anni a questa parte, si fa parziale espressione²⁰.

Ad ogni buon conto, sia per ragioni di spazio che per esigenze di riflessione²¹, in questa sede ci si limiterà a effettuare delle sintetiche considerazioni con specifico riguardo al secondo profilo evidenziato, lasciando sullo sfondo, invece, le altre due prospettive²².

3. *Diritto dell'UE: law in books e law in action*

Ora, dal (secondo) punto di vista indicato, quello relativo al problema del concetto di diritto²³, la realtà normativa dell'Unione europea ci offre delle prospettive di ricerca, che, come si vedrà, offrono cruciali spunti di riflessione per provare a tratteggiare una didattica giuridica – e, quindi, una figura di giurista – orientata in senso *critico*.

L'esperienza dell'Unione europea e del suo diritto, in quest'ottica, pone sul banco molteplici questioni, che ci portano inevitabilmente a interrogarci sulla “natura” del diritto, nella sua ampiezza. Infatti, qualsivoglia operatore giuridico (giurista teorico e pratico, giudice, avvoca-

¹⁹ Sulla *percezione* dei problemi sociali e culturali, cfr. il celebre lavoro di M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura* (1969), trad. it. di G. Bogliolo, Milano, 2021.

²⁰ Cfr. D. GRIMM, *La forza dell'UE sta in un'accorta limitazione*, trad. it. di J. Senf, in *Nomos*, 2, 2014, 2-9.

²¹ Esigenze di riflessione che si radicano nel presupposto che sia proprio il secondo profilo da noi messo in evidenza che costituisce il principale contributo *specificamente filosofico-giuridico* alla didattica del diritto.

²² Peraltro, ciò non esclude che quanto è possibile affermare su questi aspetti, non intacchi, in qualche modo, anche gli altri due profili esposti: essi rimangono, appunto, sullo sfondo, ma pronti a recepire le influenze che una prospettiva più teorico-generale e filosofica è in grado offrire.

²³ Per una panoramica, cfr., *ex multis*, G. BONGIOVANNI, G. PINO, C. ROVERSI (a cura di), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, 2016.

to, legislatore, funzionario amministrativo) e qualsiasi *quivis de populo*, qualsiasi cittadino comune, e, quindi, anche lo studente o il discente, prima ancora di interrogarsi in merito *a che cosa è di diritto* (ovverossia: che cosa regolamentano le norme giuridiche), non può non previamente partire da un'urgenza teorica (quantunque irriflessa e “acerba”, nonché implicita o inconsapevole) che impone di interrogarsi, preliminarmente, in merito *a che cosa è diritto*²⁴. Dalla prospettiva del partecipante²⁵, o nell'ottica di un punto di vista interno²⁶, dunque, nel momento in cui si confronta con l'esperienza della giuridicità, il soggetto conoscente destinato a rapportarsi con l'oggetto-diritto “costruisce” (tacitamente e implicitamente, o inconsapevolmente) un suo *concetto* del diritto, che poi ne direziona le condotte e le azioni (concetto di diritto, che è influenzato da molteplici fattori: cultura generale e professionale; orientamenti valoriali e morali, critici o positivi²⁷; visione comune introiettata in via pregressa; convinzioni personali o familiari; concezioni diffuse nel contesto sociale in cui agisce, vive, lavora, ecc.). La mutazione del concetto di diritto, pertanto, determina un cambiamento circa il modo in cui il diritto stesso viene rappresentato, e in merito all'interpretazione che ne viene offerta. Di conseguenza, la stessa didattica del diritto (che è anch'essa plasmata ed elaborata da operatori giuridici, ossia: da *giuristi teorici*), prima di offrire le prescrizioni teoriche fondamentali mercé

²⁴ Ripartizione, come è noto, kantiana. Cfr. I. KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto* (1797), trad. di G. Vidari, Milano, 2009, 404 ss. (si cita dalla riedizione Mondadori, che riproduce l'edizione UTET: ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, edizione postuma a cura di N. Bobbio, L. Firpo e V. Mathieu, trad. it. G. Solari e G. Vidari, Torino, 1998). Per una discussione di questa dicotomia, cfr. A.G. CONTE, P. DI LUCIA, *Il paradigma Quid jus? vs. Quid juris? Oltre Immanuel Kant*, in *Rivista Teologica di Lugano*, 3, 2007, 445-458.

²⁵ Seguendo Robert Alexy, cfr.: R. ALEXY, *La natura del diritto. Per una teoria non-positivistica*, trad. it. di P. Chiarella e N. Stamile, Napoli, 2015, 17-18; ID., *Concetto e validità del diritto*, nuova edizione italiana a cura di M. LA TORRE, Roma, 2022, 48 ss.

²⁶ In chiave hartiana, cfr.: H.L.A. HART, *Il concetto di diritto* (1961), a cura di M.A. Cattaneo, Torino, 2002, 225-232. “Prospettiva del partecipante” e “punto di vista interno”, quantunque simili, risultano, sotto vari aspetti, divergenti.

²⁷ Cfr. N. MUFFATO, *Morale positiva vs morale critica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2014, 115-148.

le quali vengano costruite le necessarie direttive per l'insegnamento educativo, abbisogna di una linea di demarcazione e di un orizzonte prospettico in cui sia delineata la visione generale della giuridicità: quale è, in altre parole, la *Weltanschauung* filosofico-giuridica che sorregge, nelle fondamenta, l'impalcatura generale. Allorché, dunque, si cerchi di riflettere filosoficamente sul problema della didattica, tentando di soffermarsi, al contempo, sulla realtà dell'Unione europea²⁸, è utile comprendere quali contributi, a livello di costruzione teorica della didattica giuridica, possa concretamente fornire l'impianto giuridico generale dell'UE, proprio entro un sentiero che ricomponga, al suo interno, filosofia del diritto, didattica, e dimensione eurounitaria. È possibile, in quest'ottica, abbozzare due crocevia concettuali essenziali, che costituiscono, invero (come nel sottotitolo del presente contributo si è provato a enfatizzare), il punto di intersezione fra *teorizzazioni implicite, ideologie fondative e prassi concrete*.

Il primo crocevia concettuale è, appunto, quello che riposa nella dicotomia che oppone *law in books* e *law in action*²⁹. Tale distinzione è entrata, a ragione, nella riflessione teorica sulla didattica giuridica, sulla scorta dei dettami del realismo giuridico americano e della applicazione della metodologia delle cliniche legali³⁰, nonché, più in generale, in forza di una concezione dello studio del diritto orientata secondo una "logica" per "problemi" e "casi concreti", più che su una logica fondata su norme astratte e principi generali. Ma tale visione ha fatto virulentemente ingresso, altresì, dentro le dinamiche del diritto eurounitario e nelle sue varie forme di manifestazione (non solo, perciò, a livello del

²⁸ Per un approfondimento delle modalità operative, nonché delle procedure politiche e giuridiche, dell'UE, cfr. S. GOZI, *Il governo dell'Europa*, Bologna, 2011.

²⁹ Cfr. V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto tra tradizione e innovazione*, in IID., *La didattica del diritto*, cit., 125-174, 128 ss.; S. SPADA, *La clinica del diritto come spazio di cambiamento condiviso*, in G. VIGGIANI (a cura di), *La didattica del diritto*, cit. (formato E-Book).

³⁰ Cfr. W. CHIAROMONTE, *La formazione del giurista attraverso l'insegnamento clinico del diritto: qualche spunto ricostruttivo "per principianti"*, in P. LUCARELLI, A. SIMONCINI, *Il nuovo giurista nella città della giustizia*, cit., 65-78. Si veda, inoltre: E. SANTORO, *Cliniche legali e concezione del diritto*, in *Questione Giustizia*, 3, 2019, reperibile online: https://www.questionegiustizia.it/rivista/articolo/cliniche-legali-e-concezione-del-diritto_694.php (ultimo accesso 30 aprile 2025).

discorso-oggetto, ma sul piano dell'oggetto stesso – o, vie meglio, su uno dei *possibili oggetti* del discorso): e vi è penetrata sia grazie all'influenza di analisi teoriche, sia in virtù di prassi istituzionali. Tuttavia, se tale indirizzo teorico e ideologico nel contesto della didattica del diritto ha prodotto effetti in parte benefici (quantunque non debbano e non possano essere assolutizzati), facendo riscoprire l'esigenza di un'attenzione oculata alle rappresentazioni specifiche e concrete della giuridicità e offrendo la dovuta considerazione al collegamento, virtuoso, fra regola astratta e caso concreto, fra norma generale e fattispecie individuale, nell'ambito del diritto dell'UE tale intromissione ha generato esiti più complessi e articolati, e che, al di là dei vari interrogativi che essa può sollevare, ci consente in questa sede di alzare un monito proprio in merito a quelle raffigurazioni concettuali che cercano di evidenziare, nella didattica giuridica, l'assolutezza del *momento specifico e puntuale*, della *vicenda particolare*, del *caso concreto*. Infatti, finché le eventuali prospettazioni teoriche rimangono sul piano delle indagini, dottrinali o metateoriche, circa i compiti della didattica, i risultati possono sempre essere revisionati, modificati, sottoposti a critica, emendati, ed eventualmente migliorati. Nondimeno, le esigenze realistiche e casistiche che pure contribuirebbero a schiudere spazi conoscitivi nuovi al giurista, se benefiche e positive su un piano di prospettiva educativa, quando si concretizzano in ordinamenti concreti determinano importanti *vulnera* a livello di tutele e di garanzie. L'esigenza casistica è propria della *common law*, per esempio, ma, in forme diverse e con traiettorie storicamente differenti, è propria in parte anche del diritto dell'UE. Questo, in effetti, è un prodotto di natura primariamente giurisprudenziale³¹ – *non solo ed esclusivamente* giurisprudenziale, ma, ad ogni buon conto, *primariamente* e «in gran misura giurisprudenziale»³². E anche laddove non intervenga il momento giurisdizionale, la compo-

³¹ Seguiamo, in tal senso, M. LA TORRE, *Cittadinanza e ordine politico. Diritti, crisi della sovranità e sfera pubblica: una prospettiva europea*, Torino, 2004, 69-78. È sufficiente, in quest'ottica, rimandare alle sentenze fondative degli anni Sessanta, che hanno dato il via al processo di autonomizzazione dell'(allora) ordinamento comunitario: *Van Gend & Loos* (C-26/62) e *Costa c. Enel* (C-6/64), rispettivamente in materia di effetti diretti e di primato dell'UE sugli ordinamenti domestici.

³² *Ivi*, 69.

nente esecutiva e attuativa (incarnata dalle attività della Commissione³³ e della Banca centrale europea)³⁴ è in ogni caso predominante, rispetto alla dimensione legislativo-normativa di matrice rappresentativa e di scaturigine democratica.

Il peculiare *deficit* di democraticità che affligge l'UE³⁵ (e che si compendia, precipuamente, nel ruolo spesso secondario che il Parlamento europeo si trova a ricoprire, specialmente in sede decisoria)³⁶, e sul quale, qui, non è possibile adeguatamente soffermarsi, è l'effetto di un processo che, a partire dagli anni Sessanta, è contrassegnato – come si accennava poco sopra – da una sempre più preponderante centralità, sul piano istituzionale, della Commissione europea e della Corte di giustizia dell'UE³⁷, e, a livello di gestione globale, dalla egemonia (o, quantomeno, preminenza) dell'elemento economico come criterio di orientamento delle condotte degli Stati, delle imprese operanti nel contesto del Mercato Unico³⁸, nonché degli stessi soggetti individuali (come consumatori e produttori). Questo è stato agevolato da una interpretazione dei Trattati orientata in una chiave fortemente efficientistica e secondo obiettivi finalistici³⁹, che ha favorito lo sganciarsi dell'urgenza regolativa da precondizioni di natura generale. Il problema che si vuole

³³ Cfr. S. GOZI, *La Commissione europea. Processi decisionali e poteri esecutivi*, Bologna, 2005. Cfr., altresì, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, 227-272.

³⁴ Cfr. L. MELLACE, *L'Unione europea tra destino comune e crisi permanente. Profili di teoria del diritto*, Napoli, 2021, 79-126.

³⁵ La letteratura, naturalmente, è difficile abbracciabile con pienezza ed esaustività. Nondimeno, ci si limita a rinviare a: G. MAJONE, *Integrazione europea, tecnocrazia, e deficit democratico*, in *Rassegna Italiana di Sociologia*, 4, 2010, 599-610; G. ITZCOVICH, *Sulla decostruzione giuridica dell'Europa. Deficit di legittimità e diritto costituzionale europeo*, in *Ragion pratica*, 1, 2023, 101-118.

³⁶ Per un'analisi sull'istituzione parlamentare europea, cfr., fra i vari contributi: N. LUPO, A. MANZELLA, *Il Parlamento europeo*, Roma, 2024; C. MARTINELLI, *Il Parlamento europeo. Simbolo o motore dell'Unione?*, Bologna, 2024.

³⁷ Cfr. D. GRIMM, *La forza dell'UE*, cit., 7-9.

³⁸ Cfr., ancora, *ivi*, 5-6. Per una ricostruzione storico-diacronica del “mercato unico” nel contesto dell'UE, cfr. J.H.H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, a cura di F. Martines, Bologna, 2003, 307 ss.

³⁹ G. ITZCOVICH, *L'interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2008, 429-461.

nel presente scritto enfatizzare, è che tale visione complessiva riposa proprio sull'idea che per garantire solidità allo spazio giuridico europeo sia necessario porre maggiormente l'accento su elementi concreti e specifici, piuttosto che su grandi costruzioni teorico-generaliste o su esaurienti plessi normativi⁴⁰. L'esigenza della *law in action*, incarnata dalla visione gius-economicistica della Corte di giustizia (che fa del "pragmatismo" à la Richard Posner e della *Law & Economics*⁴¹ i propri punti di forza), si coniuga con la necessità di soddisfare specifiche esigenze economiche (soprattutto legate alle libertà economiche, di impresa e di libera concorrenza), e queste si accordano con le capacità operative, di matrice tecnocratica, della Commissione europea (e con le politiche economiche della BCE). L'attenzione esclusiva nei confronti di dinamiche specifiche ha condotto, per esempio, all'abbandono della funzione normativa generale offerta dalla legislazione, capace, tramite l'esercizio della politica democratica, di concretizzare i valori e attuare i principi contenuti nell'apicale testo normativo.

Gli aspetti che riguardano la materia sarebbero molteplici, qualitativamente e quantitativamente, e in questa sede vi si può solo rimandare⁴². Nondimeno, uno dei punti essenziali – evidenziato, in letteratura, da Dieter Grimm – riposa precipuamente sul processo di *sviluppo nel*

⁴⁰ E, in un certo qual modo, più sulla dimensione dell'*efficacia* (che, sovente, viene convertita in *efficienza*, con uno slittamento semantico di non poco conto, stante la maggiore torsione economicistica che pertiene alla seconda rispetto alla prima), che su quella della *validità*. Cfr. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto* (1958-1960), Torino, 1993, 23 ss.

⁴¹ Per una panoramica, cfr. P. CHIASSONI, *Law and Economics. L'analisi economica del diritto negli Stati Uniti*, Torino, 1992.

⁴² Nella vasta letteratura, si vedano, in una chiave generale: G. ITZCOVICH, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Torino, 2006; J.E. FOSSUM, A.J. MENÉNDEZ, *La peculiare costituzione dell'Unione europea*, presentazione di D. Di Mauro, prefazione di J. Luther, trad. it. di N. Scotto di Vettimo, Firenze, 2012; L. MELLACE, *L'Unione europea tra destino comune e crisi permanente*, cit.; M. LA TORRE, *Europa*, in M. LA TORRE, Gf. ZANETTI, *Nuovi seminari di filosofia del diritto*, Soveria Mannelli (CZ), 2021, 135-154; M. DANI, A.J. MENÉNDEZ, *Costituzionalismo europeo. Per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, a cura di L. Mellace, Napoli, 2022; A. VON BOGDANDY, A.J. MENÉNDEZ, C. MARGIOTTA, J. MENDES, B. RODRÍGUEZ-RUIZ, *Il diritto dell'Unione europea, la sua legittimità e il suo futuro*, a cura di L. Mellace, Napoli, 2025.

dettaglio a cui i Trattati istitutivi (TUE e TFUE) sono andati incontro⁴³: questi, invece di limitarsi a delineare, in termini generali, i valori e i principi fondamentali e l'architettura-quadro di cui le norme giuridiche, democraticamente espresse, avrebbero dovuto rappresentare normativa prosecuzione, si sono articolati in una pluralità di disposizioni che hanno finito per estromettere (il già ridotto) spazio di operatività del principale organo rappresentativo dell'UE, lasciando un margine cospicuo a quegli organi maggiormente preposti alla attuazione (Commissione) e applicazione (Corte di giustizia) delle norme giuridiche euro-unitarie (o alla esecuzione concreta delle politiche (economiche), come è il caso per la Banca centrale europea).

4. (Segue): Il ruolo del giurista

Tutto ciò – anche se, *prima facie*, tali dinamiche potrebbero apparire relativamente distanti – ha prodotto (e produce), come accennavamo al principio del paragrafo precedente, riflessi notevoli anche sul piano dell'educazione giuridica e del ruolo del giurista, giacché nello spazio giuridico europeo⁴⁴, nonostante importanti eccezioni, sembra più flebile il ruolo della dottrina⁴⁵ e, quindi, l'influenza teorico-dogmatica sulle principali soluzioni giuridiche risulta secondaria rispetto al ruolo cru-

⁴³ D. GRIMM, *La forza dell'UE*, cit.

⁴⁴ Per una interessante analisi sui presupposti teorici, culturali e tecnico-giuridici che il giurista “europeo” dovrebbe cercare di acquisire e sui percorsi formativi che dovrebbe intraprendere, cfr. A. ADINOLFI, *La formazione del “giurista europeo”*, in P. LUCARELLI, A. SIMONCINI (a cura di), *Il nuovo giurista nella città della giustizia*, cit., 55-64.

⁴⁵ Per una rivalutazione dell'analisi dottrinale nell'ambito dell'UE si veda, per esempio: A. VON BOGDANDY, *The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach*, trad. ing. di N. Shulman, rev. di Th. Shulman, Oxford, 2024. In un'ottica di valorizzazione del diritto costituzionale europeo si rinvia, inoltre, agli importanti lavori di G. Martinico, fra i quali: G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, 2009; ID., *Lo spirito polemico del diritto europeo. Studio sulle ambizioni costituzionali dell'Unione*, Roma, 2011. Fra i vari tentativi di riflessione filosofica sulla realtà euro-unitaria ci limitiamo a segnalare: J. DICKSON, P. ELEFTHERIADIS (a cura di), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford, 2012.

ziale svolto dalla giurisprudenza, dalla sfera economica e dalle regole attuative della Commissione UE⁴⁶. Questo fenomeno, peraltro, è anche l'esito di un processo di differenziazione che ha determinato una sorta di (secondo taluni maggiore, secondo altri minore) *autonomizzazione* del diritto dell'Unione rispetto al patrimonio costituzionale europeo⁴⁷: il diritto dell'UE si presenta come il frutto di una sedimentazione graduale fra principi normativi autonomi, sorti, negli anni, in virtù delle specifiche esigenze comunitarie, e principi giuridici nazionali, dedotti in via comparativa dalle diverse tradizioni costituzionali degli Stati membri. Tuttavia, col tempo, il sedimentarsi di questi agglomerati normativi ha prodotto un *tertium genus*, che è ad oggi il diritto dell'UE, che ha ormai acquisito peculiare autonomia e che si è affrancato, in buona parte, dalle logiche e dalle esperienze nazionali (quantunque, di queste, si serva e ne desuma legittimazione politica, in via diretta, per tramite del Consiglio e del Consiglio europeo, e in via indiretta, mediante il Parlamento europeo).

Ad ogni buon conto, difettando parzialmente un ruolo direttivo e plasmante della dottrina, ed essendo la dinamica giuridica eurounitaria precipuamente incentrata sulla componente attuativa, applicativa e concreta, dipendente dal fattore economico⁴⁸, sembra talora scarseggiare anche quella esigenza di sovradeterminazione *generale e critico-ricostruttiva*, che compete, altresì, al giurista. Se, in effetti, i compiti del giurista non possono limitarsi alla mera esegesi o alla pura replicazione del dato normativo così come esso si delinea nell'ordinamento di riferimento, ma egli deve, in un certo qual modo, esercitare su di esso una funzione critica⁴⁹, che ne consenta, in primo luogo, una sistematizza-

⁴⁶ M. LA TORRE, *EU Law and Legal Theory: A Virtuous Connection*, in *Ordines*, 1, 2023.

⁴⁷ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, 2002.

⁴⁸ Cfr. M. LA TORRE, *EU Law and Legal Theory: Five Decisions*, in *Verfassungsblog*, 19 marzo 2024, reperibile online: <https://verfassungsblog.de/eu-law-and-legal-theory/> (ultimo accesso 30 aprile 2025).

⁴⁹ La stessa dicotomia fra istruzione teorica e formazione pratica è, per certi versi, poco esauriente ed esaustiva. Infatti, è necessario non ricadere né nel “concettualismo accademico” riducentesi a una mera forma di “trasmissione seriale e continua di contenuti”, né, tantomeno, nel “tecnicismo forense”, proiettato e appiattito sui soli “casi concreti” (P. MORO, *Per una filosofia forense. La formazione critica del giurista*, in *Teoria*

zione e, in secondo luogo, una riorganizzazione concettuale – le quali tengano in debito conto lacune e antinomie, contrasti e contraddizioni, che aprono già a una esigenza di valutazione in una chiave *de iure condendo* –, la stessa didattica del diritto non può che tentare di tracciare un percorso in cui l’educazione e la formazione del giurista siano primariamente incentrate sulla riscoperta della sua vocazione *critica*⁵⁰ rispetto all’elemento normativo. Se, però, il diritto di riferimento non manifesta, appieno, un collegamento sostanziale con la dimensione teorico-dottrinale, critica e normativa, del giurista teorico, e si fa, invece, riflesso immediato, dell’esistente e del contingente, del darsi economico nella sua fenomenicità più basilare, anche l’urgenza critica e filosofica (oltre a quella dogmatico-giuridica e dottrinale) rischia di perdere il proprio habitat naturale ed elettivo dove può operare, in modo prolifico, con forza e stabilità. Affiora, allora, l’esigenza di una opposizione *critica* alla pura fattualità, la quale può essere (se non esclusivamente, precipuamente) offerta da una traiettoria di matrice giusfilosofica. E un adeguato sguardo teorico sui problemi a cui abbiamo fatto rapido riferimento, non può che risiedere, innanzitutto, in una esigenza di mantenimento di un *equilibrio adeguato* fra il momento normativo e quello più strettamente attuativo e applicativo delle norme. Qualsivoglia *riduzionismo* porterebbe a estromettere il giurista dalla sua funzione, pratica e teorica, fondamentale, e quindi a espungere anche un’educazione e formazione, adeguatamente intesa, perché istruttiva della cardinale dimensione *processuale* della normatività. Il diritto dell’UE si rivela, così, il banco di prova e, al contempo, il ponte di lancio, per evidenziare i

e critica della regolazione sociale, 1, 12, 2016, 61-70, 63-64). In ragione di queste tendenze centrifughe, restie a una esigenza di mediazione, nel diritto è prevalsa “la soluzione contingente dei casi controversi proposti dall’esperienza sociale attraverso l’opera occasionale del legislatore, che emana sempre più diffusamente leggi-provvedimento, e del giudice, la cui giurisprudenza si cristallizza come repertorio di massime, mentre il giurista ha ormai perduto la sua funzione critica e appare incapace di andare oltre l’interpretazione della norma positiva o l’analisi della decisione giudiziale” (*ivi*, 64).

⁵⁰ In tal senso, “il diritto costituisce da sempre un fenomeno libero da qualunque potere, compreso quello dello Stato moderno, con la conseguenza che la didattica giuridica non può essere ridotta all’esegesi dei codici e delle sentenze o alla trasmissione di una pratica, ma implica una formazione intrinsecamente critica” (*ivi*, 65).

nodi negativi da risolvere e dipanare, e gli aspetti positivi da promuovere e sostenere, in chiave didattica.

Questo appiattimento sulla dimensione d'efficacia della regola giuridica, del *case by case*, della peculiare enfattizzazione del momento "terminale" dell'ampio processo formativo e "vitale" a cui la norma giuridica è sottoposta, può produrre, a livello di formazione e educazione giuridica, una erronea rappresentazione, su un piano anche strettamente fenomenico, di quella che è la realtà, appunto, eminentemente *processuale* del diritto. Come può risultare fallace una configurazione del diritto come realtà puramente astratta, composta di entità normative generali, da sussumere, in via acritica e priva di ostacoli, alla fattispecie concreta, così risulta poco edificante una visione che si diverte a popolare il paesaggio giuridico di una molteplicità di norme individuali e concrete⁵¹, che, a intervalli alterni, vengono create, di volta in volta, per rispondere alle esigenze o ai nuovi interessi emergenti (di natura precipuamente economica).

Del resto, della necessità di mantenere questo delicato equilibrio, fra *astrattezza* e *concretezza*, fra *generalità* e *individualità*, vi è testimonianza fin dalle prime riflessioni della storia della filosofia politico-giuridica occidentale. Platone, per esempio, nel *Politico*, pur nella consapevolezza che il soggetto fondamentale per assicurare la deliberazione delle leggi migliori non può che essere il politico stesso, "l'uomo regale dotato di intelligenza"⁵², munito di quell'arte regia capace di guardare e osservare la realtà nella sua profondità e nella sua essenza, e quindi abilissimo nel discernere le situazioni specifiche e il loro carattere peculiare che le contraddistingue da possibili soluzioni consimili, e che nel far ciò deve essere "sciolto" da vincoli legislativi o costituzionali generali che lo predeterminino – pur con questa consapevolezza, si diceva, il filosofo ateniese ritiene, per bocca dello Straniero e nell'interlocuzione con Socrate il Giovane, che la legge, nella sua dimensione generale e

⁵¹ Per una categorizzazione classificatoria delle norme giuridiche si rinvia al fondamentale contributo di N. BOBBIO, *Per una classificazione delle norme giuridiche*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di T. Greco, introduzione di R. Guastini, Torino, 2012, 5-22.

⁵² PLATONE, *Politico*, 294a8-9 (trad. it. e introduzione di P. Accattino, Roma-Bari, 1997, 109).

astratta, rivesta una indubbia utilità. Infatti, se è senz'altro corrispondente al vero che una legge non può “mai abbracciare con esattezza ciò che insieme è meglio e più giusto per tutti” e che “non potrebbe mai prescrivere il meglio”, dal momento che «le dissomiglianze tra gli uomini e tra le loro azioni e il fatto che nessuna delle cose umane goda, per così dire, di stabilità non permettono a nessuna tecnica, quale che sia, di esprimere in nessun campo qualcosa di semplice che valga per tutti e per tutto il tempo»⁵³, per quale motivo sembrerebbe comunque necessario, e difficilmente eludibile, porre, malgrado ciò, leggi generali, se l'operare della legge (generale e astratta) non risulta essere l'opzione migliore per la collettività? L'esempio a cui fa ricorso lo Straniero è noto, ma vale la pena di essere ricordato. Infatti, nell'argomentazione condotta si sottolinea, traendo esempi dalla dimensione sportiva e dall'esercizio della ginnastica nonché dall'arte medica, che, per un allenatore, la cosa migliore sarebbe allenare, individualmente, ciascun atleta, specificando le forme di allenamento e specializzando il singolo trattamento in base alle caratteristiche dell'atleta stesso – così come per il medico sarebbe fondamentale seguire il paziente individualmente, e non tramite terapie generalizzanti e generalizzate. Tuttavia, è possibile immaginare, suggerisce lo Straniero, che l'allenatore, o il medico, “sia in procinto di partire per un viaggio e di stare lontano dalle persone di cui si cura per un tempo che egli presume lungo”: in tal modo, “se è convinto che i suoi allievi o i suoi pazienti non ricorderanno le sue prescrizioni” scriverà loro “dei promemoria”⁵⁴, al fine di consentire agli atleti e ai pazienti di seguire le prescrizioni generali. Analogamente, in materia di giustizia e di contratti, secondo Platone, non si può fare a meno delle leggi, in virtù della loro capacità di stabilire un orizzonte comune entro cui gli individui possano porre in essere azioni eticamente e giuridicamente conformi, pur in mancanza di una guida che li segua in ogni frangente o lacerto di giornata. Questo, però – ed ecco che affiora la consapevolezza di un necessario *equilibrio* –, purché il legislatore possa eventualmente modificare o emendare le leggi che egli stesso aveva prodotte, così da rispondere, in ogni caso, alle nuove esigenze

⁵³ *Ivi*, 294a11-294b7 (trad. it. cit., 109).

⁵⁴ *Ivi*, 295c2-6 (trad. it. cit., 113).

emergenti. Si impongono, dunque, con chiarezza, le drammaticità e le difficoltà che lo iato fra norma generale-astratta e norma individuale-concreta produce, ammettendo come, per entrambi i corni della questione, sussistano valide ragioni, teoriche e pratiche, ma che, proprio per questo, la “verità” sta nella prudenza e nella accortezza di assicurare un delicato bilanciamento, sempre mutevole ma sempre necessario, e ogni volta differente, in base alle diverse prospettive concrete e alle plurime esigenze interpretative che reclamano un pieno soddisfacimento.

Tutto ciò per rimarcare, che, nella consapevolezza della problematicità del rapporto fra astrattezza e concretezza, fra generalità e individualità⁵⁵, il *senso* della norma non può che ravvisarsi nel suo divenire formativo che, per mezzo dell'interpretazione, si determina e si specifica, rispondendo nel modo più congruo alle situazioni di vita. E al giurista, o, ancor più, allo stesso giurista in formazione, è fondamentale instillare questa consapevolezza generale, che riposa proprio nella coscienza della dinamica intrinsecamente *processuale* della giuridicità: ché il diritto non è un dato accertabile una volta per tutte, che necessita di un'arida contemplazione dottrinale, ma esso richiede una decisa presa in carico, individuale e collettiva, per consentirne la sua più – stavolta sì – efficace esplicazione, nella ricerca di un equilibrio che eviti qualsivoglia estremismo, il quale non può non condurre ad astratte teorizzazioni prive di appiglio con la realtà e la prassi sociale.

5. *Funzione conservativa e funzione critica della didattica giuridica*

Da tale punto di vista, e questo è il secondo (e ultimo) crocevia fondamentale, la didattica giuridica si trova a poter svolgere due compiti, fra loro, in un certo senso, difficilmente componibili. Per un verso, essa può attivamente alimentare o, quantomeno, passivamente accettare

⁵⁵ Speculare a questa distinzione è quella che oppone un approccio scientifico allo studio del diritto e un approccio invece più orientato in chiave pratico-professionale. Bipartizione su cui si soffermava, per esempio, a suo tempo, Uberto Scarpelli, proponendo per la prima. Cfr. U. SCARPELLI, *L'educazione del giurista*, in *Rivista di diritto processuale*, XXIII, 1, 1968, 1-33, 22-23. Sul tema, cfr. M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, cit., 50 ss. e 64 ss.

una visione della giuridicità che sia estranea alle dinamiche fenomeniche e concrete di cui la realtà del diritto materialmente si compone, veicolando una concettualizzazione (ideologica) che rischia di costruire erroneamente il proprio oggetto, dando vita a ovvi e naturali problemi teorici, ma generando anche concreti “pericoli” sotto un profilo pratico e pragmatico. Si potrebbe dire che la didattica giuridica, nell’educazione del giurista, può incorrere nell’errore, potenziale, di frenare il processo che dovrebbe condurre alla consapevolezza, in capo al giurista in formazione, della *problematicità* intrinseca e ontologica della realtà giuridica – nel senso di realtà intimamente legata, come accennavamo nelle pagine precedenti, alla componente interpretativa e quindi frutto dei processi teorici che la inquadrano e, in tal modo, la legittimano –, svolgendo, in quest’ottica, una funzione, si potrebbe dire, puramente *conservativa*, perché tendente alla semplificazione dell’esperienza giuridica nei ranghi di opposti estremismi: la riduzione al *caso concreto* (troppo “terreno”, e per questo poco attento alle esigenze manifestate dai valori giuridici previamente esistenti e delineati in sede di principi generali), o la ipostatizzazione nell’*astrattezza del dato normativo* (troppo fluttuante, e poco legato alle dinamiche concrete degli interessi e delle esigenze sociali). La tendenza al riduzionismo può, in sede didattica, condurre a delle agevolazioni o facilitazioni, ma, certamente, può anche portarci verso errate configurazioni, che si possono ripercuotere nella stessa visione complessiva che il giurista (auto)edifica di se stesso, quale soggetto non meramente *tecnico*⁵⁶, ma soggetto culturale⁵⁷, impegnato in un’impresa collettiva⁵⁸, quale è l’intrapresa del diritto: da questa angolatura, quindi, la soluzione non risiede tanto (e soltanto) nello sfondamento della distinzione che divide studio teorico (cioè astratto e normativo) e studio pratico (cioè casistico) del diritto, quanto

⁵⁶ *Ivi*, 61.

⁵⁷ Su questa esigenza generale, poi articolata in varie prospettive, si vedano le riflessioni contenute in T. CASADEI, *Una didattica “senza frontiere”? Le trasformazioni del diritto e il mestiere di insegnare*, in *Quale formazione per quale giurista?*, cit., 77-93.

⁵⁸ In ciò contribuisce in modo sostanziale la dimensione dell’educazione civica e della cultura della cittadinanza. Cfr. L. MINGARDO, *Il diritto a imparare il diritto. Cultura della cittadinanza e istruzione giuridica nelle scuole superiori*, in *Calumet*, 11, 2, 2020, 13-36.

fra una traiettoria che scelga di concepire il diritto come *strumento* al servizio del potere, oppure come *pratica sociale* orientata a giustizia, ciò avendo un riflesso sulla stessa concepibilità dell'insegnamento giuridico:

se il diritto è concepito come uno *strumento* per conseguire fini che gli sono imposti dall'esterno (dal potere politico o economico) e che il giurista, teorico o pratico, deve subire passivamente [...], l'insegnamento del diritto sarà finalizzato, essenzialmente, a formare dei buoni tecnici del diritto, capaci di fornire strumenti giuridici adeguati per conseguire fini che non controllano. [...] Se, invece, il diritto è concepito come una *pratica sociale* orientata verso l'agire bene, secondo giustizia [...]

allora "l'apertura dell'insegnamento del diritto ai saperi che si interrogano sui fini della pratica giuridica diventa fondamentale"⁵⁹. Abbiamo visto, in questo senso, come una certa tendenza riduzionistica sembri contraddistinguere determinate manifestazioni giurisprudenziali e istituzionali dell'UE, e come ciò contraddica basilari istanze teoriche ormai acclamate nell'ambito della teoria e filosofia del diritto, ma ingeneri, altresì, importanti *vulnera* in chiave di tutela dei diritti fondamentali. Un orientamento che punti lo sguardo al diritto come pratica sociale orientata a fini di giustizia può contribuire a smussare queste asperità, schiudendo orizzonti favorevoli per un nuovo ruolo della scienza giuridica e del giurista, e, perciò, della stessa didattica impegnata nella formazione e nell'educazione giuridica.

Per altro verso, dunque, la didattica giuridica può assumersi l'impegno, ponderoso ma al contempo fondamentale e gratificante, di sviluppare nel giurista in formazione una coscienza critica che riesca a veicolare una concezione della giuridicità quale fenomeno strettamente correlato alle istanze culturali e sociali della società, alle urgenze politiche di volta in volta emergenti, alle esigenze morali che, ricorrentemente, affiorano e si ripropongono, nonché alle *positive* necessità economiche e di interesse che germinano nell'ambito collettivo, purché, però, di ciascuna di queste dimensioni non si offra una interpretazione, ancora una volta, riduzionistica, che conduca all'inquadramento del diritto entro un fenomeno più globale che lo ricomprenda. In questa chiave, come ab-

⁵⁹ M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, cit., 66.

biamo detto, alla didattica del diritto spetta un compito eminentemente *critico*. E proprio il fatto che il diritto dell'Unione europea presenti, in un certo grado, queste problematicità, ampiamente acclamate in letteratura e che coesistono assieme a valori e principi fondamentali che costituiscono la base, essenziale, della c.d. "società europea" di cui all'art. 2 TUE, può rappresentare, in sede di didattica del diritto, un utile esempio per mettere alla prova il giurista in formazione dinanzi a un diritto intrinsecamente connotato ideologicamente, ma non per questo meno presente ed efficace sul piano degli ordinamenti domestici, cogliendo altresì l'occasione per sviluppare e far conoscere, allo stesso tempo, un diritto – quale è il diritto dell'UE – che, proprio in virtù di questo elevato tecnicismo, sia giuridico-procedurale sia economico-contenutistico, non ha, probabilmente, a tutt'oggi, quel mordente e quella capacità di incidenza pratica sul comune *quivis de populo* – che può essere, agli albori e da principio, proprio un giurista in piena formazione, non ancora integrale padrone delle categorie giuridiche e dei suoi fondamentali strumenti ermeneutici –, che, viceversa, possono avere le norme di derivazione nazionale.

In tutto ciò, non possiamo non concludere sottolineando come ad alimentare questa esigenza *critica* alla base delle impostazioni della didattica del diritto non sembra possibile, *rebus sic stantibus*, trovare una disciplina migliore – quale è la disciplina filosofico-giuridica⁶⁰ –, nonché più adeguata e più attrezzata, sia a livello istituzionale sia a livello teorico, per fornire gli strumenti concettuali che possono consentire alla didattica del diritto di esprimere a pieno tutte le proprie potenzialità, rispetto al diritto euro-unitario. Così come non sembra di ravvisare diritto specifico migliore del diritto dell'Unione europea quale cruciale plesso normativo per mettere alla prova quelle istanze critiche a cui accennavamo, e per avviare il giurista al confronto con dinamiche giuridiche che, nella loro opacità – formale, procedurale, sostanziale, contenutistica –, ma anche nella loro cardinale centralità per il futuro degli Stati europei, possono rappresentare il terreno in cui la capacità critica

⁶⁰ Nonostante le discussioni, che, ormai da molto tempo, gravitano intorno a questa problematica. Cfr., per esempio, P. CALAMANDREI, *L'università di domani* (1923), *Magistratura, avvocatura, studi e insegnamento del diritto*, vol. II, Roma, 2019, 222-312, in particolare 225-226.

può esprimersi nelle sue forme più alte, contribuendo, proprio attraverso la *messa in crisi* di paradigmi apparentemente immutabili, al miglioramento progressivo⁶¹ degli istituti giuridici quali realtà storicamente determinate e, proprio per questo, suscettibili di intervento e di riforma verso sempre più solidi orizzonti di giustizia.

⁶¹ Cfr. M. LA TORRE, *Pretesa di progresso. Sull'evoluzione nel diritto*, Napoli, 2021.

DIDATTICA INCLUSIVA E INSEGNAMENTO DEL DIRITTO

Edoardo Messineo

1. Premessa: il perimetro dell'indagine

Il presente contributo ha l'obiettivo di indagare le questioni che attengono alla possibilità di pensare, ovvero di ripensare, l'insegnamento del diritto, alla luce dei c.d. principi di didattica inclusiva¹. Il riferimento è in particolar modo ai principi di progettazione universale noti anche come *Principles of universal design*². Tale modello di progettazione prende avvio dal lavoro di Ronald Mace, che ha cercato negli anni Settanta di trasformare radicalmente il pensiero sull'accessibilità dello spazio architettonico, e si è esteso inevitabilmente anche a quel filone della pedagogia che ha voluto guardare all'insegnamento come scienze della progettazione³.

In questo senso si è sviluppata la riflessione di Diana Laurillard – nella costruzione di quello che, come vedremo nelle battute finali di questo lavoro, definisce il *Conversational framework*⁴, inteso come il modello con il quale si possono analizzare le interazioni educative e i principali processi di apprendimento – la quale sottolinea che se è vero che «l'insegnamento è sempre stato considerato un'arte, perché richiede creatività e immaginazione (...) [in questo senso] l'insegnamento è

¹ Si veda A. MANGIATORDI, *Progettazione Universale come orizzonte, Universal Design for Learning come bussola*, in E.A. EMI (a cura di), *Costruire ambienti inclusivi con le tecnologie. Indicazioni teoriche e spunti pratici per una scuola accessibile*, Trento, 2023, 33 ss.

² R.L. MACE, *Universal design in housing*, in *Assistive technology*, 10, 1, 1998, 21 ss.

³ D. LAURILLARD, *Insegnamento come scienza della progettazione. Costruire modelli pedagogici con le tecnologie*, Milano, 2014.

⁴ *Ivi*, 127.

senza dubbio un'arte»⁵, dall'altra parte, non può non prendersi in considerazione il fatto che mentre

nelle arti tutto è lecito; l'imperativo è creare un'esperienza che abbia significato per i destinatari. Questo non è sufficiente per l'insegnamento: esso deve dare di più: l'imperativo per l'insegnamento è che gli allievi sviluppino conoscenze e capacità personali⁶.

In questo senso l'insegnamento viene visto non come una scienza teoretica ma come una scienza della progettazione, «perché usa ciò che dell'insegnamento è noto per raggiungere il proprio scopo – l'apprendimento degli studenti – e mentre implementa i progetti, continua a migliorarli»⁷.

D'altro canto va sottolineato che le questioni attinenti all'insegnamento del diritto hanno costituito nel contesto continentale un tema sostanzialmente negletto dall'interesse di ricerca della comunità scientifica e che solo nell'ultimo decennio hanno acquisito una centralità strategica⁸. Eppure è vero che già il legislatore del *Code civil* si occupava di insegnamento del diritto: di fatto la legge 22 ventoso anno XII, n. 3678 stabiliva che, in seguito alla approvazione del nuovo codice, le scuole di diritto avrebbero insegnato il diritto civile francese seguendo l'ordine

⁵ *Ivi*, 15.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ivi*, 16.

⁸ Si vede nella letteratura più recente L. SILIQUINI-CINELLI, *Scientia iuris. Knowledge and experience in legal education and practice from the late Roman republic to artificial intelligence*, Cham, 2024; B. PASCIUTA, L. LO SCHIAVO (a cura di), *La formazione del giurista: contributi a una riflessione*, Roma, 2023; G. VIGGIANI (a cura di), *La didattica del diritto: paradigmi, casi, esperienze*, Milano, 2022; V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, Pisa, 2021. Si veda poi il fasc. 1 dei *Quaderni Costituzionali*, 2024 e in particolare i contributi di P. SEVERINO, *Teoria e pratica nella moderna educazione giuridica*, 15 ss.; F. CORTESE, *Essere e formare giuristi nella università in continua trasformazione*, 94 ss.; V. ZENO ZENCOVICH, *Ibridare diritto e pedagogia*, 119 ss. Si rimanda anche al fasc. 1 di *Diritto&Questioni pubbliche. Rivista di filosofia del diritto e cultura giuridica*, 2021 e in particolare al contributo di A. SCHIAVELLO, *L'educazione del giurista contemporaneo*, 105 ss.; nella medesima rivista al fasc. 2 del 2020 deve richiamarsi il contributo di M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, 231 ss.

stabilito dalla nuova legislazione. In sostanza il legislatore napoleonico intuisce che la sua concezione statualista del diritto – esaltata dalla centralità del potere legislativo quale detentore del potere politico, in una struttura che lo vede sovraordinato rispetto agli altri due poteri dello Stato – non possa trovare una congrua realizzazione se non accompagnata da una specifica tecnica di insegnamento, secondo quel metodo che sarà noto come *esegesi*, in forza della quale veniva di fatto orientato anche l'approccio scientifico della comunità degli interpreti⁹.

È vero d'altro canto, che lo stretto legame che quell'approccio aveva delineato è stato oggetto di una messa in discussione¹⁰ e ciò ha determinato una sostanziale modifica dell'approccio all'insegnamento del diritto che per certi versi si muove verso una didattica di tipo innovativo in cui al docente viene attribuito un ruolo di «mediatore e facilitatore dei contenuti e delle competenze chiamate in causa nel processo di apprendimento»¹¹.

In questa dimensione emerge che le strategie didattiche che meglio si attagliano all'obiettivo di costruire lo studio del diritto, nella dimensione di una comunità di apprendimento e ricerca, passano necessariamente attraverso la strada del *cooperative learning*¹², che sostanzialmente permette la creazione di forme di co-costruzione del sapere¹³.

⁹ P. CHIASSONI, *Scuola dell'esegesi. Progetto per un "Vademecum" giuridico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2003, 337.

¹⁰ In questo senso può leggersi il ripensamento del metodo *ex cattedra* attraverso l'inserimento delle c.d. cliniche legali per la cui analisi si rimanda al fasc. 2 della *Rivista di filosofia del diritto*, 2019 edita con il titolo *Le cliniche legali: una prospettiva filosofico-giuridica*, a cura di A. Schiavello.

¹¹ V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, cit., 81, 82.

¹² In questo senso S. ZULLO, *La didattica del diritto tra teorie dell'apprendimento, orientamenti pedagogici e strategie dell'insegnamento scolastico*, in V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, cit., 81 sottolinea che il *cooperative learning* rappresenta una specifica strategia didattica «per consentire agli studenti di applicare le proprie risorse cognitive relazionali, emotive, progettuali in situazioni reali», esso si configura come una forma di didattica innovativa il cui pregio «risiede nel fatto che la lezione in aula si costituisce non solo come spazio di trasmissione dei saperi ma anche come comunità di apprendimento e di ricerca».

¹³ In questa dinamica va sottolineato che lo stesso luogo in cui l'opera educativa abita, l'aula, cambia la sua funzione, non più luogo sicuro «che di solito si traduce nel

La notazione non è di poco momento in quanto si cercherà di dimostrare che il concetto di didattica inclusiva inevitabilmente pone al centro la progettazione inclusiva che ha al suo cuore il concetto di partecipazione¹⁴.

Se questo è il quadro introduttivo, in relazione al quesito che ci siamo posti, che è quello relativo alla possibilità di ripensare l'insegnamento del diritto alla luce dei principi di didattica inclusiva, il discorso sarà articolato seguendo una logica tripartita.

E cioè sarà necessario in prima battuta individuare la questione della istruzione come diritto fondamentale dell'individuo, questione che è affrontata proprio con riferimento alle persone con disabilità da Nussbaum nel capitolo terzo del suo "Le nuove frontiere della giustizia"¹⁵.

In seconda battuta sarà necessario affrontare la questione della diversità degli individui con riferimento al concetto di *social efficiency* che emerge nel nono capitolo di democrazia ed educazione di John Dewey¹⁶.

professore che tiene le proprie lezioni a un gruppo di studenti tranquilli, che rispondono solo quando interpellati... [ma] ambiente democratico in cui tutti sentono la responsabilità di contribuire» (B. HOOKS, *Insegnare a trasgredire. L'educazione come pratica di libertà*, Milano, 2020, 71, 72).

¹⁴ *Ivi*, 66. Il tema della partecipazione attiva come perno dei processi educativi emerge limpidamente negli studi di Paolo Freire e di bell hooks e rappresenta una forma di superamento dell'educazione depositaria intesa come «quell'approccio all'apprendimento radicato nell'idea che tutto ciò che gli studenti devono fare sia assorbire le informazioni fornite loro da un docente, essere in grado di memorizzarle e ricordarle» (B. HOOKS, *ivi*, 46). In particolare l'Autrice riflette sulla propria esperienza di insegnante a partire dall'insegnamento di Freire e sottolinea che «è stata l'insistenza di Freire sull'idea di educazione come pratica di libertà che mi ha incoraggiato a creare strategie per quella che chiama "coscientizzazione" della classe. Traducendo quel termine in consapevolezza critica e impegno, entravo nelle aule con la convinzione che fosse fondamentale per me e per ogni altro studente partecipare attivamente, non consumare passivamente» (*ibidem*).

¹⁵ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, Bologna, 2006, spec. cap. III.

¹⁶ J. DEWEY, *Democrazia e educazione. Un'introduzione alla filosofia dell'educazione*, a cura di G. Spadafora, Roma, 2020.

Infine dal quadro teorico di riferimento si cercherà di distillare alcune prospettive pratiche che afferiscono alla questione della progettazione didattica che tenga conto delle esigenze delle persone con disabilità¹⁷.

2. *Disabilità e fioritura didattica*

Quanto al primo punto vanno segnalati alcuni aspetti. Se l'approccio delle capacità è definito dalla Nussbaum come luogo di riflessione per provare a rispondere alla domanda su «che cosa può fare ed essere ciascuna persona», l'Autrice articola un elenco di capacità che stabiliscono delle «sfere di libertà talmente fondamentali che la loro rimozione renderebbe una vita non all'altezza di essere vissuta»¹⁸.

In questo senso l'A. riprende da Sen la definizione per cui

la capacità di una persona riguarda le combinazioni alternative di funzionamenti che è possibile realizzare. Capacità è dunque un tipo di libertà: la libertà sostanziale di conseguire combinazioni alternative di funzionamenti¹⁹.

Ed è a questo punto che l'A. distingue fra capacità interne e capacità combinate: queste ultime non rappresentano una mera somma delle prime, proprio perché anche le capacità interne «sono caratteristiche e abilità acquisite o sviluppate, in interazione con l'ambiente sociale, per

¹⁷ La questione riguarda specificamente il rapporto fra principio di accessibilità e accomodamenti ragionevoli per i quali si veda nella vasta letteratura S. ROSSI, *L'accessibilità come diritto sociale delle persone disabili*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2019, 399 ss.; D. FERRI, *L'accomodamento ragionevole per le persone con disabilità in Europa: da Transatlantic borrowing alla Cross-Fertilization*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2, 2017, 381-420. Sulle condizioni di disabilità si veda poi M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disability studies*, Torino, 2016; D. PICCIONE, *Costituzionalismo e disabilità. I diritti delle persone con disabilità tra Costituzione e Convenzione ONU*, Torino, 2023. Con riferimento alle tematiche che attengono specificamente alla progettazione didattica si veda R. MEDEGHINI ET AL., *Disability studies, emancipazione, inclusione scolastica e sociale, cittadinanza*, Trento, 2013.

¹⁸ M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, Bologna, 2012, 26.

¹⁹ *Ivi*, 28.

cui non è possibile pensare ad una società che produca capacità combinate senza produrre capacità interne»²⁰.

Il punto è interessante perché l'A. segnala che la società potrebbe benissimo produrre capacità interne ma limitare la possibilità di funzionare in sintonia con tali capacità²¹.

Ora potremmo pensare che proprio questo sia il problema che si lega alla questione della istruzione per le persone con disabilità. Il problema, potremmo dire, riguarda il combinato di tre delle capacità che Nussbaum individua come centrali e cioè "sensi, immaginazione e pensiero"²², "ragion pratica"²³ e "appartenenza"²⁴. È infatti importante sottolineare che Nussbaum rifiuta la possibilità di adattare la lista politica delle capacità per quelli che lei definisce i cittadini con menomazioni mentali e questo perché l'adattamento della lista si sostanzierebbe in una esclusione della persona con disabilità da determinate possibilità di

²⁰ *Ivi*, 29.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ivi*, 39, l'A. definisce questa capacità come «poter usare i propri sensi, poter immaginare, pensare e ragionare, avendo la possibilità di farlo in modo "veramente umano", ossia in un modo informato e coltivato da un'istruzione adeguata, comprendente alfabetizzazione, matematica elementare e formazione scientifica, ma nient'affatto limitata a questo. Essere in grado di usare l'immaginazione e il pensiero in collegamento con l'esperienza e la produzione di opere autoespressive, di eventi, scelte autonome, di natura religiosa, letterari, musicale e così via. Poter usare la propria mente tutelati dalla garanzia di libertà di espressione rispetto sia al discorso politico che artistico, nonché della libertà di culto. Poter fare esperienze piacevoli ed evitare dolori inutili».

²³ *Ivi*, 40, l'A. definisce questa capacità come «essere in grado di formarsi una concezione di ciò che è bene e impegnarsi in una riflessione critica su come programmare la propria vita (ciò comporta la tutela della libertà di coscienza e di pratica religiosa)».

²⁴ *Ibidem*, l'A. definisce questa capacità come «a) Poter vivere con gli altri e per altri, riconoscere e preoccuparsi per gli altri essere umani; impegnarsi in varie forme di interazione sociale; essere in grado di immaginare la condizione altrui (proteggere questa capacità significa proteggere istituzioni che fondano e alimentano tali forme di appartenenza e anche tutelare la libertà di parola e di associazione politica). b) Disporre delle basi sociali per il rispetto di sé e per non essere umiliati; poter essere trattati come persone dignitose il cui valore eguaglia quello altrui. Questo implica la tutela contro la discriminazione in base a razza, sesso, tendenza sessuale, religione, casta, etnia, origine nazionale».

funzionamento: si confonderebbe un impedimento sociale come un ostacolo naturale, una barriera cioè non modificabile²⁵.

Necessariamente il discorso che nasce dal problema della possibilità di adottare una differente lista delle capacità trova spazio proprio nella riflessione sul diritto all'istruzione ove l'Autrice, ripercorrendo il discorso portato avanti dalla giurisprudenza e dalla legislazione statunitense e che culmina nella adozione dell'*Individual with disabilities education act*, segnala che in questo caso

la legge non considera i vari tipi di persone con disabilità come una classe di persone senza volto, ma stabilisce che essi sono di fatto individui con bisogni variabili cui deve corrispondere un programma di istruzione individualizzata ma non escludente tale cioè da non determinare quella forma di stigmatizzazione che incidendo sulla capacità di appartenenza crea svantaggi corrosivi²⁶.

Al contrario il funzionamento fecondo (categorie queste ultime che l'A. riprende da Wolf e De Shalit)²⁷ sarebbe conseguente a un ampio inserimento di questi bambini all'interno di un ambiente quanto meno restrittivo possibile.

E qui Nussbaum compie una riflessione molto interessante che dall'analisi del nostro primo punto ci conduce al secondo.

3. Istruzione e società democratica

L'A. infatti proprio con riferimento all'IEP, *Individualized Education program*, svolge una critica affermando che

da un punto di vista concettuale, il problema più rilevante che queste normative comportano potrebbe sembrare il fatto di distinguere ancora fra bambini con menomazione mentale come una categoria a parte e di affermare che per essi l'istruzione dovrebbe essere individualizzata e intesa a promuovere le capacità umana ... [in realtà, sottolinea l'A.] questo dovrebbe essere ovviamente lo scopo di qualunque sistema sco-

²⁵ M.C. NUSSBAUM, *Le nuove frontiere della giustizia*, cit., 206, 209.

²⁶ *Ivi*, 223.

²⁷ M.C. NUSSBAUM, *Creare capacità*, cit., 96, 97.

lastico per ogni bambino... in realtà, [cioè] il bambino normale non esiste, vi sono invece bambini, con capacità e impedimenti vari e tutti quanti hanno bisogno di un'attenzione individualizzata affinché le proprie capacità siano sviluppate²⁸.

Ora la questione della individualizzazione didattica è proprio un tema che emerge all'interno del nono capitolo di *Democrazia e educazione*²⁹ all'interno del quale Dewey, attraverso l'articolazione di una critica all'Emile di Rousseau e alla sua teoria dell'educazione come sviluppo naturale, sviluppa una duplice linea di pensiero tesa da una parte a mettere in rilievo la diversità dello sviluppo educativo di ogni individuo (che riprende dall'idea di Rousseau per cui ogni individuo presenta un carattere specifico rispetto a quello degli altri individui), dall'altra, risignifica il rapporto fra natura e cultura, nella dimensione in cui quest'ultimo, nella declinazione rousseviana, era visto in una dimensione degenerativa³⁰.

E infatti questa possibilità di risignificazione si sostanzia nel concetto di *social efficiency* che (nella interpretazione che ne dà la letteratura)³¹ si riferisce all'idea che ogni individuo per poter crescere nella sua specifica individualità non può prescindere dalla relazione con gli altri e cioè

social efficiency is nothing less than socialization of mind which is actively concerned in making experiences more communicable; in breaking down barriers of social stratification which make individuals impervious to the interests of the others³².

Ed è proprio a questo concetto di efficienza sociale che si coniuga, nei capitoli finali, al riferimento alla possibilità di intendere l'individua-

²⁸ *Ivi*, 228, 229.

²⁹ J. DEWEY, *Democrazia e educazione. Un'introduzione alla filosofia dell'educazione*, cit., 215 ss.

³⁰ In questo senso ci si riferisce all'interpretazione di G. SPADAFORA, *Democracy and Education. L'educazione centro di annodamento del pensiero di John Dewey*, in J. DEWEY, *Democrazia e educazione. Un'introduzione alla filosofia dell'educazione*, cit., 44, 45.

³¹ *Ivi*, 46, 47.

³² J. DEWEY, *Democracy and Education*, Hazleton (PA), 2001, 126.

lità non nel senso del “think for one’s self” ma nel senso più significativo di una variazione e irripetibilità che caratterizza l’esperienza dell’uomo nel mondo. Questa specificità rappresenta il senso della democrazia intesa come *way of life*³³. Su queste basi la scuola democratica si regge essenzialmente su due principi:

1. l’educazione dell’individuo deve svolgersi all’interno di un ambiente organizzato che possa promuovere una specifica esperienza educativa;
2. questa esperienza, che è guidata e condizionata da specifici aspetti ambientali, tecnologici e sociali, deve orientare lo studente ad uno specifico progetto di vita³⁴.

4. Disability studies in education ed educazione inclusiva

E veniamo così al terzo punto che è quello della educazione inclusiva per come è stata delineata dall’approccio dei *Disability studies in education*³⁵. Questo approccio pedagogico ha inevitabilmente segnato uno degli aspetti più interessanti del passaggio dal modello medico³⁶ (fondato sul binomio disabilità-patologia individuale) a quello bio, psico-sociale³⁷ con riguardo alla costruzione della identità della persona disabile. In questa dimensione Slee e Allan³⁸ hanno sottolineato come, e in questo senso sembrano confermare gli impianti teorici di Nussbaum e Dewey, «l’educazione inclusiva non si occupa di una minoran-

³³ G. SPADAFORA, *Democracy and Education. L’educazione centro di annodamento del pensiero di John Dewey*, cit., 47.

³⁴ *Ivi*, 51.

³⁵ Si veda per una ricostruzione S. D’ALESSIO, *Disability studies in education: implicazioni per la ricerca educativa e la pratica scolastica italiane*, in R. MEDEGHINI ET AL., *Disability studies, emancipazione, inclusione scolastica*, cit., 104. L’Autrice evidenzia che l’obiettivo dei DSE «è far emergere come la disabilità sia interpretata in ambito educativo e come tale interpretazione possa determinare il mantenimento o meno di forme di discriminazione e di marginalizzazione».

³⁶ Si veda M.G. BERNARDINI, *Disabilità, giustizia, diritto*, cit., 10.

³⁷ *Ivi*, 194, con riguardo alla svolta costituita in questo senso dalla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità del 2006.

³⁸ R. SLEE, J. ALLAN, *Excluding the includend. A reconsideration of inclusive education*, in *International Studies in Sociology of Education*, 2001, 173-192.

za che deve essere inclusa in un contesto dal quale è rimasta esclusa... [al contrario] tende a rendere inclusivi i contesti [di apprendimento], a partire dalla struttura architettonica fino ad arrivare alle pratiche didattiche»³⁹, superando il modello della c.d. inclusione condizionale – una politica che Slee definisce “perversa” – e che si concretizza nel concetto di adattamento dei curricula e dei percorsi scolastici secondo la logica della specialità. È questo che genera forme di “micro esclusione” nella dimensione in cui «per alcuni alunni è richiesta una certificazione per poter avere le stesse opportunità offerte al loro compagno di banco»⁴⁰, evidenziando così come la proposta educativa non venga sin da principio pensata per tutti⁴¹.

È sulla base di queste premesse che il riferimento si appunta sulla modalità con cui sono strutturati gli spazi di apprendimento al fine di garantire a tutti i discenti possibilità e opportunità di apprendimento.

Ed emerge qui quel riferimento all’insegnamento come scienza della progettazione cui si è fatto riferimento in esergo. Si era anticipato infatti che guardare all’insegnamento come scienza della progettazione significa individuare i principali processi di apprendimento cui sono legati determinati *pattern* didattici⁴². Il riferimento è in questo caso al modello del *Conversational Framework* che è inteso come modalità per rappresentare nella maniera più semplice possibile il ruolo giocato da insegnanti e discenti all’interno di sei processi di apprendimento: l’acquisizione; l’investigazione; la pratica; la discussione; la collaborazione; la produzione.

A ogni processo di apprendimento corrispondo determinati pattern didattici che articolano il singolo processo.

L’impostazione in discussione, utilizzata come possibilità di riflessione sull’insegnamento del diritto, riarticolato secondo i processi che abbiamo indicato, potrebbe essere pensato nel rispetto dei principi di *universal design for learning* che si sostanziano in tre esigenze: fornire

³⁹ S. D’ALESSIO, *Disability studies in education*, cit., 110.

⁴⁰ *Ivi*, 113.

⁴¹ In questo senso sembra interessante ripensare la classe come luogo per riconoscere il valore a ogni singola voce in questo senso il richiamo è a B. HOOKS, *Insegnare a trasgredire*, cit., 73.

⁴² D. LAURILLARD, *Insegnamento come scienza della progettazione*, cit., 140.

molteplici forme di rappresentazione; fornire molteplici forme di azione ed espressione; favorire molteplici forme di coinvolgimento e motivazione⁴³.

I tre principi inevitabilmente rivestono un ruolo chiave nel riconoscere spazi di autonomia sia sul piano operativo-produttivo, che riguarda la realizzazione diretta di azione, sia sul piano decisionale, cioè della finalizzazione dei comportamenti, di scelta e di organizzazione e controllo: aspetti questi ultimi che implementano la possibilità di partecipazione dei discenti alla co-costruzione dell'opera educativa.

⁴³ A. MANGIATORDI, *Progettazione Universale come orizzonte. Universal Design for Learning come bussola*, cit., 39.

FORMAZIONE DEL GIURISTA E INCLUSIVITÀ. PER UNA SCIENZA GIURIDICA DIASTEMICA

Elena Siclari

1. Il presente contributo si incardina in una più ampia indagine che coinvolge il giurista in un processo di formazione dinamico e in continua evoluzione; l'obiettivo è quello di focalizzare l'attenzione su una scienza giuridica sempre più "diastemica" (utilizzando il lessico di François Jullien) caratterizzata da continue trasformazioni che fanno sì che la stessa "fuoriesca" da una logica prettamente "sistemica" del diritto legato a una immagine molto moderna della giuridicità¹.

A tal fine, risulta necessario un confronto tra passato, presente e prospettive future, passando dalla tradizione all'innovazione intesa come metodologia applicativa all'interno di una riflessione sul modo in cui una scienza lavora con gli "strumenti intellettuali" di cui dispone².

Lo studio, in quest'ottica, intende proiettarsi verso una formazione che sia pienamente "inclusiva" e capace di coinvolgere il giurista in un processo mirato a valorizzarne le capacità oltre che ad aumentarne le competenze.

Pensare al diritto in chiave inclusiva significa ripensare la struttura stessa del diritto e considerarla non più in senso verticale ma in senso orizzontale, intendendo, usando la nota formulazione di Hanna Arendt,

¹ P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017, 19 ss.; ID., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 3, 26 ss.; ID., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998. Cfr. F. RICCOBONO, *I diritti e lo Stato*, Torino, 2005; AA.VV., *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2008, 31 ss.

² G. CARCATERRA, *Presupposti e strumenti della scienza giuridica*, Torino, 2012; A. PUNZI, *Prudentia iuris. Materiali per una filosofia della giurisprudenza*, Torino, 2016.

il diritto quale spazio pubblico di confronto³ tra mondo virtuale/tecnologico e mondo giuridico⁴.

Ragionare in questi termini riporta il giurista, grazie agli strumenti che ha a disposizione, a ripensare il diritto non come forma fissata ma come formatività pronto alle sfide che la contemporaneità gli pone⁵.

In tal senso, sarebbe opportuno, tracciare un itinerario che parta da un primo e basilare interrogativo: *in che termini oggi è possibile parlare di una formazione giuridica inclusiva inserita in una scienza giuridica sempre più “diastemica”?*

Per ben comprendere, appare utile muovere dallo studio dell’alterità e dalle sue molteplici sfumature e Jullien, proprio in questa direzione, invita a riflettere su alcune dimensioni che consentono di approfondire l’alterità nella sua complessità; tra queste, rilevante, risulta una dimensione che lui stesso individua con la proposizione *tra*; proposizione che indica uno “spazio di incontro”⁶ *tra* culture differenti, *tra* soggetti, *tra* diversi, in cui non vi è identificazione, né assimilazione, né alienazione⁷, bensì uno spazio in cui si genera uno *scarto*⁸ che rende possibile la *cooperazione*⁹.

Ma cosa si intende per *scarto*? E cosa si intende per *cooperazione*? “Fare”, nel senso di produrre e operare, uno scarto significa uscire dalla norma, operare uno spostamento rispetto a ciò che è convenzionale, significa mettere in tensione, generare un *tra*¹⁰; un *tra* che non annichilisce ma valorizza l’altro, il diverso, proprio perché inizia a considerarlo come *risorsa*¹¹ ricca di *fecondità* mantenendo la sua alterità¹².

³ H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2017, 78 ss.

⁴ B.-C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Bologna, 2015, 22 ss.

⁵ D.M. CANANZI, *Formatività e norma*, Torino, 2018, 104 ss.

⁶ F. JULLIEN, *L’apparizione dell’altro*, Milano, 2018, 128 ss.

⁷ P. RICOEUR, *Tolleranza, intolleranza, intollerabile*, Brescia, 2024, 51.

⁸ F. JULLIEN, *Contro la comparazione*, Milano-Udine, 2014; ID., *Nourrir sa vie*, Paris, 2005.

⁹ François Jullien si è occupato della comparazione/non comparazione tra culture differenti (in particolare quella occidentale e quella cinese); cfr. F. JULLIEN, *Entrare in un pensiero*, Milano-Udine, 2016.

¹⁰ F. JULLIEN, *Contro la comparazione*, Milano-Udine, 2014, 44 ss.

¹¹ F. JULLIEN, *L’identità culturale non esiste*, Torino, 2018, 2.

¹² *Ibidem*.

Un *tra* che rende possibile l'incontro con l'altro in modo che vengano abbattute le barriere che tendenzialmente si innalzano tra soggetti e vi sia un costante dialogo e confronto tra gli stessi.

Viene in luce così anche la *cooperazione* intesa come “luogo non luogo”¹³ in cui si applica il diritto nella sua attuazione più spontanea (per riprendere Enrico Paresce)¹⁴ facendone emergere la struttura alterizzata del soggetto di diritto che si potrebbe riassumere nella formula: *il diritto non è costrizione ma relazione*¹⁵; il diritto necessita della presenza dell'altro e della relazione con l'altro per poter esercitare la sua essenza caratterizzata da “misura” e “regolatezza” che si contrappongono alla violenza e alla costrizione¹⁶.

La coppia luogo/non luogo è uno strumento di misura del grado di socialità e di simbolizzazione del diritto¹⁷ che pertanto opera in uno spazio che si potrebbe definire relazionale.

Le forme di attuazione spontanea del diritto invitano a pensare la giuridicità in quell'aspetto «dinamico, vitale e mai fisso, che connette strettamente la formatività del diritto alla formatività dell'uomo»¹⁸ svelando l'essenza stessa del diritto che sorge dalla vita e dalla relazione con l'altro¹⁹.

Ciò che caratterizza tale relazione è l'assenza di finalità; si fuoriesce dalla logica del *do ut des* e si entra in una logica fondata su ciò che Ricoeur qualifica di “mutuo riconoscimento”, basato appunto non sull'uti-

¹³ È molto nota la qualificazione che ne rende M. AUGÈ, *Non-lieux*, Paris, 1992, qui ripresa oltre il contesto anonimamente tipico del non luogo augeiano.

¹⁴ E. PARESCÉ, *Genesi ideale del diritto. Saggio sull'attuazione spontanea del diritto e la sua creatività*, Milano, 1956, 111 ss.

¹⁵ D.M. CANANZI, *Formatività e norma*, Torino, 2018, 104 ss.; Id., *Percorsi ermeneutici di filosofia del diritto*, Torino, 2016; cfr. anche T. GRECO, *La legge della fiducia*, Roma-Bari, 2021; S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 2018.

¹⁶ S. COTTA, *Perché la violenza? Una interpretazione filosofica*, Brescia, 2018, 97 ss.

¹⁷ Cfr. M. AUGÈ, *Non-lieux*, cit.

¹⁸ *Ivi*, 122.

¹⁹ Sulla vitalità e la dinamicità della vita e dunque anche del diritto, cfr. F. JULLEN, *Vivre enfin*, Paris, 2025, 23 ss.

lità e sul dare al fine di ricevere, ma sulla gratuità intesa come un dare senza pretendere nulla in cambio²⁰.

Tale logica, tipica dell'incontro con l'altro, richiama il *Tra* di Jullien, il quale rinvia sempre ad altro da sé, un sé che non possiede alcuna essenza, non ha nulla di proprio, non concede identificazione, non è mai fermo²¹.

Jullien utilizza, per dar forma al *tra*, il verbo *trattenere*, un *tenere tra* e per ben spiegare questo tipo di relazione utilizza una dimensione ancora più profonda che è quella dell'*intimità*²².

Potrebbe sembrare, in prima approssimazione, che parlare di intimità ricondurrebbe a un approccio orientato dal e al "sentimentale", con riferimento alla relazione che si instaura tra amanti o che svela il rapporto col sé profondo di ciascuno; in realtà, proprio seguendo l'analisi jullieniana, emerge l'originalità di intendere l'intimità con riferimento allo studio sull'alterità poiché, come scrive, «intimità è ciò che più profondamente unisce all'altro e porta alla condivisione con esso»²³.

L'intimità da Jullien è intesa come un uscire da sé per comprendere l'altro e sé stesso. La struttura dell'intimità e dell'incontro è una struttura fortemente contraddittoria poiché è problematica e feconda, allo stesso tempo

mantiene lo scarto (dell'alterità) mentre pone in presenza, conducendo al "più vicino", lì dove libera la propria potenza, incontenibile, di effrazione. L'io non vi è riassorbito ma nei bordi dell'incontro viene *de-bordato*²⁴.

De-bordato da cosa? Dalla limitazione del sé e dallo sprofondamento in quello stesso sé. Tale movimento genera uno spazio che non è al-

²⁰ Cfr. P. RICOEUR, *Parcours de la reconnaissance*, Paris, 2004.

²¹ F. JULLIEN, *Contro la comparazione. Lo scarto e il tra contro l'accesso all'alterità*, Milano-Udine, 2014, 12-13.

²² F. JULLIEN, *Sull'intimità*, Milano, 2014, 21-22. Interessante come Jullien in queste intense pagine tratti il tema dell'intimità legandolo al Tra. Ciò che conta non è il valore dell'uno o dell'altro di noi ma il fatto che decidiamo di aprire tra di noi la risorsa dell'intimità.

²³ *Ivi*, 17 ss.

²⁴ F. JULLIEN, *L'apparizione dell'altro*, cit., 133.

tro che lo spazio della autenticità di ciascuno che consente di costruire un noi «l'altro, il Fuori, che scava all'interno di me l'intimo e lo rileva»²⁵.

È possibile ampliare tale riflessione con particolare attenzione alla formazione del giurista; significherebbe ripensare la struttura del giurista in continua formazione, appunto²⁶, non più come una struttura chiusa ma come una struttura aperta, intima, che si stacca dal *sistema* (legato al proprio io, *egoità*) e diviene *diastema* (che necessita dell'altro, *alterità*). Il *dia-stema* è:

ciò che permette di tener, ma non per accordo e complementarietà come fa il *sistema*, che ha celebrato fin troppi trionfi ed è ormai defunto; al contrario, il *diastema* lo fa attraverso lo scarto che apre un *tra* fra gli elementi li mette in tensione: come trave centrale della struttura fa tenere, *intra-tiene* in senso proprio, l'intero edificio grazie alla tensione del *tra*, in un senso tecnico e non figurato²⁷.

Diastema, in questi termini viene inteso come il giuridico scientificamente approcciato ma che presta attenzione al vissuto del giurista, soprattutto dopo la modernità; una trasformazione che ha riguardato in particolar modo il contributo che il giurista è chiamato a offrire nel processo di produzione e applicazione delle norme e anche il ruolo sociale e culturale che occupa nella società²⁸.

Ciò significa pensare il diritto e la scienza giuridica nella sua complessità staccandosi dalla pretesa di comprenderli in una totalità singolare, quindi sistemica, che piuttosto che valorizzarne le caratteristiche abolirebbe il valore stesso delle singolarità e degli scarti differenziali, e avvicinarsi invece a un approccio diastematico in cui il *dia-stema* rappresenta ciò che valorizza le fecondità delle risorse differenti, pur mantenendo la possibilità di una coerenza di fondo, nella loro polarità²⁹.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Cfr. A. PUNZI, *Diritto in formazione*, Torino, 2018.

²⁷ F. JULLIEN, *Contro la comparazione. Lo "scarto" e il "tra"*, Milano-Udine, 2014, 67.

²⁸ A. PUNZI, *Prudentia iuris*, Torino, 2016, 4 ss.

²⁹ F. JULLIEN, *Contro la comparazione*, cit., 93.

2. Il giurista oggi, è infatti chiamato a operare in un contesto particolarmente delicato per le sue continue trasformazioni, e pertanto necessita di una capacità che gli consenta di avere uno sguardo fisso sulle strutture portanti del diritto, di una regolamentazione sempre meno rigida e di una giurisdizione sempre più multilivello³⁰; al contempo, però, deve essere pronto al cambiamento e la formazione, non a caso diventata ormai “formazione costante”, non può non tenere conto di questo e anzi diventare un tassello fondamentale capace di introiettare la logica inclusiva nei suoi percorsi.

Affinché si possa parlare di formazione giuridica inclusiva non si può prescindere dal considerare l'altro come *risorsa*, e per far questo occorre “scoprirlo” dal *di dentro*³¹: tale operazione vale anche per il giurista che per essere effettivamente “formato”, nel senso di capace di cogliere le esigenze del tempo, non basta che conosca gli apparati e gli strumenti normativi ma occorre che li studi *dal di dentro* comprendendo così effettivamente il concetto di inclusività in chiave giuridica.

È necessario partire dal presupposto che l'altro che sta fuori di me, si può scoprire (nel senso di far scaturire) solo osservandolo con i suoi occhi e grazie a questa operazione di osservazione è possibile *comprendere* prima se stessi e poi gli altri.

A tal fine risulta interessante fare riferimento all'opera ricoeuriana *Soi-même comme un autre* dalla quale emerge un'indagine del “come” il sé diviene sé stesso proprio grazie alla relazione con l'altro e del “chi” che il sé stesso attesta con la propria esistenza (ex-istenza in Julien) relazionata poiché alterizzata³².

Tali riferimenti consentono di delineare la struttura alterizzata del soggetto grazie alla quale si assume un'ottica pienamente inclusiva; *ma in che termini la struttura alterizzata consentirebbe al soggetto, o meglio ancora nel caso specifico al giurista, di assumere un'ottica inclusiva?*

³⁰ Cfr. G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022.

³¹ *Ibidem*.

³² Cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 2015. Sulla logica della reciprocità si vedano dello stesso autore anche: *Philosophie de la volonté*, Paris, 2009; *Amour et Justice*, Paris, 2008. Si veda inoltre V. BUSACCHI, G. COSTANZO (a cura di), *Paul Ricoeur et «les proches»*, Torino, 2016.

La struttura alterizzata consente al giurista di assumere una visione non più legata a un sé narcisistico che si chiude in un proprio “sistema” di norme e apparati, ma a un io che invece si apre all’altro e volge verso una visione “diastemica” del diritto che va oltre la sua semplice “osservazione”.

Andando oltre in questa direzione, è possibile parlare di inclusività poiché aprendosi a nuove prospettive e a nuovi orizzonti di pensiero non si fa altro che assumere un’ottica aperta all’alterità che così viene a qualificarsi inclusiva e non escludente.

Sul punto utili le dimensioni jullieniane e in particolare grazie al *tra*, al *diastema*, all’*intimità*, al *comune*, è possibile dipingere un affresco di una modernità caratterizzata proprio dall’evoluzione e dalla innovazione proprio come la scienza giuridica concepita in ottica diastemica e dunque inclusiva.

Tra le dimensioni jullieniane proposte, il *comune* assume un’importante valenza politica poiché rende possibile l’incontro tra diversi³³ ed è ciò che si condivide³⁴; per comune non si intende qualcosa di simile, anzi proprio qualcosa che non è simile, che muta e si trasforma ed è questo aspetto della dimensione di comune nella sua caratura politica che è opportuno considerare nella relazione tra soggetti grazie alla struttura soggettiva aperta al legame sociale³⁵.

La dimensione politica del comune in Jullien potrebbe essere cristallizzata in un passaggio molto suggestivo della Arendt:

vivere insieme nel mondo significa essenzialmente che esiste un mondo di cose tra coloro che lo hanno in comune, come un tavolo è posto tra quelli che vi siedono intorno; il mondo, come ogni *in-fra* [in – between], mette in relazione e separa gli uomini nello stesso tempo. La sfera pubblica in quanto mondo comune ci riunisce insieme e tuttavia ci impedisce, per così dire, di caderci addosso a vicenda³⁶.

³³ F. JULLIEN, *De l’universel. De l’uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, Paris, 2008, 39 ss.

³⁴ F. JULLIEN, *L’identità culturale non esiste*, Torino, 2018, 8-9.

³⁵ F. JULLIEN, *De l’universel, de l’uniforme, du commun et du dialogue entre les cultures*, cit., 23.

³⁶ H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2017, 81.

Il *comune* consente di vivere insieme e affrontare sfide che la modernità pone; nel caso del giurista gli consente di acquisire una capacità che in Jullien viene ravvisata nella “connivenza”, capacità di controllo che si affida a una situazione contingente più che a ogni altra pianificazione ed è priva di modellizzazione ma induce alla vigilanza³⁷.

Anche la scienza giuridica richiede una capacità di connivenza nell'affrontare le situazioni che mutano continuamente. Tale capacità che prevede anche una certa elasticità e duttilità che dovrebbe contraddistinguere la figura del giurista in continua formazione il quale opera nell'ambito di un diritto sempre più fragile e instabile³⁸.

In tal senso, appare utile un'immagine proposta da Jullien:

li chiamano ponti delle scimmie per l'abilità e l'equilibrio che in effetti, bisogna avere per attraversarli. Quando ti ci fermi davanti cominci a pensare a tutto il sapere tecnico accumulato negli anni, certo concertato, ma senza calcoli o modelli, per coniugare flessibilità e resistenza e permettere a quelle fragili strutture di sopportare tanto la continua vibrazione dei passi tanto le intemperie...³⁹.

Sembrerebbe bizzarro, probabilmente, parlare di ponte delle scimmie in tema di formazione del giurista ma risulta interessante poiché tale immagine, riferendosi a ponti realizzati con canne di bambù, gracili e stretti quanto il diametro di una canna che differiscono dai ponti di cemento ben saldi e strutturati che congelano il paesaggio nel rigore⁴⁰, rappresenta efficacemente come, la formazione giuridica, debba fornire al giurista la capacità di *attraversare* e *costruire* una scienza giuridica sempre più *diastemica* (come nel caso dei ponti di bambù) e meno *si-stemica* (come nel caso dei ponti di cemento).

³⁷ F. JULLIEN, *Il ponte delle scimmie. Sulla diversità che verrà. Fecondità culturale contro identità nazionale*, Torino, 2019, 33 ss.

³⁸ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, 2012; T. GRECO, *L'orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto 'aperta'*, Torino, 2023; P. HERITIER, *Estetica giuridica (Vol. 1). Primi elementi: dalla globalizzazione alla secolarizzazione*, Torino, 2012.

³⁹ *Ivi*, 19 ss.

⁴⁰ Cfr. F. JULLIEN, *Vivere di paesaggio o l'impensato della ragione*, Milano-Udine, 2017.

3. Ma perché parlare di *costruzione* in termini giuridici e di alterità? Mettendo insieme i due elementi, parlare di *costruzione dell'alterità* significa forse parlare anche di costruzione come costituzione e formazione del diritto?

L'idea di una capacità formativa non meramente formale del diritto rispetto ai suoi contenuti, come osserva Carcaterra contiene,

l'idea del costituire: formare non è adeguarsi all'oggetto, né semplicemente esigere e attendere che l'oggetto si modifichi; è l'atto stesso del modificarlo, del conferirgli un nuovo carattere, del creare per esso una nuova dimensione di esistenza. Per questo il diritto come forma è potenziamento dell'azione umana⁴¹.

Tale dimensione di disadeguamento, che Carcaterra applica al diritto, potrebbe essere riscontrata in quella dimensione che Jullien, applica alla vita e che denomina *decoincidenza*⁴².

De-coincidere significa, infatti, non adeguarsi, anzi distaccarsi da un qualcosa di prefissato; osserva Jullien: «chiamerò de-coincidenza il processo di apertura che lascia emergere – disfacendo dall'interno ogni ordine che, instaurandosi, si fissa – risorse precedentemente inimmaginabili»⁴³.

L'esperienza e l'*ex-istenza*, porta l'essere umano a non coincidere con sé stesso, anzi a de-coincidere, a staccarsi dalle proprie convinzioni e dalle presunte verità⁴⁴.

Decoincidendo il soggetto si apre a nuove possibilità e nuove prospettive e nel caso di specie, il giurista, in un tempo, come quello attuale, che potremmo definire “tempo di innovazione e trasformazione”, è chiamato a decoincidere e a essere pronto al processo di trasformazione del diritto e della giuridicità.

In questa direzione le nuove tecnologie rivestono un ruolo fondamentale⁴⁵; nell'epoca digitale del mondo globalizzato, infatti, uno dei

⁴¹ G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Torino, 2014, 74.

⁴² F. JULLIEN, *Il gioco dell'esistenza. De-coincidenza e libertà*, Milano, 2019, 15-16.

⁴³ *Ivi*, 10.

⁴⁴ F. JULLIEN, *Riaprire dei possibili. De-coincidenza un'arte di operare*, Napoli-Salerno, 2024, 12.

compiti, tra i più ardui, a cui è chiamato il giurista è quello di formarsi e formare in un mondo dominato dagli algoritmi⁴⁶ poiché questi ultimi hanno messo in evidenza il contrasto con il tradizionale modo di vedere e concepire la realtà e la scienza giuridica⁴⁷.

È possibile osservare che gli algoritmi prediligano un metodo descrittivo che si differenzia dal carattere prescrittivo tipico del diritto⁴⁸: si parla oggi di *computational legal studies*, un'area di ricerca che esplora l'utilizzo di tecniche avanzate per innovare i processi di creazione, comprensione e studio del diritto⁴⁹.

Nell'attuale epoca, caratterizzata da un significativo cambiamento dei meccanismi di produzione del diritto e dall'impatto della digitalizzazione sui processi cognitivi e di sviluppo delle competenze specie dei "nativi digitali", la formazione giuridica vive un'importante fase di trasformazione che può essere compresa proprio grazie al concetto di *De-coincidenza*⁵⁰, sopra menzionato, con il quale Jullien indica *l'arte di operare* che consente al soggetto di aprirsi a nuove possibilità e di *riaprire a dei possibili*⁵¹, che possono essere ravvisati nel caso specifico alle nuove frontiere tecnologiche.

Per indicare questa dinamicità, a volte anche latente, sempre il filosofo francese utilizza l'espressione molto significativa, *trasformazioni silenziose*⁵², per intendere le transizioni che si verificano anche silenziosamente e che, nel caso di specie della formazione del giurista, pos-

⁴⁵ Sul tema cfr. G. GIGERENZER, *Perché l'intelligenza umana batte ancora gli algoritmi?*, Milano, 2023, 15 ss.; L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022; M. TEKMARK, *Vita 3.0. Essere umani nell'era dell'intelligenza artificiale*, Milano, 2018, 89 ss.

⁴⁶ Cfr. F. ROMEO, *Algoritmi giuridici di machine learning e controllo del giudicato interculturale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2023, n. 1, 157-168.

⁴⁷ V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi strumenti e prospettive*, Pisa, 2021, 156 ss. Cfr. D.M. CANANZI, *Le sfide giuridiche del potere tecnologico*, in *Sudeuropa*, 2024, n. 1, 7-13.

⁴⁸ Cfr. G. CARCATERRA, *op. cit.*

⁴⁹ *Ivi*, 158-159.

⁵⁰ Cfr. F. JULLIEN, *Dieu est dé-coïncidence*, Genève, 2024.

⁵¹ F. JULLIEN, *Riaprire dei possibili. De-coincidenza un'arte di operare*, Napoli, 2024, 11-12.

⁵² F. JULLIEN, *Le trasformazioni silenziose*, Milano, 2010, 24-25.

sono essere tali da far mutare *situazioni* e far sì che si passi dalla tradizione all'innovazione, dalle arti liberali alle arti digitali senza però stravolgerne le strutture portanti.

Certo è, che le trasformazioni possono anche essere rischiose; si pensi agli strumenti digitali che se non vengono utilizzati correttamente e appunto esclusivamente come strumenti, potrebbero portare a una assimilazione e omologazione tra soggetti piuttosto che a una valorizzazione degli stessi e ciò costituirebbe un ragionamento di tipo escludente e non includente poiché andrebbe, piuttosto che a valorizzare, ad annullare e plasmare l'identità di ciascuno.

Ma di quale identità si parla? Se si ragiona su un piano digitale oggi è possibile parlare di una *identità digitale*⁵³ che si inserisce all'interno di una *comunità digitale*⁵⁴ in cui il rischio più grande è quello di non riuscire a mantenere le differenze di ciascuno a causa di una sempre più diffusa omologazione.

4. Come allora far camminare insieme rischi e prospettive per una formazione giuridica inclusiva anche in chiave tecnologica?

La sfida del giurista, oggi, risulta quella di imparare a relazionarsi con l'altro, altro inteso anche come intelligenza artificiale cercando di mettere insieme la dimensione narrativa dell'essere umano e la dimen-

⁵³ Sul concetto di identità interessante un approfondimento sul processo di costituzione identitaria grazie anche alle nuove tecnologie: «La nostra identità, infatti, ha oggi disvelato la propria costituzione osmotica, alimentata dal continuo scambio di informazioni con l'esterno. Nella privacy di domani, il diritto da garantire sarà quello a diventare se stessi: più che difesa dalle intrusioni nello spazio dell'idem, l'identità va salvata dalla dispersione e continuamente ricostituita come ipse», in A. PUNZI, *L'umanesimo digitale: verso un nuovo principio di responsabilità?*, in *Democrazia e diritti sociali*, n. 1, 2023, 27.

⁵⁴ B-C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Bologna, 2015, 22. Cfr. Z. BAUMAN, *Voglia di comunità*, Roma-Bari, 2007, 123 ss. Cfr. anche G. LE BON, *Psicologie delle folle*, Torino, 2021.

sione classificatoria-computazionale dell'IA verso una svolta affettiva⁵⁵ non necessariamente post-umana⁵⁶.

Ma qual è la caratteristica di tale dimensione narrativa?

È la dimensione che qualifica la struttura stessa del giurista e prima ancora dell'umano quale “ente ontologicamente testualizzato”⁵⁷ caratterizzato da identità narrativa che necessita di narrare a sé stesso e agli altri i propri vissuti, le proprie esperienze, le proprie emozioni, le proprie sensazioni per comprenderle egli stesso e per poi farle comprendere agli altri. Questo accade, come nella vita, anche nella comprensione di un fatto giuridico, che per essere appunto “compreso”, necessita di tale componente narrativa grazie alla quale viene interpretato, contestualizzato in un determinato ambito socio-giuridico.

Il diritto vive di narrazioni, di racconti, di linguaggi verbali e non, che consentono la *costruzione* e *ri-costruzione* del fatto che richiede uno spirito di osservazione attento e critico che ad oggi mancherebbe alle macchine; infatti,

quella che usualmente definiamo ‘realtà’ non è un dato, ma un costrutto, frutto di un succedersi di osservazioni, percezioni, sensazioni, prospettive, punti di vista, azioni e, soprattutto interazioni fra i molteplici soggetti che vi sono variamente coinvolti⁵⁸.

Tali elementi sono presenti solo nella struttura dell'essere umano che a differenza di un'intelligenza artificiale presta attenzione particolare ai dettagli: immagini, toni di voce, postura, espressioni che arricchiscono e colorano un fatto giuridicamente inteso ma al contempo è capace di uno sguardo d'insieme e creativamente riassuntivo⁵⁹.

⁵⁵ P. HERITIER, *La dignità disabile. Estetica giuridica del dono e dello scambio*, Bologna, 2014, 65 ss.

⁵⁶ D.M. CANANZI, *A Puppet Without Strings? Two Considerations on AI and Its Ethics*, in D. MARINO, D.M. CANANZI, F. ARAGONA (a cura di), *Ethics and Artificial Intelligence*, Cham, 2024, 21-39.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ F. DI DONATO, *La costruzione giudiziaria del fatto. Il ruolo della narrazione nel “processo”*, Milano, 2008, 12 ss.

⁵⁹ A. DUFOURMANTELLE, *La potenza della dolcezza*, Milano, 2022, 101.

Una formazione giuridica inclusiva in una scienza giuridica diastemica consente al giurista di mantenere, come nel caso del diastema, «un gioco per consentire a pezzi differenti di combinarsi tra loro senza bloccarsi»⁶⁰ all'interno di un processo evolutivo come quello che coinvolge la scienza giuridica che lascia operare del *tra*; «esso significa che ci si evolve a proprio agio, lasciando operare del tra, in noi e tra di noi, restando disponibili e in grado di respirare»⁶¹.

Alcuni tra i tanti esempi che si potrebbero considerare in materia attingono per esempio all'intercultura e al rapporto tra IA e umano in contesti giuridici.

Per quanto attiene il tema dell'intercultura è importante sottolineare come risulti sempre più complesso far camminare e dialogare insieme culture differenti e in continua evoluzione e che la capacità di un buon giurista risiede proprio nel “destreggiarsi” in questa costante operazione di trasformazione⁶²; Ghilardi infatti sostiene che

imparare a conoscere e a gestire la difficoltà di queste ambivalenze potrà condurre a nuove modalità di accesso ai fenomeni e a ciò che dà a pensare – senza ambire al possesso, ma restando disponibili alla trasformazione⁶³.

Un secondo esempio attinente la relazione tra IA e umano, in cui si ravvisa l'esigenza di comprensione reciproca, è possibile riprendere il pensiero di Antonio Punzi, il quale sostiene che

forse è proprio questo il compito cui il nostro tempo ci chiama: imparare a capirci a vicenda con intelligenze artificiali che, da un lato, utilizzando algoritmi che imitano le nostre reti neurali, diverranno sempre più intelligenti; dall'altro, avvalendosi di agenti conversazionali sempre

⁶⁰ F. JULLIEN, *Contro la comparazione*, cit., 67.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² M. RICCA, *Oltre Babele. Codici per una democrazia interculturale*, Bari, 2008, 317 ss.

⁶³ M. GHILARDI, *Filosofia dell'interculturalità*, Brescia, 2012, 135.

più sofisticati, potranno instaurare con noi relazioni, se è consentita l'espressione, più naturali⁶⁴.

I due esempi aiutano a “immergersi” in una scienza giuridica dia-temica che opera in un contesto sempre più dinamico e tecnologico e che pertanto richiede una certa elasticità mentale che consentirebbe al giurista, come osservato anche da Ost, di assumere una forma critica in grado di affrontare molteplici sfide sforzandosi di «formulare una nuova cornice teorica più comprensiva dell'antica, in grado sia di render conto delle sopravvivenze del modello precedente, sia di contemplare gli elementi di novità che sono via via emersi»⁶⁵.

Cambiando paradigma, è necessario vi sia una scienza giuridica dia-temica per una formazione giuridica inclusiva.

In conclusione, e alla luce delle brevi considerazioni svolte, risulta particolarmente interessante ripensare la scienza giuridica e la formazione del giurista grazie anche alle dimensioni proposte da Jullien in modo che si acquisisca una modalità interpretativa *inclusiva*, *non escludente* che si pone alla base di una formazione giuridica solida e fondata sul rispetto dell'altro.

Solo così il giurista può *attraversare e costruire*, per riprendere i termini sopra utilizzati, il ponte del diritto⁶⁶, e riuscirà a passare dalla tradizione all'innovazione, dalle arti liberali alle arti digitali, con una certa elasticità e duttilità, *de-coincidendo* appunto e (acquisendo la possibilità di decoincidere) considerando l'altro come risorsa e fecondità proprio grazie a un *tra* che genera *incontro* e non *scontro*; incontro tra mondo giuridico e mondo virtuale verso un umanesimo tecnologico pensato non come annichilimento ma come arricchimento dell'umano e come metodo pienamente inclusivo di cui il giurista necessita per la sua formazione e chissà, riprendendo le parole di Punzi, se «la codetermi-

⁶⁴ A. PUNZI, *L'umanesimo digitale: verso un nuovo principio di responsabilità?*, in *Democrazia e diritti sociali*, 2023, n. 1, 31.

⁶⁵ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Torino, 2008, 35.

⁶⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, Torino, 2017.

nazione tra la nostra intelligenza e quella artificiale non possa contribuire a renderci più umani»⁶⁷.

⁶⁷ A. PUNZI, *L'umanesimo digitale: verso un nuovo principio di responsabilità?*, in *Democrazia e diritti sociali*, 2023, n. 1, 32.

DIDATTICA DEL DIRITTO: LE NUOVE FRONTIERE DEL *LEGAL DESIGN*

Marco Stefano Birtolo

I. Introduzione

L'insegnamento della filosofia del diritto nei corsi di laurea triennale in Scienze della Comunicazione è considerato poco strategico, come si evince dal fatto che il gruppo scientifico-disciplinare GIUR-17/A (ex settore IUS/20) rientra, quando previsto, nell'ambito delle attività didattiche affini e integrative. Se l'insegnamento del diritto positivo relativo al campo dell'informazione e delle comunicazioni, ai diritti della persona (libertà di manifestazione del pensiero e libertà di stampa) e al ruolo crescente che le Autorità Garanti svolgono a tutela dei diritti soggettivi trova da sempre largo spazio nei piani di studio di Scienze della Comunicazione come attività didattica obbligatoria nell'ambito del diritto pubblico, scarsa o nulla considerazione è stata riservata finora alla filosofia del diritto. Lo stesso può dirsi per i corsi di laurea in Scienze politiche (in particolare nei *curricula* centrati sulla comunicazione pubblica) e per i corsi di laurea in Scienze dell'amministrazione e dell'organizzazione, nei quali anche in questo caso diversi insegnamenti di diritto positivo trovano giustamente spazio tra i gruppi scientifico-disciplinari di base o caratterizzanti, ma non la filosofia del diritto. Eppure il perimetro che quest'ultima attualmente può ritagliarsi in questi corsi di laurea non strettamente giuridici è a mio avviso molto ampio, soprattutto per il contributo strategico che può fornire nell'ambito della "comunicazione giuridica istituzionale", nella quale sempre più si avverte la richiesta da parte dei cittadini nei confronti delle istituzioni di poter accedere a contenuti normativi che siano presentati secondo i criteri della "chiarezza" e della "comprensibilità". Quest'ultima esigenza è stata recentemente esplorata nel settore giuridico dal cosiddetto *legal design*, ossia da un approccio che è stato valorizzato nell'ambiente accademico

italiano primariamente da filosofi del diritto e che si propone di creare prodotti informativi di contenuto giuridico accessibili e chiari per tutte le persone che hanno poca confidenza con il linguaggio giuridico, ma che inevitabilmente hanno a che fare con esso.

In questo contributo intendo sostenere l'utilità di una proposta di insegnamento di *Legal design* – innestato sulla filosofia del diritto – nei corsi di laurea in Scienze della Comunicazione (L-20), in Scienze politiche (L-36), in Scienze dell'amministrazione e dell'organizzazione (L-16) e in Scienze dell'economia e della gestione aziendale (L-18) che: 1) dal punto di vista formativo, potrebbe contribuire in maniera significativa a stimolare una riflessione sui fondamenti del fenomeno giuridico a favore di figure professionali che si troveranno a confrontarsi quotidianamente con il diritto nell'ambito delle istituzioni in cui andranno a operare; 2) dal punto di vista didattico, potrebbe incoraggiare l'apprendimento del diritto anche attraverso esperienze di tipo laboratoriale, in grado di combinare teoria e pratica e di evitare un approccio didattico esclusivamente frontale e nozionistico.

Ma, ai fini di una valutazione più approfondita dell'opportunità di questa proposta, intendo innanzitutto descrivere brevemente, in che cosa consista il *legal design* e perché sia da considerare in maniera strettamente correlata alla filosofia del diritto (secondo paragrafo); e, successivamente, presentare un'attività didattica di *legal design* da me svolta in ambito universitario, dalla quale far emergere il potenziale che esso ha di mettere in campo una riflessione generale sul "senso" del diritto e un approccio didattico non frontale, improntato alla laboratorialità, al lavoro di gruppo – *skill*, quest'ultimo, molto richiesto negli ambienti di lavoro sia privati che pubblici – e all'interdisciplinarietà (terzo paragrafo).

2. Legal design e filosofia del diritto

Quando mi trovo a dover introdurre il tema del *legal design* in una classe universitaria, solitamente trovo proficuo partire da due suggestioni – una letteraria e una legata al mondo della comicità –, che ritengo essere particolarmente efficaci nel facilitare una comprensione immediata degli aspetti metodologici di questa disciplina.

La prima suggestione è tratta da un celebre intervento di Italo Calvino, che nel 1965, sulle pagine del quotidiano *Il Giorno*, rifletteva con acume e ironia su una particolare deformazione linguistica che egli definiva “antilingua”. Calvino adopera questo termine per descrivere una forma artificiale e distorta della lingua italiana, caratterizzata da una sintassi involuta, un lessico eccessivamente tecnico, e, più in generale, da un profondo scollamento dal linguaggio della vita quotidiana. L’antilingua, secondo la sua analisi, è tipica di determinati ambienti professionali e istituzionali, in particolare quelli giuridici, burocratici e amministrativi, e nasce da un intento – spesso inconsapevole – di mascherare, elevare o rendere dotta un’informazione che potrebbe invece essere espressa in modo semplice, preciso e diretto.

Il brano più rappresentativo e più citato, che di seguito riporto estesamente proprio in virtù della sua forza evocativa e della sua capacità di rendere evidente, in maniera caricaturale, il meccanismo dell’antilingua, è quello in cui Calvino racconta, con tono ironico e incisivo, il modo in cui un brigadiere trasforma una testimonianza semplice e colloquiale, fatta da una persona interrogata, in una dichiarazione che ha del “grottesco”:

Il brigadiere è davanti alla macchina da scrivere. L’interrogato, seduto davanti a lui, risponde alle domande un po’ balbettando, ma attento a dire tutto quel che ha da dire nel modo più preciso e senza una parola di troppo: “Stamattina presto andavo in cantina ad accendere la stufa e ho trovato tutti quei fiaschi di vino dietro la cassa del carbone. Ne ho preso uno per bermelo a cena. Non ne sapevo niente che la bottigliera di sopra era stata scassinata”. Impassibile, il brigadiere batte veloce sui tasti la sua fedele trascrizione: “Il sottoscritto essendosi recato nelle prime ore antimeridiane nei locali dello scantinato per eseguire l’avviamento dell’impianto termico, dichiara d’essere casualmente incorso nel ritrovamento di un quantitativo di prodotti vinicoli, situati in posizione retrostante al recipiente adibito al contenimento del combustibile, e di aver effettuato l’asportazione di uno dei detti articoli nell’intento di consumarlo durante il pasto pomeridiano, non essendo a conoscenza dell’avvenuta effrazione dell’esercizio soprastante”. Ogni giorno, soprattutto da cent’anni a questa parte, per un processo ormai automatico, centinaia di migliaia di nostri concittadini traducono mentalmente con la velocità di macchine elettroniche la lingua italiana in un’antilingua inesistente. Avvocati e funzionari, gabinetti ministeriali e consigli d’amministrazione, redazioni di giornali e di telegiornali scrivono par-

lano pensano nell'antilingua. [...] come se “fiasco”, “stufa”, “carbone” fossero parole oscene, come se “andare”, “trovare” “sapere” indicassero azioni turpi. [...] Chi parla l'antilingua ha sempre paura di mostrare familiarità e interesse per le cose di cui parla, crede di dover sottintendere: “io parlo di queste cose per caso, ma la mia funzione è ben più in alto delle cose che dico e che faccio, la mia funzione è più in alto di tutto, anche di me stesso”. La motivazione psicologica dell'antilingua è la mancanza di un vero rapporto con la vita, ossia in fondo l'odio per se stessi. [...] Perciò dove trionfa l'antilingua – l'italiano di chi non sa dire “ho fatto” ma deve dire “ho effettuato” – la lingua viene uccisa¹.

Le categorie di professionisti alle quali Calvino si riferisce quando pensa all'antilingua sono molteplici, eppure nell'elenco citato «avvocati, funzionari, gabinetti ministeriali» sono i primi a essere menzionati, a dimostrazione del fatto che, tra i linguaggi tecnici spesso percepiti come distanti, quello utilizzato nel mondo del diritto e della pubblica amministrazione resta senza dubbio tra i primi ai quali si pensa. Proprio queste categorie professionali, che operano quotidianamente attraverso il linguaggio, tendono spesso, nella narrazione di Calvino, a trasformarlo in un fattore di distanziamento tra cittadini e istituzioni, piuttosto che di comunicazione, che è esattamente il problema al quale attualmente prova a rispondere il *legal design*, ossia riuscire a rendere la lingua del diritto comprensibile e accessibile per i destinatari cui si rivolge.

Per rendere ancor più evidente l'attualità di questa problematica, ricorro poi a un secondo esempio, questa volta tratto dal mondo del teatro comico: il monologo di Valerio Aprea andato in onda durante una puntata di *Propaganda Live* su La7 nel pieno della pandemia da Covid-19².

In questo sketch, divertente e amaro allo stesso tempo, Aprea si esibisce nella lettura di un “Chiarimento” della Regione Basilicata riguardante un'ordinanza sulle misure messe in atto dalla Regione stessa per contrastare il contagio da Covid-19. Il monologo è diventato ben presto virale, perché è riuscito a mettere in luce la distanza e l'incapacità di un

¹ I. CALVINO, *L'antilingua*, in ID., *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Milano, 1995, 149-154 (pubblicato per la prima volta su *Il Giorno*, 3 febbraio 1965, disponibile anche al link http://www.matteoviale.it/biblioteche/antologia/ant_calvino.html).

² Il monologo è andato in onda il 4 dicembre 2020 ed è disponibile al link: <https://www.la7.it/propagandalive/video/valerio-aprea-legge-il-chiarimento-della-regione-basilicata-04-12-2020-354072>.

certo linguaggio giuridico e burocratico di spiegare alla gente comune quali regole concrete mettere in atto, in un momento, peraltro, in cui la comprensione delle disposizioni normative si rendeva ancor più “vitale” per il buon funzionamento delle relazioni sociali e per la tutela della salute pubblica³.

Il *legal design* nasce per contrastare proprio questa distanza tra istituzioni e cittadino e la “scintilla pioneristica” che lo ha originato va riconosciuta soprattutto all’impegno di Margaret Hagan, docente alla Stanford University, e prima studiosa a formulare una riflessione teorica e un metodo applicativo per il *legal design*⁴. Secondo la definizione proposta da Hagan il *legal design* consiste nell’«applicazione del metodo del design al diritto, con la finalità di rendere i sistemi e i servizi legali più centrati sulla persona, più accessibili e più soddisfacenti»⁵ per chi ne fruisce, proponendo di offrire agli utenti nuovi strumenti attraverso cui interpretare norme e disposizioni giuridiche di varia natura in maniera più comprensibile e vicina ai bisogni reali delle persone.

Per raggiungere tale obiettivo, i sostenitori di questa disciplina sottolineano la necessità non soltanto di semplificare il linguaggio giuridico⁶, tramite il cosiddetto *plain language*, ma di mettere in atto un ripen-

³ Il «Chiarimento n. 10 del 29 novembre 2020» della Regione Basilicata recitato da Aprea si poneva l’obiettivo di comunicare che un’ordinanza, per la precisione la n. 44/2020, era ancora in vigore, nonostante l’emanazione sulla stessa materia anche di un’altra ordinanza, la n. 45/2020.

⁴ Per un’introduzione al *legal design* cfr. almeno: A. DAVIES, *Design thinking for the legal profession*, Horsell, 2019; B. DE MURO, M. IMPERIALE, *Legal Design: «bla bla» come «bla bla bla» il design «bla» può «bla bla bla» semplificare «bla bla bla» il diritto «bla bla bla»*, Milano, 2021; R. DUCATO, A. STROWEL (a cura di), *Legal design perspectives. Theoretical and practical insights from the field*, Milano, 2021; M. CORRALES COMPAGNUCCI, H. HAAPIO, M. HAGAN, M. DOHERTY (a cura di), *Legal Design: Integrating Business, Design and Legal Thinking with Technology*, Cheltenham, 2021; C. D’ONOFRIO, *Legal Design: strumento o metateoria del diritto?*, in *Luiss Law Review*, 1, 2021, 14-35.

⁵ M. HAGAN, *Law by Design*, 2017, disponibile al link: <https://lawbydesign.co/legal-design/>.

⁶ Sul tema della semplificazione linguistica in ambito giuridico cfr. G. FIORENTINO, *Semplicità e chiarezza linguistica nei testi giuridici*, in *Annali del Dipartimento di Scienze giuridico-sociali e dell’amministrazione dell’Università degli Studi del Molise*, Ripalimosani, 2008, 85-110; A. MARAINI MARINI, F. BAMBI (a cura di), *Lingua e diritto*.

samento e una ristrutturazione del contenuto normativo, da realizzare con l'apporto decisivo di "strumenti visivi" come schemi, icone, immagini, infografiche, *comics* e altri elementi grafici capaci di rendere le informazioni giuridiche più intelligibili⁷.

La dimensione visuale gioca, dunque, un ruolo centrale: essa non è un semplice supporto, ma un elemento decisivo per la trasmissione di contenuti complessi, al pari della semplificazione linguistica. Proprio per questa ragione, l'approccio dei *legal designers* non può che essere necessariamente interdisciplinare e non può che mettere in dialogo saperi tradizionalmente distanti tra loro.

Due, infatti, sono gli assi portanti di questo metodo: il primo è la semplificazione della complessità testuale delle norme – un ambito che richiede il contributo sinergico di giuristi, operatori del diritto e linguisti; il secondo riguarda la cura della loro forma comunicativa e grafica – solitamente affidata a figure esperte in comunicazione visiva, informatica e design, impegnati tutti insieme nello sforzo di semplificare la complessità del linguaggio normativo senza tradirla.

Ma perché allora chiamare in causa anche, e soprattutto (dal mio punto di vista), i filosofi del diritto? E, in secondo luogo, come mai sono stati proprio i filosofi del diritto a valorizzare per primi, specialmente nell'ambiente accademico italiano, la portata critica del *legal design*⁸?

Ciò perché, a mio avviso, la realizzazione di strumenti di comunicazione giuridica pensati secondo lo schema del *legal design* richiede che

to. *Scritto e parlato nelle professioni legali*, Pisa, 2013; P. MORO, F. REGGIO, *La scrittura nella giustizia. Una ricerca applicata di topica giudiziale*, Padova, 2020; K.K. TISCIONE, *Breviario di scrittura giuridica*, Santarcangelo di Romagna, 2023.

⁷ Per una riflessione approfondita sul rapporto tra testo e immagini in ambito giuridico cfr. C. FARALLI, V. GIGLIOTTI, P. HERITIER, M.P. MITTICA (a cura di), *Il diritto tra testo e immagine. Rappresentazione ed evoluzione delle fonti*, Milano, 2015. Sul tema cfr. anche i lavori di Giuseppe Lorini: G. LORINI, *La norma disegnata*, in P.L. LECIS, V. BUSACCHI, P. SALIS (a cura di), *Realtà, verità, rappresentazione*, Milano, 2015, 341-350; G. LORINI, O.G. ODDO, S. MORONI, *Regolare con artefatti*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2022, 174-195.

⁸ In Italia i due studiosi che hanno valorizzato il *legal design* in ambito accademico sono Monica Palmirani e Giuseppe Lorini. Di Monica Palmirani cfr., almeno: *A Smart Legal Order for the Digital Era: A Hybrid AI and Dialogic Model*, in *Ragion Pratica*, 2, 2022, 633-655. Per i riferimenti a Giuseppe Lorini cfr. nota 7.

venga preliminarmente data risposta a una serie di domande teoriche che sono, perlopiù, di pertinenza della riflessione filosofico-giuridica e che possono essere formulate in questo modo: chi ha diritto a capire il diritto e perché il diritto deve parlare un linguaggio chiaro⁹? A quali condizioni una norma può dirsi valida se non è comprensibile, oppure, in altri termini, qual è il ruolo della forma nella produzione della legittimità giuridica di una norma? La chiarezza (o, potremmo dire, la non-oscurità) del linguaggio normativo è un dovere istituzionale o soltanto una “concessione”? A quali utenti si rivolge davvero il diritto: ai giuristi, agli addetti ai lavori o ai cittadini? E ancora: una norma può essere disegnata? Quali sono i limiti e le potenzialità di una norma che si esprime attraverso diagrammi, icone, mappe, interfacce? E fino a che punto si può dare forma visuale a un obbligo giuridico, senza comprometterne la precisione o l’efficacia?

A queste domande si collegano anche altri interrogativi – affrontati in ambito filosofico-giuridico dalle teorie dell’argomentazione giuridica, dall’ermeneutica giuridica e da chi riflette sul rapporto tra retorica e diritto¹⁰ – che risultano tutt’altro che secondari nel quadro di una rifles-

⁹ Alla base dell’istanza di chiarezza e comprensibilità che anima il *legal design* vi è, inevitabilmente, un riferimento implicito a una concezione della verità: non vi sarebbe, infatti, alcun senso nel reclamare maggiore trasparenza comunicativa del diritto se non si riconoscesse, almeno in via di principio, che esiste qualcosa come una “verità” accessibile, o quanto meno condivisibile, sul contenuto normativo e sulle sue implicazioni. L’oscurità e l’ambiguità del linguaggio giuridico rappresentano, in questo senso, ostacoli alla comprensione e alla possibilità stessa di un rapporto “veritativo” tra istituzioni e cittadini. Ciò significa che il *legal design* può essere letto, per così dire, come una forma contemporanea di “aleturgia”, intesa come pratica orientata a rendere manifesta – nella forma specifica della comunicazione normativa – una qualche forma di verità. Di quale tipo di “verità” si tratti è oggetto di indagine che non può essere affrontato in questa sede, anche se, per come viene concepito il *legal design*, si può pensare a un servizio alla “verità” nel senso pratico e democratico del termine: non come imposizione autoritaria di un contenuto, ma come sforzo per garantire che il diritto, attraverso modalità espressive accessibili, possa essere effettivamente conosciuto, compreso e discusso da tutti coloro che ne sono destinatari.

¹⁰ Sul tema del legame tra diritto e retorica cfr., in particolare, M. MANZIN, *Argomentazione giuridica e retorica forense. Dieci riletture sul ragionamento processuale*, Torino, 2014; F. PUPPO, *Diritto e retorica*, Torino, 2022; S. TOMASI, *Argomentazione, educazione, diritto. La retorica forense come strumento di formazione*, Bari, 2022.

sione sul *legal design*: in che modo si costruisce un discorso giuridico “veramente” persuasivo e corretto? Che rapporto c’è tra coerenza interna del discorso giuridico e chiarezza espositiva? È possibile semplificare un testo normativo, riuscendo a non tradire la razionalità argomentativa?

Infine, da una prospettiva di filosofia politica e giuridica, va considerata, tra le altre, una questione ulteriore: quando il diritto smette di essere accessibile o non tiene conto delle aspettative dei destinatari delle norme, resta solo (formalmente) diritto, o diventa uno strumento di potere che si sottrae al controllo democratico?

Queste domande, solo in apparenza astratte e lontane dal campo pratico della comunicazione giuridica, sono in realtà preparatorie e fondamentali per comprendere come impostare efficacemente le attività di *legal design*. Esse riguardano le ragioni per cui esiste il diritto, il rapporto che esso ha con i destinatari e la sua legittimità democratica, tutte questioni che non possono essere affrontate, né risolte con l’apporto degli strumenti delle sole discipline dogmatiche del diritto, ma che richiedono invece una riflessione filosofico-giuridica preliminare, in grado di interrogare criticamente il linguaggio del diritto, il suo senso e la sua funzione nella vita sociale¹¹.

Senza questo fondamento teorico, il *legal design* rischia di ridursi a un esercizio grafico-estetico o a uno strumento di *compliance* passiva, perdendo così la sua valenza critica e il suo potenziale pratico effettivo. La filosofia del diritto, interpellando le condizioni di possibilità della comunicazione giuridica, permette, infatti, al *legal design* di porsi come pratica consapevole, volta non solo a tradurre, ma a ripensare il diritto nella sua forma e nella sua specifica funzione.

A partire da queste premesse, non intendo affrontare in astratto le questioni poste, né proporre una trattazione soltanto teorica generale del nesso tra filosofia del diritto e *legal design*. Al contrario, cercherò di mostrare come la filosofia del diritto possa offrire un apporto concreto e

¹¹ Su questo punto cfr. le sfidanti e stimolanti considerazioni di Salvatore Amato: S. AMATO, *La filosofia del diritto è inutile, perché è indispensabile?*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 1, 2020, 19-25; V. VELLUZZI, *L’insegnamento della filosofia del diritto: il contributo utile e attuale di Letizia Gianformaggio*, in *Teoria e Critica della Regolazione Sociale*, 1, 2020, 85-88.

determinante alle attività di *legal design* attraverso l'analisi di un esperimento didattico reale, sviluppato in ambito universitario. Si tratta di un'esperienza progettuale in cui la riflessione filosofico-giuridica ha rappresentato la cornice metodologica essenziale per guidare gli studenti non solo nella semplificazione e visualizzazione di contenuti normativi, ma anche nella comprensione critica del senso e del ruolo del diritto stesso nella società.

3. *Un esperimento didattico di legal design*

Durante l'anno accademico 2024-2025, all'interno del corso di laurea magistrale in "Scienze politiche e delle istituzioni europee" (LM-62) – indirizzo "Comunicazione e politica" –, ho avuto l'opportunità di tenere l'insegnamento di "Media digitali e strategie della comunicazione politica e istituzionale". Se la prima parte del corso è stata dedicata a una trattazione del rapporto tra media digitali e comunicazione politica, nella seconda parte ho proposto agli studenti, all'interno del grande nucleo tematico relativo alla comunicazione istituzionale, di impegnarsi in un'attività di *legal design*, chiedendo loro di esercitarsi nella semplificazione di una disposizione normativa da scegliere insieme.

Posto che uno degli aspetti distintivi del *legal design* è la progettazione centrata sul destinatario di una norma o di un gruppo di norme¹², che richiede inevitabilmente un'interazione diretta con un ente e i suoi utenti, il primo importante nodo da sciogliere è stato proprio l'individuazione dell'amministrazione con cui lavorare. Date, infatti, le limitazioni di tempo imposte dal calendario didattico (il corso aveva una durata complessiva di 36 ore per 6 CFU), ci siamo subito resi conto che non era praticabile avviare un dialogo strutturato con un'istituzione esterna all'università ed è per questo motivo che abbiamo deciso di concentrare l'attenzione, in chiave laboratoriale, sulla nostra stessa istituzione, ossia l'Università del Molise.

¹² Su questo punto cfr. R. LIBERTINI, *Perché scrivere chiaro. Dal semplicismo alla pertinenza del linguaggio giuridico (ai fini del discorso e dei suoi destinatari)*, in *Rivista italiana di Informatica e Diritto*, 1, 2020, 43-59.

In particolare, a partire da un bisogno che gli studenti stessi hanno fatto emergere, abbiamo scelto di intervenire sulla comunicazione riguardante una fase cruciale del percorso di laurea, ossia il tirocinio curriculare. Questa scelta ha avuto un duplice vantaggio. Da un lato, ci ha permesso di operare in un contesto istituzionale in cui avevamo la possibilità di confrontarci direttamente con tutte le figure chiave del processo amministrativo coinvolto nell'attività di tirocinio; dall'altro, ci ha consentito di raccogliere facilmente le esigenze e i punti di vista degli utenti finali – che, in questo caso, coincidevano con gli stessi studenti del corso, tutti ancora in attesa di svolgere il tirocinio formativo previsto.

Una volta definito l'ambito di intervento, ci siamo posti l'obiettivo da raggiungere: intendevamo elaborare un prodotto di comunicazione giuridica che accompagnasse gli utenti finali, ossia gli studenti della laurea magistrale, lungo l'intero percorso, fornendo istruzioni chiare, precise e complete su ogni fase necessaria per svolgere il tirocinio. L'intento era di ridurre al minimo la necessità, per gli studenti stessi, di rivolgersi alla segreteria amministrativa del Dipartimento o alla Commissione tirocini per ottenere chiarimenti, nell'auspicio che una precisa presentazione delle disposizioni amministrative da assolvere avrebbe potuto sciogliere quasi tutti i dubbi degli utenti/studenti.

La seconda scelta importante, per poter procedere nell'esperimento didattico, ha riguardato il metodo da adoperare e, tra i vari proposti dagli operatori e dagli studiosi di *legal design*, abbiamo scelto di utilizzare quello messo a punto da Barbara de Muro e Marco Imperiale in una monografia sul *legal design* che attualmente nella letteratura italiana resta sicuramente tra le più approfondite ed esaustive sul tema. Il loro metodo si articola in cinque fasi (1. *empathize*; 2. *define*; 3. *ideate*; 4. *prototype*; 5. *test*), che ci hanno fatto da linea guida nella realizzazione del prodotto finale e che ora ripercorro brevemente¹³.

Nella prima fase, quella di *empathize*, ci siamo sostanzialmente dovuti “sintonizzare” con i bisogni concreti degli utenti finali, che nel nostro caso non erano genericamente “studenti”, ma per l'esattezza gli studenti della laurea magistrale effettivamente interessati a svolgere

¹³ B. DE MURO, M. IMPERIALE, *op. cit.*, 39-48. Nel quinto capitolo del libro gli autori si incaricano di descrivere nel dettaglio il metodo da utilizzare per la realizzazione di prodotti di *legal design*.

l'attività di tirocinio. Questo dettaglio, solo in apparenza marginale, ha avuto un impatto decisivo sull'intero processo progettuale, perché, proprio in virtù del destinatario individuato, abbiamo scelto il tipo di linguaggio, il livello di approfondimento delle informazioni e la struttura stessa del messaggio da utilizzare. Per esempio, abbiamo subito compreso che molte informazioni di base sul funzionamento dell'università – come la modalità di prenotazione degli esami, l'accesso alla piattaforma didattica o la predisposizione del piano di studi – risultavano per gli studenti della laurea magistrale superflue o, addirittura, ridondanti. Si trattava di conoscenze già acquisite nel percorso triennale, mentre, invece, ciò che essi realmente volevano sapere erano i dettagli pratici aggiornati sulle opportunità di tirocinio coerenti con il loro percorso magistrale, sui contatti diretti con i referenti aziendali e sulle modalità di convalida dell'attività nel piano di studi. Il che ha significato progettare e costruire contenuti più mirati e snelli, evitando spiegazioni generiche e mantenendo ciò che davvero aggiungeva valore alla loro esperienza.

Chiarito, dunque, tale aspetto, abbiamo cercato di raccogliere e condividere riflessioni, come pure dubbi e difficoltà riscontrate dagli studenti nell'approcciarsi alla normativa e alle disposizioni amministrative sul tirocinio, a partire dall'osservazione dettagliata della pagina web del sito istituzionale, dedicata al tema, per evidenziare ciò che risultava poco chiaro o dispersivo. Inoltre, ho chiesto agli studenti di realizzare alcuni sondaggi tra i loro compagni di corso che avevano già avviato o terminato un tirocinio per acquisire quante più informazioni possibili sull'attività da svolgere.

In seguito a questa esplorazione e alla discussione delle impressioni e delle esperienze raccolte, nella seconda fase, quella di *ideate*, abbiamo definito con chiarezza il problema: la pagina web dell'università relativa al tirocinio, pur essendo completa e ben congegnata da un punto di vista formale, risultava, stando ai riscontri che avevamo raccolto, tecnicistica, nel senso che mancava di una guida visuale, il cui flusso informativo seguisse le domande tipiche di chi avrebbe dovuto affrontare un tirocinio per la prima volta. In questo passaggio i partecipanti hanno colto la complementarità tra le due componenti fondamentali del *legal design*: quella testuale e quella visuale, perché il prodotto che tutti

gli studenti chiamati in causa si aspettavano di veder realizzato era una guida basata su testo, immagini e grafica.

Tuttavia, prima ancora di poter procedere alla ristrutturazione comunicativa delle informazioni presenti sul sito, ci siamo impegnati in uno studio approfondito della normativa sul tirocinio, con l'obiettivo di semplificarla per noi stessi e con l'intento di comprendere le logiche sottese e le intenzioni originarie del legislatore – aspetto, quest'ultimo, tipico della sensibilità filosofico-giuridica, che fornisce gli strumenti concettuali per interrogarsi non solo sul contenuto prescrittivo delle norme, ma anche sul loro significato e sulla loro *ratio*. Questo momento di conoscenza della normativa e di riflessione su di essa è stato particolarmente apprezzato dagli studenti, che hanno potuto constatare concretamente come la riflessione sulle finalità educative sottese alla norma sia stata decisiva nel modificare la loro percezione del tirocinio, inducendoli a voler rendere esplicita anche nel prodotto di *legal design* questa dimensione “valoriale”, così da restituire non solo il “come fare”, ma anche il “perché fare” il tirocinio. Se inizialmente non pochi studenti manifestavano una certa diffidenza nei confronti del tirocinio, percependolo come un adempimento burocratico, potenzialmente responsabile di ritardi nel conseguimento del titolo di studio per via del numero di ore necessario per conseguirlo, in seguito all'approfondimento della normativa gli studenti hanno compreso che il legislatore non intendeva introdurre un ostacolo, ma fornire un'opportunità di “crescita integrale”. Il tirocinio, in tal modo, ha acquisito nuova luce, trasformandosi, nella percezione degli studenti, in uno strumento pensato per integrare il sapere teorico con l'esperienza concreta, in grado di contribuire a renderli più consapevoli del rapporto stretto che intercorre tra la formazione universitaria e il mondo professionale. Questa consapevolezza ha indotto molti a rivalutare la dimensione pratico-esperienziale, riconoscendone il valore formativo e decidendo di affrontarla con maggiore motivazione e partecipazione. Su questo aspetto, il costante riferimento, durante le lezioni, alla teoria dell'argomentazione, all'ermeneutica giuridica e agli strumenti della retorica classica si è rivelato essenziale, perché ha consentito agli studenti di leggere il diritto non solo come un insieme di comandi, ma anche come un sistema di ragioni e giustificazioni, necessarie da comprendere, soprattutto in considerazione del fat-

to che l'attività di *legal design* è volta a preservare (o, ancor più, a valorizzare) la struttura razionale del discorso giuridico e a renderla leggibile e coerente anche per i non addetti ai lavori, evitando il rischio, sempre presente nella semplificazione, di cadere nella banalizzazione o nell'imprecisione.

Dopo aver studiato la normativa, semplificato il testo e ricostruito le intenzioni del legislatore, abbiamo ritenuto fondamentale confrontarci con chi, quotidianamente, gestisce le pratiche di tirocinio dal punto di vista operativo. Abbiamo, quindi, organizzato un incontro con la persona incaricata di gestire le pratiche di tirocinio nella Segreteria didattica per verificare l'accuratezza delle informazioni raccolte fino a quel momento e per chiederle quali fossero le domande più frequenti poste dagli studenti. Il suo contributo è stato prezioso, perché ci ha permesso non solo di correggere alcune imprecisioni che a noi sfuggivano in qualità di non addetti ai lavori, ma anche di individuare con maggiore chiarezza i passaggi amministrativi che generano più incertezza negli studenti e che, quindi, necessitavano di essere spiegati meglio nel prodotto finale. Il personale della Segreteria didattica, inoltre, ci ha mostrato aspetti che fino a quel momento non avevamo considerato – come le difficoltà legate alla compilazione dei documenti, i tempi tecnici necessari per l'approvazione, o gli errori ricorrenti che rallentano l'avvio delle attività. Tale confronto ha ampliato la nostra comprensione, evidenziando come una comunicazione efficace non possa limitarsi a essere corretta e coerente dal punto di vista normativo, ma debba anche rispondere alle esigenze pratiche di tutti gli attori coinvolti, facilitando il percorso in ogni sua fase. Per questo abbiamo deciso di esplicitare in modo chiaro, nella comunicazione agli studenti, per esempio, le scadenze minime da rispettare («inserisci il tirocinio curriculare nel tuo piano di studi entro il 15 novembre di ogni anno») e di accompagnarle con una spiegazione del perché tali tempistiche siano indispensabili al buon funzionamento dell'intero sistema.

Siamo così passati alla terza fase, ossia la fase di *ideate*, in cui abbiamo avviato un'attività di *brainstorming*, nella quale si è cercato di sviluppare in maniera creativa alcune idee su come rendere le informazioni più accessibili, chiare e fruibili. Abbiamo utilizzato strumenti di *mind mapping*, da cui sono emerse proposte interessanti per riorganiz-

zare i contenuti in modo più coerente e logico. Ho guidato gli studenti nel distinguere tra contenuti prioritari e informazioni accessorie, chiedendo di mantenere sempre il punto di vista dell'utente finale come criterio guida. Durante queste lezioni sono emerse varie idee: alcuni studenti hanno proposto di realizzare delle FAQ visive, capaci di rispondere rapidamente ai dubbi più comuni; altri hanno suggerito una *timeline* illustrata, con passaggi narrativi e visivi più articolati; altri ancora hanno immaginato un sistema di icone e colori codificati per distinguere le fasi del tirocinio – attivazione, documentazione, svolgimento, conclusione. La scelta finale è ricaduta su una “*timeline* con icone intuitive”, ma non senza discussione. Ogni proposta aveva punti di forza: le FAQ visive, per esempio, avrebbero potuto offrire un accesso rapido e personalizzato alle informazioni, ma rischiavano di diventare dispersive o ridondanti; la *timeline* illustrata, invece, puntava su una narrazione visiva più coinvolgente, ma presentava difficoltà maggiori nella realizzazione grafica e nell'aggiornamento dei contenuti. Per questi motivi, la *timeline* con icone ci è sembrata il miglior compromesso tra chiarezza, immediatezza e sostenibilità, mantenendo al contempo una struttura ordinata, facilmente navigabile e, soprattutto, che riuscisse a spiegare dall'inizio alla fine tutti i passaggi da svolgere per poter attivare e concludere il tirocinio.

Dopodiché è iniziata la fase quattro, ossia la fase di *prototype*, in cui abbiamo incominciato a tradurre le idee emerse in prototipi visivi e testuali. Ho chiesto al gruppo di lavoro di elaborare due prime versioni di infografica, ciascuna fondata su uno schema informativo differente, da sottoporre a un esperto del settore. In questo passaggio si è rivelato determinante il contributo del Responsabile del Centro Progettazione grafica e stampa d'Ateneo, che ha accompagnato gli studenti nella scelta di soluzioni visive coerenti con l'identità comunicativa dell'Università. Il suo intervento ha fornito spunti particolarmente significativi: ci ha invitati, per esempio, a utilizzare i colori istituzionali del corso di laurea e del Dipartimento, a ridurre la quantità di testo presente nei materiali e a incrementare la leggibilità complessiva del documento. Si è trattato di suggerimenti preziosi, che hanno orientato il lavoro verso una maggiore chiarezza, efficacia comunicativa e accessibilità anche dal punto di vista grafico. Tuttavia, il confronto con il grafico ha evidenziato anche

alcune tensioni costruttive tra l'esigenza di sintesi visiva e la necessità di garantire completezza normativa. In più occasioni ci è stato fatto notare che i testi risultavano troppo densi, ma abbiamo ritenuto fondamentale mantenere alcuni dettagli, consapevoli del fatto che l'infografica doveva essere non solo comprensibile, ma anche conforme ai requisiti formali e regolamentari. Ne è nato un dialogo stimolante e fecondo, che ci ha aiutati a riflettere su come conciliare precisione e immediatezza e a trovare un equilibrio tra forma e contenuto. Inoltre, sempre in questa fase, abbiamo coinvolto il Responsabile dell'Ufficio Relazioni e comunicazioni istituzionali dell'Università, che ci ha fornito suggerimenti puntuali su come armonizzare il tono comunicativo e l'impostazione grafica del nostro prodotto con il Piano di comunicazione dell'Ateneo, aggiornato nel 2024. Questo ha rafforzato la consapevolezza del gruppo rispetto alla necessità di mantenere coerenza stilistica e istituzionale, valorizzando il progetto non solo nello spirito di una iniziativa didattica, ma anche come contributo effettivo alla comunicazione dell'Università. Alla fine, abbiamo realizzato due versioni dell'infografica e le abbiamo messe a confronto per valutarne la chiarezza, la linearità e la capacità di "guidare" chi legge, tenendo conto sia delle indicazioni grafiche ricevute, sia degli obiettivi informativi da raggiungere.

Siamo così passati alla quinta e ultima fase, quella di *test*. In questo passaggio un ruolo centrale è stato assunto dagli studenti non frequentanti, ai quali abbiamo richiesto di esaminare le infografiche realizzate e di restituire, in forma spontanea e immediata, le proprie reazioni, nonché le domande che continuavano a sorgere nonostante gli sforzi di semplificazione operati in precedenza. Tale momento si è rivelato di particolare utilità, poiché ci ha permesso di mettere in pratica ciò che il *legal design* sostiene in teoria, ossia garantire quanto più è possibile il coinvolgimento diretto dei destinatari fino all'ultimo passaggio, per la verifica dell'efficacia comunicativa del materiale prodotto.

Le osservazioni raccolte hanno messo in luce alcuni aspetti critici residui, che non avevamo colto nelle fasi precedenti: per esempio, è apparso necessario rendere più esplicite le modalità di consegna di alcuni documenti, nonché chiarire meglio l'ordine cronologico delle fasi procedurali, che risultava non del tutto evidente per chi non aveva familiarità con il lessico e con le prassi amministrative universitarie legate al

tirocinio. A partire da questi riscontri, il gruppo di lavoro è intervenuto con modifiche puntuali, sia sul piano testuale che grafico, al fine di migliorare l'intelligibilità e la coerenza interna del prodotto.

Parallelamente, il materiale è stato sottoposto anche all'attenzione della Presidente del Corso di laurea, che ha offerto ulteriori indicazioni di revisione, in particolare in merito alla descrizione delle modalità di valutazione del tirocinio e alla compilazione dei moduli finali previsti per la conclusione dell'attività. L'integrazione di tali contributi ha rafforzato la dimensione dialogica del progetto, confermando l'importanza di una metodologia iterativa e partecipata, capace di coniugare accuratezza normativa, efficacia comunicativa e attenzione alle esigenze reali dell'utenza.

Da questo punto di vista, l'intera attività voleva essere, in realtà, un viatico per attivare, in chiave filosofico-giuridica, una riflessione più ampia sul ruolo e sul significato del diritto nella società, aspetto, quest'ultimo, non secondario per studenti che si preparano a operare, a vario titolo, nel campo della comunicazione e dell'amministrazione pubblica. Ciò perché, a mio avviso, la capacità di comunicare e condividere in modo chiaro, inclusivo e consapevole i contenuti normativi diventa ancor più efficace se ci si interroga preliminarmente su che cosa è il diritto e sul suo senso generale, senza limitarsi ad applicare acriticamente le regole che di volta in volta vengono stabilite.

In questa direzione gli studenti hanno, infatti, potuto confrontarsi con l'idea di un diritto non concepito esclusivamente come sistema prescrittivo e verticale, ma come realtà dinamica e aperta, in cui il destinatario delle norme e tutti i soggetti intermedi che concorrono a formarle non sono soltanto esecutori passivi, bensì soggetti attivi, legittimati a comprendere gli enunciati normativi, a chiedere conto delle ragioni che li fondano, e, ove possibile, a contribuire al loro miglioramento.

È apparso evidente a tutti i partecipanti che il prodotto di *legal design*, pur concepito inizialmente come strumento informativo destinato agli studenti della laurea magistrale, abbia in realtà assunto una "funzione trasformativa": richiedendo chiarimenti, colmando ambiguità e proponendo nuove modalità di comunicazione, il lavoro ha finito per far riflettere sulle modalità di interpretare e di applicare le disposizioni normative stesse, facendo emergere esigenze precedentemente non con-

siderate. L'apertura dimostrata dai soggetti istituzionali coinvolti, e la disponibilità ad accogliere suggerimenti provenienti “dal basso” ha, infatti, testimoniato questa vocazione evolutiva del diritto, che attraverso il *legal design* è emerso come pratica sociale e come dispositivo in grado di favorire la relazionalità tra istituzioni e cittadini, e tra i cittadini stessi.

È stato così possibile, attraverso gli stimoli originati da questa iniziativa, far emergere anche la natura intrinsecamente “orizzontale” del diritto¹⁴, il quale, nonostante la sua inevitabile verticalità, fondata sull'autorità e sulla prescrizione, è al contempo attraversato da pratiche di negoziazione, di interpretazione condivisa e di partecipazione attiva, che ne rivelano la funzione di “cornice” all'interno della quale gli individui organizzano le proprie relazioni, risolvono conflitti e collaborano attivamente nella costruzione di soluzioni comuni¹⁵. In tal senso, per molti studenti – non provenienti da percorsi giuridici – l'esperienza didattica, grazie agli strumenti forniti dalla filosofia del diritto, è stata l'occasione per riflettere in profondità sul ruolo autentico del diritto e sullo “spirito” della normatività giuridica.

Ciò è stato reso possibile anche grazie all'impostazione laboratoriale dell'insegnamento, che ha permesso di intrecciare costantemente teoria e pratica, provando a rinnovare i metodi didattici tradizionali legati all'insegnamento del diritto e a superare l'impostazione spesso frontale e nozionistica ancora dominante¹⁶. In luogo di una trasmissione unidirezionale di contenuti soltanto teorici, il *legal design* ha aperto uno spazio dinamico e partecipativo, in cui il diritto è stato trattato come oggetto vivo, da comprendere, interrogare e riformulare a partire da problemi concreti e da esigenze comunicative reali. Dal punto di vista didattico ciò ha comportato il ricorso costante a una metodologia didattica basata

¹⁴ Cfr. T. GRECO, *Il diritto nel cerchio del potere. La forza del riconoscimento*, in *Rivista di filosofia del diritto*, anno XII, numero speciale 2023; ID., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2023.

¹⁵ Cfr. L. FULLER, *A cosa serve il diritto? Due scritti*, Milano, 2021.

¹⁶ Sul tema cfr., almeno, V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI (a cura di), *La didattica del diritto*, Pisa, 2021; C. BLENGINO, C. SARZOTTI (a cura di), *Quale formazione per quale giurista? Insegnare il diritto nella prospettiva socio-giuridica*, Torino, 2021.

sul *cooperative learning*¹⁷, in cui gli studenti coinvolti, come spero sia emerso nelle pagine precedenti, sono stati veri e propri co-progettisti dell'attività, esercitando direttamente la propria capacità di analisi critica, di sintesi concettuale e di creatività espressiva, e confrontandosi tanto con la struttura normativa quanto con le sue modalità di ricezione e comprensione. Il profilo formativo degli studenti del corso, molto centrata anche sull'ambito delle scienze della comunicazione, ha poi consentito di "sfruttare" conoscenze e competenze acquisite negli altri insegnamenti del corso di laurea, mettendole in questo caso al servizio del diritto e di un laboratorio interdisciplinare, in cui saperi giuridici, linguistici, grafici, comunicativi, filosofici e politologici (veicolati da professionisti del settore e dai colleghi degli altri insegnamenti) hanno potuto confluire in modo naturale e complementare.

In definitiva, questo approccio ha mostrato come il *legal design* possa rappresentare una ulteriore risposta concreta all'esigenza di portare contributi innovativi all'insegnamento del diritto, sicuramente, nei corsi di laurea non giuridici in cui si studia il diritto, e potenzialmente anche in quelli giuridici: un insegnamento suscettibile di una configurazione non più esclusivamente teorico-dottrinale, ma capace di proporsi quale esperienza formativa completa, nella quale la cultura giuridica si costruisce attraverso l'azione, il confronto e la riflessione collettiva.

¹⁷ Per un'introduzione alla metodologia del *cooperative learning*, cfr. M.S. VEGGETTI, *L'apprendimento cooperativo. Concetti e contesti*, Roma, 2004; S. CACCIAMANI, *Imparare cooperando. Dal Cooperative Learning alle comunità di ricerca*, Roma, 2008; P.P. BELLINI, *La relazione come forma di apprendimento. Cooperative learning e teoria relazionale: come e perché «insieme si impara» (meglio)*, Soveria Mannelli, 2012.

LA CONTINUA RICERCA D'UNA "TERZA VIA"

UN'ESPERIENZA DI DIDATTICA GIURIDICA PARTECIPATIVA ATTRAVERSO IL TEATRO DI CITTADINANZA

Christian Crocetta

1. Soggettività dello studente, autorità del docente e... la ricerca d'una "terza via"

In questi anni abbiamo assistito, grazie al contributo fondamentale portato da un insieme di riflessioni teorico-pratiche proprie di diversi approcci e prospettive di didattica generale e disciplinare (costruttivismo, *cooperative learning*, didattica di tipo democratico, ecc.), a un recupero della valorizzazione dello studente nell'esperienza didattica, dopo una tradizione che lo manteneva sempre in una reificante posizione passiva.

Abbiamo così superato la logica della docenza depositaria, in cui la trasmissione di sapere rischia di lasciare studenti e studentesse nel ruolo di *automi del programma* (per parafrasare il maestro Mario Lodi, nel suo "Il Paese sbagliato"), ovvero un contesto in cui gli studenti (citando letteralmente) «ti muoiono davanti agli occhi un poco ogni giorno [...] nel distacco sempre più netto fra la scuola e la vita»¹.

Parlava di scuola, Mario Lodi, ma più il mondo formativo si scollega dalla realtà, più rischia questa frattura fra il percorso di studi che si matura e l'esperienza esistenziale che si vive, come se studio e vita fossero due dimensioni a sé stanti.

Lo ricordava già Immanuel Kant nella sua lettera-annuncio (*Nachricht von der Einrichtung seiner Vorlesungen in dem Winterhalbjahre von 1765-1766* / Notizia o Annuncio dei corsi del semestre invernale

¹ M. LODI, *Il paese sbagliato. Diario di un'esperienza didattica*, Torino, 1976, 24.

del 1765-1766)² in cui illustrava ai suoi studenti i contenuti, gli obiettivi e le metodologie che avrebbero caratterizzato il suo insegnamento per quell'anno, in cui era stato incaricato di una docenza a contratto nell'insegnamento di Filosofia. Per Kant, gli studenti del suo corso non avrebbero dovuto solo imparare contenuti e dottrine di diversi autori, ma avrebbero dovuto acquisire autonomia di pensiero, ovvero un metodo connotato dalla capacità di usare in modo critico la propria ragione. In una parola, aver imparato a pensare: nello specifico, aver imparato a filosofare (*philosophieren lernen*), più che aver imparato la filosofia (*Philosophie lernen*).

Se l'insegnamento si appiattisce solo sullo studio di posizioni e prospettive concettuali,

lo statuto dello studente non subisce alcuna modificazione significativa, restando egli un mero recipiente destinato ad accogliere contenuti; mentre nel secondo caso [n.d.r.: *il philosophieren lernen*], ove sia convenientemente guidato, egli potrà essere il soggetto di quell'attività che chiamiamo filosofia³.

Per Kant la finalità dell'insegnamento dev'essere quella di permettere allo studente di *imparare a pensare*, a “camminare da solo”, diventando un *Selbstdenker*, uno che sa “pensare con la propria testa”, in modo autonomo e libero, senza condizionamenti esterni, esercitando la propria ragione, le proprie capacità intellettuali. Si trattava, a ben vedere, del medesimo e più generale obiettivo che il filosofo di Königsberg riteneva dovesse essere la finalità dell'Illuminismo, che si augurava portasse all'*Ausgang*, ovvero all'uscita dalla condizione di minorità, proprio attraverso il “pensare autonomo”.

Ricordiamo anche lo sprezzante commento al pensiero di Kant che gli riservò Hegel nelle sue *Lezioni sulla storia della filosofia*:

² I. KANT, *Nachricht von der Einrichtung seiner Vorlesungen in dem Winterhalbjahre von 1765-1766*, in Id., *Gesammelte Schriften*, II, 303-314, trad. it. di A. GUZZO (a cura di), *Un programma di Kant*, in *L'educazione nazionale*, 6, 1924, 296-303. Cfr. G. MICHELI, *L'insegnamento della filosofia secondo Kant*, in L. ILLETTERRATI (a cura di), *Insegnare filosofia*, Novara, 2007, 136-159.

³ U. CURI, *Introduzione*. Sapere aude. *Filosofia come fuoriuscita*, in I. KANT, M. FOUCAULT, J. HABERMAS, *Che cos'è l'illuminismo*, Milano-Udine, 2021, 63.

Ma ora tutto è stato riposto nella particolare soggettività; ognuno è diventato altezzoso e sprezzante verso gli altri. A questo si riconduce la rappresentazione del pensare con la propria testa, come se ci potesse essere un pensiero che non sia tale⁴.

Hegel criticava il "particolarismo" a cui si sarebbe rischiato di andare incontro seguendo il "soggettivismo" della posizione di Kant. Hegel, infatti, riteneva che il lasciar "pensare con la propria testa" kantiano si riducesse a un «procedimento triste, meramente formale»⁵, un «perenne cercare e vagare, senza contenuto»⁶ e senza mèta, perché avrebbe portato a maturare un "astratto imparare a pensare", senza però sapere nulla (qui delle teorie filosofiche) di ciò che si critica e su cui si esprime la propria opinione⁷.

Il "pensare in modo autonomo" appariva come un "infelice prurito": «L'infelice prurito di insegnare a pensare da sé e a produrre autonomamente, ha messo in ombra questa verità, [cioè che] la filosofia deve essere insegnata e appresa, al pari di ogni altra scienza»⁸.

Abbiamo già avuto modo di cogliere altrove⁹, però, come sia molto facile – se si corre troppo velocemente e acriticamente lungo la linea dell'apprendimento *student oriented* – andare a interpretare l'esperienza didattica come autonoma capacità degli studenti di auto-organizzarsi per imparare, scivolando in un anti-autoritarismo che li lascia totalmente soli in nome della loro libertà di imparare, e senza alcun bisogno di un insegnante, se non in una funzione di mera facilitazione.

Dal punto di vista teorico, un esempio di questo tipo lo possiamo trovare nell'approccio pedagogico dell'inglese Neill¹⁰, per il quale

⁴ G.W.F. HEGEL, *Lezioni sulla storia della filosofia*, Firenze, 1964, vol. III, 2, 373. Per riprendere e ampliare la critica hegeliana al *Selbstdenken*, si veda anche: F. D'AGOSTINI, *Pensare con la propria testa. Un problema metafilosofico e le sue implicazioni filosofiche*, in *Intersezioni*, 23, 2003, 271-290.

⁵ G.W.F. HEGEL, *op. cit.*, 373.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ G.W.F. HEGEL, *La scuola e l'educazione. Discorsi e relazioni (Norimberga 1808-1816)*, Milano, 1985, 106.

⁹ Si consenta il rinvio a: CH. CROSETTA, *Lasciare una buona traccia. Per uno stile democratico dell'insegnante di diritto*, Pisa, 2023.

¹⁰ A.S. NEILL, *Summerhill. Un'esperienza educativa rivoluzionaria*, Milano, 1979.

l'educazione doveva ripartire dal desiderio dello studente, ma soprattutto doveva essere caratterizzata da un insegnante chiamato totalmente a evitare direttive, sanzioni, compiti da svolgere, richieste di qualsiasi tipo, aspettando che fossero gli allievi a decidere. Autonomia totale, quindi, in nome di un rifiuto dell'autorità.

Perché, però, Neill e altri hanno finito con il vedere e concepire il docente come mero facilitatore di processo nell'esperienza didattica? Lo ricordiamo: si usciva da modalità didattiche che, all'estremo opposto, appiattivano lo studente a oggetto, mortificandolo nella sua soggettività.

Tuttavia, come ci ricordava il pedagogista bresciano Giuseppe Mari, l'autorità e autoritarismo non vanno mai confuse. L'asimmetria che connota la relazione educatore/docente ed educando/studente diventa problematica solo nell'autoritarismo, perché lì la disparità diventa occasione per abusare della propria posizione dominante.

Diceva Mari:

Va quindi distinto con chiarezza l'esercizio dell'autorità dalla pratica dell'autoritarismo che di essa è caricatura e di educativo non ha nulla perché aspira a rendere l'educando schiavo, non libero (anche facendo leva sulla paura, sentimento tipico del servaggio). Si tratta, essenzialmente, di distinguere tra l'autorità che fa crescere e quella che, asserendo, non rende liberi, quindi non educa¹¹.

Finalizzare l'insegnamento alla libertà significa certamente guardare a chi studia come soggetto, e non come mero "oggetto", ma allo stesso tempo concepire la sua libertà non come «l'opposto dell'autorità o una fuga da essa, ma [come] l'instaurarsi di una relazione "adulta" con ciò che può esercitare autorità nel corso della nostra vita»¹².

Una libertà dello studente che non è un "sentirsi libero da ogni laccio che lo costringe", ma piuttosto una libertà lévinasiana, un «fare quel che nessuno può fare al posto mio»¹³.

Non vogliamo più automi, né «recipienti docili di depositi»¹⁴, o «teste ben piene»¹⁵, «spugne»¹⁶, «dure e resistenti rocce da perforare»¹⁷,

¹¹ G. MARI, *Educazione come sfida della libertà*, Brescia, 2013, 53.

¹² *Ivi*, 58.

¹³ E. LÉVINAS, *L'aldilà del versetto. Letture e discorsi talmudici*, Napoli, 1986, 227.

«archivi»¹⁸, «collezionisti o compilatori di schede»¹⁹, «esseri passivi»²⁰, «corpi incoscienti»²¹, «consumatori passivi di informazioni»²², «frigoriferi pieni di nozioni»²³ o «terreni ingombri di materiali di rifiuto»²⁴. Tuttavia, se il rischio è quello del soggettivismo e del particolarismo, fra Kant e Hegel, fra un'educazione "depositaria"²⁵ e una mera facilitazione alla Neill, c'è una via di mezzo? Come fare, cioè, per recuperare l'autorità educativa senza scivolare lungo il pendio del depositarismo, da un lato, e della deresponsabilizzazione antiautoritaristica, dall'altro?

E, nella specificità della didattica giuridica, esiste una "terza via" che permetta la valorizzazione della soggettività dello studente e la co-

¹⁴ P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, Torino, 2002, 70.

¹⁵ E. MORIN, *La testa ben fatta. Riforma dell'insegnamento e riforma del pensiero*, Milano, 2000, 15.

¹⁶ J. DEWEY, *Democrazia e educazione*, Firenze, 1968, 206.

¹⁷ *Ivi*, 206-207.

¹⁸ P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, cit., 60.

¹⁹ *Ivi*, 58.

²⁰ *Ivi*, 63.

²¹ *Ibidem*.

²² B. HOOKS, *Insegnare il pensiero critico. Saggezza pratica*, Sesto San Giovanni (MI), 2023, 72.

²³ J. DEWEY, *op. cit.*, 203.

²⁴ «Si dà troppa importanza all'accumulo e all'acquisizione di nozioni a scopo di riproduzione e nell'esame. "Conoscenza" nel senso di nozioni costituisce il capitale da sfruttare, le risorse indispensabili a ulteriori indagini, a scoprire, a imparare più cose. Spesso essa è trattata come fine a se stessa, e allora il fine diventa l'accumularla e l'esibirla quando ce n'è bisogno. Questo ideale statico, di nozioni in frigorifero, è ostile allo sviluppo dell'educazione. Non solo lascia inutilizzate delle occasioni di pensare, ma impaluda il pensiero. Nessuno costruirebbe una casa su un terreno ingombro di disparati materiali di rifiuto» (J. DEWEY, *op. cit.*, 203).

²⁵ Un'educazione "depositaria" in cui l'unico margine di azione che si offre agli educandi è ricevere i depositi, conservarli e metterli in archivio. Margine che permette di divenire collezionisti o compilatori di schede. [...] Quanto più gli educandi diventano abili nel classificare in archivio i depositi consegnati, tanto meno sviluppano la loro coscienza critica, da cui risulterebbe la loro inserzione nel mondo, come soggetti che lo trasformano. Quanto maggiore è la passività loro imposta, tanto più "naturalmente" tendono ad adattarsi al mondo (invece di trasformarlo) e alla realtà che ricevono smiuzzata nei "depositi" (P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, cit., 58-60).

niughi in modo equilibrato con l'autorità del ruolo e del sapere del docente-*magister* nella formazione del giurista oppure nell'educazione giuridica dei profili in uscita di altre discipline?

La "terza via" possibile sembra innanzitutto nell'uscita da un approccio didattico finalizzato esclusivamente al trasferimento di mere conoscenze, caratterizzato solamente, come sottolineava qualche anno fa Paolo Moro, da una forte valenza informativa e da un "dogmatismo metodologico" volto a formare «"matematici" della norma» o «autentici ingegneri legali»²⁶.

In che modo? Immaginandosi di avere di fronte in aula degli studenti che conoscono sicuramente di meno di quanto andremo a trattare, ma hanno tutte e tutti la capacità di "mettersi in ricerca", di fare l'esercizio funambolico di attivare il proprio pensiero critico, la propria riflessività, la propria capacità di discernimento.

È un cambio di sguardo, quindi, quello che viene chiesto. Di sguardo e di postura, prima ancora che di approccio didattico. E questo cambio di sguardo e postura, però, influenza la dimensione didattica inevitabilmente: è una didattica che si pone l'obiettivo di sviluppare pensiero critico.

In cosa consiste, però, davvero, questo "pensare criticamente"?

Come metodo, il pensiero critico

è un processo interattivo che richiede la partecipazione di insegnanti e studenti, [...] richied[e] discernimento. È un modo di approcciare le idee che mira a comprendere verità fondamentali e profonde, non semplicemente la loro versione superficiale e più facilmente percepibile²⁷

diceva la pedagoga bell hooks nel suo *Insegnare il pensiero critico*, perché il pensiero critico consiste nel «fare domande, sospendere il giudizio e mettere insieme chi, cosa, quando, dove, come e perché»²⁸ e «invita attivamente tutti gli studenti a riflettere appassionatamente e condividere le proprie idee, in modo aperto ed entusiasta»²⁹.

²⁶ P. MORO, *Educazione giuridica e didattica performativa*, in *Cultura e diritti per una formazione giuridica*, 2015, 85-96.

²⁷ B. HOOKS, *op. cit.*, 33.

²⁸ *Ivi*, 215.

²⁹ *Ivi*, 34-35.

Si tratta di un "apprendimento attivo" in cui «mantenere la mente aperta è un requisito essenziale» e «la conoscenza è in continua evoluzione»³⁰.

Pensare insieme criticamente crea di conseguenza le basi per una reale "comunità di apprendimento".

Concepire l'aula come comunità di apprendimento, implica un cambio di prospettiva di non poco conto: implica non certo una orizzontalità nei ruoli, che vengono mantenuti chiaramente distinti, ma il desiderio reciproco di mettersi in gioco.

In qualche modo, anche il docente si fa apprendista e ricercatore, direbbe ancora Paulo Freire, anzi "do-discente", come diceva in "Pedagogia dell'autonomia", un saggio scritto appositamente per l'insegnamento: «chi insegna, nell'atto di insegnare, apprende, e chi apprende, nell'atto di farlo, insegna»³¹. Parole che risuonano simili a quelle di Dewey: «In questa attività condivisa, il maestro impara, e lo scolaro, senza saperlo, insegna»³².

Cosa vuol dire essere maestro, oggi?

Sto su un'immagine recente, che attinge ai classici, ed è riportata da Gustavo Zagrebelsky nel suo "La lezione":

Il maestro è colui che, stando più avanti e più in alto nella salita, trae a sé; è la guida da cui dipende l'ascesa, ma dal cui passo falso può dipendere anche la rovina. [...] Non è una passeggiata e il maestro e i discepoli non sono turisti. [...] Il maestro sa che i suoi allievi andranno oltre e forse contro di lui, oscurando la sua fama. Non avrà a dolersene [...]. Il maestro è solo quello che "è più avanti" provvisoriamente, non quello che è stabilmente più su e, tanto meno, quello che è arrivato in cima e può guardare dall'alto in basso tutti gli altri³³.

Non è una passeggiata, quello fra *magister* e allievo: è un cammino di condivisione di un sapere che chiama alla sfida di una scoperta. Il *magister* è avanti e fa luce. È provvisoriamente avanti: potrebbe esserci

³⁰ *Ivi*, 34.

³¹ P. FREIRE, *Pedagogia dell'autonomia. Saperi necessari per la pratica educativa*, Torino, 2004, 21.

³² J. DEWEY, *op. cit.*, 206.

³³ G. ZAGREBELSKY, *Mai più senza maestri*, Bologna, 2019, 20-22.

un momento in cui l'allievo lo aiuterà a tenere il lume, un momento in cui lo supererà, o avrà forse scoperto qualcosa che fa ancora più luce, o prenderà una strada differente.

Il magister apre un cammino, senza costringere i suoi allievi a seguire la sua strada, ma aprendo in loro i sentieri di domanda e riflessione che possono (e debbono) condurli a scoprire il proprio passo, la propria andatura, il senso del proprio andare, la propria destinazione.

Magister, allora, nel contesto universitario, potremmo anche dire che è chi sceglie di aprire scenari di significatività all'interno e a partire dalla propria disciplina. Si assume la responsabilità – se volessimo ancora restare nella metafora itinerante proposta da Zagrebelsky e arricchirla ulteriormente – di stare in cammino per primo e di indicare una strada. E, in quel cammino, man mano che procede in orizzontale lungo il sentiero della riflessione che si compie in aula, sulla soglia, in corridoio, in cortile, ecc., si assume anche la responsabilità, l'onere, la cura... di andare in profondità.

Diceva ancora bell hooks:

Gran parte del lavoro intellettuale abbraccia l'arte del possibile; è come un processo archeologico in cui si va in profondità, alla ricerca di verità che cambiano costantemente, ma mano che nuove informazioni vengono alla luce³⁴.

La didattica del diritto dovrebbe assumere la priorità di questo “processo archeologico” che ponga domande di senso e scavi nella profondità di quanto emerge attraverso di esse, osando sostarvi dentro, facendo in modo che risuonino nelle riflessioni individuali e collettive d'aula, augurandosi che possano proseguire anche quando l'esperienza d'aula sarà finita.

2. Si può usare il teatro sociale nella didattica giuridica?

Per delineare in concreto una modalità attraverso la quale è possibile realizzare una didattica che assume i connotati di “pratica educativa

³⁴ B. HOOKS, *op. cit.*, 173.

liberante", senza temere di perdere potere e prestigio connessi alla figura di docente ma rivestendola, al contrario, del ruolo di "cerniera trasformativa", parafrasando Durkheim, fra l'aula e la società³⁵, si vuole qui ripercorrere un'esperienza formativa realizzata per moltissimi anni in contesti extra-accademici e sperimentata da qualche anno anche nella didattica universitaria, in contesti e con destinatari differenti.

La cornice più generale è quello di attività cooperative e partecipative scelte per fare in modo che la didattica stimoli maggiormente l'apprendimento attivo e coinvolga in prima persona, laddove e per quanto è possibile, studentesse e studenti.

Prima di addentrarsi nello specifico della formazione realizzata, tuttavia, risulta necessario delineare sul piano teorico la metodologia utilizzata, mutuata dal "Teatro-immagine" di Augusto Boal, noto regista teatrale brasiliano.

Boal è una figura controversa, almeno sul piano della storia politica brasiliana: durante la dittatura militare brasiliana, a causa del suo attivismo politico e delle sue idee progressiste, nel 1971 fu arrestato e torturato, e successivamente costretto all'esilio. Divenne noto anche in Europa soprattutto per aver sviluppato la metodologia del "Teatro dell'Oppresso", una forma teatrale che incoraggia la partecipazione attiva del pubblico (che diventa così "spett-attore") e l'esplorazione di questioni sociali e politiche, attingendo pedagogicamente alla "Pedagogia degli oppressi" del giurista e pedagogista (brasiliano ed esiliato politico anche lui) Paulo Freire³⁶.

Le forme di Teatro dell'Oppresso sono diverse, ma qui ci soffermiamo brevissimamente e a titolo introduttivo solo su tre di esse: il

³⁵ Secondo Durkheim serve una pedagogia in cui si mette al centro il rapporto complesso fra due società di dimensioni differenti, la piccola società della classe e la grande società dei cittadini, a cui la vita in classe prepara e in cui l'insegnante è *trait d'union*, cerniera. Ciò a cui il lavoro in classe deve puntare non è solo all'integrazione degli studenti nella società, ma alla sua trasformazione. Si tratta di un aspetto in cui il pensiero di Durkheim è sicuramente agganciabile, pur con degli specifici distinguo, a quello di Dewey, Freire, Freinet e hooks.

³⁶ Cfr. A. BOAL, *L'arcobaleno del desiderio*, Molfetta (BA), 1994; ID., *Dal desiderio alla legge. Manuale di teatro di cittadinanza*, Molfetta (BA), 2002; ID., *Il poliziotto e la maschera. Giochi, esercizi e tecniche del Teatro dell'Oppresso*, Molfetta (BA), 2005.

“Teatro-forum”, il “Teatro legislativo” e il “Teatro-immagine”, metodologia quest’ultima utilizzata nell’esperienza didattica che descriveremo in seguito.

Il *Teatro-forum* è una tecnica teatrale interattiva in cui una breve scena viene rappresentata, mostrando una situazione di oppressione o ingiustizia, e la scena viene poi ripetuta più e più volte, invitando il pubblico a intervenire, sostituendo un personaggio, diventando “spett-attore”, come già detto, e proponendo soluzioni alternative al problema che viene presentato attraverso la rappresentazione scenica.

In questo modo, lo “spett-attore”, proponendo una propria soluzione alla questione che ha visto messa in scena, contribuisce ad agire un cambiamento: può, infatti, entrare in scena lui stesso, impersonificando uno dei personaggi e promuovendo una visione differente della medesima situazione che gli attori avevano rappresentato. In questo modo, attraverso proponendo un’alternativa alla concreta situazione che ha visto rappresentare, lo “spett-attore” interviene attivamente cercando di attuare di cambiare il corso degli eventi.

In coloro che non partecipano sul palco, ma lo fanno ascoltando attivamente e osservando le diverse scene modificate, questa tecnica teatrale stimola la riflessività, il pensiero critico, l’empatia, la ricerca collettiva di soluzioni: infatti, anche se la problematica proposta, di solito già avvenuta nella realtà, non potrà essere cambiata nell’evento già accaduto, la sperimentazione teatrale incoraggia il pubblico a riflettere su situazioni simili che nella strada, nel quartiere, nella città in cui abitano, potrebbero di nuovo verificarsi.

Lo stimolo per lo “spett-attore”, allora, è proprio quello a diventare protagonista del cambiamento sociale, di assumersi – lo diciamo con Freire – il “diritto-dovere di cambiare il mondo”³⁷.

Il *Teatro legislativo* (si veda il testo “Dal desiderio alla legge”, che ne è una sorta di “Manuale”) è stata un’applicazione del Teatro-forum all’esperienza politica vissuta da Boal. Consisteva nell’utilizzare il Teatro-forum e altre forme di tecniche teatrali interattive, per coinvolgere direttamente i cittadini nella creazione di proposte di legge da presenta-

³⁷ P. FREIRE, *Il diritto-dovere di cambiare il mondo. Per una pedagogia dell’indignazione*, Trento, 2021.

re al Parlamento dello Stato di San Paolo. Per acconsentire alla sua candidatura a consigliere, infatti, Boal aveva posto la condizione che gli fosse permesso di ascoltare direttamente il popolo nelle sue proposte e di portarle in Parlamento: in pratica, i partecipanti esploravano problematiche sociali attraverso scene teatrali e proponevano soluzioni alternative alle diverse proposte. Le proposte più interessanti venivano poi elaborate in vere e proprie bozze di legge da presentare in Parlamento. E sempre attraverso il teatro, poi, Boal restituiva anche le dinamiche di confronto e accoglimento o diniego di quelle proposte, così come le aveva viste agite, criticate o accolte in sede parlamentare.

La terza e ultima tipologia di "Teatro dell'oppresso" (e quella che abbiamo vissuto maggiormente, sia in contesti formativi e scolastici, sia in ambito universitario) è il *Teatro-immagine*, una forma di teatro partecipativo e trasformativo in cui l'utilizzo del corpo è necessario per creare "immagini scultoree" viventi, attraverso le quali rappresentare concetti, relazioni, problemi o questioni sociali. Statue statiche, formate dai partecipanti ai diversi gruppi in formazione, che non si muovono diventando "sculture dinamiche", come in altre tecniche³⁸ o anche, in alcuni casi, nella medesima tecnica boaliana.

L'assunto teorico su cui il "Teatro-immagine" si basa è quello per cui "tutto il corpo pensa": il corpo, la mente e le emozioni sono interconnessi e la persona è fatta di dimensioni che non si riducono solo alla dimensione psichica o fisica, ma anche al lato emotivo e "spirituale", che tutte sommate danno la "postura" e la modalità con cui la persona, con le sue caratteristiche, risorse e imperfezioni, si pone nel mondo, di fronte agli altri.

Un dialogo innanzitutto, quindi, con la propria parte interiore, potremmo dire, che ogni partecipante è in qualche modo chiamato a recuperare, perché è tutto il corpo a essere messo in gioco.

Nella pratica, i partecipanti usano i loro corpi per "scolpire" delle immagini, esplorando diverse prospettive e possibili soluzioni in modo non verbale. La parola, almeno nella fase del "dialogo collettivo" che si instaura quando si procede alla modifica delle sculture, è assolutamente

³⁸ Fra queste, si segnala l'esperienza del Playback Theatre, di provenienza statunitense. Cfr. L. DOTTI, *Storie di vita in scena. Il teatro di improvvisazione al servizio del singolo, del gruppo, della comunità*, Torino, 2006.

vietata. E per questo sarebbe sempre necessario preparare i partecipanti ad acquisire quel minimo di elasticità da permettere di non bloccarsi quando, con il proprio corpo, si è “pro-vocati” dal contatto con gli altri partecipanti.

Il tocco e il contatto, infatti, sono parte integrante di questa metodologia e l'attenzione del formatore deve essere quella di avere cura che la confidenza reciproca fra i partecipanti possa piano piano crescere e consolidarsi e che il fatto di essere toccati non implichi il blocco emotivo di qualcuno/a nello svolgere il compito assegnato.

Nelle modalità teatrali di tipo più tradizionale, il dover imparare bene una parte da mettere in scena, l'esposizione attraverso la verbalizzazione corrisponde, riveste per alcuni un ostacolo importante, che può diventare barriera insormontabile alla prosecuzione delle attività didattiche e formative proposte.

Viceversa, il linguaggio non verbale aiuta a superare queste forme di fragilità e difficoltà nell'esporsi e parlare, sciogliendo indirettamente eventuali blocchi anche attraverso un lavoro previo di scioglimento muscolare, ascolto di sé, incontro con l'altro-che-si-ha-di-fronte, e permettendo di far partecipare e intervenire anche coloro che sarebbero altrimenti in difficoltà in una forma di “teatro verbale”.

Provando a fare sintesi dei momenti che lo caratterizzano, almeno sulla base della mediazione e del riadattamento che negli anni si è fatto di questa forma teatrale all'esperienza didattica universitaria, potremmo dire che il “Teatro-immagine” si basa su quattro differenti fasi di dialogo:

1. una prima fase di *dialogo interiore e individuale*, con la parte più profonda di sé (non un monologo, ma in tal senso già un “inizio di dialogo”, se così possiamo dire) nella prima risonanza che ciascuno ascolta dentro di sé rispetto alla pro-vocazione che viene dalla proposta del formatore;
2. questa prima risonanza interiore e personale anticipa la seconda fase della *riflessione condivisa nel gruppo* che costituisce spontaneamente intorno a un nucleo comune, a cui ciascun partecipante sceglie liberamente di aderire. È il dialogo verbale, in questo caso, anche a partire dalle indicazioni che possono provenire dal formatore in funzione della scultura corporea da realizzare. Per esempio: “prima di pensare a scolpire, esprimete e condividete le motivazioni che vi

- hanno portato a scegliere quella certa frase che dovrete poi rappresentare”;
3. un terzo dialogo, silenzioso, collettivo, democratico nelle forme in cui si realizza e anche nell'esito, che si manifesta nella *realizzazione delle sculture* e nella *fase di potenziale modifica* realizzata da coloro che non sono “modellati”;
 4. e poi un quarto dialogo, che si instaura nel momento fondamentale del *debriefing*, in cui al docente-formatore è chiesto di far emergere gli stati d'animo e le riflessioni personali che il singolo ha maturato dentro di sé mentre le sculture venivano realizzate e poi modificate, e non si poteva verbalizzare nulla. Il docente richiederà anche di evidenziare commenti, sottolineature, ulteriori risonanze e meta-valutazioni dell'esperienza vissuta e delle dinamiche agite.

Tutte e quattro le fasi concorrono, insieme, alla costruzione di una riflessione composita e condivisa, passando da una fase prima individuale, a quella del piccolo gruppo fino ad arrivare alla “comunità di apprendimento”, che si conclude, attraverso il *debriefing* finale, consolidando proprio la dimensione comunitaria interna al gruppo complessivo.

3. “Forme di cittadinanza”: un'esperienza di teatro-immagine in contesto universitario

Entrando maggiormente nel dettaglio della tipologia di “Teatro-immagine” utilizzata a fini didattici e intorno al tema della cittadinanza, una precisazione in ulteriore premessa: la modalità utilizzata è frutto di tentativi, sperimentazioni e approssimazioni varie che si sono susseguite nel corso degli anni e in diversi contesti formativi. Come ricordava Boal, non c'è «niente di obbligatorio nel Teatro dell'Oppresso, perché ogni esercizio, ogni gioco, ogni tecnica, pur avendo degli obiettivi specifici, porta in sé la totalità del processo»³⁹ che va considerata da chi conduce l'attività, a partire dalle dinamiche che si creano, sviluppano e armonizzano. Infatti, proprio per questo, «un professore può benissimo,

³⁹ A. BOAL, *Il poliziotto e la maschera*, cit., 97-98.

nella sua lezione, proporre ai suoi allievi di utilizzare le tecniche dell'immaginazione, anche se non ha prima proposto di fare gli esercizi precedenti» suggeriti in *Il poliziotto e la maschera*, in quanto la libertà che permette questa forma teatrale è proprio quella di poter (anzi, dover) adattare le tecniche a seconda degli obiettivi posti, del contesto in cui si opera, dei partecipanti che sono coinvolti nel momento formativo.

Si tratta, bisogna dirlo in premessa, di un'esperienza fin qui realizzata in contesti didattici con numeri ridotti (minimo 10, massimo 30), tali da poter creare dinamiche e clima ideali per la realizzazione di una tipologia di attività densa di partecipazione. Questa caratteristica dei piccoli numeri risulta essere un vincolo importante, almeno per la realizzazione di questa attività in ambito formativo e universitario, in quanto garantisce di realizzare una modalità realmente laboratoriale, che coinvolge tutti i presenti e li ingaggia in prima persona anche nelle successive fasi di analisi e riflessione.

Il docente qui assume il ruolo di mediatore di attività di gruppo, che lo vedono in un ruolo di facilitatore di processi di apprendimento esperienziale, su cui in un'ultima fase di *debriefing* aiuterà a decodificare i significati rimasti impliciti, le dimensioni simboliche, gli accenti di contenuto rimasti in filigrana all'attività realizzata.

Tornando al piano più operativo, non essendoci sempre il modo e il tempo per realizzare il momento di riscaldamento corporeo e di entrata vera e propria nella dinamica teatrale proposta, come accadrebbe con esercizi rompigghiaccio⁴⁰ in un contesto formativo o performativo vero e proprio, nella fase preliminare il gruppo viene introdotto nell'attività e istruito sugli obiettivi e sulle modalità di realizzazione. Tutti devono avere chiarezza e consapevolezza che è richiesto a ciascuno di diventare parte di una scultura vivente, modellabile dal tocco degli altri partecipanti, per realizzare insieme in forma corporea concetti, parole, idee, legate al tema oggetto della lezione.

Il docente avrà preliminarmente selezionato una serie di brani musicali, estratti di poesie, citazioni da racconti o romanzi, della lunghezza di qualche riga, che contengono immagini che possono essere rappresentate scenicamente: dovrà evitare l'utilizzo di frasi troppo concettuali,

⁴⁰ *Ibidem*.

che possono essere meravigliosi in sé alla lettura, ma troppo astratti per la *mise en scène*.

Disseminerà, poi, in angoli diversi dell'aula i fogli con le frasi scelte per l'attività e chiede a ciascun partecipante di gironzolare nella stanza, prendendo visione di ciascuno dei brani tutte le frasi.

In questa prima fase di silenziosa riflessione individuale, un sottofondo musicale accompagnerà il viaggio da una frase all'altra e detterà i tempi di chiusura di questa attività.

A ciascuno dei partecipanti viene chiesto, quindi, di fermarsi in piedi in prossimità del foglio con la frase che gli avrà suscitato maggiore interesse, affinità, risonanza: alla fine della musica, o forse anche qualche momento prima, il docente vedrà comporsi un gruppetto di persone intorno a uno scritto di comune interesse. Gruppetto che potrà essere numeroso o ridotto, anche se potrà accadere che un brano sia scelto anche solo da una persona.

In quest'ultimo caso, prima di cominciare la seconda fase di dialogo in gruppo, il docente chiederà a coloro che si trovano da soli se sono sereni nel riflettere in solitaria su una rappresentazione scenica della frase che hanno scelto oppure se preferiscono aggiungersi a un altro gruppo, accostandosi a quello vicino dalla frase che avevano individuato come seconda scelta. Per quanto sia piuttosto infrequente, è sempre possibile che qualcuno che preferisca provare l'esperienza della scultura in solitaria, aspetto che sarà possibile poi riprendere nella fase di debriefing, da cui è emerso che la decisione di aggregarsi al gruppo della "seconda scelta" è molto spesso effettuata più per "protezione" che per desiderio di arricchirsi del confronto con gli altri partecipanti.

Inizia poi la seconda fase, quella di suddivisione e condivisione in piccoli gruppi: compatibilmente con gli spazi a disposizione, ciascun gruppo si ritrova in un luogo appartato, in modo da concentrarsi sul proprio lavoro e non essere influenzato o disturbato dal confronto realizzato negli altri gruppi.

Il docente, come si diceva, può dare degli input per agevolare la condivisione fra tutti i partecipanti, per esempio invitandoli a esplicitarsi le ragioni della scelta di quella frase, quali sensazioni essa risvegli e/o quale significato ciascuno vi attribuisca, ma lascia poi che il gruppo

lavori e faccia emergere nel confronto la costruzione di una scultura corporea condivisa.

Qualche gruppo chiede se può utilizzare alcuni oggetti sparsi nella stanza per dare maggiore risalto ad alcuni aspetti della scultura o renderla maggiormente comprensibile o espressivamente efficace. In rarissimi casi, qualche componente del gruppo chiede di non mettersi in scultura, ripiegando su una sorta di ruolo da “regista” del gruppo: risulta importante ritornare eventualmente sulle ragioni che hanno indotto a prendere quella posizione all’interno del gruppo e dell’attività realizzata.

Viene lasciato a tutti i gruppi un tempo congruo per confrontarsi e realizzare la propria scultura e, alla fine del tempo assegnato, il docente, verificando se tutti i gruppi sono riusciti a ultimare la loro preparazione, richiama tutti in plenaria per dare avvio alla terza parte collettiva del lavoro.

Prima che i gruppi partano a realizzare le loro sculture, il docente sottolineerà alcune regole tecniche importanti (o ribadirà nuovamente, se le avesse già presentate nelle premesse in fase introduttiva), su cui poi ritornerà nel debriefing finale a spiegarne il significato: i gruppi si alterneranno nella realizzazione delle diverse sculture, uscendo “in scena” in modo volontario e spontaneo.

Il gruppo realizza la sua scultura al centro dell’aula o comunque in un angolo che permetta di avere spazio tutto intorno alla scultura per osservarla a tutto tondo.

Sia l’attività di messa in scena della scultura, sia quella successiva di modifica, devono svolgersi in silenzio. Non solo, ciascun partecipante deve avere rispetto per il lavoro realizzato dagli altri, ma innanzitutto assicurare riconoscimento e fiducia agli altri partecipanti, nelle dinamiche che caratterizzeranno questa terza fase: chi è in scultura, infatti, sa che sarà modellato con rispetto per il suo corpo e la sua dignità; chi interverrà come scultore, viceversa, realizzerà le sue eventuali modifiche avendo attenzione per la persona-in-scultura ed evitando di farle assumere posizioni che potrebbero metterla in imbarazzo o in difficoltà (come accadrebbe, con un banale esempio, se chiedesse a chi è in scultura di rimanere su un solo piede per diversi minuti).

I tempi dell’attività vengono scanditi da alcune ritualità.

Una volta che la scultura sarà composta, il docente leggerà la frase oggetto della scultura e la porrà in un posto visibile, ai piedi della scultura, come sua didascalia, in modo che ciascun partecipante-sculitore possa eventualmente rileggerla in autonomia: quello costituisce il segnale di apertura della fase di modifica della scultura.

Tutti i partecipanti che non sono impegnati nella realizzazione della scultura si alzeranno in piedi e osserveranno attentamente, a 360 gradi, la scultura, nell'insieme e nei particolari (posizioni delle parti del corpo, espressioni del viso, ecc.) e, se lo riterranno opportuno, secondo il proprio modo di interpretare la frase oggetto della scultura, potranno intervenire con delle modifiche alla scultura. Da osservatori, quindi, diventeranno partecipanti-sculitori, ovvero entreranno in scena, per dirla ancora con Boal, come "spett-attori".

Dal punto di vista più tecnico, partecipante-sculitore interverrà a modificare eventualmente la scultura realizzata dal gruppo che sta osservando accompagnando lentamente il corpo della persona-in-scultura affinché la modifica richiesta sia chiara e soprattutto perché il tutto avvenga con la delicatezza, cura e attenzione che denotano il rispetto richiamato in premessa. Nel caso in cui debba modificare l'espressione facciale, il partecipante-sculitore mimerà in silenzio alla persona-in-scultura l'espressione che vorrebbe che questa assumesse e le darà un *feedback* positivo quando l'espressione assunta corrisponderà a quanto aveva in mente. Il partecipante-sculitore poi guiderà con un cenno della mano la direzione verso cui eventualmente vorrebbe che lo sguardo della persona-in-scultura venisse indirizzato.

Una variante, che avvicina la forma del Teatro-immagine a quella del Teatro-forum, potrebbe prevedere anche che uno dei partecipanti-sculitori possa addirittura entrare in scena per contribuire alla trasformazione della scultura, divenendo anche lui parte di essa.

La conclusione della fase di modifica avverrà quando tutti i partecipanti-osservatori (in piedi durante l'attività) si siederanno: sarà il segnale per il docente che nessuno vuole modificare ulteriormente la scultura e che, quindi, essa rappresenta l'esito condiviso da tutti gli osservatori.

A quel punto, il docente rileggerà ad alta voce la frase rappresentata e chiederà l'applauso per il gruppo che ha realizzato la scultura. Si chiuderà così la fase di presentazione del lavoro del primo gruppo e i

successivi momenti di presentazione delle sculture avverranno secondo il medesimo ritmo e rituale.

Una volta rappresentate tutte le sculture corporee, si passerà alla successiva fase di riflessione sull'esperienza realizzata, nella quale il docente condurrà il gruppo a una rielaborazione e meta-valutazione dell'attività svolta, riflettendo sulle dinamiche che si sono venute a creare.

Risulta di fondamentale importanza che vi sia la fase finale di confronto fra tutti i partecipanti e con il docente che la conduce: è la fase in cui, infatti, dopo il silenzio della fase dinamica del lavoro scultoreo, i partecipanti tornano a parlare e dialogare. Lì, ha luogo una sorta di "ricomposizione" di tutte le riflessioni individuali in un momento collettivo, che crea e consolida, a partire dal lavoro svolto, una piccola "comunità di apprendimento"⁴¹, perché

Quando insegnanti e studenti comprendono di essere collettivamente responsabili della creazione di una comunità di apprendimento, l'apprendimento stesso raggiunge il suo massimo significato e la sua somma utilità⁴².

Il docente inviterà il gruppo a un confronto su quanto emerso: sensazioni provate e pensieri emersi nel modificare o essere modificati in scultura.

Spesso emerge nel confronto come, lato partecipanti-scultori, a un certo punto qualcuno si sia fermato nel voler continuare a modificare la scultura e abbia, quindi, posto un freno alla propria iniziativa, in nome di quello che era stato realizzato dagli altri. Il fatto che il partecipante-scultore abbia accettato, a un certo punto, di non procedere ulteriormente, accettando una precedente modifica realizzata da un altro partecipante pur se non lo convinceva del tutto, è un aspetto importante della dinamica realizzata su cui soffermarsi: perché ciò che è avvenuto, uscendo dal piano teatrale, formativo e simbolico, deve essere chiaro che rappresenta una dinamica molto simile a quella democratica, nella quale si accoglie la scelta altrui, in virtù non di un pieno riconoscersi in

⁴¹ E. WENGER, *Comunità di pratica. Apprendimento, significato e identità*, Milano, 2006.

⁴² B. HOOKS, *op. cit.*, 34-35.

quella posizione ma di una sorta di approssimazione alla propria idea, adeguandosi *de facto* – in ogni caso nell'esercizio della propria libertà – a quanto la "maggioranza" ha proposto.

Non è un caso che questa dinamica teatrale porti a riflessioni di questo tipo: fra le altre caratteristiche del Teatro-immagine ritroviamo evidentemente la possibilità, come per tutte le forme teatrali del Teatro dell'Oppresso, di esplorare e mettere in scena temi rilevanti sul piano sociale e politico, arrivando addirittura, nella richiamata forma del Teatro legislativo o di cittadinanza, a proporre o discutere di possibili proposte di legge di iniziativa popolare.

Questa metodologia, infatti, prevede che attraverso la *mise en scène* e la successiva modifica e trasformazione delle sculture, i partecipanti possano acquisire una maggiore consapevolezza delle proprie emozioni e delle dinamiche sociali, e possano sentirsi *empowered* ad agire per il cambiamento. Risiede, in effetti, nella metodologia stessa lo sviluppo di una dinamica trasformativa e la realizzazione di un cambiamento, che riguarda nell'attività la piccola comunità degli studenti, che è palestra di democrazia per le azioni trasformative nella società. Ciò va in qualche modo ripreso messo in evidenza e socializzato dal docente, che può cogliere in questa fase la premessa per la successiva parte di inquadramento teorico del tema oggetto del percorso didattico realizzato.

L'ultima fase dell'esperienza didattico-formativa, infatti, consiste nella ripresa teorica di temi, categorie e concetti emersi durante l'esperienza teatrale vissuta e, per ciò che riguarda il piano didattico qui di interesse, rilevanti dal punto di vista giusfilosofico o socio-giuridico.

Nello specifico, infatti, questa esperienza sulle "forme di cittadinanza" vedrà riprese nella quarta e ultima fase di inquadramento teorico le differenti sfaccettature della categoria poliedrica della cittadinanza, concetto poliedrico, «polisemico»⁴³ e «polifonico»⁴⁴ addentrandosi nell'argomento attraverso una mappatura dei diversi concetti e risvolti che la caratterizzano.

⁴³ G. DELANTY, *Citizenship in a global age: society, culture, politics*, London, 2000, 4.

⁴⁴ D. ZOLO (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, 1999, IX.

4. *In-conclusione*

La domanda di uno dei paragrafi lasciava in sospeso la questione se sia possibile usare una forma di teatro sociale nella didattica del diritto, in particolare avendo in mente la trattazione di temi di rilevanza giusfilosofica o socio-giuridica, come la categoria della cittadinanza proposta in questa breve riflessione.

Abbiamo cercato di rispondere a questo interrogativo descrivendo brevemente un'esperienza didattica vissuta in contesto universitario, per cercare quella "terza via" delineata in partenza a questo contributo.

Il microcosmo didattico, creato attraverso l'esperienza di Teatro-immagine "Forme di cittadinanza", vuole assumere su di sé la pro-vocazione educativa (e esistenziale) a imparare a "pensare insieme", risultando «evidente che la democrazia prospera là dove [...] la capacità di pensare diventa il simbolo della cittadinanza responsabile e la libertà di parola e di dissenso sono accolte e incoraggiate»⁴⁵.

Si tratta di caratteristiche sempre più importanti in una società sempre più algoritmica in cui il «il battito cardiaco del pensiero critico, [che] è il desiderio di sapere, capire come funziona la vita»⁴⁶ sembra rischiare di rallentare e appiattirsi sulle sole sollecitazioni che vengono dal consolidamento di informazioni selezionate sulla base di interessi manifestati in precedenza. Così non si pensa insieme, ma si consolida la percezione individuale di una realtà parziale, perdendo le molteplici sfaccettature del reale.

In particolare, la scelta didattica di affrontare il tema della cittadinanza (a partire da una metodologia non certo replicabile ovunque e comunque) è scaturita dalla consapevolezza che questa categoria può essere sicuramente «il congegno (il telescopio o il microscopio) impiegato per mettere a fuoco un determinato aspetto della realtà»⁴⁷ sociale, o almeno per sviluppare una più ampia riflessione sulla trama dei legami sociali che sostengono la relazioni fra singoli e comunità e sul ruolo che il diritto assume in questo rapporto.

⁴⁵ B. HOOKS, *op. cit.*, 41.

⁴⁶ *Ivi*, 219.

⁴⁷ P. COSTA, *Cittadinanza*, Roma-Bari, 2005, 4.

In altri contesti e riflessioni, si è sollecitata la riflessione sulla didattica del diritto a diventare luogo in cui il professionista formato (giurista o non giurista, come nell'esempio portato) sia capace di integrare diversi approcci in una sorta di «laboratorio didattico-giuridico, incorporando necessariamente intuizioni e strumenti provenienti dalle scienze umane e sociali»⁴⁸.

La categoria della cittadinanza risulta, allora, quel "tema generatore"⁴⁹ "strategico" e centrale, che permette all'aula universitaria di diventare un piccolo laboratorio didattico-giuridico di cittadinanza attiva, una palestra di democrazia, un esperimento di «fabbricazione sociale del cittadino democratico»⁵⁰.

⁴⁸ TH. CASADEI, *Il diritto in azione: significati, funzioni e pratiche*, in V. MARZOCO, S. ZULLO, TH. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, Pisa, 2021, 141.

⁴⁹ P. FREIRE, *Pedagogia degli oppressi*, cit., 96-99. Un tema generatore è quello che una persona sente come vicino, importante e per sé determinante. Lavorare con le persone sulla ricerca di un "tema generatore" significa aiutare ciascuno a prendere coscienza della propria realtà di appartenenza; ad astrarsi da essa osservandola e affermando i legami, le connessioni, le intersezioni, che la collegano con quella vissuta da altri individui in situazioni simili, smettendo di pensare che gli altri vivano in un «mondo a parte, misterioso e strano» (97) e, in questo modo, infine, ad acquisire uno sguardo ed una visione della realtà più ampia, anche se non totale e complessiva. In questo modo chi riflette e ricerca i temi generatori fa un «movimento di andata e ritorno, dall'astratto al concreto» (98).

⁵⁰ P. BARCELLONA, *Questione sociale e questione democratica*, in *Critica marxista*, 5, 1993, 39.

SEZIONE VII

DIRITTO ED ECONOMIA

DIRITTO ED ECONOMIA

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Paolo Silvestri, Giovanni Tuzet

L'espressione "diritto ed economia" racchiude ambigualmente una pluralità di significati. Sciogliendo una prima ambiguità – fra le relative discipline e il loro oggetto di studio – l'espressione può riferirsi a quattro cose: 1) il rapporto fra il diritto come disciplina scientifica e l'economia come fenomeno sociale, 2) il rapporto fra il diritto come fenomeno sociale e l'economia come disciplina scientifica, 3) il rapporto fra il diritto e l'economia come discipline scientifiche, 4) il rapporto fra il diritto e l'economia come fenomeni sociali. Considerando poi l'ambiguità della congiunzione ("ed") e i molti sensi in cui questa può essere intesa, tale quadripartizione si complica esponenzialmente a seconda che il rapporto sia inteso come una questione esplicativa (come una cosa spiega l'altra), o prescrittiva (come una cosa regola l'altra), o in maniera ancora diversa.

Esemplificando alcune di tali possibilità, si può cercare di spiegare i fenomeni giuridici in base a ragioni economiche, o prescrivere diverse configurazioni giuridiche in base a ragioni economiche, o vedere in che termini condizioni giuridiche date determinino i processi economici, o in che modo dottrine giuridiche o economiche influenzino i diversi fenomeni sociali.

Insomma i rapporti fra diritto ed economia sono estremamente vari e di livelli distinti. I lavori qui raccolti esemplificano alcuni di tali rapporti e diverse maniere di intendere la relazione in esame. Abbiamo voluto lasciare spazio ai relativi argomenti, senza imporre direttive metodologiche o contenutistiche, lasciando che i testi si sviluppessero nelle direzioni perseguite da chi li ha scritti, fatta salva naturalmente la qualità delle opere e la chiarezza delle rispettive argomentazioni.

Infatti, quando siamo stati incaricati di organizzare il workshop da cui nasce questa pubblicazione, l'auspicio è stato quello di dare spazio ai lavori dei più giovani in particolare, sollecitandoli a sottoporci le loro ricerche e riflessioni in tema di diritto ed economia.

Per entrare nel merito, le proposte ricevute e che ora si traducono in pubblicazioni si possono organizzare in tre gruppi: 1) Analisi economica del diritto e nuove tecnologie; 2) Analisi economica del diritto: approcci classici; 3) Diritto ed economia: approcci critici. Ci sia permesso presentarli nello stesso ordine.

Appartengono al primo gruppo – analisi economica del diritto e nuove tecnologie – i contributi di Leonardo Marchettoni e Gianluigi Riva.

Leonardo Marchettoni cerca di andare *Oltre la dicotomia tra regole e standard*. Le regole si caratterizzano per un alto grado di specificità e rigidità, offrendo certezza e riducendo il margine di discrezionalità giudiziale, ma al prezzo di una minore adattabilità ai contesti e ai casi concreti. Gli standard, al contrario, richiedono un'attività interpretativa, permettendo valutazioni caso per caso, introducendo tuttavia incertezza applicativa. La letteratura economico-giuridica ha a lungo analizzato i costi comparati di questi strumenti normativi, evidenziando che le regole comportano oneri *ex ante* nella loro elaborazione, mentre gli standard generano costi *ex post* in sede interpretativa.

Tuttavia, l'avvento delle tecnologie digitali e dell'intelligenza artificiale pone nuove sfide e possibilità. Marchettoni esplora come l'utilizzo di sistemi AI e l'accesso a grandi volumi di dati possano dar luogo a "microdirettive" – strumenti normativi dinamici in grado di combinare la precisione delle regole con la flessibilità degli standard. Un esempio paradigmatico è rappresentato dai limiti di velocità adattivi, modificabili in tempo reale in base alle condizioni stradali, senza intervento umano.

Questa trasformazione suggerisce una transizione verso un diritto orientato all'efficienza predittiva piuttosto che alla funzione interpretativa tradizionale. Ma essa solleva anche questioni cruciali sul piano teorico: l'erosione del potere di interpretazione e intermediazione tradizionalmente assegnato ai giudici, il rischio di automatismi normativi ciechi ai principi deontologici, e la tensione tra efficienza algoritmica e autonomia individuale. Marchettoni riflette infine sulle implicazioni di lun-

go periodo di questa “singolarità giuridica”, delineando uno scenario in cui il diritto rischia di smarrire la sua funzione critica per diventare mero strumento tecnico di governo del futuro.

Il saggio di Gianluigi Riva analizza la questione de *La monetizzazione dei dati personali. Profili di teoria generale della privacy fra negozio, natura dei dati e disponibilità dei diritti*, intesa come la possibilità per gli utenti di cedere dati personali in cambio di servizi digitali o benefici economici. Tale scambio può assumere forme esplicite, come la vendita diretta dei dati a terzi, oppure più indirette, attraverso il consenso all'utilizzo dei dati per profilazioni e personalizzazioni di marketing. In entrambi i casi, l'autore evidenzia come si configuri una relazione giuridica strutturata secondo uno schema sinallagmatico, in cui diritti fondamentali della persona – tutelati dal GDPR – vengono trattati alla stregua di oggetti negoziabili.

La questione centrale riguarda la disponibilità giuridica dei dati personali in quanto espressione della personalità. Riva propone un'analisi teorico-generale della relazione contrattuale che regola il trattamento dei dati, interrogandosi sulla natura dei beni giuridici coinvolti, sulla causa del contratto, sui profili di gratuità e sull'eventuale riconoscibilità di un corrispettivo. Da questo punto di vista, il lavoro offre una ricostruzione sistematica delle fonti normative, mettendo in luce le tensioni tra libertà economica e tutela della dignità individuale.

L'analisi si distingue per l'approccio ermeneutico, che cerca di andare oltre la logica del bilanciamento tra diritti, per interrogarsi invece sulla compatibilità strutturale tra mercificazione dei dati e garanzie costituzionali. In particolare, l'autore problematizza l'idea secondo cui il consenso individuale possa legittimare *in toto* pratiche che, di fatto, minano l'eguaglianza sostanziale tra soggetti. Infine, si evidenzia come l'assenza di una giurisprudenza consolidata in materia lasci ancora aperte molteplici soluzioni interpretative, rendendo il dibattito dottrinale decisivo per orientare il diritto in una direzione coerente con la sua vocazione garantista.

Al secondo gruppo di lavori – analisi economica del diritto: approcci classici – appartengono i contributi di Marco Segatti e Claudio Domenico Amorelli.

In *Due sensi di precedente. Complementarità intertemporali e formazione endogena di abitudini nelle decisioni giudiziali*, Marco Segatti propone una raffinata distinzione concettuale tra due accezioni del termine “precedente” nell’ambito delle decisioni giudiziali, avvalendosi di strumenti teorici propri dell’analisi economica del comportamento umano: le complementarità intertemporali nei modelli di scelta e la formazione endogena di abitudini. La tesi di fondo è che il concetto di “precedente” vada scomposto in due categorie: in senso ampio, come effetto causale dello stock di decisioni pregresse sulle inclinazioni degli attori giuridici contemporanei; in senso stretto, come argomento esplicitamente utilizzato in una decisione giurisprudenziale per orientare le scelte future, modificando deliberatamente il legame tra passato, presente e futuro.

Il precedente in senso lato riguarda quindi un’influenza quasi sociologica o psicologica del diritto vivente sulle attitudini dei giudici. In questa prospettiva, il passato non vincola formalmente, ma condiziona sistematicamente l’agire presente, generando una sorta di inerzia cognitiva. Il precedente in senso stretto, invece, assume una valenza strategica: il giudice decide oggi in funzione dell’impatto che la propria decisione potrà avere sul modo in cui i futuri giudici percepiranno e utilizzeranno lo stock di decisioni precedenti.

Questa articolazione teorica consente a Segatti di affrontare criticamente tre grandi questioni: la giustificazione normativa del vincolo del precedente, la sua validità come fonte del diritto e la rilevanza teorica del disaccordo giurisprudenziale. L’autore mostra come la distinzione tra i due sensi di precedente consenta di superare la dicotomia tra vincolatività e persuasività, mettendo in luce il carattere dinamico e performativo del ragionamento giurisprudenziale.

In una prospettiva di teoria generale del diritto, il lavoro rappresenta un tentativo originale di reintegrare elementi psicologici e comportamentali nell’analisi della funzione giurisprudenziale, con l’obiettivo di restituire complessità al fenomeno dell’argomentazione giudiziale senza rinunciare alla coerenza teorica.

Il saggio di Claudio Domenico Amorelli, *Analisi economica del diritto penale e criminalità organizzata*, si confronta con una delle questioni più controverse dell’analisi economica del diritto penale, vale a

dire le sue potenzialità (teoriche) e i limiti (pratici) alla sua applicabilità alla criminalità organizzata. La prospettiva utilitarista, fondata sul calcolo costi-benefici e sull'ipotesi dell'agente razionale, mostra qui i suoi limiti, specie quando si confronta con una realtà criminale stratificata e dotata di dinamiche interne complesse. L'autore evidenzia come i modelli classici – in particolare quelli risalenti a Bentham e sviluppati nelle scienze economiche da Gary Becker – debbano necessariamente essere integrati con categorie criminologiche per essere utilizzati con efficacia in questo ambito.

La “razionalità” del soggetto che opera nella criminalità organizzata si muove infatti tra due sistemi sanzionatori: quello esterno, imposto dallo Stato, e quello interno, gestito dalla stessa organizzazione. Questa duplice cornice rende insufficiente l'analisi puramente utilitarista. L'intervento penale, inoltre, è spesso indirizzato a condotte che non implicano un apporto causale diretto, ma una mera appartenenza strutturale: il che solleva questioni rilevanti sul piano costituzionale, in particolare in merito alla natura polifunzionale della pena e al principio di proporzionalità.

Amorelli sottolinea la distanza tra i vertici delle organizzazioni, il cui ruolo rischia nella prassi di essere analizzato in termini di responsabilità oggettiva, e i soggetti subordinati, le cui condotte sono condizionate da meccanismi di soggezione e appartenenza. La discrezionalità giudiziaria, in questi contesti, introduce ulteriori elementi di imprevedibilità, minando l'efficacia deterrente del diritto penale.

Il contributo si conclude con una domanda provocatoria: l'analisi economica è in grado di contribuire davvero alla prevenzione generale della criminalità organizzata? La risposta, implicita ma problematizzata, invita a una riconsiderazione critica del paradigma economico, evidenziando la necessità di un approccio integrato e rispettoso dei principi costituzionali del diritto penale.

Il terzo e ultimo gruppo di lavori – Diritto ed economia: approcci critici – è composto dai contributi di Francesca Annunziata Di Pietro, Paolo Scanga, Giuseppe Foti e Salvatore Maria Pisacane.

Francesca Annunziata Di Pietro presenta un saggio, *La mancata effettività del diritto a un adeguato standard di vita nella tradizione democratica statunitense*, in cui offre una lucida e critica analisi del falli-

mento strutturale del sistema giuridico statunitense nel garantire l'effettività del diritto a un adeguato standard di vita. Il lavoro si muove entro una cornice teorica che coniuga l'analisi critica del diritto con la genealogia delle istituzioni economiche e delle loro retoriche, interrogandosi su come la promessa di eguaglianza formale della democrazia americana si traduca, in concreto, in un sistema giuridico-economico che legittima sistematicamente l'esclusione sociale.

Attraverso un'attenta disamina del mito fondativo del "sogno americano", l'autrice mostra come l'ideologia neoliberale abbia progressivamente dislocato l'asse della solidarietà pubblica verso una concezione moralistica della responsabilità individuale. L'essere in uno stato di indigenza viene così rappresentato come fallimento personale, mentre la povertà è stigmatizzata come devianza. Tale visione si riflette in politiche pubbliche che, attraverso il principio della *less eligibility*, rendono l'assistenza statale deliberatamente meno desiderabile rispetto anche ai lavori più precari, rafforzando la distinzione tra cittadini "meritevoli" e "immeritevoli".

Di Pietro evidenzia come il diritto, lungi dal fungere da strumento di giustizia redistributiva, operi come dispositivo selettivo di inclusione e di esclusione. La progressiva erosione dello Stato sociale ha esposto l'individuo al rischio imprenditoriale della propria stessa esistenza, mentre il diritto ha smesso di proteggere i vulnerabili per rafforzare le posizioni dominanti, manifestando la sua doppia natura: scudo per i privilegiati, spada contro gli emarginati.

L'autrice conclude che l'assenza di un riconoscimento giuridico effettivo del diritto a una vita dignitosa non è un vuoto normativo accidentale, ma l'esito coerente di un progetto politico-giuridico che disegna una cittadinanza selettiva, in radicale contraddizione con le aspirazioni egualitarie della Costituzione statunitense. Il contributo, così, rappresenta una potente critica alla riduzione del diritto a tecnica di governo economico, rilanciando una visione del diritto come luogo di conflitto e di possibilità trasformativa.

Il contributo di Paolo Scanga – *Quale teoria economica per quale diritto? Il caso Keynes* – si propone come un'interrogazione sul fondamento stesso del rapporto tra teoria economica da un lato e istituzioni giuridico-politiche dall'altro. Muovendo da una critica all'Analisi Eco-

nomica del Diritto (AED) e alla sua matrice neoclassica, l'autore decostruisce le premesse epistemologiche e normative dell'approccio dominante – in particolare l'assunzione dell'efficienza come criterio guida, il riduzionismo metodologico individualista e la neutralità apparente del mercato.

Contro questa impostazione, Scanga propone una rilettura dell'opera di John Maynard Keynes, concentrandosi in particolare sul saggio *The End of Laissez-faire*. In questo testo, Keynes demolisce l'idea di un ordine spontaneo del mercato e mette in discussione tanto la neutralità della moneta quanto la capacità dell'interesse individuale di produrre equilibrio e benessere collettivo. L'autore mostra come la critica keynesiana non sia solo economica, ma anche filosofica, implicando una riconsiderazione del ruolo dello Stato, del diritto e delle istituzioni nella regolazione dei processi economici.

L'obiettivo del saggio non è solo storico-ricostruttivo, ma anche propositivo: recuperare in chiave contemporanea la dimensione critica e progettuale del diritto, sottraendolo alla neutralizzazione operata dall'AED. In questa prospettiva, il diritto non può più essere considerato un mero strumento funzionale all'efficienza economica, ma deve diventare luogo di decisione pubblica e terreno di conflitto democratico. La lezione di Keynes, secondo Scanga, permette di restituire al diritto una capacità di intervento consapevole sulle dinamiche economiche, in nome del bene comune e della giustizia sociale.

Il saggio si configura così come un invito a ripensare l'AED, mettendo in discussione la naturalizzazione del mercato e aprendo la strada a nuove configurazioni teoriche in grado di rispondere alla crisi della governamentalità neoliberale.

In *Quale libertà e quale bisogno? Appunti per uno studio filosofico-giuridico sul soggetto consumatore*, Giuseppe Foti affronta la questione del soggetto consumatore, analizzando le categorie di libertà e bisogno che ne strutturano l'identità giuridica e sociale. Il contributo si sviluppa attraverso un percorso teorico che intreccia diversi approcci e pensatori – pensiero politico moderno, critica marxista e teoria critica della società, fino ai concetti di libertà negativa e positiva elaborati da Isaiah Berlin – per mettere in discussione la rappresentazione dominante del consumatore come soggetto autonomo e razionale.

Il punto di partenza è la riflessione hobbesiana sulla libertà, intesa come assenza di impedimenti esterni, e il ruolo del contratto quale fondamento dell'ordine politico-giuridico moderno. Foti individua in Hobbes un antecedente concettuale della costruzione moderna dell'autonomia contrattuale, che continua a informare la figura del consumatore nel diritto contemporaneo. Tuttavia, la critica marxista, ripresa nel saggio, mostra come questa autonomia sia solo formale: le logiche del mercato condizionano profondamente la libertà individuale, determinando bisogni e scelte in modo strutturale.

A questo quadro si aggiunge l'apporto della teoria critica, in particolare di Herbert Marcuse, con il concetto di "desublimazione repressiva", che evidenzia come anche i desideri e le preferenze siano eterodiretti e prodotti da sistemi di potere economico. In questa prospettiva, la libertà del consumatore si rivela illusoria, poiché incanalata entro un sistema che determina dall'esterno tanto i bisogni quanto le forme della loro soddisfazione.

Il contributo si chiude con un confronto con il diritto dei consumatori in Italia, mostrando come quest'ultimo riconosca formalmente l'autonomia del consumatore, ma non ne problematizzi la sostanziale eteronomia. Il diritto si limita infatti a regolare l'equilibrio contrattuale, ignorando le asimmetrie strutturali di potere che ne condizionano l'esercizio. Foti propone quindi una riconsiderazione critica del diritto dei consumatori, capace di interrogarsi sulle condizioni materiali della libertà e sulla definizione collettiva dei bisogni.

Ne *La lezione di "Percorsi Assisi"*. *Può il sapere francescano rivoluzionare l'economia contemporanea?*, Salvatore Maria Pisacane fornisce una testimonianza (basata sulla sua esperienza personale) della scuola interuniversitaria "Percorsi Assisi", additata come esempio di un'iniziativa formativa ispirata all'etica francescana, intesa non come residuo spirituale, ma come proposta concreta per ripensare i paradigmi economici contemporanei. L'autore inquadra l'iniziativa – promossa dal Sacro Convento di Assisi insieme a numerose università italiane – nel solco delle encicliche di Papa Francesco *Laudato si'* e *Fratelli Tutti*, proponendola come modello formativo orientato alla costruzione di una nuova classe dirigente capace di affrontare le sfide e la complessità dei problemi del mondo contemporaneo.

La centralità della prospettiva francescana si articola intorno a tre assi: povertà come liberazione dal potere (non solo economico, ma simbolico e politico), fraternità come fondamento relazionale dell'economia, e cura del creato come dimensione etica dell'agire sociale. L'economia proposta non si fonda sull'efficienza o sull'utilità marginale, ma sulla reciprocità e sulla centralità della persona. In questo contesto, l'*homo reciprocans* sostituisce l'*homo oeconomicus* come figura antropologica di riferimento.

Pisacane mette in evidenza come l'etica francescana, lungi dall'essere una visione utopica o devozionale, si offra oggi come alternativa teorica e pratica al paradigma dell'economia neoliberale. Il superamento di tale paradigma passa per la riscoperta di un sapere che intreccia spiritualità, giustizia sociale ed ecologia integrale. Ma ciò richiede anche una riflessione giuridico-istituzionale: la proposta di un'economia "fraterna" implica infatti un ripensamento anche del ruolo del diritto, delle forme della regolazione e delle finalità stesse dell'intervento pubblico. L'esperienza di "Percorsi Assisi" assume così un valore paradigmatico: non solo come pratica educativa, ma come segnale di una possibile rivoluzione culturale del sapere giuridico-economico.

Come il lettore coglierà, si tratta nell'insieme di una pluralità di spunti e prospettive, che testimoniano di studi già avviati e ricerche a venire, con l'augurio che questa occasione ne sia di ulteriore stimolo.

OLTRE LA DICOTOMIA TRA REGOLE E STANDARD

Leonardo Marchettoni

L'obiettivo di questo lavoro è quello di formulare alcune considerazioni sulla tipologia di strumenti giuridici disponibili ai legislatori contemporanei. Nella prima sezione, la familiare dicotomia tra regole e standard viene brevemente ripercorsa, evidenziandone le differenze in termini di specificità, flessibilità e applicazione. Nella seconda sezione, vengono fatti alcuni cenni agli approcci che affrontano la dicotomia dal punto di vista dell'analisi economica. Nella terza sezione cercherò di mostrare come il dualismo tra regole e standard possa essere oltrepassato grazie all'impiego di strumenti di *Artificial Intelligence*, introducendo nuovi tipi di strumenti normativi che combinano la precisione delle regole con la flessibilità degli standard. Infine, nell'ultima sezione verranno presentate alcune sintetiche riflessioni intorno alle prospettive dischiuse da queste innovazioni. In particolare, sosterrò che la capacità di elaborazione dei dati dell'AI conduce a uno scenario nel quale il conseguimento delle finalità inerenti al progetto legislativo prescinde dall'opera di interpretazione e intermediazione dei giudici.

Regole e standard

In astratto, il legislatore ha la possibilità di scegliere tra due tipi di strumenti normativi: le regole e gli standard. La distinzione ha occupato a lungo un posto centrale nella teoria giuridica, in particolare all'interno del dibattito angloamericano, in relazione alle tematiche dell'interpretazione, della discrezionalità dei giudici ed effettività/efficacia/efficienza

della legge¹. Come nota Frederick Schauer, le regole e gli standard differiscono principalmente per il loro livello di generalità e le modalità di applicazione². Le regole sono prescrizioni o divieti specifici e concreti stabiliti da un'autorità. Sono più rigide e meno aperte all'interpretazione. Vincolano i decisori specificando *ex ante* le condizioni di applicazione e le conseguenze di un'eventuale trasgressione. La qualità peculiare delle regole è la determinatezza: offrendo prescrizioni che tutti i consociati recepiscono nella stessa maniera, esse rendono superflua l'interpretazione da parte di un soggetto terzo, realizzando così una significativa economia decisionale³. In questo modo, tendono a barattare l'accuratezza locale per la prevedibilità e l'equità globali. Come esempi paradigmatici di regole si possono menzionare i limiti di velocità stradali, le restrizioni di età per determinate attività e i divieti di azioni specifiche come il furto o l'omicidio.

Gli standard, invece, sono linee guida o parametri che forniscono un quadro di riferimento per valutare comportamenti o risultati, consentendo una maggiore flessibilità nell'interpretazione e nell'applicazione. Gli standard possono essere formulati in maniera più generale e aperta rispetto alle regole, dal momento che la loro finalità è quella di stabilire quadri normativi di riferimento, non quella di produrre direttive specifiche. La conformità agli standard è spesso giudicata in base al fatto che siano stati compiuti sforzi ragionevoli per soddisfare i criteri stabiliti, piuttosto che in base alla stretta aderenza a requisiti particolari. Pertanto, essi richiedono una valutazione che tenga conto del contesto: una prescrizione come "Guidare a una velocità ragionevole" chiama in causa canoni interpretativi che devono essere soppesati alla luce delle circostanze. Gli standard delegano più potere al decisore al momento dell'applicazione, consentendo valutazioni specifiche, auspicabilmente più accurate, ma a scapito della prevedibilità e a rischio di eccessi di creati-

¹ Per un chiarimento dei rapporti concettuali tra questi tre termini, si può vedere G. TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 46, 1, 2016.

² F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning*, Cambridge (MA), 2009, 188 ss.

³ L. ALEXANDER, E. SHERWIN, *The Rule of Rules: Morality, Rules, and the Dilemmas of Law*, Durham-London, 2001, 29-31.

vità che sfociano nell'arbitrarietà. Esempi di standard sono la buona fede, la correttezza, la diligenza, nel campo civilistico, e la ragionevolezza, soprattutto per quanto riguarda il diritto amministrativo⁴.

La divisione tra regole e standard è rilevante anche perché l'ammontare di vaghezza tollerato è direttamente proporzionale al tasso di discrezionalità dei giudici. In relazione a questo aspetto, ho già notato come l'impiego di standard implichi un maggiore coinvolgimento del decisore, impegnato a valutare anche elementi contestuali o extragiuridici, come l'adeguatezza ai codici della morale⁵, mentre il ricorso alle regole è particolarmente funzionale, specialmente nelle società pluralistiche, a salvaguardare la prevedibilità e facilità di applicazione⁶. Pertanto, la scelta di direttive giuridiche più vicine all'idealtipo delle regole può essere vista come un mezzo per limitare la creatività dei giudici. In definitiva, si potrebbe sostenere che le regole "vincolano" perché emanano da un'autorità riconosciuta, mentre gli standard convincono perché fanno appello alla ragione pratica e alle intuizioni morali⁷.

Se si assume come termine di riferimento il tipo di prestazione che è richiesta al giudice, la distinzione tra regole e standard sembra chiaramente delineata. D'altra parte, la dicotomia non dovrebbe nemmeno essere considerata troppo rigida. Sempre Schauer sottolinea che

Although rules such as the ones set out above are highly precise, and although the standards just described are vague in the extreme, the difference between rules and standards is actually a matter of degree. [...]

⁴ La rilevanza degli standard per il diritto amministrativo era già stata notata da Roscoe Pound. Vedi R. POUND, *The Administrative Application of Legal Standards*, in *Reports of the American Bar Association*, 44, 1919.

⁵ Da questo punto di vista, gli standard possono essere accostati ai principi che Dworkin contrapponeva alle regole nei saggi raccolti in R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge (MA), 1977.

⁶ Questo aspetto è stato enfatizzato soprattutto da Schauer, che ha difeso le regole come dispositivi per coordinare il comportamento e limitare la discrezionalità, in particolare nelle istituzioni in cui la deliberazione individualizzata è impraticabile. Cfr. F. SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1991.

⁷ Vedi anche K. KRESS, *Legal Indeterminacy*, in *California Law Review*, 77, 2, 1989.

In between these extremes there is a continuum, on which some legal directives are more at the rules end and others closer to the standards end⁸.

Del resto, la distinzione tra regole e standard riflette una sottostante tensione tra certezza e flessibilità, autorità e discrezionalità. La scelta è di rado puramente concettuale. Spesso riflette considerazioni anteriori inerenti la funzione e le condizioni di legittimità della disciplina giuridica.

L'analisi economica della dicotomia

L'atteggiamento di sfavore verso un'eccessiva discrezionalità non sempre dipende dalla sfiducia nei confronti dei magistrati. A volte il timore dell'eccessiva discrezionalità si connette alla mancanza di prevedibilità ed efficienza che un eccesso di discrezionalità comporta. E la mancanza di prevedibilità ed efficienza può avere conseguenze di tipo economico.

Uno dei primi studi che hanno affrontato i compromessi cui si va incontro nella scelta tra regole e standard dal punto di vista dell'analisi economica è il saggio *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, pubblicato da Isaac Ehrlich e Richard Posner nel 1974⁹. In quel testo, Ehrlich e Posner offrivano un primo modello di analisi della struttura costi-benefici della regolamentazione giuridica. Essi evidenziavano come le regole riducano l'incertezza e migliorino la deterrenza, soprattutto in contesti nei quali si osservano comportamenti ricorrenti. Tuttavia, questo vantaggio è controbilanciato dai costi derivanti dal fatto che regole rigide non consentono la tipizzazione di fatti complessi.

Su questa falsariga, nel 1983 Colin Diver ha ulteriormente esplorato il tema della precisione della regolamentazione giuridica in relazione ai costi sostenuti. Più esattamente, Diver ha decomposto l'attributo della precisione lungo tre dimensioni – trasparenza, accessibilità e congruenza – con l'obiettivo di valutare quali compromessi possano essere ac-

⁸ F. SCHAUER, *Thinking Like a Lawyer*, cit., 189.

⁹ I. EHRLICH, R.A. POSNER, *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, in *Journal of Legal Studies*, 3, 1974.

cettati nella progettazione normativa. Secondo Diver una maggiore precisione riduce la discrezionalità e migliora la prevedibilità, ma aumenta i costi di redazione, in particolare in ambiti dinamici. Da questo punto di vista, né le regole né gli standard sono universalmente ottimali. L'equilibrio appropriato dipende dall'obiettivo e dal contesto normativo¹⁰.

Dalle analisi di Ehrlich e Posner e di Diver emerge che per creare regole si devono in genere sostenere costi maggiori rispetto agli standard, mentre questi ultimi comportano maggiori costi di interpretazione e applicazione. Questa conclusione è corroborata dal fondamentale studio *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*¹¹ di Louis Kaplow, pubblicato nel 1992. Nel suo lavoro, Kaplow sottolinea che le differenze economiche tra regole e standard dipendono dal momento nel quale viene determinato il contenuto prescrittivo: le regole specificano la condotta da tenere *ex ante*, mentre gli standard lasciano che il contenuto sia determinato *ex post*, generalmente dai tribunali. Come conseguenza, gli standard consentono l'adattamento a circostanze particolari in modo più efficiente rispetto alle regole. D'altra parte, la previsione delle condotte in relazione a standard può essere più complicata della previsione sulla base di regole, quindi le regole possono garantire la prevedibilità in modo più efficiente rispetto agli standard. Quindi, le regole sono preferibili quando la condotta è ripetitiva, poiché economizzano sulle spese giudiziali spostando gli oneri previsionali sul legislatore. Al contrario, gli standard assicurano maggiore efficienza quando i singoli casi variano in modo significativo e i costi di applicazione possono essere fatti ricadere sui giudici.

La "divisione del lavoro" tra regole e standard possiede anche ricadute "geopolitiche". In anni più recenti, infatti, Hans-Bernd Schäfer ha sostenuto che le differenze tra regole e standard tendono a suggerire che gli Stati nei quali il reddito pro-capite è minore privilegeranno una normazione basata su regole piuttosto che su standard, dal momento che le regole possono fungere da sostituti del capitale umano, promuovendo il rispetto delle prescrizioni nonostante la debolezza delle infra-

¹⁰ C.S. DIVER, *The Optimal Precision of Administrative Rules*, in *Yale Law Journal*, 93, 1983.

¹¹ L. KAPLOW, *Rules Versus Standards: An Economic Analysis*, in *Duke Law Journal*, 42, 1992.

strutture giudiziarie. Secondo Schäfer, infatti, l'implementazione degli standard è più esigente in termini di impegno umano – dal momento che ogni giudice deve essere in grado di applicare gli standard – rispetto alle regole – dove solo il legislatore è coinvolto nella progettazione normativa¹².

Da ultimo, nel 2014, Ezra Friedman e Abraham Wickelgren hanno impiegato la teoria dei giochi per affrontare la materia, sottolineando come le asimmetrie informative tra regolatori e individui plasmano la scelta ottimale. In particolare, anche se i giudici non hanno la capacità di valutare direttamente le informazioni specifiche del caso, l'uso degli standard crea un effetto di selezione che favorisce decisioni efficienti *ex post*. Infatti, quando i giudici non sono vincolati da regole, è più probabile che le loro decisioni risentano della qualità della rappresentanza in giudizio. Ma, dato che il vantaggio che ciascuna parte ottiene da una sentenza a suo favore è pari al valore che essa attribuisce al bene, la parte che attribuisce maggior valore al bene è disposta a investire maggiormente per presentare il proprio caso. In questo modo, si ottiene che la normazione tramite standard assicura un'allocazione dei beni che riflette le valutazioni dei soggetti interessati¹³.

Una nuova tassonomia

Nella sezione precedente ho menzionato alcuni importanti contributi che hanno affrontato il dualismo tra regole e standard dal punto di vista dell'analisi economica. Queste analisi, tuttavia, devono essere ripensate alla luce dei rapidi aggiornamenti che tutta la materia ha subito negli anni più recenti. Infatti, la diffusione contemporanea di strumenti di *Artificial Intelligence* comporta un complicarsi della stessa dicotomia di base. Come si vedrà le innovazioni radicalizzano il significato stesso

¹² H.-B. SCHÄFER, *Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries*, in *Supreme Court Economic Review*, 14, 2006.

¹³ E. FRIEDMAN, A.L. WICKELGREN, *A New Angle on Rules versus Standards*, in *American Law and Economics Review*, 16, 2014.

della distinzione, istituendo una correlazione genetica tra livello di specificità della direttiva e quantità di informazione disponibile.

Uno dei primi lavori che segnalano questa imminente trasformazione è il saggio, pubblicato nel 2017 da Anthony Casey e Anthony Niblett, *The Death of Rules and Standards*, nel quale gli autori sostenevano che l'avvento delle tecnologie predittive avrebbe cambiato l'inventario degli strumenti normativi a disposizione dei legislatori e che questi ultimi avrebbero potuto disporre di un nuovo tipo di norma che avrebbe reso superflua la scelta tra regole e standard: la microdirettiva.

Secondo Casey e Niblett i legislatori sarebbero stati in grado di utilizzare le tecnologie predittive per attuare obiettivi legislativi complessi. Tali obiettivi sarebbero stati tradotti dalle macchine in un vasto catalogo di comandi semplici, adeguati a tutti gli scenari possibili. Quando un soggetto si fosse trovato in una situazione giuridicamente significativa, un computer avrebbe scelto dal catalogo la prescrizione più idonea e avrebbe comunicato al destinatario il comando specifico commisurato al contesto – la microdirettiva – offrendo una guida specifica in tempo reale. In questo modo, il diritto sarebbe stato in grado di adattarsi a un'ampia gamma di situazioni e di orientare con precisione il comportamento dei cittadini senza ulteriori interventi legislativi o giudiziari.

Nella prospettiva di Casey e Niblett, una microdirettiva, come una regola, fornisce istruzioni chiare a un cittadino su come rispettare la legge. Ma, al pari di uno standard, la microdirettiva è calibrata su ogni singolo contesto. In questo senso, la microdirettiva combina la chiarezza e la semplicità di attuazione e di interpretazione delle regole, senza i loro costi *ex ante*, con la flessibilità degli standard, senza richiedere ingenti spese *ex post*¹⁴.

Da ultimo, l'intero dibattito è stato rivisitato da Abdi Aidid e Benjamin Alarie¹⁵, che recuperano il concetto di microdirettiva inserendola in un ripensamento complessivo della tassonomia degli strumenti normativi. Aidid e Alarie, in uno stimolante libro destinato a esplorare il concetto di *Legal Singularity* e le trasformazioni cui potrebbe andare

¹⁴ A.J. CASEY, A. NIBLETT, *The Death of Rules and Standards*, in *Indiana Law Journal*, 92, 2017.

¹⁵ A. AIDID, B. ALARIE, *The Legal Singularity: How Artificial Intelligence Can Make Law Radically Better*, Toronto, 2023.

incontro il diritto in conseguenza dello sviluppo dell'intelligenza artificiale, distinguono quattro tipi di direttive, tra cui i legislatori potranno scegliere in un'epoca nella quale sono disponibili elevate risorse computazionali: standard, regole, regole dinamiche e microdirettive.

È interessante notare che questa quadruplice distinzione è messa esplicitamente in relazione con il quantitativo di informazione disponibile. Nelle sezioni precedenti abbiamo visto come l'alternativa tra regole e standard poggiasse sul fatto che gli standard assicurano maggiore flessibilità e adeguatezza a contesti specifici, al costo di un maggior lavoro interpretativo da parte degli organi deputati all'applicazione, mentre le regole assicurano maggiore certezza e prevedibilità sollevando i giudici da oneri interpretativi, a patto di un maggior costo in fase di progettazione. La differenza fondamentale era colta dalla distinzione tra costi *ex ante* e costi *ex post* tematizzata da Kaplow entro uno schema nel quale flessibilità – come adeguatezza al contesto – e specificità sono viste come grandezze inversamente proporzionali. Adesso, la disponibilità di nuovi strumenti normativi comporta un ripensamento dell'intera materia, che viene a strutturarsi attorno ai due assi della quantità di informazione e della specificità secondo uno schema che può essere rappresentato dalla Fig. 1.

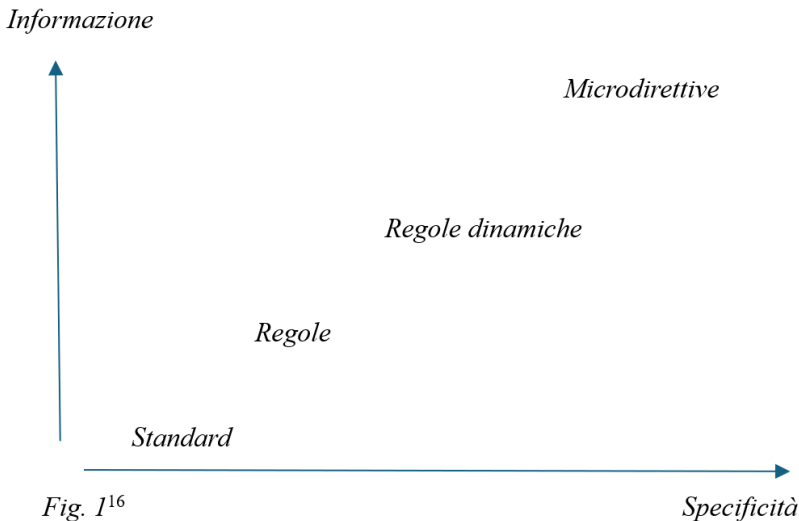


Fig. 1¹⁶

Nello schema di Aidid e Alarie, a regole e standard si aggiungono regole dinamiche e microdirettive. Le quattro forme di direttiva giuridica si situano lungo un *continuum* che associa alla crescita dell'informazione disponibile l'aumento della specificità della prescrizione, consentendo l'emanazione di direttive puntuali, calibrate in base alle specificità del contesto e del destinatario¹⁶. Nelle parole di Aidid e Alarie,

Dynamic rule would have, at a minimum, the specificity of the rule (do not drive above 80 km/h) but, in pursuing the same objective as the standard (reasonably safe driving), would permit modulation. Here, predictive algorithms could aid in responsive tailoring. Predictive algorithms informed by real-world risk and safety data, however, enable us to get more granular about the applicable standards of care. Thus, where dynamic rules take specific contexts into account to articulate the optimal legal rule, microdirectives are even more granular still – they are personalized. The legislature merely states its goal. Machines then design the law as a vast catalogue of context-specific rules to optimize that goal. From this catalogue, a specific microdirective is selected and communicated to a particular driver (perhaps on a dashboard display) as a precise speed for the specific conditions she faces. For example, a microdirective might provide a speed limit of 51.2 miles per hour for a particular driver with twelve years of experience on a rainy Tuesday at 3:27 p.m. The legislation remains constant, but the microdirective updates as quickly as conditions change¹⁷.

Gli standard richiedono la minor quantità di informazioni contestuali e sono poco specifici nella descrizione del comportamento da tenere. Le regole richiedono maggiore informazione e sono più specifiche. Le regole dinamiche posseggono la specificità minima delle regole e richiedono un quantitativo maggiore di informazioni sul contesto. Da ultimo, le microdirettive associano a un livello massimo di informazione contestuale un'altissima specificità. L'esame del dualismo classico tra regole e standard si conclude con la prefigurazione di regole *smart* che consi-

¹⁶ Vale la pena di notare che l'introduzione di regole dinamiche, alimentate da dati contestuali elaborati attraverso strumenti di intelligenza artificiale, è già stata sperimentata nell'ambito della circolazione stradale. Cfr. <https://www.theolivepress.es/spain-news/2025/04/10/spain-trialling-new-ai-driven-150kmh-dynamic-speed-limit-that-adapts-to-road-conditions-amid-huge-crackdown-on-speeding/> (visitato il 15 giugno 2025).

¹⁷ A. AIDID, B. ALARIE, *The Legal Singularity*, cit., 89.

derano ogni elemento immaginabile che possa influenzare l'esecuzione della relativa performance¹⁸.

Far accadere il futuro

L'analisi della dicotomia tradizionale tra regole e standard ha messo in luce che i due strumenti di normazione sono legati da una legge di proporzionalità inversa; quanto più aumenta la specificità, tanto più si riduce la flessibilità, e viceversa. Così, agli standard, strumenti normativi flessibili ma scarsamente specifici, fanno da contraltare le regole, più specifiche ma meno flessibili. La correlazione si spiega facilmente se si guarda al concetto di informazione: la specificità è informazione *ex ante*, coinvolge una conoscenza anteriore che va ad applicarsi a contesti particolari; la flessibilità, invece, attiene al numero di contesti che possono essere disciplinati dalla direttiva in questione. Così, gli standard, flessibili ma scarsamente specifici, possono essere applicati in un numero elevato di contesti, ma l'informazione *ex ante* che manca deve essere immessa, come informazione *ex post*, dall'autorità che presiede all'applicazione, come mostra lo studio fondamentale di Kaplow.

Questo assetto vale in condizioni nelle quali l'informazione totale, esprimibile come prodotto di specificità e flessibilità, rimane costante¹⁹.

¹⁸ Il passo successivo potrebbe essere quello di pensare a un comando che tenga conto dei dati neurologici relativi al suo destinatario. Questa possibilità viene suggerita dal recente sviluppo di dispositivi sempre meno invasivi capaci di registrare l'attività cerebrale. Per esempio, Nita Farahany in *The Battle for Your Brain* scrive che “in China, train drivers on the Beijing-Shanghai high-speed rail line, the busiest in the world, must don wearable devices that measure the electrical activity in the brain while they are behind the controls, to ensure that they are focused and alert. According to some news sources, workers in government-controlled factories are required to wear neuro-technological sensors to monitor their productivity and their emotional states, and they can be sent home based on what their brains reveal” (N.A. FARAHANY, *The Battle for Your Brain: Defending the Right to Think Freely in the Age of Neurotechnology*, New York, 2023, 4-5).

¹⁹ Ricordo *en passant* che una legge di proporzionalità inversa prevede che il prodotto delle due grandezze sia costante. Nel nostro caso, fin tanto che l'informazione complessiva rimane costante, specificità e flessibilità sono inversamente proporzionali.

Ma il mondo attuale ha visto un inedito aumento dell'informazione. La transizione da regole e standard a *smart rules* è il risultato dell'inflazione dei processi di acquisizione di dati, che è uno dei tratti distintivi della nostra epoca. Questa inflazione segna un punto di svolta nel modo in cui intendiamo le norme. All'inizio dell'età moderna, l'ascesa della legge generale come strumento normativo, a scapito del diritto dottrinale o consuetudinario, riflette un ordinamento contingente di fattori: l'espansione della progettualità degli Stati, controbilanciata dalla loro accresciuta ma ancora limitata capacità di raccogliere ed elaborare informazioni. In questo scenario, la legge è intesa come uno strumento che definisce un'alternativa deontica al mondo esistente, rendendo alcuni stati futuri più probabili di altri.

Tuttavia, la disponibilità di quantità sempre maggiori di informazione – di natura fattuale/normativa/giudiziaria – e l'aumento della potenza di calcolo hanno progressivamente allentato i vincoli epistemici che limitavano le capacità normative nell'età moderna²⁰. A sua volta, l'allentarsi di questi vincoli ha comportato un passaggio graduale dalla regolamentazione mediante atti generali a una forma di regolamentazione basata su regole specifiche, che vanno a incidere direttamente sul comportamento dei destinatari, modificandone le scelte. L'aumento della quantità di informazione che lo Stato può acquisire e gestire fa sì che si possano dare strumenti – come le microdirettive – che abbinano specificità e flessibilità. Che, in altre parole, forniscano una regolamentazione particolareggiata che può essere applicata a un numero elevato di contesti.

Questa circostanza, a sua volta, implica che la normazione cessi di essere soltanto un mezzo preordinato a rendere più probabili alternative deontiche giudicate preferibili, per diventare un dispositivo per la concreta realizzazione di uno stato di cose futuro altamente specifico. Per utilizzare un'espressione che ho introdotto in un mio lavoro precedente, la norma diviene un espediente per *far accadere il futuro*²¹. In definiti-

²⁰ L'avvento della AI generativa segna un ulteriore punto di svolta in questa storia, in quanto le informazioni non vengono solo raccolte e organizzate, ma anche prodotte sotto forma di testi che, almeno potenzialmente, contengono nuovi contenuti.

²¹ Su questo punto, mi sia consentito rinviare al mio L. MARCHETTONI, *Far accadere il futuro*, in *i-lex*, 17, 2024, 41-52.

va, con l'aumentare della quantità di informazione disponibile la funzione del diritto cambia. Quando la regola si specializza, calibrandosi in relazione agli effetti che è chiamata a produrre di volta in volta, allora il diritto entra in gioco non per il suo contenuto prescrittivo, ma per la sua capacità di condizionare il comportamento dei suoi destinatari. Le regole non sono più modelli normativi; diventano strumenti preordinati alla selezione degli scenari futuri²².

Questa circostanza, d'altra parte, determina l'esonero dei giudici dall'incombenza di adattare il precetto normativo al caso specifico²³. Si tratta di un cambiamento di portata epocale nella nostra comprensione del fenomeno giuridico. Secondo l'interpretazione largamente prevalente, infatti, il ruolo dei giudici è quello di completare le regole. Per esempio, nelle parole di Hans Kelsen,

[i]l rapporto fra un piano superiore ed un piano inferiore dell'ordinamento giuridico, come per esempio fra costituzione e legge o fra legge e sentenza giudiziaria, è un rapporto di determinazione o correlazione: [...] Questa determinazione non è però mai completa. La norma del piano superiore non può vincolare in tutte le direzioni l'atto con cui la si applica. Deve sempre rimanere un ambito di discrezionalità, ora più ampio ora più limitato, cosicché la norma superiore, in rapporto all'atto con cui deve essere applicata, cioè all'atto di produzione della norma o dell'esecuzione, ha sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere completato con questo atto²⁴.

Analogamente, Herbert Hart scrive che

we should not cherish, even as an ideal, the conception of a rule so detailed that the question whether it applied or not to a particular case was always settled in advance and never involved, at the point of actual application, a fresh choice between open alternatives. [...] [i]n every legal system a large and important field is left open for the exercise of discre-

²² Si potrebbe forse sostenere che il diritto inizia a operare come un *nudge*, nel senso di Thaler e Sunstein. Cfr. R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New York, 2009.

²³ Non a caso, l'universo della *Legal Singularity* lusinggiato da Aidid e Alarie è un universo nel quale il potere giudiziario diventerà superfluo in conseguenza dell'emergere di un equilibrio riflessivo tra produzione e applicazione del diritto.

²⁴ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 2021, 382.

tion by courts and other officials in rendering initially vague standards determinate, in resolving the uncertainties of statutes, or in developing and qualifying rules only broadly communicated by authoritative precedents²⁵.

Da questo punto di vista, il mondo della *Legal Singularity* si riallaccia al mito illuminista del giudice *bouche de la loi*. Infatti, se ricordiamo il modo in cui Aidid e Alarie caratterizzano le microdirettive come un vasto catalogo di norme contestuali, volte a realizzare l'obiettivo dichiarato dal legislatore, tra le quali specifiche direttive sono selezionate da un computer e comunicate a destinatari particolari, dobbiamo constatare che entro questo scenario il diritto non ha più bisogno di un'interpretazione giurisprudenziale. La regola giuridica è concepita come una funzione che associa a più argomenti una singola direttiva. Ai giudici non resta che il compito di identificare le violazioni e di imporre la sanzione appropriata.

Con il sostanziale esautoramento del potere giudiziario si completa il percorso che già era incominciato con il trasferimento di competenze dal legislativo all'amministrativo conseguente al passaggio dalla normazione per atti generali alla normazione per atti particolari. Rimane un solo potere centrale ed egemone.

Conclusioni: Fisica sociale vs diritti individuali

Sono partito dal classico dualismo tra regole e standard. Ho cercato di sottolineare alcuni aspetti che l'analisi economica di questo dualismo ha messo in luce per poi approdare alla ristrutturazione peculiare della tassonomia degli strumenti normativi presentata da Aidid e Alarie. Ho cercato di evidenziare come la novità si leghi all'aumento esponenziale dell'informazione disponibile e gestibile da parte delle amministrazioni statali contemporanee, fino a modificare la funzione stessa del diritto e l'equilibrio tra i poteri. Concludo con due brevissime considerazioni sulla concezione generale della società che fa da sfondo allo scenario tratteggiato da Aidid e Alarie.

²⁵ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1994, 128, 136.

La nuova immagine del diritto che emerge da questi rivolgimenti si lega a un'idea della società di matrice esplicitamente consequenzialista, nella quale la previsione degli stati futuri, consentita dall'abbondanza dei dati, si afferma come il modo migliore per raggiungere il bene comune²⁶. Entro questa concezione, strumenti come le direttive dinamiche e le microdirettive garantiscono un'appropriata gestione dei flussi di cose e persone. A questa prospettiva fa da contraltare il timore che la ricerca dell'efficienza possa portare allo sfruttamento dei dati personali, all'assunzione di funzioni quasi pubbliche da parte di aziende private e, in ultima analisi, alla minaccia all'autonomia individuale posta dal controllo pervasivo dei *tech giants*²⁷.

In favore della concezione consequenzialista militano considerazioni inerenti alla necessità che le cosiddette “sfide globali” – cambiamenti climatici, terrorismo, migrazioni, recessione economica, pandemie – vengono affrontate mettendo in campo strumenti adeguati. Per esempio, la situazione creata dalla pandemia di Covid-19 ha evidenziato il ruolo sempre più strutturale che le tecnologie dell'informazione hanno acquisito all'interno del nostro modo di vivere. L'intelligenza artificiale e i *big data* sono stati indicati come gli unici strumenti in grado di limitare l'incidenza del contagio attraverso pratiche di tracciamento dei contatti²⁸. Tuttavia, questi strumenti sembrano mettere a repentaglio alcuni diritti fondamentali, come il diritto alla *privacy*²⁹.

²⁶ Si veda, per esempio: A. PENTLAND, *Social Physics: How Social Networks Makes Us Smarter*, New York, 2014; A. PENTLAND, A. LIPTON, TH. HARDJONO (a cura di), *Building the New Economy: Data as capital*, Cambridge (MA), 2021.

²⁷ Si veda, per esempio, SH. ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, 2019.

²⁸ Si veda, per esempio, L. FERRETTI ET AL., *Quantifying SARS-CoV-2 transmission suggest epidemic control with digital contact tracing*, in *Science*, 368, 2020, disponibile all'indirizzo <https://www.science.org/doi/10.1126/science.abb6936> (visitato il 15 giugno 2025).

²⁹ In effetti, i paesi asiatici che hanno attuato queste strategie in modo estensivo – Cina, Corea del Sud, Taiwan, Singapore – hanno una legislazione molto più permissiva su questo tema rispetto all'Europa. Cfr. H. CHO, D. IPPOLITI, Y.W. YU, *Contact Tracing Mobile Apps for COVID-19: Privacy Considerations and Related Trade-offs*, disponibile all'indirizzo <https://arxiv.org/abs/2003.11511> (visitato il 15 giugno 2025).

Quest'ultima considerazione rivela il problema centrale della proliferazione dell'AI in campo giuridico. I sistemi cui si fa riferimento, deputati alla gestione degli strumenti normativi *smart* cui alludono Aïdìd e Alarie, hanno un'impronta consequenzialista difficilmente conciliabile con i principi deontologici che dovrebbero circondare la scelta dei dati da elaborare e l'architettura degli algoritmi. L'idea alla base dei modelli predittivi che rendono possibile l'operatività di regole dinamiche e microdirettive è quella di proiettare un modello statistico nel futuro. Questa proiezione può essere più o meno elaborata, a seconda delle capacità computazionali del dispositivo. Nel frattempo, i tentativi di aumentare la responsabilità o la trasparenza dei processi gestionali automatici passano attraverso l'iniezione di valori normativi, che dovrebbero controbilanciare la tendenza di questi sistemi ad appiattirsi sulla proiezione del passato. Ma l'evolversi di questo dualismo potrebbe portare a un compromesso che non soddisfa nessuna delle due aspettative, poiché l'innesto di valori normativi ostacola la funzionalità delle logiche consequenzialiste e, d'altra parte, la stessa struttura consequenzialista impedisce l'attualizzazione dei principi deontologici.

In astratto, una possibile risoluzione di questo contrasto potrebbe consistere nella ridefinizione degli stati futuri da raggiungere, in modo che essi incorporino i principi deontologici desiderati, secondo uno schema analogo a quello del cosiddetto "consequenzialismo delle regole"³⁰. Questo passaggio, tuttavia, richiederebbe una comprensione dettagliata dei meccanismi interni ai sistemi di AI deputati alla produzione e implementazione dei sistemi normativi, comprensione che al momento attuale non sembra a portata di mano³¹.

³⁰ Vedi B. HOOKER, *Rule Consequentialism*, in E.N. ZALTA, U. NODELMAN (a cura di), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), disponibile all'indirizzo <https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/consequentialism-rule/> (visitato il 15 giugno 2025).

³¹ Vedi però il progetto portato avanti dal Research Interpretability Team di Anthropic, <https://www.anthropic.com/research#interpretability>, e i lavori ivi menzionati (visitato il 15 giugno 2025).

LA MONETIZZAZIONE DEI DATI PERSONALI

PROFILI DI TEORIA GENERALE DELLA PRIVACY FRA NEGOZIO, NATURA DEI DATI E DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI

Gianluigi M. Riva

I. Introduzione

Da più di vent'anni, la c.d. *data economy* rappresenta l'ecosistema commerciale e digitale nel quale vengono scambiati beni e servizi. In tale mercato, i dati, specie quelli personali, sono un elemento di fondamentale importanza. Essi vengono sovente descritti come “nuova valuta” o “nuovo petrolio”, sottolineando il loro immenso valore come bene di scambio, sia grezzo che raffinato¹. L'accesso ai *big data*², in particolare, è considerato cruciale per lo sviluppo della società digitale, in quanto alimentano – letteralmente – l'innovazione tecnologica guidata dai dati (c.d. *data-driven innovation*), consentendo analisi approfondi-

¹ Y. HERMSTRUWER, *Contracting around Privacy: The (Behavioral) Law and Economics of Consent and Big Data*, in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law* 9, 8, 2017, 1.

² Si noti che il concetto di *big data* può risultare ampiamente superato: nell'epoca dell'*Internet of Things* (IoT), ogni singolo dispositivo è foriero di “grandi dati”; oggi-giorno si dovrebbe più propriamente parlare di *data lake*, per i dati non strutturati, e *data warehouse*, per i dati strutturati. Da sottolineare anche che, a stretto regime di *data protection*, la nozione stessa di *big data*, laddove contenga o comunque si riferisca a dati personali, contrasta direttamente con i principi di finalità, necessità, limitazione e minimizzazione: difatti, l'idea alla base dei *big data* è di raccogliere e archiviare più dati possibili, per scopi non identificati (potenziale utilità futura) e senza limiti di tempo.

te³, generazione di contenuti e rappresentando uno strumento potente per ottenere un vantaggio competitivo in settori strategici⁴.

In questo scenario, la monetizzazione dei dati emerge come un concetto centrale, ma al contempo problematico⁵. Con tale notazione, si intende comunemente il processo per trarre benefici economici dai dati, tramite scambio o cessione, ed è una pratica alla base di molti *business model* di *Internet Service Provider* (ISP), piattaforme *social media*, multimediali o di *e-commerce*⁶. Tuttavia, la crescente importanza e lo sfruttamento economico dei dati personali sollevano significative questioni legali ed etiche. Il dibattito dottrinale si concentra su come debba essere considerata la natura patrimoniale del dato personale e, per altro verso, regolamentata la *governance* di questi dati: in sostanza, chi debba avere il controllo su di essi e chi possa beneficiare dei frutti economici che da essi derivano⁷.

In tale contesto, la questione della disponibilità dei dati è al centro di questo dibattito. Da un lato, la visione tradizionale tende a considerare i dati personali strettamente legati ai diritti fondamentali della persona e, dunque, indisponibili⁸. Dall'altro, la realtà dell'economia digitale dimostra che i dati sono trattati come *asset* economici e spesso scambiati *de*

³ Sia dal punto di vista analitico-informativo (estrazione di conoscenza) che da quello profilatorio (*micro-targeting* dell'utente o di categorie di utenti).

⁴ A. OWUSU, *La condivisione dei dati nell'economia dei dati personali. Condividere vuol dire prendersi cura?*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1.

⁵ BEN-SHAHAR/STRAHILEVITZ, *Contracting over Privacy: Introduction*, in *Journal of Legal Studies* 45, 2016, fra i primi fa notare come l'Ordinamento non si allinei al concetto di dato personale come valuta.

⁶ X. ZHANG, W.T. YUE ET AL., *How to monetize data: An economic analysis of data monetization strategies under competition*, in *Decision Support Systems* 173, 2023. Cfr. C.A. GIZELIS, M. PANAGIOTIDOU ET AL., *Data Monetization Opportunities and Challenges: The European Landscape by DATAMITE*, in I. MAGLOGIANNIS, L. ILIADIS ET AL. (a cura di), *Artificial Intelligence Applications and Innovations. AIAI 2024 IFIP WG 12.5 International Workshops*, Cham, 2024, 62-79.

⁷ F. BRAVO, *Lo "scambio di dati personali" nei contratti di fornitura di servizi digitali e il consenso dell'interessato tra autorizzazione e contratto*, in *Contratto e impresa*, 35, 2019, 22.

⁸ A. DI CERBO, *L'inquadramento giuridico dei dati personali ceduti per la fruizione dei servizi digitali*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2, 2022, 295.

facto come controprestazione patrimoniale non monetaria per servizi digitali (allegatamente) “gratuiti”⁹. Così, la tensione tra effettiva tutela della *privacy*/protezione dei dati e la loro circolazione economica asurge a nodo gordiano da dipanare per poter regimentare lo sfruttamento incontrollato dei dati, anche e soprattutto in ottica dell’avvento di nuove forme mercantili basate sulla tecnologia¹⁰, e far emergere dal limbo dell’incertezza giuridica i rapporti di “trattamento economico dei dati” instaurati e instaurandi, tanto per l’interesse dei soggetti interessati, tanto per quello degli operatori di mercato.

Con il presente studio, dunque, si intende analizzare quegli aspetti specifici della monetizzazione dei dati che vanno incardinati in una sistematica giuridica secondo la teoria generale del diritto e che attengono alla natura ontologica e giuridica dei diritti, dei beni e degli elementi che compongono il complesso fenomeno del rapporto di trattamento di dati personali contro servizio. Questo lavoro, pertanto, tenterà di destrutturare i singoli concetti alla base del dibattito sulla monetizzazione dei dati e, più precisamente, il ruolo dei soggetti – interessati/utenti e titolari/fornitori di servizi digitali – i paradigmi stessi di patrimonializzazione del dato, la dicotomia fra dato e informazione, la natura dei diritti in gioco (e in contrapposizione), il tipo di rapporto giuridico che si può andare a instaurare e l’ontologia funzionale degli elementi che caratterizzano questo negozio (fungibilità del bene, alienabilità, gratuità della prestazione, prezzo, oggetto e causa del contratto). Tramite questa analisi, quindi, si vuole proporre di valutare come taluni aspetti concettuali e giuridici siano dati erroneamente per scontato, talaltri siano confusamente sovrapposti, mentre invece altri fenomeni affini, come per esempio la disposizione di diritti di proprietà intellettuale, non siano

⁹ G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing privacy – the right to know the value of your personal data*, in *Computer Law & Security Review*, 34, 2018, 290.

¹⁰ Il pensiero va alle interfacce cervello-macchina, al potenziamento umano (e in ambito robotico, e in ambito genetico, e in ambito farmacologico, e in ambito neurologico), ai dispositivi di realtà aumentata e di *Internet of Everything* (IoE): tutte tecnologie – e servizi – basate sullo sfruttamento massivo e dinamico di dati personali. Per tutti, si veda T. LAHTINEN, A. COSTIN ET AL., *A Review on Privacy and Monetization Aspects Within BCI and XR-BCI Ecosystems*, in B. SHISHKOV (a cura di), *Business Modelling and Software Design*, Berlino, 2024, 166-85.

compiutamente considerati nel dibattito su questi temi. Lo studio intende sostenere, senza sposare pienamente una delle due tesi contrapposte (pro e contro la monetizzazione del dato) che tanto l'indisponibilità dei diritti fondamentali è ineludibile e inaggirabile quanto il realismo giuridico non può sottrarsi al fatto che un mercato dei dati globale non può essere bloccato. La posizione che si propone, al netto delle problematiche che si tenta di fare emergere con l'analisi succitata, è quella di valutare una terza via, indicata da quel sottile e incerto percorso già tracciato dalla parziale disponibilità di alcuni diritti, come alcuni tipi di disposizione dell'integrità psico-fisica. Tale specifica trattazione non sarà oggetto del presente contributo, ma rimane come traccia da esplorare in successive analisi focalizzate su questo specifico aspetto, anche in considerazione di tematiche quali quelle afferenti sui neurodati e il potenziamento umano e cognitivo¹¹.

Non ultimo, è d'uopo sottolineare come tutti questi elementi si incardinino in un ecosistema giuridico-economico dove il flusso di dati è il fattore che regola buona parte dei mercati tecnologici (e non) a livello globale. Ne consegue che le ripercussioni di natura economica di una ricostruzione giuridica o di un'altra, potranno impattare direttamente sul mercato digitale con effetti a catena tanto sui *business model* degli attori principali di questo mercato quanto sui diritti – anche di sfruttamento economico – dei soggetti/utenti. Sul punto, è degno di nota sottolineare che questo impatto, nel futuro prossimo, si riverbererà proprio su un mercato dei dati ancora *in nuce*, ma che plausibilmente esploderà nei prossimi lustri: quello dei dati mentali¹². In questo contesto, infatti,

¹¹ G.M. RIVA, *Neuroprivacy e Intelligenza Artificiale*, in G. SANDRINI, G. GAMALELLI, W. MINELLA, D. CENTONZE, P. MAZZARELLO (a cura di), *Comunicare il Vero e il Falso. La comunicazione oggi tra mondo digitale, etica e neuroscienze*, Sesto San Giovanni (MI), 2024, 237-68.

¹² Per un'estesa panoramica su vari aspetti concernenti questo tema, si vedano S. NEMORIN, *Worldlessness: The Brain as "Buy Button"*, in EAD. (ed.), *Biosurveillance in New Media Marketing: World, Discourse, Representation*, Berlino, 2018, 123-47; EAD., *Neuromarketing and the "poor in world" consumer: how the animalization of thinking underpins contemporary market research discourses*, in *Consumption Markets & Culture*, 20, 2017, 59-80; T. BONACI, R. CALO, H.J. CHIZECK, *App Stores for the Brain: Privacy and Security in Brain-Computer Interfaces*, in *IEEE Technology and Society Magazine*, 34, 2015, 32-39; N.S. JANGWAN, G.M. ASHRAF ET AL., *Brain aug-*

si può riproporre l'importanza proprio della disponibilità del dato in parallelo con quella del corpo e della mente, poiché se ammettiamo che il dato personale è in qualche misura commercializzabile, così lo sarà il dato neurale, che per sua natura afferisce alla mente e, dunque, al cervello (quale parte del corpo). Si può quindi notare sin da subito l'entità l'importanza del dibattito che oggi sta avvenendo sulla monetizzabilità del dato personale, poiché tale fenomeno si pone come ponte fra *privacy*/protezione dei dati e future possibilità di potenziamento cognitivo. Un nuovo mercato che avrà nuove regole economiche e giuridiche.

2. La monetizzazione dei dati personali

Dall'analisi della letteratura, non emerge una singola e univoca definizione giuridica di monetizzazione dei dati, che, invero, appare una dizione mercatoria assai generica. Piuttosto, le fonti descrivono il fenomeno economico-giuridico della monetizzazione/valorizzazione del bene dato personale e le diverse modalità legali e contrattuali con cui essa si manifesta, evidenziando al contempo il dibattito sulla natura giuridica dei dati e sulla compatibilità di tali pratiche con l'impianto normativo sulla protezione dei dati personali e quello dei principi – nella specie, l'indisponibilità dei diritti – che reggono la dogmatica dei diritti fondamentali della persona nelle fonti giuridiche positive di rango primario.

Anzitutto, si può descrivere la monetizzazione dei dati come fenomeno economico, ossia quel processo per derivare benefici economici dai dati tramite la loro elaborazione e sfruttamento. Questo vale *in primis* per gli operatori di mercato, che possono direttamente generare valore economico dall'elaborazione e analisi del dato, ma anche per gli interessati-utenti, che, indirettamente, possono vedersi riconosciuti benefici economici sotto forma di quota corrisposta dall'operatore (in denaro o punti-premio) per dette elaborazioni o accesso a determinati servizi. Questo fenomeno si basa sul riconoscimento fattuale che, nella

mentation and neuroscience technologies: current applications, challenges, ethics and future prospects, in *Frontiers in Systems Neuroscience*, 16, 2022; J. RYBERG, *Neuroscience, Mind Reading and Mental Privacy*, in *Res Publica*, 23, 2017, 197-211.

data economy, i dati hanno un significativo valore economico di scambio, divenendo veri e proprie merci nella società dell'informazione, utili a essere patrimonializzate quale corrispettivo per la fornitura di servizi digitali¹³.

Sul piano strettamente giuridico, le fonti identificano diverse forme concrete di monetizzazione, spesso inquadrare in schemi contrattuali. Fra queste, si può delineare il rapporto basato sullo scambio in cui il consenso al trattamento dei dati personali – o i dati stessi – è fornito dall'utente quale controprestazione non pecuniaria in cambio di beni o servizi digitali fruiti in modo “gratuito”¹⁴. Questo fenomeno è definito “patrimonializzazione” dei dati personali, poiché si può riconoscere una rilevanza patrimoniale di questa controprestazione¹⁵. Tale riconoscimento si fonda sull'analisi dello stato di fatto del mercato e si ritiene che ogni analisi non possa che muovere da questo dato fattuale. Dal punto di vista giuridico, il focus di questo schema è sul sinallagma, ove la controprestazione dell'interessato al trattamento consiste nella dazione del dato quale obbligazione di *facere*, che si sostanzia nell'azione specifica di acconsentire al trattamento. In sintesi, qui il dato è l'oggetto della prestazione. Nella pratica, l'esempio è quello dell'utente che accetta le condizioni di servizio – e con esse, la profilazione – per poter accedere a una piattaforma, per es. avere un *account* su Instagram.

Un altro schema, simile al primo quanto agli effetti materiali, ma diverso quanto allo schema contrattuale, è quello che vede i dati personali come oggetto di un contratto con remunerazione. In tale ricostruzione, la somministrazione del servizio digitale all'interessato¹⁶ è l'oggetto esclusivo di un contratto, ove la fruizione del contenuto digitale è scambiato a fronte di una remunerazione in dati personali corrisposta dall'interessato per potervi accedere. Questa ricostruzione è talvolta

¹³ E. Tosi, *Dati personali e contratto: un ossimoro apparente*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 2, 83.

¹⁴ Nozione non-giuridica che deriva dal *digital marketing* degli operatori statunitensi (*free service/free access*) c che connota, in realtà, la controprestazione in dazione di dati: il servizio è fruibile/accessibile gratuitamente, poiché vengono forniti i dati.

¹⁵ E. Tosi, *op. cit.*, 90.

¹⁶ Ergo, l'utilizzo dei dati personali dell'interessato da parte di un titolare del trattamento.

definita “monetizzazione” in senso più stretto, dove il titolare è “remunerato” con lo sfruttamento economico dei dati personali dell’interessato, che, a sua volta, si garantisce la somministrazione del servizio¹⁷. Questo schema si può, però, ritenere astrattamente valido solo a condizione della piena disponibilità del diritto e dei dati in capo al soggetto interessato. Difatti, sul piano giuridico, questo schema si focalizza sullo scambio bene contro servizio, secondo il paradigma della permuta, ove l’obbligazione è di dare, ossia quello di “consegnare” un pacchetto preciso di dati personali (per es. anagrafica più navigazione pregressa e tracciamento navigazione in corso). In sostanza, qui il dato è l’oggetto del contratto. Sul piano fattuale, tale schema si perfeziona in quei rapporti dove l’utente vuole accedere a un determinato contenuto e accetta di cedere i propri dati personali. L’esempio è quello dei *paywall* dei giornali online, che limitano l’accesso a contenuti richiedendo un abbonamento a pagamento o un pagamento *una tantum* in dati personali per poter accedere al contenuto.

La cessione o vendita a terzi è uno schema ultroneo, che si riferisce specificatamente agli operatori/titolari che già trattano il dato e che, in forma solitamente aggregata e strutturata, possono cedere a terzi, come per es. ai *data brokers*¹⁸, questi *asset* (ossia l’insieme dei dati personali dei propri utenti) già acquisiti, processati e analizzati, al fine di trarne una monetizzazione diretta¹⁹. Questo schema sconta la condizione della piena disponibilità dei dati e che i diritti su di essi possano essere liberamente trasferiti. Invero, questa ricostruzione esula dalla trattazione del presente contributo, poiché si riferisce al rapporto fra titolare dei dati e terzi, mentre quivi si tratta del rapporto fra interessato e titolare. Rileva però in quanto essa si basa su una concettualizzazione americano-centrica del dato, ossia quella basata su schemi proprietari, che però non trova riscontro nella tradizione continentale di Diritto Civile²⁰.

¹⁷ E. TOSI, *op. cit.*, 84-85.

¹⁸ La cui attività si basa fundamentalmente sulla compravendita di *dataset*.

¹⁹ S. MEHTA, M. DAWANDE ET AL., *How to Sell a Dataset? Pricing Policies for Data Monetization*, in *Information System Research*, 2021.

²⁰ Per una più approfondita analisi della dicotomia fra schema proprietario e schema di diritti della personalità si vedano J.Q. WHITMAN, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, in *The Yale Law Journal*, 2004, 113, 1151-1221;

2.1. Definizioni e implicazioni

In generale, si può definire la c.d. monetizzazione dei dati come la possibilità di cedere o scambiare i dati personali quale bene con intrinseco valore patrimoniale. Sul punto si noti, anzitutto, che “la cessione” corrisponde in diritto all’atto negoziale attraverso cui un soggetto succede a titolo particolare a un altro soggetto in una posizione giuridica, mentre “lo scambio” corrisponde all’atto di trasferimento di un bene o servizio da un soggetto a un altro, in cambio di beni o servizi diversi o di moneta. Già da questa definizione si può agevolmente rilevare che, condizione per tale cessione o scambio sia che il dato, quale bene giuridico, possa essere suscettibile di trasferimento, cessione o alienazione. Ne derivano, logicamente, alcune specifiche ipotesi:

- i. dato personale come bene di scambio;
- ii. dato personale come prezzo;
- iii. dato personale come posizione giuridica (diritti sul)
- iv. dato personale come obbligazione (dazione di) in negozi a obbligazioni reciproche.

Quanto all’ipotesi (i), essa presuppone che il bene sia liberamente scambiabile e trasferibile (disponibilità del bene). L’ipotesi (ii) necessita della condizione di determinazione o determinabilità del valore del bene quanto ai requisiti del contratto, della fungibilità e della conoscenza preventiva di questi elementi da parte dell’interessato quanto ai requisiti del consenso in ambito protezione dei dati. L’ipotesi di cui al punto (iii) comporta che la posizione giuridica afferente ai dati in oggetto sia liberamente trasferibile (disponibilità del diritto), mentre l’ultima istanza (iv) vorrebbe un’obbligazione di dare in capo all’interessato²¹ quale controprestazione per conseguire l’accesso a un bene o servizio, che costituirebbe l’obbligazione di fare dell’operatore/titolare.

Tutti questi profili implicano a loro volta che vi sia la possibilità di contrarre e, dunque, di accordo, che a sua volta involve la disponibilità – piena o limitata – di disporre del bene e, soprattutto, dei diritti su di

G.M. RIVA, *The Potential and Limitations of Computational Law for Data Protection*, in *MIT Computational Law Report*, 2020, 1.3 ss., 2-2.1-2.2.

²¹ O di facere, se ci riferisce alla prestazione del consenso al trattamento come precondizione della validità della dazione del dato.

esso. Ne consegue una complessa fattispecie che, per essere valutata appieno, abbisogna di una profonda analisi sulla natura del bene giuridico in questione (i dati personali, la loro fungibilità e alienabilità), sulla natura dei diritti in gioco (*privacy* e protezione dei dati personali quali diritti fondamentali della persona e la loro disponibilità) e sulla natura del rapporto giuridico che si instaura fra titolare del trattamento e interessato (il negozio di trattamento dei dati personali). Trattazioni che, per la loro complessità, non possono essere dipanate compiutamente in questo studio, che si focalizza, invece, su specifici elementi concernenti questi beni giuridici, la loro natura e i diritti cui afferiscono.

2.2. Posizioni dottrinali a favore e contro: problemi emergenti

A quanto appare, dottrina e giurisprudenza sin qui si sono interrogate principalmente sul fatto se si possa o non si possa configurare un rapporto patrimoniale di trattamento dei dati personali e non già su come, eventualmente, poterlo configurare con gli strumenti e i parametri che l'Ordinamento offre²². Così le posizioni si sono spaccate fra promonetizzazione dei dati e contro di essa ed è, pertanto, utile valutare le rispettive argomentazioni in maniera schematica e sintetica²³.

²² Per una proposta di soluzione in tal senso, vedasi L. BOLOGNINI, L. COVELLO, G. FIORDALISI, *Ammissibilità del modello "pay or consent": tra rivoluzione economica digitale e modernizzazione della protezione dei dati*, in *Diritto Economia e Tecnologie della Privacy*, 2024.

²³ Per un'analisi dettagliata ed esaustiva, vedasi E. TOSI, *op. cit.*; A. DI CERBO, *op. cit.*

<i>Pro</i>	<i>Contro</i>
Non escluso esplicitamente dalla norma positiva (GDPR) ²⁴	Diritti inalienabili (artt. 7 e 8 Carta di Nizza) ²⁵
<i>privacy</i> e protezione dei dati non sono diritti assoluti (Cons. 4 + art. 1 GDPR)	Principi di trasparenza, finalità, minimizzazione (art. 5 GDPR)
libertà di iniziativa economica (art. 16 Carta di Nizza, cfr. 41 Cost.) e bilanciamento (art. 52 Carta di Nizza)	Decisione CGUE ²⁶ C-252/21 “Bundeskartellamt” + Decisione Commissione UE vs. Meta (DMA) ²⁷
dettato normativo per contratti di fornitura servizi digitali: «fornisce o si impegna a fornire» (art. 3 co. 2 Direttiva UE 2019/770 cfr. d.lgs. 173/2021 art. 135octies)	opinione 8/2024 dell’European Data Protection Board (EDPB)
sentenza 2631/2021 Consiglio di Stato (riforma parzialmente provv. 2631/2021 AGCoM ²⁸ vs Facebook)	infungibilità (dati e prestazione) + indeterminatezza valore
monetizzazione del consenso, non del dato	godimento parziale del bene (sia per interessato che titolare): non esclusivo
valorizzazione del dato e non monetizzazione	perdita di controllo sui dati (interessato)
realismo giuridico	consenso sempre revocabile (art. 7 co. 3 GDPR)
	consenso coartato (non libero <i>ex art.</i> 7 co. 4 GDPR)
	natura dei diritti fondamentali (indisponibili)

Tabella n. 1: comparazione argomenti pro e contro la monetizzazione dei dati

²⁴ Reg. UE 679/2016.

²⁵ Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (c.d. Carta di Nizza), Gazzetta ufficiale dell’Unione europea 2000/C 364.

²⁶ Corte di giustizia dell’Unione europea.

²⁷ Reg. UE 2022/1925 (c.d. *Digital Market Act*).

²⁸ Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

Come si può evincere dalla tabella n. 1, molte delle posizioni risultano inconciliabili e, a seconda dell'impostazione dottrinale cui si vuole aderire, emergono svariati problemi giuridici che non possono essere disattesi.

Fra questi, il come gestire le conseguenze derivanti dalla dazione e dal rapporto misto (contratto/trattamento) del consenso, la sua natura – tanto nel rapporto di trattamento dei dati, quanto in quello contrattuale²⁹ – e le caratteristiche per la sua validità³⁰, nonché gli effetti di una sua revoca, appare questione centrale. Parimenti, è un elemento cruciale del rapporto l'ineludibile asimmetria informativa e di potere negoziale che contraddistingue le posizioni delle parti in causa: l'interessato al trattamento, ossia l'utente, e titolare del trattamento, ossia l'operatore di mercato. Quest'ultimo, difatti, ha uno sproporzionato potere di accesso alle informazioni che riguardano sia il mercato in generale (prestazioni digitali) sia il rapporto in particolare (flussi di dati) e sia la controparte (targetizzazione), cioè l'interessato; potere questo che si riflette a sua volta nel potere negoziale di imporre termini, condizioni e prezzo della prestazione, spesso, peraltro, in regime di posizione dominante. Altri problemi che permangono riguardano la determinazione del valore del dato personale, anche in connessione alla fungibilità o meno dello stesso, e con quali criteri esso venga attribuito e comunicato al soggetto interessato/utente, nonché la gestione (*recte*: la giustificazione giuridica) della deroga ai principi GDPR di finalità, necessità, pertinenza, limitazione temporale, minimizzazione e trasparenza rispetto al trattamento e, dunque, una generale indeterminatezza degli elementi del rapporto negoziale.

Non ultimi, vanno poi considerati alcuni aspetti endogeni al rapporto negoziale in senso stretto, quali la qualità e posizione nel mercato del-

²⁹ La quale non potrà configurarsi che come contratto per adesione, con la relativa disciplina civilistica.

³⁰ Peraltro, un ulteriore dibattito si potrebbe aprire in merito all'effettivo valore contrattuale di spunta – spesso *pre-flaggata* – su un supporto informatico, senza firma univocamente riconducibile al soggetto e con ulteriori problematiche rispetto alla prova e all'accesso al codice sorgente in capo alla parte debole, ossia l'utente/consumatore/interessato.

l'operatore e come essa possa essere determinata³¹, l'applicazione della disciplina per la protezione dei consumatori e il coordinamento di dette guarentigie³² con la disciplina di protezione dei dati. Infine, un dato che sembra essere ignorato dalla dottrina è come poter integrare il sovente abusato *ius variandi* da parte degli operatori e i suoi effetti sul potenziale rapporto negoziale di protezione dei dati, nonché le specifiche e pratiche modalità di *legal design* per integrare l'informativa agli interessati ex artt. 13 e 14 GDPR con le informazioni essenziali del contratto, in maniera, chiara, trasparente, esaustiva e semplice e, soprattutto, immediata: ossia tenendo conto proprio dell'immediatezza e rapidità dell'interazione su piattaforma, nonché dei vincoli (per es. la grandezza dello schermo, la modalità di scorrimento) proprie, appunto, del *design* dell'interfaccia dispositivo attraverso cui il consenso verrebbe rilevato.

3. Elementi del fenomeno giuridico

Come accennato, il tema della monetizzazione dei dati è piuttosto complesso, poiché interconnette molteplici ed eterogenei elementi di diritto, che talvolta non sono coerenti fra loro o non sono armonizzabili. Questo quadro è, ad avviso di chi scrive, ancor più complicato dal fatto che taluni concetti alla base della monetizzazione dei dati paiano essere

³¹ Il pensiero va ai monopoli, di diritto e di fatto, e ai (nuovi) beni necessari nella società dell'informazione: la più parte dei servizi online, oggi, viene erogata in un regime di monopolio (per es. Facebook, X [ex Twitter], LinkedIn, Google Search, Spotify), di bipolio (per es. Instagram/Tik Tok, Android/iOS, Gmail/Hotmail), o di oligopolio (*browser, cloud, generative AI, e-commerce, pay-per-view service*) tale per cui un soggetto non potrebbe pienamente compiere una vita sociale e civile senza la fruizione di tali servizi. Per tutti, si pensi a candidarsi nel mondo del lavoro, oggi, senza un indirizzo e-mail o un profilo LinkedIn. Degno di nota è che molti degli operatori che occupano una posizione dominante o monopolistica/oligopolistica sul mercato sono gli stessi in diversi segmenti, tanto che si è parlato di multi-monopoli: per un'analisi approfondita di questi elementi, si veda G.M. RIVA, M. BARRY, *Net Neutrality matters: Privacy antibodies for information monopolies and mass profiling*, in *Revista Publicum*, 2019, 5, 7-35.

³² Le c.d. nullità di protezione ex art. 36 d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo).

presi come assunti nella discussione generale, quando, invece, potrebbero essere più ampiamente esplorati, poiché proprio il chiarimento di alcune sovrapposizioni semantiche ed ermeneutiche potrebbe aiutare a valutare il fenomeno nella sua complessità.

3.1. *Dato e informazione*

Il dato personale è il fulcro attorno al quale gravita tutta la disciplina – non solo giuridica – della *privacy* e funge da asse attorno a cui ruotano le discussioni sin qui prodotte. Il concetto di dato, però, è proprio il primo di tutti quegli elementi che si tendono a dare per scontato.

Anzitutto, si può considerare che il dato personale possessa due livelli: uno orizzontale e uno verticale. Quello orizzontale attiene alla classificazione dei dati personali per categorie (identificativi, anagrafici, sanitari, biometrici, ecc.). Tale livello concerne quindi la qualificazione del dato personale in base alle sue caratteristiche. Il livello verticale, invece, sfugge a una vera e propria classificazione e si innesta sulle proprietà del dato in quanto appartenente a una certa categoria di soggetti (minore, lavoratore, pendolare, genitore, politico, ecc.) o a un soggetto specifico. In ciò, rileva l'identità, personale o sociale dei soggetti cui il dato si riferisce. Tale livello, dunque, attiene alla qualità del dato personale per le sue specifiche proprietà informazionali. Questi fattori hanno implicazioni dirette sulla monetizzazione dei dati quanto alla fungibilità o meno del bene dato. Prima di approfondire tale aspetto, è però utile analizzare l'intrinseca natura ontologica del dato, che si riflette su quella giuridica.

Il GDPR ne dà una definizione chiara, che parrebbe fugare ogni dubbio sulla sua natura³³, ma, al contempo, tale definizione offre un sottile spunto per comprendere la reale natura, giuridica e non, del dato (sia esso personale o meno). In prima istanza, tale definizione sembrerebbe offrire un'identità semantica, o quanto meno un'eguaglianza, fra dato e informazione. A una più attenta analisi, invero, appare che la definizione ne sancisca proprio la differenza: il dato non è informazio-

³³ Art. 4 co. 1 n. 1, dato personale è «qualsiasi informazione riguardante una persona fisica identificata o identificabile».

ne, ma rappresentazione di “qualsiasi informazione”³⁴. Questa interpretazione sembra suffragata anche dal testo dell’art. 9 co. 1, ove la lettera normativa sancisce il generale divieto di trattamento per i «dati personali che rivelino l’origine razziale o etnica [...]». I dati possono quindi “rivelare” una determinata qualità del soggetto, ossia un’informazione (aggiuntiva) che non è per forza apparente *prima facie* dal mero dato personale.

Per chiarire: se non vi è identità fra dato e informazione, il dato asurge a “veicolo” dell’informazione, o, meglio, delle informazioni³⁵. Ne deriva che ogni informazione è sicuramente (almeno) un dato, ma un dato è un’unità di rappresentazione che veicola un insieme indefinito di informazioni. I dati, quindi, sono rappresentazioni originarie – nel senso che non sono interpretate – di un fenomeno, un evento, un fatto, un elemento, organizzate e comunicate attraverso un supporto grazie a simboli o combinazioni di simboli. Di converso, l’informazione deriva inferenzialmente da un dato, o da un insieme di dati sottoposti a un processo di interpretazione, tale che possano essere significativi (estrazione di conoscenza) per il destinatario. Ne discende che l’informazione riguarda il modo in cui un interprete acquisisce conoscenza da un elemento rappresentativo, mentre un dato rimane una neutrale raffigura-

³⁴ E, in linea ciò, il dato personale è rappresentazione di un’informazione inerente a un individuo: l’identità è l’elemento di connessione.

³⁵ Occorre un ulteriore chiarimento in merito alla natura ontologica dell’informazione (definita come: «notizia, dato o elemento che consente di avere conoscenza più o meno esatta di fatti, situazioni, modi di essere»). VOCE: “INFORMAZIONE”, in *Enciclopedia Treccani*: <https://www.treccani.it/enciclopedia/informazione/>) specie in relazione alla lingua di riferimento. Nelle lingue romanze, il termine “informazione” è numerabile, consentendo di concettualizzare la pluralità di informazion(i). Nella lingua anglosassone il termine è invece innumerabile (*uncountable*) e, dunque, non ammette il concetto di pluralità, se non con perifrasi (es. *pieces of information*). Questo rilievo può essere importante per la concettualizzazione anglo-americana della *privacy*, incentrata su un paradigma giuridico proprietario e, appunto, di identità fra dato e informazione. A sua volta, questo elemento è cruciale per valutare come la concezione tecnologica (i servizi *online*) e i *business model* a essi legati (la *data monetization*, appunto) siano pensati e costruiti e poi importati/imposti in un sistema socio-giuridico che muove da altri presupposti concettuali. Cfr. G.M. RIVA, *The Potential and Limitations of Computational Law for Data Protection*, cit., 5-8, 9, 29.

zione di aspetti della realtà, che acquista valore semantico solo se posto dall'interprete in relazione a un contesto.

Qualche esempio può aiutare a dipanare il concetto: il nome "Gianluigi" è un dato personale identificativo anagrafico, che però veicola un insieme di diverse informazioni: questo elemento è 1) un nome; 2) un nome italiano; 3) un nome maschile; 4) un nome composto. Si può andare oltre, evidenziando come l'informazione corrisponda all'inferenza dal dato: si potrebbe, infatti, interpretare statisticamente o contestualmente il dato, valutando che 5) il nome ha una distribuzione maggiore o minore in una certa area geografica (ipotesi di posizione geografica); 6) il nome ha una maggiore o minore incidenza in un determinato periodo storico (inferenza presuntiva dell'intervallo di età); 7) il nome ha una maggiore o minore prevalenza in un certo ceto sociale, ecc.

Questi esercizi di interpretazione rivelano come l'estrazione di conoscenza dai dati sia un processo potenzialmente infinito, specie se i dati vengono posti in relazione fra di loro: si pensi allo stesso nome succitato, posto in relazione al dato "residenza" o "professione". L'inferenza di informazione è talmente potente che può derivarsi anche dal "non-dato": per es. una piattaforma che non rileva accessi da un particolare *smartphone* la domenica mattina sino alle ore dieci può inferire il ciclo di sonno dell'utente.

Questi elementi riverberano direttamente sulla natura giuridica del dato quanto a fungibilità e infungibilità, come già accennato, che, a sua volta, rileva per gli aspetti di patrimonializzazione del bene. Nel dibattito corrente sembrerebbe assodato che il dato personale sia un bene fungibile³⁶. Ciò può essere vero, in parte, per il dato nel suo livello orizzontale (categorie qualificate): il dato anagrafico varrà *x*, il dato sanitario varrà *y*. Vero in parte perché, appunto, anche all'interno della varietà di qualificazioni, una categoria di dati può valere più dell'altra. Inoltre, all'interno della stessa categoria, un dato di sottocategoria potrebbe avere un sostanziale valore aggiunto rispetto a un altro della medesima categoria: così, il dato sanitario "pulsazioni cardiache" (fisiologia) può valere diversamente rispetto al dato sanitario sullo stato di salute "sog-

³⁶ Per una disamina esaustiva, si veda V. RICCIUTO, *L'equivoco della privacy. Persona vs. dato personale*, Napoli, 2022.

getto cardiopatico” (diagnosi). Va, peraltro, sottolineato che il valore intrinseco può dipendere anche dal soggetto titolare del trattamento e dal contesto nel quale opera o il trattamento viene effettuato, ossia quell’interprete dell’informazione per cui essa è significativa: così, il dato sanitario sarà di maggior valore per un operatore sanitario o assicurativo, ma di scarso valore per un operatore nel settore fiscale, per esempio.

Già questi elementi incrinano la fungibilità del bene dato, suscettibile di fluttuazioni di valore dipendenti dalla qualità del dato stesso. Ad aggiungere entropia – sempre su un livello orizzontale – il fatto che i dati acquistino o cambino valore a seconda dell’informazione che trasportano, che, a sua volta, dipende dalle correlazioni che si possono fare con altri dati del medesimo soggetto e dal contesto del trattamento. Così, essendo il trattamento di un solo, singolo, dato personale da parte di un titolare un mero caso di scuola, si può fattualmente constatare che, in presenza di più dati personali³⁷, l’informazione che essi veicolano varia nel suo valore intrinseco, specie poi in base al contesto (analisi di mercato, profilazione, trattamento per obbligo di legge) e al tipo di titolare (datore di lavoro, *broker*, medico personale, clinica medica, ecc.). Appare ovvio che, all’aumentare del numero – e, dunque, delle interrelazioni – dei dati, categorie, contesto e soggetti, si diversifica il valore intrinseco del bene.

D’altra parte, è pur vero che, nella realtà del mercato, il valore di certi beni tende a delle soglie minime e massime determinate dagli scambi fra gli operatori e queste fluttuazioni di valore potrebbero comunque essere determinabili per categoria e ambito, come per esempio nel settore immobiliare. Di fatto, fra gli operatori digitali, spesso il dato viene gestito e transato come bene fungibile e questo non può essere ignorato, proprio abbracciando un certo realismo giuridico. Ciononostante, il fatto che la *lex mercatoria* tratti un bene in un determinato modo, non significa che la natura giuridica di quel bene corrisponda alla prassi.

Determinante al fine di derivare la natura infungibile del bene “dato personale” sembra essere la valutazione del livello verticale che, come

³⁷ Siano essi della medesima categoria (per es. identificativi) o, a maggior ragione di categorie diverse (per es. anagrafici e sanitari).

rilevato, attiene alle qualità identitarie dell'informazione, ossia quelle legate alla categoria (sociale, mercantile, giuridica, ecc.) o all'identità stessa del soggetto. In breve, il medesimo insieme di dati personali *z*, potrà avere un valore sensibilmente diverso se appartenente, per es., a un politico appartenente al governo, piuttosto che a un comune cittadino. L'identità o la categoria di appartenenza³⁸ del soggetto rende intrinsecamente infungibile il dato personale che a esso si riferisce³⁹, poiché diversa è la qualità di informazione che il dato veicola. Oltretutto, l'informazione può essere plurisoggettiva⁴⁰ e non è suscettibile di godimento esclusivo.

Tutto ciò valutato, il dato personale non può essere considerato veramente fungibile, ma è pur vero che, stante la prassi di mercato e operando un necessario contemperamento di realismo giuridico, l'Ordinamento potrebbe formulare una *fictio* per ritenere i dati personali fungibili, sebbene a determinate condizioni. Quali queste condizioni possano essere rimane da discutere ed esula dall'ambito della presente trattazione.

3.2. Bene e diritto

Un elemento di particolare rilievo, a cavallo fra natura giuridica del bene e disponibilità del diritto, è costituito dal bene giuridico tutelato dalla disciplina di protezione dei dati e dal tipo di utilizzo che, a cascata si può fare del bene giuridico sottostante. Ecco, dunque, che il bene giuridico (i dati), non va confuso con il bene giuridico tutelato (la posizione giuridica).

Il GDPR non tutela la *privacy*. Più propriamente: non protegge direttamente il diritto alla *privacy*, in quanto *privacy*. Infatti, il GDPR

³⁸ Potremmo persino dire lo *status* sociale, economico o giuridico.

³⁹ E che è, appunto, personale. Si noti che il nome, per esempio, può essere oggetto di conferimento societario *ex art.* 2247 c.c.: con esso, il valore del conferimento dipenderà esattamente dall'identità e qualità del soggetto, che determina le caratteristiche patrimoniali del bene oggetto di conferimento.

⁴⁰ Si pensi a informazioni familiari, la cui tutela è sancita direttamente dall'art. 7 della Carta di Nizza, o alle comunicazioni interpersonali, che coinvolgono informazioni di emittente e ricevente, o ancora al DNA, che implicitamente rivela informazioni rispetto agli ascendenti e ai collaterali.

tutela l'insieme delle posizioni giuridiche riconducibili al diritto alla *privacy* solo indirettamente, attraverso la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali delle persone fisiche. Il termine *privacy* non compare nemmeno nel testo del GDPR⁴¹. La lettura combinata dell'art. 1⁴² del Regolamento – che, nei suoi tre paragrafi, prevede “Oggetto e obiettivi” del regime – con i Considerando 1, 14⁴³, 170⁴⁴ e 173⁴⁵ suggerisce che l'intenzione del legislatore europeo è stata quella di fornire un'ampia copertura oggettiva della materia, anche se chiaramente definita nel suo ambito di applicazione e con precisi limiti. Ciò suggerisce anche che l'omissione di qualsiasi menzione dell'articolo 7 della Carta nel Cons. 1

⁴¹ Il Considerando 1 del Regolamento afferma chiaramente che «La protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali è un diritto fondamentale». L'articolo 8, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE - Carta di Nizza) e l'articolo 16, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) stabiliscono che «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano». Il Cons. 1 al GDPR non menziona l'articolo 7 della Carta di Nizza, che riguarda la protezione della vita privata (*privacy*).

⁴² «(1). Il presente regolamento stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e norme relative alla libera circolazione dei dati personali.

(2). Il presente regolamento tutela i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali.

(3). La libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione non può essere limitata né vietata per motivi connessi alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali».

⁴³ «La protezione conferita dal presente regolamento dovrebbe applicarsi alle persone fisiche, [...] Il presente regolamento non si applica al trattamento dei dati personali che riguardano persone giuridiche [...]».

⁴⁴ «Poiché l'obiettivo del presente regolamento, vale a dire garantire un livello equivalente di protezione delle persone fisiche e la libera circolazione dei dati personali in tutta l'Unione, [...] l'Unione può intervenire in base al principio di sussidiarietà sancito dall'articolo 5 del Trattato sull'Unione europea (TUE). Il presente regolamento si limita a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo».

⁴⁵ «Il presente regolamento dovrebbe applicarsi a tutte le questioni relative alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali con riguardo al trattamento dei dati personali che non sono soggette a obblighi specifici con lo stesso obiettivo di cui alla direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio [e-Privacy a.n.], compresi gli obblighi del titolare del trattamento e i diritti delle persone fisiche [...]».

ha un significato preciso e persegue uno scopo parimenti preciso. Si può sostenere che questo scopo sia proprio quello di tenere separati i regimi giuridici di *privacy* (diritti della personalità) e di protezione dei dati (*governance* del trattamento dei dati). Ciò segna anche gli elementi normativi pertinenti per determinare le differenze relative alla natura giuridica tra i due diritti fondamentali e i loro regimi interconnessi⁴⁶.

Dalla lettura analitica dell'art 1 si evince chiaramente che il GDPR tutela tre principali beni giuridici e che, inoltre, definisce una gerarchia di protezione; divisione questa che è alla base di ogni ulteriore bilanciamento tra interessi contrastanti. Innanzitutto, esso contraddice la vulgata derivante dal titolo sintetico del regolamento (*General Data Protection Regulation*)⁴⁷ perché non tutela i dati personali in quanto tali, ma tutela invece le persone fisiche in relazione ai trattamenti di dati che le riguardano. Si tratta di una distinzione importante perché il bene protetto non è il dato. I dati sono protetti in quanto elemento che riconduce alla persona fisica. Ciò è confermato dalla definizione di dati personali dell'art. 4, co. 1, che individua in “identificazione” e “identificabilità” gli elementi che caratterizzano il collegamento tra l'informazione e la persona, che, come visto, rende tale informazione “dati personali”. Pertanto, i dati sono protetti in quanto informazioni riguardanti la persona fisica che, in ragione delle sue caratteristiche ontologiche (identificate) o in ragione dell'attività inferenziale connessa al trattamento (identificabilità), crea tale legame trilaterale. Questo rappresenta un corollario dell'inerenza persona-informazione senza la quale l'informazione stessa rimane anonima e, quindi, non rientra nel regime di protezione.

L'art. 1 co. 1, secondo capoverso, identifica la libera circolazione dei dati personali (il cosiddetto “flusso di dati”) come il secondo bene

⁴⁶ Per approfondimenti sul tema, si veda anche J. KOKOTT, C. SOBotta, *The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR*, in *International Data Privacy Law*, 2013, 3, 222-228; e cfr. con M. TZANOU, *Is Data Protection the Same as Privacy? An Analysis of Telecommunications' Metadata Retention Measures*, in *Journal of Internet Law*, 2013, 17, 20-33.

⁴⁷ Il titolo completo è invece “Regolamento [...] relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati)”, che conferma la definizione di cui all'art. 1, co. 1.

giuridico protetto. Come noto, quindi, il Regolamento comprende due interessi contrastanti – la protezione dei dati personali e il flusso di dati – elencati in un ordine preciso. Il primo attribuisce ai soggetti una serie di diritti fondamentali, il secondo attribuisce a chiunque tratti dati per scopi non esclusivamente personali un legittimo interesse di carattere patrimoniale. Questi elementi sono cruciali da tenere presenti ogni volta che si avverte la necessità di bilanciare le posizioni contrastanti, in quanto – in generale – si può ritenere che l’Ordinamento attribuisca preminenza alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali accordati alla persona umana, sebbene l’iniziativa economica, che rientra nelle libertà costituzionalmente garantite, sia tutelata allo stesso livello gerarchico con, però, un valore etico diverso. Ciò sottolineato, va comunque operato un bilanciamento caso per caso. Va inoltre notato che l’articolo adotta una formulazione particolare per delineare l’ambito di protezione: esso «stabilisce norme relative alla protezione delle persone fisiche [...] e le norme relative alla libera circolazione dei dati». L’esatto significato di queste frasi diventa evidente se si confronta la formulazione dell’art. 1 co. 2, che afferma che il Regolamento «protegge i diritti e le libertà fondamentali delle persone fisiche, in particolare il diritto alla protezione dei dati personali». Pertanto, mentre il primo comma afferma che il regolamento stabilisce delle regole di tutela, il secondo definisce chiaramente i parametri esatti della protezione. Il bene giuridico che esso protegge è un insieme di posizioni, ossia i diritti e le libertà fondamentali degli individui. Si tratta di un riferimento chiaro e diretto alla Carta di Nizza e a tutta la gamma dei diritti fondamentali che essa mira a tutelare, ma anche indiretto alla tutela della vita privata. Infatti, con questo intento, il legislatore europeo prevede anche una tutela indiretta della *privacy* (ex art. 7 Carta) insieme a tutti gli altri diritti e libertà fondamentali elencati nella Carta che possono incidere in qualche modo sulla vita privata delle persone fisiche attraverso il trattamento dei dati personali: non ci si dimentichi che la tutela dei dati personali è spesso una precondizione per la tutela di altre libertà fondamentali⁴⁸. In secon-

⁴⁸ S. RODOTÀ, *Privacy, libertà, dignità*. Discorso conclusivo: 26a Conferenza Internazionale sulla Privacy e sulla Protezione dei Dati Personali, Wroclaw (PL), 14, 15, 16 settembre 2004: <https://www.privacy.it/archivio/rodo20040916.html>. Rodotà sottolinea che la protezione dei dati personali è fondamentale per garantire l’autonomia individua-

do luogo, l'articolo tutela specificamente il diritto alla protezione dei dati (*ex art. 8 Carta*).

Ciò ha importanti implicazioni. Da un lato, significa che i diritti e le libertà fondamentali – compresa la *privacy* – hanno un'altra modalità indiretta di tutela diversa da quella ordinaria⁴⁹, ma questa ulteriore protezione accordata dal GDPR può concorrere a quella ordinaria qualora l'ambito di applicazione materiale del regolamento sia applicabile alla situazione giuridica specifica già tutelata in via ordinaria: in sostanza, qualora oltre a una violazione della riservatezza vi sia una violazione nel trattamento. D'altro canto, il Regolamento crea una gerarchia di beni protetti: esso protegge, anzitutto, i diritti e le libertà fondamentali derivanti dalla Carta, tutti connessi al trattamento dei dati personali, e, in secondo luogo, le persone fisiche (protezione individuale) per quanto riguarda le loro informazioni personali. Poi, tutela, attraverso regole procedurali, (anche) la gestione del trattamento dei dati, ergo l'iniziativa economica, se in relazione al flusso di dati, che è il terzo bene tutelato. Infatti, l'art. 1 co. 3, pone sullo stesso piano questi due beni, fornendo anche un principio interpretativo per la ponderazione degli interessi contrastanti derivanti, quando afferma che «la libera circolazione dei dati personali all'interno dell'Unione non è né limitata né vietata per motivi connessi alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali». Questo, *a contrariis*, significa che i diritti e le libertà fondamentali, non menzionate nel bilanciamento operato da questo capoverso, prevalgono nella gerarchia della protezione sugli altri due diritti qui menzionati, mentre, a discendere, la protezione e il flusso dei dati devono essere equilibrati fra di loro. Tuttavia, questo bilanciamento ha un sottile corollario, perché la protezione dei dati può essere il veicolo per la protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, come chiaramente indicato nella formulazione del comma 2 e, come tale, dovrebbe generalmente prevalere sul flusso di dati. Ciò implica una distinzione ermeneutica riguardo alla funzione precisa dei diversi insiemi di norme sulla protezione dei dati, come sopra descritti. Tale

le e la possibilità di esercitare pienamente i propri diritti fondamentali. Cfr. ID., *La privacy fra individuo e collettività*, in *Tecnologie e Diritti*, 1995, 24 ss.

⁴⁹ Per es. la tutela del nome, dell'immagine, della corrispondenza, del domicilio, della reputazione, ecc.

distinzione risiede nel fatto che, quando tali norme si riferiscono a diritti sostanziali, esse prevalgono o dovrebbero di norma prevalere – sugli altri beni tutelati, mentre quando tali norme veicolano regole procedurali di trattamento, esse subiscono il bilanciamento caso per caso. Infine, va notato che il diritto che incide sull’oggetto della protezione (dati personali) si esprime nella protezione del soggetto (persona fisica). Da questa lettura combinata, l’ambito di applicazione del regime è precisamente dimensionato per abbracciare sia la sfera soggettiva dell’individuo che la sua espressione oggettiva – i dati – per garantirne la protezione. Questo conferma la differenziazione tra diritti e libertà fondamentali e la protezione dei dati come espressione procedurale che consente di proteggere tali diritti.

La suesposta premessa interpretativa porta alla logica conseguenza di considerare come la disponibilità del bene dato personale, suscettibile di libera circolazione (ma, si noti, non di libero trattamento), debba essere differenziata dalla disponibilità del diritto che quello stesso bene può esprimere. In tal guisa, la disponibilità *del* bene non è disponibilità *sul* bene. Ovverosia, il soggetto può disporre del bene dato personale, per esempio conferendolo per un trattamento, se tale azione esprime un diritto di derivazione procedurale (leggasi regole di trattamento e principi delineati dal GDPR), ma non può disporre⁵⁰ delle qualità del bene e, dunque, del complesso di diritti della personalità di cui esso è espressione⁵¹. In sostanza, il soggetto non può, per esempio, delegare il consenso⁵², come non può vincolare patrimonialmente⁵³ l’esercizio di uno dei diritti previsti dal regolamento⁵⁴, o rinunciare all’informativa, poiché tali beni – il bene giuridico “diritto” – appare ineluttabilmente sottratto alla sua disponibilità e dalla dogmatica dei diritti fondamentali e,

⁵⁰ Se non limitatamente: e questo è, invero, il reale punto da investigare. Ovverosia, in quale misura e secondo quali principi un soggetto può limitatamente disporre di un diritto fondamentale.

⁵¹ Per una disamina dei diritti della personalità e delle loro caratteristiche, vedasi G. RESTA, *Autonomia privata e diritti della personalità*, Napoli, 2005, p. 4 ss.

⁵² Come potrebbe avvenire in un normale contratto, secondo lo schema della rappresentanza.

⁵³ Tramite l’obbligazione di cessione contro prezzo.

⁵⁴ Per esempio, rinunciando o limitando il diritto di accesso *ex art.* 15 GDPR.

a ben vedere, dalla disciplina del regolamento stesso. Ne deriva, in ultima sintesi, che il soggetto può disporre del bene dato nei limiti delle regole che afferiscono al trattamento: dunque, egli potrà liberamente disporre del (libero) conferimento dei dati, quali che siano, per un trattamento che rientri nella conformità delle regole procedurali e dei principi di garanzia del Regolamento. Il soggetto, però, non potrà disporre dei diritti fondamentali di cui il dato è eventualmente espressione e, quindi, non potrà limitare, rinunciare o vincolare tali diritti attraverso il conferimento e/o il trattamento.

3.3. Bene e prezzo

In uno scambio, il prezzo rappresenta il valore economico che l'acquirente è disposto a pagare al venditore per ottenere il bene o il diritto oggetto del trasferimento. In termini più propriamente giuridici, il prezzo si riferisce al corrispettivo in denaro, o altro valore, pagato in cambio del trasferimento di proprietà di un bene o di un diritto, ossia vendita o cessione, rispettivamente. Il denaro, oltre che a essere il mezzo del pagamento, è un bene materiale ed è un bene fungibile. Si è parlato di dati personali come prezzo per l'ottenimento di servizi digitali⁵⁵, ma essi, come visto precedentemente, hanno una natura prevalentemente infungibile. Ciò, comunque, non osterebbe, in linea di principio, a uno schema di scambio secondo permuta⁵⁶, non fosse che tale istituto, definito come il contratto oneroso, consensuale e a effetti reali che ha per oggetto il reciproco trasferimento della proprietà di cose, o di altri diritti, da un contraente all'altro, implica un'alienazione. Quand'anche ciò fosse ammissibile, bisognerebbe verificare se vi possa essere identità fra prezzo e oggetto del contratto, ossia se il dato personale possa asurgere a corrispettivo per un contratto che ha ad oggetto (ossia la pre-

⁵⁵ Per una disamina completa della tematica, si veda C. CAMARDI, *Prime osservazioni sulla Direttiva (UE) 2019/770 sui contratti per la fornitura di contenuti e servizi digitali. Operazioni di consumo e circolazione di dati personali*, in *Giustizia civile*, 2019, 499 ss. e cfr. V. RICCIUTO, *Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2023, 1, 23-24.

⁵⁶ *Ex art. 1552 ss. c.c.*

stazione quale insieme dei risultati programmati dalle parti) lo scambio di servizi contro dati personali, cosa che non sembra ammissibile, poiché il prezzo è uno degli elementi dell'oggetto⁵⁷. Comunque sia, l'elemento di dissonanza che rileva quanto all'esclusione della permuta, è che tutte le informazioni relative a una persona fisica rientrano nel novero della disciplina dei dati personali e, stante la copertura costituzionale di tali diritti⁵⁸, essi rientrano pienamente nella casistica dei diritti della personalità, e, nella specie, al diritto all'identità personale⁵⁹ e a quello dell'integrità morale⁶⁰. La discrasia, dunque, risiede nel fatto che i diritti della personalità sono considerati di natura indisponibile⁶¹ (o parzialmente disponibile)⁶² e quindi inalienabili. Non sembrerebbe così per i dati personali, che fattualmente possono essere oggetto di conferimento e, quindi, di disposizione, ma, essendo i dati rappresentazione dei diritti in parola, ne discende la natura inalienabile e, pertanto, intrasferibile. Soprattutto, l'alienazione di un bene ne presuppone il diritto reale di proprietà, diritto che però insiste su di un bene materiale. È dunque discriminante la valutazione della natura dei dati quali bene giuridico materiale o immateriale: stante l'afferenza dei dati ai diritti della personalità e, come tali, di natura immateriale, appare logico e funzionale che essi siano definiti parimenti e che, così, rientrino nell'al-

⁵⁷ A ben vedere, potrebbe dirsi che i dati sono oggetto della prestazione più che del contratto.

⁵⁸ Oltre che al già citato art. 7 della Carta di Nizza, il riconoscimento diritto alla riservatezza e alla protezione dei dati come diritto fondamentale della persona umana è storicamente avvenuto, in Italia, sul piano giurisprudenziale, in assenza di un esplicito riferimento costituzionale, grazie a una lettura estensiva dell'art. 2 Cost.: vedasi A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA, *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1978. Sul punto anche P. PERLINGIERI, *Commento alla Costituzione italiana*, Napoli, 1997. Sul tema si confronti poi anche S. RODOTÀ, *Introduzione*, in D. LYON, *L'occhio elettronico. Privacy e filosofia della sorveglianza*, Milano, 2002, XI.

⁵⁹ Cfr. art. 22 Cost. e artt. 5, 6 e 10 c.c., nonché art. 97 c. 1 e 2 l. 633/1941 quanto a deroghe e casi specifici.

⁶⁰ Con il corollario del diritto all'autodeterminazione informativa; cfr. A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di Diritto Privato*, 2015, §178.

⁶¹ C.M. BIANCA, *Diritto Civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, Milano, 2002, 139 ss.

⁶² Si veda l art. 5 c.c.

veo dell'art. 810 c.c. Con ciò essi sono sì inalienabili⁶³, ma, per ciò che concerne i dati personali, cedibili, o meglio, conferibili in uso, in via non esclusiva e per un periodo *ad libitum*. Un indizio di ciò, che riallinea la tutela dei dati con quella degli altri diritti della personalità, quanto alla permanenza in capo ai soggetti legittimati di taluni diritti inalienabili, lo si rileva anche dal combinato disposto degli artt. 7 co. 3, 16, 17 e 18 GDPR, dai quali si ricava che l'interessato ha diritto, in qualsiasi momento, di disporre del proprio consenso, indi revocarlo *ad nutum*, potendo addirittura chiedere la rettifica, cancellazione dei dati, o limitazione del trattamento. Da tutto ciò consegue che i dati non sembrano poter essere prezzo di uno scambio, né oggetto di una permuta. In sintesi, dunque, l'alienazione di un dato personale non è ammissibile poiché i) è un bene immateriale; ii) non è suscettibile di utilizzo esclusivo; iii) i diritti della personalità e, più in generale, i diritti fondamentali non possono essere suscettibili di alienazione; e iv) un soggetto non può fattualmente perdere la "signoria" su un elemento informativo identitario che lo contraddistingue⁶⁴.

⁶³ Se è vero, infatti, che chi "aliena" una propria immagine, in realtà aliena il supporto fisico sul quale l'immagine è impressa, mentre invece cede in licenza i diritti di sfruttamento economico sull'immagine quale elemento di proprietà intellettuale, sulla quale il soggetto conserverà pur sempre taluni diritti inalienabili (quali l'onore, la reputazione, il diritto al nome, all'identità personale, la paternità). Invero, proprio il piano di sovrapposizione fra dato personale (indisponibile) e diritto di proprietà intellettuale (disponibile) meriterebbe di essere investigato in tema di monetizzazione del dato, o del diritto, in questo caso.

⁶⁴ Fra i tanti esempi che si possono fare, ancora una volta, il nome del soggetto si presta a una lampante dimostrazione di questa impossibilità: un soggetto non può rinunciare al nome, non può distruggerlo, non può cederlo e, anche qualora venisse conferito (per es. in società, come visto più sopra), non ne perde l'uso e il controllo. Ergo, i dati personali non possono fattualmente seguire lo schema proprietario. Si noti, peraltro, che proprio il nome, ossia l'elemento più caratteristico e identitario di un soggetto, non è suscettibile di disponibilità: il soggetto non lo può nemmeno validamente mutare, né, tanto meno, trasferirlo validamente a terzi affinché essi si chiamino come il soggetto.

3.4. *Gratuità e liberalità*

Gli interessati spesso danno per scontato che la maggior parte dei servizi siano gratuiti perché sono pubblicizzati come tali o perché gli utenti non pagano (direttamente) per i servizi⁶⁵. Tuttavia, come sovente ripetono gli esperti di settore, “se non lo paghi, il prodotto sei tu”⁶⁶. Oltre a essere vero, questo fatto ha anche ripercussioni giuridiche molto profonde. In primo luogo, gli interessati/utenti di solito stabiliscono un rapporto di trattamento dei dati per accedere a un servizio (presunto) gratuito, in cui i fornitori di servizi offrono agli utenti l’accesso a determinati servizi e, in cambio, gli utenti accettano che i propri dati personali siano trattati.

In secondo luogo, e più importante, la ricostruzione del rapporto secondo uno schema di gratuità della prestazione è giuridicamente scorretta, in quanto questo paradigma relazionale esprime la compensazione tra le parti, cioè gli elementi di un contratto sinallagmatico. Questo comporta molti altri livelli di speculazione giuridica. Infatti, gli interessati, accettando i termini di questo negozio, non solo forniscono i propri dati personali, ma sovente accettano anche la profilazione⁶⁷, accettano anche di ricevere pubblicità mirata, accettano anche un ulteriore sfruttamento commerciale indiretto⁶⁸ ed eventualmente accettano anche di pagare per l’accesso alle funzionalità *premium*. In cambio, i soggetti hanno accesso ai contenuti della piattaforma. Il valore quantitativo e

⁶⁵ Sul tema si vedano L. BOLOGNINI, *Privacy e libero mercato digitale*, Milano, 2021 e V. RICCIUTO, *La patrimonializzazione dei dati personali. Contratto e mercato nella ricostruzione del fenomeno*, in V. CUFFARO, G. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019. Cfr. S. AMATO, N.M. SALVI, *Pagare beni e servizi con i dati personali. Scenari normativi e commerciali*, Milano, 2023, 31 ss. per una disamina completa del fenomeno.

⁶⁶ S.E. POLYKALAS, G.N. PREZERAKOS, *When the mobile app is free, the product is your personal data*, in *Digital Policy, Regulation and Governance*, 2019, 21, 89-101.

⁶⁷ Cfr. T. WU, *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*, New York, 2016; A. ALTER, *Irresistible: Why We Can’t Stop Checking, Scrolling, Clicking and Watching*, New York, 2017; e G.L. CIAMPAGLIA, A. FLAMMINI, F. MENCZER, *The production of information in the attention economy*, in *Scientific Reports* 5, 9452, 2015.

⁶⁸ Data brokerage vs. terzi, intermediazione dei dati, discriminazione dei prezzi, *credit scoring*.

qualitativo di queste contro-compensazioni sinallagmatiche può eccedere quanto eticamente e, soprattutto, giuridicamente è considerabile come equo ai sensi di legge (buona fede e correttezza)⁶⁹ perché crea posizioni squilibrate giuridicamente inaccettabili per le parti deboli e per i consumatori, almeno per quanto riguarda il diritto contrattuale. Inoltre, gli interessati non sono, di norma, esplicitamente e adeguatamente informati in via preventiva su questo tipo di modello di reddito alla base dell'elaborazione dei dati e dei servizi asseritamente “gratuiti”. Va poi tenuto presente che questo tipo di sfruttamento commerciale dei dati tramite profilazione, si verifica anche se un prezzo viene effettivamente pagato monetariamente dagli interessati per la fruizione del servizio. In effetti, molte delle piattaforme che svolgono queste attività di trattamento dei dati richiedono già agli utenti di pagare per prodotti materiali o servizi (si pensi, per es. a Microsoft, Amazon, Netflix, Airbnb e Uber).

Tuttavia, non può tacersi che qualsiasi negozio c.d. gratuito di questo tipo (dato contro accesso) contiene informazioni fuorvianti perché non solo, in realtà, il servizio implica un trattamento di dati che costituisce uno sfruttamento patrimoniale ultroneo di un bene – il cui prezzo è pagato dagli utenti –, ma elude anche i severi requisiti previsti dal regime delle “liberalità”⁷⁰, che implicano un atto giuridico unilaterale in cui una parte accetta un vantaggio che il donatore sacrifica senza alcun

⁶⁹ Si consideri anche ciò che è equo e ragionevole come comportamento contrattuale o, comunque, commerciale in presenza di un potere contrattuale e informativo totalmente asimmetrico. Per un'analisi del fenomeno da diversi punti di vista, cfr. D.J. PARK, *Individualization, information asymmetry, and exploitation in the advertiser-driven digital era*, in *The Political Economy of Communication*, 5, 2017; F. BOSTOEN, *Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products*, in *Computer Law & Security Review* 35, 2019; M.N. VOLMAR, K.O. HELMDACH, *Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation*, in *European Competition Journal*, 2018, 14; G. MALGIERI, B. CUSTERS, *Pricing privacy*, cit.

⁷⁰ Si noti che la gratuità implica che vi sia un prezzo in qualche modo rinunciato, mentre nelle liberalità sono anche inquadrabili meri atti/concessioni (cioè, lo spettro semantico è più ampio della gratuità).

compenso, vincolandosi tuttavia con un obbligo⁷¹. In generale, l'Ordinamento guarda con sfavore alle liberalità, e non a torto, in quanto possono nascondere espedienti per eludere la legge o le tasse. Proprio per questo, il codice richiede una formalità più rigorosa per questi atti, ossia una donazione diretta, che, pertanto, dovrebbe essere compiuta – a pena di nullità dell'atto – sotto forma di atto pubblico davanti a un notaio, il cui ruolo è quello di garantire il controllo di legalità⁷². Questo regime ammette eccezioni solo in caso di donazione di valore modesto.

Non sembra potersi ricondurre la (presunta e, nei fatti, millantata) gratuità della fruizione del servizio allo schema di liberalità, né, tantomeno, alla possibilità di donazione di modico valore, stante l'utile generato dagli operatori di mercato con queste attività di trattamento. Di più, si potrebbe sostenere che Facebook (ora Meta), che nella pagina principale di accesso alla piattaforma aveva pubblicizzato che “iscriviti, è gratis e lo sarà sempre” – e che lo ha cancellato dopo lo scandalo Cambridge Analytica⁷³ – abbia così creato un termine contrattuale immodificabile unilateralmente, stante la promessa di perpetuità dell'obbligazione, che la vincolerebbe, quanto meno nei confronti di tutti coloro che si sono iscritti in pendenza di tale dicitura, a mantenere inalterata tale obbligazione e, così, a offrire i propri servizi senza la richiesta di un trattamento che ecceda i limiti della necessità, pertinenza e minimizzazione per offrire i contenuti del servizio stesso.

Inoltre, si noti che l'accesso alla rete Internet, corrisponde a un contratto a titolo oneroso a carico dell'utente. Le piattaforme utilizzano tale banda per somministrare all'utente/interessato il servizio richiesto, ma anche la pubblicità profilata su cui gli operatori possono trarre profitto tanto diretto (vendita dello spazio pubblicitario), quanto indiretto (profilazione del soggetto). Questo significa che non solo l'interessato non profitta di un servizio gratuito, pur “pagando” in dati e attenzione, ma paga direttamente anche la banda che serve all'operatore per somministrargli, a proprio esclusivo vantaggio, la pubblicità. Dunque, dietro un

⁷¹ L. DI BONA, *I negozi giuridici a contenuto non patrimoniale*, Napoli, 2000.

⁷² A. TORRENTE, P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, cit., §592.

⁷³ Invero, la cancellazione è occorsa dopo la (o anche a fronte di) delibera AGCoM n. 27432/2018 che intimava alla società l'eliminazione del passaggio, considerato – giustappunto – come pratica ingannevole.

modello di sinallagma che scambia servizio contro raccolta del dato si nasconde un negozio in cui il soggetto non acquisisce un vantaggio, come dovrebbe invece essere, accettando però un iniquo sacrificio. A ben vedere, dovrebbero essere gli operatori a pagare gli utenti per i dati personali eccedenti il trattamento necessario, poiché da questi essi traggono cospicui vantaggi patrimoniali⁷⁴.

3.5. Oggetto e causa del contratto

Si è già accennato all'oggetto del contratto (e della prestazione). È necessario, però, verificare se il dato personale sia parte dell'oggetto o della causa dell'eventuale rapporto di scambio. Nel trattare della monetizzazione dei dati, sembrerebbe infatti in prima analisi che il bene dato personale costituisca l'oggetto del rapporto negoziale. La causa, che, come noto, è la giustificazione pratica del contratto⁷⁵, importa che le parti identifichino una ragione che giustifichi le attribuzioni patrimoniali che i contraenti hanno programmato di realizzare col rapporto contrattuale, come espressione dell'oggetto.

Sebbene, in prima istanza, possa sembrare che lo scambio di dati personali contro servizio assurga sia a oggetto, quale prestazione dovuta, che a causa del contratto, quale sua *ratio* giustificativa, un'identità fra i due elementi dovrebbe escludersi⁷⁶, in linea con quanto già visto per identità oggetto/prezzo. Come già anticipato, il dato personale, in caso di sinallagma, sarebbe più propriamente l'oggetto della prestazione, mentre l'oggetto del contratto sarebbe da configurarsi come scambio di diritto non esclusivo di sfruttamento (vincolato *ex lege*) di un bene immateriale contro accesso a contenuto digitale o fruizione di un servizio. Infine, la causa andrebbe ravvisata nello scambio tra attribui-

⁷⁴ G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e procedure Civile*, 2, 2018, 417.

⁷⁵ V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2011.

⁷⁶ G. DE NOVA, *L'oggetto del «contratto di informatica»: considerazioni di metodo*, in *Dir. inf.*, 1986, 3, 803-805.

zione autorizzativa (al trattamento) pecuniaria e attribuzione obbligatoria (fruizione del servizio)⁷⁷.

Questa configurazione, in ogni caso, non risolve la questione del sinallagma e, dunque, se a monte il soggetto utente/interessato possa liberamente disporre del bene dato personale e dei diritti che vi afferiscono quale elemento patrimoniale suscettibile di scambio e, eventualmente, in che modalità. Valutazione questa che, per motivi di spazio, esonda dal perimetro di questa trattazione, poiché richiede un'analisi approfondita del consenso e della sua natura.

4. Riflessioni e conclusioni

L'indagine sulla monetizzazione dei dati personali ha necessariamente coinvolto un'analisi approfondita di tutti quegli aspetti controversi che emergono dalla qualificazione di un rapporto di trattamento dei dati fra interessato e titolare basato sulla patrimonializzazione del bene dato personale. Lo studio non ha inteso sposare l'una o l'altra posizione dottrinale rispetto alla possibilità o meno di disporre dei dati personali, ma ha invece voluto analizzare quali elementi si debbano considerare in ogni caso e quali possano essere i vincoli e le problematiche imprescindibili legate alla natura giuridica dei beni, dei diritti e degli elementi che compongono il complesso fenomeno del trattamento dei dati. Invero, il presente contributo non affronta, per motivi di spazio, la tematica del consenso e quella dell'inquadramento specifico del diritto alla *privacy*, del diritto alla protezione dei dati, del loro reciproco rapporto e della natura giuridica dello specifico negozio di trattamento dei dati personali che si viene a creare allorquando un soggetto conferisca i propri dati personali a un altro, o questi comunque tratti di propria iniziativa questi dati personali.

Si ritiene che, al fine di poter definire lo spazio di manovra entro il quale valutare la fattibilità di una qualche monetizzazione del suddetto rapporto, sia imprescindibile un'attenta analisi di tutti questi ultranei

⁷⁷ Per una ricostruzione degli elementi specifici della causa e del rapporto con oggetto e prestazioni, vedasi E. NAVARRETTA, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000.

elementi secondo i canoni della teoria generale del diritto da una parte e della teoria dei contratti dall'altra, onde chiarirne tutti gli aspetti. Appare certamente ineludibile il limite della indisponibilità dei diritti fondamentali⁷⁸, ma, per altro verso, non può che convincere il realismo giuridico che guida chi ritiene di dover trovare una qualche soluzione alla sciarada dei dati contro servizio. Una terza via che si può intravedere, al netto degli approfondimenti ancora da operare, è la valutazione di un regime di parziale disponibilità dei diritti attorno ai dati personali, in linea con la disciplina dei diritti intellettuali sull'immagine e dell'integrità psico-fisica, laddove si può liberamente e lecitamente disporre di questi diritti e beni all'interno di un più o meno ristretto quadro di liceità, in cui i principi dell'Ordinamento e, fra tutti, dignità e integrità della persona, fungono da punti cardinali per orientare soggetti e interpreti.

⁷⁸ P. MORO, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, 2004.

DUE SENSI DI PRECEDENTE

COMPLEMENTARITÀ INTERTEMPORALI E FORMAZIONE ENDOGENA DI ABITUDINI NELLE DECISIONI GIUDIZIALI

Marco Segatti

1. Introduzione

Questo articolo introduce una distinzione tra due significati di *precedente*¹ (precedente in senso ampio, e precedente in senso stretto) utilizzando due strumenti teorici dell'approccio economico allo studio del comportamento umano – rispettivamente, *complementarità intertemporali tra decisioni*, e *formazione endogena di complementarità intertemporali*.

Un precedente in senso ampio, si dirà, è un effetto (causale) dello *stock* delle decisioni passate sulle inclinazioni (o attitudini, o propensioni) di un giudice attuale – cioè una complementarità intertemporale tra decisioni giudiziali in una data giurisdizione. Un precedente in senso stretto, si dirà invece, è un argomento di una specifica decisione giudiziale, dotato di una struttura particolare: il giudice decide ora, in virtù degli effetti della sua decisione rispetto allo *stock* di decisioni giudiziali passate, con l'obiettivo di modificare le inclinazioni (o attitudini, o propensioni o *hunches*) dei giudici nel *futuro* – un argomento giudiziale, quindi, che modifica in modo endogeno complementarità intertemporali tra decisioni.

¹ Sul problema generale di ricondurre a unità i diversi sensi di precedente riscontrabili nella teoria e nella prassi, e per una proposta di criteri di scelta tra tali diversi significati, cfr. A. NÚÑEZ VAQUERO, *Precedentes: una aproximación analítica*, Madrid, 2022, spec. cap. 3, parr. 1, 2, 3. Un *test* dell'utilità teoretica della distinzione qui proposta (che però non verifico in questo articolo) è se, e in che misura, essa possa catturare le differenze tra definizioni massimaliste, intermedie e minimaliste analizzate da Álvaro Núñez.

L'articolo dimostra come la distinzione in parola tra i due significati di precedente aiuti a risolvere alcune storiche perplessità teoriche, tipicamente associate al positivismo giuridico, attorno all'uso di precedenti negli argomenti giudiziali. In particolare:

- 1) L'(asserita) incapacità di una concezione riduzionista della norma giuridica di dar conto dell'esistenza di obblighi giudiziali di seguire i precedenti – al contrario, l'articolo argomenta che anche in un mondo in cui gli obblighi giuridici *non* sono altro che aspettative di sanzioni in caso di inadempimento possiamo riconoscere l'efficacia dei precedenti, e la loro c.d. forza gravitazionale.
- 2) L'(asserita) incapacità di una concezione convenzionalista di dar conto dell'esistenza di disaccordi teorici genuini – al contrario, l'articolo argomenta che il concetto di complementarità intertemporale è in grado di fornire una interpretazione perspicace di cosa voglia dire *condividere* una pratica; permette di distinguere facilmente tra accordi per *convenzione* e accordi per *convinzione*, e permette di interpretare i (o un sottoinsieme almeno di) disaccordi teorici come disaccordi attorno ai probabili effetti della decisione attuale rispetto alle decisioni future. Questi disaccordi *presuppongono* l'esistenza di convenzioni giudiziali, *senza però* presupporre l'esistenza di *una e una sola* soluzione corretta.
- 3) L'(asserita) incapacità di una concezione positivista del diritto di dar conto della normatività dei precedenti – al contrario, l'articolo ricostruisce due argomenti politici che attribuiscono importanza normativa alla pratica del precedente: la pratica del precedente aiuta a bilanciare continuità istituzionale e competizione politica (e, quindi, il pluralismo nelle alternative di governo), perché riduce i rischi collegati alla sconfitta elettorale. E la stessa pratica aiuta le corti a garantire l'accettabilità sperimentale delle loro decisioni e a fare in modo che i casi giudiziali possano funzionare come esperimenti pubblici attorno alla desiderabilità delle norme giuridiche.

2. *Definizioni: complementarità intertemporali e formazione endogena di abitudini*

Il concetto di complementarità intertemporale delle scelte è molto noto e studiato in profondità dalla scienza economica contemporanea². Sorprendentemente, però, non ha ancora avuto una significativa diffusione nel più ristretto ambito della analisi economica dei fenomeni giuridici. L'intuizione psicologica, o comportamentale, che ne ha motivato i tentativi di rappresentazione formale è comunque relativamente poco controversa, e bastano pochi esempi per coglierne gli aspetti più importanti. La dipendenza dalla nicotina, è facile pensare, causa una modifica dei gusti, preferenze o inclinazioni dell'agente verso le sigarette (o qualche altro sostituto di esse, contenente nicotina), ed è un effetto del consumo di nicotina nel passato. Cioè, fumare una sigaretta al tempo t_2 è, possiamo dire, un complemento dell'aver fumato sigarette al tempo t_1 e t_0 . L'intensità della propensione ad accendere una sigaretta al tempo t_2 è (causalmente) influenzata dall'aver fumato sigarette al tempo t_1 e t_0 .

Ciò non vuol dire che *ogni* possibile complementarità intertemporale tra scelte abbia le conseguenze negative, tipicamente associate alla dipendenza dalla nicotina, o alla dipendenza da qualche altra sostanza. Innanzitutto, perché la tossicità del prodotto rispetto a qualche funzione umana *non* è un requisito necessario dell'esistenza di complementarità nel suo consumo (anche se potrebbe influire nella loro formazione: perdere la capacità di fare qualcosa potrebbe, per esempio, aumentare l'intensità relativa della propensione a fare qualcos'altro). E poi perché non è ovvio che *tutte* le complementarità intertemporali causino comportamenti ripetitivi o genericamente compulsivi, come può invece accadere per il fumo di sigarette (e il consumo di nicotina).

In un altro esempio famoso, l'esposizione alla buona musica al tempo t_2 è un complemento dell'esposizione alla musica al tempo t_1 e t_0 . Il gusto per la buona musica, molte persone sembrano pensare, può essere coltivato nel corso del tempo, esponendo alla buona musica il soggetto. Se è vero, ciò avviene perché esistono complementarità tra l'esposizione alla buona musica in momenti diversi. Cioè, un effetto di essere stati

² V., per tutti, G. BECKER, *Accounting for Tastes*, Cambridge, 1996.

esposti alla buona musica nel *passato* è quello di modificare le inclinazioni, i gusti, o le preferenze dell'agente nei confronti della musica nel *presente* e nel *futuro*.

L'esistenza di complementarità intertemporali tra scelte e la loro possibile formazione endogena spiega perché generalmente pensiamo che un genitore saggio cerchi di impedire che il figlio minore di età fumi sigarette, e investe invece tempo e denaro nel fargli suonare uno strumento musicale. Questo comportamento si spiega, in parte almeno, con la convinzione, evidentemente diffusa, che sia possibile (in una certa misura) influire sui gusti di una persona (almeno nelle fasi iniziali del suo ciclo di vita), e quindi sui suoi comportamenti *futuri*, influenzando sul genere di esperienze a cui è esposta nel corso del tempo.

Tre osservazioni un po' più astratte su quanto è stato detto finora. Primo, la rappresentazione formale di complementarità intertemporali tra scelte esige, innanzitutto, la temporizzazione della funzione di utilità che descrive il comportamento del soggetto. Se esistono complementarità intertemporali tra scelte, la funzione di utilità che ne cattura le dinamiche deve poter cambiare in relazione al tempo – cioè, per catturare le complementarità intertemporali, per esempio, nelle dipendenze da sostanze stupefacenti, è necessario che la funzione di utilità possa cambiare al tempo t_2 , t_1 , o t_0 .

Secondo, è altresì necessario aggiungere direttamente nella funzione di utilità una variabile *stock*, che catturi l'accumulo degli effetti delle scelte nel passato, e il loro deprezzamento nel corso del tempo. Se esistono complementarità intertemporali tra scelte, le vicende evolutive di tale variabile determinano la stabilità della funzione di utilità nel corso del tempo – cioè, se pensiamo che le dipendenze da sostanze stupefacenti sono determinate, almeno in parte, da complementarità intertemporali tra le scelte di consumo, ci impegniamo a dire, anche, che le diversità di comportamento di un fumatore rispetto al comportamento di un non fumatore siano, almeno in parte, spiegabili dal fatto che la funzione di utilità del primo incorpora una variabile *stock* che descrive il suo comportamento passato è significativamente diversa dalla variabile *stock* incorporata nella funzione di utilità del secondo.

Terzo, si noti la peculiare struttura, duplice, degli obiettivi delle scelte che, in risposta, per esempio, a uno *shock* alla variabile *stock* che

rende la funzione di utilità instabile al tempo t_1 , sono orientate a stabilizzare la funzione di utilità al tempo t_2 . L'agente formula obiettivi *diretti*, o immediati, collegati agli effetti diretti, o immediati, della propria scelta in relazione all'utilità percepita al tempo t_1 . Ma l'agente formula anche obiettivi indiretti o più remoti, collegati agli effetti indiretti o più remoti della propria scelta, in relazione alle modifiche della variabile *stock*, e gli ulteriori effetti di tali modifiche per le proprie preferenze, propensioni o inclinazioni, e quindi per l'utilità percepita al tempo t_2 . Il soggetto che vuole liberarsi dalla dipendenza dalla nicotina riduce drasticamente (o elimina completamente) il fumo, magari sostituendolo con l'esercizio fisico, sessioni di terapia, un bicchiere d'acqua, lo *shopping* o qualche altro sostituto, e quindi accettando la relativa diminuzione di utilità al tempo t_1 , perché vuole modificare il suo *stock* di esperienze, e quindi le sue propensioni, al tempo t_2 .

3. *Segue: precedente in senso ampio e precedente in senso stretto*

Abbiamo a questo punto allineato tutti gli elementi necessari per ricostruire la distinzione tra precedente in senso ampio e precedente in senso stretto.

Un *precedente in senso ampio*, diremo, è una complementarità intertemporale tra decisioni giudiziali nel passato, presente e futuro – cioè, un effetto (causale) dello *stock* di decisioni passate³ che modifica le preferenze, inclinazioni, propensioni del giudice nel presente, e nel futuro.

In altre parole, quando diciamo che, in un dato ordinamento giuridico, esiste un precedente P_1 , che controlla la decisione D_1 nel caso C_1 , e intendiamo un *precedente in senso ampio*, ciò che vogliamo dire è che l'evoluzione giuridica nell'ordinamento in parola in relazione ai casi C_1 rende relativamente più probabile la decisione D_1 , rispetto alla decisio-

³ L'interpretazione dei precedenti giudiziali come uno *stock* di decisioni passate, anche se evidentemente un po' astratta, è però molto intuitiva, e quindi poco originale. Già Richard Posner e William Landes hanno proposto un modello del precedente, basato esplicitamente su tale interpretazione; cfr. W. LANDES, R. POSNER, *Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis*, NBER Working Paper, Cambridge (MA), 1976.

ne D_2 , e ci impegnano a dire che ciò si deve al fatto che tale evoluzione giuridica ha causato uno spostamento delle preferenze dei giudici nel decidere D_1 invece che D_2 in C_1 .

Un *precedente in senso stretto*, diremo, è invece un argomento di una specifica decisione giudiziale nel passato che *modifica* intenzionalmente le complementarità intertemporale tra decisioni passate, presenti e future.

In altre parole, quando diciamo che, in un dato ordinamento giuridico, esiste un precedente che controlla la decisione D_1 nel caso C_1 , e intendiamo un *precedente in senso stretto*, quello che vogliamo dire è che esiste (almeno) una decisione giudiziale nel passato, il cui argomento esemplifica una struttura duplice di obiettivi: obiettivi diretti, o immediati, orientati alla risoluzione del caso specifico C_0 ; e obiettivi indiretti, o remoti, legati agli effetti della risoluzione del caso C_0 per la risoluzione della classe di casi C_1 , C_2 , C_n . Ci impegnano altresì a dire che tali effetti ulteriori sono causati dalla modifica delle propensioni, inclinazioni, preferenze dei giudici, determinata a sua volta dalla modifica della variabile *stock* nella loro funzione di utilità.

Fred Schauer aveva già segnalato una distinzione molto simile⁴:

An argument from precedent seems at first to look backward. The traditional perspective on precedent [...] has therefore focused on the use of yesterday's precedents in today's decisions. But in an equally if not more important way, an argument from precedent looks forward as well, asking us to view today's decision as a precedent for tomorrow's decisionmakers. Today is not only yesterday's tomorrow; it is also tomorrow's yesterday.

4. Sanzioni, disaccordi teorici e normatività del precedente: i vantaggi di una distinzione

Cosa guadagna la filosofia del diritto, o in generale la scienza giuridica dall'introdurre la distinzione in parola? In questa sezione discuto tre possibili contributi della ricostruzione proposta dei significati di pre-

⁴ F. SCHAUER, *Precedent*, in *Stan. L. Rev.*, 39, 1987, 572-73.

cedente, in relazione ad alcune versioni del positivismo giuridico contemporaneo, e a tre perplessità teoriche che quest'ultimo ha generato.

La scelta del positivismo giuridico come teoria di partenza non si deve (solamente) alle mie preferenze teoriche in senso stretto (sicuramente positiviste), quanto a ragioni di efficienza argomentativa. L'impressione è che non sia difficile trovare autori, in senso lato positivisti, che possano condividere e supportare almeno l'intuizione teorica di base del mio argomento – l'idea, cioè, che il concetto di precedente, come qualunque altro obbligo giuridico, possa essere efficacemente concepito come una forma particolare di preferenza, attitudine, o propensione giudiziale a conformarsi al passato. Se, viceversa, anche partendo da una ontologia sociale tanto austera è possibile aiutare il positivismo giuridico a dissolvere (se non a risolvere completamente) alcune perplessità legate alla sua spiegazione della pratica del precedente, il peso della distinzione tra i due significati di precedente dovrebbe uscirne rafforzato.

Le prossime sezioni si concentreranno, in particolare, su tre perplessità: 5), l'(asserita) incapacità di una concezione riduzionista della norma giuridica di dar conto dell'esistenza di obblighi giudiziali di seguire i precedenti; 6), l'(asserita) incapacità di una concezione convenzionalista di dar conto dell'esistenza di disaccordi teorici genuini; 7), 8), e 9), l'(asserita) incapacità di una concezione positivista del diritto di dar conto della normatività dei precedenti.

5. Precedente, validità e forza gravitazionale del passato

Il positivismo giuridico di fine Ottocento tendeva a ridurre le condizioni di esistenza di un obbligo giuridico alla probabilità di incorrere in una sanzione in caso di mancato adempimento. Al netto di alcuni vantaggi teorici, e pratici (come la significativa demistificazione del linguaggio giuridico intriso di metafisica, tra gli altri), la riduzione in parola comporta alcuni svantaggi. Tra questi, la difficoltà di spiegare, e ricostruire teoricamente, in che cosa (mai) possa consistere l'obbligo giudiziale alla conformità con il/i precedente/i. Se un obbligo giuridico esiste se e solo se è prevista una sanzione in caso di inadempimento, non è chiaro il senso in cui un giudice (specialmente se incardinato in

una Corte di ordine superiore) è obbligato a seguire il precedente rilevante per quel caso, data l'assenza di una sanzione in caso di decisione difforme⁵. Così Duxbury⁶:

[...T]he difficulty which *stare decisis* posed for classical legal positivism was very specific. Though a decision of a court must (unless successfully appealed) be accepted by litigants, and though it may establish a precedent which is more generally binding on the citizenry, it is not immediately clear what it means to say – even though we often do say – that the decision binds future courts. [...F]or what does it mean to say that precedents bind? The answer seems to be that precedents bind because judges consider themselves to be bound by them or at least bound to take account of them. Yet if precedents bind, must there not be an identifiable sanction applicable to a judge who refuses to respect *stare decisis*?

Di più: la concezione in parola di obbligo giuridico renderebbe ancora più oscura la ricostruzione della c.d. forza gravitazionale dei precedenti – la circostanza, cioè, che anche nei casi di superamento del precedente rilevante, i giudici argomentano esplicitamente i motivi di tale superamento, li qualificano come giuridici e, quindi, la decisione attuale risulta in ogni caso, se non vincolata, almeno influenzata dalle decisioni passate e, quindi, non completamente libera. I giudici, si dice, non possono perseguire obiettivi di *policy* scelti liberamente, anche quando possono legittimamente discostarsi dai precedenti passati. Così Dworkin, in *Hard Cases*⁷:

[...W]hen a precedent does have enactment force, its influence on later cases is not taken to be limited to that force. Judges and lawyers do not think that the force of precedents is exhausted, as a statute would be, by the linguistic limits of some particular phrase. [...An] earlier decision

⁵ La versione divenuta canonica di questa critica è costruita a partire dagli argomenti di Hart nel capitolo 4 del *Concetto di diritto*; v. H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961. Per una ricostruzione recente, e direttamente rilevante per la distinzione proposta in queste pagine, v. J. GARDNER, *Some types of law*, in D. EDLIN (a cura di), *Common Law Theory*, New York, 2007, spec. la terza sezione.

⁶ N. DUXBURY, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge, 2008, 16.

⁷ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, 113.

exerts a gravitational force on later decisions even when these later decisions lie outside its particular orbit.

Com'è possibile tutto ciò? La distinzione tra precedente in senso stretto e precedente in senso ampio qui discussa, lungi dal fornire una teoria generale attorno all'origine di tali fenomeni è però in grado di darne una interpretazione formale.

I giudici potrebbero, per esempio, sentirsi obbligati a seguire il precedente perché vogliono minimizzare il loro sforzo cognitivo nel produrre argomenti, e, quindi, potrebbero imitare gli argomenti dei giudici nel passato per risparmiare tempo e fatica intellettuale. Oppure, i giudici potrebbero sentirsi obbligati perché potrebbero essere preoccupati della loro reputazione nel loro stesso gruppo sociale di riferimento (per esempio, altri giudici e avvocati) e, quindi, interpretare gli argomenti dei giudici nel passato come *indizio* di cosa costituisca un buon argomento – il genere di argomento, cioè, che suscita approvazione e rispetto da parte dei propri colleghi. O, ancora, i giudici potrebbero essere preoccupati della credibilità delle loro decisioni (e delle relative sanzioni che comminano attraverso di esse) nel *futuro* e rinunciare a perseguire, *ora*, qualche obiettivo di *policy* che appare loro soggettivamente desiderabile, appiattendosi alla decisione passata rilevante, per assicurarsi che le proprie decisioni *future* possano essere relativamente più efficaci.

Stabilire quale tra queste variabili (minimizzare lo sforzo cognitivo, accumulare e proteggere la propria reputazione, o la propria credibilità) possa avere maggiore efficacia esplicativa dell'origine e diffusione della pratica del precedente (o se ve ne sono altre migliori) va ben oltre i limiti di questo lavoro⁸. Il punto importante, però, è che tanto reputazione, come imitazione per risparmio intellettuale e credibilità, suggeriscono un modello di comportamento giudiziale in cui deve essere inserita una variabile *stock*, il cui mantenimento, accumulo e deprezzamento nel tempo influisce sulle scelte attuali del giudice. Tale modello sarebbe costretto a riconoscere e rappresentare, quindi, l'esistenza di com-

⁸ Si noti come queste variabili appaiano nella maggior parte delle nove teorie sul comportamento giudiziale analizzate dal giudice Posner nel primo capitolo di *How Judges Think*, Cambridge, 2008.

plementarità intertemporali tra decisioni giudiziali passate, presenti e future – cioè sarebbe costretto a riconoscere l'esistenza di precedenti in senso ampio.

Per dare conto della c.d. forza gravitazionale dei precedenti, a questo punto, basta aggiungere la nozione di precedente in senso stretto. *Data* l'esistenza di complementarità intertemporali, l'emersione di un caso di prima impressione, per esempio, che rende instabile la funzione di utilità che il giudice sta cercando di massimizzare, non gli permette, in ogni caso, di decidere secondo il proprio senso di giustizia, o perseguendo qualche obiettivo di *policy*, libero da qualunque influenza delle decisioni passate.

Al contrario, se tale giudice, per esempio, rimane preoccupato per il suo sforzo cognitivo *futuro*, o la propria reputazione, o la propria credibilità, ecc. dovrà decidere *ora*, considerando, anche, gli effetti della sua decisione sul proprio *stock* (cognitivo, reputazionale, di credibilità) attuale, e la dinamica del suo mantenimento, accumulo e deprezzamento futuro – insomma, dovrà attribuire una qualche “forza gravitazionale” allo *stock* di decisioni passate anche se non intende, perché *non può*, replicare pedissequamente una specifica decisione nel presente.

Insomma, anche accettando il positivismo giuridico di fine Ottocento, e, quindi, accettando la riduzione dell'esistenza di un obbligo giuridico all'esistenza di una sanzione in caso di violazione, è possibile dar conto di almeno alcuni aspetti importanti della pratica del precedente, introducendo la distinzione tra precedente in senso stretto e in senso ampio. Detto altrimenti, e più specificamente: anche in un mondo in cui gli obblighi giuridici non sono altro che aspettative di sanzioni in caso di inadempimento possiamo riconoscere l'efficacia dei precedenti, e la loro c.d. forza gravitazionale. Tutto ciò che dobbiamo fare è distinguere tra precedente in senso ampio e precedente in senso stretto, e concepire i primi come complementarità intertemporali tra decisioni e i secondi come argomenti che mirano a modificare tali complementarità intertemporali⁹.

⁹ Si noti, inoltre, come la distinzione in parola permetta di accomodare due ulteriori perplessità attorno alla concezione positivista (almeno nella versione imperativista) degli obblighi giuridici, in relazione all'obbligo giudiziale di seguire il precedente: l'asserita incapacità della concezione positivista (nella versione imperativista), da un lato,

6. *Precedente, convenzioni e disaccordi teorici*

Una versione del positivismo giuridico emersa nel secondo dopoguerra ha esplicitamente abbandonato la concezione riduzionista dell'obbligo giuridico, sostituendola con una concezione c.d. convenzionalista¹⁰. Il fondamento dell'esistenza di obblighi giuridici non starebbe, secondo questa riformulazione, nell'esistenza di sanzioni, ma piuttosto nell'esistenza di pratiche sociali convergenti tra i pubblici ufficiali, che

di spiegare gli effetti non intenzionali derivanti dalla creazione giudiziale del diritto (cfr., seguendo percorsi argomentativi molto diversi, M. BARBERIS, *Possono governare, le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in G. PINO, V. VILLA (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016 e J. GARDNER, *Some type of law*, cit., sez. 3) e, dall'altro, di spiegare la c.d. dimensione istituzionale del precedente (su cui cfr., per esempio, M. TARUFFO, *The Institutional Dimension of Precedent*, in N. MACCORMICK, R. SUMMERS (a cura di), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, London, 2016). Gli effetti del precedente in senso ampio sono causali: quindi non sono necessariamente effetti intenzionali, né oggetto di cognizione esplicita da parte del giudice del caso successivo. Tali effetti possono però essere mediati da variabili istituzionali, o di contesto (o, quantomeno, nulla esclude la rappresentazione di queste *ulteriori* variabili, se utili e predittive, nella funzione di utilità sommariamente descritta *supra*). Inoltre, considerata la difficoltà del calcolo, da parte del giudice del caso precedente, degli effetti *indiretti* della decisione attuale (sullo *stock* delle decisioni passate, e quindi sulle inclinazioni *future* dei giudici dei casi successivi), e tenendo conto dell'influenza (causale) del contesto istituzionale sulla stessa capacità del giudice del caso precedente di svolgere accuratamente tale calcolo, *anche* il precedente in senso stretto è probabile che produca effetti non completamente voluti dallo stesso giudice che lo crea: quindi, nulla esclude che il precedente in senso stretto (pur essendo il risultato di una attività intenzionale) possa produrre *anche* effetti non intenzionali e che *anche* tali effetti siano mediati da variabili istituzionali.

¹⁰ Si tratta, come noto, di una particolare interpretazione della regola di riconoscimento hartiana. Per questo filone dell'interpretazione positivista, cfr., fra i molti, G. POSTEMA, *Coordination and Convention at the Foundations of Law*, in *Journal of Legal Studies* 11, 1982, 185; J. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, in *Journal of Legal Studies* 11, 1982, 139 e A. MARMOR, *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton, 2009. Per una critica a questa interpretazione (sostanzialmente diversa da quella discussa nel testo), cfr. B. CELANO, *Pre-conventions*, in *Revus*, 30, 2016, 9-32. Mi pare, ma non offro argomenti sufficienti in questo articolo, che il concetto di pre-convenzione proposto da Celano possa essere ricostruito proprio a partire dal concetto di complementarità intertemporale qui discusso, e alla base della distinzione tra precedente in senso ampio e precedente in senso stretto.

riconoscono criteri comuni e convergenti di legalità. Questa soluzione, tra le molte altre cose, rende immediatamente più facile la ricostruzione del vincolo giuridico del precedente: la giuridicità e obbligatorietà di tale vincolo dipenderebbe dalla circostanza che i pubblici ufficiali abbiano adottato una pratica di riconoscimento degli obblighi giuridici che attribuisce validità alle decisioni giuridiche del passato, come criteri vincolanti di decisione nel presente.

Anche questa ricostruzione ha però suscitato notevoli perplessità ed è stata oggetto di numerose critiche. Per quel che interessa qui, le critiche più rilevanti si sono concentrate attorno al carattere, e quindi alla natura di tali convenzioni e, più in particolare, rispetto all'esistenza di c.d. *disaccordi teorici genuini*. Se l'esistenza di un obbligo giuridico dipende dall'esistenza di una convenzione, cioè di un accordo, tra pubblici ufficiali, com'è possibile spiegare il fatto che gli stessi pubblici ufficiali, e in particolare i giudici (spesso, talvolta, o anche solo in alcuni casi isolati) appaiano in disaccordo tra loro, attorno a come decidere casi giudiziari specifici? E, ancora, com'è possibile spiegare il fatto che tali disaccordi vengono qualificati e percepiti come disaccordi *giuridici*, e non meramente politici, o ideologici?

Se il fondamento della legalità fosse davvero un accordo, l'esistenza di disaccordi (e quindi l'assenza di un accordo) dovrebbe escludere la legalità delle posizioni alternative. Ma non è così che i pubblici ufficiali sembrano percepire i loro disaccordi, che sono invece argumentati come divergenze attorno al *vero diritto*¹¹. Una classe importante di questi disaccordi coinvolge, precisamente, diverse interpretazioni di uno stesso precedente, la giuridicità degli elementi argomentativi che lo giustificano, la sua estendibilità a casi simili, o la sua limitazione a casi diversi, nonché lo stesso giudizio attorno alla somiglianza e diversità delle fattispecie concrete oggetto di giudizio. Così Dworkin, in *Law's Empire*¹²:

¹¹ Per una ricostruzione molto più precisa di questo dibattito, cfr. i testi collezionati in P. LUQUE SANCHEZ, G.B. RATTI (a cura di), *Acordes y desacuerdos: Cómo y por qué los juristas discrepan*, Madrid, 2012.

¹² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, 1986, 118 e 122.

Conventionalism protects the authority of convention by insisting that conventional practices establish the end as well as the beginning of the past's power over the present. It insists that the past yields no rights tenable in court, except as these are made uncontroversial by what everyone knows and expects. If convention is silent there is no law, and the force of that negative claim is exactly that judges should not then pretend that their decisions flow in some other way from what has already been decided. [...] Judicial disagreement presents an immediate and obvious problem for conventionalism. It shows that something more must be said about what a convention is, about how much and what kind of agreement is necessary in order that a particular proposition of law can be true in virtue of a particular legal convention.

Anche in questo caso, la distinzione tra precedente in senso stretto e precedente in senso ampio è in grado di fornire alcuni contributi di particolare interesse teorico.

Primo, perché il concetto di complementarità intertemporale è in grado di fornire una interpretazione perspicace di cosa voglia dire *condividere* una pratica. Una collezione di individui condivide una pratica quando condivide una complementarità intertemporale simile – cioè, quando un insieme di scelte o comportamenti nel passato hanno un effetto simile sulle propensioni, attitudini, o inclinazioni presenti. Una collezione di individui condivide, inoltre, una pratica *sociale*, quando la condivisione di tale complementarità intertemporale, costituisce una risorsa per il loro comportamento individuale. Formalmente, ciò può essere facilmente rappresentato incorporando nelle rispettive funzioni di utilità una variabile *stock* che include una misura delle propensioni, inclinazioni, attitudini degli *altri* – cioè, quando la variabile *stock* include una misura di quello che gli economisti chiamano capitale sociale dell'agente.

Si noti, oltretutto, come questa semplice operazione aiuti a risolvere una nota ambiguità dell'interpretazione convenzionalista del fondamento degli obblighi giuridici. Com'è possibile, ci si chiede, che la condivisione di una pratica sociale fornisca a chi vi partecipa ragioni normativamente solide, se l'adempimento alla pratica da parte di *altre* persone costituisce una condizione *necessaria* per l'adempimento individuale? Un conto, si dice, sono gli accordi per *convenzione*, secondo i quali l'adempimento individuale è contingente all'adempimento altrui. Altra

cosa, si sostiene, sono gli accordi per *convinzione*, secondo i quali l'adempimento individuale *non* è contingente all'adempimento altrui. In entrambi i casi, possiamo osservare un comportamento convergente. Ma, si dice, gli obblighi giuridici, e in particolare l'obbligo giudiziale di applicare il diritto valido, va incluso nella seconda classe, e non nella prima.

Un vantaggio dell'interpretazione della condivisione di una pratica sociale come condivisione di una complementarità intertemporale è che permette di distinguere facilmente tra accordi per convenzione e accordi per convinzione, e, quindi, se così pare, di includere gli obblighi giuridici nella seconda classe di casi. La formazione di una complementarità intertemporale che dipende dall'esistenza di una variabile *stock* che include una misura del capitale sociale è influenzata causalmente dal comportamento degli altri. Ciò non significa, però, che *qualunque* deviazione sociale dal comportamento oggetto della relativa pratica spinga il soggetto a modificare simmetricamente il proprio comportamento. Anzi, il soggetto potrebbe rispondere alla deviazione sociale provando a *rinforzare* il proprio comportamento. Ciò dipenderà, in generale, dalle condizioni di stabilità della relativa funzione di utilità e, corrispondentemente, dal genere e dall'intensità dello *shock* causato dalla deviazione sociale al capitale sociale del soggetto e, quindi, dalla capacità del soggetto di formulare una strategia per stabilizzare la sua funzione di utilità *futura*. Si noti come la presentazione di Ronald Dworkin della distinzione, in *The Model of Rules II*, tra *conventional* e *concurrent morality*, sottovaluti precisamente la differenza tra influenza sociale come *causa* della formazione di una complementarità intertemporale, e influenza sociale come elemento necessario della sua *stabilità* nel tempo¹³:

[...N]otice the important distinction between two kinds of social morality, which might be called *concurrent* and *conventional morality*. A community displays a concurrent morality when its members are agreed in asserting the same, or much the same, normative rule, but they do not count the fact of that agreement as an essential part of their grounds for asserting that rule. It displays a conventional morality when they do.

¹³ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, cit., 53.

Secondo, il concetto di precedente in senso stretto permette di interpretare i (o un sottoinsieme almeno di) disaccordi teorici come disaccordi attorno ai probabili effetti della decisione attuale rispetto alle decisioni future. Data la difficoltà di stimare tali effetti, la diffusione di disaccordi genuini tra giudici appare almeno probabile. E si noti, questa interpretazione è in grado di includere tanto i c.d. disaccordi sulle fonti, come i c.d. disaccordi sui canoni di interpretazione del materiale giuridico, dove i primi sono disaccordi attorno a ciò che deve costituire il contenuto rilevante dello *stock*, mentre i secondi sono disaccordi sulle modalità di accumulo, mantenimento o deprezzamento dello stesso *stock*.

Terzo, e ultimo, si noti come tali disaccordi presuppongano, in ogni caso, il riconoscimento dell'esistenza di complementarità intertemporali tra decisioni giudiziali (e quindi l'esistenza di una pratica sociale comune), ma non presuppongano, invece, l'esistenza di *una* e *una sola risposta corretta*. Se non vi fossero complementarità intertemporali, non avrebbe ovviamente senso litigare attorno ai possibili effetti della decisione attuale per le decisioni future. Ma ciò non vuol dire che debba necessariamente esistere *una* e *una sola* decisione corretta. Ciò dipenderà, ancora una volta, dalle condizioni di stabilità della funzione di utilità che il giudice sta cercando di massimizzare, dal tipo di *shock* allo *stock* rilevante, che, inibendo la risposta comune, ha generato la necessità di stimare l'effetto della decisione attuale per le decisioni future e, quindi, ha generato il disaccordo. Date tutte queste condizioni, non è per nulla scontato che esista, sempre e comunque, *una* e *una sola* risposta in grado di stabilizzare nuovamente la funzione di utilità.

7. *Precedente e normatività*

Ma, si dirà, per il momento abbiamo solamente prodotto argomenti che aiutano due versioni del positivismo giuridico a risolvere alcune perplessità teoriche attorno alla loro ricostruzione della pratica del precedente. Non si è detto ancora niente, tuttavia, in relazione alla difficoltà teorica principale di entrambi: una ricostruzione attendibile della normatività della pratica del precedente – una giustificazione normati-

va, cioè, del perché è una buona idea che il giudice attuale *debba* essere vincolato a ciò che altri giudici, o lui stesso, hanno fatto nel passato.

Il possibile contributo della distinzione tra precedente in senso ampio e precedente in senso stretto consiste in questo caso in due argomenti politici che attribuiscono importanza normativa alla pratica del precedente. Come vedremo, questi argomenti politici condividono tre caratteristiche che li rendono particolarmente utili. Da un lato, sono abbastanza generici da essere compatibili con teorie politiche molto diverse, ma anche abbastanza specifici da offrire sufficiente pane filosofico per denti normativi. Dall'altro lato, entrambi questi argomenti sono sufficientemente riconosciuti dalla tradizione filosofica da non apparire, credo, radicalmente rivoluzionari o particolarmente pericolosi. Entrambe queste caratteristiche dovrebbero aiutare a conferire credibilità alla distinzione tra precedente in senso stretto e precedente in senso ampio, che è l'obiettivo principale di questo saggio¹⁴.

Infine, entrambi questi argomenti offrono, come si usa dire, ragioni *pro tanto*, e indipendenti dal contenuto. Sull'importanza di questa caratteristica, si veda Schauer¹⁵:

It is the source or status of a precedent that gives it its authority – that provides the reason for a decision – rather than the content of the precedent or the content or persuasiveness of the reasoning it incorporates. For just this reason, the force of precedent is most apparent when the decision maker in the present case – the instant case – disagrees with the result reached in the previous case – the precedent case. [...]. In such instances, it is most obvious that the decision maker is under an obligation to follow the precedent because of its source or status, and just because of that source or status, even if the decision maker in the

¹⁴ Sorprendentemente, però, nessuno di questi due argomenti appare nelle ricostruzioni più influenti della normatività del precedente. Cfr., per esempio, M. MOORE, *Precedent, Induction, and Ethical Generalization*, in L. GOLDSTEIN (a cura di), *Precedent in Law*, Oxford, 1987, 183-216; A. MARMOR, *Should Like Cases Be Treated Alike?*, in *Legal Theory*, 11, 2005, 27-38; J. WALDRON, *Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach*, in *Mich. L. Rev.* 1, 31, 2012.

¹⁵ F. SCHAUER, *Precedent*, 2011, disponibile alla pagina https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1836384. Per una discussione su questo punto, cfr., tra molti, L. ALEXANDER, *Constrained by Precedent*, in *S. Cal. L. Rev.* 1, 1989, 26 e D. LYONS, *Formal Justice and Judicial Precedent*, in *Vand. L. Rev.* 495, 1985.

instant case believes that the decision in the precedent case was mistaken. [...] Although the force of a norm of precedent is thus most apparent when it compels a decision maker to do what she would not otherwise have done, it is still important to note that the content-independent reasons supplied by a precedent need not be conclusive. A decision maker in the instant case who accepts the obligations of precedent and thus accepts that precedents supply content-independent reasons for decisions, may nevertheless believe that other reasons – legal, moral or prudential, for example – may outweigh the reasons supplied by the content-independent status of the precedent.

8. *Precedente, continuità istituzionale e competizione politica*

Il primo argomento è il meno originale: il riconoscimento esplicito da parte dei giudici dell'esistenza di complementarità intertemporali tra decisioni aiuta gli stessi giudici a svolgere una funzione di garanzia della continuità istituzionale, minimizzando i rischi della competizione politica¹⁶.

Per cogliere questo argomento non serve andare molto oltre la famosa sentenza del caso *Marbury c. Madison*¹⁷ che al principio del diciannovesimo secolo ha istituito la c.d. *judicial review of legislation* negli Stati Uniti d'America – cioè ha attribuito ai giudici federali il potere di annullare o invalidare la legislazione ordinaria in violazione della Costituzione federale.

William Marbury, il ricorrente nel procedimento, si ricorderà, era stato nominato giudice di pace dal presidente uscente John Adams, ma la sua nomina, confermata dal Senato degli Stati Uniti, non era stata ancora “consegnata” al momento dell'insediamento del nuovo presidente (Thomas Jefferson), oppositore politico di Adams, e dal nuovo segretario di stato, James Madison. Il rifiuto di quest'ultimo, su probabile indicazione di Jefferson (ovviamente interessato a frustrare l'intenzione di Adams di nominare giudici a lui favorevoli) di consegnare la nomi-

¹⁶ Per una classica ricostruzione del ruolo (politico) delle corti nelle transizioni democratiche attraverso un modello di gioco assicurativo, cfr. T. GINSBURG, *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*, Cambridge, 2003.

¹⁷ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137, (1803).

na, spinge Marbury ad adire le vie legali, e il caso arriva alla Corte suprema Federale.

Come è noto, il giudice Marshall, presidente della Corte Suprema, nominato da Jefferson (ma previamente Segretario di Stato, nominato da Adams, e che in tale veste non riuscì a consegnare la nomina di Marbury in tempo) stabilisce che il rifiuto di Madison di consegnare la nomina sia illecito (perché la nomina rimane giuridicamente valida anche in assenza di consegna), ma si rifiuta lui stesso di ordinare a Madison di effettuare la consegna, perché annulla la legge (ordinaria) che definiva la competenza della Corte Suprema in materia, in quanto contraria alla Costituzione. Si tratta della prima decisione, quindi, che stabilisce il principio secondo il quale la Corte Suprema ha il potere di annullare leggi ordinarie in contrasto con la Costituzione.

Ma perché i parlamentari di Washington e, soprattutto, il presidente Jefferson finiscono per accettare una sentenza che riduce significativamente il loro potere, tanto in assoluto, come relativamente al potere della Corte Suprema? Il genio politico di Marshall consiste precisamente in questo: innanzitutto, la sua decisione spinge Jefferson ad accettare una significativa riduzione del proprio potere, e, dal punto di vista del merito giuridico, lo costringe ad accettare una decisione che gli dà torto, perché in questo modo Jefferson ottiene quello che vuole, almeno nell'immediato – cioè bloccare, per il momento, la nomina di Marbury a giudice di pace. E poi perché *se* esistono complementarità intertemporali tra decisioni giuridiche, l'adempimento di Jefferson *ora* aumenta la probabilità che giudici e presidenti *futuri* (in ipotesi, anche appartenenti ad altri partiti) adempiano alle decisioni della Corte Suprema. Il riconoscimento esplicito di complementarità intertemporali aiuta le corti a svolgere una funzione di garanzia della continuità istituzionale rispetto ai rischi della competizione politica, perché fornisce un incentivo al governo in carica, e agli altri pubblici ufficiali nominati da quest'ultimo, ad accettare decisioni che vanno *contro* (almeno parzialmente) i propri interessi, o che limitano altrimenti il loro potere, come strumento per controllare (almeno parzialmente) il comportamento dei loro avversari politici *nel futuro*.

Insomma, secondo questa interpretazione di *Marbury c. Madison* l'esistenza di complementarità intertemporali tra decisioni giuridiche

aiuta a bilanciare continuità istituzionale e competizione politica (e, quindi, tutela il pluralismo nelle alternative di governo), perché riduce i rischi collegati alla sconfitta elettorale. Ciò val quanto dire che l'esistenza di complementarità intertemporali tra decisioni aiuta le corti a garantire che la sconfitta elettorale *non* coincida con la perdita di *ogni* potere e, quindi, al minimo, riduce i disincentivi ad accettare la competizione politica (da parte di chi detiene attualmente il potere di governo).

Si noti una conseguenza all'apparenza paradossale, ma coerente, di questo argomento. L'esistenza di complementarità intertemporali tra decisioni certifica l'osservazione che i giudici creino diritto, o comunque contribuiscano alla sua creazione. Se esistono complementarità intertemporali tra decisioni, qualunque decisione giudiziale ha effetti in senso lato creativi, perché qualunque decisione è in grado di rafforzare, mantenere o ridurre le complementarità intertemporali tra decisioni. Ma, a differenza dell'interpretazione più comune, il potere di creazione giudiziale del diritto *non* corrisponde a un potere discrezionale. Al contrario, l'attribuzione di tale potere costituisce un *vincolo* per l'attività giudiziale, perché i giudici sono costretti a considerare gli effetti delle loro decisioni per le decisioni futuri – un vincolo tanto più importante, laddove si considerino le difficoltà, tecnico-istituzionali, se non concettuali (come volevano invece i positivisti di fine Ottocento) della determinazione di sanzioni efficaci per l'adempimento degli obblighi giudiziali.

8. *Precedente e sperimentazione istituzionale*

Il secondo argomento è più originale, ma meno innovativo di quanto possa apparire a prima vista (e certamente non si tratta di un argomento rivoluzionario). Il riconoscimento di complementarità intertemporali tra decisioni aiuta le corti a garantire l'accettabilità sperimentale delle loro decisioni, perché garantisce che gli stessi casi giudiziali possano funzionare come esperimenti pubblici attorno alla desiderabilità delle norme giuridiche. In altre parole, il riconoscimento esplicito di comple-

mentarità intertemporali tra decisioni giudiziali aiuta la deliberazione pubblica a identificare e correggere gli errori dell'autorità politica¹⁸.

Come? Per cominciare, si noti come un comportamento orientato alla sperimentazione pratica intelligente, nel diritto e altrove, replichi la struttura duplice degli obiettivi che abbiamo evidenziato nella presentazione del concetto di precedente in senso stretto. In una scelta orientata a un esperimento pratico, l'agente formula innanzitutto obiettivi diretti, o immediati, e che hanno a che fare con la produzione di informazioni attorno agli effetti delle proprie scelte. Ma lo stesso agente formula anche obiettivi più indiretti, o più remoti, che hanno a che fare con la possibile modifica futura delle proprie valutazioni, in base a tali informazioni prodotte.

Si noti, poi, come condizione necessaria perché *qualunque* esperimento pratico sia affidabile e replicabile, specialmente quando l'esperimento richiede il coordinamento di più persone, è che esistano protocolli comuni di sperimentazione, che devono essere seguiti da soggetti diversi. Possiamo imputare effetti causali alle nostre scelte, perché consideriamo affidabili le informazioni prodotte in un esperimento nel passato, e i suoi risultati replicabili, se e solo se possiamo facilmente identificare i criteri di scelta che abbiamo usato, e controllare il loro mantenimento, o la loro variazione, in classi di casi e situazioni diverse.

Ciò significa che l'obbligo giudiziale di seguire cosa si è deciso nel passato *per il solo fatto che nel passato si è deciso in un certo modo*, e anche quando vi sono buone ragioni per ritenere errata la decisione nel passato (come voleva Fred Schauer, nella citazione *supra*), può essere razionalizzato come una *strategia* coordinata per l'imputazione causale di effetti alle decisioni giudiziali, garantendo l'affidabilità delle informazioni che tali decisioni producono, e la replicabilità dei loro risultati.

Si noti: affidabilità e replicabilità dell'esperimento sono condizioni necessarie della sua accettabilità, e con ciò forniscono ragioni *pro tanto* per obbligare i giudici a seguire i precedenti – e cioè per riconoscere esplicitamente complementarità intertemporali tra le loro decisioni. Non sono certamente condizioni sufficienti, però. Una domanda crucia-

¹⁸ Cfr. M. SEGATTI, *Norme, abitudini, e metodo sperimentale. Una rilettura di Logical Method and Law di John Dewey*, in *Ragion Pratica*, 63, 2024, 509-531, per una discussione delle origini pragmatiste di questo argomento.

le, ma che devo lasciare per una futura investigazione, è se i metodi argomentativi più tradizionali associati al superamento dei precedenti possano essere ricostruiti come argomenti che negano l'accettabilità sperimentale di una norma giuridica¹⁹ – cioè, se tali argomenti possano essere ricostruiti come un precedente in senso stretto²⁰.

9. Conclusioni

Questo articolo ha introdotto una distinzione tra due significati di *precedente* (precedente in senso ampio, e precedente in senso stretto)

¹⁹ Cfr., per esempio, gli argomenti (ispirati, con critiche e differenze significative, dal pensiero di Edmund Burke), di D. STRAUSS, *Common Law Constitutional Interpretation*, in *University of Chicago Law Review*, 63, 1996, 3. Per una discussione delle analogie e differenze tra gli argomenti di Strauss e gli argomenti di Edmund Burke, cfr. M. NUSSBAUM, *Legal Reasoning*, in J. TASIIOULAS (a cura di), *The Cambridge Companion to the Philosophy of Law. Cambridge Companions to Law*, Cambridge, 2020, 59-77. La giustificazione del valore del tradizionalismo, e, quindi, l'identificazione delle circostanze che suggeriscono il suo superamento attraverso quello che Strauss chiama "metodo di *Common Law*" può essere efficacemente tradotta, credo, nel vocabolario "sperimentalista" qui proposto: secondo Strauss (e Nussbaum), possiamo attribuire valore a una tradizione, *grosso modo*, nella misura in cui abbiamo buone ragioni per credere che tale tradizione si sia formata attraverso l'acquisizione intelligente (e tendenzialmente completa) delle informazioni prodotte dalla sua applicazione – è ragionevole attribuire valore a una tradizione, cioè, se abbiamo ragioni per credere che la sua applicazione passata abbia funzionato, e la sua applicazione presente e futura possano ancora funzionare, come esperimenti accettabili attorno alla sua desiderabilità.

²⁰ Ed è proprio per questa via, credo, che si può ricostruire, almeno in parte, la complicata relazione tra analogia e precedente, e tra precedente e "modello esemplare": la forza normativa del precedente non dipende, *solo*, dalla forza normativa dell'analogia identificata tra i casi (perché un argomento basato su di una analogia è diverso da un argomento basato su di un precedente; sul punto, cfr. G. TUZET, *Precedente y analogia*, in A. MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, Ciudad de Mexico, 2023, 103), o dall'esemplarità della decisione passata (come vuole invece, ma non è chiarissimo, Amalia Amaya, cfr. A. AMAYA NAVARRO, *Precedente, ejemplaridad e imitación*, in A. MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, *Teoría y práctica del precedente judicial en Iberoamérica*, cit., 1). I giudici hanno buone ragioni per seguire i precedenti perché in questo modo possono seguire una strategia comune per valutare sperimentalmente la forza normativa delle somiglianze e differenze tra casi giuridici.

utilizzando due strumenti teorici dell'approccio economico allo studio del comportamento umano. Un precedente in senso ampio, si è detto, è un effetto (causale) dello *stock* delle decisioni passate sulle inclinazioni (o attitudini, o propensioni o inclinazioni) di un giudice attuale – cioè una complementarità intertemporale tra decisioni giudiziali in una data giurisdizione. Un precedente in senso stretto, si è detto invece, è un argomento di una specifica decisione giudiziale, dotato di una struttura particolare: il giudice decide ora, in virtù degli effetti della sua decisione rispetto allo *stock* di decisioni giudiziali passate, con l'obiettivo di modificare le inclinazioni (o attitudini, o propensioni o *hunches*) dei giudici nel *futuro* – un argomento giudiziale, quindi, che modifica in modo endogeno complementarità intertemporali tra decisioni.

Lungi dal fornire una teoria anche solo approssimativa della pratica del precedente, l'articolo ha cercato di mostrare come la ricostruzione proposta della distinzione tra due sensi di precedenti abbia un notevole potenziale esplicativo perché, pur partendo da presupposti teorici marcatamente positivisti, è grado di fornire una interpretazione della c.d. forza gravitazionale dei precedenti, dell'esistenza di disaccordi teorici ed è in grado di supportare due argomenti politici sulla normatività (indipendente dal contenuto, e *pro tanto*) della pratica del precedente.

ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO PENALE E CRIMINALITÀ ORGANIZZATA

Claudio D. Amorelli

1. Il rapporto tra i principi del diritto penale e gli scopi dell'analisi economica del diritto

L'analisi economica del diritto penale trova nel macro-ambito degli studi di analisi economica¹ un problema di compatibilità a livello di principi: se è vero che le critiche verso di essa sono facilmente superabili ragionando in punto di scopi dell'analisi economica del diritto², è anche vero che l'adozione di modelli previsionali necessita di agenti razionali determinabili entro cornici che potremmo definire – usando categorie prettamente penalistiche-criminologiche³.

La prevenzione generale come funzione della pena nel nucleo costituzionale-poliedrico si veicola in due forme: come promozione di valori (positiva) e come intimidazione (negativa)⁴. I presenti concetti si legano

¹ Intesa, secondo le definizioni di Guido Calabresi, come analisi di questioni giuridiche in termini economici, v. G. TUZET, *L'analisi economica come argomentazione giuridica*, in *Teoria Jurídica Contemporánea*, 3, 2, 2018, 109.

² S. SHAVELL, *Analisi economica del diritto*, Torino, 2004, 94, P. SILVESTRI, *Economia. Il codice giuridico del mondo*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, 404-405, B.H. BIX, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, ed. it. a cura di A. Porciello, Torino, 2016, 258-259. V. anche G. TUZET, *L'analisi economica come argomentazione giuridica*, cit., 119.

³ Cfr., nella specie in relazione alla criminalità economica, A. ALESSANDRI, S. SEMINARA, *Diritto penale commerciale*, vol. 1, *I principi generali*, Torino, 2018, 1-7 e in generale, in ordine alle scelte di politica criminale v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, a cura di M. Parodi Giusino, V. Militello, A. Spina, 35 ss.

⁴ V. ex multis R. BARTOLI, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, 2022, 23 ss., spec. 25-29.

alla costruzione del *nobile passato*⁵ dell'analisi economica del diritto penale.

I concetti di deterrenza della pena e di efficacia della norma si muovono su un piano di armonizzazione legata all'astrattezza dell'individuo (Scuola Classica di diritto penale, Montesquieu ma anche Beccaria), il rapporto individuo-società è concretizzato dall'assunto che la pena sia un costo per l'individuo, mentre il reato sia un costo per la società⁶.

Questo il contesto generale, in relazione al presente intervento il punto a cui dare rilevanza è il seguente: il rapporto tra i principi del diritto penale e gli scopi dell'analisi economica del diritto, da cui segue la rilevanza dell'imprevedibilità del risultato sanzionatorio alla luce dei principi penalistici letti entro la lente del costituzionalismo. Ciò rende la pena soggetta a una logica di valutazione non solo *ex ante* di politica-criminale ma soprattutto *ex post* di funzionalizzazione punitiva e di attualizzazione argomentativa *per* il processo e *durante* il processo. Contesto calato nella realtà del *tipo* criminale di riferimento, ossia la criminalità organizzata, nella sua dimensione organizzativa, *sub* statale ma ugualmente idonea a strutturare parametri di deterrenza, retribuzione e individualizzazione sanzionatoria per i suoi membri. La peculiarità distintiva tra c.d. apicali e c.d. subordinati nell'organizzazione e il rapporto di essi con la risposta sanzionatoria *anche* statale nella dimensione preventiva sono il parametro di ottimalità della pena nella logica di individualizzazione sanzionatoria e di opportunità punitiva.

2. Prevenzione generale ed efficienza sanzionatoria

Il paradigma contemporaneo per l'analisi economica del diritto penale proviene dal lavoro di G. Becker e dal suo saggio ben noto *Crime and Punishment: An Economic Approach*⁷. Da tale impostazione si de-

⁵ C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, in E. DOLCINI, C.E. PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci. 1: Teoria del diritto penale, criminologia e politica criminale*, Milano, 2006, 546 ss.

⁶ *Ibidem*.

⁷ G. BECKER, *Crime and Punishment: An Economic Approach*, in *Journal of Political Economy*, 76, 2, 1968, *passim*, spec. 251.

sume la necessità di un c.d. *budget criminelle*⁸ inteso come parametro economicamente razionale di margine di tollerabilità (quota efficiente) di reati commessi, ossia una valutabilità domanda-offerta della prevenzione e repressione dei reati in rapporto alla politica sociale di riferimento. Ad oggi, la complessità criminologica del paradigma organizzativo tiene fede a tali assunti: 1) l'amoralità dell'agente concreto e 2) l'arazionalità graduale del sistema penale che tiene fede alle pulsioni morali dei consociati⁹.

Ebbene, volendo rispondere all'interrogativo di fondo sulla capacità preventiva dell'EAL in rapporto a strutture complesse con logiche istituzionalmente riferibili, si dovrà calare questo budget criminale nella realtà dissociativa delle sanzioni interne dei c.d. subordinati.

Le considerazioni in punto di efficienza vengono svolte inizialmente dagli stessi responsabili dell'organizzazione criminale. Come noto, nel lessico fondamentale dell'EAL, il parametro della propensione al rischio è uno dei primi limiti sommatori della suddetta amoralità nel contesto di a-razionalità dell'agente¹⁰: e, infatti, il momento della *selezione* del compartecipe – specie nelle forme organizzative di tipo *mafioso* – importa una primaria condivisione di valori inerenti all'organizzazione, specie nel disprezzo per l'autorità statale e dei suoi *addentellati*¹¹. Questa primaria considerazione in punto di efficienza importa un susseguente punto di tensione con i principi del diritto penale (razionalità vs. equità). Il sistema di sanzioni interne all'organizzazione opera come funzione deterrente più e quasi unicamente rispetto alle sanzioni astrattamente previste dalla fattispecie penale: infatti lo Stato, nella sua distribuzione del bene negativo pena, deve necessariamente derogare al

⁸ Espressione mutuata dall'interpretazione di Paliero (*parafrasando* L.A.J. Quetelet) in C. E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 573.

⁹ *Ivi*, 577 ss.

¹⁰ Questo parametro è addirittura definito “funzione delle funzioni”: v. *ivi*, 572. Cfr. “a contrario” e in relazione ai temi e modelli “classici” dell'EAL S. ZORZETTO, *Rational, Reasonable and Nudged Man*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 19, 1, 2019.

¹¹ A. MANGIONE, “Law and economics” e diritto penale: paradigmi a confronto nell'analisi delle politiche di contrasto alla criminalità mafiosa, in A.M. MAUGERI (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, 214.

parametro di uguaglianza di trattamento per consentire un maggiore beneficio per i consociati.

Volendo essere più precisi¹², se l'agente selezionato ha maggiore attitudine al rischio sarà maggiormente indotto a rispondere al rischio di sanzione intrinseco (dell'organizzazione) rispetto a quello estrinseco (statale). Il piano di vantaggio dell'organizzazione nel complesso consta di una capacità di utilità maggiore, anche grazie alla prossimità all'offesa dell'agente (che quindi sarà più esposto alla sanzione penale statale perché il vantaggio da commissione del reato è maggiore dello svantaggio dal non commetterlo, ossia sanzioni riferibili al piano di condivisione dei valori – perdita di rispetto, di supporto familiare, di prospettive di crescita nell'organizzazione o addirittura la morte), mentre, invece, la sanzione estrinseca opera addirittura come esternalità positiva nella decisione di commissione del crimine¹³ in quanto il momento privativo della libertà personale: 1) è, nei gruppi criminali ad alta complessità, forma di criterio di “carriera criminale”¹⁴ e 2) la dimostrazione di fedeltà agli apicali consente un vantaggio nel gruppo familiare o sociale di riferimento. I rischi a cui gli apicali devono esporsi a questo punto sono i presenti: le forme di ribaltamento di utilità a cui lo Stato può ricorrere per distribuire il bene parallelo all'inflizione di pena – ossia, condizioni di vantaggio processuale¹⁵ paradigmaticamente riferibili al fenomeno del pentitismo¹⁶ da cui può derivare un crollo di struttura dell'organizzazione – e lo spostamento di prossimità all'offesa verso l'apicale.

¹² E assumendo un approccio “neoclassico” all'EAL, v. G. TUZET, *L'analisi economica come argomentazione giuridica*, cit., 115.

¹³ V. sulla peculiarità dell'elemento della “decisione” di commettere un reato nell'EAL applicata al diritto penale E. D'AGOSTINO, G. SOBBRIO, *Introduzione all'analisi economica del diritto*, Torino, 2020, 137-138.

¹⁴ Nel senso critico derivato da Franco Bricola v. F. BRICOLA, *Le misure alternative alla pena nel quadro di una «nuova» politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1, 1977, ora in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Milano, 1997, 1147 ss.

¹⁵ Cfr. sul tema delle sanzioni positive G. TUZET, *L'analisi economica come argomentazione giuridica*, cit., 104-105.

¹⁶ Cfr. a proposito di vantaggi processuali *lato sensu* confessori E. D'AGOSTINO, G. SOBBRIO, *op. cit.*, 142.

Inoltre, il paradigma del funzionalismo punitivo, secondo cui la legittimità costituzionale della pena si fonda sulla sua capacità di rispondere a una pluralità di funzioni, implica che l'assenza di una giustificazione sanzionatoria adeguata comporti, in concreto, la non punibilità¹⁷ dell'agente. Tuttavia, tale modello genera un margine di imprevedibilità, in quanto l'esito dipende in larga misura dalla discrezionalità interpretativa del giudice e dalla capacità argomentativa della difesa. L'esito processuale, infatti, potrebbe essere condizionato dalla capacità difensiva del rappresentante in giudizio in grado di valorizzare l'inidoneità punitiva dell'agente (attraverso scusanti, cause di non punibilità), tenendo fede alla permeanza del valore dell'organizzazione e dello spostamento sanzionatorio su un piano inter individuale. La riforma impressa di recente nel settore della liberazione condizionale¹⁸ si dirige verso questa direzione tenendo in considerazione concreta possibilità che il timore di sanzione intrinseca elimini o attenui la capacità di autodeterminazione del soggetto-imputato che non condivida il valore in sé ma sia solo spinto dall'assenza di possibilità ulteriori.

Questo rischio "assolutorio"¹⁹ sposta il piano di ottimizzazione verso un'indeterminatezza prasseologica che riduce la capacità valutativa dell'apicale "decisore" dell'agente prossimo all'offesa; lo Stato nel di-

¹⁷ In senso a-tecnico, ci si riferisce all'assoluzione più in generale.

¹⁸ V. le modifiche (ex l. 199/2022 di conversione del d.l. 162/2022: <https://archivio.penale.it/decreto-legge-rave-il-testo-approvato-del-senato-in-sede-di-conversione/contenuti/21475>, <https://archiviopenale.it/la-legge-n-199-del-2022-di-conversione-del-decreto-legge-rave-/contenuti/21477>) alla legge sull'ordinamento penitenziario (l. 354/1975), art. 4-bis, comma 1-bis. «I benefici di cui al comma 1 possono essere concessi, anche in assenza di collaborazione con la giustizia ai sensi dell'articolo 58-ter [...] ai detenuti o internati per i delitti di cui agli articoli [...] 600, 600-bis, primo comma, 600-ter, primo e secondo comma, 601, 602, 609-octies e 630 del codice penale, purché gli stessi dimostrino l'adempimento delle obbligazioni civili e degli obblighi di riparazione pecuniaria conseguenti alla condanna o l'assoluta impossibilità di tale adempimento e allegino elementi specifici, diversi e ulteriori rispetto alla regolare condotta carceraria e alla partecipazione del detenuto al percorso rieducativo, che consentano di escludere l'attualità di collegamenti, anche indiretti o tramite terzi, con il contesto nel quale il reato è stato commesso, tenuto conto delle circostanze personali e ambientali, delle ragioni eventualmente dedotte a sostegno della mancata collaborazione, della revisione critica della condotta criminosa e di ogni altra informazione disponibile [...]».

¹⁹ Cfr. C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 571 ss.

tribuire il bene negativo pena deve, quindi, rinunciare al *bisogno di pena* per spostarsi sulla *meritevolezza di pena*. Il concetto, di cui recente riflessione penalistica, nella specie l'opera ultima di C.E. Paliero *Il mercato della penalità*²⁰, importa una classificazione formale e sostanziale sul piano della legislazione, tenendo fede ai principi, come *sub* sistema funzionale di verifica della capacità preventiva (nella specie di effettività) della norma penale.

Il passaggio a livello di principi di politica criminale è il seguente: *sussidiarietà-necessità-proporzione-effettività*²¹. Con specifico riguardo alla sussidiarietà, essa è correlata al principio del giusto mezzo per il giusto scopo: nella specie, la risposta del sistema sanzionatorio interviene in assenza di condivisione di valori statali attualizzati con la commissione di un reato. Lo Stato, non potendo genericamente *ex ante* promuovere tali valori attraverso altri mezzi (sistema scolastico, intervento di servizi sociali) idonei a recidere il legame con le organizzazioni criminali promuove strumenti per reciderli dopo la commissione del fatto. Conseguenza? Sacrificio del costo sociale (danno alla vittima, prevenzione generale negativa intesa come intimidazione) per un vantaggio distributivo della pena verso i diretti responsabili del fenomeno criminale.

3. La distribuzione della pena nella logica repressiva dei fenomeni di criminalità organizzata: peculiarità tra bisogno e meritevolezza di pena

A questo segue il parametro di necessità, letto sulla scorta dell'Analisi Costi-Benefici, insieme con il susseguente principio di proporzione. Distribuire quantitativamente la sanzione penale verso gli apicali consente di prevenire l'affiliazione di altri membri (nel gergo mafioso, la *punciuta*) e di ridurre l'influsso della "regola di riconoscimento" intrinseca²². L'efficacia quindi delle fattispecie incriminatrici si misura in

²⁰ C.E. PALIERO, *Il mercato della penalità*, Torino, 2021, 12-13.

²¹ *Ivi*, 51 ss.

²² Cfr. A. SCHIAVELLO, *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa, 2010, 182, 192, assumendo tali strutture criminali come ordinamenti giuridici secondo l'eredità di Santi Romano e per le cui riflessioni si rinvia a G. FIAN-

una riduzione della meritevolezza di pena di fronte a una progressiva estensione di tale bisogno.

Il bisogno di pena però si scontra con ulteriore problematica criminologicamente orientata nel contrasto alla criminalità organizzata: il tema dell'economia lecita come "sfogo" intermedio nella verifica del fattore criminale. L'opera di riduzione del rischio penale è infatti attualizzata dal minore ricorso al palesamento dell'incidenza sul bene giuridico che determina il bisogno di pena e, dunque, da esso il fatto dell'organizzarsi *per delinquere* (art. 416 c.p.)²³. Il rischio penale non viene ridotto ma viene parificato in astratto, già nella logica del legislatore, che, con particolare severità sanzionatoria equipara, negli istituti del concorso di persone, uguale apporto sanzionatorio in relazione dell'offesa. *Mutatis mutandis* lo stesso accade quando il gruppo diventa fattore di reato. L'anticipazione della tutela penale infatti si erge a presidio di uno dei cardini della moderna analisi della criminalità organizzata poiché il legame con l'economia lecita e la costruzione di sistemi di verifica di reato non sono valutabili dal legislatore se non attraverso tale filtro di fattispecie²⁴.

Infatti, l'approccio dell'EAL al contrasto di tali fenomeni assume come paradigma la natura di *surplus* implicito nella scelta organizzativa e nell'inserimento del fattore di investimento economico di un'economia capitalistica; non è un caso che l'utilizzo di tale metodologia abbia trovato particolare fortuna nell'analisi del contrasto alla criminalità economica e, in specie, di quella organizzata. Rileva, infatti, uno dei pochi penalisti italiani ad accogliere tale metodologia – specie quella del c.d. *market model of crime*, Angelo Mangione²⁵ – come gli strumenti di *law enforcement* rispondono esattamente alla logica di contrasto del comportamento anelastico sia dell'agente sia del produttore di pena che, specie per limiti di *budget* (assenza di idonee strutture carcerarie, impossibilità di punire atti economicamente leciti), si ritrova a

DACA, *La mafia come ordinamento giuridico. Utilità e limiti di un paradigma*, in *Il foro italiano*, 118, 2, 1995, 21-28.

²³ B. ROMANO, *Diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, 405.

²⁴ V. B. ROMANO, *La criminalità organizzata e il diritto penale*, in ID. (a cura di), *Il diritto penale della criminalità organizzata*, Milano, 2013, *passim*, spec. 19-29.

²⁵ A. MANGIONE, *op. cit.*, 217 ss., 220.

fare ricorso a istituti creati *ad hoc* e a cavallo tra il diritto penale e la materia amministrativa, come gli strumenti delle misure di prevenzione.

La linea di demarcazione nella costruzione di tale doppio binario processuale e sostanziale deriva dal dispiegamento di utilità sociale (la già citata a-razionalità di fondo del sistema penale che sconta una continua pulsione con le esigenze della popolazione a veder “rispettata la legge”, per quanto vaga sia tale espressione)²⁶. Infatti nella base riflessiva dell'EAL troviamo le intersezioni con la filosofia pragmatista, *ex multis* in Mario Calderoni²⁷. Senza entrare nel dettaglio di tale impostazione, il punto di tensione principalmente riferibile lo si ritrova nelle maglie di aspettativa che il sistema di imputazione va connaturando: è responsabile chi ci aspettiamo venga condannato?²⁸

L'orientamento dei comportamenti secondo considerazioni di efficienza sconta, quindi, una problematica assunzione di fondo: il riferimento al funzionalismo della pena è compatibile con gli scopi dell'EAL? Infatti, in recente manualistica²⁹ non si fa alcun problema a manifestare l'“insofferenza” derivante dall'impossibilità di trasmigrare

²⁶ L'espressione non ha solo un'anima di vaghezza “populista” ma si lega anche alle problematiche rilevate dagli studiosi di Analisi economica laddove rilevano come il diritto penale studiato entro le lenti dell'EAL sia legato in maniera più incisiva rispetto alle altre branche del diritto con il tema dell'applicazione della legge, sia relativamente all'essere scoperti (S. SHAVELL, *op. cit.*, 94 ss.), sia relativamente all'essere condannati una volta scoperti (C.E. PALIERO, *L'economia della pena (un work in progress)*, cit., 571 ss.), in quanto, scrive Shavell, «per la società non è vantaggioso investire nelle attività di applicazione della legge[,] fino al punto di raggiungere la perfetta deterrenza o comunque un livello molto alto di deterrenza [poiché] [d]i solito per la società è preferibile tollerare un certo livello – e possibilmente un livello non trascurabile – di sotto-deterrenza, per risparmiare sulle spese di applicazione».

²⁷ Si rinvia a G. TUZET, B. PASTORE, Calderoni, *il pragmatismo fra diritto ed economia*; B. PASTORE, *Pragmatismo e diritto penale. Le riflessioni di Mario Calderoni su “libero arbitrio” e “imputabilità”*; R. BARTOLI, *Scuola positiva e scuola classica del diritto penale nella prospettiva di Mario Calderoni*; tutti in *Quad. fior. per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45, 1, 2016.

²⁸ Riprendendo l'interrogativo proposto criticamente con riferimento al pragmatismo di Mario Calderoni da G. TUZET, *Previsione e responsabilità: la “plasticità” degli atti volontari in Calderoni*, in *Quad. fior. per la storia del pensiero giuridico moderno*, 45, 1, 2016, 419.

²⁹ E. D'AGOSTINO, G. SOBBRIO, *op. cit.*, 135-136.

le metodologie oggettive civilistiche sulla doppia valutazione di razionalità che il diritto penale – oggettivamente e soggettivamente – necessita. Sfugge, in effetti, dalla costruzione di un coerente sistema di economia della sanzione il criterio da cui rifuggire, ossia l'eliminazione dalla responsabilità oggettiva dal metodo di attribuzione di imputazione. Non potendo però sperare nell'assolutezza sanzionatoria (e dunque repressiva) del subordinato, l'unico modo per garantire l'efficienza e l'effettività della norma è concentrarsi sull'apicale, basandosi però sul postulato che la purezza del beneficio atteso dal reato venga in conclusione dalla sua volontarietà organizzativa, prescindendo dalla valutazione circa il requisito penalistico del dominio sul fatto³⁰ in quanto, anche solo per prossimità all'offesa (e per i margini di autonomia relativi alle organizzazioni interne), il subordinato potrebbe aver contribuito sul piano motivazionale (direttamente) alla realizzazione del fatto di reato.

4. *L'ottimalità della sanzione come ultimo nucleo problematico di compatibilità tra scopi e principi*

La problematica sovrapposizione concettuale relativa al parametro di ottimalità della sanzione è riscontrabile nella auspicata *proporzionalità* della pena; è, infatti, il parametro di equità nell'intervento penale a muovere le esigenze preventive in astratto, ma, come rilevato in recenti contributi a cavallo tra teoria economica e scienza penalistica³¹, sono i

³⁰ Ci si riferisce al requisito relativo alla disciplina del concorso di persone nel reato nella quale è – mutuando dalla teoria finalistica di H. Welzel –, necessario per determinare i confini del concorso, specie morale, in ordine alla possibile estensione dei margini di volontà dell'autore del reato anche se non autore materiale. Sarebbe infatti possibile punire il soggetto agente non prossimo all'esecuzione del fatto tipico se a esso è imputabile per ragioni di determinazione o rafforzamento dello stesso. Cfr. F. CORNACCHIA, *Ein unausrottbares Verständnis? L'eredità del finalismo nel dibattito penalistico italiano*, in *Criminalia*, 2013, *passim*, spec. 585.

³¹ Cfr. G. CHIRICHELLO, *Il "criminale razionale"*, ovvero *la teoria microeconomica del crimine. Un saggio introduttivo*, in *Archivio Penale*, 2, 2018, ID., *Ottimalità della pena, principio di proporzionalità ed il sistema delle guidelines nell'approccio di teoria economica del crimine*, in *Archivio Penale*, 1, 2019, F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione"*

presupposti a mutare teleologicamente. Infatti «la teoria economica mira [a] determinare un numero “efficiente” di crimini nella collettività, laddove per la teoria giuridica ogni crimine è un male in sé»³². In base a questi presupposti la forma di deterrenza si veicola secondo l’approccio economico come «funzione di perdita dell’autorità penale», mentre, secondo l’approccio giuridico come «funzione del benessere», invece, «lo scopo dell’intervento pubblico nella lotta al crimine diventa “limitare quanto più è possibile i reati”»³³. Se, quindi, la proporzionalità viene letta come riduzione o limitazione dell’intervento penale, dovendosi scontrare con la finalità preventiva e di controllo di razionalità che l’EAL impone, l’Autorità statale trova nel “punto di fuga” del diritto amministrativo-punitivo – con conseguenti riduzioni delle garanzie³⁴ – uno strumentario idoneo alle esigenze di prevenzione generale in presenza della suddetta “limitazione di *budget*” nella possibilità di erogare la sanzione penale.

Rilevava bene, criticamente, Klaus Lüdersenn come l’approccio di tutela del bene giuridico economicamente orientato dovesse rinunciare al canone di frammentarietà dell’intervento punitivo³⁵. Lo sfogo di tale rinuncia deriva – appunto – dal potenziamento preventivo dell’intervento statale: il sistema di incentivi che, nel contrasto alla criminalità organizzata, comporta maggior efficienza nell’attacco all’origine dell’organizzazione nasconde il rischio di cadere nell’aporia della costruzione del vantaggio da parte dell’agente più prossimo all’offesa (subordinato), il quale, muovendo dall’amoralità di fondo e dalla selezione anticipata di propensione al rischio, possa strumentalmente condividere il beneficio forzando in sede difensiva il contributo di minima importanza

dal confronto con il Sentencing System inglese, in *Archivio Penale*, 3, 2018 ma anche A. DI NICOLA, *La criminalità economica organizzata: implicazioni di politica criminale*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell’economia*, 1, 2002.

³² G. CHIRICHELLO, *Ottimalità della pena*, cit., 25.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Vedasi a tal proposito la riflessione di F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena*, Torino, 2021, 296.

³⁵ K. LÜDERSEN, “Law and economics” nella politica criminale, in ID., *Il declino del diritto penale*, Milano, 2005, a cura di L. Eusebi, 124.

nella plurisoggettività come reato³⁶, consentendo, di fatto, la lesione del principio di personalità dell'illecito penale per il fine di massimizzazione dell'applicazione della fattispecie incriminatrice, attaccando, appunto, direttamente l'apicale (che, si aggiunge polemicamente, spesso ha strumenti per rifuggire alla concreta reclusione... ma questo è un altro punto dell'indagine).

³⁶ V. in generale B. ROMANO, *Diritto penale*, cit., 391-393; R. GUERRINI, *Il contributo concorsuale di minima importanza*, Milano, 1997, *passim*.

LA MANCATA EFFETTIVITÀ DEL DIRITTO A UN ADEGUATO STANDARD DI VITA NELLA TRADIZIONE DEMOCRATICA STATUNITENSE

Francesca Annunziata Di Pietro

1. L'affermazione del mito americano, una democrazia fondata su una promessa

Quello che per primo vede l'America. Su ogni nave ce n'è uno. E non bisogna pensare che succeda per caso, no... e nemmeno per una questione di diottrie, è il destino, quello. Quella è gente che da sempre c'aveva già quell'istante stampato nella vita. E quando erano bambini, tu potevi guardarli negli occhi, e se guardavi bene, già la vedevi, l'America, già lì pronta a scattare, a scivolare giù per nervi e sangue e che ne so io, fino al cervello e da lì alla lingua, fin dentro quel grido (gridando), AMERICA, c'era già, in quegli occhi, di bambino, tutta, l'America¹.

L'incipit della storia di Danny Boodmann T.D. Lemon Novecento riflette con intensità la tradizionale visione di un continente che da sempre si è offerto come promessa assoluta di trasformazione e di riscatto. L'America ha assunto originariamente nell'immaginario collettivo una proiezione interiore che ne precedeva l'approdo geografico. Un luogo, l'America, che rappresentava una “novità senza precedenti né antecedenti”², dove è possibile – riprendendo le parole di Paine “fare ricominciare il mondo daccapo”.

Paine, con quelle parole, si riferiva specificamente alla Rivoluzione americana, un fenomeno interno che ha stravolto la vita politica di un paese ma che, contestualmente, ne è divenuto nuovo fondamento.

¹ A. BARICCO, *Novecento. Un monologo*, Milano, 1994, 12.

² M. FERRARESI, *Politica Americana*, Roma, 2016, 7.

Tuttavia, “far ricominciare il mondo daccapo”, nella lettura che delle parole di Paine fa Casadei, può anche significare “mettere il mondo in movimento (farlo re-iniziare, «iniziare daccapo»)”³. E questo movimento rifondatore, questo divenire centrato sull’idea di popolo e di individuo rappresenta un’aspirazione costante nella storia del continente americano.

L’aspirazione interna a volere incarnare la terra promessa, ormai divenuta costituiva dell’identità nazionale statunitense, si è intrecciata a una idealizzazione esterna ad opera di coloro i quali intravedevano nella libertà, costituzionalmente garantita, e nella vasta disponibilità di terre la propria possibilità di riscatto sociale.

L’immagine della “frontiera”, teorizzata da Turner nel saggio *The significance of the Frontier in American History* del 1893, si riferiva proprio a quelle terre libere che venivano deturpate e, poi, rigenerate per consentire un migliore insediamento dei primi emigranti europei. L’esito di questo processo – impossibile anche solo da immaginare per le stantie dinamiche europee – è “un uomo nuovo, fattivo, democratico, non più inglese o tedesco o altro, ma americano”⁴.

Seppur l’enucleazione della *frontier thesis* fosse antecedente, la diffusione del pensiero di Turner raggiunse il suo apice con il carattere individualista ed evoluzionista tipico del contesto statunitense della prima decade del Novecento. L’Europeo, nel momento in cui ha compiuto il salto oltreoceano, ha rotto con la tradizione, è sceso dalla carrozza ferroviaria ed è regredito a uno stato primitivo “ma così liberato dal peso della tradizione può ricominciare”⁵. In balia di se stesso, l’individuo riscopre l’uguaglianza, l’associazionismo e, in ultimo, un amor patrio fecondo e duraturo che fonda l’individualismo e la democrazia, nelle loro declinazioni distintamente statunitensi. Al contrario del canonico amore patriottico, infatti, che trae origine dall’inconscio e sottile legame tra l’uomo e i luoghi a cui sente di appartenere e che, secondo

³ T. CASADEI, *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine*, Torino, 2012, 50.

⁴ T. BONAZZI, *La “frontier thesis”. Un capitolo nella costruzione della nazione statunitense*, in *Contemporanea*, n. 3, 2009, 555.

⁵ *Ivi*, 557.

de Tocqueville, anima degli sforzi “eccezionali ma occasionali”⁶, l’amore degli americani per la propria nazione, dove a rigore “l’istinto della patria può appena esistere”⁷, è pervasivo e stabile.

Gli Stati Uniti, quale “terra promessa”, vengono riconosciuti come quel luogo in cui chiunque può, con sincero trasporto, abbracciare i valori americani, trasmessi sin dai Padri costituenti, per sentirsi parte di un’esperienza collettiva unica.

L’insieme di queste spinte – interne ed esterne –, alimentate dalla dottrina del Destino manifesto, hanno veicolato l’immagine della “evangelica città sulla collina che guida tutte le nazioni”⁸, di un laboratorio di mobilità sociale e di realizzazione personale che, almeno in teoria, non conosce limiti di ceto sociale, di razza, di religione.

L’avvicinarsi quanto più possibile alla realizzazione dell’*American Dream*, proprio in quanto non mero elemento culturale, ma come pilastro dell’ordine politico e giuridico, si iscrive tra i parametri di valutazione dell’ordinamento; stante la coincidenza tra l’interesse individuale e l’interesse pubblico⁹, le aspirazioni dei singoli individui vengono elevate, dalla Dichiarazione d’Indipendenza, secondo Cullen, “a metro di valutazione della legittimità di un governo”¹⁰.

Grazie all’influenza dell’evoluzionismo, gli Stati Uniti assumono una loro identità individuale che ingloba e assorbe le diversità degli immigrati europei che, trasformandosi in cittadini americani, danno vita a una comunità “perfettamente” omogenea. Tesi come quelle sostenute da Turner hanno avuto una tale fortuna anche perché hanno fornito “un fondamento logico al perché gli americani fossero un “popolo eletto” destinato, com’essi credevano, a regnare l’intero continente americano

⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Rocca San Casciano, 1957, 105.

⁷ *Ivi*, 107.

⁸ M. FERRARESI, *op. cit.*, 10.

⁹ Sul punto si veda A. DE TOCQUEVILLE, *op. cit.*, 62: “Negli Stati Uniti la patria si fa sentire ovunque, dal villaggio fino all’Unione intera. Il cittadino si affeziona agli interessi del suo paese come ai propri, esalta le glorie patrie e nei trionfi della patria crede di riconoscere l’opera sua, si rallegra del benessere generale di cui si avvantaggia e ha per la patria un sentimento pari a quello che prova per la famiglia, giacché è ancora per una specie di egoismo che si interessa allo Stato”.

¹⁰ J. CULLEN, *American Dream: l’Utopia immanente alla prova della storia*, in *Utopie del tempo nostro*, n. 8, 2013.

se non il mondo”¹¹. L’omogeneità, tutt’altro che effettiva, si basava sull’essere nati non dalla culla della civiltà, ma nella regione selvaggia, nella *wilderness*. Nel c.d. metaracconto di Turner, così definito da Francis¹², l’aver affrontato e superato le difficoltà naturali – dovute all’asprezza dei luoghi – era un’esperienza che aveva accomunato molti americani. La specificità di questo contesto fece sì che l’individualismo ne uscisse rafforzato, come risposta adattiva: la sopravvivenza, in particolare dei primi coloni, in un ambiente privo di strutture consolidate impose, più che altrove, il ricorso a risorse soggettive come l’ingegno, l’iniziativa personale, l’adattamento e, più in generale, un *ethos* egualitario.

Anche se i postmodernisti non concordano più con la narrazione trionfale del popolo americano proposta da Turner, non può non considerarsi il fascino esercitato da queste teorie che oltre a giustificare la conquista del continente – anche attraverso lo sterminio delle popolazioni native – legittimava l’espansione imperiale ben oltre i confini statunitensi.

Tra i presidenti americani che vennero influenzati dalla teoria della frontiera ci furono sia Theodore Roosevelt che Woodrow Wilson, i quali sfruttarono, tra le altre cose, la “base morale” fornita da Turner per imporre una *superiore* forma di civilizzazione intrinsecamente americana.

Questo slancio originario si è, quindi, progressivamente consolidato in un immaginario politico e giuridico che rinviene il fondamento della legittimità democratica nella realizzazione personale e nella mobilità sociale. Tuttavia, il sogno americano, fondato su una concezione eminentemente competitiva, implica come naturale contropartita un’esclusione: l’ascesa individuale di alcuni presuppone, come esito sistemico, il fallimento e la marginalizzazione di altri.

A differenza di altri paesi, infatti, negli Stati Uniti l’esclusione sociale non è percepita come una patologia del sistema, ma come una sua componente strutturale e fisiologica. Questo sospetto è confermato dalle scelte politiche adottate negli Stati Uniti, tra cui “politiche fiscali

¹¹ D.R. FRANCIS, *F. J. Turner: storia, mito, prospettiva*, in *Contemporanea*, n. 3, 2009, 571.

¹² *Ivi*, 572.

sempre meno progressive, politiche assistenziali sempre più restrittive, dinamiche di mercato predatorie e un sistema penale che discrimina e colpisce soprattutto i più fragili e indifesi”¹³.

È un sistema che, Elisabetta Grande, definisce “un Robin Hood all’inverso”¹⁴; perché il diritto, che dovrebbe essere il primigenio e naturale strumento di tutela, nel sistema statunitense perlomeno, “non si accontenta di creare il povero. Dopo averlo creato lo perseguita, lo criminalizza, gli dà la caccia e gli nega il diritto di vivere”¹⁵.

Così, il diritto statunitense, seppur formalmente basato sul principio di eguaglianza, contribuisce quotidianamente ad avallarne la negazione.

La promessa originaria che aveva animato l’idea di una sovranità, fondata sull’emancipazione da qualsiasi forma di trascendenza che “fa leva sul potere della moltitudine di costruire le proprie istituzioni politiche e di costituire il sociale”¹⁶, che aveva rappresentato il fondamento ideologico del sogno americano, ha assunto una funzione esclusivamente simbolica. Si è affermata come principio retorico e non, invece, come parametro effettivo di giustizia distributiva.

L’eguaglianza, celebrata da de Tocqueville, cui si appellano la Dichiarazione di Indipendenza e la Costituzione, si rivela una finzione performativa che legittima un ordine politico che normalizza l’asimmetria sociale. E il diritto, complice, non solo non interviene a riequilibrare le disuguaglianze materiali, ma le codifica, le tollera come esiti legittimi dell’autonomia individuale e del libero mercato.

2. *Divario endemico alla società statunitense: il fenomeno dell’othering come esito di dinamiche politico-giuridiche*

Le disuguaglianze che attraversano il tessuto connettivo della società statunitense non possono essere ricondotte a fattori occasionali o

¹³ M.R. FERRARESE, *La povertà e il diritto. Il caso americano*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2017.

¹⁴ E. GRANDE, *Guai ai poveri: la faccia triste dell’America*, Torino, 2017, pos. 131.

¹⁵ *Ivi*, pos. 150.

¹⁶ M. HARDT, A. NEGRI, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Milano, 2001, 159.

transitori, ma affondano le proprie radici in dinamiche storiche, economiche e politiche che hanno contribuito a configurare un ordine sociale gerarchico. Tali dinamiche hanno, inoltre, progressivamente istituzionalizzato pratiche di esclusione sociale, realizzando una distinzione sistematica tra chi è incluso nel patto democratico e chi ne resta ai margini.

Il noto sociologo americano Matthew Desmond, nel fornire l'immagine di un grafico con un profilo collinare, spiega che, a prescindere dalle amministrazioni che si sono succedute, la lotta alla povertà non ha mai prodotto un vero miglioramento, "ma solo una lunga stasi"¹⁷. A fronte di questo dato, invece, che riflette un assetto giuridico che sostiene e incoraggia "disoccupazione, desindacalizzazione, diminuzioni salariali, peggioramento delle condizioni lavorative in termini assicurativi e pensionistici, sostituzione di lavori ben pagati con lavori sottopagati" sarebbe possibile ritenere che l'attuale stato delle cose fosse imputabile all'ascesa "del fondamentalismo di mercato, o 'neoliberismo'"¹⁸.

La realtà è, invero, molto più articolata.

Tra i presupposti che concorrono a legittimare questa asimmetria socioeconomica vi è, innanzitutto, la rappresentazione del povero come soggetto moralmente deficitario: indolente, improduttivo, sostanzialmente responsabile della propria condizione di bisogno.

Questa visione, tra l'altro, di cui è intriso il pensiero sociale statunitense, ha trovato una sua formulazione attraverso le teorie di William Graham Sumner¹⁹. Contrario a qualsiasi forma di assistenza, pubblica o privata in quanto distorto il processo di selezione sociale, Sumner si rivolgeva al c.d. *forgotten man*, l'uomo dimenticato dalle istituzioni che paga col proprio lavoro il prezzo dell'assistenzialismo²⁰. L'uomo laborioso, moralmente integro, fiscalmente onesto, il cui benessere viene compromesso dall'obbligo di sostenere, attraverso il sistema fiscale, i bisogni di soggetti immeritevoli.

¹⁷ M. DESMOND, *Povertà, in America*, Milano, 2024, 37.

¹⁸ *Ivi*, 39.

¹⁹ W.G. SUMNER, *The forgotten man, and other essays*, Londra, 1918.

²⁰ Sul punto diffusamente si veda R. BARITONO, *Ripensare lo Stato: scienze sociali e crisi politica negli Stati Uniti fra Otto e Novecento*, in *Ricerche di Storia Politica*, Bologna, n. 3, 2013.

Il conflitto redistributivo assume così i connotati di un'ingiustizia rovesciata; si configura in modo tale da rendere politicamente improponibile e culturalmente inaccettabile qualsiasi intervento assistenziale volto a garantire uno standard di vita che superi il livello minimo di sopravvivenza, ovvero la soglia di povertà federale. Ciò in quanto per la categoria dei c.d. *working poor* "il welfare deve sempre pagare meno del lavoro, anche quando il lavoro è pagato molto poco"²¹.

In linea con questa retorica della *less eligibility*, il sistema giuridico statunitense ha storicamente perseguito due obiettivi: disincentivare il ricorso al *welfare* attraverso la sua strutturale inospitalità e rafforzare il ruolo del lavoro come unico fondamento legittimo dell'inclusione sociale.

Si è realizzata così – a discapito dei più deboli – una gerarchia tra i *deserving citizen*, cui si riferiva Sumner, e i *undeserving citizen*, soggetti improduttivi e per ciò solo immeritevoli di tutela. La *less eligibility* diviene così un dispositivo normativo e culturale che impedisce la giuridicizzazione dei diritti sociali: l'accesso a un'esistenza dignitosa non è più visto come un diritto inalienabile ma come una concessione subordinata a criteri di merito e di produttività.

Segue questa retorica, emblematicamente, la strategia anti-recessiva adottata dall'amministrazione Reagan nel biennio 1981-1982, incentrata su una profonda trasformazione dell'impianto assistenziale da *welfare* a *workfare*. Egli, infatti, seppe riconquistare la fiducia di quella frangia di popolazione che guardava al sistema assistenziale e ai suoi beneficiari come una minaccia: "l'era reaganiana trasformò, nell'immediario pubblico prevalente, i beneficiari del welfare o dell'affermative action in 'privilegiati' che violavano il principio dell'uguaglianza di opportunità"²². Il presupposto ideologico sottostante era, infatti, che l'occupazione e il lavoro, e non il diritto, costituivano la fonte primaria di legittimazione della cittadinanza sociale.

Sul piano della percezione sociale e dei meccanismi di identificazione collettiva, i soggetti impiegati (che a loro volta vivono in condi-

²¹ E. GRANDE, *op. cit.*, pos. 741.

²² G. BORGOGNONE, *Storia degli Stati Uniti*, Milano, 2013, 181. E sul punto si cfr. anche F. FASCE, *Reagan politico: la formazione di un presidente e le politiche interne*, in M. SIOLI (a cura di), *La parabola di Ronald Reagan*, Verona, 2008, 95.

zioni di vulnerabilità economica e marginalità) anziché rivolgersi verso l'alto, contro un'architettura sistemica che produce e riproduce le medesime disuguaglianze, indirizzano il proprio risentimento verso il basso, verso coloro che si trovano in condizioni ancora più precarie.

Questo slittamento dell'oggetto del conflitto costituisce uno degli elementi più insidiosi del paradigma della *less eligibility*, in quanto genera e alimenta le dinamiche di *othering* nei confronti delle classi subalterne. Proprio in quanto il *working poor* afferma la sua rispettabilità sociale solo in quanto si sottrae alla dipendenza dallo Stato, ogni forma di tutela sociale per chi non lavora è vissuta come una violazione del patto morale di cittadinanza: una rottura dell'equilibrio su cui si fonda la promessa americana, ovvero la diretta proporzionalità tra lo sforzo individuale e il riconoscimento collettivo.

Il fenomeno dell'*othering* ha contribuito a dar forma all'immagine del soggetto povero non solo come economicamente marginale e insignificante, ma come ontologicamente altro rispetto al cittadino. L'assistito diviene "l'altro" del lavoratore: colui che riceve senza dare nulla in cambio, che consuma risorse senza contribuire al patto sociale e che per questo può, o meglio deve, essere oggetto legittimo di controllo, esclusione o stigmatizzazione.

Questa disumanizzazione viene, quindi, non solo tollerata dal sistema, ma addirittura legittimata: questo impedisce "la formazione di una solidarietà sociale capace di spingere la gente a ribellarsi contro un sistema che, producendo i *visible poor*, è *visibilmente* ingiusto"²³.

Il tema dell'*othering* rappresenta una declinazione – e uno degli aspetti più degradanti – di quei processi che la Sassen, nel 2015, ha definito di *espulsione*, per contrapporli alle dinamiche più o meno inclusive favorite nel periodo successivo al secondo dopoguerra²⁴.

Il concetto di espulsione o di esclusione può divenire uno strumento utile a svelare l'altra faccia delle c.d. formazioni predatorie: conglomerati di potere costituiti da élite politiche, multinazionali, governi, mercati che tendono a eludere ogni forma di imputazione giuridica e politica. La forza di questi attori risiede, quindi, non solo nella capacità di

²³ E. GRANDE, *op. cit.*, pos. 150.

²⁴ S. SASSEN, *Expulsioni. Brutalità e complessità nell'economia globale*, Bologna, 2015.

controllo economico e normativo, ma nella loro dislocazione strategica all'interno del sistema, che ne rende difficile l'individuazione come agenti oppressivi unitari.

In tal senso, l'esclusione non è solo il risultato di una scelta politica identificabile, ma l'esito diffuso di dispositivi normativi, pratiche amministrative, interessi privati e vincoli sistemici che si intrecciano in maniera opaca. È anche questa opacità a rendere difficile l'imputazione di responsabilità in capo a un soggetto: l'oppressore non si presenta come entità centrale e localizzabile, ma è "sfumata in un sistema complesso"²⁵. Si potrebbe dire che l'oppressore è *senza volto*.

In questo contesto, le strutture di potere si mimetizzano e vengono protette da un diritto solo apparentemente neutrale che, di fatto, disinnescava ogni forma efficace di opposizione o rivendicazione.

Alla riconoscibilità materiale delle vittime dell'esclusione corrisponde l'invisibilità strutturale dei responsabili, la cui azione è, invece, diffusa, decentrata e mimetizzata all'interno dei dispositivi economici e istituzionali, il che la sottrae a ogni forma di imputazione diretta.

3. *L'altro volto del diritto: la legittimazione giuridica dell'esclusione*

In ciascun ordinamento giuridico, il diritto non si limita a regolare i rapporti tra consociati, ma contribuisce attivamente a definire le relazioni sociali. Esso stabilisce, in un paradigma multilivello, chi è il titolare di diritti, chi è meritevole di tutela, generando un complesso sistema di inclusione ed esclusione²⁶. Quando il diritto smette di garantire protezione e si fa selettivo nell'attribuzione della individualità giuridica e della dignità, esso diviene strumento di riproduzione e di consolidamento delle disuguaglianze preesistenti.

Nel contesto statunitense, questa funzione selettiva assume tratti particolarmente evidenti. La narrazione secondo cui in molti casi la povertà è una condizione moralmente imputabile all'individuo – in quanto

²⁵ C. GIORGI, *Le nuove geografie del potere*, in *La Rivista delle Politiche Sociali*, n. 3, 2015, 240.

²⁶ H. LINDAHL, *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Cambridge, 2018.

fallimento personale – non si diffonde solo attraverso il discorso politico e culturale, ma trova espressione nell’architettura normativa.

Il diritto penale, per esempio, assume un ruolo centrale nella costruzione di un immaginario collettivo fondato sulla paura, sulla diffidenza, sul timore del soggetto emarginato: l’indigenza, l’instabilità abitativa, la dipendenza dal *welfare* diventano segni di pericolosità e devianza, più che indici di una vulnerabilità che richiede tutela.

Per altro verso, in assenza di un vero sistema di *welfare*, la cura delle persone in condizioni di fragilità viene affidata alla rete privata – famiglie, comunità religiose, enti di beneficenza, comunità assistenziali – che, tuttavia, si stanno progressivamente indebolendo.

Il timore sociale nei confronti dell’escluso – che alimenta processi di stigmatizzazione e isolamento – e il risentimento diffuso, generato dalla richiesta di aiuto proveniente da questi soggetti, producono una frattura simbolica all’interno del corpo sociale in cui ogni legame di solidarietà si dissolve. L’esito di questi processi è un aumento generalizzato dell’atomizzazione: gli individui sono sempre più soli, privi sia di un sostegno istituzionale che di reti di protezione comunitaria.

Questo collasso della solidarietà diffusa è ancora più evidente nel fenomeno degli *homeless*, i cui numeri sono allarmanti²⁷. Milioni di persone, tra cui bambini in età scolare (le stime oscillano tra i 2,5 milioni e i 3,5 milioni) vivono in strada o nei dormitori, mentre circa 8 milioni di persone sono in condizione di *doubled up*, costretti a condividere spazi abitativi in modo precario. Il dato è ancor più drammatico se si riflette sul fatto che, di fronte all’exasperazione dei cittadini che non sono coinvolti dalle dinamiche di esclusione²⁸, neppure i politici più riformisti e progressisti riescono a invertire la rotta; un problema sociale si trasforma in un problema di ordine pubblico proprio a causa di fenomeni come l’*othering* che disumanizzano l’*altro*, il *diverso*.

²⁷ Sul tema, un corposo approfondimento è fornito da G. COLBURN, *Homeless is a housing problem*, California, 2022.

²⁸ I cittadini di Austin in Texas, per esempio, si sono espressi favorevolmente (57% dei votanti) alla reintroduzione delle sanzioni penali per il vagabondaggio e per gli accampamenti dei senza fissa dimora. I risultati del sondaggio si possono trovare al link: https://web.archive.org/web/20210914013605/https://countyclerk.traviscountytexas.gov/images/pdfs/election_results/2021.05.01/L21_Final_Election_Cumulative_Summary.pdf.

Per esempio, con la sentenza *McCain v. Giuliani* del 1998 è stata abolito “in pratica ogni dovere di assistenza ai bisognosi da parte della pubblica autorità”²⁹; o, ancora, le leggi statali o le ordinanze cittadine, al fine di scongiurare l’ipotesi di incostituzionalità

colpirono anche le domande di danaro effettuate in luoghi precisi: alle fermate degli autobus o dei taxi, di fronte ai ristoranti, ai negozi, ai distributori automatici di soldi, ai bagni e telefoni pubblici, nelle stazioni dei treni, nei parcheggi pubblici, nei centri commerciali, nelle strade del centro, agli incroci stradali; o ancora realizzate in orari specifici: per esempio dalle 9 del mattino alle 7 di sera. In nome della sicurezza pubblica, del decoro, o addirittura degli interessi commerciali, i legislatori statali o locali vietarono così, criminalizzandole, tutte le richieste di elemosina che avrebbero potuto ragionevolmente essere soddisfatte. In quanto tassativamente determinati, però, quei divieti furono giudicati costituzionalmente legittimi³⁰.

Allo stesso modo, vennero introdotte ordinanze che vietarono di sedersi, dormire nei parchi, coprirsi in luoghi pubblici con le coperte; il monito che sintetizza l’atteggiamento statunitense è *don’t feed the homeless*. Si fece sempre più attenzione, nel momento legislativo, a sanzionare “i comportamenti associati agli *status* e non gli *status* medesimi”³¹. Il problema antropologico, prima che giuridico, è che

gli americani non provano più compassione per i poveri di strada, che non riconoscono uguali a sé. Il sentimento collettivo è talmente incattivito nei confronti dei senzatetto e la paura del diverso talmente radicata nella gente, che diventa normale – come accade a Gainesville, in Florida – che gli abitanti del quartiere chiamino la polizia affinché arresti un homeless che dorme sotto il porticato del palazzo del Municipio.

Il messaggio di criminalizzazione ed esclusione sociale del povero ha però conseguenze anche più gravi, poiché crea un fertile bagno di coltura per i germi del razzismo, responsabili dei sempre più frequenti atti di inaudita e gratuita violenza nei confronti degli ultimi della scala sociale. E proprio loro, gli homeless, finiscono paradossalmente, ma secondo un ben studiato meccanismo psicologico, per interiorizzare quell’immagi-

²⁹ E. GRANDE, *Cronaca di una vergogna annunciata*, in *Questione Giustizia*, online, 2016.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ E. GRANDE, *Guai ai poveri: la faccia triste dell’America*, cit., pos. 1886.

ne di sé che proviene dalla società in cui vivono e, nel rispecchiarsi nello sguardo collettivo, si convincono di meritare le vessazioni a cui sono sottoposti³².

È evidente che il diritto non interviene più per difendere il soggetto vulnerabile, ma per sancirne l'esclusione attraverso lo strumento repressivo. La presa di consapevolezza sulla non transitorietà del fenomeno

ha trasformato l'iniziale tentativo di offrire una tutela, sia pur minima, ai nuovi poveri di strada in una feroce ostilità volta, attraverso il disconoscimento della loro umanità, alla loro eliminazione sociale (se non addirittura fisica) mediante il diritto³³.

Il diritto non è, quindi, soltanto carente ma è parte integrante di quella violenza i cui effetti si manifestano nella quotidianità statunitense. Il diritto, quindi, non colma il divario, ma lo aggrava; non protegge l'umano ma ne delegittima le "pretese".

Le politiche repressive però non sono riuscite a eliminare dalla vista il fardello della testimonianza quotidiana delle disuguaglianze sociali, del fallimento della promessa americana. Per quanto ci si provi, i nuovi poveri sono sempre lì a ricordare "il fallimento di quell'ideale di *liberté, fraternité, et égalité*, di cui la retorica collettiva [...] continua ad avvalersi per descrivere le caratteristiche del sistema giuridico e della modernità"³⁴.

È evidente che, quindi, anche il diritto assume come presupposto "una sorta di giudizio etico negativo sull'abilità del soggetto povero nell'usare la propria libertà"³⁵, condizionando così inevitabilmente l'esito dei suoi prodotti giuridici che qualificano come "beneficio" ogni intervento diretto a risollevare le sorti dei meno abbienti.

³² E. GRANDE, *Cronaca di una vergogna annunciata*, cit.

³³ E. GRANDE, *Guai ai poveri: la faccia triste dell'America*, cit., pos. 1718.

³⁴ *Ivi*, pos. 2169.

³⁵ S. POZZOLO, *La libertà dalla povertà come diritto fondamentale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 2, 2004, 477.

Si è in presenza, quindi, di una discrezionalità del legislatore non solo sul *quomodo* dell'attuazione dei diritti fondamentali – tra cui quello a un'esistenza dignitosa – ma finanche nell'*an*.

Sarebbe a questo punto corretto domandarsi, come fa Ruotolo con riferimento al caso italiano, se è possibile ricavare un dovere dei pubblici poteri nella lotta alla povertà³⁶. Ciò che è certo è che nella Dichiarazione di Indipendenza del 1776 si legge

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; that, to secure these rights, governments are instituted among men, deriving their just powers from the consent of the governed; that whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or to abolish it, and to institute new government, laying its foundation on such principles, and organizing its powers in such form, as to them shall seem most likely to effect their safety and happiness³⁷.

In quella sede, gli Stati Uniti d'America, in cammino verso la loro indipendenza hanno affermato un diritto – che appartiene a tutti per natura – di rovesciare un governo antagonista al conseguimento degli scopi dell'Unione. È evidente che, nonostante le nobili intenzioni dei costituenti, questo originario “patto di fiducia” è, invece, stato infranto nel momento in cui il diritto a un adeguato standard di vita, è divenuto un beneficio derivante dalla “concessione” dello Stato.

Il binomio pubblico-privato nella garanzia dei diritti deve avere origine, in sostanza, da una generale condivisione da parte di tutti i membri della comunità di un *idem sentire* sull'esigenza di tutela; presume una diffusa consapevolezza della necessità di ampliare gli spazi politici, così da “sapere di potere esercitare la politica, [...] sentirsi uguali nella sovranità, che si partecipi direttamente o no”³⁸. Nella società statunitense, invece, il comune atteggiamento nei confronti della povertà – che si

³⁶ M. RUOTOLO, *La lotta alla povertà come dovere dei pubblici poteri. Alla ricerca dei fondamenti costituzionali del diritto ad un'esistenza dignitosa*, in *Diritto Pubblico*, n. 2, 2011.

³⁷ Il testo integrale della *Declaration of Independence* può trovarsi al seguente link: <https://www.archives.gov/founding-docs/declaration-transcript>.

³⁸ N. URBINATI, *Liberi e eguali*, Roma-Bari, 2012, p. 162.

riflette sul piano istituzionale – ha assunto i connotati di una rabbia sociale diffusa che non si limita a ignorare il fenomeno ma che deumanizza, svuotandolo di ogni riconoscibilità etica e politica.

Tale deformazione percettiva si dimostra, infelicitemente, funzionale al mantenimento dell'ordine esistente. Non è un caso, infatti, spiega la Urbinati, se le parole più ricorrenti nelle pagine di de Tocqueville riferite all'America siano “immaginare”, “sembrare”, “credere”³⁹. In una società in cui l'apparenza sostituisce la realtà e l'immaginario collettivo prevale sull'analisi critica, il diritto e la politica finiscono per essere asserviti all'ordine dominante. Le istituzioni smettono di essere motori di trasformazione sociale, perché non sono più in grado di alimentare – se non sulla carta – quella sfiducia, “che da semplice sintomo di insoddisfazione si traduce in forza attiva che dà vita a forme di contropotere, di dissenso aperto”⁴⁰.

La forza dell'ideologia meritocratica – sostenuta in tutta la tradizione di pensiero statunitense, da Spencer a Sumner, a Smiles, a Emerson – centrata sull'autosufficienza e sulla responsabilità individuale impedisce di riconoscere la disuguaglianza come un effetto di errate politiche socioeconomiche, ma la colloca sul piano delle cause giustificative dell'esclusione.

Questa distorsione concettuale porta con sé il rischio di errori metodologici nell'analisi del problema e nella definizione delle risposte politiche. Infatti, qualificare la povertà, e più in generale la disuguaglianza, come l'esito di un'incapacità individuale, implica lo spostamento della responsabilità dal sistema al singolo, con il risultato implicito di eludere ogni interrogativo strutturale sull'organizzazione della distribuzione delle risorse e delle opportunità.

Le risposte normative, costruite su questi fondamenti, risultano inevitabilmente inefficaci o, addirittura, controproducenti perché intervengono rafforzando le premesse ideologiche del problema e legittimando una gerarchia sociale che il diritto dovrebbe contribuire a rimuovere.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ivi*, 168. Sul concetto di “contro-politica” si veda diffusamente P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia*, Roma, 2017.

4. Conclusioni

Gli Stati Uniti d'America, dopo aver affascinato il mondo con la propria narrazione fondativa – grazie all'eguaglianza, alla libertà e alla mobilità sociale – si sono rivelati, nella concretezza dei loro assetti istituzionali un sistema normativo ed economico che produce e legittima l'esclusione e la marginalità sociale. La brutalità dei meccanismi di selezione, mascherata da meritocrazia e individualismo competitivo, si è resa progressivamente più evidente. Se nelle prime fasi dell'esperienza neoliberale esse sembravano persino funzionali alla mobilitazione del soggetto, oggi l'emozione che emerge è il risentimento, un desiderio frustrato che si trasforma in antagonismo diffuso, in ostilità trasversale, in una rottura del legame sociale.

L'assenza di una compiuta riforma di *welfare*, l'erosione dei diritti sociali e la deresponsabilizzazione dei decidenti all'interno di spazi di *governance* formalmente neutrale hanno prodotto una torsione del principio democratico⁴¹. Gli individui, lasciati a se stessi, vengono esposti “a una sorta di ‘rischio imprenditoriale della propria esistenza’”⁴², in quanto chiamati a farsi garanti della propria sopravvivenza in assenza di strumenti effettivi di tutela e redistribuzione. Ciò ha comportato, nei fatti, la sospensione del principio di solidarietà⁴³, cardine della democrazia costituzionale novecentesca. In un contesto di competizione permanente, di desideri illimitati e di opportunità decrescenti, il soggetto contemporaneo sperimenta una tensione crescente tra la promessa di libertà e la realtà della privazione.

Il risentimento è l'emozione del nostro tempo perché il desiderio – alimentato e nutrito dalla promessa – divenuto irrealizzabile, si traduce in conflitto, in rivalità⁴⁴.

⁴¹ A. LO GIUDICE, *La parabola della governance democratica e il nodo della legittimazione*, in *Ragion Pratica*, n. 58, 2022, 20 spiega come solo uno Stato sociale “stabilisce le condizioni di produzione di una solidarietà mediata: su tutte, le risorse della protezione collettiva e della partecipazione democratica che consentono comunque la costruzione di identità pubbliche condivise su scala nazionale”.

⁴² N. DIMITRI, *La crisi della solidarietà*, Roma, 2024, 187.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ Z. BAUMAN, *Il disagio della postmodernità*, Milano, 2002.

Il desiderio viene indirizzato contro l'altro alimentando contrapposizioni orizzontali tra soggetti che condividono la medesima precarietà. Ne deriva una polarizzazione sociale che ha nutrito, sul piano politico, la proliferazione di movimenti populistici e sovranisti, mentre sul piano giuridico si è venuta sempre più accentuando la selettività della protezione normativa.

In questo modo, le forme istituzionali di stampo solidaristico – in un contesto come quello statunitense – non riescono a fuoriuscire dal campo teorico stante l'impensabilità della “sostanza simbolica di un interesse generale”⁴⁵. Se il funzionamento della democrazia rappresentativa è stato reso possibile perché il popolo invisibile si è reso visibile, osservando l'essere umano per ciò che oggi è occorre prendere atto “del potenziale distruttivo di alcune passioni così come già previsto nell'antropologia hobbesiana”⁴⁶. Le passioni distruttive andrebbero, però, neutralizzate, controbilanciate composte per evitare il conflitto. Invece, sembrano nutrite e amplificate dall'interno, da scelte politiche e giuridiche di un sistema che trae beneficio dalla frattura del legame sociale.

Elisabetta Grande conclude il suo testo affermando la natura di Giano bifronte del diritto: tra le due funzioni che lo caratterizzano, “quella di scudo e quella di spada”⁴⁷, è la seconda a colpire chi è privo di risorse. In un contesto in cui la protezione giuridica è riservata a chi possiede, mentre la repressione si esercita su chi è privo di mezzi, si riafferma una verità che l'esperienza democratica e giuridica novecentesca credeva di aver superato: “la libertà di essere, ancora oggi, resta strettamente dipendente dall'avere”⁴⁸.

Finché il diritto non si farà carico della ricomposizione di questa frattura, superando il retaggio tradizionale che vede nella povertà una colpa individuale, ogni discorso sull'eguaglianza e sulla democrazia sarà destinato a restare, per i più, una promessa tradita.

⁴⁵ A. LO GIUDICE, *op. cit.*, 23.

⁴⁶ *Ivi*, 35.

⁴⁷ E. GRANDE, *Guai ai poveri: la faccia triste dell'America*, cit., pos. 2634.

⁴⁸ *Ibidem*.

QUALE TEORIA ECONOMICA PER QUALE DIRITTO?

IL CASO KEYNES

Paolo Scanga

1. Tra economico e giuridico

L'approccio giusfilosofico dell'*Economic Analysis of Law (EAL)* rappresenta il metodo contemporaneo più rilevante per osservare il fenomeno giuridico attraverso la lente dell'economista¹. Il sapere economico mette a disposizione dello studioso dei fenomeni giuridici alcuni strumenti analitici capaci di garantire una descrizione più chiara degli istituti del diritto o una migliore spiegazione del loro funzionamento. La finalità di questo approccio è quella di sviluppare meccanismi di regolazione giuridica maggiormente efficienti.

Come ha sottolineato Damiano Canale, l'*EAL* costituisce un discorso che procede attraverso «regressioni normative». Mentre l'economista mette a punto modelli astratti di coordinamento sociale, in grado di spiegare, a fini produttivi, il funzionamento della realtà economica concreta, il giuseconomista traduce questi modelli in veri «standard di condotta», che, una volta convertiti in norme, realizzerebbero la condizione di «efficienza produttiva e allocativa che il modello di partenza predice, nel caso tali norme acquistassero piena effettività»².

¹ Nella vasta letteratura sul tema si veda: R. POSNER, *Economic Analysis of Law*, New York, 2014; R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI ET AL., *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, 1999; F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002; M. ABRESCIA, G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009. Sui diversi approcci rimandiamo a P. SILVESTRI, *Il codice giuridico del mondo*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE, *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, 399-426.

² D. CANALE, *Forme e usi della Law and Economics*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2013, 28.

Il saggio intende mettere in rilievo come le premesse epistemologiche soggiacenti alle teorie economiche orientino gli “standard” normativi. Per questa ragione l’analisi si sofferma sul legame che intercorre tra l’analisi economica del diritto e il neoliberalismo. Per poi, attraverso la figura di John Maynard Keynes, tentare di individuare una possibile relazione differente tra il giuridico e la teoria economica.

2. Un metodo gius-filosofico neoliberale

Francesco Denozza ha messo in luce come il successo dell’*Economic Analysis of Law* sia stato garantito dall’essere l’«ideologia giuridica» specifica di quel movimento teorico e politico che è il neoliberalismo³. L’esaltazione della funzione del mercato, la sostenuta necessità di allentare i vincoli che possono impedire lo sviluppo dell’ordine spon-

³ Pur non essendo riscontrabile un generale accordo sulla definizione di neoliberalismo, rimane una parola chiave del vocabolario politico contemporaneo. La rilevanza di questa espressione si rileva evidenziando la polemicità del portato concettuale che condensa. Come ricostruisce Giachetti, neoliberalismo è «a tutti gli effetti un concetto politico, la cui semantica e i cui usi sono oggetti di contesa da parte di formazioni discorsive differenti, politicamente contrapposte». Si veda, nella vasta letteratura sul tema F. GIACHETTI, *Neoliberalismo come concetto polemico. Governo della crisi e riabilitazione della critica*, Tesi di dottorato, Roma, Università degli Studi di Roma La Sapienza, 2023. Per degli approfondimenti sul problema riguardante l’uso del concetto di neoliberalismo nel dibattito accademico contemporaneo, si vedano anche S. AUDIER, *Néo-Libéralisme(s). Une archéologie intellectuelle*, Paris, 2012; R. VENUGOPAL, *Neoliberalism as concept*, in *Economy and Society*, 44:2, 2015, 165-187; G. MOINI, *Neoliberalism as the connective tissue of contemporary capitalism*, in *Partecipazione e Conflitto*, 92(2), 2016, 278-307; B. DUNN, *Against neoliberalism as a concept*, in *Capital & Class*, 41(3), 2016; J. OTT, M. KONCZAL, N.D.B. CONNOLY, T. SHENK, *Debating the Uses and Abuses of Neoliberalism*, in *Dissent*, 22, 2018. Sul neoliberalismo come movimento politico: M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2005; D. HARVEY, *Breve storia del neoliberalismo*, Milano, 2007; Q. SLOBODIAN, *Globalists. The end of Empire and the birth of neoliberalism*, Cambridge, 2018; A. FERRARA, *L’ascesa politica del neoliberalismo. Accumulazioni molecolari, rivoluzione passiva ed egemonia*, Bari, 2021. Sul rapporto tra neoliberalismo e diritto rimandiamo a O. GIOLO, *Il diritto neoliberale*, Napoli, 2020; H. BRABAZON (a cura di), *Neoliberal Legality. Understanding the role of law in the neoliberal project*, New York, 2017.

taneo, la mutazione della nozione di soggetto non possono che rappresentare il collegamento tra l'elaborazione dell'analisi economica del diritto e la «governamentalità neoliberale»⁴.

Ulteriori aspetti, inoltre, concorrono a segnare l'intreccio tra la teoria economica neoclassica di stampo neoliberale e il metodo giusfilosofico dell'*EAL*: in primo luogo, l'interpretazione della teoria del valore come un problema di efficienza e calcolo; in secondo luogo, l'assunzione dell'individuo come oggetto elementare della ricerca. L'*economics* spiega e indirizza normativamente le scelte che gli individui compiono all'interno dello spazio giuridico del mercato⁵. Infine, accanto alla prospettiva dell'individualismo metodologico, si identifica la categoria dell'utilità marginale: il problema della scelta individuale viene concepita e formulata come un problema matematico della massimizzazione di una funzione obiettiva, il cui argomento è ovviamente l'utilità.

Queste categorie concettuali hanno ricadute importanti nello spazio normativo e delle forme istituzionali da esse concepite. Anzi, ne definiscono, echeggiando Denozza, lo «stile giuridico»⁶.

La governamentalità neoliberale, quel progetto di realizzazione delle società di diritto privato nel quale vien meno la sfera pubblica, si sostiene essere entrata in crisi, ponendo, di conseguenza, delle questioni alla riflessione giusfilosofica che si occupa dell'economico.

3. La sfida keynesiana

L'obiettivo che in questo paragrafo viene posto è quello di indicare una possibile articolazione differente del rapporto la sfera dell'econo-

⁴ F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 2, 2013, 43-67. Sulla nozione di governamentalità, oltre al già citato *Nascita della biopolitica*, si veda M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Milano, 2005.

⁵ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Rivista del diritto commerciale*, 1, 2014, 13-47.

⁶ F. DENOZZA, *Lo stile giuridico neoliberale*, in R. SACCHI, A. TOFFOLETTO (a cura di), *Esiste uno "stile giuridico" neoliberale? Atti dei seminari per Francesco Denozza*, Milano, 2019, 1-38.

mico e quella del giuridico. Il problema non è quello di fare una storia del pensiero economico, quanto individuare un'altra possibile lettura di questa relazione. La figura di John Maynard Keynes, uno dei più importanti economisti del XX secolo, aiuta a ripensare il legame indagato.

In particolar modo, per intraprendere questa operazione ci soffermiamo su *The End of Laissez-faire*. Data la sua natura storico-teoretica, infatti, questo saggio del 1926 consente di cogliere la genesi della «rivoluzione keynesiana» che vedrà la massima espressione nelle opere degli anni Trenta⁷.

The End of Laissez-faire porta alla luce l'insufficienza dei postulati tradizionali per quanto riguarda una decifrazione accurata del sistema economico mondiale. Rappresenta il tassello chiave della produzione keynesiana degli anni Venti: esso è il luogo dove l'economista di Cambridge assume profonda consapevolezza dell'insufficienza del funzionamento degli automatismi del mercato.

Gli eventi intercorsi nel sistema economico mondiale nel primo dopoguerra apparvero a Keynes non decifrabili attraverso i postulati marshalliani. Come ricostruisce Adelino Zanini «sono soprattutto le conseguenze della tempesta monetaria seguita alla ricostruzione postbellica a indicare il mancato funzionamento degli automatismi di mercato»⁸. L'analisi dei meccanismi inflattivi e deflattivi spinsero l'economista a «considerare gli effetti del mutamento nel livello generale dei prezzi rispetto al ruolo svolto dai soggetti economici nel sistema accumulativo e redistributivo»⁹.

A partire dal *The End of Laissez-faire* Keynes ha evidenziato come il

tendenziale equilibrio delle relazioni funzionali neoclassiche sia quella garanzia senza la *delimitazione* della quale nessuna revisione della teoria economica e politica è pensabile. Egli mostrerà come solo il suo ragionevole accantonamento possa qualificare la teoria economica come

⁷ Si veda J.M. KEYNES, *Trattato della moneta*, 2 voll., Milano, 1979; ID., *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, 2013. Si confronti con la recensione critica di L. EINAUDI, *La fine del "Laissez-faire"?*, in *La Riforma Sociale*, XXXIII, vol. XXXVII, 11-12, 570-573.

⁸ A. ZANINI, *Filosofia economica. Fondamenti economici e categorie politiche*, Torino, 2005, 299.

⁹ *Ivi*, 299-300.

modello aperto, fondato su di un sapere regionale, di necessità votato ad assumere come suo proprio l'orizzonte normativo, al fine di fronteggiare l'incertezza che lo caratterizza¹⁰.

Al centro del saggio del 1926 vi è una raffinata elaborazione del pensiero filosofico-politico moderno. L'operazione keynesiana è volta a elaborare una precisa storia delle idee in grado di far emergere un legame saldo tra liberalismo e diritto, in profonda antitesi con l'*ordre naturel*. Dalle posizioni di Hume e Locke, Keynes fa emergere la nascita dell'individualismo moderno. Il «contratto», nel XVIII secolo, presupponeva «diritti nell'individuo»: l'individuo, infatti, veniva posto al centro della nuova etica. Questi nuovi concetti erano il fondamento intellettuale che sorreggeva il diritto di proprietà e le libertà del proprietario di possedere autonomamente dei propri beni e di disporre sé stesso. Lo scopo della promozione dell'individuo era quello di «destituire il monarca e la Chiesa», con il risultato di «sostenere la proprietà e l'ordine»¹¹. Nella analisi keynesiana viene riaffermato come in assenza del diritto di proprietà e senza l'istituto giuridico del contratto non sarebbe potuto emergere il liberalismo¹².

All'inizio del XIX secolo, però, si realizza l'«unione miracolosa»: viene intrecciato l'«individualismo conservatore» di Locke, Hume, Burke e Johnson con il «socialismo e l'egualitarismo democratico» di Paley, Rousseau, Godwin e Bentham. Questa operazione teorica, però, non sarebbe stata possibile, secondo l'analisi keynesiana, in assenza del contributo degli «economisti». Essi hanno fondato una base scientifica alla idea di armonia divina tra vantaggio privato e bene pubblico: «alla dottrina filosofica secondo cui il governo non ha diritto di interferire, e a quella divina secondo cui non ha nemmeno bisogno, si aggiunge la prova scientifica che tale interferenza è inopportuna»¹³.

¹⁰ *Ivi*, 294. Si confronti anche con A. ZANINI, *Keynes: una provocazione metodologica. Il "continente-Keynes" e l'Europa del novecento: metodo e norme*, Verona, 1985.

¹¹ J.M. KEYNES, *La fine del laissez-faire*, in *Id.*, *Sono un liberale? E altri scritti*, Milano, 2010, 200.

¹² Si confronti con le interpretazioni foucaultiane sul liberalismo. Si veda, in particolare, J.-Y. GRENIER, A. ORLÉAN, *Foucault, l'economia politica e il liberalismo*, Verona, 2023.

¹³ J.M. KEYNES, *La fine del laissez-faire*, cit., 202-203.

Il secolo decimonono, quindi, spalanca le porte, il cui spiraglio fu aperto da Adam Smith, alla terza corrente di pensiero: «il principio del *laissez-faire* giunse ad armonizzare individualismo e socialismo, e a conciliare l'egoismo di Hume con il principio del massimo bene per il maggior numero di individui»¹⁴.

L'uomo d'affari prende il posto del filosofo politico: semplicemente seguendo il profitto privato si realizza il *summum bonum*. Quale che sia stata la ragione, tra il 1750 e il 1850, si sviluppa un terreno fertile per

una dottrina secondo la quale – per motivi divini, naturali o scientifici – l'azione dello Stato doveva essere lasciata all'abilità e al buon senso dei singoli cittadini, mossi dall'ammirevole impulso di cercare di affermar-si nel mondo¹⁵.

L'influsso della teoria di Darwin si inserisce all'interno di questa corrente di sviluppo intellettuale: proprio mentre gli economisti andavano sostenendo che la ricchezza e il commercio erano nati dalla libera concorrenza, i darwiniani andavano oltre, sostenendo che dalla libera concorrenza era nato l'uomo. La «filosofia politica quotidiana» del XIX secolo è stata in grado di armonizzare scuole di pensiero differenti e di unire, verso un unico fine, tutte le teorie più valide. Il filo conduttore, che «univa Hume e Paley, Rousseau e Burke, Bentham e Coleridge, Godwin e Malthus, Darwin e il vescovo di Oxford», era il medesimo: l'*individualismo* e il *laissez-faire*. Questa è stata la ragione per cui

abbiamo una così forte inclinazione a favore del *laissez-faire*, e perché l'intervento dello Stato per regolare il valore della moneta, o il corso degli investimenti, o la popolazione, suscitò l'appassionata diffidenza di molti uomini retti¹⁶.

Nel saggio del 1926, però, Keynes solleva la domanda se siano stati veramente gli economisti, attraverso le loro analisi, ad aver fornito il terreno teorico attraverso cui si è risolta la contraddizione tra il socialismo e l'egoismo emersa dalla filosofia settecentesca. A questo quesito

¹⁴ *Ivi*, 203.

¹⁵ *Ivi*, 204.

¹⁶ *Ivi*, 205.

centrale, però, Keynes fa emergere come questa dottrina non trovi riscontro negli scritti dei maggiori autori. Anche se il «linguaggio degli economisti si prestava a un'interpretazione favorevole al *laissez-faire*», la fama di questa teoria è da imputare «ai filosofi politici del tempo – essa rispondeva alla loro visione – piuttosto che agli economisti»¹⁷.

La formulazione *laissez-faire* non è rilevabile né nell'opera di Smith, né in quella di Ricardo e nemmeno in Malthus, ancor meno, soprattutto, si registra in questi autori un posizionamento dogmatico a riguardo. Persino la formulazione riguardo la «mano invisibile», sostiene Keynes, «riflette la filosofia che noi associamo a Paley piuttosto che il dogma economico del *laissez-faire*»¹⁸.

La generalizzazione di questa idea, inculcata nell'immaginario popolare come se fosse una prescrizione dell'economia politica ortodossa, è derivata, invece, dalle campagne politiche per il libero scambio, dall'influenza della Scuola di Manchester e dagli utilitaristi di matrice benthamiana e da dichiarazioni di economisti non di prima fila. In breve,

il dogma aveva fatto presa sulla macchina educativa ed era diventato una massima da libro di testo. La filosofia politica elaborata nel XVII e XVIII secolo per rovesciare re e prelati era diventata latte per bambini ed era letteralmente entrata negli asili¹⁹.

La conclusione per cui gli individui, agendo indipendentemente e per il proprio interesse, avrebbero prodotto la massima ricchezza complessiva, è dipesa, secondo l'analisi proposta nel saggio, da una varietà di presupposti infondati.

Per quanto il *laissez-faire* abbia dovuto la sua duratura influenza ai bisogni e ai desideri degli uomini d'affari, «questo idolo si sta arrugginendo». Cogliendo il legame essenziale tra «*laissez-faire* e il giusnaturalistico *ordre naturel*»²⁰, Keynes arriva a contestarne la legittimità, sostenendo la necessità di sgombrare il campo dai *principi metafisici* sui quali era stato fondato il *laissez-faire*:

¹⁷ *Ivi*, 206.

¹⁸ *Ivi*, 207-208.

¹⁹ *Ivi*, 210.

²⁰ A. ZANINI, *Macchine di pensiero. Schumpeter, Keynes, Marx*, Verona, 1999, 69.

non è vero che esiste una legge della “libertà naturale” degli individui nelle attività economiche. Non vi è nessun “contratto” che conferisca diritti perpetui a coloro che hanno o che acquisiscono. Il mondo *non* è governato dall’alto in modo che l’interesse privato e l’interesse sociale coincidano sempre, né è governato dal basso di modo che essi coincidano all’atto pratico. *Non* è una corretta deduzione dai principi della scienza economica che l’interesse personale illuminato operi sempre nell’interesse pubblico, né è sempre vero che l’interesse personale sia illuminato; spesso, anzi, gli individui che agiscono separatamente per promuovere i propri fini, sono troppo ignoranti o troppo deboli perfino per raggiungerli. L’esperienza, infine *non* dimostra affatto che gli individui, quando formano un’unità sociale, sono sempre meno lucidi di quando agiscono separatamente²¹.

4. Il sovrano economico keynesiano

In *The End of Laissez-faire* – oltre a riprendere una questione nodale del pensiero politico di Burke riguardo uno dei «problemi più delicati della legislazione», ossia determinare di che cosa «lo Stato debba farsi carico per dirigerlo grazie alla saggezza pubblica» e cosa, invece, vada lasciato all’esercizio del singolo – Keynes fa risaltare la questione della distinzione posta nel *A Manual of Political Economy* di Bentham tra «Agenda» e «Non Agenda».

Il compito principale degli economisti non era quello di distinguere *ex novo* gli «Agenda» dai «Non Agenda» del governo, mentre «il corrispondente compito della politica era quello di individuare forme di governo che, in regime di democrazia, siano in grado di realizzare gli *Agenda*»²². Secondo il cambridgeiano la dimensione ideale «dell’unità di controllo e di organizzazione» si trova in «un punto intermedio tra l’individuo e lo Stato moderno». La forma di governo da prediligere prevedeva un «decentramento e devoluzione di responsabilità» ovunque possibile. Keynes, infatti, immaginava organi semiautonomi interni allo Stato, il cui criterio specifico era il «bene pubblico» che escludeva motivi di interesse privato, nonostante fosse, o potesse risultare, necessario lasciare un certo spazio agli interessi specifici di gruppi particolari. In

²¹ J.M. KEYNES, *La fine del laissez-faire*, cit., 218.

²² *Ivi*, 219.

particolar modo, a interessare Keynes, era la tendenza degli organismi a capitale azionario, una volta raggiunta una certa dimensione e anzianità, ad avvicinarsi allo status di enti pubblici piuttosto che a quello di imprese private individualistiche. Quella inclinazione «alla socializzazione da parte delle grandi aziende». L'esempio più importante è fornito da un'istituzione, in teoria di esclusiva proprietà privata: la Bank of England.

In secondo luogo, l'analisi keynesiana si è focalizzata sull'esigenza di una separazione dei servizi «tecnicamente sociali» da quelli «tecnicamente individuali». Gli *Agenda* che hanno maggiormente interessato il ruolo dello Stato non erano quelle attività che i privati erano già in grado di adempiere, bensì «quelle funzioni che ricadono *al di fuori della sfera dell'individuo*, quelle decisioni che non sono prese da *nessuno* se non è lo Stato a prenderle»²³.

I principali mali economici erano frutto del «rischio, dell'incertezza e dell'ignoranza» e non potevano essere risolti dall'azione dei singoli individui. La cura era da ricercare per un verso

nel controllo deliberato della moneta e del credito da parte di un'istituzione centrale, e per l'altro nella raccolta e nella diffusione su larga scala di dati relativi alla situazione economica, rendendo pubblici, per forza di legge se necessario, tutti i fatti economici che è utile conoscere²⁴.

Queste riflessioni keynesiane erano rivolte «verso un possibile miglioramento nelle tecniche del capitalismo moderno per mezzo dell'azione collettiva». Non vi era incompatibilità con la peculiarità essenziale del sistema capitalistico, ossia quella sua determinazione dall'istinto al guadagno e all'amore per il denaro «quale principale forza motrice del meccanismo economico». Ciò che ha interessato Keynes era il mutamento, quella reazione nei confronti della società animata dalla fame di guadagno dei singoli individui. Non si tratta di una questione meramente tecnica quanto piuttosto di questioni «che in mancanza di espressioni migliori», definisce di carattere psicologico o morale. Facendo i conti con la crisi prodotta dal collasso del liberalismo otto-

²³ *Ivi*, 221.

²⁴ *Ivi*, 223.

centesco, per Keynes era giunto il momento in cui si sarebbero dovute avere idee più chiare riguardo al capitalismo in quanto tecnica efficiente o meno, o come obiettivo più o meno desiderabile.

Da parte mia, penso che il capitalismo, se ben gestito, possa probabilmente essere reso più efficiente di qualsiasi sistema alternativo sinora concepito nel perseguimento di obiettivi economici, ma penso anche che in sé e per sé esso sia per molti versi criticabile. Il nostro problema è quello di mettere in piedi un'organizzazione sociale che sia in sommo grado efficiente senza pregiudicare la nostra idea di uno stile di vita soddisfacente²⁵.

Per quanto lo studio di Keynes sul ruolo della moneta sarebbe approdato a vette economico-normative molto più intense solamente negli anni Trenta, già nei saggi del decennio precedente, come abbiamo mostrato, l'economista inglese fa i conti con le ipotesi fondanti del neoliberalismo. Le considera, infatti, convenzioni scientifiche incapaci di «rendere conto del fenomeno economico più rilevante: la moneta come legame non neutro tra presente e futuro»²⁶.

Assumendo l'intrinseco rapporto tra la sfera monetaria e quella del governo – la cui funzione è la gestione dell'endogena instabilità capitalistica – emerge la «sovranità economica» di Keynes. Anche nel passaggio rivoluzionario alla *General Theory*, quando, diversamente dal *Treatise on Money*, «viene meno la fiducia nel valore normativo della sola politica monetaria», Keynes non muta la sua filosofia²⁷. Quando il saggio di interesse smette di essere lo strumento limite della normazione monetaria keynesiana, lasciando il posto all'assunzione definitiva dello Stato come attore nel ciclo economico, si nota come la maggiore insistenza sull'instabilità economica – la presenza “invasiva” delle aspettative e del tema della fiducia – «se da un lato sembrano rinvigorire lo scetticismo circa le possibilità normative esercitabili dalla politica monetaria, dall'altro richiedono un più esplicito intervento normativo». Si necessita, sottolinea Zanini, che lo «Stato, al limite, divenga diretto attore economico, proprio per dar maggiore impulso all'intervento

²⁵ *Ivi*, 226.

²⁶ A. ZANINI, *Macchine di pensiero*, cit., 71.

²⁷ Si veda A. GRAZIANI, *Keynes e il Trattato sulla moneta*, in A. GRAZIANI, C. IMBRIANI, B. JOSSA, *Studi di economia keynesiana*, Napoli, 1981.

normativo»²⁸. Più è «“mosso” il quadro di riferimento» – più il ciclo economico si presenta instabile – maggiore diviene l’urgenza di un *plan of control* capace di salvare il capitalismo dalla propria strutturale crisi.

Diversamente dalle prospettive che hanno mirato alla neutralizzazione della relazione tra economico e sfera della sovranità politico-giuridica, l’analisi keynesiana rappresenta un tentativo normativo fecondo di intrecciare la dimensione dell’economico, del politico e del giuridico.

In conclusione, questo contributo ha inteso interrogare criticamente il proprio il fondamento teorico del rapporto tra economia e diritto, mettendo in discussione l’impostazione *neoliberale* dominante dell’*EAL* e delle sue premesse epistemologiche. Attraverso una rilettura di *The End of Laissez-faire* emerge la possibilità interpretativa keynesiana di una diversa concezione del diritto, non più subordinato all’efficienza di mercato, ma da intendere come spazio di decisione pubblica e conflitto.

Recuperare, da una prospettiva giusfilosofica, la lezione dell’economista di Cambridge consente, dunque, di restituire al diritto una funzione critica e progettuale, capace di orientare consapevolmente i processi economici in direzione del bene comune e della giustizia sociale contro ogni riduzionismo metodologico dell’individuo e la neutralità dell’ordine di mercato.

²⁸ A. ZANINI, *Macchine di pensiero*, cit., 77.

QUALE LIBERTÀ E QUALE BISOGNO?

APPUNTI PER UNO STUDIO FILOSOFICO-GIURIDICO SUL SOGGETTO CONSUMATORE

Giuseppe Foti

Il presente contributo si propone di indagare la relazione tra il soggetto giuridico e il fenomeno del consumo, soffermandosi in particolare sulla sfera di determinazione del bisogno personale. Il punto di avvio è rappresentato da un'analisi della concezione di libertà nel contrattualismo moderno, in particolare nella teoria di Thomas Hobbes. Manchevole di qualsiasi analisi critica anti-contrattualista (come, per esempio, Hume e l'illuminismo scozzese), lo studio non vuole operare alcuna ricostruzione storica della filosofia moderna o di una fase in particolare; mira, piuttosto, a richiamare l'attenzione sulla concezione di libertà che primeggia nel diritto – in particolare, in ambito privatistico – per il quale uno studio degli autori “*du contrat social*” offre degli spunti di riflessioni ancora oggi rilevanti. Si è coscienti dell'impossibilità di tracciare una definizione di libertà valida per tutti gli autori che compongono «la schiera dei contrattualisti»; perciò, per analizzare il contratto, come atto fondativo dell'ordine, si approfondisce la riflessione hobbesiana sul soggetto e sulla libertà.

La teoria sviluppata da Hobbes nel *Leviatano* rappresenta uno dei primi tentativi sistematici della modernità di fondare un ordine politico-giuridico sulla base della manifestazione di una volontà autonoma da parte di soggetti formalmente liberi ed eguali. Tuttavia, egli non ricorre esplicitamente alla nozione di autonomia. La presenza di tale categoria giuridica viene dunque ricostruita a posteriori, a partire dall'analisi della formazione dell'ordine civile; l'atto di sottomissione razionale all'autorità politica implica infatti una rinuncia all'indipendenza naturale che, letta alla luce della distinzione berliniana, può essere interpretata come

espressione dell'autonomia soggettiva, intesa come esercizio di libertà positiva.

Inoltre, come si vedrà, la possibilità riconosciuta dall'autore di Malmesbury di una permanenza, seppur limitata, di "spazi di indipendenza individuale" nello stato civile, rafforza ulteriormente una certa modalità di intendere la relazione tra l'indipendenza e l'autonomia: una volta costituito l'ordine politico, il diritto, espressione della volontà sovrana, si identifica integralmente con la legge positiva. In ogni caso, laddove il sovrano non sia intervenuto con disposizioni normative, Hobbes ammette la sussistenza di alcune libertà dei sudditi – tra cui la libertà di contrarre obbligazioni – delineando così una implicita connessione tra autonomia e indipendenza che si estende non solo al momento fondativo dell'ordine, ma anche ai rapporti tra privati.

Dopo un breve accenno alla distinzione berliniana tra la libertà negativa e quella positiva, sarà discusso, in primo luogo, il rapporto tra la libertà, il contratto e la formazione dell'ordine civile nella teoria filosofico-politica di Hobbes; successivamente, a dimostrazione di quanto sia complesso l'argomento, si cercherà di chiarire in che modo tale rapporto interagisca con il sistema socioeconomico. Si prosegue riprendendo e delineando nel dettaglio la differenza tra la libertà negativa e positiva nel pensiero di Isaiah Berlin e confrontando le sue riflessioni con quelle di Herbert Marcuse sul bisogno. Da ultimo, si analizza il diritto dei consumatori per sottolineare l'assenza di disposizioni riguardanti l'indipendenza nella definizione dei bisogni individuali.

Thomas Hobbes: la libertà e il patto

In che modo il diritto considera l'autonomia del soggetto-consumatore rispetto alla vendita di beni e all'erogazione di servizi? Il riconoscimento autonomo dei propri bisogni (e se si volesse, persino del non aver bisogno) è giuridicamente tutelato? L'autonomia è posta al di fuori o all'interno delle dinamiche di mercato? Il soggetto-consumatore gode di uno spazio di libertà negativa adeguato all'autonoma costituzione dei propri bisogni e desideri? Può davvero dirsi autonomo quel soggetto la cui scelta è limitata solo tra vari beni di consumo? Queste sono le do-

mande da cui prende avvio la riflessione. Si badi bene, al termine non potranno che ripresentarsi in altra forma e grado. Per trattare la questione è opportuno partire da lontano, soffermandosi su una tra le tematiche che arrovela il pensiero da tutta la storia della filosofia: la libertà. L'interrogativo non può trovare risposta definitiva, intrecciandosi ineluttabilmente con i tempi e i luoghi in cui lo stesso si dispiega, e andando ben oltre le capacità dello scrivente.

Prima di inoltrarci nella teoria hobbesiana, occorre riprendere la nota distinzione berliniana tra libertà «negativa» e «positiva». Nell'introduzione dell'opera *Four Essays on Liberty* del 1969, Berlin risponde alle critiche rivolte ad alcuni saggi da egli pubblicati negli anni precedenti. Il terzo articolo, *Two Concepts of Liberty*, risultato di una conferenza del 1958, attirò particolarmente tanto l'attenzione che l'autore decise di replicare puntualmente alle critiche ricevute, delucidando la distinzione operata alcuni anni addietro. Quanto si espone, dunque, tiene in considerazione le specificazioni successive dell'autore, contenute nell'introduzione dell'opera citata.

In particolare, si tratteggiano i due "tipi" di libertà correlandoli a due domande diverse. La libertà negativa coinciderebbe con «l'assenza di ostacoli alle possibilità dell'azione»¹; la domanda è: «in quale area sono io il padrone?»². Se per Hobbes, nello stato di natura, la libertà negativa dell'essere umano è «l'assenza di impedimenti all'azione», Berlin ne riformula i confini, includendovi non solo l'assenza di coercizione, ma anche la disponibilità effettiva di «possibilità» dell'azione. Al fine di individuare la libertà positiva, invece, la domanda da porsi è: «chi è il padrone?»³. Questa è la libertà che consiste nell'essere padroni di se stessi, soddisfacendo l'esigenza moderna, ma ugualmente fondamentale, dell'autonomia individuale⁴. I due interrogativi non coincidono,

¹ «Il senso in cui uso il termine libertà non comporta soltanto l'assenza di frustrazione (che si può ottenere sopprimendo i desideri), ma l'assenza di ostacoli alle scelte e alle attività possibili – l'assenza di ostacoli lungo le strade che una persona può decidere di percorrere»: I. BERLIN, *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989, 33.

² *Ivi*, 37.

³ *Ibidem*.

⁴ «Il senso "positivo" della parola "libertà" deriva dal desiderio da parte dell'individuo di essere padrone di se stesso. Voglio che la mia vita e le mie decisioni dipendano

seppur possono condurre alla medesima risposta; banalmente, la libertà negativa definirebbe l'influenza di potere subita dall'autorità; la libertà positiva, invece, convoglierebbe l'autorità nelle proprie mani⁵.

Nella teoria politico-giuridica di Hobbes, l'accesso consensuale e pattizio allo stato civile si configura come una cessione della propria libertà negativa. Questo passaggio mette in luce il ruolo del contratto nella strutturazione dell'ordinamento politico-giuridico. Nucleo della teoria politica moderna, in grado di risolvere il rovesciamento del principio legittimante l'ordine sociale e politico (da Dio-padre al Soggetto)⁶, il contratto è l'artificio teorico affermativo della "pretesa innaturalità" di un sistema fondato su una visione teologica e olistica del mondo, in cui le relazioni sociali sono interpretate come immutabili e a cui tutti gli uomini sono fino a quel momento ontologicamente e giuridicamente subordinati. Il contratto è l'incontro delle libere volontà dei soggetti, adesso capaci di decidere da sé, secondo ragione, cosa è meglio per sé⁷; è ciò che consente di uscire dalla rigidità dell'età di mezzo e di ristabilire un ordine che si potrebbe definire atemporale, perché proiettato verso un futuro indefinito; è ciò che per Hobbes permetterebbe di porre fine ai conflitti che hanno logorato e logorano la terra inglese durante il XVII secolo⁸. Egli descrive l'essere umano come un individuo di bisogni, "costretto" dal movimento incipiente (*conatus*), alla continua ri-

da me e non da forze esterne di qualsiasi tipo. Voglio essere strumento dei miei stessi atti di volontà e non di quelli di altri. Voglio essere un soggetto, non un oggetto». *Ivi*, 197.

⁵ Così si esprime Berlin riferendosi agli autori che si sono occupati dell'una o dell'altra concezione: «I primi vogliono ridurre l'autorità in quanto tale [libertà negativa], i secondi vogliono che questa sia posta nelle loro mani [libertà positiva]. Questo è un punto di importanza fondamentale. Non si tratta di due interpretazioni diverse di unico concetto, ma di due atteggiamenti profondamente divergenti e inconciliabili nei confronti dei fini della vita. E questo va comunque riconosciuto, anche se in pratica è spesso necessario trovare un compromesso tra i due. Perché entrambi avanzano pretese assolute, che non possono entrambe essere soddisfatte completamente. Ma costituisce una profonda mancanza di comprensione sociale e morale non riconoscere che il soddisfacimento che ciascuno di essi esige è un valore ultimo che, sia storicamente sia moralmente, ha diritto ad essere annoverato tra gli interessi più profondi dell'umanità». *Ivi*, 231.

⁶ A. LO GIUDICE, *La democrazia infondata*, Roma, 2012, 13-51.

⁷ L. STRAUSS, *Che cos'è la filosofia politica? Scritti su Hobbes e altri saggi*, Urbino, 1977.

⁸ N. BOBBIO, *Thomas Hobbes*, Torino, 2004.

cerca e apprensione di tutte quelle esternalità che possano consentirgli di conservare la propria esistenza. Lo stimolo proviene dall'esterno e si ripercuote sugli organi di senso; il movimento degli oggetti genera il movimento umano⁹. Dal meccanicismo hobbesiano segue che in assenza della legge positiva non possono esistere concezioni del bene e del male universalmente valide; queste si risolvono invece nei desideri e nelle avversioni che l'individuo nutre verso o avverso gli oggetti¹⁰. Privato di ogni etica (per il quale sarà criticato da Cartesio)¹¹, macchina sospinta verso la vita, l'individuo deve far di tutto al fine di non interrompere il proprio movimento, nel tentativo di proteggere la sua singola esistenza. Al contrario, la morte. La spinta verso l'autoconservazione si accompagna alla disponibilità di una libertà di movimento potenzialmente illimitata; questo è, come si è detto, ciò che per Hobbes è la libertà negativa: «assenza di impedimenti esterni»¹². Il conato spinge verso l'azione, ma la volontà, ultimo atto del processo deliberativo¹³, non è ciò che garantisce la concreta soddisfazione dei propri desideri. A tal fine, invece, il singolo deve conquistare un potere sempre più grande che ne assicuri l'indipendenza (libertà negativa) e che gli consenta di ottenere tutto ciò che desidera («cioè un continuo stato di prosperità, costituisce ciò che gli uomini chiamano *felicità*»)¹⁴. L'inevitabile ten-

⁹ «La causa del senso è il corpo esterno od oggetto, che stimola l'organo corrispondente a ciascun senso»: T. HOBBS, *Leviatano*, Torino, 1955, 48.

¹⁰ *Ivi*, 87.

¹¹ Come riporta A. BIRAL, *La società senza governo*, in G. DUSO (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Milano, 1993, 51-108, rispetto al *De Cive*, Cartesio dirà che le «massime politiche» sono «très mauvaises et dignes de censure», in C. ADAM, P. TANNERY (a cura di), *Lettre au P. *** (1642)*, *Œuvres de Descartes*, Paris, 1897-1913, vol. IV, 67.

¹² «Per libertà s'intende, secondo il più esatto significato della parola, l'assenza di impedimenti esterni, i quali possono spesso stornare una parte del potere dell'uomo dal fare ciò che egli si propone, ma non possono impedirgli completamente di usare il potere che gli rimane seguendo i dettami del suo giudizio e della ragione»: T. HOBBS, *op. cit.*, 163.

¹³ «Nella deliberazione si chiama *volontà* l'ultimo desiderio od avversione, immediatamente riferenti al compimento od all'abbandono di essa. La volontà è in questo caso l'atto, non la facoltà del volere». *Ivi*, 94.

¹⁴ *Ivi*, 97. Aggiunge più avanti: «considero come inclinazione comune a tutto il genere umano, un perenne ed insaziabile desiderio di sempre maggiore potere che si estin-

sione tra più esseri umani verso i medesimi beni è la causa produttrice del conflitto (potenziale) nello stato di natura¹⁵, che si rivela allora «uno stato di continuo timore e pericolo di morte violenta», dove la vita è «solitaria, misera, ripugnante, brutale e breve»¹⁶. Tuttavia, attraverso la ragione, gli stessi sono in grado di comprendere che solo la pace può assicurarne l'esistenza e la sua conservazione. A tal fine, ognuno deve rinunciare, a condizione di reciprocità, al proprio diritto di natura, stipulare il patto e obbedire alle leggi in esso contenute.

La partecipazione pattizia e individuale all'ordine civile evidenzia la capacità di ogni essere umano di autodeterminarsi (libertà positiva), rinunciando volontariamente al proprio diritto di natura; ciò è diretta conseguenza dell'uguaglianza naturale e della medesima facoltà di ragionare. Allo stesso modo, se l'astratta assenza di impedimenti (libertà negativa) è ciò che in concreto genera lo stato di guerra tra tutti contro tutti, allora alla rinuncia al proprio diritto di natura segue necessariamente la rinuncia al suo esercizio e alla libertà negativa. Si potrebbe dedurre a questo punto che il contratto come legge fondamentale, mentre sacrifica (o limita) la libertà negativa, consacra la libertà positiva del soggetto, la sua capacità di dar vita razionalmente a un nuovo ordine¹⁷.

gue soltanto con la morte. La causa di ciò non è sempre determinata dalla speranza di raggiungere una felicità più completa di quella che già si possiede, o dal fatto che non ci si contenta di un potere limitato, ma dall'impossibilità di rendere sicuri il potere ed i mezzi per vivere bene che già si sono conquistati, se non con il procurarsene di maggiori». *Ivi*, 130.

¹⁵ «Da questa eguaglianza di capacità scaturisce l'eguaglianza delle speranze di realizzare i fini che ci proponiamo. Di conseguenza, se due uomini desiderano la stessa cosa che tuttavia non possono entrambi ottenere, divengono nemici, e per raggiungere il loro scopo, che è in primo luogo la propria conservazione e spesso soltanto il proprio piacere, fanno di tutto per distruggersi od assoggettarsi l'uno all'altro». *Ivi*, 157.

¹⁶ *Ivi*, 160.

¹⁷ In modo parzialmente differente, ma ancor più chiaro, forse, John Locke, il quale fa coincidere la libertà negativa con lo spazio tratteggiato dal diritto di proprietà di ognuno. Per Locke, il contratto è lo strumento di protezione del proprio diritto naturale e garanzia per l'estensione di tale diritto, subordinando la libertà negativa all'esercizio della libertà positiva. Scrive Locke: «Niente può rendere un uomo tale, se non il suo entrare realmente a far parte di uno stato con un impegno positivo e con un patto e una promessa espressa. Questo è ciò che io penso circa l'origine delle società politiche e relativamente al consenso che rende un uomo membro di uno stato [...] Il fine principa-

In Hobbes, tale atto individuale di espressione soggettiva – benché non pienamente assimilabile alla concezione moderna dell'autonomia – è ciò che permette di giustificare l'obbedienza a partire da una condizione di eguale libertà naturale. Tramite un'autorizzazione individuale avviene la cessione, a condizione di reciprocità, del proprio diritto di natura e della propria libertà negativa a un soggetto terzo. S'instaura, dunque, un rapporto tra il momento contrattuale e le limitazioni della propria indipendenza, così come una stringente relazione tra la libertà positiva e la legge fondamentale, espressione della soggettività. Si tratta, in fondo, dei presupposti teorico-politici e degli strumenti concettuali che permettono di infrangere l'ordine simbolico e istituzionale dell'età di mezzo.

Le leggi del mercato: tra libertà e necessità?

L'affrancamento dai rigidi vincoli personalistici dell'ordine gerarchico feudale apre definitivamente le porte alla modernità¹⁸. Scolasticamente, ciò che Maine ha definito il passaggio dallo status al contratto¹⁹. Questo non significa che gli accordi contrattuali non sussistessero ancor prima dell'età moderna; tuttavia, è solo a partire da questa tappa storica che i medesimi acquistano un significato diverso, trasformandosi in un patto costitutivo tra soggettività libere, eguali e capaci di decidere autonomamente di creare un ordine, dapprima inesistente, e di vincolarsi reciprocamente a rispettarlo. Se prima il contratto regola la gestione del potere, concludendosi tra entità preesistenti, ora invece è atto

le e fondamentale per cui gli uomini si uniscono in stati e si sottomettono al governo, dunque, è la salvaguardia della proprietà» (J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Pisa, 2007, 261-262).

¹⁸ Si è coscienti della schematizzazione della presente ricostruzione; è chiaro che non si possa definire un momento esatto nel quale termini un periodo storico e cominci il successivo.

¹⁹ H.S. MAINE, *Ancient Law. Its Connection with the Early History of Society*, New York, 1906. Si veda la definizione probabilmente più precisa di Carl Schmitt sulla differenza tra il «contratto di status» («una condizione permanente di vita, che abbraccia la persona nella sua esistenza e la inserisce in un ordinamento generale») e il contratto libero della modernità: C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Milano, 1984, 98 ss.

costituente del politico, l'ipotesi logica che garantisce la legittimità dell'ordine. Condizioni logico-concettuale per la stipula di un accordo siffatto, come si è più volte detto, non possono che essere l'eguaglianza e la libertà dei soggetti stipulanti. La libertà di cui trattasi è la libertà positiva, come «capacità di darsi delle regole da sé». Tuttavia, la libertà del (e nel) contratto è valida per ogni essere umano, ma solo quale soggetto astratto: poco importa se si tratta di individui concretamente diseguali (del rapporto produttore-consumatore o proprietario-non-proprietario), liberi ed eguali sono tutti i membri dell'ordine sociale, in quanto liberi ed eguali si concepiscono all'atto dello scambio²⁰. Al pari del contratto «come atto costituente», che giustifica e origina lo Stato, anche nella concezione moderna del contratto di diritto privato sembrano rintracciarsi gli stessi elementi strutturali: uguaglianza formale, autonomia e consensualità. Il contratto originario definisce dunque lo spazio giuridico all'interno del quale si rende possibile la stipula di contratti "contingenti". A partire da questo atto originario di autodeterminazione, prende forma la possibilità di ulteriori atti negoziali autonomi, resi possibili dalla libertà negativa che permane in capo al singolo all'interno dell'ordine civile – una libertà che può essere nuovamente limitata su base volontaria. Come segnala lo stesso Hobbes:

La libertà del suddito consiste perciò soltanto in quelle cose che un sovrano non ha contemplate all'atto della promulgazione di quelle norme atte a regolare le azioni dei suoi soggetti; e tali sono la libertà di comprare e vendere e di stipulare un qualunque contratto con altri, quella di scegliere il luogo della propria residenza, il proprio cibo, il proprio sistema di vita, e di educare i propri figli nel modo che a ciascuno sembra migliore, ecc.²¹.

Entrambi, in ogni caso, sembrano scontrarsi con i rilievi marxisti sulle contraddizioni che il sistema socioeconomico porta con sé. Tra le leggi del modo di produzione capitalistico si possono annoverare: la possibilità astrattamente eguale per tutti di soddisfare i propri bisogni di consumo appropriandosi privatamente delle risorse; la correlata necessità di creare nell'altro sempre bisogni nuovi, costringendolo a una si-

²⁰ P. BARCELLONA, *Individualismo proprietario*, Torino, 1987.

²¹ T. HOBBS, *op. cit.*, 251.

tuazione di dipendenza, al fine di soddisfare il proprio bisogno²². Insomma, bisogna incitare l'altro sempre verso nuovi modi di godimento. Se ciò è vero, si può quindi affermare che ogni definizione filosofico-politica e filosofico-giuridica della libertà come autonomia è condizionata dalle storiche condizioni economiche e sociali. Quest'ultime, infatti, ne determinano una conformazione *ab origine*, alla luce delle differenziazioni reali tra gli individui. Il singolo si libera dal rigido status dell'ordine feudale, aderendo, più o meno consapevolmente, a un nuovo sistema socioeconomico, il cui spazio e la cui legge sono quelle del mercato, e su cui si fonda materialmente la sua autonomia. Sia l'indipendenza, così come è stata definita, sia l'autonomia, sembrano influenzate dalle condizioni materiali d'esistenza. Il soggetto è inteso come giuridicamente autonomo, nonostante il condizionamento conseguente alle leggi regolative dello scambio economico (le quali sono spazialmente e temporalmente oggetto di determinazione capitalistica)²³. Con ciò non si vuole addurre che il singolo non sia in grado di compiere atti autonomi; piuttosto, che la libertà, in particolar modo in campo economico, non possa svincolarsi dalla necessità, intesa non come ineluttabilità, ma come delimitazione della libertà. In sintesi, si sostiene che la libertà di ogni individuo in campo economico è strettamente correlata al suo "stato eteronomico", ossia all'affermazione storica e ai presupposti irrisolti dei rapporti sociali di produzione-consumo capitalistici; dunque, al mercato e all'applicazione reale delle sue leggi fondamentali, variamente estese ai più disparati ambiti della vita.

²² Nelle parole di Marx: «Sotto la proprietà privata le cose assumono un significato inverso: ogni uomo mira a creare nell'altro un nuovo bisogno, per costringerlo a un nuovo sacrificio, per porlo in una nuova dipendenza e incitarlo a un nuovo modo di godimento e quindi di rovina economica. Ognuno cerca di creare al di sopra dell'altro una forza essenziale estranea per trovare in ciò la soddisfazione del proprio bisogno egoistico. L'aumento della massa di oggetti è dunque accompagnato da un'estensione del regno degli esseri estranei a cui l'uomo è soggetto, ed ogni nuovo prodotto rappresenta una nuova possibilità di reciproco inganno e di reciproca spogliazione» (K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, a cura di F. Andolfi, G. Sgrò, Napoli-Salerno, 2018, 205).

²³ D. HARVEY, *Geografia del dominio. Capitalismo e produzione dello spazio*, Bologna, 2019.

La libertà nel consumo. Un confronto tra Berlin e Marcuse

Riprendendo adesso il pensiero di Berlin, ci si soffermerà sulla contrapposizione dallo stesso evidenziata tra l'io «reale» e l'io «empirico»²⁴; questo ci condurrà verso un confronto con l'opera *One-Dimensional Man* di Herbert Marcuse. Secondo il primo, alcuni tra i pensatori liberali, nel tentativo di definire la libertà positiva, hanno spesso contrapposto un «vero io», che corrisponderebbe alla parte razionale dell'essere umano, a un io «empirico», in costante balia di desideri e passioni irrazionali. Il secondo andrebbe modellato in ragione del primo. Ciò li ha condotti ad affermare cosa debba intendersi per essere umano, autorizzando l'esercizio della coercizione «per rendere razionale la parte irrazionale della società»²⁵. La ricerca dell'ordine e della sicurezza, allora, s'intreccia storicamente con l'affermazione di una razionalità umana superiore, conoscibile tuttavia solo da certi uomini²⁶ (l'utilizzo del genere maschile non è casuale). Se ne trae che la ricerca della libertà positiva, allontanatasi dal suo corrispondente negativo, può comportare, nell'incontro con la prassi, l'ascesa di un regime dispotico.

A questo punto, è importante mettere in evidenza che nel definire la libertà negativa come «l'assenza di ostacoli alle possibilità dell'azio-

²⁴ I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, in *Quattro saggi sulla libertà*, Milano, 1989, 198-201.

²⁵ Diversi gli autori a cui in tal senso si riferisce Berlin, tra cui Fichte e Comte. «Devo fare per gli uomini (o con gli uomini) ciò che essi non possono fare per se stessi e non posso chiedere il loro permesso o consenso, perché essi non sono in grado di sapere ciò che è meglio per loro; in realtà ciò che essi accettano e permettono può comportare una vita di spregevole mediocrità o fors'anche la loro rovina e il loro suicidio. Vorrei citare il vero progenitore di questa dottrina eroica, Fichte, di nuovo: "Nessuno ha [...] diritti contro la ragione". "L'uomo teme di subordinare la sua soggettività alle leggi della ragione. Preferisce la tradizione o l'arbitrio"». *Ivi*, 215-7.

²⁶ «Ma la concezione "positiva" della libertà come padronanza di sé, con la sua immagine di un uomo diviso, in lotta con se stesso, si è prestata più facilmente – è un dato di fatto storico e anche di dottrina e di pratica – a questa scissione in due della personalità: un controllore trascendente in posizione di dominio e una matassa empirica di desideri e passioni che dev'essere disciplinata e portata alla sottomissione»: I. BERLIN, *op. cit.*, 200.

ne», Berlin svincola la libertà dalla volontà²⁷. Ponendo l'accento sulla possibilità, egli "arresta" il concetto di libertà negativa hobbesiano, anteponendolo all'azione in sé; non sono libero in quanto non ostacolato nella realizzazione di ciò che voglio, ma perché posso scegliere, entro un certo spazio d'indipendenza, tra varie potenziali azioni. La correzione che apporta nell'introduzione al volume *Four Essays on Liberty* consiste nella chiarificazione che nella sua concezione non possa ammettersi il significato stoico del termine. Prima di poter esercitare qualsiasi volontà, devo essere libero di poter scegliere tra una pluralità di opzioni possibili; ciò implica che l'assenza di desiderio non mi condurrà verso la libertà "berliniana". Il sistema socioeconomico e l'ordinamento giuridico, invece, sembrano trascurare la libertà connessa al bisogno. Dovendo crescere stabilmente per conservarsi²⁸, il sistema capitalistico obbliga a un consumo spasmodico e superfluo. Così, devo voler consumare, e la proprietà dell'oggetto opererà alla definizione della mia esistenza sociale. In sostanza, non sono in alcun caso libero di non consumare, "di non aver bisogno di aver bisogno"²⁹.

Sembra che l'ordinamento, invece, non prenda in considerazione questa conformazione della libertà individuale (e la sua tutela). Alla

²⁷ «La mera esistenza di alternative non è perciò sufficiente a rendere libera la mia azione (sebbene possa essere volontaria) nel senso normale del termine. L'estensione della mia libertà sembra dipendere (a) da quante possibilità mi siano aperte, anche se il modo di contarle può non essere mai altro che approssimativo. Le possibilità d'azione non sono entità discrete come delle mele, che possono essere enumerate esaustivamente. (b) Da quanto sia facile o difficile rendere attuali ciascuna di queste possibilità. (c) Da quanto siano importanti queste possibilità, quando si confrontino l'una con l'altra, entro il mio progetto di vita, dato il mio carattere e date le circostanze. (d) Fino a che punto esse mi siano chiuse o aperte per atti deliberati da parte di agenti umani. (e) Che valore attribuisca alle varie possibilità non solo l'agente, ma il comune sentire della società in cui egli vive. Tutte queste grandezze devono essere "integrate" e da questo processo si deve trarre una conclusione, che necessariamente non è mai precisa e incontrovertibile». *Ivi*, 237-8.

²⁸ Il riferimento è alla sua composizione ideale. Si veda il passaggio dalla riproduzione semplice a quella allargata, K. MARX, *Il capitale*, vol. II, a cura di Bruno Maffi, Torino, 1979.

²⁹ Concordemente a quanto sostenuto da Berlin, non si vuole affermare che dobbiamo smettere di desiderare, ma che è necessario uno spazio non immediatamente economico in cui decidere se e cosa abbiamo bisogno.

domanda «chi è il padrone a cui spetta definire le proprie esigenze di consumo?», il sistema politico-giuridico risponderebbe che si tratta del soggetto consumatore, in quanto autonomo (risposta tautologica, che presuppone ontologicamente l'autonomia del soggetto). Il quesito «in quale area sono io il padrone nella definizione dei miei bisogni e desideri?», invece, resterebbe inevaso, non trovando riconoscimento né eventuale garanzia. Una controargomentazione potrebbe consistere nell'affermare che la possibilità di scegliere tra vari beni di consumo sia lo spazio di libertà negativa adeguato alla definizione del bisogno. Tuttavia, se non sono libero dall'influenza delle leggi economiche che m'inducono al consumo, se non sono libero di non aver bisogno, posso considerarmi indipendente e autonomo? In altre parole, come si proverà a sostenere a partire da Marcuse, è importante non solo la possibilità di scegliere in sé, ma anche cosa può essere scelto. Possiamo sentirci anche appagati dal soddisfacimento del bisogno di consumare, ma, come scrive il francofortese, «la libera scelta tra un'ampia varietà di beni e di servizi non significa libertà se questi beni e servizi alimentano i controlli sociali su una vita di fatica e di paura – se, cioè, alimentano l'alienazione»³⁰.

Per Marcuse, la ragione tecnologica ha mutato la base del dominio, sostituendo progressivamente la dipendenza personale tra gli uomini (schiavo-padrone, servo-signore feudale) con ciò che egli chiama «un ordine oggettivo delle cose (delle leggi economiche, del mercato, ecc.)»³¹. Ad ogni modo, dietro l'asservimento dell'uomo a un apparato produttivo «superiore», egli ravvisa la persistente soggiogazione dell'essere umano sull'essere umano; ciò che mutano sono le forme di controllo e manipolazione sociale dirette al mantenimento delle condizioni di dominio. Nell'opera *One-Dimensional man*, Marcuse afferma che, al fine di conservare gli interessi particolari dominanti, la società industriale avanzata³² non si limiti a determinare le attività socialmente

³⁰ H. MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, Torino, 2020, 21-2.

³¹ *Ivi*, 152.

³² Questa affermazione è ancor più corretta a seguito dell'avvento del neoliberalismo. Durante il periodo taylorista-fordista, infatti, la pubblicità veicola messaggi aventi ad oggetto l'utilità del bene offerto; sotto l'egida del neoliberalismo, invece, si vende, prima di tutto, la rappresentazione di un certo *modus vivendi*, uno *status*. Come scrive

richieste all'apparato, ma si occupi di stabilire bisogni e aspirazioni individuali. Nell'inoculamento dei «falsi bisogni» risiederebbe la forma più efficace di lotta contro l'affermazione della “vera” autonomia individuale³³. L'essere umano può trovare anche appagamento dalla loro soddisfazione, ma questo non muta la sua condizione: uno schiavo felice, è pur sempre uno schiavo. Tale stato di cose è definito da Marcuse come «soddisfazione repressiva»³⁴. L'obiettivo è allora il riconoscimento dei bisogni falsi e la loro sostituzione con i bisogni veri. Ma chi decide quando un bisogno sia vero e quando sia falso? Questo diritto, per Marcuse, spetta esclusivamente al singolo, aggiungendo che «fintanto che sono ritenuti incapaci di essere autonomi, fintanto che sono indottrinati e manipolati (sino al livello degli istinti), la risposta che essi danno a tale domanda non può essere accettata come fosse la loro»³⁵.

Entrambi gli autori, dunque, sostengono la necessità di focalizzarsi sulla libertà come indipendenza³⁶, la quale, specificamente nel pensiero del francofortese, assume i tratti dell'assenza di manipolazione nella

Fumagalli: «Da questo punto di vista, la spinta al consumo non è dettata dalla necessità di soddisfare dei bisogni ma piuttosto dalla necessità di dimostrare l'appartenenza al senso comune» (A. FUMAGALLI, *Bioeconomia e capitalismo cognitivo. Verso un nuovo paradigma di accumulazione*, Roma, 2009, 114).

³³ «La forma più efficace di lotta contro la liberazione è la coltivazione di bisogni materiali e intellettuali che perpetuano forme obsolete di lotta per l'esistenza [...] Qui [nella società opulenta] i controlli sociali esigono che si sviluppi il bisogno ossessivo di produrre e consumare lo spreco; il bisogno di lavorare sino all'istupidimento, quando ciò non è più una necessità reale; il bisogno di mantenere libertà ingannevoli come la libera concorrenza a prezzi amministrati, una stampa libera che si censura da sola, la scelta libera tra marche e aggeggi vari»: H. MARCUSE, *op. cit.*, 18-20.

³⁴ Non è ciò di cui parla Berlin nell'introduzione e nel paragrafo «La cittadella interiore». In tal caso, egli si focalizza piuttosto su una condotta passiva che potremmo definire come «de-soddisfazione repressiva», ossia la volontaria inibizione dei propri desideri. Per Marcuse, invece, è proprio l'incessante consumo ad asservire e opprimere. Si veda nt. 27.

³⁵ H. MARCUSE, *op. cit.*, 20.

³⁶ Berlin apparirebbe rispetto a Marcuse più cauto nelle sue affermazioni. Certamente, anch'egli ammette la necessità della libertà negativa: «Senza dubbio ogni interpretazione della parola libertà, per quanto insolita, deve includere un minimo di ciò che ho chiamato libertà “negativa”. Dev'esserci un'area entro la quale non sono frustrato» (I. BERLIN, *op. cit.*, 226).

definizione dei propri bisogni e desideri. Inoltre, in entrambi emerge che il criterio della libera scelta non è assoluto, ma relativo. Si potrebbe dire che non guardino alle possibilità dell'azione "quali che siano", ma al loro contenuto qualitativo. Secondo Marcuse, l'atto di scegliere tra diversi prodotti si riduce a unica opzione disponibile, volta a mantenere intatte le strutture di potere dell'ordine socioeconomico; in questo contesto si verificherà ciò che Berlin chiama l'effetto «uva acerba», che induce a ritenere quell'unica opzione come ciò che davvero si desidera³⁷. Il Marcuse "umanista" auspica l'eliminazione della repressione operata attraverso il dispositivo consumistico, al fine di giungere all'autentica autonomia individuale. Nello specificare quali siano i bisogni veri e quali i falsi, però, sembra cadere nell'errore che Berlin denuncia acutamente, ossia nella volontà di voler individuare il «vero» io (o forse di caratterizzare l'io «empirico»), di voler razionalizzare la parte irrazionale della società³⁸.

³⁷ «Questo chiarisce perché la definizione di libertà negativa come capacità di fare ciò che si desidera – che è quella effettivamente adottata da Mill – non va bene. Se mi rendo conto di poter fare poco o niente di ciò che voglio, basta che limiti o soffochi i miei desideri e divento libero. Se il tiranno (o "il persuasore occulto") riesce a condizionare i suoi sudditi (o i suoi clienti) ad abbandonare i loro desideri originari e ad abbracciare ("interiorizzare") la forma di vita che egli ha creato per loro, in base a questa definizione egli sarà riuscito a liberarli. Indubbiamente, egli li avrà fatti sentire liberi, allo stesso modo in cui Epitteto si sente più libero del suo padrone (e il proverbio dice che l'uomo buono si sente felice anche sulla ruota della tortura). Ma ciò che egli ha creato è proprio l'antitesi della libertà politica» (I. BERLIN, *op. cit.*, 205).

³⁸ «I soli bisogni che hanno un diritto illimitato ad essere soddisfatti sono quelli vitali: il cibo, il vestire, un'abitazione adeguata al livello di cultura che è possibile raggiungere [...] La "verità" e la "falsità" dei bisogni designano condizioni obbiettive nella misura in cui la soddisfazione universale dei bisogni vitali e, al di là di questa, la progressiva riduzione della fatica e della povertà sono criteri universalmente validi» (H. MARCUSE, *op. cit.*, 20).

La disciplina dei consumatori tra indipendenza e autonomia degli agenti economici

Quanto fin qui detto, ora verrà messo a confronto con un'analisi del diritto positivo, in particolare del diritto dei consumatori³⁹. Lo scopo è quello di dimostrare la manchevole tutela dell'indipendenza precontrattuale del consumatore, cioè della sua libertà negativa nella formazione del bisogno. La disciplina dei consumatori europea e nazionale è diretta al riequilibrio della posizione contrattuale del «soggetto debole», specificamente individuato in ragione della natura del contratto e dell'astratta configurazione dei due contraenti (consumatore e professionista). Da un lato, la sua introduzione tenta di riequilibrare la posizione delle parti nel rapporto obbligatorio, in ragione di un deficit di potere contrattuale e di un'asimmetria informativa; a tal fine, definisce dei limiti e degli obblighi che conformano l'autonomia delle parti coinvolte (la quale rimane ugualmente fondante); dall'altro lato, non sembra occuparsi dell'indipendenza legata al bisogno, soggetta, invece, alle leggi del mercato.

L'organica disciplina legislativa interviene direttamente ed esclusivamente sulla libertà positiva; il legislatore storico, infatti, si focalizza sul livello di conoscenza del consumatore, il quale una volta dotato delle informazioni necessarie, si presume essere in grado di prendere autonomamente una decisione. In particolare, si nota un assenso tacito del diritto in ordine alla possibilità di influenza da parte delle imprese nella definizione dei bisogni dei consumatori. La mancanza di disposizioni in tal senso consente alle grandi società un'ampia libertà negativa (assenza di ostacoli alla possibilità) di influenzare ciò di cui l'individuo può avere bisogno. Insomma, la *ratio* sottesa alla tutela del consumatore è di proteggere il soggetto debole della contrattazione, ma entro i confini del Mercato Unico Europeo⁴⁰. È un tentativo di razionalizzazione della fi-

³⁹ Nonostante ci riferisca espressamente alla disciplina positiva, oggi sembra sempre più difficile confinare l'atto di consumo al mero acquisto di una merce. Si v. L. DE MICHELIS, G. LEGHISSA, *Biopolitiche del lavoro*, Milano, 2008.

⁴⁰ «Nell'*acquis communautaire*, il principio della tutela del consumatore è stato a lungo configurato come strumentale ed accessorio rispetto a quello della concorrenza e del libero mercato e non è riuscito ad assurgere a criterio-guida inderogabile di regolazione dell'attività economica. Non a caso il TCE, all'art. 153, da un lato dichiara che

gura astratta, che rispetti e rispecchi l'ordine socioeconomico e la soddisfazione individuale del bisogno⁴¹.

Il capo I del Titolo III del Codice del Consumo, rubricato «pratiche commerciali» si occupa di disciplinare le medesime, definite come

qualsiasi azione, omissione, condotta o dichiarazione, comunicazione commerciale ivi compresa la pubblicità e la commercializzazione del prodotto, posta in essere da un professionista, in relazione alla promozione, vendita o fornitura di un prodotto ai consumatori.

Anche senza entrare nel dettaglio della disciplina emerge chiaramente come il diritto contempra la possibilità per il “professionista” di vendere trasmettendo simbolicamente altro, oltre la mera materialità dell'oggetto. Dopo aver definito e vietato le pratiche commerciali scorrette, l'articolo 20 del Codice prevede che «è fatta salva la pratica pubblicitaria comune e legittima consistente in dichiarazioni esagerate o in dichiarazioni che non sono destinate ad essere prese alla lettera». Nel rispetto della veridicità delle caratteristiche del prodotto (tra cui il prezzo), l'impresa può cercare di vendere attraverso la trasmissione di un *habitus*⁴², la cui reinterpretazione ed eventuale assimilazione spetta al singolo consumatore⁴³. Non vi è nessuna tutela dell'indipendenza indi-

l'Unione “contribuisce al conseguimento di un livello elevato di protezione dei consumatori”, dall'altro riconosce la continuità con l'azione precedente, ossia con le “misure adottate in applicazione dell'art. 95 nel quadro del mercato interno”. Il fine precipuo di questa politica comunitaria resta quello indicato nel par. 1 del citato art. 153, ossia di contribuire a “tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori, nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per salvaguardare i propri interessi”». A. BONELLI, *Libera concorrenza e tutela del consumatore: un bilanciamento problematico nell'ordinamento comunitario e nel diritto interno*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2010, 45.

⁴¹ A. SOMMA, *Il diritto privato liberista. Riflessioni sul tema dell'autonomia privata stimulate da un recente contributo*, in *Boletín Mexicano De Derecho Comparado*, vol. 1, n. 101, 2001.

⁴² P. BORDIEU, *La distinzione. La critica sociale del gusto*, Bologna, 2001.

⁴³ Non solo, il significante si svuota: così, una nota società produttrice di *snack* può affermare che se mangi il biscotto da loro commercializzato rivendichi il divertimento e liberi il tuo ego, mentre una pregevole compagnia di telecomunicazione ci ricorda che insieme alla tecnologica tutto è possibile.

viduale contro la libertà di soggetti economici che spendono cifre esorbitanti per l'occupazione dello spazio visivo. Non sembra essere presente alcuna disposizione rispetto alla totalità dei messaggi pubblicitari, che considerati quantitativamente aggregati mutano qualitativamente il proprio ruolo socio-istituzionale⁴⁴. Ciò è strettamente connesso alla logica individuale del contratto e alla preminente tutela della libertà come autonomia mercantile. Una disposizione come l'articolo 20 garantisce che ciascun *target* di consumatore possa avvalersi di una rappresentazione mitica ed eteronoma⁴⁵. In vendita non è solo un prodotto, ma la sua immagine e la possibilità di riflettersi in essa. Allora, l'immagine prende il posto dell'immaginazione, mediando tra la percezione del reale e la capacità di elaborare un giudizio critico⁴⁶. In definitiva, non spetta al consumatore definire il proprio bisogno. Egli è chiamato a prender parte al contratto, sospinto da nessun'altra scelta possibile verso la società del consumo; può solo preferire un prodotto rispetto a un altro, tutti aventi simili funzioni, tale che, forse, dietro la sua autonomia si celi la marcusiana non-libertà.

Concludendo

Dalla teorizzazione hobbesiana apprendiamo che il conflitto tra libertà negative necessita una risposta istituzionale. La relazione tra la libertà negativa di commercializzare e la libertà negativa di uno spazio di riflessione intorno al proprio bisogno obbliga a una risoluzione giuridica di tale conflitto e dunque a un giudizio di valore. La tutela dell'autonomia non sembra poter bastare. La libertà di vendere implica la libertà di commercializzare alle condizioni attuali? Se il diritto tutela

⁴⁴ Per un'analisi più ampia del legame tra produzione e desiderio e dell'influenza della pubblicità sull'inconscio, si v. V. PACKARD, *I persuasori occulti*, Torino, 2014.

⁴⁵ Questa pratica è detta *behavioural targeting* e si sviluppa in particolar modo dopo la diffusione e la semplificazione dell'utilizzo di internet: P. HACKER, *Manipulation by algorithms. Exploring the triangle of unfair commercial practice, data protection, and privacy law*, in *European Law Journal*, vol. 29, 1-2, 2023, 142-175; R. CALO, *Digital Market Manipulation*, in *George Washington Law Review*, vol. 82, 2014, 995-1051.

⁴⁶ G. SARTORI, *Homo videns. Televisione e post-pensiero*, Roma-Bari, 2011.

l'autonomia solo entro i confini del mercato, l'unico margine di libertà resta quello di consumare criticamente? È questa la nostra libertà rispetto al bisogno e al fenomeno del consumo? Il contratto, quale istituto di diritto privato, si presenta come centrale nella definizione delle relazioni intersoggettive. L'autonomia del consumatore, quale carattere astratto di una specifica soggettività giuridica dalle radici moderne, si scontra con le condizioni materiali d'esistenza. Senza la pretesa di esaurire un tema così vasto, si è voluto suggerire che la libertà (negativa e positiva), lungi dall'essere una condizione neutra, si costruisce all'interno di dinamiche di potere che operano anche sul piano del desiderio e del bisogno. Resta da chiedersi, allora, se sia ancora possibile pensare la libertà al di fuori del mercato o se proprio l'atto del consumare rappresenti oggi l'ultima, fragile e ossimorica sua conformazione disponibile.

LA LEZIONE DI “PERCORSI ASSISI”

PUÒ IL SAPERE FRANCESCO RIVOLUZIONARE L'ECONOMIA CONTEMPORANEA?

Salvatore Maria Pisacane

1. Percorsi Assisi: una scuola di formazione per affrontare le sfide della contemporaneità

Circa sei anni fa prendeva forma, su impulso del Sacro Convento di Assisi e di svariati Atenei nazionali, *Percorsi Assisi*¹, una scuola di alta formazione interuniversitaria rivolta a studenti e giovani studiosi delle discipline più disparate (perlopiù economisti, giuristi, ingegneri, filosofi, letterati e innovatori sociali) con l'obiettivo di fornire loro, attraverso una trattazione transdisciplinare e multidisciplinare di tematiche attuali, strumenti utili per comprendere e affrontare al meglio la complessità della contemporaneità.

Fin dalla prima edizione del 2019, intitolata “Economia e Lavoro: Circolarità e Cooperazione”, proprio come è accaduto, per le edizioni successive, la Scuola è stata fortemente ispirata ai valori dell'umanesimo francescano, all'idea di solidarietà e fraternità universale², al superamento dell'autoreferenzialità e alla promozione della pace e del bene comune.

Quest'esperienza sembrerebbe aver dimostrato come il messaggio francescano sia capace di raggiungere tutti³ con estrema semplicità e possa effettivamente educare e responsabilizzare una nuova classe dirigente alla costruzione di una società migliore.

¹ Si veda: www.percorsiassisi.it.

² E. SCOGNAMIGLIO, *Il sogno della fraternità universale. Una lettura biblica, storico-critica e teologico-spirituale*, Città del Vaticano, 2021, 15.

³ Cfr. O. BAZZICHI, *Dall'economia civile francescana all'economia capitalista moderna. Una via all'umano e al civile dell'economia*, Roma, 2015, 88-89.

Il presente contributo trae, dunque, ispirazione dalla partecipazione alla prima edizione di *Percorsi Assisi* che, in concomitanza alla preparazione di *Economy of Francesco*, l'evento internazionale sull'economia che fu promosso da Papa Francesco ad Assisi, e in piena sintonia con le intenzioni delle encicliche papali *Laudato si'* e *Fratelli Tutti*, insisteva proprio sulla necessità di ristrutturare i paradigmi sociopolitici e contribuire a una svolta antropologica e sociologica indispensabile per rigenerare l'economia nella direzione dell'inclusione e della sostenibilità⁴. Questa favorevole congiuntura ha consentito che anche giovani giuristi e, nondimeno, qualche studioso di filosofia del diritto potessero gradualmente prender parte a un vivace dibattito, quello animatosi, sul piano internazionale, intorno all'elaborazione di modelli socioeconomici alternativi e sostenibili, che sembrava esser rimasto, troppo a lungo, appannaggio quasi esclusivo degli economisti.

La Lezione di *Percorsi Assisi*, fondata e concepita sul sapere francescano, ha offerto spunti cruciali per ripensare l'economia contemporanea – segnata da profonde disuguaglianze sociali e dalla devastante crisi ambientale – e per superare una visione meramente efficientista a favore di una prospettiva etica e fraterna⁵.

2. La voce dei giuristi

In un'epoca, avviatasi a partire dal secondo dopoguerra, in cui i valori economici sono sembrati «eminentemente prevalere e pesare su tutti gli altri»⁶ e l'economia del maggior profitto, della scelta più conveniente «ha raggiunto un primato difficilmente contrastabile, a tutto

⁴ E. FORTUNATO, *Un nuovo modello di sviluppo per i giovani*, 19 novembre 2020, disponibile su: www.ilsole24ore.com.

⁵ Cfr. S. ZAMAGNI, *Economia ed etica. La crisi e la sfida dell'economia civile*, Brescia, 2009, 15-16; ID., *Disuguali. Politica, economia e comunità: un nuovo sguardo sull'ingiustizia sociale*, Sansepolcro, 2020, 173-174.

⁶ N. CIUSA, *Filosofia dell'economia e filosofia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 39, 1962, 246.

detrimento del ruolo e della mediazione tradizionale svolti dal diritto e dalla politica»⁷, i giuristi responsabili sono stati chiamati a interrogarsi.

In particolare, i giuristi-allievi di Percorsi Assisi, spronati a impegnarsi per tentare di affermare un ordine economico capace di mettere al centro l'umanità e il pianeta Terra e non badare esclusivamente al perseguimento del profitto e dell'utile⁸, si sono trovati a dover fare i conti con quello che è stato autorevolmente percepito come «l'eterno problema», il problema della pacificazione tra l'attività economica e l'etica⁹ (in questo caso francescana).

Difatti, a causa della distanza tra etica ed economia sembrerebbe esser prevalso, in epoca contemporanea, il modello di un *homo oeconomicus* «razionale e comunque indirizzato a massimizzare, razionalmente, determinate funzioni di benessere individuale», senza alcuna considerazione per le possibilità di interazione con «motivazioni complesse» che, «pur non escludendo l'interesse personale, non possono essere ad esso ridotte»¹⁰. In questo crescente distanziamento, si sarebbero affermati paradigmi socioeconomici sempre meno permeabili ai «due ordini di determinazione» della morale e del diritto¹¹ e sempre più orientati ad alimentare gli idoli sfrenati dell'utilità, del bisogno e dell'ofelimità.

A partire da queste premesse, alcuni interrogativi potrebbero prender piede tra i giuristi, ispecie sul ruolo che debba assumere il diritto in questo processo di auspicabile trasformazione: è, forse, il caso che il diritto si riappropri della vocazione a farsi “modellatore” degli assetti economici e, dunque, inizi a forgiare una forma economica ben precisa, quella dell'economia sociale¹²?

⁷ G. CONTE, *Una premessa: il doppio movimento della responsabilità*, in ID. (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa*, Bari-Roma, 2008, 13.

⁸ J. SACHS, *Dalla ricchezza all'Eudaimonia: il nuovo volto dell'economia*, in *Valori. Notizie di finanza etica ed economia sostenibile*, 19 dicembre 2019, disponibile su: www.valori.it.

⁹ G. CAPOGRASSI, *Pensieri vari su economia e diritto*, Lanciano, 2004, 71.

¹⁰ A. ZANINI, *On Ethics and Economics. Etica ed economia by A. Sen*, in *Quaderni di storia dell'economia politica*, vol. 6, 2, 1998, 277-278.

¹¹ A. GIULIANI, *Recensione a Giorgio Del Vecchio. Diritto ed economia*, Ed. Studium, Roma, 1954, in *Il Politico*, vol. 19, 2, 1954, 359-360.

¹² *Ivi*, 361.

Verrebbe difficile, alla luce di ciò, immaginare di poter trascurare la delicata questione della relazione tra forme giuridiche e forme economiche (o meglio contenuti economici) allorquando si intenda concretamente riconsiderare la complessità dei comportamenti economici individuali a beneficio di un nuovo ordine economico che sia caratterizzato «dalla riduzione dei rapporti a unità sistematica in vista di un optimum di benessere collettivo»¹³.

Parrebbe, dunque, che la voce dei giuristi, che siano realmente persuasi dalla possibilità di rifondare il sistema socioeconomico a partire dai valori dell'umanesimo francescano, debba farsi sentire intorno alle sfide di regolamentazione innovativa e «prevedibilità dell'agire» poste loro da un mercato che risulterebbe sempre più «dominato dai bisogni e desideri dei singoli, dal mutevole rivelarsi e comporsi di interessi individuali», dall'«irripetibile solitudine di ciascun atto»¹⁴.

3. *Il ritorno del Poverello d'Assisi*

Il cuore della lezione di "Percorsi Assisi" risiederebbe in una riproposizione, in chiave contemporanea, dell'etica francescana.

Del resto, a distanza di oltre otto secoli dalla sua esperienza terrena, Francesco d'Assisi e i suoi insegnamenti sembrerebbero esser tornati centrali per ripensare a un possibile rinnovamento dell'umanità: si sarebbe aperto uno spiraglio concreto sulla possibilità che ispirarsi all'esempio di Francesco, sottraendosi, dunque, «alla lotta per la supremazia» ad ogni costo «in campo economico, politico, sociale», non debba essere considerata più, come è accaduto per qualche tempo, né «un'imperdonabile debolezza» né tantomeno «una grave e pericolosa ingenuità»¹⁵. Al contrario, si è iniziato a ritenere che «la grande tradizione del pensiero francescano», anche grazie a una naturale predispo-

¹³ L. MENGONI, *Forma giuridica e materia economia* (1963), ora in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 148.

¹⁴ N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 4-5.

¹⁵ A. FORTINI, *Attualità del francescanesimo*, in G. PAPINI, A. FORTINI, P. BARGELINI, N. SALVANESCHI, M.U. BELLINI, *Universalità del francescanesimo*, Assisi-Roma, 1950, 25.

sizione a non identificarsi esclusivamente con la cultura italiana ed europea, possa costituire una via efficace per rispondere agli «urgenti problemi attuali»¹⁶ come le disuguaglianze e i conflitti sociali, le catastrofi ambientali e climatiche, l'insostenibilità socioeconomica.

Effettivamente, queste profonde ingiustizie e l'elevata aggressività¹⁷ con cui l'individuo è spesso costretto a convivere nella società postmoderna, inducono a interrogarsi sulla possibilità di ricercare dei valori condivisi a cui appellarsi per tentare di «ristabilire un ordine» e mostrare «alle future generazioni di donne e uomini sul nostro pianeta» dei «principi morali non negoziabili, pena la fine dell'umanità stessa»¹⁸.

Il valore della produttività e dell'efficienza, da un lato, e dall'altro quello di ciò che si possiede – sia esso l'accumulo di capitale o di beni di fortuna o anche il patrimonio delle idee che si hanno, senza l'esigenza critica di pensarle veramente, o delle qualità dell'anima di cui ci si orna e ci si gloria, senza metterle continuamente a repentaglio nei rischi dell'azione e della vita sociale – hanno preso il posto nella *dignitas* del nostro essere anzitutto e profondamente uomini¹⁹.

Alla luce dei mali dei nostri tempi, il senso di questa attualità francescana andrebbe a farsi sempre più giusto come possibile antidoto all'«occultamento del senso originario dell'uomo», al «frintendimento dei suoi fini primari e costitutivi», alla riduzione della specie umana «alla potenza del suo fare e del suo avere» che ne ha prevaricato quella dignità, quella «natura mater da cui trae insieme con ogni altra creatura la risorsa del proprio esistere e del proprio operare»²⁰.

Andrebbe, tuttavia, considerato che l'odierno “successo” dell'etica francescana sarebbe da imputarsi anche a un'evidente attitudine, quella di diffondersi come «etica pratica», accettabile, dunque, anche da parte di chi non risponde a una «ben precisa antropologia o a valori morali

¹⁶ D. ANTISERI, *L'attualità del pensiero francescano. Risposte del passato a domande del presente*, Soveria Mannelli, 2008, 32-33.

¹⁷ Si è parlato anche di «antistorico ed aggressivo narcisismo». Cfr. A. PUNZI, *Diritto Certezza Sicurezza*, Torino, 2017, 127.

¹⁸ S. SANGALLI, A. PICCININ, *Fedi e Globalizzazione cercando valori condivisi*, Soveria Mannelli, 2013, 205.

¹⁹ P. PRINI, *Il senso del messaggio francescano*, Padova, 2000, 49.

²⁰ *Ibidem*.

ben definiti» poiché offre una riconsiderazione verace dei diritti umani, della centralità dell'inviolabilità del soggetto, della sua dignità, della sua sacralità, la coesistenza pacifica con «etiche differenti» e la agevole collocazione «tra comunità morali differenti», tenendo vivo quello spazio di pratica comune dei diritti umani, percepibile come l'unico in cui possa e debba svilupparsi «il discorso etico-politico del nostro tempo»²¹.

Questo rinnovato interesse, in era contemporanea, per il Santo di Assisi è indubbiamente stato favorito anche dalle scelte compiute – in continuità con la complessa esperienza del ventennale episcopato condotto a Buenos Aires – da Papa Bergoglio, a partire dalla scelta del nome pontificale: “Vocabor Franciscus in memoriam santi Francisci de Assisi”. È cambiato così il corso della storia ed è tornata attualissima la figura di «un santo ammirato, popolare, straordinario, diciamo pure unico, ma anche estremamente difficile e scomodo», la cui precipua proposta resta, tuttora, la povertà²², intesa non solo come rinuncia ai beni materiali, ma anche come radicale rifiuto di ogni forma di potenza²³.

Il carisma del Poverello di Assisi è stato evocato con vigore da quell'opera bergogliana che, per certi versi, ha promosso una «teologia dell'ultimo», un instancabile ampliamento di spazi ove l'affermazione della dignità umana potesse sempre essere prioritaria e l'esperienza della persona, anche la più miserabile, anche quella consumatasi sui «bordi

²¹ F. VIOLA, *Etica e metaetica dei diritti umani*, Torino, 2000, 104-106.

²² La povertà francescana equivale indubbiamente alla fuga dal mondo delle ricchezze e delle mollezze, alla «rinuncia al potere ed al prestigio sociale», ma non è ricondotta realmente a «una vita ritirata», bensì è una povertà praticata «a stretto contatto con il mondo» poiché Francesco e i suoi seguaci ritenevano di accostare «la necessità della povertà radicale alla condivisione della condizione esistenziale dei poveri» in A. CAVALIERE, *L'invenzione della povertà. Dall'economia della salvezza ai diritti sociali*, Napoli, 2019, 26-27. Secondo Michel Villey la «grande querelle francescana sulla povertà» costituirebbe «uno degli eventi capitali nella storia della filosofia del diritto» poiché, benché lontana da interessi usuali della facoltà giuridiche del suo tempo, «la povertà francescana, nel suo spirito originario, non è altro che un tentativo di trascendere il diritto o comunque di farne a meno», ragion per cui il progetto francescano costituirebbe «un test interessante per la filosofia del diritto. È possibile tenersi al di fuori dell'esperienza giuridica». Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, con introduzione a cura di F.D. Agostino, Milano, 1986, 167-169.

²³ F. CARDINI, *Un uomo di nome Francesco. La proposta cristiana del frate di Assisi e la risposta rivoluzionaria del papa che viene dalla fine del mondo*, Milano, 2015, 62.

della società» potesse essere vissuta in profondità poiché costituente «un *novum*»²⁴ a cui aprirsi e a cui non continuare a restare indifferenti.

Credo che Francesco sia l'esempio per eccellenza della cura per ciò che è debole e di una ecologia integrale, vissuta con gioia e autenticità. È il santo patrono di tutti quelli che studiano e lavorano nel campo dell'ecologia, amato anche da molti che non sono cristiani. Egli manifestò un'attenzione particolare verso la creazione di Dio e verso i più poveri e abbandonati. Amava ed era amato per la sua gioia, la sua dedizione generosa, il suo cuore universale. [...] In lui si riscontra fino a che punto sono inseparabili la preoccupazione per la natura, la giustizia verso i poveri, l'impegno nella società e la pace interiore²⁵.

L'etica francescana è stata evidentemente valorizzata sulla scia di un'avvertita necessità, rilevata con veemenza anche all'interno dell'Enciclica *Laudato si'*, di porre un freno al grave degrado ecologico e ai drastici cambiamenti ambientali in atto, nel tentativo di scardinare quelle «premesse cognitive ed etiche» su cui si è appoggiato il pensiero occidentale e che si sono rivelate «inadeguate a garantire la sopravvivenza dell'uomo e della natura»²⁶. Il ritrovamento di tutto ciò, il ritorno di Francesco d'Assisi in mezzo a noi e il conseguente riscatto di alcuni principi fondamentali, non dovrebbero lasciarci indifferenti ma segnare un'inversione di marcia, la nuova rotta per un futuro in cui amicizia sociale e fraternità catalizzino la rifondazione di nuovi paradigmi sociopolitici e «lo sviluppo della democrazia»²⁷: solo quando una società dimostra di essere realmente «umana e fraterna», allora è possibile industriarsi affinché tutti vengano accompagnati durante il loro percorso di vita «non solo per provvedere ai bisogni primari, ma perché possano dare il meglio di sé, anche se il loro rendimento non sarà il migliore,

²⁴ L. DI SANTO, *Per una teologia dell'ultimo: riflessioni sui diritti umani al tempo della crisi globale*, Napoli, 2012, 2-9.

²⁵ PAPA FRANCESCO, *Laudato si'*. Lettera enciclica sulla cura della casa comune, Città del Vaticano, 2015, 11-13.

²⁶ M.C. TALLACCHINI, *Sovranità ed ecofilosofie*, Modena, 1995, 233.

²⁷ F. MIANO, *Fraternità e responsabilità*, in L. TUNDO FERENTE, D. DE LEO (a cura di), *Dimensioni della fraternità e della sororità*, Milano, 2024, 147-148.

anche se andranno lentamente, anche se la loro efficienza sarà poco rilevante»²⁸.

4. Guardare all'economia con gli occhi di Francesco

Nell'ultimo decennio, la città serafica, anche grazie alle riflessioni sollecitate nell'ambito del laboratorio di *Percorsi Assisi*, è divenuta un simbolo contemporaneo di rifondazione socioeconomica nella direzione della sostenibilità e dell'ecologia integrale. Molteplici sono state, in effetti, le manifestazioni tese a rafforzare la centralità di Assisi nel raccogliere l'improcrastinabile sfida di trasformare il modello economico prevalente, perseguendo la finalità di chiedere al mercato non solo di essere capace di produrre ricchezza e assicurare uno sviluppo sostenibile, ma anche di porsi «al servizio dello sviluppo umano integrale, di uno sviluppo cioè che tenda a tenere in armonia le tre dimensioni: materiale, socio-relazionale e spirituale»²⁹. Si pensi alla sfida lanciata da Papa Francesco, qualche anno fa, di convocare migliaia di giovani imprenditori, ricercatori, economisti, *changemakers* ad Assisi per siglare un *patto* proprio per tentare di «cambiare l'attuale economia e dare un'anima all'economia di domani», per proporre un'«economia diversa, quella che fa vivere e non uccide, include e non esclude, umanizza e non disumanizza, si prende cura del creato e non lo depreda»³⁰. È stato un appello a cui negli anni hanno risposto migliaia di giovani e ospiti di fama internazionale, ispirati dalla lezione di San Francesco sull'ecologia integrale³¹.

²⁸ PAPA FRANCESCO, *Fratelli Tutti. Lettera enciclica sulla fraternità e l'amicizia sociale*, Città del Vaticano, 2015, 83-85. Nelle parole del Pontefice emerge uno stretto nesso tra la scelta dell'essere umano di dialogare con l'altro, aprirsi ai legami, alla solidarietà e l'occasione di fondazione di una società nuova sul piano politico ed economico. Sul punto si veda: L. DI SANTO, *op. cit.*, 69.

²⁹ S. ZAMAGNI, *Disuguali. Politica, economia e comunità: un nuovo sguardo sull'ingiustizia sociale*, Sansepolcro, 2020, 173.

³⁰ È tratto dalla "Lettera del Santo Padre Francesco per l'evento Economy of Francesco", disponibile su: www.vatican.va.

³¹ F. ANTONIOLI, *Meno è di più. Le Regole monastiche di Francesco e Benedetto per ridare anima all'economia, alla finanza, all'impresa e al lavoro*, Milano, 2020, 30-

D'altro canto, impattante si è rivelato il cosiddetto *Manifesto di Assisi* nell'identificare la città perugina come luogo d'elezione intorno al quale aggregare le migliori energie del nostro Paese per affermare un'economia a misura d'uomo contro la pandemia e la crisi climatica. È stata un'iniziativa promossa con l'intenzione, ispirandosi all'Enciclica papale *Laudato si'*, di avanzare, in Italia, la proposta di un modello economico virtuoso, capace di attenuare le disuguaglianze sociali e territoriali, di non trascurare la crisi climatica e ambientale in atto, di rendere l'attività d'impresa realmente *green*, continuando a legare le modalità di produzione «alla qualità, alla bellezza, all'efficienza, alle storie delle città, alle esperienze positive di comunità e territorio», a fare della coesione sociale un «fattore produttivo» e a coniugare «empatia e tecnologia». Ancora una volta, l'esperienza di Assisi e il messaggio di Francesco sono stati assunti come faro privilegiato per provare a costruire, a partire dal nostro Paese, «un mondo più sicuro, civile, gentile»³².

È innegabile come, a partire dalla fine del Quattrocento, la tradizione etico-economica francescana abbia sempre volto lo sguardo alle esigenze concrete della vita quotidiana e della realtà sociale, non si sia mai astratta dal contatto con la gente, abbia analizzato e ricercato i problemi emergenti nella società e, nel tentativo di «superare le difficoltà giuridico-morali, sorte a seguito della severa condanna canonica dell'usura», abbia promosso i Monti di Pietà, come strumento di «forte accelerazione al sistema sociale ed allo sviluppo economico e civile»³³.

Il carisma francescano è stato incisivo, anche in campo economico, poiché predicando l'utilizzo dei beni senza divenirne padroni, l'amore

31. Per ulteriori approfondimenti sull'iniziativa di *Economy of Francesco*, si consulti: <https://francescoeconomy.org/it/l-evento/>. Cfr. O. BAZZICHI, F. REALI, *Oikonomia di Francesco. Un cammino verso l'umanità e la fraternità dell'economia*, pref. a cura di S. Zamagni, Sora, 2020, 144.

³² Si suggerisce, per una conoscenza più approfondita dell'iniziativa e del Manifesto a cui si ispira, di consultare il sito: <https://www.symbola.net/manifesto/>. Si vedano anche: R. SOBRERO, *Sostenibilità e comunicazione non convenzionale. Con 20 interviste impossibili*, Milano, 2020, 20 ss.; A. CALABRÒ, *Oltre la fragilità. Le scelte per costruire la nuova trama delle relazioni economiche e sociali*, Milano, 2020, 56-58.

³³ O. BAZZICHI, *Economia e scuola francescana. Attualità del pensiero socioeconomico e politico francescano*, Padova, 2013, 21-27. Si veda anche: M. CARBAJO NÚÑEZ, *Economia francescana. Una proposta per uscire dalla crisi*, Bologna, 2014, 99-108.

per il Creato, la vicinanza agli ultimi, ha inaugurato, inevitabilmente, l'era dei beni comuni³⁴, dell'economia attenta alla persona umana, agli esseri viventi, alla casa comune.

L'economia di Francesco (di ieri e di oggi) è decisamente un'economia di fratellanza, un laboratorio in cui tutti gli attori siano chiamati a un uso razionale delle risorse per trarre il massimo vantaggio per il bene comune. Proprio dalla spinta della *fraternitas* sarebbe possibile muovere la proposta di un modello di economia vantaggiosa, progressista, sobria³⁵.

L'ispirazione all'etica economica francescana suggerirebbe, in effetti, l'ascolto e il linguaggio della pace come condizione sociale della vita terrena, come propensione a un'armonia con sé stessi, con l'altro, con il diverso, con quelli che verranno, con ciò che si compie al lavoro e nella vita di tutti i giorni: è una fraterna socialità che deve sovrintendere alla nuova economia, recuperando l'individuo dal rischio dello scarto³⁶, dal pessimismo, dal morbo egoistico.

Nella prospettiva dell'Assisi e di Bergoglio, più che essere uguali, è importante essere fratelli, per costruire, con coraggio, un'economia sociale di mercato in cui il valore della memoria ci possa guidare nel tenere fede alla custodia della madre Terra, troppe volte usurpata e sconsideratamente sfruttata, alla cura di ogni essere vivente, all'amore per le persone e per le comunità in cui si è scelto di vivere e dove si proietta la vita dei propri figli. Cura, custodia e memoria per rigenerare l'umanesimo, valorizzando i talenti del singolo per contribuire al bene comune e predisponendo ognuno di noi a offrire alla comunità quello che l'altro non è in condizione di dare. Si prospetterebbe un processo di cambiamento che parta dal basso, dalla condotta virtuosa di ogni giorno, dalla responsabilità sociale delle imprese e dei corpi intermedi, dal-

³⁴ L. BRUNI, A. SMERILLI, *Benedetta economia. Benedetto di Norcia e Francesco d'Assisi nella storia economia europea*, Roma, 2008, 91-93.

³⁵ M. IUFFRIDA, *#fraternitas. L'etica economia francescana*, Soveria Mannelli, 2021, 17-18. Sull'economia francescana si veda anche: R. LAMBERTINI, "Economia francescana": momenti del percorso di un concetto storiografico, in *Divus Thomas*, 119, 2, 2016, 171-196.

³⁶ Cfr. PAPA FRANCESCO, *Laudato si'*. Lettera enciclica sulla cura della casa comune, cit., 58.

lo sforzo per una felicità profonda e duratura che parrebbe davvero possibile solo nell'autentica relazionalità e nella percezione delle esigenze altrui. Anche l'economia della felicità, deducibile dal messaggio di Francesco, richiede delle solide fondamenta fraterne capaci di «rendere possibile l'impossibile», abituando gli individui «a vivere con il giusto, senza sprechi, senza cercare di avere di più di quello che serve», prevenendo «un'equa distribuzione delle risorse» e aiutando «il singolo a fare economia del tempo, a saper spendere la vita con parsimonia in quanto essa è il bene supremo»³⁷.

Ebbene, Papa Francesco, si è fatto interprete di queste proposte economiche, cogliendo la centralità della persona, alla luce dell'umanesimo francescano, del messaggio evangelico e della dottrina sociale della Chiesa³⁸. Egli ha recuperato il concetto di comunità e ha posto in primo piano «il cambiamento del modello sociale in accordo con una economia ecologica integrale, sostenibile e solidale». Nella comunità viene identificata «la nuova palestra del vivere sociale e del bene comune», in cui vi sia una ravvicinata concertazione tra forze produttive e istituzioni e le energie dei lavoratori e delle imprese convergano sul medesimo itinerario: i lavoratori hanno la possibilità e la responsabilità di mettere a frutto il capitale e gli investimenti degli imprenditori. Secondo Papa Francesco, il lavoratore svilupperebbe sé stesso attraverso la propria attività e necessiterebbe, dunque, non solo di una adeguata retribuzione, ma anche dell'opportunità di mettere in gioco intelligenza e libertà, ciò che è proprio dell'essere umano ed è in grado di garantire gli standard minimi di dignità del lavoro. La sfida consisterebbe nel creare le condizioni per consentire a tutti di «progettare ed agire», nella persuasione

³⁷ Per un approfondimento dell'etica economica francescana nella prospettiva suindicata: M. IUFFRIDA, *#fraternitas. L'etica economia francescana*, cit., 101-163.

³⁸ «La dottrina sociale della Chiesa non è una terza via tra il capitalismo ed il comunismo, ma un'autonoma prospettiva antropologica: essa non invita affatto ad andare oltre il mercato, quanto lo qualifica attraverso la cifra morale del rispetto della dignità trascendente della persona» in F. FELICE, *Economia e persona. L'economia civile nel contesto teorico dell'economia sociale di mercato*, Città del Vaticano, 2009, 197.

che si affermi «un pensiero di libertà creativa» e «si ampli lo spazio di tutti all'interno della comunità»³⁹.

È stata denunciata, con chiarezza, la precarietà delle nostre vite, il diffondersi, anche nei Paesi ricchi, di timore e disperazione tra le persone, l'affievolirsi della gioia di vivere, la crescita della violenza e della mancanza di rispetto, la crescente iniquità. Proprio alla luce di tutto ciò, nell'*Evangelii Gaudium*, veniva pronunciato un “No!”, piuttosto deciso, all'economia in atto perché è un'«economia che uccide» in modo subdolo, che considera gli esseri umani come beni di consumo da usare e poi gettare, che fa dei soggetti esclusi, non semplicemente degli sfruttati, bensì dei «rifiuti, degli avanzzi» veri e propri. Tutto ciò accadrebbe per un ideale egoistico imperversante⁴⁰ che ha alimentato una «globalizzazione dell'indifferenza» ove vige l'impassibilità all'altro e alle sue sofferenze. Veemente risulterebbe esser stata l'opposizione di Papa Francesco anche alla sfrenata «idolatria del denaro», per cui invocava, come possibile antidoto, un'etica non ideologizzata che, contaminando economia e finanza, consenta di «creare un equilibrio ed un ordine sociale più umano» ed esorti a comportamenti solidali disinteressati⁴¹; tuttavia, sembrerebbe ancora troppo distante il raggiungimento di un livello accettabile di sviluppo sostenibile e pacifico: le ingiustizie persistenti nell'attuale sistema economico e sociale determinano esclusione e iniquità, generando fratture insanabili nel tessuto sociale, violenza, odio, pregiudizio⁴².

³⁹ O. BAZZICHI, *Economia fraterna. Dal Santo di Assisi a Papa Francesco*, Roma, 2020, 77-78.

⁴⁰ C'è chi ha parlato di “capitalismo egoista”, «ansioso e psicologicamente distruttivo non solo per l'enfasi posta sulla produttività del lavoro e lo stress da competizione, ma anche perché alimenta aspirazioni irrealistiche e malsane». Cfr. F. RAMPINI, *Slow Economy. Rinascere con saggezza*, Milano, 2009, 34.

⁴¹ Vi è un'apertura alla cosiddetta «economia della solidarietà», un modello in cui non viene negata la realizzazione del maggior risultato con il minor sforzo possibile, ma si aggiunge un «*quid pluris* qualificante», la solidarietà, intesa come «ricerca del bene comune», tutela degli «interessi della comunità» in T. CHIMINAZZO, *Etica ed economia. Il Mercato e l'Economia di solidarietà nell'era della globalizzazione*, Milano, 2007, 78.

⁴² PAPA FRANCESCO, *Esortazione apostolica. Evangelii Gaudium*, punti nn. 52-60, disponibile su: https://www.vatican.va/content/francesco/it/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html. Si veda an-

È inevitabile, in definitiva, non cogliere l'intreccio tra le «idee, pensieri e fatti di Francesco d'Assisi» con «idee, fatti e pensieri di Francesco Bergoglio»: è stata definita l'«economia dei due Francesco assieme», il dialogo tra due visioni dell'economia, convergenti quasi su ogni aspetto, nonostante siano separate da ben otto secoli di distanza⁴³. La convergenza sembrerebbe tangibile nella proposta antropologica maturata dalle due visioni: un *homo reciprocans*, un individuo che, a dispetto dell'*homo oeconomicus*, non si focalizzi esclusivamente sulla massimizzazione del profitto, non si identifichi con ciò che possiede o con il ruolo professionale e sociale che riveste, ma consideri fondamentale la relazionalità fraterna e gratuita per raggiungere la felicità⁴⁴, dunque, un uomo che sia intimamente attento ai poveri, a non farne “un rifiuto della società”, a valorizzare ogni talento, anche quello dei più fragili, senza generare esclusione.

La direzione dei due Francesco è univoca nel promuovere un'economia sostenibile e la co-creazione di valore per il raggiungimento di un'ecologia pienamente integrale: si avverte il bisogno di imprenditori che avviino iniziative, generino occupazione, tentino di soddisfare le esigenze concrete della società, valorizzando gli individui, senza rinunciare, però, all'ausilio delle nuove tecnologie e delle innumerevoli soluzioni innovative atte a migliorare la vita dell'essere umano; si apre il varco alla possibilità che sia superabile la netta dicotomia *profit/no profit*, che occuparsi dei bisogni sociali, coinvolgere le comunità sui territori, creare valori oltre al profitto economico, non implichi necessariamente costi maggiori o condizioni svantaggiose rispetto a chi si rivela totalmente indifferente ai bisogni e alle collaterali conseguenze; è opportuno che la finanza torni a occuparsi di economia reale, temperando alcuni tratti particolarmente speculativi e recedendo rispetto a

che: A. TORNIELLI, G. GALEAZZI, *Papa Francesco. Questa economia uccide. Con un'intervista esclusiva su capitalismo e giustizia sociale*, cit., 51-71.

⁴³ L. BRUNI, Prefazione a M. ASSELLE, A. PICCALUGA, *Sorella economia. Da Francesco di Assisi a papa Francesco: un'altra economia è possibile?*, Assisi, 2020, 5.

⁴⁴ M. ASSELLE, *Economia, finanza ed etica*, in P. MARANESI (a cura di), *La persona dentro una società complessa*, Assisi, 2017, 68-74.

iniziative virtuose come il microcredito e gli investimenti in attività economiche afferenti a settori considerati etici⁴⁵.

Questo ritorno all'etica francescana, in ambito sociale ed economico, sembrerebbe, tra l'altro, valorizzare quelle proposte di economia civile che si diffusero in Italia e in Europa tra il XVII e il XVIII secolo. La prospettiva di Francesco sull'economia evocherebbe quei fondamenti su cui, secondo i più autorevoli economisti civili, il mercato, l'impresa⁴⁶, il sistema economico dovrebbero basarsi. L'invito alla reciprocità, all'amicizia sociale, all'uscita da sé stessi per relazionarsi liberamente all'altro, alla fiducia che alimenti sforzi cooperativi, alla ricerca della felicità e del benessere non solo nel profitto economico, costituiscono degli straordinari punti di contatto: la persona umana, la società civile, la sana relazionalità fatta di gratuità e fraternità al centro⁴⁷.

Non resta altro, a questo punto, che confidare negli uomini e nelle donne del nostro tempo, gli unici che, per la forza del loro «intendimento», per la loro «forza calcolatrice», siano in grado di «unire il passato al presente e l'uno e l'altro al futuro»⁴⁸ e, per questo, capaci altresì di proiettare lo sguardo saggio e amorevole dei due Francesco all'economia di domani.

⁴⁵ M. ASSELLE, A. PICCALUGA, *Sorella economia. Da Francesco di Assisi a papa Francesco: un'altra economia è possibile?*, cit., 37-109.

⁴⁶ L. BRUNI, *L'impresa civile. Una via italiana all'economia di mercato*, Milano, 2009, 119-159; L. FREY, S. MARCOZZI (a cura di), *Economia civile e lavoro*, Milano, 2011, 49-105.

⁴⁷ Sulle affinità tra la proposta francescana e il modello di economia civile: O. BAZZICHI, *Economia e scuola francescana. Attualità del pensiero socio-economico e politico francescano*, cit., 95-106; F. ANTONIOLI, *Meno è di più. Le Regole monastiche di Francesco e Benedetto per ridare anima all'economia, alla finanza, all'impresa e al lavoro*, cit., 52-60.

⁴⁸ L'espressione è tratta da una delle memorabili *Lezioni di commercio o sia di economia civile* del Maestro napoletano Antonio Genovesi. Cfr. A. GENOVESI, *Lezioni di economia civile*, introduzione a cura di L. Bruni, S. Zamagni, testo e nota critica a cura di F. Dal Degan, Milano, 2019, 403.

5. Come “francescanizzare” il mercato? Una riflessione giuridico-istituzionale

Nel guardare all'economia del futuro, come evidenziato in premessa, non sarebbe pensabile per il giurista prescindere da un ripensamento del ruolo del diritto nel regolare il mercato e nel realizzare al meglio le condizioni affinché sia possibile la costruzione di un paradigma ispirato ai valori francescani.

In questa prospettiva, la consapevolezza che il mercato vada sempre tutelato quale luogo naturale di irrinunciabili libertà economiche e personali non dovrebbe però totalmente offuscare la gravità di alcune conseguenze generatesi a causa di un avvertito «respiro politico individualista» che si è affermato sempre più sulla base di una, piuttosto comune, «incontrastabilità tra le scelte individuali» e dunque di un'«impossibilità di aggregare le utilità individuali per ottenere funzioni di benessere collettivo»⁴⁹.

Obiettivamente è difficile poter negare la funzione assolta dalla politica del *laissez faire*⁵⁰ nell'aver portato a termine con successo la missione di favorire «le condizioni necessarie per il sorgere e l'espansione della moderna industria, eliminando i vincoli che opprimevano l'iniziativa economica nell'età precedente», allo stesso tempo, però, bisognerebbe prendere atto che la libertà individuale incontrollata non può divenire l'esclusivo criterio ordinatore del sistema economico poiché, ora più che mai, si è tramutata in una «non-libertà per coloro, e sono i più, che partono con poche o poche chances», in una precondizione di immutabile «disuguaglianza delle posizioni individuali» e di addensamento di pochi, privilegiati «centri di potere economico»⁵¹.

Di fianco all'indiscutibile valore delle libertà economiche, nel tentativo di favorire un'economia fraterna – di contenimento delle disarmonie disuguaglianze sociali, riaffermazione della centralità della persona e non solo del profitto, superamento di una diffusa cultura dello scarto – si dovrebbe tener fede saldamente ad altri valori «come ad esempio

⁴⁹ M.R. FERRARESE, *Immagini del mercato*, in *Stato e mercato*, 35, 2, 1992, 300-301.

⁵⁰ Cfr. A. ONCKEN, *Die Maxime laissez faire et laissez passer, ihr Ursprung, ihr Werden: Ein Beitrag zur Geschichte der Freihandelslehre*, Berna, 1886, 30 ss.

⁵¹ L. MENGONI, *op. cit.*, 152.

quello dell'eguaglianza delle opportunità, la cui attuazione richiede forme di controllo dell'economia» che, tra l'altro, assicurino una «ridistribuzione della ricchezza sociale»⁵². Non è più sufficiente parlare di una sola libertà, consistente nell'assenza di costrizioni o limiti a che i cittadini possano fare quello che desiderano, ma è tempo di considerare la realizzazione di più libertà, in mancanza delle quali anche la prima perde ogni consistenza⁵³.

L'evidente difficoltà di coesistenza, nello stesso campo da gioco, tra differenti libertà – da un lato, la tutela della libertà che tende instancabilmente verso il profitto e il progresso, dall'altro, la garanzia dei diritti sociali di tutti e di un'effettiva condizione di «eguaglianza nel possesso o nel godimento dei beni»⁵⁴ – indurrebbe a metter mano al mercato, a riordinarlo all'insegna dei valori francescani per tentare di arginare egoismi e conflitti a vantaggio di una «cooperazione socialmente utile»⁵⁵.

Si potrebbe prefigurare un'etica francescana che ispiri un intervento dei poteri pubblici in campo economico e determini un nuovo ordine di mercato elevandosi a «criterio unificante [...] capace di governare la varietà dei comportamenti e di ridurli a unità»⁵⁶ nel solco delle urgenze sociali e ambientali del tempo. Tuttavia, sulla scorta dell'«intrinseca politicità del mercato» – l'idea che lo stesso non abbia ragion d'essere «fuori dalla decisione politica e dalla scelta legislativa»⁵⁷ – il diritto, inteso come «apparizione della legge, [...] della responsabilità, di una serie di posizioni intangibili, di una serie di *status* fissati e inalterabili»⁵⁸, è chiamato ad apparire, in una veste sempre nuova, nell'esperienza economica per imprimerle quell'impronta che parrebbe non appartenerele *naturaliter* e che sarebbe indispensabile per invertire la rotta, per plasmarla a principi innovativi e rivoluzionari proprio come quelli francescani.

⁵² E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà. L'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, 2006, 17-18.

⁵³ R. ARON, *Il concetto di libertà*, Roma, 1997, 90 ss.

⁵⁴ E. DICIOTTI, *op. cit.*, 112-114.

⁵⁵ M.R. FERRARESE, *op. cit.*, 315-317.

⁵⁶ N. IRTI, *op. cit.*, 81-82.

⁵⁷ *Ivi*, 82.

⁵⁸ G. CAPOGRASSI, *op. cit.*, 36.

Evidentemente, in un tempo in cui gli egoismi non sembrano più sufficienti a soddisfare «i propri e gli altrui bisogni» e il benessere generale non si realizza solo come «conseguenza non intenzionale» dell'agire individuale⁵⁹, si deve necessariamente far appello al «principio ordinante del diritto», alla sua «insostituibile e primaria funzione di incardinare l'economia nell'etica»⁶⁰, alla capacità della legge di orientare il mercato verso finalità di interesse generale e attenzione alle fasce sociali più deboli⁶¹.

Molti dei valori francescani, che, apparentemente, costituiscono un «sistema di valori morali autonomi rispetto all'economia», potrebbero essere coordinati con il principio economico (della ricerca dell'utile e del profitto) proprio grazie al diritto poiché, assimilati a quei «valori universali della persona umana», andrebbero a operare come vincolo metalegislativo e, dunque, a orientare la volontà sociale «verso un ordine giuridico che realizzi progressivamente, in termini sempre perfettibili, il principio della preminenza dell'uomo sulla materia economica»⁶².

Sullo sfondo dei ragionamenti sin qui condotti, onde realizzare un modello economico di ispirazione francescana, si avverirebbe, con particolare urgenza, anche la necessità di ripensare le «modalità di interazione tra pubblici poteri e scelte individuali», senza negare, da una parte, allo Stato il potere-dovere ordinatorio delle azioni sociali attraverso norme imperative o sanzioni «al fine di tutelare valori e beni ritenuti di primaria importanza», ma, dall'altra, senza avanzare anacronistiche e paternalistiche pretese «di dover provvedere» alla felicità e al benessere delle persone⁶³.

Ecco che la scommessa sul “paternalismo libertario” si accrediterebbe sempre più tra i vari modelli e si attaglierebbe enormemente alle esigenze prospettate di contemperamento tra il lasciar fare, lasciar sce-

⁵⁹ F. PULITINI (a cura di), *Tra stato e mercato. Libertà, impresa e politica nella storia del pensiero economico, da Adam Smith a Ronald Coase*, Torino, 2011, 8-10.

⁶⁰ B. SCUCES MUCCIO, *Rapporto giuridico e rapporto economico*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 39, 1962, 296.

⁶¹ Cfr. G.U. PAPI, *Diritto ed economia*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 38, 1961, 74.

⁶² L. MENGONI, *op. cit.*, 156-157.

⁶³ A. PUNZI, *Diritto Certezza Sicurezza*, cit., 125.

gliere dei cittadini – nella speranza che un’etica della responsabilità si diffonda spontaneamente nella società – e l’intervento ordinatore dello Stato: la scommessa è tentare di «conciliare l’orientamento pubblico dell’azione individuale con l’autonomia morale del cittadino»⁶⁴.

In un contesto in cui le istituzioni pubbliche si limitino semplicemente a influenzare e indirizzare i cittadini, senza mortificarne le libertà, né coartarne le azioni, un’economia francescana si farebbe possibile proprio al crocevia tra l’intervento del potere pubblico e le scelte spontanee o gentilmente sospinte⁶⁵ che ogni cittadino dovrebbe iniziare a compiere nell’interesse comune, «avvertito che deve – perché è giusto e comunque gli conviene – immaginare assetti sociali ed economici ispirati a un principio di corresponsabilità»⁶⁶.

5. Una comunità in cammino

Una delle chiavi del successo della scuola *Percorsi Assisi* sembrerebbe risiedere nell’efficacia del metodo formativo adottato, capace di favorire «la maturazione integrale (accademica e relazionale)» degli studenti, grazie a una vivace alternanza tra lezioni, seminari, *team work*, *company visit*, attività ricreative e culturali, momenti a stretto contatto con la comunità francescana e visite nei luoghi più significativi della vita del Santo⁶⁷.

Tuttavia, nel corso del tempo, Percorsi Assisi ha rilevato alcuni punti di forza: lo stimolo a pensare, in meglio, il sistema socioeconomico globale, l’intento di orientare gli studenti alla capacità di vivere nella società contemporanea con maggiore umanità⁶⁸ e fraternità⁶⁹, la sensi-

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Cfr. R. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. La spinta gentile: la nuova strategia per migliorare le nostre decisioni sul denaro, salute, felicità*, Milano, 2024.

⁶⁶ A. PUNZI, *La convenienza del bene. Mercato informazione persuasione nella Caritas in veritate*, in S. GRAZIADIO (a cura di), *Etica lavoro mercato. La Caritas in veritate*, Roma, 2011, 54.

⁶⁷ www.percorsiassisi.it.

⁶⁸ Cfr. C. FARALLI, *Prefazione* a V. MARZOCCO, S. ZULLO, T. CASADEI, *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive*, Pisa, 2019, XI. Sui processi educativi ine-

bilizzazione a un catalogo di valori, quelli dell’umanesimo francescano, ha indotto una nutrita comunità di giovani professionisti e studiosi a compiere scelte e azioni che potessero avere un considerevole impatto sociale.

La convergenza di così tante energie ad Assisi è stata in grado di generare la speranza che ciascun individuo possa essere educato e responsabilizzato a dare il proprio contributo, nella vita privata e professionale, per tentare di costruire una società migliore⁷⁰.

Le cose cambiano perché ci sono persone che si impegnano con costanza perché ciò avvenga. Lo fanno nelle loro comunità, sul luogo di lavoro o altrove. Così facendo gettano le basi affinché nascano movimenti che con il loro attivismo generano il cambiamento. Tutte le trasformazioni della storia hanno preso avvio in questo modo⁷¹.

Di questo insegnamento, sembrerebbe aver fatto concretamente tesoro la comunità di Percorsi Assisi; difatti, da qualche anno, è stata costituita ufficialmente l’associazione “Alumni Percorsi Assisi”⁷² con l’intento, ben preciso, di promuovere alcuni valori condivisi quali la contaminazione fraterna, la collaborazione reciproca, l’universalità e la gratitudine, onde continuare a sensibilizzare la società alla cura della casa comune, alla rilevanza dei beni relazionali, alla cultura del dono.

Proprio tale sfida, entusiasmante e ambiziosa, basata su una profonda comunanza di valori e sulla sincera amicizia tra compagni di viag-

renti all’alleanza tra uomo e ambiente, si veda: PAPA FRANCESCO, *Laudato si’*. Lettera enciclica sulla cura della casa comune, cit., 183-188.

⁶⁹ Per una riflessione sulla fraternità come imperativo antropologico, etico e biologico «per un nuovo destino»: M. CERUTI, F. BELLUSCI, *Il secolo della fraternità*, Roma, 2021, 33-41.

⁷⁰ Cfr. S. ZAMAGNI, *Responsabili. Come civilizzare il mercato*, Bologna, 2019, 205-233. «Elaborato il lutto della scomparsa delle ideologie – compreso un certo individualismo di maniera – un nuovo ordine economico potrà nascere da una radicale assunzione di responsabilità da parte di individui – imprenditori, amministratori, consumatori – capaci di comprendere l’urgenza, ed insieme la convenienza, del bene» in A. PUNZI, *Diritto Certezza Sicurezza*, cit., 128.

⁷¹ N. CHOMSKY, *Lotta o declino. Perché dobbiamo ribellarci contro i padroni dell’umanità*, Firenze, 2021, 165-166.

⁷² www.sanfrancescoassisi.org.

gio, sembrerebbe costituire un prezioso lascito della Lezione di *Percorsi Assisi*. La comunità di Alumni sentiva il dovere morale di testimoniare tutto ciò, ha scelto di farlo e ha intrapreso, con coraggio, il suo cammino.

SEZIONE VIII

LAW AND HUMANITIES

LAW AND HUMANITIES

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Paolo Heritier, M. Paola Mittica

È ormai consuetudine che il convegno nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto preveda un *workshop* dedicato a Diritto e Letteratura e *Law and Humanities*, prospettive riconosciute a pieno titolo tra quelle più tradizionali della Filosofia del diritto.

Chi, come noi, lavora allo sviluppo e all'affermazione anche accademica di questi studi da più di quindici anni non può, pertanto, che guardare con una certa soddisfazione e fiducia l'ampia risposta che anche in questa occasione ha avuto la call for papers lanciata dalla SIFD sul tema "Autonomia e diritto. Soggetti, saperi, poteri", per il Congresso che si è tenuto a Trento tra il 12 e il 14 settembre 2024.

Insieme alla numerosità, l'alta qualità degli interventi proposti ha fatto sì che il WS fosse duplicato. La scelta di dare voce a tutte le proposte selezionate – nel complesso diciotto – è stata messa in opera impiegando i due versanti di Diritto e Letteratura, per gli approcci più classici, e *Law and Humanities* per gli accostamenti anche meno consueti, consentendo comunque una vivace discussione in entrambi i connessi, ingrediente imprescindibile di questa forma di confronto riservata soprattutto ai più giovani.

Per i titoli degli interventi e per la loro suddivisione rinviando all'annotazione in calce a questo breve testo. Qui di seguito presentiamo i contributi che i e le partecipanti hanno voluto sviluppare ulteriormente per la collazione di questi atti, approfittando di questa sede per restituire una cornice unitaria ai lavori svolti.

Nel saggio *Per una figura gestuale di normatività. Esperienza e positivizzazione della regola tra antropologia, matematica e diritto*, Giorgio Lorenzo Beltramo propone la figura del gesto come dispositivo epistemologico capace di tenere insieme l'esperienza vissuta e la sua for-

mulazione normativa. L'analisi attraversa il rituale antropologico, la dimostrazione matematica, la scrittura della legge nell'antichità greca e la consuetudine giuridica, mostrando come in ciascuna di queste pratiche la normatività si dia attraverso un gesto che ripete e trasforma una forma di senso. Il gesto, in quanto portatore di conoscenza sintetica, si contrappone alla positivizzazione astratta. Così il diritto, come regola scritta e misurabile, può essere considerato gesto che dimentica la propria gestualità originaria.

In *Perché i giuristi nel tempo della povertà? La scienza giuridica odierna e il diritto nelle humanities* Daniele Cananzi rilancia, in chiave contemporanea, la domanda di Hölderlin sui poeti nel tempo della povertà, riferendola alla figura del giurista. Il contributo esplora come la scienza giuridica, nel contesto surmoderno e digitale, debba ritrovare la propria funzione critica e filosofica, al di là della pura tecnicità. In un mondo giuridico sempre più frammentato e post-metafisico, il giurista è chiamato a esercitare un sapere incarnato, responsabile, capace di raccogliere l'eredità delle *Humanities* per contrastare la deriva algoritmica, burocratica e impoverita della giuridicità contemporanea.

Matteo Castorino propone un materiale poco consueto per i percorsi tradizionali di *Law and Humanities*, eppure importante per l'approccio umanistico al diritto. Nel suo contributo, «*Un'atmosfera di vigilia*». *Riflessioni su giustizia, diritti dell'umano e lavoro a partire da uno scritto inedito di Adriano Olivetti*, Castorino rilegge il discorso di chiusura del Congresso per la Libertà della Cultura dal titolo *L'avvenire della libertà* svoltosi a Milano nel 1955, al quale partecipano sia Olivetti che Arendt, mettendo in dialogo le loro riflessioni, dalle intense considerazioni sulla tragica esperienza dei totalitarismi sino al lavoro e alla fabbrica. Il lavoro non è solo produzione, ma luogo di soggettivazione e giustizia. La fabbrica può essere congegno di alienazione o spazio di coesione giuridica. L'etica del lavoro si fa così critica della forma giuridica moderna.

In *All that jazz: il realismo giuridico americano in chiave musicale*, Paola Chiarella offre una rilettura del realismo giuridico americano come forma di critica alla giuridicità astratta e disincarnata. Recuperando il pensiero di Holmes, Pound e Llewellyn, l'autrice sottolinea l'urgenza di un diritto pragmatico, capace di rispondere ai bisogni della vita quo-

tidiana. L'analogia con il jazz – musica viva, situata e partecipativa – diventa metafora di un diritto “sonoro”, reattivo e contestuale. Il giurista, ingegnere sociale, è chiamato dunque a progettare soluzioni giuridiche efficaci a partire dalla conoscenza empirica della realtà.

In *Ermeneutica, cinema, emozioni. Una riflessione a partire da The Lincoln Lawyer e Schegge di paura*, Giacomo Cipriani osserva il fenomeno giuridico attraverso la lente del cinema, all'interno di un quadro teorico ispirato alla filosofia ermeneutica di Francesco Viola. Il contributo parte dall'idea che il diritto non sia una scienza esatta ma una pratica interpretativa intrisa di valori e affettività. In questo quadro, il cinema diventa uno strumento privilegiato per esplorare il ruolo delle emozioni nella formazione del giudizio giuridico. Attraverso l'analisi dei film *The Lincoln Lawyer* e *Schegge di paura*, l'autore mette in luce come la dimensione emotiva influenzi la percezione della giustizia, la costruzione dei fatti processuali e l'interpretazione normativa. L'esperienza giudiziale è vista come una performance collettiva, simile all'improvvisazione musicale, in cui il giudice elabora “inferenzialmente” i significati dei fatti partendo da intuizioni latenti e da stimoli sensoriali, come tono di voce, espressioni facciali, gesti. L'elemento umano, creativo e intuitivo, è pertanto al centro della decisione giudiziale, e il contributo sottolinea l'importanza di riconoscerlo e valorizzarlo, anche nel percorso formativo del giurista, affinché questi possa sviluppare una sensibilità giuridica pienamente consapevole e responsabile.

Christian Crocetta si cimenta invece nell'analisi del romanzo *Fontamara* di Ignazio Silone. Sin dal titolo, “*Tre quarti e tre quarti*”: ovvero la misura del potere che opprime in Fontamara di Ignazio Silone, l'autore evidenzia come la narrativa letteraria possa far emergere la trasformazione violenta dei beni comuni in proprietà privata. Attraverso la lettura fedele, puntuale e partecipata del classico del romanziere abruzzese, il diritto viene rappresentato come strumento di oppressione e intrinsecamente discriminatorio. Tuttavia, proprio nello smarrimento desolato che chiude il romanzo, se ne recupera il potenziale come strumento di riscatto collettivo e giustizia sociale.

In *Soggettività e potere. La scrittura etnologica di De Martino e Lévi-Strauss come spunto d'indagine sociologico-giuridica e filosofico-giuridica*, attraverso una rilettura etnografica de *Il mondo magico* di De

Martino e *Tristi tropici* di Lévi-Strauss, Ishvarananda Cucco indaga la genesi del giuridico in culture non occidentali, soffermandosi sul nesso tra soggettività e potere. Lungi dal voler universalizzare categorie moderne, l'autore mostra come la scrittura antropologica possa far emergere, sotto forma dissimulata, strutture normativo-politiche profonde. La soggettività è qui vista come condizione dell'emergere del diritto, mentre il potere ne struttura la visibilità collettiva. Cucco suggerisce che anche il diritto contemporaneo possa imparare da queste forme originarie di istituzionalizzazione.

Ivan Daldoss riflette sul giusto processo rileggendo Kafka. Nel suo contributo, Il processo di *Kafka. Paradigma "rovesciato" dell'odierno giusto processo*, osserva come, se separato dalla trasparenza e dal confronto tra le parti, il diritto diventa labirintico, cieco, ingiusto. Kafka diventa così l'allegoria negativa del "giusto processo", e allo stesso tempo un monito per ogni teoria del contraddittorio.

Ne *La ricerca del precedente nella prospettiva umanistica tra certezza del diritto e stare decisis*, Giulio Donzelli propone invece la lettura di *Justice Machines*, un insolito esempio di utopia o distopia giudiziaria, incentrata sull'affermazione di un nuovo ordine, sorto da una rivoluzione dai contorni imprecisati, in cui la giustizia è del tutto affidata alle J.M., ovvero alle *justice machines*, apparecchi cibernetici che estraggono le sentenze a sorte, realizzando l'applicazione più rigorosa delle leggi del caso. Il racconto dà spunto a Donzelli per proporre una riflessione sul precedente giurisprudenziale come figura di memoria attiva e creativa, osservando che il diritto non è solo applicazione, ma narrazione e invenzione di senso, che chiama il giurista a tessere continuità nella discontinuità.

Francescantonio Eramo, in *Cattolicesimo romano e forma giuridica. La Chiesa cattolica di Roma come istituzione: uno studio introduttivo* riflette sulla forma giuridica dell'istituzione ecclesiastica cattolica, prendendo le mosse da una distinzione concettuale tra "rappresentazione" e "rappresentanza". La Chiesa viene letta come una figura di istituzione non moderna, in cui la legittimazione non deriva dal contratto o dalla delega, ma da un'idea di rappresentazione personale e carismatica. La liturgia e la sacralità diventano i vettori di una giuridicità alternativa,

fondata sull'adorazione più che sul controllo, e sulla persistenza di una soggettività incarnata, al di là delle forme della sovranità democratica.

Stefano Guerra affronta il tema dell'autonomia dei poteri e della manipolazione del consenso a partire dalla doppia prospettiva giuridico-politica e cinematografico-letteraria. Il suo contributo, *"Indagine" sull'autonomia dei poteri. La manipolazione del consenso tra diritto, cinema e letteratura*, prende le mosse dai film *Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto* e *Todo modo* di Elio Petri, per analizzare la crisi della razionalità giuridica e della democrazia contemporanea, alla luce delle forme di manipolazione del consenso attuate per via digitale. L'idea è che il cinema e la letteratura possano contribuire a smascherare queste dinamiche, rendendo visibili i dispositivi di dominio e proponendo chiavi di lettura per pensare una nuova etica pubblica.

In *Hägerström a Hogwarts. Indagine sulla rappresentazione del giuridico nelle opere di J.K. Rowling*, Marco Mazzocca indaga il mondo giuridico-magicizzato di J.K. Rowling, mostrando come le forme normative del mondo magico rimandino a strutture arcaiche e simboliche, ma anche a dinamiche di potere e responsabilità. Le formule magiche diventano, dunque, metafore delle formule giuridiche: entrambe agiscono performativamente nel mondo.

L'insieme dei testi raccolti mostra un quadro degli studi in Italia che continua senza interruzioni l'attività varia e complessa della rete di filosofi del diritto, coordinati dalla Società Italiana di Diritto e Letteratura. Se, tra gli ambiti classici del movimento, gli studi del rapporto tra letteratura, cinema e diritto (e anche musica) sono, come di consueto, ben rappresentati, alcune tendenze emergenti dall'insieme dei testi presentati appaiono mostrare una particolare maturazione degli studi di *Law and Humanities* nel loro complesso. In primo luogo emerge il confronto con l'ambito della vulnerabilità, anche economica, e in generale con tematiche di carattere sociologico, sempre lette attraverso il prisma delle arti, ma con un linguaggio e un accostamento metodologico in grado di far percepire la complessità delle esperienze e dei contesti, sottraendo all'ambito della mera calcolabilità e della pianificazione i problemi affrontati, per riportarli entro il contesto dell'umano. Inoltre, appare un promettente tentativo di raffronto delle *law and humanities* con il terreno dell'antropologia, filosofica e culturale. Si tratta di segnali promet-

tenti, che mostrano uno sviluppo degli studi in una direzione sempre più in grado di dialogare con gli ambiti considerati tradizionali della filosofia del diritto, aprendo così la prospettiva di una vera e propria centralità del movimento, anche grazie all'apporto, sempre più significativo, di giovani studiosi e studiose.

PER UNA FIGURA GESTUALE DI NORMATIVITÀ

ESPERIENZA E POSITIVIZZAZIONE DELLA REGOLA TRA ANTROPOLOGIA, MATEMATICA E DIRITTO

Giorgio Lorenzo Beltramo

1. Introduzione. Figure gestuali

Che cosa porta il gesto? In latino, con *gerere* si portano tanto i calzari quanto un'espressione; si fa la guerra e si amministra lo Stato; ci si comporta in un certo modo. Che tutto ciò accada bene o male, con gesta eroiche od ordinaria gestione, il gesto porta innanzitutto con sé la sua forma riconoscibile.

La forma è ciò che resta del gesto, ciò che si può incarnare in un gesto nuovo: si riconosce qualcosa, che torna oramai solo come ripercorso e riformulato nella nuova *esperienza* gestuale. Si potrebbe subito concluderne che, dunque, la forma è proprio ciò che non resta; e che, invece, se si analizzasse il gesto, se lo si misurasse, si potrebbe rettificare ogni sua *performance* confrontando la forma corretta. Tale critica avrebbe tutto il senso logico del *suo* gesto: la scelta paradigmatica, la misurazione, lo strumento di misura, la codifica, l'annotazione, il calcolo, il confronto, la valutazione finale. Possiamo intendere questo gesto analitico come *positivizzazione* della forma di un altro gesto: la forma, cioè, è posta ovvero tradotta su un supporto, e questa sua nuova posizione ne assicura invarianza e controllo. Sarebbe, cioè, una nuova *esperienza*¹.

¹ Si rielabora qui, pur tentando di ripeterla, la prospettiva di Carlo Sini rispetto alla pratica di pratiche e al significato come evento del mondo in figura. Ogni pratica di senso è un precipitato: essa eredita «gli elementi già divenuti in altre pratiche, li coordina e li organizza, conferendo loro una nuova apertura di senso». Perciò Sini dice che la pratica è «trascendentale rispetto al suo contenuto di senso», ma empirica rispetto ai suoi elementi. Essa «si misura dal suo fine, cioè dal *telos* o senso con cui orienta i suoi

La differenza tra esperienza e positivizzazione è cruciale per il diritto, ma essa investe in modo trasversale il nostro sapere. Proprio il sapere teorico, anzi, pone tematicamente il suo oggetto in una ricerca e in un'indagine pubbliche e critiche: gesto impensabile senza il supporto grafico. Si propone qui il gesto come figura concettuale, che possa corrispondere sia alla positivizzazione analitica sia all'esperienza sintetica di una forma riconoscibile, nella sua ripetizione.

Seguendo Maddalena, possiamo pensare al gesto come a un'azione che incarna un significato, ovvero che lo comprende e lo comunica allo stesso tempo². Il gesto cattura e ripete una forma sensata, continuandola in una particolare configurazione pratica e portando così conoscenza. La conoscenza gestuale è sì sempre situata, ma riconoscibile in una tradizione: essa è performata in una modalità significativa, come esperienza complessa in cui ambiente, corpi, strumenti e cultura s'intrecciano in quell'equilibrio emergente che è il gesto. Maddalena intende il gesto come strumento di conoscenza sintetica, immaginando questa come opposta rispetto a quella analitica, la quale scompone l'oggetto in unità minime o elementari, per poi ricomporle e definire così l'oggetto stesso. Il nostro ragionamento si muoverebbe come in un pendolo, dice Maddalena:

il gesto è sempre una determinazione di una realtà vaga che, nel gesto, trova un'universalità ripetibile e comunicabile così come troverà poi una concettualizzazione analitica all'altro estremo del pendolo del nostro ragionamento³.

La maggiore o minore felicità del gesto, la sua buona riuscita che origina nuova conoscenza, dipende da tanti aspetti concorrenti, di ordine fenomenologico e semiotico, che riescono in una maggiore o minore

elementi». La pratica può dunque essere immaginata come una soglia, che apre un universo all'interno del quale i vari significati hanno senso. «Come apertura di mondo, ogni pratica porta l'evento del mondo al significato. Essa è perciò essenzialmente un prender luogo nel mondo, allogandone l'evento, e come tale è un *ethos*, un abitare e un costume», C. SINI, *Etica della scrittura*, in *Opere*, vol. III, tomo I, Milano, 2016, 136-138, 144.

² G. MADDALENA, *Filosofia del gesto*, Roma, 2021.

³ *Ivi*, 49.

completezza del gesto. Il gesto si inserisce, dice Maddalena, in un percorso narrativo, ovvero in una storia sensata che assicuri il riconoscimento anche nel cambiamento: deve, cioè, essere finalizzato; ma il fine «diventa determinato e comprensibile, cioè universale, mentre il gesto si compie»⁴. Un gesto riuscito, poi, ha qualità estetiche ed etiche: l'eleganza della buona soluzione, i cui criteri nascono dalla tradizione culturale nonché dal senso profondo di armonia e disarmonia; la sua risposta plausibile ed efficace, adatta alle circostanze e alle esigenze. A tale gesto si dà allora il proprio assenso; e così, dice Maddalena, esso muove e circola, è ripetuto e tradotto, rievocato e raccontato, «attraverso il “sì” di ciascuno»⁵.

L'eternalità del gesto è, anzi, ciò che ne garantisce la trasmissione. Il «gesto è un'intenzione incarnata che, nella performance, ciascuno ripercorre», sì che proprio imitando ovvero ripetendo la sua forma se ne apprende il significato:

quando ripetiamo dei gesti incorporiamo dei significati. Spesso uno si rende conto di che cosa veramente pensa perché si trova a fare delle azioni o a dire delle parole (ancora una volta intese come gesti) che non erano chiari nel pensiero fino al momento della performance⁶.

Conclude Maddalena: «Il gesto è sempre incarnazione di significati vaghi ed è sempre in connessione con l'approdo a una generalità, che si approfondisce nel corso del tempo, proprio con il ripetersi mai uguale dei medesimi gesti»⁷.

La forma del gesto, in cui si incarna una conoscenza pratica e da cui emerge una configurazione del mondo, è interpretabile altresì come tecnica, «se per tecnica s'intende la formazione di un gesto che ci fa conoscere qualcosa di nuovo»⁸. Vediamo qui una vicinanza a quelle *techniques du corps* delineate da Mauss, da pensarsi in accostamento alle *techniques à instruments*⁹.

⁴ Ivi, 50.

⁵ Ivi, 51.

⁶ Ivi, 60-61.

⁷ Ivi, 62.

⁸ Ivi, 73.

⁹ M. MAUSS, *Le tecniche del corpo*, Pisa, 2017, 50.

Chiamo tecnica – dice Mauss – un atto *tradizionale efficace* (e vedete che in questo non è diverso dall'atto magico, religioso o simbolico). Bisogna che sia *tradizionale ed efficace*. Non c'è tecnica né trasmissione se non esiste una tradizione¹⁰.

Come «arte di utilizzare il corpo», la tecnica «si impone da fuori» ed è appresa per «imitazione prestigiosa»; il risultato in azione è condizionato da elementi sociali, psicologici e biologici mescolati¹¹. Il corpo appare così a Mauss «il primo e il più naturale strumento dell'uomo», il primo «oggetto tecnico»; la tecnica del corpo si esprime in «una serie di atti assemblati, ed assemblati nell'individuo non solo da lui stesso, ma da tutta la sua educazione, da tutta la società di cui fa parte, nel posto che vi occupa»¹².

Il gesto è, dunque, immerso in un ambiente che lo conforma. I gesti sono tra loro intrecciati e si muovono tra i resti di altri gesti: gli strumenti e gli oggetti di cui parla Mauss non sono che le protesi, come direbbe Sini¹³, ovvero le tracce che il lavoro gestuale umano lascia sui supporti; e il corpo, nota Mauss, è il primo supporto. La protesi conserva traccia del gesto, ma la conserva nell'inerzia del suo particolare supporto; esso resiste all'azione d'uso – quell'azione che Mauss chiamerebbe *technique à instruments* – garantendo così una maggiore invarianza di forma gestuale. Il gesto viene misurato dalla protesi che usa, ne ripete la forma: come accade con *regula* e *norma* in geometria; o come il gesto analitico che abbiamo sopra richiamato.

La tecnica è contemporaneamente gesto e utensile, organizzati in una concatenazione da una vera e propria sintassi che conferisce alle serie operative fissità e duttilità al tempo stesso. La sintassi operativa è proposta dalla memoria e nasce tra il cervello e l'ambiente materiale¹⁴.

¹⁰ Ivi, 49.

¹¹ Ivi, 43.

¹² Ivi, 49, 51.

¹³ C. SINI, *L'uomo, la macchina, l'automa. Lavoro e conoscenza tra futuro prossimo e passato remoto*, Torino, 2009.

¹⁴ A. LEROI-GOURHAN, *Il gesto e la parola*, Sesto San Giovanni, 2018, 137.

Così Leroi-Gourhan, per il quale l'emergenza dello strumento nel corso dell'evoluzione «segna la particolare frontiera dell'umanità, con una lunga transizione nel corso della quale a poco a poco la sociologia prende il posto alla zoologia»¹⁵. In questa progressiva «liberazione» della specie, come la chiama Leroi-Gourhan, lo strumento è espressione di quello stesso processo da cui origina anche la parola. Una stessa facoltà simbolica pone una distanza dal corpo e dal mondo e, a differenza di episodi animali apparentemente vicini, utensile e parola – come simbolo di una sintassi comportamentale, di un programma gestuale – durano. Potremmo dire che essi conservano il significato come gesto incarnato: la protesi vocale o materiale è riconosciuta come possibilità significativa, nel comune assenso gestuale.

Perciò, afferma Leroi-Gourhan, «l'utensile esiste solo nel ciclo operativo»: esso «esiste realmente solo nel gesto che lo rende tecnicamente efficace»¹⁶. In quanto traccia o protesi del gesto, l'utensile ne conserva il tratto sensato e contestuale, disposto a un fine e dunque – come dice Maddalena – narrativo. Per esempio, Leroi-Gourhan rintraccia nello strumento litico, sia esso più o meno elaborato, una concatenazione di operazioni ovvero un programma ordinato, che anche il suo autore doveva prefigurarsi per scegliere il giusto ciottolo e dargli la giusta forma; giusti, cioè buoni da usare, in quel senso estetico ed etico che Leroi-Gourhan definisce «funzionale»¹⁷. L'utensile e la parola funzionano allora in modo simile: quali resti di un lavoro comune, essi condensano un significato come possibilità operativa e coordinativa, interpretata all'interno di una tradizione o memoria sociale. «La sinergia operativa dell'utensile e del gesto – dice ancora Leroi-Gourhan – presuppone l'esistenza di una memoria nella quale si registra il programma di comportamento»; memoria che, nella specie umana, proprio grazie alla «amovibilità dell'utensile e del linguaggio», è per lo più esteriorizzata¹⁸.

Tra i tanti gesti che esternalizzano un significato e lo traducono su supporti durevoli, occorrerà prestare – nel corso della nostra indagine –

¹⁵ *Ivi*, 107.

¹⁶ *Ivi*, 278.

¹⁷ *Ivi*, cap. 12.

¹⁸ *Ivi*, 278-279.

un'attenzione particolare a quello grafico, per il legame che esso ha con la positività del sapere.

Si tenga presente l'esempio geometrico della *regula* e della *norma*, quali strumenti che, ripetuti nell'uso, gettano la propria misura inerziale sull'oggetto e così progettano una distanza. Il problema che qui si pone è la normatività del gesto grafico, nel quale strumenti di misura sono foglio e penna, insieme con la particolare forma logica del segno in uso: qui, per noi, l'alfabeto. La scrittura ordina in modo particolare qualsiasi gesto in essa tradotto, comportando una nuova esperienza e un nuovo sapere¹⁹.

Configurata in un percorso che attraversa l'antropologia e la matematica come esperienze e come teorie, la figura gestuale qui proposta intende, infine, essere autocritica nei confronti del sapere filosofico-giuridico: di quel sapere, cioè, che pone tematicamente a indagine i concetti stessi di regola e di norma, come concetti teorici ovvero grafici²⁰.

¹⁹ La letteratura scientifica e filosofica sull'impatto culturale della scrittura è ampia; più ampia ancora se, nella grafia, si comprende giustamente anche il disegno. Per il taglio più specificamente filosofico, si vedano i lavori di Sini e della sua scuola, tra cui: C. SINI, *L'alfabeto e l'occidente*, Milano, 2016; ID., *Il foglio-mondo*, Milano, 2013; R. RONCHI, *La scrittura della verità. Per una genealogia della teoria*, Milano, 1996; E. DI MARTINO, *Il medium e le pratiche*, Milano, 1998. Per una prima panoramica sugli studi degli oralisti, si vedano: W. ONG, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna, 2014; E. HAVELOCK, *La musa impara a scrivere. Riflessioni sull'oralità e l'alfabetismo dall'antichità al giorno d'oggi*, Roma-Bari, 1995; ID., *Dalla A alla Z. Le origini della civiltà della scrittura in Occidente*, Genova, 1987; I. ILLICH, *Nella vigna del testo. Per una etologia della lettura*, Milano, 1994; J. SVENBRO, *Storia della lettura nella Grecia antica*, Roma-Bari, 1991; A. KALLIR, *Segno e disegno. Psicogenesi dell'alfabeto*, Milano, 1994.

²⁰ Come afferma Robilant in filosofia del diritto, la teoria è una particolare figura. Analogamente a quella artistica, la «figura teoretica» dispone i propri elementi – astratti dalla realtà, cioè rappresentati per mezzo di schematismi e categorie – in un determinato «ordine nomico»: ove l'aggettivo intende l'effetto ordinante dello schema unitario, della «forma unificante», ossia della «configurazione». Afferma Robilant che le figure «in quanto figure costituiscono *forme*. Figure e forme costituiscono un binomio inscindibile. Creare figure comporta il creare *forme*, vale a dire entità le quali hanno una propria autonomia, che prescinde dai fini conoscitivi o pratici a cui possono essere rivolte, e che consiste nei rapporti in cui i loro singoli elementi costitutivi si pongono e nell'unità che essi producono»: E. DI ROBILANT, *Realtà e figure nella scienza giuridica*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*,

2. *Studiare un'esperienza: l'antropologo di fronte al rituale*

Si può parlare di cerimonie, senza esservi dentro: tuttavia, solo da dentro si saprebbe «quali impulsi (da quelli stagionali a quelli di conferma dell'appartenenza al gruppo e così via) agiscano durante un'enunciazione della sequenza che è anche la sua messa in atto»²¹. Lo studio antropologico del mito e del rito è da Goody criticato proprio rispetto al passaggio di canale: la «costruzione del testo rituale» – com'egli la definisce²² – è, nei nostri termini, una positivizzazione dell'esperienza orale. Il gesto grafico separa l'enunciazione della sequenza cerimoniale dalla sua messa in atto, con ciò permettendo all'antropologo un'analisi differita e distanziata.

Nel 1950 Goody registra per la prima volta il lungo mito del Bagre presso i LoDagaa del Ghana settentrionale, grazie a un informatore che accetta di recitarlo per lui permettendogli così di effettuare una trascrizione diretta, nel corso di dieci giorni. Goody pensa dunque di avere «una formulazione orale standardizzata frutto di un preciso insegnamento e sostanzialmente immutabile nel tempo e nello spazio»²³. Del resto, nota l'antropologo,

sono normalmente i riti, i miti, le credenze e le pratiche religiose delle società semplici ad essere considerate (e indubbiamente trattate) come statiche, persistenti e immutabili di generazione in generazione, come se di generazione in generazione venissero trasmesse in forma sostanzialmente fissa²⁴.

Un'invenzione tecnologica resasi disponibile cambia però radicalmente il lavoro dell'antropologo: i registratori portatili a batteria permettono, infatti, di catturare suoni e parole sul nastro magnetico. Negli

Milano, 1983, 73. Cfr. Id., *Diritto, società e persona. Appunti per il corso di filosofia del diritto*, Torino, 1999.

²¹ J. GOODY, *Il suono e i segni. L'interfaccia tra scrittura e oralità*, Milano, 1989, 182-183.

²² J. GOODY, *Il potere della tradizione scritta*, Torino, 2002, 57.

²³ J. GOODY, *La logica della scrittura e l'organizzazione della società*, Torino, 1988, 12.

²⁴ *Ivi*, 10.

anni a venire, in diverse spedizioni sul campo, Goody registra in questo modo molte altre versioni, che ritrascrive poi con calma e pone finalmente a confronto. Ne emergono divergenze a tutta prima sconcertanti. Non solo il Bagre Nero, che Goody descrive come più narrativo e speculativo, slegato dalla sequenza dei gesti rituali, presenta versioni diversissime – finanche in parti che l'antropologo aveva ritenuto fondamentali alla prima versione, per i temi trattati. Anche il Bagre Bianco, legato al rito e alla serie di atti visivi standardizzati, muta, dacché

l'ordine di presentazione delle cerimonie muta da una recita all'altra; perfino le parole dell'invocazione formale, che ognuno conosce "a memoria", cambiano significativamente da un recitante all'altro, senza che vi sia alcun referente esterno che possa svolgere ruolo di controllo e correzione²⁵.

Commenta Goody: «Neppure gli elementi basilari venivano conservati per i posteri; le varie generazioni ne inventavano di nuovi, il mito era in uno stato di perpetua trasformazione»²⁶.

Occorre qui provare a immaginare l'esperienza del rito e del mito in esso inserito, in una cultura orale. La memoria rituale è ambientale e pratica. Goody ci informa che molte persone non sono capaci di fornire un resoconto delle complesse procedure in sequenza; tuttavia, «quando comincia la cerimonia, ogni atto conduce al successivo fino alla conclusione. Un ricordo ne sollecita un altro» e qua e là «gli elementi visivi possono risvegliare la visione, come quando si cerca di trovare la strada da un luogo all'altro; un elemento conduce al successivo»²⁷. Flessibilità, creatività, memoria generativa sono dunque il modo della ripetizione del medesimo, in un ricordo selettivo che rievoca ciò che è sentito come propizio per la buona riuscita della cerimonia, mentre oblia il resto. Il ricordo vago si realizza così in un nuovo sapere, che colma il vuoto e genera una deviazione percepita come tradizione: un processo mnemonico corale che Goody descrive come «trasformazione omeostatica»²⁸.

²⁵ J. GOODY, *Il suono e i segni*, cit., 180.

²⁶ J. GOODY, *Il potere della tradizione scritta*, cit., 131.

²⁷ *Ivi*, 37.

²⁸ *Ivi*, 54.

Nell'esecuzione del Bagre avviene che il Recitante recita: il pubblico lo ascolta mentre una o più persone rispondono ripetendo le sue parole. Tuttavia, né il Recitante né chi gli replica dipende da un «originale» imparato; il coro ripete esattamente ciò che dice il Recitante e non è in grado di interrogarlo. Il Recitante, e lui solo, dispone di tutta l'autorità dello scanno sul quale è assiso; le sue parole *sono* il Bagre²⁹.

Da fuori, una canonizzazione appare impossibile; ma da dentro «in ogni dato momento le credenze e l'azione, oltre che la recitazione, appaiono fisse»³⁰. Goody ci informa infatti che per i LoDagaa il Bagre è uno solo e sempre lo stesso. «Non si tratta semplicemente del fatto che manca qualsiasi sanzione contro chi si discosta dall'originale; è il concetto stesso di “originale” che è fuori luogo»³¹. L'apprendimento del mito è contestuale alla sua recitazione, ovvero alla sua messa in atto. Composizione, recitazione e trasmissione sono indistinguibili. «Nelle società orali ogni recitazione di un poema lungo come il Bagre rimodella l'opera e (poiché la recitazione è trasmissione) fornisce un nuovo modello per le versioni future»³².

Nel contesto rapido e rapito della *performance*, la possibilità di una correzione è difficile; ma ancora più importante è che la percezione stessa dello sbaglio è diversa da una cultura scritta. L'idea di un confronto con una fonte positiva, come le nostre, è impossibile; ma sarebbe – dice Goody – «comunque non necessario farlo solo oralmente, dato che a livello verbale (ma non visivo) l'intera nozione di identità, corrispondenza (e quindi di “verità”, almeno in una delle accezioni) è necessariamente vaga»³³. Ciò che si apprende nell'esperienza mimetica dell'ascolto e della ripetizione partecipanti è «non tanto un'espressione verbale fissa (cosa, come si è visto, praticamente impossibile) quanto un modo di recitare, di comporre il recitativo, di inserire il discorso in una cornice ritmica»³⁴. Al contrario, quando la forma verbale è ridotta a quella scritta acquista, col carattere visivo, anche una distanza e una

²⁹ J. GOODY, *Il suono e i segni*, cit., 179.

³⁰ J. GOODY, *Il potere della tradizione scritta*, cit., 141.

³¹ J. GOODY, *Il suono e i segni*, cit., 179.

³² J. GOODY, *Il potere della tradizione scritta*, cit., 53-54.

³³ *Ivi*, 140.

³⁴ *Ivi*, 141.

stabilità: si rende cioè autonoma dall'esperienza vissuta e disponibile a usi propriamente critici.

È ciò che in effetti accade a quel resto del lavoro antropologico che è il libro, con la trascrizione e l'analisi dell'esperienza rituale: come la trascrizione del Bagre. Goody ci informa della progressiva alfabetizzazione dei LoDagaa, con la scolarizzazione portata dagli europei, e dunque della conseguente disponibilità di accesso a un testo che, per scelta arbitraria e circostanza casuale, ha fissato una specifica recitazione del loro mito.

Da quando la lunga recitazione del Bagre è stata messa per iscritto, i membri di questa società che sanno leggere sono in grado di coglierne le differenze nel tempo e nello spazio rispetto alle versioni attuali. La versione che per prima è stata messa per iscritto gode dell'autorità degli antenati che la recitavano, dando vita alla nozione di una versione ortodossa da cui le altre si sono discostate. Ma si potrebbe parimenti sostenere che in una cultura orale la versione genuina è quella prodotta dai propri contemporanei, non la più vecchia ma la più recente, giacché quest'ultima rifletterà l'influenza degli interessi attuali anziché di quelli passati. In questo come in altri casi non ci può essere vera ortodossia senza un «testo fisso» di qualche tipo, spesso arbitrario³⁵.

Il gesto analitico di positivizzazione – come già si notava – ha tutta la verità della propria forma: il paradigma, la misura, la valutazione. Dal punto di vista della regola positiva, ossia del regolo testuale, la recitazione o è conforme o è deviante.

L'esperienza mnemonica è ora esternalizzata, sì che è la forma della protesi che diviene criterio di correttezza dell'esecuzione: non più l'emozione entusiastica della festa propizia e, proprio perciò, conforme all'immemore tradizione; bensì la corrispondenza formale con la fonte testuale, che si fa garante della tradizione fissandone la prova.

Goody pone qui una forte autocritica metodologica ed epistemologica alla propria disciplina. La prospettiva del discorso antropologico sull'esperienza dell'altro è misurata dai suoi stessi gesti e strumenti: in questo senso, è una verità positiva. Si ricorda, a questo proposito, la posizione di Fabietti, che descrive il risultato del proprio lavoro di an-

³⁵ *Ivi*, 55.

tropologo, frutto dell'incontro tra due culture, come costruzione di un «mondo terzo», che non è propriamente nessuna delle culture di partenza ma qualcosa che sta in mezzo, all'accordo tra i significati che si è riusciti a condividere o, meglio, a generare³⁶. L'antropologo non si sveste mai della propria cultura e della propria formazione scientifica. Nel suo lavoro, egli opera, come anche dice Borutti, «una configurazione, una messa in forma che è una simulazione del mondo dei significati e delle azioni dell'altro»³⁷. Una simulazione che, nei nostri termini, è un'altra esperienza gestuale, nella quale il significato acquista una nuova forma.

3. *Invarianti e dimostrazione: gesti matematici*

Nel suo libro dedicato al rapporto generativo tra matematica e senso, Longo si confronta con il formalismo logicistico quale «mito» della sua disciplina: l'idea, cioè, che certezza, efficacia e oggettività della matematica si fondino su regole meccaniche, perfettamente rigorose³⁸. Nel paradigma formalista,

deduzioni fatte tra serie finite di segni, gestite da regole che associano serie di segni ad altre serie di segni, in modo indipendente dal significato, sono state ritenute sufficienti per ricostruire completamente il ragionamento matematico

idealmente mirando a «trasferire il tutto dentro computer digitali»³⁹. La computazione deve la propria efficacia a questo procedimento reso semplice e meccanizzabile, proprio perché privato del riferimento semantico. Ciò che conta – ciò che si può semplicemente contare – è la «corrispondenza esatta, sintattica, tra sequenze»: la trasformazione lo-

³⁶ U. FABIETTI, *Antropologia culturale. L'esperienza e l'interpretazione*, Bari-Roma, 1999, 43.

³⁷ S. BORUTTI, *Filosofia delle scienze umane. Le categorie dell'Antropologia e della Sociologia*, Milano, 1999, 183.

³⁸ G. LONGO, *Matematica e senso. Per non diventare macchine*, Sesto San Giovanni, 2021.

³⁹ *Ivi*, 67.

gico-formale, dunque automatica, di una sequenza in quella successiva⁴⁰. Tale paradigma ha fantasticato la meccanizzazione del ragionamento umano tutto, riducendo questo al linguaggio e riducendo il linguaggio alla sua pura forma: la ragione è così ricondotta alla manipolazione sintattica di un insieme di segni.

Anche utilizzando tale metodo computazionale, tuttavia, occorre disporre di dati, ovvero di misurazioni dell'oggetto di analisi. Longo nota come la misurazione sia un gesto complesso e decisivo, in tutti i sensi: essa decide e taglia il mondo in un certo punto e in un certo modo, con tutte le approssimazioni del caso ossia dello strumento. Tale gesto è significativo per una specifica prospettiva: presuppone, cioè, «una spiegazione ed una costruzione teoriche»⁴¹.

Il mondo non è infatti una raccolta di immagini, di suoni e di numeri etichettati o da etichettare induttivamente: le etichette ed i numeri non sono «già presenti» nella natura. Noi associamo dei nomi e dei numeri a dei processi attraverso complessissime operazioni di delineamento e di qualificazione, ovvero di misurazione della realtà. I primi due sono gesti protensivi ricchi di emozioni, al centro di tutta l'attività dell'uomo nel mondo. Ovvero noi ritagliamo, delineiamo delle forme, sempre sulla base di una costruzione storica di senso; a partire cioè da esperienze attive vissute del mondo tramite questo corpo biologico e storico di cui siamo dotati, ricco di emozioni. La misurazione, ovvero l'attribuzione di un numero ad un processo, sia attraverso i sensi, sia, poi, quella scientifica, è un compito difficile: si deve scegliere un oggetto osservabile, una metrica, ritagliare quantitativamente la realtà, fissare una possibile approssimazione per associarvi un numero⁴².

L'esperienza umana è del resto radicalmente diversa da un'elaborazione di informazioni e dati provenienti dall'esterno. Insiste Longo: noi siamo «calati nel vivente e nella storia, dove la comprensione si fonda su scelte non banalmente binarie»⁴³. Il processo di conoscenza è un tentativo continuo di configurazione di senso, una relazione ricorsiva tra

⁴⁰ *Ivi*, 129.

⁴¹ *Ivi*, 183.

⁴² *Ivi*, 21.

⁴³ *Ivi*, 68.

singolo e mondo: il coinvolgimento emotivo che l'uomo esperisce è un circolo di proposte e risposte significative.

La nostra intelligenza – afferma Longo – è, infatti, una costante ed attiva organizzazione dei fenomeni che risponde al nostro bisogno di tentare di renderli intelligibili ai nostri occhi, col risultato che l'intelligenza si forma *insieme* all'atto stesso di costruzione dei fenomeni stessi, nell'interfaccia tra io e mondo⁴⁴.

Per Longo, la matematica affonda nella capacità-esigenza umana di inventare invarianti, pensando questa come scoperta e creazione insieme di regolarità fondamentali del mondo: «regolarità che noi “vediamo” e sviluppiamo tramite il linguaggio ed i nostri gesti»⁴⁵. Così, noi «disegniamo i contorni degli “oggetti”, ovvero estraiamo i contorni che ci appaiono più significativi e comprendiamo le cose *mentre le interpretiamo e diamo loro un nome*»⁴⁶. Tra le forme di conoscenza che tracciano e rintracciano invarianti nel reale, la matematica è per Longo quella i cui contenuti sono massimamente stabili.

Non c'è separazione tra le costruzioni matematiche ed il mondo, dal momento che noi *disegniamo* la matematica e ne tracciamo i «contorni concettuali e geometrici» su quel *velo dei fenomeni* che rappresenta l'interfaccia tra noi e la realtà che ci circonda, in cui ritagliamo contorni, qualifichiamo, isoliamo i fenomeni. Fondiamo la matematica e la agganciamo tramite questo velo proprio alle regolarità del mondo, contemporaneamente al nostro stesso estrarre delle regolarità dal mondo stesso definendo, a nostra volta, il nostro stesso «io». La costruzione di concetti, ovvero il nostro stesso selezionarli, nonché la creazione di concetti, *derivano e donano* significato *dal*, e *al*, mondo stesso. Ed è proprio per queste ragioni, ovvero per il fatto che le radici della nostra conoscenza affondano nella presenza pregnante di significato della nostra vita biologica e storica, ovvero per la nostra presenza cognitiva nel mondo, che la matematica è così efficace⁴⁷.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ivi*, 110.

⁴⁷ *Ivi*, 99-100.

Il profondo legame della matematica con l'esperienza umana di senso, nell'emergenza pratica di invarianti, è ben visibile persino in quella «idea completamente fuori dal mondo», in quel «gesto asintotico ai limiti del reale» che è la linea senza spessore, fondamentale in geometria⁴⁸. L'assiomatizzazione di tale oggetto non è che il culmine, il perfezionamento di una tradizione sterminata di esperienze sensate che hanno permesso la sua intuizione. Longo si riferisce a gesti elementari bensì complessi, quali l'anticipazione di una direzione nel movimento, per esempio per la fuga e la caccia. Accade qui una configurazione di senso in continuo riadattamento, in cui ritensione mnestica e protensione intenzionale interferiscono circolarmente, nel disegnare le pregnanze emotive e le forme invarianti. Il gesto commosso incarna una forma interpretativa, che s'imbatte nella resistenza del mondo; la nuova esperienza riformula la memoria, obliando ciò che non è significativo.

L'intuizione di una linea del movimento nella nostra storia culturale attraversa poi il gesto vocale e il gesto grafico. Dice Longo:

La linea-traiettorie immaginata, poi tracciata e descritta a parole, coglie quindi questo invariante pratico e cognitivo; il linguaggio, la pratica del disegno, lo associa poi all'invenzione dei bordi, come quelli tracciati dai nostri antenati nelle caverne di Lascaux, i bordi di un bisonte, di un cavallo⁴⁹.

La linea senza spessore emerge dunque da una comprensione gestuale; essa è «l'invariante pre-concettuale del concetto matematico in relazione a diverse esperienze pratiche» e, come esperienza sensata, non è formalizzabile.

Questo invariante non è a sua volta un concetto, ma è un elemento fondazionale ed è la sede del significato: noi non potremmo capire che cosa è una linea, infatti, non potremmo nemmeno concepirla o proporla, nemmeno nella sua configurazione solo formale, senza vedere prima il gesto o anche senza averla prima tracciata su una lavagna. È impossibile, infatti, comprenderla, se prima non la si ha «percepita», se il corpo non l'ha sentita, praticata a propria volta, fosse anche partendo da ciò che il primo insegnante ci ha evocato quando ha tentato di disegnarci

⁴⁸ *Ivi*, 169.

⁴⁹ *Ibidem*.

che cosa fosse una linea continua, con un gesto nell'aria, una traccia sulla lavagna⁵⁰.

Dentro il gesto del maestro precipita una tradizione di esperienze concrete, di cui il gesto incarna e comunica il senso, che viene così riconosciuto da chi vi partecipa. Il gesto, come si diceva, è esterno: la sua forma si rende pubblica e condivisibile, replicandosi nell'assenso di ciascuno.

In effetti, nota Longo, «già Euclide a suo tempo *costruiva* la linea senza spessore tramite gesti, disegni, tracce – come recitano i suoi assiomi»⁵¹. Gli *Elementi* sono l'opera che, alla fine del IV secolo a.C., segna il destino della geometria greca: come dice Reñón, con Euclide si ha la «consacrazione della dimostrazione canonica in campo geometrico e la trasformazione della stessa geometria in paradigma di una scienza dimostrativa assiomatica»⁵².

Ricorda Cambiano che la geometria greca più antica procede per problemi piuttosto che per teoremi: è cioè legata a risoluzioni pratiche o astronomiche, sì che l'ordine del procedimento – la scelta del principio (*arché*) e le dimostrazioni concatenate – varia in funzione del problema scelto, e alcuni passaggi sono spesso abbreviati o dati per scontati⁵³. Il riconoscimento «dell'esistenza di connessioni tra le proporzioni non implicava necessariamente che l'ordine che presiedeva a queste connessioni fosse unico e che lo scritto lo fissasse una volta per tutte»⁵⁴. Al contrario, con Euclide l'ordine è unidirezionale e senza salti; le proposizioni formano un sistema organizzato secondo antecedenza e conseguenza, caratterizzato «da una distinzione tra proposizioni dimostrabili e proposizioni indimostrabili»; l'*arché* è principio primo, «punto iniziale costituito da proposizioni non dimostrate o da postulati»⁵⁵.

⁵⁰ *Ivi*, 140.

⁵¹ *Ivi*, 141.

⁵² L.V. REÑÓN, *La dimostrazione*, in S. SETTIS (a cura di), *I Greci. Storia Cultura Arte Società*, tomo 1, Torino, 1996, 305.

⁵³ G. CAMBIANO, *Figura e numero*, in M. VEGETTI (a cura di), *Il sapere degli antichi*, vol. 2, Torino, 1992, 85. Cfr. L.V. REÑÓN, *op. cit.*, 309.

⁵⁴ G. CAMBIANO, *La scrittura della dimostrazione in geometria*, in M. DETIENNE (a cura di), *Sapere e scrittura in Grecia*, Roma-Bari, 1989, 140-141.

⁵⁵ *Ivi*, 135, 141. Cfr. L.V. REÑÓN, *op. cit.*, 307.

Eppure, nota Longo, i postulati di Euclide sono

cinque costruzioni con pochissimi strumenti (righetto e compasso) basate appunto su pochissimi principi e simmetrie. Non sono di sicuro assiomi nel senso formalista del termine, dal momento che sono *ricchissimi* di significato e rappresentano *un'azione o delle costruzioni nello spazio*⁵⁶.

Nel procedimento che conduce alla dimostrazione di un teorema in Euclide, «l'evocazione del senso che precede la forma assiomatica sarà una componente essenziale del ragionamento»⁵⁷.

«Teorema» ha la stessa radice di teatro: alla logica si aggiungono, con Euclide, simmetrie, rotazioni e traslazioni, veri e propri gesti «teatrali» nella dimostrazione. La geometria viene dunque inventata in un difficile gioco tra traccia immaginata e prodotta, e linguaggio: solamente nel gesto del primo maestro, tracciato sulla sabbia di una spiaggia greca, si può comprendere che cosa sia una linea continua, una traiettoria, un bordo; solamente, però, tramite il linguaggio si può dire: «questa linea che sto disegnando è priva di spessore»... è solo il bordo di una figura, una traiettoria del tutto indipendente dall'oggetto che la percorre. È un'invariante del pensiero, poiché è composta da più atti di esperienza: i gesti, le tracce lasciate su una superficie, le parole. La scrittura fissa definitivamente questa nuova forma di immaginazione matematica⁵⁸.

In un passo del *Menone* (82a-86c), Platone inscena una situazione didattica in cui Socrate, con incalzanti domande maieutiche, guida uno schiavo nella risoluzione di un problema geometrico: la duplicazione dell'area di un quadrato. L'obiettivo è mostrare che la conoscenza non si insegna, ma si ricorda: la reminiscenza (*anámnesis*) funge a sua volta da prova dell'immortalità dell'anima. A noi interessa qui notare come il passo mimi una situazione orale e grafica assieme, in fase di svolgimento: il testo tramandato è privo di figure (che le edizioni antiche e moderne provvedono ad annotare per agevolare il lettore), ma – nota Cambiano – vi sono così tante espressioni deittiche, inviti a tracciare e disegnare oltre, finanche un'esplicita richiesta di Socrate allo schiavo di

⁵⁶ G. LONGO, *op. cit.*, 93.

⁵⁷ *Ivi*, 170.

⁵⁸ *Ivi*, 166.

indicare (*deíxon*, da *deíknymi*) la retta da cui generare il quadrato doppio, che la scena presuppone certamente una figurazione progressiva, forse sulla sabbia sotto gli occhi degli astanti. Cambiano nota, inoltre, la pluralità delle figure a cui si fa riferimento – replicata infatti nelle annotazioni esemplificative delle edizioni.

Certo l'uso di più figure può dipendere dall'esigenza di chiarire il più possibile il testo scritto del *Menone*, ma dipende anche dal fatto che nel passo in questione l'argomentazione procede anche attraverso fasi errate che vengono via via scartate per poter pervenire alla soluzione esatta. Ossia la scrittura dell'argomentazione nel passo del *Menone* è diversa da quella di una proposizione euclidea: in questa non si passa mai attraverso soluzioni errate – se non nel caso della dimostrazione per assurdo, che tuttavia non è altro che una via indiretta all'unica soluzione vera – ma tutto è di fatto immediatamente funzionale alla soluzione corretta. In questo senso la figura tracciata nel testo euclideo incorpora necessariamente le varie fasi che conducono ad essa, né occorrono più figure per le varie fasi. [...] In una situazione orale le figure si fanno e si disfanno, quelle che contengono soluzioni errate lasciano lo spazio a quella che dà la soluzione vera. Esse sono legate alla *performance* singola e la ripetizione di essa implica che le figure siano nuovamente tracciate seguendo passo lo svolgersi dell'argomentazione. Nello scritto euclideo, invece, fasi dell'argomentazione e figura sono fissate una volta per tutte, ognuna nella sua struttura compiuta, senz'alcun passo falso o alcuna deviazione⁵⁹.

L'esperienza della verità geometrica è profondamente diversa prima e dopo la svolta assiomatica. Insiste Cambiano: in Euclide la figura ha già un'importanza minore della prova, cioè della «cogenza dell'argomentazione» e della definizione dei principi; «definizioni assunte come punti di partenza dai quali derivano una serie di proposizioni dimostrate». In tale geometria assiomatizzata, «la scrittura si configurava come costruzione di un ordine, una *taxis* definitiva e autosufficiente»; il che comporta però «l'espulsione radicale di tutto ciò che non era inseribile in quest'ordine e in particolare del percorso euristico, che aveva condotto all'acquisizione dei singoli risultati»⁶⁰.

⁵⁹ G. CAMBIANO, *La scrittura della dimostrazione in geometria*, cit., 130-131.

⁶⁰ *Ivi*, 142, 146.

Quando Longo e Lassègue ricordano che al cuore degli assiomi di Euclide c'è una costruzione («trace une droite, trace un cercle, trace une droite qui traverse deux autres droites [...] ils demandent de “tracer”, de “produire” une ligne, un cercle»)⁶¹, fanno riferimento proprio a quell'esperienza euristica che gli *Elementi* di Euclide provvedono a espungere dal risultato finale.

Nel passo del *Menone*, i verbi che Platone sceglie per indicare i gesti grafici sono al presente: le azioni si svolgono *in medias res*, davanti agli occhi apprensivi di tutti intorno a una figura che si fa e si cancella e si rifà. Proprio in un senso teatrale, la scena è drammatica: ogni nuova scoperta è un avanzamento faticoso ma liberatorio verso la verità finalmente ricordata. Negli *Elementi*, invece, per indicare operazioni grafiche Euclide

usa sempre l'imperativo perfetto, dicendo per esempio *tetmésthō* e in generale *gegráphtō* che possiamo tradurre pressappoco con “sia stata tracciata”, mentre nel linguaggio geometrico odierno si usa l'espressione “tracciamo”⁶².

La figura è perfetta agli occhi del lettore.

Tutto qui è già compiuto e per sempre. La dimostrazione è stringente e non ammette deviazioni, non v'è spazio per domande lasciate in sospeso. Chiunque può misurare il rigore geometrico seguendo il ragionamento logico. Resta solo la verità positiva, ossia fissata dallo scritto.

4. Scrivere la legge: intorno all'autonomia

Già molto avanzati nella loro discussione, gli anziani protagonisti dell'ultimo dialogo di Platone, le *Leggi*, concordano che i lunghi e faticosi discorsi fatti fino ad allora per preparare la migliore costituzione possibile non sono vani, né del resto sono conclusi: altri ne servono ancora, così sulle piccole come sulle grandi cose, dacché «le disposi-

⁶¹ J. LASSÈGUE, G. LONGO, *L'empire numérique. De l'alphabet à l'IA*, Paris, 2025, 19.

⁶² G. CAMBIANO, *La scrittura della dimostrazione in geometria*, cit., 129.

zioni relative alle leggi e messe per iscritto, come se fossero pronte in ogni tempo a render conto di sé, sono del tutto immutabili» (X, 891a)⁶³.

Le antichissime leggi dei padri, non scritte, sono stabilite (*tethénta*) ed entrate nell'uso e tengono avvolte le leggi scritte; però possono sempre venir meno e far crollare l'edificio della costituzione: nulla, dunque, va trascurato e lasciato inespresso nel discorso (IV, 793b-d)⁶⁴. Ma quelle leggi, appunto, che sono messe per iscritto (*en grámmasi tethénta*) sono fissate per ogni tempo (*eis pánta chrónon*), e sapranno rendere conto (*dósonta élenchon*), anche in assenza del legislatore che – come idealmente i tre compagni del dialogo – si appresta a scriverle.

Giustamente Vegetti nota come il Platone delle *Leggi* sia distantissimo dalle critiche del *Fedro*. In quel dialogo, la scrittura legislativa

non possiede né stabilità (*bebaiótes*) né certezza (*saphéneia*), ed è piuttosto motivo di vergogna per il suo autore perché ha i contorni vaghi del sogno laddove, intorno alle questioni del giusto e dell'ingiusto, del bene e del male, occorrerebbe il rigore della verità dialettica (277d-278a)⁶⁵.

Nel *Fedro*, lo scritto è muto, dunque incapace di rispondere alle domande o alle offese; ha sempre bisogno dell'aiuto del padre, perché non può far altro che ripetere le stesse cose (275d-e). Al contrario, nell'ultimo dialogo platonico gli scritti composti sulle leggi «devono apparire, una volta dispiegati, i più belli e i migliori»; le leggi scritte devono «sembrare come un padre e una madre che amano e hanno senno (*noun*)» (858e-859a)⁶⁶. Il discorso scritto, che nel *Fedro* è nient'altro che un'immagine (*eídonon*) di quello dell'anima (276a), si rivela qui capace di fare ciò che la *paideia* filosofica precipuamente insegna: render ragione.

Nell'*Apologia*, Socrate dice a coloro che lo hanno condannato a morte che, come lui, anche loro saranno chiamati alla resa dei conti (*didónai élenchon*) della propria vita (39c). Ed è proprio Platone a conferire a tale gesto «il significato di “confutazione” che suppone uno

⁶³ PLATONE, *Le Leggi*, a cura di F. Ferrari, S. Poli, Milano, 2018, 861.

⁶⁴ *Ivi*, 574-575.

⁶⁵ M. VEGETTI, *Il potere della verità. Saggi Platonici*, Roma, 2018, 227.

⁶⁶ PLATONE, *Le Leggi*, cit., 765-767.

scambio verbale di domande e risposte»⁶⁷: come nel *Sofista*, dove l'arte confutatoria (*élenchos*) è la migliore tra le purificazioni dell'anima, un'arte condotta dagli dei e dai nobili sofisti, ossia i filosofi. Il cambiamento di prospettiva è sorprendente. Come e da dove può la legge render conto di sé?

Si potrebbe dire che la legge ha qui occupato il posto centrale, ossia il posto della verità pubblica. Vernant nota che l'eccezionalità della *polis* democratica e filosofica è di essere organizzata intorno a un centro, che acquista così un significato politico nuovo. «Il *mésos*, il mezzo, caratterizza dunque l'ambito di ciò che è comune, pubblico, *xynón*, opponendolo a ciò che è privato, particolare». Così, nel centro si pone il potere, *krátos*, che «sfugge all'appropriazione per diventare comune a tutti i membri della città»⁶⁸.

Lo stesso fa la filosofia, rispetto alle forme sapienziali arcaiche: «il primo filosofo – dice Vernant – non è più uno sciamano. Il suo ufficio è quello di insegnare, di fare scuola»⁶⁹. Come Socrate, che discute in bella vista presso i tavoli dei banchieri:

se sentite – dice all'inizio della sua arringa, rivolgendosi agli ateniesi – che mi difendo allo stesso modo in cui sono solito anche parlare fra i banchi in piazza, dove molti di voi mi hanno già sentito, e altrove, non ve ne stupite e non trepidate⁷⁰.

Il filosofo – afferma ancora Vernant –

si rivolge a tutta la città, a tutte le città; affida le sue rivelazioni ad una pubblicità vera ed intera. Portando il mistero in piazza, in piena *agorá*, egli ne fa un oggetto di dibattito pubblico e contraddittorio, in cui l'argomentazione dialettica finirà col prendere il sopravvento sull'illuminazione soprannaturale⁷¹.

⁶⁷ B. CENTRONE, commento a PLATONE, *Sofista*, Torino, 2008, 5, n. 4.

⁶⁸ J.-P. VERNANT, *Mito e pensiero presso i Greci. Studi di psicologia storica*, Torino, 2001, 219.

⁶⁹ *Ivi*, 401.

⁷⁰ PLATONE, *Apologia di Socrate*, Milano, 2018, 97-99.

⁷¹ J.-P. VERNANT, *op. cit.*, 403.

Ricerca e discussione: questa è la nuova *polis*. Davvero – conclude Vernant – la «solidarietà che constatiamo tra la nascita del filosofo e l'avvento del cittadino non ci deve sorprendere»⁷².

Detienne vede nella scrittura monumentale e pubblica delle leggi, su grandi lapidi coperte di lettere ed erette nei luoghi centrali della *polis*, il «gesto fondatore» di una nuova pratica politica. A partire dal 650 a.C., quando la scrittura alfabetica è già in circolazione da almeno un secolo, cominciano ad apparire i primi testi legislativi. «Le regole fondamentali della vita in città, la scrittura le rende monumentali, visibili e perfettamente leggibili, affinché ciascuno si sottometta alla loro volontà»⁷³.

Lo scritto nel suo impatto legislativo impone la sua efficacia allo spazio politico. Esposte nei luoghi più in vista, nelle collocazioni più visibili e nei posti più frequentati, le steli coperte di scrittura dalla città invitano «chi vuole a prendere conoscenza» dei suoi decreti e delle sue leggi. Incise e dipinte in colori vivaci, le lettere si vogliono leggibili per il maggior numero possibile di persone. La scrittura afferma la sua presenza nella prima città «isonomica»⁷⁴.

A differenza di altre e più antiche applicazioni della scrittura alfabetica, come quella che prolifera su oggetti d'uso, per esempio brocche o giare, l'uso legislativo modifica profondamente la posizione dell'oggetto grafico. «Accanto al Pritanèo e all'altare di Estia, i grandi santuari sono i siti privilegiati della scrittura politica»⁷⁵. Il supporto è ora interamente adattato alla scrittura: le steli di marmo e i blocchi di pietra sono enormi,

tagliati per essere accuratamente coperti di lettere e di parole. La tavola di scrittura, eretta al centro della città, impone la sua indipendenza. La sua monumentalità singolare incita alla «calligrafia». Lapidici e maestri

⁷² *Ivi*, 404.

⁷³ M. DETIENNE, *La scrittura e i suoi nuovi oggetti intellettuali in Grecia. Introduzione*, in *Id.* (a cura di), *Sapere e scrittura in Grecia*, Roma-Bari, 1989, xi.

⁷⁴ *Ivi*, XIII.

⁷⁵ M. DETIENNE, *Lo spazio della pubblicità: i suoi operatori intellettuali nella città*, in *Id.* (a cura di), *Sapere e scrittura in Grecia*, cit., 15.

incisori inventano verso il 550 lo stile detto *Stoichedòn* dai Moderni, lettere in fila e in riga, strettamente allineate⁷⁶.

Nella seconda metà del VII secolo – afferma Detienne – i legislatori sono consapevoli che «la scrittura è un gesto politico»: essa instaura la pubblicità, fonda una società che

prende la parola sulla pietra, chiamandosi essa stessa “Città” in terza persona [...] Nell’epoca arcaica, il “bene comune” – che si dice *xynón* prima di essere *koinón* – è la legge scritta e pubblicata sotto gli occhi di tutti⁷⁷.

È attraverso questo specifico modo d’uso dell’alfabeto, scrittura elementare, facile, a differenza di ogni altra, e dunque davvero per tutti nella sua pubblicazione monumentale e normativa, che – dice Detienne –

si instaura progressivamente una vera e propria autonomia della scrittura. Secondo più modalità: autodifesa della legge; autocitazione dello scritto, riferimento ad altre cose scritte; definizione, infine, delle sue proprie virtù⁷⁸.

Minacce e maledizioni per chi danneggia o modifica la cosa scritta; autoconsacrazioni della legge alla protezione divina; richiesta di letture ad alta voce di ciò che è scritto; riferimenti tra una legge e l’altra.

L’autoreferenza della scrittura legale crea una circolarità chiusa: il legislatore lascia la scena alla legge, che da sé esprime pubblicamente le sue virtù: «la sua integrità, da cui nulla deve essere detratto, e nulla aggiunto; la sua acribia: il suo essere esatta, imporre misura, precisione e rigore»⁷⁹. Come vuole Platone, la legge fissata per iscritto sa rendere conto di sé in ogni tempo: è in tutti i sensi legge autonoma. Essa non è muta, dacché può pretendere che i magistrati la leggano ad alta voce; non ha bisogno di assistenza, protetta com’è dai santuari in cui è eretta e dal dio che invoca; né, però, può essere confutata, anzi la maledizione

⁷⁶ *Ivi*, 11-12.

⁷⁷ *Ivi*, 21.

⁷⁸ *Ivi*, 22.

⁷⁹ M. DETIENNE, *La scrittura e i suoi nuovi oggetti intellettuali in Grecia*, cit., XIV.

attende chi voglia opporsi. Proprio quello strumento che incarna il bene pubblico (*xynón*) e che è posto al centro (*mésón*) della città greca, ovvero nel luogo del potere (*krátos*), vi introduce tutte le ambiguità della propria specifica posizione, ossia della propria forma.

Tale paradosso nomico è ben visibile proprio nell'ultimo Platone. Nei discorsi condivisi dai tre saggi viandanti e preparatori alla stesura della migliore costituzione, nessuna abitudine o usanza dei cittadini, anche minima, va tralasciata. Come nota Vegetti, quella delle *Leggi* è l'idea di «una legislazione minutamente precisa delle singole condotte di ognuno», in una sorta di «sorveglianza assidua» per un «processo di domesticazione esteso alla vita intera»⁸⁰. Nella città ideale delle *Leggi*, la scrittura è onnipresente e controllatissima, come del resto ogni altra arte culturale: l'ideale *paideia* politica dei cittadini deve infatti essere orientata solo dalla virtù e dalla verità, meglio conosciute proprio dai legislatori. Conclude Vegetti: è notevole che «questa scrittura delle *Leggi* può consumare i suoi fasti soltanto al prezzo di un ritorno alle sue originarie modalità “egizie”: è scrittura del potere e del sacerdozio, conservata sugli altari e nei templi»⁸¹.

Il gesto di positivizzazione della legge patria porta in resto l'autonomia della legge.

5. Conclusioni. Consuetudine e teoria

Nella *performance* rituale – quale esperienza immersiva, emotiva e corale – la conformità del gesto è vissuta praticamente. La misura, l'atto da misurare e la misurazione sono il medesimo gesto sintetico. Il ritmo procede ripetendo; il passato si infutura nella sua tradizione e nel suo riconoscimento. La figura rituale è fatta ad arte, è diritta, se è propizia: se, cioè, il gesto è felice e incarna il senso commosso e corrisposto dei partecipanti.

L'esperienza non è positivizzabile a meno di perderne il senso generativo e affettivo. In una logica positiva, vige infatti la definizione: re-

⁸⁰ M. VEGETTI, *Quindici lezioni su Platone*, Torino, 2003, 239-240.

⁸¹ *Ivi*, 228-229.

gola, fatto, giudizio sono categorie distinte, in un ordine sistematico coerente. Eppure – ed è questa la critica metodologica che suggerisce Goody – non è indagata la normatività di tale gesto positivo, ossia la sua forma specifica.

La formalizzazione assiomatica della geometria, perfezionata e consacrata da Euclide, esclude l'errore dalla verità, ossia proprio quel procedimento euristico che ha portato alla loro distinzione. Già Platone, nella *Repubblica*, critica i geometri perché non mettono in movimento dialettico i propri assunti, ma li considerano noti e chiari a tutti, ritenendo di non dover darne conto (*logon didonai*). Tuttavia, critica Platone,

quando il principio non è conosciuto, le conclusioni e le proposizioni intermedie sono connesse a partire da ciò che non si conosce, quale espediente potrà mai trasformare una simile convenzione in una scienza? (VI, 510b-511c; VII, 533c-d)⁸².

La differenza tra una mera convenzione (*homología*) segnica e una scienza (*epistéme*) sensata è proprio l'attacco polemico di Longo contro il paradigma formalista. La veridicità della matematica si pretende garantita dal mero calcolo logico-aritmetico, escludendo il gesto significativo perché non formalizzabile: eppure – denuncia Longo – proprio per questo generativo, risolutivo, efficace e dunque vero.

Il rapporto ambiguo tra esperienza e positivizzazione della regola è cruciale anche per il diritto. La fissità della legge scritta trapassa nelle pagine di Platone da motivo di vergogna a modello cui uniformare anche la legge patria. Nella *polis*, un nuovo teatro mette in scena il *nomos*: il monumento alfabetico è una vera e propria «macchina per far vedere»⁸³. Autonomia e isonomia devono essere esposte al pubblico: devono, cioè, diventare la verità pubblica.

Non è un caso che proprio Capograssi, che per primo evoca l'«esperienza giuridica» come oggetto di studio concreto e vitale della filosofia

⁸² PLATONE, *La Repubblica*, a cura di M. Vegetti, Milano, 2018, 901. Cfr. G. CAMBIANO, *La scrittura della dimostrazione in geometria*, cit., 143-144; ID., *Figura e numero*, cit., 89-90; L.V. REÑÓN, *La dimostrazione*, cit., 309.

⁸³ M. DETIENNE, *Lo spazio della pubblicità*, cit., 7.

del diritto, contro l'astrattezza teorica, riconosca la chiarezza e la semplicità innegabili della scienza classica: per la quale

solo la norma emanata e applicata dallo Stato è norma giuridica [...] Quella specie di semplicismo che riduceva il diritto al diritto dello Stato, dispensava da ogni ricerca e forniva pronto e netto l'oggetto di ogni speculazione sul diritto⁸⁴.

Contro tale «linearità quasi astratta con la quale l'edificio della legislazione statale si presentava», Capograssi propugna un concetto meno semplice, da osservare con un «cambiamento di prospettiva»⁸⁵. Il diritto è vivente, una delle forme della vita; la norma giuridica è sempre esperita non nel suo formalismo, bensì nel suo contenuto concreto di connessione con l'azione da compiersi.

E perciò per ritrovare il diritto come vivente idea umana e vivente energia – che è diritto che entra come principio vivo nella viva esperienza pratica del soggetto – conviene cercare di mettersi dal punto di prospettiva della coscienza comune, cogliere il cammino di questa⁸⁶.

Certo, aggiunge Capograssi,

tra la concretezza puntuale ed ardente con cui l'agente vive la sua vita in mezzo ai suoi interessi vitali e ai suoi fini, e la pura logica formale della ratio iuris con cui specialmente la legge positiva è formata, sembra ci sia un abisso [...] Bisogna confessare che la soluzione dell'astrattezza si presenta seducente e semplificante⁸⁷.

⁸⁴ G. CAPOGRASSI, *Studi sull'esperienza giuridica*, Napoli, 2023, 3.

⁸⁵ *Ivi*, 4.

⁸⁶ *Ivi*, 11.

⁸⁷ *Ivi*, 17. La critica che Capograssi muove alla scienza giuridica, la quale riduce il diritto alla legge dello Stato, trova esplicito consenso e nuovo vigore polemico nelle posizioni di Grossi: sue le accuse contro le mitologie della modernità: il legalismo e lo statualismo *in primis*, di cui il codice – come strumento grafico, vera e propria protesi nomica – rappresenta la possibilità al tempo tecnica e ideale, cioè pratica e teorica. Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007; *Id.*, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006; *Id.*, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017; *Id.*, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, 2020.

Non diversamente dall'antropologia e dalla matematica, la scienza giuridica eredita il medesimo problema epistemologico: quello di mantenere teoricamente la profondità pratica e sensata del gesto. È il pendolo del ragionamento descritto da Maddalena: come analizzare una conoscenza sintetica? Come si positivizza l'esperienza?

Tale problema è evidente quando la teoria del diritto prende ad oggetto di studio quella regolarità emergente nella *traditio* che è la consuetudine: altro esempio di gesto sintetico, che qui interessa nel suo emergere come domanda definitoria e dunque come problema metodologico. Quando Bobbio indaga il diritto consuetudinario, muove una critica decisiva alla teoria:

un errore di prospettiva: si può dire che i giuristi si trovano generalmente in una situazione non favorevole per lo studio del diritto consuetudinario, perché sono nella condizione di doverlo osservare non nella sua struttura originaria, ma dal punto di vista di un'altra fonte accolta come fonte primaria, e quindi con la preoccupazione di cogliervi quegli elementi che lo rendano idoneo ad essere accolto dalla fonte prevalente e ad essere inserito in un ordinamento fondato sopra una più matura coscienza giuridica. Le dottrine sulla natura del diritto consuetudinario appartengono non già alla fase primitiva della evoluzione giuridica, in cui la consuetudine costituisce la fonte primaria, ma ad una fase assai tarda della formazione scientifica del sistema, quando altre fonti meno irriflesse ed immediate hanno preso il sopravvento sulla consuetudine, ed essa, di conseguenza, osservata non nel suo valore originario, ma nel suo valore attuale, presenta vari fenomeni di cristallizzazione, di involuzione, di subordinazione, che conducono necessariamente a tentarne una svalutazione e fanno sentire il bisogno di appoggiarla su qualche fondamento estrinseco⁸⁸.

Così, per esempio, Romano, alla voce *Consuetudine* del suo abecedario giuridico, principia dalle «discordanti opinioni, che si sono avute e continuano ad aversi, circa l'apprezzamento che è da farsi della consuetudine in confronto alla legge». Paragone che porta a un'inevitabile disposizione della materia: la «consuetudine, almeno nelle sue manifestazioni più tipiche, può infatti dirsi un “vulgare ius” (“vulgare” nel significato di “popolare”) che si contrappone al “ius scriptum” ossia

⁸⁸ N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010, 40-41.

alla legge (“lex” da “legere”))⁸⁹. L’analogia euristica, per Romano, è quella linguistica nella sua configurazione medievale: la distinzione, cioè, tra *vulgaris locutio* e *grammatica*, ovvero tra *sermo* e *lingua*.

La consuetudine è da Romano paragonata all’oralità e la legge alla scrittura; tuttavia, non è indagata la prospettiva scritta di tale distinzione. Abbiamo forse mai sostenuto, prima della rivoluzione digitale, di essere analogici? Qualificare dalla legge la consuetudine è tautologico, dunque sempre vero: la consuetudine è ciò che non è la legge. C’è però un problema di prospettiva. Problema che Bobbio ha il merito di porre: ed è questo il portato interessante, più che la soluzione. Il diritto e la relativa scienza sono disposti da Bobbio in un’evoluzione della coscienza. La consuetudine sarebbe lo stadio primitivo e irriflesso, analizzato finora dalla scienza giuridica non nella sua originalità bensì attraverso la legge. Ora, perfezionatasi e resasi accorta, la scienza sarebbe finalmente in grado di cogliere e chiarire il fatto così com’è.

Chiediamo allora: come può il discorso categoriale e definitorio della teoria del diritto, che procede con metodo logico e argomentativo, ovvero non contraddittorio e confutatorio, dire la verità della norma: una verità che non ripeta la normatività del proprio metodo rigoroso?

Il problema che qui si presenta è, infatti, simile a quello incontrato per l’antropologia e per la matematica: anche in questo caso, la regola vissuta è problematicamente saputa; è problematico, cioè, il passaggio alla positivizzazione dell’esperienza, quando proprio il fatto di porre il tema della regolarità fa nascere il problema della sua corretta definizione. Eppure, la forma specifica di questo gesto teorico non è indagata, bensì agita, ripetuta in una tradizione.

In questo senso – come si diceva – la figura gestuale qui proposta intende essere autocritica nei confronti della filosofia del diritto: di quel sapere teorico che pone come oggetto di ricerca i concetti di regola e di norma, senza tuttavia indagare la normatività di tale prospettiva.

Occorre qui però fugare un possibile fraintendimento. Simile indagine non sarebbe più vera perché più critica o autocritica. Il gesto positivista, che scrive la regola in forma generale e astratta, non è in sé ulteriormente positivizzabile senza incorrere in un paradosso. In termini

⁸⁹ S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Macerata, 2019, 41.

altri ma prossimi, il nostro rapporto col testo non è testualizzabile a meno di accettare la circolarità di tale analisi. Se questa fosse la domanda *formale*, infatti, essa non avrebbe compreso il problema *paradossale* che qui si pone: l'aporia, cioè, della domanda sulla domanda, la critica della sua forma critica positiva. Come può la ricorsività della forma essere più che formalmente vera? L'aporia urge piuttosto un nuovo *ethos* del sapere: un esercizio, come propone Sini, di etica della scrittura; esercizio che qui si è interpretato come attenzione all'esperienza del soggetto, ovvero al suo gesto⁹⁰.

⁹⁰ Si è tentato qui l'esercizio di etica di scrittura, inteso come domanda sulla domanda ovvero come riorientamento della domanda critica sulla posizione del soggetto atteggiato alla teoria, quale proposta di Sini in filosofia teoretica. Per un primo approccio, si veda C. SINI, *Filosofia teoretica*, in *Opere*, vol. III, tomo I, Milano, 2016.

PERCHÉ I GIURISTI NEL TEMPO DELLA POVERTÀ?

LA SCIENZA GIURIDICA ODIERNA E IL DIRITTO NELLE *HUMANITIES*

Daniele M. Cananzi

1. Il tema e la sua riformulazione

Le prime parole sono di ringraziamento per l'invito a partecipare a questo Convegno della SIFD in una delle sessioni dedicate a *Law and Humanities*, le seconde parole per avvertire del mutamento di titolo. Il titolo che avevo anticipato era piuttosto paludato e seguiva la traccia dei miei studi degli ultimi anni: *Law and Humanities, scienza giuridica odierna e sfide della contemporaneità*. Il tema è questo e rimane questo, anche se ho pensato di ricalibrarlo per almeno due ragioni: la prima è che l'approccio degli studi *Law and Humanities*, rispetto a qualche anno addietro, è ancora oggi molto diffuso tanto che l'impegno di tentare di dimostrarne l'utilità mi sembra oramai, se non superato, quantomeno residuale; non ripeterò cose che ritengo perciò abbastanza assodate (lo dimostrano le sessioni che proprio la SIFD sta dedicando) e non mi soffermerò sul cosa sia questo approccio. La seconda ragione è che l'occasione è ghiotta per azzardare un ragionamento che mi sembra in linea con i tempi e col pensare *la filosofia della filosofia del diritto*; la vera sfida che noi filosofi del diritto dobbiamo cogliere oggi, prima che altri si improvvisino, dilettanti allo sbaraglio, scambiando così la filosofia del diritto con una disciplina del *pour parler*.

Riformulo perciò il titolo del mio intervento nel seguente modo: *Perché i giuristi nel tempo della povertà? La scienza giuridica odierna e il diritto nelle Humanities*.

2. “Perché i poeti” di Hölderlin e il “pensare il più profondo” di Socrate

Mi rendo conto che il titolo per come riformulato va spiegato, essendo meno immediatamente intelligibile rispetto a quello della prima ora, e lo posso chiarire ricorrendo a due luoghi della riflessione che mi serviranno per dire poche piccole cose ma anche per ambientare da subito il diritto nell’*humanitas*, passaggio obbligato per pensarlo nelle e con le *humanities*.

Il primo luogo, al quale poi è fortemente ispirata la mia titolazione, è – evidentemente – l’elegia di Hölderlin *Pane e vino* nella quale il poeta chiede: «e perché i poeti nel tempo della povertà?».

Il verso è significativo – almeno per me e volendolo riferire al giurista – secondo due interpretazioni.

La prima è quella – anch’essa molto nota e giustamente studiata – di Heidegger che coglie la domanda poetica sottolineando come il tempo è l’epoca in cui viviamo e la povertà è la povertà di fondamento creatasi quando – come scrive – “non solo gli Dei e Dio sono fuggiti, ma si è spento lo splendore di Dio nella storia universale”¹.

Ora, il tempo della fuga degli dèi è quello, ancora Heidegger, della “notte del mondo”:

Il tempo della notte del mondo è il tempo della povertà perché diviene sempre più povero. È già diventato tanto povero da non poter riconoscere la mancanza di Dio come mancanza. A causa di questa mancanza viene meno al mondo ogni fondamento che fondi².

Comprendiamo bene, se teniamo presente la riflessione heideggeriana, che questa povertà è quella che la modernità avrebbe portato a compimento rispetto alla metafisica platonica, ovvero con l’oblio dell’essere da parte dell’ente il quale ente troverebbe il proprio annichilimento nel tempo della tecnica. Come fronteggiare questo annichilimento? Ec-

¹ M. HEIDEGGER, *Perché i poeti?*, in ID., *Sentieri interrotti*, Milano, 2000, 247.

² *Ivi*, 247-248.

co che proprio nella povertà di mondo³ si apre il tentativo di superare la metafisica moderna, come tentativo di un nuovo inizio. Ma com'è pensabile il pensare diversamente? Non restando in quell'*umanismo*⁴ (che non è *umanesimo*) del pensiero calcolante, tipico dell'epoca della tecnica, non cioè con gli strumenti della scienza e della tecnica, ma attraverso un dire che *non calcola* ma *evoca*, un dire che riconquista, ben oltre la strumentalità comunicativa, l'essere "casa dell'essere"⁵. Ma qual è questo linguaggio? È proprio quello dei poeti che, a questo punto, si svelano indispensabili proprio nel momento della povertà, e di questa povertà in particolare, unici a fornire quella parola capace di farvi fronte. Ma perché proprio i poeti? Perché i poeti sono "i più arrischiati"⁶, nota sempre Heidegger, nell'epoca della "mancanza della parola adatta"⁷, i poeti infatti arrischiano l'essere obliato, dunque "dicono il taciuto"⁸.

Si può pensare, andando oltre questa suggestiva e importante interpretazione heideggeriana, che una diversa ma non del tutto slegata interpretazione vada proprio a cogliere nella povertà dell'epoca contemporanea quell'annichilimento che è alienazione. In fondo quando Adorno parla di *vita* e quando Jullien tratta di *vera vita*, stanno entrambi lavorando alla contemporaneità come stagione dell'alienazione. Il primo, Adorno, non a caso dopo le considerazioni di Heidegger sui poeti, adottando a sua volta un dire non didascalico ma aforismatico, sottolinea come

Quella che un tempo i filosofi chiamavano vita, si è ridotta alla sfera del privato, e poi del puro e semplice consumo, che non è più se non un'ap-

³ È interessante ricordare come nella riflessione sulla differenza tra cosa, animale ed essere umano, la tesi heideggeriana è che se la pietra è senza mondo, l'animale è povero di mondo (M. HEIDEGGER, *Concetti fondamentali di metafisica*, Genova, 1992, 230 ss.). L'annichilimento della tecnica porterebbe l'ente umano a essere non più formatore di mondo (neanche tramite la tecnica) ma oggetto mondano in balia della tecnica, povero di mondo come povero di formazione di mondo. Come scrive: «l'uomo diviene il rappresentante dell'ente risolto in oggetto» (M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, cit., 93).

⁴ Cfr. M. HEIDEGGER, *Lettera sull'umanismo*, Milano, 1995, 43 ss.

⁵ Cfr. *ivi*, 31; M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, cit., 237.

⁶ *Ivi*, 293.

⁷ M. HEIDEGGER, *In cammino verso il linguaggio*, Milano, 1973, 129.

⁸ M. HEIDEGGER, *Sentieri interrotti*, cit., 295.

pendice del processo materiale della produzione, senza autonomia e senza sostanza propria

aggiungendo poco dopo: «Ma il rapporto tra vita e produzione, che abbassa la prima, *nella realtà*, a una manifestazione effimera della seconda, è perfettamente assurdo. Mezzo e fine sono invertiti»⁹. Indicando così come la povertà di mondo alberga nella funzione della produzione che consuma, in realtà, la vita, svilendola a mezzo, Adorno realizza la profezia heideggeriana¹⁰ e prima nietzscheana dell'identificazione metafisica di essere umano ed ente, con la conseguenza – sono sempre parole di Adorno – che il “vecchio soggetto, storicamente condannato, che è ancora per sé, ma non è più in sé”, disperda l'ordine umano. Tanto che, poco prima ha scritto, “solo nel contrasto con la produzione, solo in quanto non sono ancora del tutto controllati e assorbiti dall'ordine, gli uomini sono in grado di creare un ordine più umano”¹¹.

Ora, non mi appare secondario che filosofi diversi siano orientati a sottolineare quella *condizione umana*, per citare altra importante pensatrice novecentesca, Arendt; e lo facciano con riferimento critico alla produzione e al consumo che invece rimangono in quella povertà di mondo – che tanto avvicina essere umano e animale – propria del pensiero calcolante e della tecnica, come stagione della “notte del mondo”. Proprio Hannah Arendt come pochi forse, comprende il senso (o il non senso) del lavoro e la grande illusione meccanicista del marxismo che ha rinserrato le ragioni per una forza-lavoro la quale, negli auspici, avrebbe dovuto liberarsi e liberare ma che ha finito per aumentare la *povertà di mondo*:

un centinaio di anni dopo Marx comprendiamo l'errore di questo ragionamento; il tempo libero dell'*animal laborans* non è mai speso altri-

⁹ T.W. ADORNO, *Minima moralia*, Torino, 1994, 3.

¹⁰ Sono ben consapevole della critica severa che Adorno rivolge a Heidegger sull'idea di essere; cfr. T.W. ADORNO, *Dialettica negativa*, Torino, 1970, 88 ss.

¹¹ T.W. ADORNO, *Minima moralia*, cit., 4.

menti che nel consumo, e più tempo gli rimane, più rapaci e insaziabili sono i suoi appetiti¹².

Non dovremo allora ritornare al dire disfunzionale dei poeti? E cosa ci dicono? Dove indirizzano il loro sguardo? Se volessi trovare nella riflessione di François Jullien una risposta a questa domanda, potrei dire che il dire deve tornare a pensare, oltre la *pseudo-vita*¹³, come la nomina Jullien, della produzione e del consumo, la *vera vita*; se Adorno avvia le proprie riflessioni dall'apparente paradosso per il quale “la vita non vive”, Jullien aiuta a comprendere che “il paradosso fondamentale delle vita è che essa non coincide originalmente con se stessa”¹⁴. Forse è proprio questa “decoincidenza”¹⁵ che costituisce il punto nel quale inserire la leva per ri-sollevare il mondo cercando quel nuovo inizio per descrivere il quale a Heidegger sono mancate le parole non metafisiche, che Nietzsche ha sognato ma non teorizzato, che solo i poeti, nel verso di Hölderlin, hanno forse la possibilità di illuminare.

Ma cosa significa questo? Forse che, e arrivo al secondo luogo che orienta il mio titolo, che bisogna tornare a “pensare il più profondo”, come sollecita Socrate, tornare così a pensare l'essere? Ma quale essere dopo l'ubriacatura soggettivistica moderna e comunque post-metafisica? Ovvero, il compito è portare a compimento la svolta, teorizzata ma non compiuta da Heidegger¹⁶, di un ritorno all'essere e all'inizio auroreale pre-metafisico e pre-platonico, oppure al contrario proprio portare a compimento quella modernità che è rimasto un progetto incompiuto, come ipotizzato da Habermas¹⁷?

Certo Hölderlin quando pensa a Socrate e Alcibiade sottolinea come “chi ha pensato il più profondo, ama il più vivo” segnando un nesso – opportunamente rimarcato proprio da Jullien – tra pensare e amare ma, soprattutto, tra “il più profondo” e “la vita”. Perché, a ben vedere, sia

¹² H. ARENDT, *Vita activa*, Milano, 2015, 94.

¹³ F. JULLIEN, *La vera vita*, Roma-Bari, 2021, 3.

¹⁴ *Ivi*, 7.

¹⁵ Cfr. F. JULLIEN, *Il gioco dell'esistenza. De-coincidenza e libertà*, Milano, 2019; ID., *Politique de la décoïncidence*, Paris, 2020.

¹⁶ Cfr. M. HEIDEGGER, *Segnavia*, Milano, 1987.

¹⁷ Cfr. J. HABERMAS, *Il moderno – un progetto incompiuto*, Torino, 2019.

nel caso del ripensamento dell'essere (Heidegger) sia nel caso del compimento del moderno (Habermas) uno dei nodi centrali da sciogliere rimane proprio questo della "vita" come "più profondo". Jullien che ha dedicato recente attenzione a questo nesso, sottolinea come

per i viventi che siamo, dei viventi assurdi, la vita continua a smentire se stessa. Continua a tradire se stessa, a sottrarsi, invece di dispiegarsi; continua a nascondersi e a dissimularsi, a occultarsi e 'assentarsi': continua a sfuggirci¹⁸.

E mi sembra che questo sia tema da filosofia del diritto oggi e che sia questo uno dei nodi più intensi per pensare la filosofia della filosofia del diritto oggi. Di qui allora il mio titolo riformulato: *Perché i giuristi nel tempo della miseria?*

3. *I giuristi nel tempo della povertà*

Parafrasando il verso del poeta, anche avendo ben in mente l'analisi che dedica Cotta alla giustificazione della giuridicità¹⁹, mi sembra sia utile, ma lo ritengo anche necessario, ripensare *il perché dei giuristi oggi*, che poi è strettamente legato al *come* e al *perché* del diritto.

In fondo lo scenario che ho sin qui tracciato è proprio quello nel quale il giurista contemporaneo è chiamato a muoversi. Certo potrà avere poca consapevolezza della (e forse non si sentirà nemmeno impegnato a discutere la) *differenza ontologica* tra essere ed ente²⁰ o potrà avvertire come ambito lontano da sé l'alienazione della produzione e del consumo dell'epoca della tecnica, ma questo non significa che non vi lavori e che non sia impelagato e che, come io ritengo, proprio la sua ottica non sia anche particolarmente rilevante per una discussione più propriamente filosofica.

Nell'ampio dibattito sempre critico della scienza giuridica su se stessa, infatti, non mi sembra che la questione della povertà del mondo

¹⁸ F. JULLIEN, *La vera vita*, cit., 35.

¹⁹ Cfr. S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, 1996.

²⁰ Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano, 1999.

– nei termini propri della riflessione filosofica novecentesca – non sia presente. Mi basterà evocare solo l’annoso e mai sopito fronte del giuspositivismo che da, in fondo, consolatoria e semplificatoria teoria di matrice settecentesca ha portato all’evoluzione novecentesca con contributi che poco hanno di consolatorio per il giurista pratico²¹. Come non pensare alla questione della fondazione-giustificazione dell’obbligatorietà piuttosto che al nesso effettività-normatività²² per comprendere che il mondo povero di un fondamento metafisico costituisce tema – non vorrei essere troppo enfatico e frainteso – soprattutto giuridico. Oppure, giusto per fare un altro esempio, l’amplissimo dibattito che negli ultimi anni è esploso in ambito giuslavoristico tra ex tutela dei diritti della persona che lavora e tutela dei doveri del lavoratore verso il lavoro e il datore di lavoro, come modalità esaustiva della sfera personale²³. Oppure, ancora, la sostituzione del consumatore come categoria che sembrava aver soppiantato quella del soggetto di diritto, tanto ampio e quasi omnicomprensivo si è estesa nel mondo (povero) della vita sociale questa categoria²⁴. Oppure, ancora, la questione teorica ma anche molto pratica, della precalcolabilità e della incalcolabilità dell’azione e del diritto²⁵. Oppure, e mi fermo con gli esempi, le infinite questioni legate al diritto interculturale²⁶. Tutti ambiti del lavoro quotidiano

²¹ Cfr. M. LA TORRE, *Il diritto contro se stesso*, Firenze, 2020.

²² Rinvio sul punto ai volumi e all’intera riflessione di A. CATANIA, *Decisione e norma*, Napoli, 1979, e ID., *Diritto ed effettività*, Napoli, 2009 sulla quale segnalo due contributi interessantissimi anche in via di ricostruzione generale di F. VIOLA (*In ricordo di Alfonso Catania: una lettura del diritto contemporaneo*) e G. ZACCARIA (*Alle origini del pensiero di Alfonso Catania: ‘Decisione e norma’*), entrambi raccolti in G. PRETEROSS, F. MANCUSO, V. GIORDANO, G. BISOGNI (a cura di), *Conoscenza, volontà, diritto*, Torino, 2023, risp. 273 ss., 289 ss.

²³ Cfr. G. FONTANA, *Il lavoro precario e il suo diritto. Un’introduzione critica*, Napoli, 2019.

²⁴ Cfr. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

²⁵ Cfr. N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; sulla c.d. giustizia predittiva e sulle applicazioni dell’intelligenza artificiale la letteratura cresce ogni giorno in modo esponenziale cfr. F. ROMEO, *Algoritmi giuridici di machine learning e controllo del giudicato interculturale*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, 2023, n. 1, 157 ss.; G. SARTOR, *L’intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022.

²⁶ Cfr. M. RICCA, *Culture interdette. Modernità, migrazioni, diritto interculturale*, Torino, 2013; nonché ID., *Intercultural Spaces of Law*, Cham, 2023.

del giurista che costituiscono spinosi banchi di prova per chi quasi sempre non può scegliere di non trovare soluzioni e si confronta con magmaticità della realtà ed esigenza di misurarla, valutarla, assecondarla o limitarla.

Del resto, cosa hanno in comune questi ambiti? Appartengono alla vita spicciola e quotidiana, appartengono alla vita (‘comune, anonima, statistica’, direi con Capograssi)²⁷, questa sempre molto magmatica, che deve essere pensata “nel profondo” per trovare risposte non contingenti, non estemporanee, per trovare risposte giuridiche (almeno per come le norme stesse richiedono). E allora il giurista è chiamato a operare non solo e non tanto il gioco dell’applicazione avalutativa, un gioco che in realtà non ha mai realmente potuto giocare, ma quello della sua valutazione che richiede *comprensione*²⁸. E questo nell’epoca attuale in modo specifico per alcune ragioni e su due fronti che posso così individuare sinteticamente:

- sul fronte della formatività delle strutture normative e regolamentari, il processo di globalizzazione tecnologicamente incentivato ha portato a una realtà complessa che si sviluppa su più livelli aprendo la tradizionale piramide in dimensioni reticolari più difficili da governare²⁹ e un ripensamento delle fonti con una seconda vita della consuetudine³⁰;
- sul fronte dell’alterità, a sua volta da declinare *verso la socialità*, con le idee riconducibili a semplificazioni culturali e identitarie che sono saltate con l’intensificarsi delle relazioni, e col presentarsi di una socialità anche in questo caso tecnologicamente dopata³¹, e *verso l’in-*

²⁷ G. CAPOGRASSI, *Su alcuni bisogni dell’individuo contemporaneo*, in ID., *Opere*, vol. V, Milano, 1959, 487.

²⁸ Nel senso ermeneutico chiarito da un grande giurista come G. BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell’interpretazione*, Torino, 2014; *Oltre l’incertezza*, Milano, 2020.

²⁹ Oramai classico il rinvio a F. OST, M. V. DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, 2002.

³⁰ Cfr. G. BOMBELLI, P. HERITIER (a cura di), *I volti molteplici della consuetudine*, vol. 1, Udine-Milano, 2023.

³¹ Il rinvio è alla riflessione di F. JULLIEN, *Il n’y a pas d’identité culturelle*, Paris, 2016; P. RICOEUR, *Percorsi del riconoscimento*, Milano, 2005.

dividualità, che si qualifica come la dimensione dell'umano scisso tra *idem* e *ipse*, ben descritto da Ricoeur³².

L'epoca della povertà, rispetto a questo, si traduce nell'esigenza del giurista a fronteggiare le molte occasioni di alienazione individuale e sociale e gli impone la capacità di farvi fronte. Non si tratta dunque, a mio avviso, di stabilire un nesso unidirezionale – che qualifica spesso gli stessi studi di *Law and Humanities*³³ – tra diritto e *humanities*, sia nella direzione che dal diritto si muove verso le *humanities* sia, all'inverso, che da queste giunga al diritto, si tratta invece di coglierne la circolarità e di scoprire (o meglio riscoprire) quanto diritto c'è nella vita e quanto la vita sia nel diritto; quanto, per usare una formula: *il diritto sia nell'esistenza*³⁴. E per fare questo funziona per il giurista quello che funziona per il filosofo: il ricorso alla letteratura³⁵ e all'ampio campo largo degli studi che dalla poesia alla danza, dalla musica all'architettura e ancora altro vanno a comporre l'approccio *Law and Humanities*.

Oggi come sempre, ma forse più ancora più di prima, il giurista non può non interrogarsi su questo ed essere sensibile a questo, non fosse altro perché abita e lavora nell'epoca della povertà, come ci spiega Hölderlin, e con questa viene chiamato a fare i conti. Ho ricordato prima alcune delle tematiche calde del dibattito gius-filosofico. Non può allora, come fa per esempio Jullien nel tentativo di comprendere la dimensione umana dell'intimità, trascurare l'alterità del "tra" perché non capirebbe l'alienazione del suo tempo e i rapporti umani, familiari, coniugali, lavorativi, sociali, che rimangono sospesi tra il pericolo della cancellazione di una vita vera³⁶ e la possibilità (che è poi un diritto umano fondamentale, un diritto persino costituzionalizzato) a una se-

³² Sul punto rinvio al combinato disposto delle riflessioni di P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 1999; ID., *Il Giusto*, Torino, 1998 e F. JULLIEN, *Altérité*, Paris, 2006; ID., *Sull'intimità*, Milano, 2014; ID., *L'apparizione dell'altro*, Milano, 2020.

³³ Per una efficace panoramica delle principali linee cfr. M.P. MITTICA, *Il pensiero che sente. Pratiche di Law and Humanities*, Torino, 2022; EAD., *Diritto e letteratura e Law and Humanities*, Torino, 2024.

³⁴ Il rinvio esplicito è a S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, Milano, 1991.

³⁵ Cfr. F. JULLIEN, *Sull'intimità*, cit., 44.

³⁶ F. JULLIEN, *La vera vita*, cit., 144.

*conda vita*³⁷, quel *vitam instituere* che appartiene alla sostanza giuridica e affonda le sue radici nel Digesto³⁸.

Il giurista oggi in modo non ignorabile ha bisogno di avere domestichezza della filosofia del diritto perché ha bisogno di praticare, lo dico con una bella formulazione di Paola Mittica – di un “pensiero che sente”. E cosa sente? Sente – o dovrebbe sentire – che gli viene chiesto di “dire il taciuto”, ovvero di entrare nell’intimità di quel sé a rischio di cancellazione e autocancellazione ma titolare del diritto primo a esistere e a non essere cancellato da una funzione (anche sociale, pubblica o privata) che i suoi *avatar* tecnologici sono chiamati a svolgere. Sente che deve difendere il diritto a non essere “poveri di mondo” nel tessuto sociale di una contemporaneità che scambia spesso il *social* col *sociale*, l’*identificazione* con l’*identità*, il “mercato della felicità” con l’*affettività*, l’*isolamento* con la *libertà*. Sente – o dovrebbe sentire – che l’alienazione può passare anche per un diritto usato in modo controggiuridico, ovvero non rispettando, lo dico anche qui con la formulazione di un caro amico, non rispettando “la legge della fiducia”³⁹ che ne è sostanza.

Ma allora la sfida del giurista contemporaneo non è tanto, o non è per nulla⁴⁰, quella di andare dietro alle istanze che sorgono dal sociale (o dall’economico⁴¹ o dal politico⁴²) lavorando alla *normazione* di ciò che si presenta di volta in volta come *normale*, ma è proprio quella di pensare *del diritto la filosofia* (ovvero quale filosofia ci sia nel diritto), quella filosofia del ripensamento post-metafisico della vita, un pensare quel taciuto e quel senso profondo della vita in base al quale fornire risposte giuridiche alla società, agli individui, dunque anche all’economia e alla politica. Nel modo proprio che esce dalla crisi dei modelli precedenti, e che è in linea con quell’idea di non procedere dall’iperura-

³⁷ F. JULLIEN, *Una seconda vita*, Milano, 2017, 34 ss.

³⁸ Sulla formula del Digesto (1.3.2.) cfr. P. LEGENDRE, *Leçon 1. La 901^e Conclusion*, Paris, 1998, 115 ss.

³⁹ Cfr. T. GRECO, *La legge della fiducia*, Roma-Bari, 2021.

⁴⁰ Come pure un giurista sensibile e colto come Irti preconizzava con coerenza ai suoi presupposti kelseniani e schmittiani, ma non bettiani, rifacendosi al nichilismo come evidenza e realtà da applicare al diritto; cfr. a riguardo l’acuta analisi di A. PUNZI, *Può il giurista essere nichilista?*, ora in *Dialogica del diritto*, Torino, 2009, 35 ss.

⁴¹ Cfr. AA.VV., *Il dibattito sull’ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1999.

⁴² Cfr. N. IRTI, *La tenaglia. In difesa dell’ideologia politica*, Roma-Bari, 2008.

nio delle idee alla mondanità della vita reale (la metafisica che oblia l'essere), ma che proprio dalla vita non smette di interrogarsi sul come e sul perché delle cose, sul come e sul perché della vita stessa; che è poi proprio l'ottica del giurista e della scienza giuridica.

Il giurista oggi è chiamato – come i poeti dell'elegia di Hölderlin – a essere “arrischiante”, a dire quel taciuto che è il profondo della vita, a dire, in modo non calcolante, ciò che merita di essere detto. Allora potrà interrogarsi, per esempio, sulla fragilità dell'umano e su come incarnare l'astratto diritto di eguaglianza nella concretezza della vita malata, fuggendo soluzioni facili e funzionali che si leggono in un modello di pseudo-vita come quello paradigmato dal mito della salute e della perfezione; potrà così restituire eguaglianza a fasce di umanità che a tutt'oggi spesso non l'hanno, penso a disabili e anziani⁴³, ma soprattutto restituire dignità all'umano, sano o malato, giovane o anziano indifferentemente, *tout court* e in quanto tale; potrà pensare che l'umano si dà sempre non nella molteplicità delle situazioni singolari che è chiamato a vivere ma nell'alterità della possibilità e della libertà di “vivere esistendo”⁴⁴.

Cosa significa che si può (che si deve avere il diritto di) vivere esistendo? Significa pensare che ciascun individuo è se stesso nella misura in cui *de-coincide con sé* e nutre la propria identità della relazione con l'altro, nutre la propria esistenza nella libertà di non identificarsi e di non essere identificato in qualcosa, di non essere reificato in una funzione, di non essere privato della sua umanità. La vita, come esistenza umana, è proprio in questo costante de-coincidere – “vivere è de-coincidere senza rompere con lo stato precedente per continuare a vivere”⁴⁵, nota Jullien – che significa vivere nel “tra”, nello “scarto”⁴⁶ tra sé e altro sé, tra sé e altro da sé. Scrive ancora Jullien: «De-coincidere non sarà quindi il verbo etico per eccellenza? Quella che ci serve è un'etica

⁴³ Sul punto cfr. P. HERITIER, *La dignità disabile*, Bologna, 2004.

⁴⁴ F. JULLIEN, *Sull'intimità*, cit., 160.

⁴⁵ F. JULLIEN, *Il gioco dell'esistenza. De-coincidenza e libertà*, cit., 17; cfr. sulla diacronia nel rapporto con l'altro B. STIEGLER, *Amare, amarsi, amarci*, Udine-Milano, 2014, 133 ss.

⁴⁶ F. JULLIEN, *Contro la comparazione. Lo 'scarto' e il 'tra'. Un altro accesso all'alterità*, Udine-Milano, 2014.

che non sia rinuncia ascetica alla vita ma che, invece, sia in grado di dispiegare la vita in esistenza»⁴⁷; de-coincidere – mi chiedo – non sarà ancor prima che etico il verbo giuridico per eccellenza? Quello capace di garantire *eguaglianza nella libertà e libertà nell'eguaglianza*, incarnandola però nel *corpo vivo* e nella *carne viva* del singolo individuo senza astratte, e quasi sempre deluse, promesse di una legalità calpestate dalla e nella pratica concreta?

4. Del diritto la filosofia: libertà – amore – diritto

Posso allora avviarmi a una rapida conclusione tentando di precisare meglio i termini della questione alla quale sono arrivato. Per semplicità e sintesi, esprimo in questo modo – mi rendo conto forse eccessivamente assertorio – il mio ragionamento: per la scienza giuridica odierna non si dà *libertà di scegliere* senza *libertà di essere*; non si dà possibilità di *afflizione* senza *affezione*; non si dà un *diritto sovrano* senza un *diritto fiduciario*. In altri termini, il giurista è chiamato a fare i conti con la povertà, questa povertà sfida la parola taciuta sul fondamento che si dà sempre come rinvio a...⁴⁸; un rinvio fondativo che non è autarchicamente giuridico ma trova nella struttura *de-coincidente* dell'essere umano la sua ragione. La struttura de-coincidente, proprio nel suo non coincidere, crea lo *spazio di libertà* di cui gode ogni singolo individuo. Vale infatti la dimostrazione a contrario: ogni volta che si lede il *diritto a de-coincidere* si sta identificando e reificando qualcuno in qualcosa⁴⁹, trattandolo come mezzo e non come fine; in questo modo si sta operando una scelta sovrana che si autolegittima senza alcun rimando fondativo⁵⁰ ma anche senza alcuna giustificazione giuridica⁵¹ che non sia la

⁴⁷ F. JULLIEN, *Il gioco dell'esistenza. De-coincidenza e libertà*, cit., 8.

⁴⁸ Cfr. P. LEGENDRE, *Della società come testo*, Torino, 2005.

⁴⁹ Sono i termini della fenomenologia della violenza per S. COTTA, *Perché la violenza?*, Brescia, 2018; ma cfr. anche R. SPAEMANN, *Persone. Sulla differenza tra 'qualcosa' e 'qualcuno'*, Roma-Bari, 2018.

⁵⁰ Cfr. M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico*, Torino, 2006.

⁵¹ Almeno nei termini di S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Roma, 2015.

violenza originaria di chi impone la sua volontà (sovrana solo in questi termini) sull'altro (sottoposto e oggetto) affliggendolo, non riconoscendo quell'*affectio*⁵², tradizionalmente presente nella scienza giuridica (*affectio maritalis*, *affectio societatis*, ecc.), che costituisce il legame intenso tra essere umano ed essere umano. A una *prima vita*, quella dell'alienazione "povera di mondo" perché alienante e alienata nelle relazioni funzionali che trattano il singolo come elemento operativo in un sistema gerarchizzato di funzioni, si alterna una *seconda vita*⁵³, quella regolata dalla legge della fiducia, dal rispetto di quella alterità che è de-coincidenza e che si esprime nell'"intimità"⁵⁴.

Il punto è stato chiarito molto bene da Greco che sottolinea un "diritto della fiducia"⁵⁵ nel senso di costruzione del diritto stesso sulla fiducia intesa non quale dimensione esterna e accessoria al diritto ma quale "elemento essenziale che ne condiziona la struttura e la funzione"⁵⁶. E dire fiducia significa richiamare proprio quell'*affectio juris* a cui Heritier ha ricondotto il "valore fiduciario del rapporto di interlocuzione tra uomo e mondo, tra uomo e realtà"⁵⁷.

Se Greco parla di fiducia, al modo di quanto prima Enrico Paresce ha parlato di attuazione spontanea del diritto⁵⁸, e Heritier discute la natura fiduciaria dell'*affectio iuris*, mi sembra di poter individuare proprio nella formatività della de-coincidenza umana la struttura elementare alla base della giuridicità; una de-coincidenza, lo dico qui ancora nel lessico di Jullien, che specifica con l'alterità costante, sui due piani prima individuati della formatività giuridica e umana, il perché della narratività propria dell'umano.

⁵² Rinvio per l'uso del termine all'analisi compiuta di P. Heritier, che presenta l'*affectio iuris* come "interna al diritto, ha il compito di custodirne il rinvio fondatore e fondamentale all'umano" (P. HERITIER, *La dignità disabile*, cit., 85). Cfr. di P. HERITIER anche: *Affectio iuris: dalla "svolta linguistica" alla "svolta affettiva"?*, in *Teoria e critica della relazione sociale*, 2020, 37-61.

⁵³ Cfr. F. JULLIEN, *La seconda vita*, cit., 118.

⁵⁴ Cfr. F. JULLIEN, *Sull'intimità*, cit., 100 ss.

⁵⁵ T. GRECO, *La legge della fiducia*, cit., 65.

⁵⁶ *Ivi*, 89.

⁵⁷ P. HERITIER, *La dignità disabile*, cit., 87.

⁵⁸ E. PARESCHE, *Genesi ideale del diritto. Saggio sull'attuazione spontanea del diritto*, Milano, 1956.

Proprio perché se “vivere è de-coincidere”, narrativo è il *modo* di questa vita, narrativa – ma me ne sono forse occupato troppo in questi anni per tornare ancora su questo anche qui oggi – è la dimensione nella quale si scrive la storia di individui e società, persone e comunità. Ma proprio per questa narratività come modo dell’esistenza, e modo di lottare contro la povertà di mondo e di arrischiare la parola taciuta che il diritto trova nelle *humanities* spazio fecondo, casa del proprio essere, direi, nella quale e con la quale raccontarsi, dirsi, essere efficace.

La povertà di mondo, come stagione del pericolo dell’annichilimento nel pensiero calcolante – oggi il pensiero che vede l’intelligenza artificiale quale strumento e rischio, possibilità e morte – è la stagione nella quale il giurista può ricordarsi essere quel modesto *artigiano della ragione* che chiede la sua legge; una legge – dopo la modernità possiamo forse dirlo – che non si presenta con la razionalità metallica dell’algoritmo ma che mi piace vedere incarnata *nella ragione affettiva e nella razionalità affettiva* dell’amore, quell’*affectio* che lega persona a persona nella de-coincidenza tra ciò che si è stati, tra ciò che si è e tra ciò che si potrà essere.

Pensare il “più profondo” è pensare una vita ec-sistente⁵⁹ che non sia alienata o alienabile, che non sia “prodotta per...” e “consumata da...”⁶⁰, ma che sia de-coincidente, secondo il diritto primo all’*humanitas* delle e nelle *humanities*, che consenta di svolgere la narrazione avventurosa⁶¹ e non retroposta secondo sistemi di controllo che le

⁵⁹ Cfr. M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., 64 ss.

⁶⁰ Osserva a proposito del “narcisismo primordiale” B. STIEGLER (*Amare, amarsi, amarci*, cit., 94): «Ci si rivolge a noi, in quanto *io*, essenzialmente come dei consumatori. Però, un consumatore non ha il diritto di dire *io*: un consumatore non è più né un *io* né un *noi*, in quanto è ridotto a un *si*, è depersonalizzato, disincarnato, e questo per principio e per struttura».

⁶¹ Una narratività come struttura e condizione della libertà di ciascuno di scegliere come scrivere la propria vita e di esserne autore, il che non significa scegliere sempre in modo consapevole delle conseguenze delle scelte; l’altro fuori del sé che riflessivamente poi torna a sé come altro (cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, cit., 231 ss.) è l’apertura de-coincidente della vita e dell’esistenza del sé (cfr. F. JULLIEN, *Il gioco dell’esistenza*, cit., 69 ss.).

nuove tecnologie oggi consentono⁶²; come scrive Jullien: «la vita vivente può essere ‘amata’, solo nell’Altro»⁶³.

Di questo si compone la *magia del diritto*, a questo lavora – consapevolmente o meno – il giurista perché di questo si nutre non tanto la filosofia del diritto ma *del diritto la filosofia*.

⁶² Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019.

⁶³ F. JULLIEN, *La vera vita*, cit., 148.

«UN'ATMOSFERA DI VIGILIA»

RIFLESSIONI SU GIUSTIZIA, DIRITTI DELL'UMANO E LAVORO A PARTIRE DA UNO SCRITTO INEDITO DI ADRIANO OLIVETTI

Matteo Castorino

1. Il presente articolo ha un duplice obiettivo: in prima istanza quello di ricostruire le linee più significative della filosofia di Adriano Olivetti sul soggetto come essenza spirituale, sulla sua idea di lavoro e di spazio del lavoro (la fabbrica), sulla comunità e sul ruolo dei diritti della persona nell'ambito di un impegno teoretico volto al superamento della minaccia totalitaria. In secondo luogo, s'intende articolare alcune idee su una possibile relazione tra Olivetti, Hannah Arendt e Simone Weil. Questo rapporto triangolare può rappresentare un importante ormeaggio speculativo per mettere in crisi una visione prettamente formalistica delle norme¹.

Con Weil, Olivetti condivide diverse posizioni sulla concezione del lavoro come atto specificatamente umano e personalizzante. Mentre Arendt senza dubbio ispira diversi altri punti di vista di Olivetti. I due autori criticano il totalitarismo evidenziandone le profonde conseguenze sul diritto e sulla qualità esistenziale dell'essere umano.

Tale itinerario di studi consente di ipotizzare una *ricerca del giusto* da compiere all'interno di «istituzioni profetiche»² attualizzando l'ansia di giustizia sicuramente esperita da Adriano Olivetti quando, negli anni Cinquanta, opera in prima persona in una vera e propria «atmosfera di vigilia»³.

¹ B. ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia. Opera Omnia*, 37, Torino, 2021, 210-214.

² E. MOUNIER, *Il personalismo*, Roma, 1964, 130.

³ A. OLIVETTI, *La dimensione ottima dell'autogoverno locale*, in ID., *Città dell'uomo*, Roma, 2022, 33.

Per queste ragioni, merita rilievo il discorso di chiusura del Congresso per la Libertà della Cultura dal titolo *L'avvenire della libertà* svoltosi a Milano nel 1955⁴, al quale partecipano sia Olivetti che Arendt. Qui Olivetti espone intense considerazioni sulla tragica esperienza dei totalitarismi e su quanto sia urgente affermare un criterio di identità tra persona umana e libertà.

Nel testo in esame è innanzi tutto degno di nota l'utilizzo ripetuto del sostantivo *civiltà* che compare privo di aggettivazioni e segnala un atteggiamento di carattere universalistico e volto all'incondizionatezza dei diritti. Mette in luce la rilevanza delle relazioni intersoggettive e indica un'armonia tra «vita privata e vita pubblica»⁵ il cui *fondamento formale* è la bellezza.

In queste pagine viene presentata una concezione fortemente critica del totalitarismo, sollecitata anche dalle note riflessioni di Arendt⁶ risalenti solo a pochi anni prima e alle quali senz'altro Olivetti attinge. Olivetti individua i sintomi che potrebbero lasciar presagire una ricomparsa del totalitarismo in un'Europa lacerata dal secondo conflitto mondiale: si riferisce al deterioramento della libertà di stampa nel momento in cui l'editoria assume la forma di un monopolio, al letargo delle associazioni culturali, alla decadenza delle istituzioni accademiche, alla povertà e al disagio abitativo.

Nelle idee di Olivetti esiste una articolata tensione tra centralismo del potere (poteri) e poliedricità dell'essere umano, il quale non è mai pensato come soggettività disincarnata e astratta. Al contrario, l'umano vive nell'esperienza di incroci inattesi, riscontrabili in un tessuto relazionale proteiforme che si esprime nell'istituzione giuridica della comunità. Tuttavia, la molteplicità, altresì discutibile nei termini della *pluralità*⁷ teorizzata da Arendt, non corrisponde a una disseminazione dei soggetti perché l'ambiente che ospita ciascuno evoca un «indistrit-

⁴ Alcuni passaggi di tale discorso sono riportati integralmente nei *saggi comunitari*, datati tra il 1954 e il 1956 e contenuti nella raccolta *Città dell'uomo*. Il resto dello scritto risulta tuttora inedito.

⁵ A. OLIVETTI, *Ostacoli alla pianificazione*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 93.

⁶ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 2004.

⁷ H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, Milano, 2007; EAD., *La vita della mente*, Bologna, 2004.

tibile principio di unità»⁸; armonizza in modo proporzionale (giusto) le attività umane e, a sua volta, deve diventare un oggetto di cura.

Nelle valutazioni di Olivetti il centralismo non è una caratteristica esclusiva dei regimi totalitari, ma continua ad attanagliare i Paesi post-totalitari a partire dall'Italia dei primi anni Cinquanta del Novecento. Dipende specialmente dall'imponente potere acquisito dai partiti politici di massa e da sistemi elettorali che, attraverso il meccanismo di delega della democrazia rappresentativa, sfilacciano il rapporto tra i cittadini e i loro rappresentanti istituzionali. Proprio alla luce di tali considerazioni, risulta particolarmente rilevante evidenziare l'impegno universalistico sotteso alla teorizzazione comunitaria di Adriano Olivetti: questo aspetto rappresenta un ulteriore momento di innovazione filosofico-politica del suo pensiero e si pone agli antipodi delle più classiche visioni totalitarie.

Olivetti scorge nel totalitarismo una serie di operazioni che materializzano la pervasività dello Stato nei confronti della persona umana. La totalità, in effetti, riguarda le funzioni che lo Stato assicura in un panorama in cui i confini tra sfera pubblica e privatezza si confondono. In questa prospettiva, lo Stato non può diventare l'arbitro assoluto dei destini dell'individuo, altrimenti quest'ultimo inizia a essere impiegato come mero mezzo per il conseguimento di fini strategici e politici.

Dichiara Olivetti: «ogni uomo, anche il più povero, non può appartenere allo Stato»⁹. Occorre che lo Stato esista per l'essere umano e non viceversa. Lo stesso vale per l'istituzione giuridica in generale che è creata inventivamente per stabilizzare le relazioni interpersonali conferendo loro una certezza e una durata. Il diritto deve consistere non tanto in un modello comportamentale costellato da indicazioni per l'agire, quanto in una spinta ad agire all'interno di un perimetro regolato e, in quanto tale, giusto.

Detto ambiente può essere più specificatamente definito come *territorio*; non possiede solo connotati geo-fisici, ma è uno spazio culturale e pertanto giuridico. Corrisponde a una istituzione – per Olivetti innegabilmente comunitaria. Le opere e le relazioni umane coesistono in un

⁸ A. OLIVETTI, *Il momento dell'urbanistica*, in Id., *Città dell'uomo*, cit., 243.

⁹ A. OLIVETTI, Discorso di chiusura del Congresso per la Libertà della Cultura, *L'avvenire della libertà*, Milano, 1955.

tempo e in alcuni luoghi: il diritto fa sì che siano *conservate* in tale coesistenza e non siano soggiogate dall'arbitrio dei più forti. La giuridicità detiene un ruolo diaframmatico e realizza un principio di unità-uguaglianza sempre poroso e affatto conglobante. Richiamandosi anche alla teoresi politica della Grecia classica, Olivetti discute del principio di *isonomia* che connota una «uguaglianza di ineguali»¹⁰.

2. Negli stessi termini, la comunità non è dimensione di privilegi, ma consiste in un perimetro s-confinato volto all'universale secondo certe linee di pensiero marcatamente ecumeniche di Olivetti. Nella sua filosofia, la condivisione di una partizione geografica – oltre a precorrere l'idea arendtiana di *spazio pubblico* – implica una collaborazione¹¹ armonica tra gli esseri umani e una «compenetrazione»¹² delle loro attività.

Il territorio e le istituzioni giuridiche che lo organizzano non sono meri dispositivi logistici, ma hanno un profondo riferimento ai principi (verità, giustizia, bellezza e amore)¹³ e sono il frutto di scelte qualitative le quali possono essere orientate al bene oppure al male e quindi prevedono una consistente responsabilità da parte delle persone che le pongono in essere. La coesistenza non denota una «sovrapposizione fisica»¹⁴; indica il modo peculiare in cui il diritto *stabilizza* le relazioni garantendo a ciascuno l'esperienza non conflittuale, seppur confliggente, dei propri progetti di vita.

In questa direzione, lo Stato – apoteosi di un centralismo monologico – è ritenuto troppo lontano «fisicamente e moralmente»¹⁵ dalle esigenze degli individui. Occorre che i poteri classicamente assegnati allo Stato vengano redistribuiti in un senso diffusivo e funzionale. Paradigmatico di tale posizione è il cauto ottimismo con cui Olivetti osserva il

¹⁰ H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, cit., 233.

¹¹ Nelle idee di Olivetti, la *collaborazione* ha una qualificazione principiologica perché sprona ognuno al rispetto dell'altrui dignità.

¹² A. OLIVETTI, *Il momento dell'urbanistica*, cit., 244.

¹³ A. OLIVETTI, *Le forze spirituali*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 20.

¹⁴ A. OLIVETTI, *Il momento dell'urbanistica*, cit., 244.

¹⁵ A. OLIVETTI, *Il cammino della comunità*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 48.

processo di decentramento istituzionale e la politica autonomista che caratterizzano la forma di comunismo jugoslava a lui coeva. Quest'ultima è ritenuta alla «ricerca di soluzioni di equilibrio tra accentramento e decentramento»¹⁶.

La diffusione dei poteri, da non intendersi come *frammentazione*, consente al soggetto di riconoscersi nei luoghi in cui dimora e di viverli come spazi giuridici generativi di diritto e diritti. Il *luogo* riassume in sé un'ispirazione ideale – in direzione del *giusto* – e una operatività strategica nella misura in cui diviene zona di espansione delle capacità produttive, architettoniche e giuridiche, dunque *inventive*, della persona grazie alla ricca trama delle sue relazioni. *Posizionarsi* in un determinato luogo rappresenta un antidoto ai totalitarismi perché questi ultimi sono il «prodotto neurotico»¹⁷ di uno sradicamento.

In effetti, è possibile distinguere tra *spazio* e *luogo*, quest'ultimo «si oppone come particolare differenziante, all'universale indifferenziato»¹⁸, indica una permanenza e una concretezza consistente. È inoltre una dimensione pienamente verace, non razionalistica. Il luogo manifesta l'atto di un soffermarsi nello spazio e detiene una durata, implica anche una marcatura emotiva.

Questa concezione però può assumere profili *naturalistici* soprattutto in merito alla questione dell'appartenenza. Quest'ultima può essere definita dalla condivisione di caratteristiche biologiche, come accaduto nella drammatica stagione dei totalitarismi, e può legittimare impianti ideologici fondati sulla corrispondenza scienziata di razza o di sangue. In modo particolare, il nazionalsocialismo interpreta la localizzazione come un mandato morale dal carattere pressoché illimitato e il luogo – posseduto in modo *naturale* alla stregua di un destino – deve essere paradossalmente anche sempre meritato: secondo tale impostazione ideologica, lo spazio politico è sempre sottoposto ad «attività di redenzione»¹⁹ che intendono ordinarlo.

Attraverso la propria teorizzazione sulla comunità, Olivetti compie un complesso tentativo di salvaguardia dell'idea del luogo dalle sue

¹⁶ A. OLIVETTI, *Democrazia socialista*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 270.

¹⁷ A. OLIVETTI, *Urbanistica e libertà locali*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 82.

¹⁸ C. GALLI, *Spazi politici. L'età moderna e l'età globale*, Bologna, 2001, 99.

¹⁹ *Ivi*, 104.

estreme conseguenze. Del *luogo* conserva l'afflato spirituale e l'idea di permanenza, rinunciando però alla pretesa di localizzazione escludente: la comunità resta porosa, non si basa sullo *ius sanguinis*, e depone ogni velleità di espansione violenta. Si osservi come nel ragionamento in esame resta fortemente ambiguo il significato di *natura*, da cui derivano per esempio espressioni come quella di *confine naturale* che nella contingenza politica figurano pretesti per atteggiamenti aggressivi e predatori.

Il nazismo sfoggia un proprio specifico impiego del termine *comunità* (*Gemeinschaft*) con cui indica una coesione di natura biologica preordinata rispetto allo Stato. In questo senso, occorre segnalare che Olivetti riqualifica semanticamente tale termine innanzi tutto perché gli conferisce un timbro universalizzante.

3. Nel nazionalsocialismo la comunità è un'esperienza totale, una pseudo-istituzione a metà tra il biologico e lo spirituale che si irradia mediante il partito unico e gli apparati militari. Si tratta di una comunità popolare (*Volksgemeinschaft*) dotata di una perpetua motilità, pertanto del tutto alternativa alla comunità giuridica (*Rechtsgemeinschaft*) che, al contrario, conserva una forma e una stabilità. La comunità popolare è concentrica e la razza ne rappresenta il «concreto denominatore»²⁰, è garantita da una biologia di tipo razziale. In quanto creazioni culturali dell'essere umano, le istituzioni, classicamente riferibili allo spazio della comunità, nel nazismo divengono delle concrezioni fisiologiche. In modo esemplare, il diritto si converte in una produzione naturale, pressoché involontaria perché affiora come connotato essenziale di una specifica disposizione organica.

Alla comunità razzista non si accede sulla base di una scelta volontaria; l'adesione è un'evidenza indecibile perché determinata sotto un profilo biologico, certo mai chiaramente rintracciabile in incontrovertibili riscontri scientifici. La comunità razziale è sigillata e del tutto impermeabile, consiste in una *unità naturale*. In questa direzione, lo Stato

²⁰ E. DE CRISTOFARO, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, 2008, 165.

scade in una funzione della comunità di popolo, lo stesso vale per il diritto che corrisponde a una secrezione spontanea affiorante da un'omogeneità. Lo Stato conferisce forma e durevolezza storica alla comunità, ma sembra che quest'ultima possa farne a meno da un momento all'altro e che, alla fine, lo Stato debba liquidarsi una volta esaurito il suo compito logistico di mera organizzazione. Il diritto e la biologia risultano congiunti in modo ossimorico.

L'interpretazione nazionalsocialista della comunità ritiene la persona umana non più entità imputabile e su cui ricadono diritti e doveri, ma semplice «punto di un reticolo»²¹ posizionato all'interno di un tessuto di «nessi originari» e, dunque, imm modificabili perché inerenti a un comune sostrato biologico. La comunità non è mai scelta, è paragonabile a un vincolo e non esiste come luogo delle possibilità. Il singolo viene assorbito nella comunità e da questa riceve la sua realtà effettiva. Secondo i giuristi della Germania hitleriana tale concezione conduce a una valorizzazione della singola persona dal momento che la innalza al di sopra della propria stretta individualità; tuttavia resta problematico che detta elevazione non sia affatto determinata da una libera decisione, ma venga forzatamente imposta.

In questa prospettiva, la comunità costituisce una «omniavvolgente totalità»²². Poiché il diritto emerge come suo prodotto naturale ed è fortemente legato alle sue caratteristiche, ne consegue che chi è escluso da tale dimensione, per ragioni essenzialmente razziali, è anche estraniato dal diritto, privato di ogni relazione giuridica e pertanto lasciato in un isolamento arbitrariamente aggredibile. Il diritto è fortemente elasticizzato. È reso flessibile perché non inerte l'esistenza personale del soggetto, ma si trasforma, facendosi più o meno esteso, a seconda del tipo di relazione che il singolo instaura – o può instaurare in base alle proprie proprietà biologiche – con la totalità comunitaria: la comunità è «sede di autenticazione di un'esistenza altrimenti irrilevante»²³. È giuridicamente rilevante solo colui che, sulla scorta di parametri fisiologici indisponibili a scelte, può disporre di uno spazio all'interno della trama comunitaria. Ogni altro è soggetto le cui azioni non producono effetti e

²¹ *Ivi*, 246.

²² *Ivi*, 253.

²³ *Ivi*, 258.

che resta impigliato in una vita insensata poiché improgettabile, diviene «schiuma della terra»²⁴.

La comunità di Adriano Olivetti consiste in uno spazio che ancora non c'è, ma che deve essere perpetuamente inteso come oggetto di ricerca e porsi come alternativa a perimetri istituzionali già affermati, ma da dismettere. Nel pensiero di Olivetti lo spazio non è nelle piene disponibilità del potere politico né, però, condiziona la decisione umana costituendo un'ambientazione coercitiva. Nelle sue idee la tensione tra questi due orientamenti resta irrisolta e proprio questo aspetto rappresenta un fattore di originalità. Qual è il rapporto che si estrinseca tra *le* comunità? Le comunità sono entità porose ma delimitate che si mantengono plurali e distinte, in che modo si rapportano tra loro? Rimane una questione dilemmatica: cosa c'è fuori dalla comunità?

4. Olivetti spiega che esiste un legame tra disordine economico e disordine edilizio²⁵, nei termini di un tradimento del principio estetico della bellezza. Si tratta di una sproporzione e di un'ingiustizia sociali che trapelano quando l'organizzazione urbanistica è dettata da interessi unicamente egoistici. Per queste ragioni, la metropoli è descritta come edificazione «imprevista»²⁶ attraversata da arbitrarietà e violenza.

Ciononostante, le riflessioni di Olivetti rifuggono il pauperismo proprio del pensiero sulla decrescita²⁷ e non costituiscono la premessa (o la ripresa) di una lotta contro l'urbanizzazione propugnata in Italia negli anni del fascismo. L'ideale urbanistico di Olivetti è animato da un'esigenza di pianificazione ordinata e proporzionata, orientata pertanto alla giustizia e declinata secondo regole giuridiche di coesistenza. Tale visione dà luogo a una difesa non conservativa della persona umana, la quale può e deve spodestarsi per realizzare in modo originale la propria irripetibile personalità. L'obiettivo più generale dell'urbanistica è quello di testimoniare una preminenza dei fattori spirituali (per esem-

²⁴ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 375.

²⁵ A. OLIVETTI, *Perché si pianifica?*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 72.

²⁶ A. OLIVETTI, *Urbanistica e libertà locali*, cit., 79.

²⁷ S. LATOUCHE, *Breve trattato sulla decrescita serena*, Torino, 2008.

pio il persistente riferimento ai principi) su quelli materiali, le logiche dell'utile e del profitto a ogni costo.

Infatti, nel pensiero di Olivetti risulta centrale la responsabilità degli urbanisti, chiamati a organizzare lo spazio di una comunità secondo una giusta proporzione nel rapporto tra l'essere umano e i luoghi in cui dimora. Così l'urbanista può essere definito un «interprete»²⁸ perché osserva la realtà pubblica e si impegna a ricercare il giusto nelle relazioni intersoggettive, in qualità di un'armonia anche estetica. L'urbanista-interprete svolge, perciò, un compito affatto tecnico, ma critico, e problematizza le forme e i perimetri del territorio, per esempio quando vengono escludenti. L'urbanistica e la giustizia (come giustizia sociale) sono strettamente connesse. L'urbanista è impegnato in un'attività di «interpretazione creativa»²⁹.

Il ruolo dell'urbanista non è esecutivo e corrisponde, scrive Olivetti, a un *atto di amore verso un gruppo di uomini* dal momento che è indirizzato all'individuazione di legami armonici dentro una spazialità potenzialmente illimitata perché rivolta all'universale. Lo spazio pubblico ha sempre una marcatura qualitativa e non consiste soltanto in una struttura logistica.

Altro tema discusso nello scritto parzialmente inedito oggetto di questo studio attiene alla «contemplazione e adorazione delle cifre e dei numeri» che fanno sì che la persona venga dimenticata nel suo carattere spirituale. Negli anni dell'espansione economica, lo sforzo tecnico e la vivacità di un'esistenza condivisa rischiano di diventare antitetici. Pertanto, nella società del secondo dopoguerra, Olivetti tenta di coniugarli anche attraverso l'esperienza quotidiana della fabbrica, dove la vita interiore e l'economia possono essere armonizzate. Quando ciò non accade si determina una condizione di isolamento del singolo.

A questo proposito, occorre delineare la concezione olivettiana del lavoro perché consente di cogliere in modo più chiaro il suo specifico punto di vista sulla giustizia e sul diritto. Il lavoro, così come le altre facoltà dell'umano, è qualitativamente connotato ed esiste anch'esso in una densa trama relazionale.

²⁸ A. OLIVETTI, *Perché si pianifica?*, cit., 70.

²⁹ A. OLIVETTI, *L'architettura, la comunità e l'urbanistica*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 111.

S'intende affiancare le riflessioni di Olivetti con quelle di Simone Weil, suo punto di riferimento teorico. In particolare, si prendono in esame saggi e lettere contenuti nella raccolta *La condizione operaia*, pubblicata per la prima volta in Italia nel 1952, dalla casa editrice Edizioni di Comunità, fondata da Olivetti stesso. È possibile ipotizzare che Adriano Olivetti abbia letto e apprezzato tali scritti e che svolgano un ruolo rilevante nell'articolazione delle sue considerazioni sul lavoro.

Innanzitutto, emerge che la fabbrica è uno spazio complesso in cui si concretizza la problematicità delle relazioni umane, concepite alla stregua di *rapporti di forza*. Così come la comunità, è sintesi di fattori spirituali (l'umano e la propria opera) e materiali (la produzione e gli utili che comporta). A seconda di scelte coordinate, dunque politiche, la fabbrica può realizzare la giustizia oppure diventare «congegno di sofferenza»³⁰. Bisogna pertanto che il lavoro abbia finalità *comuni* oltre che privatistiche: la fabbrica, se orientata da principi, può trasformarsi in una «cellula operante rivolta alla giustizia»³¹. Secondo Olivetti, il lavoro può costituire un'esperienza di soggettivazione e di appropriazione della propria opera, con lo scopo più generale di unificare il lavoratore con le sue realizzazioni nell'ambito di un vero e proprio rapporto di amore. Tanto che il lavoro si rivela «qualcosa di intimamente e profondamente suo [...] parte della sua anima»³². Pur non facendo mai di Marx il proprio obiettivo polemico, è piuttosto chiaro che l'idea di Olivetti del lavoro come soggettivazione e prestazione culturale dell'umano suggerisca quantomeno un superamento del problema dell'alienazione³³.

Oltre a essere un luogo di produzione, la fabbrica può migliorare qualitativamente i territori in cui è collocata e renderli più rispettosi della dignità umana, di un armonico rapporto tra persona e ambiente. Il

³⁰ A. OLIVETTI, *Ai lavoratori di Pozzuoli*, in Id., *Città dell'uomo*, cit., 127.

³¹ *Ivi*, 128.

³² A. OLIVETTI, *Alle Spille d'Oro*, in Id., *Città dell'uomo*, cit., 119.

³³ K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Torino, 2004, 78. A proposito dell'alienazione del lavoratore, Marx scrive: «se quindi egli sta in rapporto al prodotto del suo lavoro [...] come in rapporto ad un oggetto estraneo, ostile, potente, indipendente da lui, sta in rapporto a esso in modo che padrone di questo oggetto è un altro uomo, a lui estraneo, ostile, potente e indipendente da lui. Se si riferisce alla sua propria attività come a un'attività non libera, si riferisce a essa come a un'attività che è al servizio e sotto il dominio, la coercizione e il giogo di un altro uomo».

lavoro deve essere attraversato da principi e orientarsi alla giustizia, da intendersi, in questo caso, anche come giustizia sociale, nei termini di una proporzionata distribuzione delle risorse economiche e dei profitti.

Olivetti rifiuta un'idea del lavoro meramente irrigidita nella ripetizione acritica e seriale degli stessi gesti da parte di un lavoratore durante l'intero arco della propria vita. Ciononostante riconosce la positività di alcune innovazioni introdotte da Ford³⁴ a patto che il dispositivo della catena di montaggio non sia assolutizzato e condotto alle sue estreme conseguenze. In un testo del 1955 prospetta anche la riduzione dell'orario di lavoro a parità di salario³⁵ al fine di consentire un più esteso dispiegamento della peculiarità umana dei lavoratori e farli autori tanto della propria opera quanto di una coesistenza giuridica nell'ambito della *comunità concreta*.

5. Adriano Olivetti, come Simone Weil, può attestare un'esperienza diretta della vita di fabbrica che legittima e conferisce autorevolezza alle sue teorizzazioni. Per queste ragioni è opportuno mettere i due autori in dialogo per saggiarne similitudini e dissonanze.

Secondo Weil, in fabbrica l'umano rischia di trasformarsi in un puro «intermediario tra le macchine e i pezzi forgiati»³⁶ riducendosi a una condizione strumentale e divenendo del tutto sostituibile da altri individui identici, con l'unica caratteristica differenziante di essere o non essere funzionali. La fabbrica che promuove un'idea seriale di lavoro finisce per annichilire l'umano il quale diventa un puro ente che subisce in maniera del tutto passiva. L'ambiente di fabbrica è connotato da monotonia, ossia come stato di passività e ripetizione, e dal *caso* con cui Weil indica una declinazione particolarmente tragica dell'arbitrio. In effetti, sono assenti indicazioni normative chiare e le relazioni tra superiori e sottoposti sono soverchianti perché affatto perimetrare dal punto di vista giuridico.

³⁴ A. OLIVETTI, *Dall'America. Lettere ai famigliari (1925-26)*, Roma-Ivrea, 2016.

³⁵ A. OLIVETTI, *Ai lavoratori di Ivrea (sei anni di vita della fabbrica)*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 139.

³⁶ S. WEIL, *Esperienze della vita di fabbrica*, in EAD., *La condizione operaia*, Milano, 1952, 285.

Nelle pagine di Weil, la fabbrica compare come dimensione non solo a-giuridica perché ingovernata, ma financo controgiuridica³⁷ perché profondamente in contrasto con i principi che strutturano il diritto (plesso tra giusto e legale), vale a dire l'idea di un'uguaglianza nella differenza plurale e il diritto a prendere la parola facendosi autori di scelte personali, ma costitutivamente condivise. In questo caso, l'arbitrio genera angoscia dato che pone il soggetto in una situazione di persistente vulnerabilità e nell'impossibilità di rappresentarsi come persona progettante.

Scriva Weil: «il corpo è talvolta sfinito, la sera, quando esce dalla fabbrica; ma il pensiero lo è sempre e lo è di più»³⁸. A proposito della reificazione dell'umano, si può sostenere che in fabbrica i lavoratori divengono *pezzi intercambiabili*. Mentre la materialità assume un valore specifico e viene spiritualizzata, dotata di una centralità. Tanto che «le cose fanno la parte degli uomini, e gli uomini quella delle cose» e «questa è la radice del male»³⁹.

Weil spiega la costrizione cui si è sottoposti in fabbrica nei seguenti termini: «non far mai nulla, nemmeno nei particolari, che possa essere d'iniziativa»⁴⁰. Viene limitata la capacità d'agire di ciascuno e si è ridotti a una «unità negli effettivi del lavoro», unità indistinguibile da altre perché incapace di personalizzarsi. Nello spazio della fabbrica l'uguaglianza assume le caratteristiche di un'uniformità senza aggettivi. Il gesto dell'operaio è prettamente esecutivo, ogni tensione alla creatività viene neutralizzata. L'operaio è reificato e trasformato in oggetto in preda alla volontà altrui: anche la spiritualità, proprietà essenziale del soggetto autorale (libero), viene obliterata. La stanchezza, come totalizzazione delle angosce materiali, revoca ogni potenzialità della sfera interiore dell'operaio. Le apprensioni per la sopravvivenza marginalizzano tutto il resto e costituiscono la parte preponderante del pensiero di ognuno. Nella fabbrica il soggetto è reso fungibile, questo fa sì che non

³⁷ B. ROMANO, *Filosofia del diritto. Opera Omnia*, 24, Torino, 2021, 71-72.

³⁸ S. WEIL, *Esperienze della vita di fabbrica*, cit., 289.

³⁹ *Ivi*, 291.

⁴⁰ S. WEIL, *La vita e lo sciopero delle operaie metalmeccaniche (l'occupazione delle fabbriche)*, in EAD., *La condizione operaia*, cit., 195.

ci sia nessun «attaccamento»⁴¹. Afferma Weil: «l'ignoranza totale circa l'oggetto del proprio lavoro è enormemente demoralizzante. Non si ha il senso che dai nostri sforzi esca un *prodotto*. Non ci si sente affatto *produttori*»⁴².

Nonostante l'atmosfera della fabbrica impedisca la capacità critica di pensare, nell'operaio resta un'ansia di giustizia che si realizza come «indignazione di fronte alle ingiustizie inflitte agli altri»⁴³ la quale è legata a sentimenti di fraternità e sorellanza esperibili nella relazione fragile con i compagni di lavoro. Persiste uno scampolo relazionale, ma l'operaio è condannato a una solitudine inerme che lo priva della possibilità di ribellarsi: ogni istituzione è radicata in atti condivisi, così come ogni stravolgimento dell'istituzione. Weil si domanda contro cosa possa essere indirizzata questa tensione al rivolgimento; in che verso orientare una rivolta?

Scrive: «ma ogni condizione nella quale all'ultimo giorno di un periodo di un mese, di un anno, di vent'anni di sforzi ci si trovi necessariamente nella medesima situazione del primo giorno, assomiglia alla schiavitù»⁴⁴. Per emanciparsi da una situazione servile occorre poter agire trasformativamente esibendo la propria responsabilità anche attraverso l'atto di *desiderare*. Il sentimento rivoluzionario è paragonato a un «imperialismo operaio»⁴⁵ del tutto affine all'imperialismo di stampo coloniale perché ne condivide l'aspirazione a una forma di dominazione illimitata agita da una porzione di umanità a scapito di ogni altro soggetto.

L'idea di rivoluzione è positiva in quanto orientata alla *ricerca del giusto*, ma diviene farsesca quando ambisce a sottrarre al lavoratore la propria infelicità solo mutando i rapporti sociali di forza. Secondo Weil, il nodo problematico resta la modalità di lavoro, non il potere gestionale dei mezzi e la loro proprietà. La rivoluzione è illusoria e agisce sull'operaio alla stregua di un oppiaceo: lo rende autore di una sto-

⁴¹ S. WEIL, *Frammenti*, in EAD., *La condizione operaia*, cit., 120.

⁴² *Ivi*, 126.

⁴³ S. WEIL, *Diario di fabbrica*, in EAD., *La condizione operaia*, cit., 45.

⁴⁴ S. WEIL, *Prima condizione di un lavoro non servile*, in EAD., *Diario di fabbrica*, *La condizione operaia*, cit., 308.

⁴⁵ *Ivi*, 310.

ria apparentemente inedita il cui esito però è ricorsivo e lo conduce di nuovo in una posizione del tutto passiva. In un primo momento, la rivoluzione è promossa secondo giustizia e rappresenta una lotta contro l'infelicità sotto forma di *avventura*, presto si rivela una vana suggestione.

Weil sostiene che la rivoluzione non sia adatta allo scopo di istituire una dimensione egualitaria perché la considera un mero trasferimento di poteri da un'organizzazione delle forze sociali a un'altra. Ipotizza anche che con l'impeto violento di una rivoluzione le disuguaglianze possano accrescersi.

In questo senso, si può articolare un parallelismo con il pensiero di Hannah Arendt⁴⁶. Ma anche con quello di Olivetti che glissa la tematica rivoluzionaria, sebbene, ancora negli anni Cinquanta del Novecento, sia nucleo rilevante del dibattito pubblico europeo.

Weil ritiene che nel contesto di fabbrica la subordinazione non sia del tutto eliminabile, presenta istanze dal carattere marcatamente riformista quando sostiene l'esigenza di una subordinazione mitigata o concertata nei termini di una «mescolanza di subordinazione e di collaborazione»⁴⁷ secondo una visione cooperativa delle relazioni interpersonali. Si astiene dall'animare progetti di rivolta «non tanto nell'interesse dell'ordine quanto nell'interesse morale degli oppressi». Proprio come Olivetti, è orientata alla collaborazione e così si spiega anche il suo tentativo di dialogo con i vertici aziendali di diverse industrie francesi nei cui stabilimenti presta la propria opera. Intende responsabilizzare l'azienda, riconoscendone il ruolo, e coinvolgerla in una tutela attiva dei lavoratori.

Teorizza una «collaborazione costruttiva»⁴⁸ tra classe operaia e proprietari dei mezzi di produzione che possa conciliare diritti dei lavoratori e obiettivi materiali del profitto. Tale accordo ha le caratteristiche di un compromesso che può essere conseguito suscitando – tanto negli operai quanto nel padronato – un sentimento d'amore per il lavoro e un

⁴⁶ H. ARENDT, *Sulla rivoluzione*, Torino, 2006.

⁴⁷ S. WEIL, *Lettere ad un ingegnere direttore di fabbrica (Bourges, gennaio-giugno 1936)*, in EAD., *La condizione operaia*, cit., 167.

⁴⁸ S. WEIL, *Principi di un progetto per un nuovo regime interno nelle imprese industriali*, in EAD., *La condizione operaia*, cit., 243.

senso di responsabilità che ecceda le preoccupazioni individualistiche. Per amare il proprio lavoro bisogna essere nelle condizioni di poterlo comprendere; in questa direzione, Weil ribadisce: «gli operai non debbono più ignorare quello che fabbricano, lavorare un pezzo senza sapere dove andrà; occorre dar loro il senso di collaborare ad un'opera»⁴⁹. La comprensione si pone in un contesto di crescente automazione depersonalizzante dei processi produttivi. Serve, inoltre, esercitare una libera capacità di iniziativa pur all'interno di un quadro operativo scandito da regole. In ogni caso, vanno combattute le disuguaglianze dal momento che «il sentimento di inferiorità non è favorevole allo sviluppo delle attitudini umane»⁵⁰.

6. Negli scritti di Weil e nelle idee di Olivetti si delinea un *operai-smo*⁵¹ *pragmatico* basato sulla testimonianza e sull'osservazione diretta di uno spazio del lavoro concepito innanzi tutto come comunità umana attraversata da conflitti, pretese e desideri che ne addensano e complicano la trama relazionale. La *collaborazione costruttiva* è incentrata su di un riconoscimento reciproco che promuove l'intesa in qualità di promessa⁵². Altrettanto rilevanti sono costanti iniziative di aggiornamento dei lavoratori sulle tecnologie che impiegano e un loro coinvolgimento nella ricerca; bisogna favorire una loro partecipazione diretta alla vita dell'azienda in cui prestano servizio.

Come Olivetti⁵³, anche Weil dimostra una sfiducia nei confronti dell'organizzazione politica classicamente intesa e, più in generale, delle soluzioni istituzionali prevalenti. A proposito del rapporto tra i metalmeccanici scioperanti e il governo del fronte popolare francese nel 1936, scrive in modo caustico: «certo è confortante constatare che agli operai piace più curare personalmente le proprie faccende piuttosto che

⁴⁹ *Ivi*, 248-249.

⁵⁰ *Ivi*, 244.

⁵¹ G. ROGGERO, *L'operaismo politico italiano. Genealogia, storia, metodo*, Bologna, 2019.

⁵² L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, Torino, 2012, 47.

⁵³ A. OLIVETTI, *Società, Stato, Comunità*, Roma, 2021, 131-165.

affidarle al governo»⁵⁴. Si tratta di un sollievo autentico che diviene premessa per una partecipazione autorale e non-delegabile tanto all'esperienza politica quanto a quella giuridica che ne rappresenta allo stesso tempo la cornice e l'attualizzazione. Weil ricerca un protagonismo affatto autoreferenziale del soggetto e intende liberarlo dalle strettoie burocratiche delle formazioni politiche, le quali rischiano soltanto di rinnovare e confermare il suo statuto di individuo subalterno. Allo stesso modo, Olivetti presenta una «impostazione assolutamente non partitica»⁵⁵ e si mostra più che scettico verso la rappresentanza parlamentare.

Lo sciopero diviene una lotta per il riconoscimento, estranea a rivendicazioni particolaristiche, e si esplicita come moto complessivo per l'affermazione della propria dignità da parte di soggetti autorali. Quel che conta è «prender anche noi la parola»⁵⁶, farsi esponenti di un dire-dirsi⁵⁷ originale, condannato a restare latente fin quando l'operaio è sigillato in una condizione anonima. Lo sciopero appare strumento di pretesa⁵⁸ (pre-giuridica) dell'*isegoria* classica, nella direzione ampia di un diritto a prendere la parola che evoca pure l'idea di una partecipazione ai processi decisionali e di un'esibizione della propria personalità, oltre la rigidità anodina del ruolo ricoperto.

Lo sciopero rende umano l'umano fino a quel momento reificato e, in quanto tale, può essere paragonato a una «gioia integra»⁵⁹ che armonizza e riassume in sé l'astio per le penurie materiali, l'ansia – comune – di giustizia e l'urgenza di farsi soggetti di diritto. La gioia di Weil consiste nella scoperta qualitativa delle relazioni e della *pluralità* in senso arendtiano, sempre postulata nel singolo individuo, ma che in alcuni contesti rimane inespressa e assume le caratteristiche scialbe di un'aggregazione meramente funzionale. Nello sciopero, quale momen-

⁵⁴ S. WEIL, *La vita e lo sciopero delle operaie metalmeccaniche (l'occupazione delle fabbriche)*, cit., 197.

⁵⁵ G. PAMPALONI, *Un'idea di vita*, in A. OLIVETTI, *Città dell'uomo*, cit., 284.

⁵⁶ S. WEIL, *La vita e lo sciopero delle operaie metalmeccaniche (l'occupazione delle fabbriche)*, cit., 198.

⁵⁷ B. ROMANO, *Filosofia del diritto*, cit., 87.

⁵⁸ L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare*, Torino, 2013, 59.

⁵⁹ S. WEIL, *La vita e lo sciopero delle operaie metalmeccaniche (l'occupazione delle fabbriche)*, cit., 198.

to di soggettivazione, tacciano le macchine e si inaugura lo spazio triale della conversazione. A proposito dell'entusiasmante esperienza dello sciopero come atto di mobilitazione comune, Weil attesta in modo estremamente lucido: «qualunque cosa debba venir più tardi, questo almeno lo si è avuto»⁶⁰.

7. Si è detto quanto sia significativa nel pensiero di Olivetti la giuntura tra estetica – nei termini di un principio di bellezza – e giustizia. Tale coppia concettuale si condensa nell'idea di armonia che afferisce sia agli spazi di fabbrica e città sia alle relazioni interpersonali. I luoghi di lavoro devono soddisfare una *misura umana* e ingenerare felicità in chi vi trascorre gran parte del proprio tempo. In questo senso, è rilevante anche l'intuizione di Olivetti di istituire le biblioteche di fabbrica all'interno di diversi stabilimenti industriali⁶¹.

In linea con tali posizioni Weil afferma: «una sola cosa rende sopportabile la monotonia: una luce di eternità. La bellezza»⁶². La bellezza attiva e ri-attiva il desiderio sopito in chi versa in condizioni di annientamento. E continua scrivendo che «il popolo ha bisogno di poesia come di pane». Non ci si riferisce, in queste righe, alla forma stantia delle composizioni, ma all'urgenza di poeticizzare l'esistenza quotidiana del lavoratore introducendovi armonia. L'obiettivo polemico di Weil è rappresentato da una concezione accelerazionista del lavoro che identifica con il taylorismo. Si tratta di una forma del lavoro che mina la capacità di attenzione e di riflessione del lavoratore e che lo priva di consapevolezza squalificandolo al livello di un materiale della lavorazione.

Tale modello di lavoro deve essere definitivamente soppresso: si può sostenere che l'unica strada per sovvertire le condizioni annichilite dei lavoratori consista nel modificare la rappresentazione produttivistica dell'attività lavorativa riconnettendola primariamente al principio della bellezza e della partecipazione del lavoratore al processo di fabbricazione. Occorre immettere personalizzazione laddove governa

⁶⁰ *Ivi*, 199.

⁶¹ C. FAGGIOLANI, *Il problema del tempo umano. Le biblioteche di Adriano Olivetti. Storia di un'idea rivoluzionaria*, Roma, 2024.

⁶² S. WEIL, *Prima condizione di un lavoro non servile*, cit., 312.

l'anonimia del *Si*⁶³. Weil promuove un'idea gioiosa del lavoro e intende riscoprirne le possibilità creative: il lavoro può diventare una *festa splendida*⁶⁴ e rispondere alla vocazione alla felicità sempre radicata nell'umano nei termini di una esigenza affatto biologica, ma poetica.

Esiste una marcata differenza tra il ritmo – afferente al principio estetico della bellezza – e la cadenza. Il primo attiene a una concezione armonica e creativa dei movimenti, possiede in sé la potenzialità della variazione e può assumere direzioni imprevedibili. La cadenza è caratterizzata da una ripetizione. È specifica del contesto di una fabbrica organizzata sulla degradazione del soggetto lavoratore e sull'imperativo seriale della velocità. L'operaio è preso in una «misera fretta»⁶⁵, agisce secondo scatti del tutto disumani. Il ritmo è connotato dall'intervento di un'attesa, mentre la cadenza risulta ininterrotta e dà luogo a una monotonia.

Weil sottolinea la centralità della categoria di appropriazione – da non intendersi in senso strettamente giuridico – da parte dell'umano dei luoghi in cui trascorre il proprio tempo e degli oggetti fra i quali passa la vita. Come Olivetti, aggira il problema marxiano della proprietà e si riferisce a una sorta di *presa culturale* da compiersi mediante il pensiero. Si tratta, dunque, della possibilità di *fare la storia* dei materiali su cui si lavora, di inciderli con la propria esperienza trasformativa e di non restare passivamente al loro servizio.

È importante che l'operaio abbia coscienza dei prodotti del proprio lavoro, che partecipi in modo consistente alla loro storia costituita da conseguenti modificazioni e che ne governi gli scopi. In tali ragionamenti assume una posizione rilevante anche l'idea di creazione, la quale non è mai impersonale, ma detiene una declinazione autoriale. L'operaio deve liberarsi in primo luogo dall'estraneità a cui la fabbrica tende a sottoporlo e «sentirsi a casa propria nell'officina»⁶⁶. Importante è la consapevolezza dell'operaio; scrive Weil in proposito:

⁶³ B. ROMANO, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger. Opera Omnia*, 1, Torino, 2021.

⁶⁴ S. WEIL, *Prima condizione di un lavoro non servile*, cit., 322.

⁶⁵ S. WEIL, *Esperienze della vita di fabbrica*, cit., 292.

⁶⁶ *Ivi*, 295.

le cose sarebbero diverse se l'operaio sapesse chiaramente, ogni giorno, ogni istante, qual luogo occupi, nella produzione della fabbrica, quel che egli sta facendo e quale posto occupi nella vita sociale la fabbrica nella quale lavora⁶⁷.

Occorre che l'operaio abbia una rappresentazione del proprio lavoro e che lo interpreti come contributo autorale, perciò responsabile, nei riguardi di un'esistenza comune. Così conclude Weil questa serie di considerazioni: «molto male è venuto dalle fabbriche, e nelle fabbriche bisogna correggerlo»⁶⁸.

8. Riprendendo la riflessione sullo scritto proposto al congresso *L'avvenire della libertà* si può notare che, come in altri luoghi della sua filosofia, Olivetti spesso attinge a un linguaggio di derivazione cristiana e, più in generale, di matrice religiosa. Per esempio, impiega la parola *resurrezione*⁶⁹ che possiede una forma massimamente pragmatica. La resurrezione può essere conseguita mediante un intervento creativo di soggetti tra loro in relazione sulle strutture istituzionali dello Stato, allo scopo di realizzare l'idea della comunità concreta. Altrove parla candidamente del proprio progetto nei termini di un itinerario di «redenzione»⁷⁰. Tale lessico esprime un atteggiamento profetizzante (in senso estremamente concreto) e richiama i toni affascinanti di alcune teorizzazioni di Mounier.

Questa considerazione serve a tracciare le linee principali dell'orizzonte teoretico di Olivetti: il suo obiettivo dichiarato è quello di compiere una sintesi profonda tra il personalismo francese e una certa flessione cristiana del comunitarismo. Impiega, in proposito, l'espressione *personalismo comunitario*, il quale necessita di un'attuazione, dal momento che anche – e soprattutto – le filosofie sono volte a un'applicazione effettuale se non addirittura tattica. Oltre ad Arendt e Weil, il suo

⁶⁷ *Ivi*, 299.

⁶⁸ *Ivi*, 306.

⁶⁹ Tale vocabolo è contenuto nel discorso di chiusura della conferenza dal titolo *L'avvenire della libertà*, ma viene riproposto anche a p. 47 dello scritto *Il cammino della comunità*.

⁷⁰ A. OLIVETTI, *Il cammino della comunità*, cit., 62.

orizzonte di riferimento filosofico è costituito da Emmanuel Mounier e Jacques Maritain. Le sue idee sono il frutto di una confluenza «dei personalismi francesi, sia della critica elitista sia della critica marxista alla democrazia rappresentativa»⁷¹. Il punto di caduta di tale sincretismo corrisponde alla pratica comunitaria come progetto politico di derivazione federalista. La *comunità* rappresenta l'istituzione giuridica primaria ed è la vera innovazione nel pensiero filosofico-politico di Olivetti.

Il personalismo si realizza attraverso l'istituzione di organismi giuridici inediti nello spazio pubblico della comunità che resta luogo terzo perché impossibile da chi ne prende parte, evoca l'idea di una mancanza e ha carattere di gratuità così come il diritto. Tali istituzioni devono esprimere un modello di cristianesimo sociale ed estrinsecarsi alla stregua di zone di uguaglianza e riconoscimento reciproco. Si tratta di cornici giuridiche che detengono un aspetto ecumenico, senza cedere a concezioni astratte dell'io poiché centrali rimangono le condizioni materiali di esistenza. Olivetti spiega che le premesse teoretiche e le conseguenze pratiche devono chiarirsi reciprocamente.

Nelle sue teorizzazioni la comunità si articola come un *medium*, interpolazione non funzionale, ma significativa perché marcata dall'azione inventiva dei suoi membri; consiste in un «diaframma creativo»⁷² che collega l'individuo allo Stato. La comunità raffigura l'espressione istituzionale delle scelte di coloro che ne fanno parte, delle loro opinioni, nell'accezione ricca della *doxa* socratica.

La dimensione pubblica non è riducibile a una creazione artificiale e non è imposta perché, chiarisce Olivetti, «non crediamo nell'uso della forza [...] della violenza»⁷³; la comunità è scelta in modo condiviso da chi deve abitarla: ognuno ne è, dunque, responsabile perché la esperisce da autore. È una zona di congiunzione tra il diritto e gli esseri umani. In questa prospettiva, il diritto non è interpretato alla stregua di uno strumento puramente organizzativo, in maniera piuttosto singolare è defini-

⁷¹ D. CAEDDU, *Humana civilitas. Profilo intellettuale di Adriano Olivetti*, Roma-Ivrea, 2016, 42.

⁷² A. OLIVETTI, *Il cammino della comunità*, cit., 62.

⁷³ *Ivi*, 46.

to «fenomeno etico»⁷⁴. Più opportunamente, il diritto consiste in un sinolo di giustizia e legalità profondamente radicato in una serie di principi incondizionati, a partire dalla posizione preminente che assume la persona umana. È la traduzione istituzionale di tali principi. Si ribadisce così l'intenzione allo stesso tempo teoretica e strategica su cui si basa l'azione trasformativa di Olivetti.

La comunità giusta è, pertanto, luogo orizzontale, ma non schiacciato nell'uniformità, si dispiega come universo di convivenza tra soggettività uguali e distinte. È spazio della parola pubblica che, in qualità di materiale simbolico, è inesauribile, permanentemente rimaneggiabile nella circolarità ermeneutica. Anche per queste ragioni è caratterizzata da un aspetto donativo⁷⁵.

È, quindi, il tessuto connettivo tra un livello primario dell'esistenza umana, quello dell'individualità, e un secondo livello – giuridico – che afferisce alla coesistenza: si tratta della *pluralità*, nei termini di un'aggregazione non omogeneizzante, ma in grado di riconoscere e tutelare il principio isonomico dell'uguaglianza nella differenza. La comunità concreta, non meramente operativa anche se affatto utopistica, è l'unica istituita a misura dell'essere umano che ne rappresenta, simultaneamente, *l'a priori* e il limite.

Poiché non è una chimera, necessita di un territorio su cui disporsi: è fondamentale che le persone umane, nella loro pluralità, stiano in contatto le une con le altre. In questa direzione, Olivetti afferma in maniera inequivocabile: «la casa dell'uomo deve avere uno spazio», dei confini che permettano a ciascuno anche un'identificazione con la comunità a cui appartiene, ma che, nel medesimo momento, siano porosi perché istituiti sulla base di principi universali.

Il perimetro di una comunità non deve essere né troppo ampio né troppo angusto. Per quanto possibile, deve consentire relazioni di prosimità tra chi lo abita: la categoria del mastodontico richiama l'idea dei partiti di massa e degli assembramenti metropolitani, dove l'io, nella sua unicità e irripetibilità, tende a rifluire nella moltitudine, a divenire del tutto sostituibile da altri individui identici.

⁷⁴ A. OLIVETTI, *Libertà di associazione e partiti politici*, in ID., *Città dell'uomo*, cit., 161.

⁷⁵ L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, cit., 203.

Olivetti manifesta la propria contrarietà alla produzione di corpi istituzionali leviatanici che ingenerano un rapporto di dominazione della struttura sul singolo e privano la persona della propria autorialità. Anche in tali passaggi si ravvisano numerose assonanze con le valutazioni di Arendt contenute ne *Le origini del totalitarismo*, quando osserva nella germinazione di una società massificata una fase prodromica delle tragedie totalitarie.

La misura perfetta di una comunità è conferita dallo stesso essere umano. Si può sostenere, allora, che la persona è limite della comunità pure sotto l'aspetto territoriale, non solo in riferimento ai principi giuridici. Nel pensiero di Adriano Olivetti si può constatare una persistente tensione tra deterritorializzazione in direzione dell'universale ed esigenza di territorializzare la comunità per costituirla concretamente e per ricercare una giusta misura umana degli spazi d'esistenza. Tale impostazione conduce al *decentramento*, da non intendersi qui come mera soluzione amministrativa. Anche l'idea di decentramento assume una profondità speculativa e realizza a pieno i propositi trasformativi del «potere comunitario»⁷⁶.

In effetti, come sostiene Étienne Balibar nel suo lavoro sulla cittadinanza, ogni comunità è marcata da una «incompletezza essenziale»⁷⁷ che genera irrimediabilmente tentativi di universalizzazione allo scopo di negare le discriminazioni. L'universalizzazione non è, quindi, un dato acquisito, ma passa necessariamente attraverso atti conflittuali qualificabili come lotte per il riconoscimento.

Si può argomentare che esiste una convergenza tra le considerazioni di Olivetti e quelle di Arendt anche in merito alla comunità. Sebbene nelle opere di Arendt si discuta, più che di comunità, in senso stretto, di *spazio* e di *sfera* pubblici. Si tratta di nozioni prossime a quella di *res publica*, nei termini di una dimensione linguistica, non-proprietaria e luogo del non-possesto⁷⁸.

Come la comunità di Olivetti, lo spazio pubblico realizza il potere giuridico che rappresenta un «agire di concerto»⁷⁹. È un contesto dialo-

⁷⁶ A. OLIVETTI, *Il cammino della comunità*, cit., 57.

⁷⁷ É. BALIBAR, *Cittadinanza*, Torino, 2012, 48.

⁷⁸ L. AVITABILE, *Cammini di filosofia del diritto*, cit., 206.

⁷⁹ H. ARENDT, *Sulla violenza*, Milano, 2019, 47.

gico destinato all'esercizio della libertà giuridica di tipo condiviso e non assoluta. Consiste in un intreccio di relazioni umane: è istituito con l'obiettivo di stabilizzare le condotte di ognuno e di consentire la finalizzazione di progetti esistenziali, senza che, questi ultimi, siano rimessi soltanto alla contingenza del caso.

In conclusione, si chiarisce che, sia nel caso dello spazio pubblico arendtiano che per quanto attiene alla comunità di Olivetti, l'istituzione giuridica, se costituita a partire dai principi di *isonomia* e *isegoria*, ha sempre un carattere non-totalitario perché è indirizzata al riconoscimento. Non produce una signoria dell'organismo sul singolo, non compare, dunque, come una giuridificazione del rapporto di comando tra un individuo e un altro. Esprime un'unità che non è mai omogenea perché la persona è interpretata innanzi tutto come il soggetto creativo e, in quanto tale, responsabile di atti unici e irripetibili. L'istituzione giusta incontra, allora, il proprio limite nella persona umana che la sceglie e la costituisce attraverso la condivisione di atti e parole, densi di significatività.

ALL THAT JAZZ

IL REALISMO GIURIDICO AMERICANO IN CHIAVE MUSICALE

Paola Chiarella

1. Un manifesto di rivolta: jazz e diritto, nuovi idiomi di protesta

“The jazz age produced its jazz jurisprudence”, così Raymond Wacks introduce il capitolo sul realismo americano nel suo *Understanding Jurisprudence*, mettendo in risalto le affinità concettuali e interpretative del diritto e della musica nei primi decenni del XX secolo¹.

L’inusuale associazione induce ad approfondire lo stile jazzistico del realismo americano e della giurisprudenza sociologica fino a scoprire che lo stesso Jerome Frank riferisce di una vera e propria *jazz jurisprudence*, all’origine per lo più incompresa e derisa².

L’attenzione alla dimensione sociale del jazz ha trovato poi un ulteriore riscontro in un libro di Eric Hobsbawm, distante dai suoi prevalenti interessi di ricerca eppure, come nello stile del grande maestro,

¹ R. WACKS, *Understanding Jurisprudence. An introduction to legal theory*, Oxford, 2017, 174.

² J. FRANK, *Dirlo con la musica* (1948), in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, Torino, 2002, 327. Sulle relazioni e sulle ricerche sul tema di Diritto e Musica, si v., da ultimo, M.P. MITTICA, *Diritto e musica. Ricerca e tendenze*, in *ISLL Papers*, 17, 2024, 1 ss. e M. COSSUTTA, *Sull’interpretazione della disposizione normativa e sui suoi possibili rapporti con l’interpretazione musicale*, in *Tigor*, III, 1, 2011, 101 ss. Mentre sui primi studi sul versante della civilistica italiana si possono ricordare, per tutti, E. BETTI, *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, LXXXV, 1948, 34 ss.; ID., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Milano, 1949; ID., *Teoria generale della interpretazione*, II, Milano, 1955, in particolare 760 ss.; S. PUGLIATTI, *L’interpretazione musicale*, Messina, 1940.

indispensabile per comprendere da vicino la storia del jazz e coglierne quell'elemento culturale che condivide col diritto rilevanti analogie³. L'opera ricostruisce con ricchezza di particolari le origini, gli sviluppi, il contesto sociale, l'aspetto economico, i grandi protagonisti e gli strumenti che hanno reso il jazz un'arte popolare eccezionalmente tenace e vigorosa nel resistere agli attacchi degli scettici, nonché uno dei generi musicali più apprezzati e diffusi a livello mondiale oramai da oltre un secolo.

Il jazz ha rappresentato il linguaggio dei gruppi subalterni della civiltà prima agricola e schiavista degli Stati Uniti del Sud e poi urbana e industriale dell'intero paese, alla ricerca di "nuove" forme espressive di "nuove" istanze di tutela e, nell'introdurre un genere musicale alternativo, ha pure realizzato la "straordinaria conquista" di diventare un idioma capace di accomunare bianchi e neri nel medesimo gusto musicale e di educare al pensiero inclusivo, anticonvenzionale e democratico dei cittadini americani. Per questo carattere popolare, il jazz è arte "primitiva e realistica", ma pure tecnica di inusitate complessità armoniche e, soprattutto, è "arte di protesta"⁴. Esso può vantare di avere assunto, a pieno titolo, il ruolo di «manifesto di rivolta contro il capitalismo, la cultura commercializzata, il razzismo, ed altri mali della nostra società»⁵.

«Irrequietezza e ambizione» ne segnano il ritmo rispetto ad altri idiomi musicali, aspirando a porsi come musica del presente, ma anche del "futuro" aprendosi a generi nuovi, tra loro anche differenti: dal *ragtime* al *blues*, dallo *swing* al *bebop*, dall'*acid* al *cool jazz* attraverso il *Dixieland* e il *New Orleans jazz*⁶.

La società che si muove attorno al jazz è descritta da Hobsbawm come un universo notturno di anime inquiete che, in ambito giuridico, è rappresentata altrettanto nitidamente da Morton Horwitz ne *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*. Si tratta di una poderosa ricostruzione storica della critica progressista del diritto di quegli anni, sfociata poi nella corrente più radicale del realismo fino ai *Critical legal studies* e alla *Critical race theory*, anche attraverso il passaggio in-

³ E. HOBSBAWM, *Storia sociale del jazz*, Milano, 2020.

⁴ *Ivi*, 50.

⁵ *Ivi*, 120.

⁶ *Ivi*, 40.

trodotto della giurisprudenza sociologica. Da allora e in un arco temporale di quasi un secolo, la “mutevolezza del diritto americano” è la cifra dominante. Non si pensa al fenomeno giuridico soltanto in termini formali, concettuali e oggettivi, ma anche e per lo più come “esperienza”, a partire dall’insegnamento di Oliver Wendell Holmes⁷. Ne discendono radicali riforme giuridiche che coincidono con gli anni pure cruciali dell’affermazione del jazz. Del diritto si mette finalmente in risalto l’aspetto pratico, il suo divenire nel processo, quale momento in cui le “norme si avverano” come *real rules*. Se ciò che preme davvero è un’istanza di realtà, di questa realtà dal carattere spiccatamente performativo, il jazz e il diritto non nascondono criticità, problemi, contraddizioni, scandali con una spiccata vocazione al cambiamento.

2. La musica dal cuore di tenebra: work songs, spirituals, gospel e blues songs

Un ritmo d’oltre oceano scorre nella sonorità delle prime composizioni riconducibili alla *preistoria* del jazz e lo accompagnerà sempre⁸. È la tradizione musicale africana degli schiavi deportati in America, innestata in quel fertile, seppure infelice, terreno del destino che li aspetta.

Nell’agosto del 1619, a distanza di qualche giorno, approdano sulle coste della Virginia due navi pirata inglesi: la *White Lion* e la *Treasurer* che inaugurano la spaventosa e colossale tratta di esseri umani dell’età coloniale (a cui ci si riferisce con l’espressione *Middle passage*)⁹.

⁷ M.R. FERRARESE, *Presentazione dell’edizione italiana*, in M.J. HORWITZ, *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, Bologna, 2004, XI. Si permetta il rinvio a P. CHIARELLA, *The life of the Law. Oliver Wendell Holmes tra scienza del diritto e professione legale*, Soveria Mannelli, 2023; EAD., *The Concept of Experience in Oliver Wendell Holmes. A Scientific Approach to Law*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 2023, 303 ss.

⁸ Per gli esperti, riporta Hobsbawm, le componenti africane del jazz sono certe e risalgono al periodo che questi inquadra nella *preistoria* del genere: cfr. E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 67.

⁹ Il carico di schiavi è risultato di un attacco pirata inglese a navi spagnole, che già effettuavano, insieme ai portoghesi, la tratta nei loro domini sul continente americano.

La vocazione emancipatrice che gli Stati Uniti rappresentano per coloro che dall'Europa fuggono da persecuzioni soprattutto religiose è contraddetta clamorosamente dalla trappola, senza vie di fuga, della subordinazione razziale degli africani sbarcati sulle sponde americane. Nel giro di pochi anni, il profitto che la manodopera schiavista arreca alle colonie alimenta l'infame legislazione degli *Slave Codes*, strumentali a "legittimare" la proprietà privata di esseri umani. L'idoneità giuridica allo status di proprietario è basata sulla "bianchezza"¹⁰ e sulla ricchezza, mentre lo schiavo è un "bene mobile" del proprietario, oggetto di carico e vendita all'asta¹¹. Persa la dimensione ontologica¹², l'umanità è una variabile dipendente dalla tonalità epidermica.

Per assicurare la stabilità dell'organizzazione schiavista si esercita un rigido controllo sociale sulla popolazione di colore a cui si impedisce la libera circolazione, l'aggregazione, l'istruzione e si dà luogo alla "tratta interna" al Paese (*Second Middle passage*) che, nei decenni com-

Gli *indios*, oltre che decimati dalle epidemie importate dagli europei, su disposizione papale non potevano essere ridotti in schiavitù, in quanto destinatari delle missioni evangeliche. Sull'argomento della tratta, cfr. M. MELTZER, *Slavery. A World History*, New York, 1993; T. CASADEI, S. MATTARELLI (a cura di), *Schiavitù*, Milano, 2009; H.S. KLEIN, *Il commercio atlantico degli schiavi*, Roma, 2014; M. FIORAVANTI, *Schiavi*, Roma, 2017; S. BONO, *Schiavi. Una storia mediterranea (XVI-XIX secolo)*, Bologna, 2021; T. BURNARD, *Writing the History of Global Slavery*, Cambridge, 2023; J.M. PFISTER, *Slavery and the American Founding. Hope and Hypocrisy in the Age of Enlightenment*, Jefferson, 2025.

¹⁰ Cfr. CH.I. HARRIS, *La bianchezza come "proprietà"*, in K. THOMAS, G. ZANETTI (a cura di), *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti d'America*, Reggio Emilia, 2005, 85 ss.

¹¹ Lo definisce così il romanzo di H. BECHER STOWE, *La Capanna dello zio Tom* (1852), Milano, 1992, 9: «Questo stesso gentiluomo, avendo udito la fama dell'invenzione di George, andò alla fabbrica per vedere cosa aveva combinato questo bene mobile» (*chattel*, bene mobile, schiavo). Alla morte per suicidio di una schiava che si annega nel fiume il «mercante si sedette, tirò fuori il libriccino, e segnò il corpo mancante nel capitolo perduto» (*op. cit.*, 71). Cfr., sul punto, T. CASADEI, *Schiavitù*, in M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (a cura di), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Torino, 2007, 37.

¹² Si ricordi la polemica sull'umanità degli *indios* in Sud America: B. DE LAS CASAS, J.G. DE SEPÚLVEDA, *La controversia sugli indios*, a cura e con introduzione di Saverio di Liso, Bari, 2006.

presi tra la ratifica della Costituzione americana (1787) e la Guerra civile (1861), conta circa un milione di individui¹³.

Le istanze di emancipazione, attraverso le “petizioni di libertà”¹⁴, non valgono a contrastare l’entrata in vigore dei *Fugitive Slave Acts* (tra il 1793 e il 1850) che dispongono il ritorno coatto degli schiavi sfuggiti ai loro padroni. Il sistema legittima anche le specifiche professionalità dei “cacciatori di schiavi” che, in virtù della legge, possono ordinare la resa del fuggitivo senza processo e dietro un certificato del magistrato da ottenersi per semplice *affidavit*.

Il dibattito sull’abolizione della schiavitù si inasprisce col caso *Dred Scott*, allorché la Corte Suprema dichiara che gli schiavi, non essendo cittadini americani, non sono tutelati dalla Costituzione e non possono proporre azioni giudiziarie, giudicando incostituzionale il *Compromesso del Missouri* (che vieta la schiavitù nel territorio delle Grandi Pianure) in violazione del V emendamento a tutela della proprietà privata.

Lo scontro ideologico ed economico, tra gli Stati del Sud e del Nord, sulla schiavitù e sul modello agricolo-industriale sfocia nella Guerra Civile e si conclude, sul piano della libertà, con l’abolizione della schiavitù nel 1865 grazie all’approvazione del XIII emendamento¹⁵. L’uguaglianza è, tuttavia, una questione ancora più controversa¹⁶. Al segregazionismo del sistema “Jim Crow” si pone fine solo un secolo più tardi con la cosiddetta “Rivoluzione per i diritti civili”¹⁷. Sia pure attraverso diverse fasi e con contributi legislativi e giurisdizionali dilazionati nel tempo, oltre che con l’attivismo di protagonisti di diversa estrazione sociale impegnati in più campi di interesse, la dottrina e la giurisprudenza americane si piegano a dare voce e tutela effettiva all’uguaglianza.

¹³ D. ELTIS, D. RICHARDSON, *Atlas of the Transatlantic Slave Trade*, New Haven, 2010.

¹⁴ Cfr. G.J. BASKER (a cura di), *American Antislavery Writings. Colonial Beginnings to Emancipation*, New York, 2012.

¹⁵ B. LEVINE, *La guerra civile americana. Una nuova storia*, Torino, 2023.

¹⁶ È ricchissima la letteratura di protesta. Tra tutti i contributi si segnalano H. BECHER STOWE, *La Capanna dello zio Tom* (1852), H. LEE, *Il buio oltre la siepe* (1960), R. WRIGHT, *Ragazzo negro* (1945).

¹⁷ Cfr. B. ACKERMAN, *We the People* (vol. III), *The Civil Rights Revolution*, Cambridge (MA), 2014.

za, rimasta sospesa nonostante l'approvazione del XIV e del XV emendamento della Costituzione.

Ribaltando la versione della concordia sociale che si presumeva di poter assicurare con la dottrina "separate but equal", finalmente la cittadinanza americana guadagna di inclusività¹⁸.

In questo sintetico quadro storico, la componente africana si irradia fra il popolo e la cultura musicale americana sin dal principio. Il più cospicuo numero di schiavi proviene dall'Africa occidentale e, pur perdendo le usanze sociali, mantiene certi culti religiosi come il *vodum* (*voodoo*) e le musiche rituali. Ma se i primi sono destinati a essere vietati dall'indottrinamento cristiano, le seconde sono mantenute e tollerate in quanto reputate innocue o addirittura funzionali al sistema schiavista. Un elemento caratteristico è la formula "call and response" che gli schiavi impiegano per accompagnare le estenuanti giornate lavorative nel canto a strofe alterne delle *work songs*. È uno stratagemma atto a guadagnare l'impulso ipnotico del ritmo che allevia la fatica corporea e l'angoscia esistenziale della propria condizione, ma è pure il modo che i padroni hanno di evitare, sottovoce, congiure, rivolte e progetti di fuga¹⁹. A questa polifonia vocale e ritmica, si aggiunge la "continua improvvisazione" quale approccio musicale in grado di rispondere agli stimoli della complessità e variabilità della vita nella sua radice quotidiana. Con la conversione al cristianesimo, gli inni di lode, *spirituals* e *gospel songs*, conservano lo stile, ma i contenuti esprimono l'aspettativa di consolazione, redenzione e liberazione che procedono dall'Alto. Con il "grande risveglio" spirituale delle congregazioni battiste e metodiste agli albori del XIX secolo – che rispetto al "primo" ha una diffusione molto più vasta – la musica è non meno importante dei contenuti della predicazione pastorale e ciascun fedele è attivamente coinvolto nella sua massima divulgazione.

¹⁸ Si vedano *Brown v. Board of Education* 347 U.S. 483 (1954), il *Civil Right Act* (1964), il *Voting Right Act* (1965) e il *Fair Housing Act* (1968).

¹⁹ Anche Primo Levi ricorda che nei campi di concentramento gli internati fossero costretti a marciare a ritmo di musica per dare al corpo l'effetto proprio ipnotico che il suono trasmette al cervello e al corpo. Cfr., sul punto, P. LEVI, *Se questo è un uomo*, Milano, 1958, 56.

Il jazz nasce con questa eredità e con la fusione, unica nel suo genere, delle influenze spagnole, francesi e inglesi a motivo della particolare collocazione geografica degli Stati del Sud, in particolare la Louisiana, il cui Delta del Mississippi è l'ideale luogo di innesto²⁰. La capacità di questo genere di tematizzare l'esperienza quotidiana del vissuto non passa inosservata ai bianchi americani delle classi subalterne, per lo più i poveri del sud, gli immigrati irlandesi e scozzesi. Accolto il genere, i contenuti laici danno luogo al *blues* delle aree rurali del Sud (*country blues*) e poi delle città (*urban blues*), in cui pressanti ragioni di protesta si manifestano contro il sistema economico che, anche tra i bianchi, distingue tra "cittadini e non".

Le pagine epiche di *Furore* di Steinbeck sembrano scritte col sottofondo musicale di un repertorio *blues*, quale «speciale tipo di canto che commenta la vita di tutti i giorni»²¹, in un intreccio di storie e peripezie che dalla fisica descrizione dell'arida terra dell'Oklahoma giunge al metafisico domandarsi, sotto la volta di cieli trapunti di stelle, sul senso della vita priva di umanità e solidarietà, sulla funzione dello Stato e sulla statura morale a cui ciascuno può aspirare. E tutto ciò a partire dalla saga, comune tra le tante, della famiglia Joad che, come migliaia di altre famiglie affamate e in fuga dalla miseria, si scontra con un destino inclemente in cui l'unico aiuto procede dal basso e dalla povera gente, mentre una rabbia disperata contro il sistema economico capitalista discende dall'umiliazione di una cittadinanza senza diritti sociali²².

Qui il *blues* segna un'evoluzione importante, come seconda fase di affermazione non religiosa del jazz, che si può ascoltare nella sua «vera forma strumentale» nei luoghi di pubblica convivialità, ai «pianoforti dei bar, delle barrel-houses, degli honky-tonks, dei bordelli del sud e molto probabilmente tra gli sterratori e nei campi di lavoro del sud ovest»²³. Gli stessi musicisti di colore colgono il vantaggio di un genere di ampio apprezzamento e iniziano a sperimentare forme di intrattenimento per i bianchi per sottrarsi alle umilianti condizioni di sfruttamen-

²⁰ E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 70.

²¹ *Ivi*, 75.

²² J. STEINBECK, *Furore* (1939), Milano, 2017, 603.

²³ E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 75.

to. Nell'imparare la musica dei bianchi, essi introducono nelle canzoni venature di folklore nero.

Negli Stati del Nord si diffonde il florido spettacolo musicale dei *minstrel shows*: imitatori di artisti di colore con la faccia dipinta di nero (*blackface*), che mettono in scena programmi di varietà con sketch comici, danze e canzoni che saranno alla base della musica leggera di quegli anni e che il *ragtime* sintetizza, in forma esemplare, nelle prime produzioni della *Tin Pan Alley* (prima editoria musicale di New York), già agli inizi del Novecento.

Nascono, da qui, anche le prime jazz band come l'*Original Dixieland Jazz Band* di formazione bianca che, nel 1917, incide il primo disco del genere, la *Creole Jazz Band*, la *Hot Five* di Louis Armstrong e la *Red Hot Peppers* che caratterizzano l'era dello *swing* e meglio assecondano anche il piacere della danza popolare nelle grandi sale da ballo (come la storica *Savoy Ballroom* di Harlem a New York), mentre forme collettive di performance musicali già si sperimentano nell'accompagnamento ai funerali delle bande cittadine (*brass bands*).

La popolarità del jazz assume caratteristiche nazionali e internazionali soprattutto dopo la diaspora dei musicisti di New Orleans a partire dal 1917, lungo le vie che conducono dal Mississippi a Chicago, per diramarsi nel "delta" immaginario di un ritmo che «incarna al massimo grado quella vocazione al mutamento e al divenire assoluti»²⁴.

Dal punto di vista musicale, le novità apportate dal jazz sono innegabili. L'uso della cosiddetta "scala blue" (la scala diatonica maggiore con la terza e la settima abbassate di un semitono) per la melodia e della scala diatonica maggiore normale per l'armonia. Si ricava un intenso effetto emotivo ed espressivo. Il ritmo africano sincopato enfatizza le parti deboli del tempo musicale, assumendo carattere "essenziale" e organizzatore²⁵. Nei medesimi brani, per l'effetto dinamico, è possibile impiegare la poliritmia. Le armonie complesse e dissonanti trasmettono la sensazione di tensione e risoluzione. Dal punto di vista strumentale e vocale, il jazz dispone di "colori propri". Impiega pochissimo gli strumenti ad arco e fa largo uso degli strumenti a fiato, quali sassofono,

²⁴ M. DONÀ, *Il jazz. Elogio dell'imperfezione. Un rilevante tratto di storia contemporanea*, in E. HOBSBAWM, *op. cit.*, V.

²⁵ E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 57.

clarinetto, tromba, trombone. Quanto a quelli da tastiera, ricorre al piano, mentre, per quelli a corda, al contrabbasso e alla chitarra. La batteria e le congas creano, per gli strumenti a percussione, un ritmo deciso e dinamico. Poiché, soprattutto alle origini i musicisti erano per lo più autodidatti, l'uso degli strumenti non segue necessariamente la convenzione europea classica al punto che voci e suoni “non educati”, o non “ortodossi”, sono di per sé “legittimi”²⁶. In più, il tratto prominente è la personalità del musicista che rende originale ogni performance grazie alla sua soggettiva interpretazione. Non a caso, si distingue, in particolare, nel jazz la centralità della figura dell'arrangiatore, mentre meno decisiva è quella del compositore o del direttore d'orchestra. Il brano è, volta per volta, “creato e assaporato” dai suonatori²⁷. L'imitazione, l'esecuzione conforme o perfetta non sono, perciò, raccomandate a chi voglia esprimere l'anima del jazz. Piuttosto, l'improvvisazione, rimessa all'inventiva e alla reattività dell'interprete, presuppone l'aspettativa di possibilità sonore incerte, imprevedibili e dunque creative. Perciò,

[l]a partitura del jazz dunque, quando esiste, per lo più non è altro che un sommario, approssimativo canovaccio che lascia i dettagli del tono, del ritmo, delle inflessioni e così via alla sensibilità jazzistica dei musicisti²⁸.

In assenza di coordinate esecutive cogenti, ciascun brano è potenzialmente sempre giovane, come i personaggi di Francis Scott Fitzgerald: Jay Gatsby (riluttante ad accettare la maturità, irretito da un amore giovanile assoluto e senza tempo) o Benjamin Button (che percorre addirittura al contrario le fasi naturali della vita). Il racconto di quest'ultimo è pure la tematizzazione dell'assurdo che si riscontra nella complessità delle sorti umane, di cui partecipano le vicende processuali. Una spiccata vena non-conformista e di incertezza dei tempi alimenta, per-

²⁶ *Ivi*, 58.

²⁷ *Ivi*, 61.

²⁸ *Ivi*, 63. In tema di improvvisazione e assonanze giuridiche cfr. V. NITRATO IZZO, in M.P. MITTICA, *Dossier: Diritto e Narrazioni. Temi di diritto e letteratura e altre arti*, in *Atti del II Convegno Nazionale ISLL*, Bologna 3-4 giugno 2010, 138.

ciò, la “jazz age” dei racconti del grande scrittore²⁹, come delle più note performance dei grandi interpreti, tanto che Bix Beiderbecke si esprime così: «Una delle cose che mi piace del jazz, ragazzi, è che non so cosa sta per succedere dopo».

3. Jazz jurisprudence: la giurisprudenza sociologica e il realismo americano

La complessità e la vivacità dell’esperienza storica americana rendono quasi indiscutibile l’accreditarsi di una concezione del diritto soggetta al mutamento e all’incertezza come risultato di questo «clima di vibrante praticità»³⁰. Fattori ambientali originali giocano a favore di una “dichiarazione di indipendenza intellettuale” della nazione dal sapere della tradizione coloniale³¹.

Molti postulati di matrice europea dominanti dalla scienza alla filosofia, dalla religione al diritto, evidenziano l’incapacità di rispecchiare la verità delle cose e vengono travolti da una lettura disincantata e pragmatica della realtà. Anche grazie al moto di orgoglio e alla “fiducia in se stessi” che Emerson riesce a instillare nei suoi concittadini, si sperimentano nuove possibilità di analisi e si mette radicalmente in discussione il sapere europeo come “scolorito guardaroba delle passate gene-

²⁹ Cfr. F. SCOTT FITZGERALD, *Tales of the jazz age* (1922), a cura di J.L.W. West III, Cambridge, 2022; ID., *The Great Gatsby* (1925), New York, 2004.

³⁰ F. BONSIGNORI, *Il realismo giuridico*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, 2010, 249; Si v. la disamina critica del ricorso alla musica nel realismo giuridico di A.P. BUFFO, *Interpretation and Improvisation: The Judge and the Musician Between Text and Context*, in *Int. J. Semiot. Law*, 31, 2018, 219-22; si v. altresì, E. BUONO, «A MODERATE AMOUNT OF CACOPHONY». *La funzione “sovversiva” della comparazione tra diritto e musica nel giusrealismo statunitense*, in A. SIMONE, A. VESPAZIANI (a cura di), *Arti, diritto e mutamento sociale. Una mappa tra passato, presente e futuro*, in *Cartografie sociali. Riviste di sociologia e scienze umane*, III, 5, 2018, 225 ss.

³¹ Oliver Wendell Holmes Senior, padre del giudice Holmes e amico di Emerson, definisce in questi termini il saggio del filosofo *The American Scholar* (1837), New York-Cincinnati, 1911 (quest’ultimo è consultabile online al seguente link: <https://archive.org/details/americanscholar00emer>).

razioni”³², inadatto alle nuove tendenze che prendono forma al di là dell’Atlantico.

Sembra giunto il tempo della maturità, il «momento in cui il pigro intelletto [del] continente alzerà le sue palpebre di ferro e risponderà all’attesa prolungata del mondo con qualcosa di meglio che con l’esercizio di abilità meccaniche»³³. Parole che ispirano un’attesa messianica di salvezza intellettuale a cui non si sottraggono gli animi più audaci in ogni campo del sapere. In quello giuridico, decisiva è l’influenza di Emerson su Holmes, espressamente dichiarata e ricordata anche in tarda età³⁴.

Il radicarsi, per esempio, del darwinismo e del pragmatismo, con la loro matrice antimetafisica, piegano il sapere scientifico e filosofico all’esperienza, rifiutano l’innatismo delle idee, i valori immutabili, i dogmi indiscutibili e gli schemi fissi in cui incasellare ogni aspetto del reale, quasi a soddisfare quella completezza del sapere che anche la scienza giuridica rincorre. Eppure, si scopre che c’è sempre qualcosa che sfugge e che, incontrollato, si insinua nelle vicende umane che molto dipendono dal contesto ambientale, il quale esercita sugli elementi che in esso vi insistono una pressione forgiante, pressoché irripetibile negli effetti che produce. Ciò che non è in grado di adattarsi alle mutate circostanze, avendo perso l’utilità che lo sostanzia è, anche in campo giuridico, una “sopravvivenza” destinata a essere travolta dalle forme più evolute della normatività³⁵.

Nella versione più aggiornata e corretta dell’empirismo di matrice anglosassone, il pragmatismo americano si assesta su una concezione della conoscenza totalmente affidata all’esperienza che però è sempre vista in chiave funzionale all’agire. Non basta, infatti, rifiutare l’innatismo cartesiano e concordare con il Locke del *Saggio sull’intelletto umano*, secondo cui l’apprendimento prende avvio dall’esperienza in-

³² R.W. EMERSON, *Nature, Introduction*, Boston, 1836, 5-6, consultabile online sul sito Archive: <https://archive.org/details/naturemunroe00emerrich/page/n9/mode/2up>.

³³ R.W. EMERSON, *The American Scholar*, cit., 21.

³⁴ Cfr. O.W. HOLMES, *The Essential Holmes. Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings from 1870 to 1885*, Albany (NY), 1992, 16, 64, 110.

³⁵ O.W. HOLMES, *Diritto e scienza*, in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, cit., 88.

terna o esterna del soggetto. Occorre osare di più e dichiarare che le credenze che si ricavano dall'esperienza sono strumentali a esperienze future, quali idee obbliganti da tradurre in azione tutte le volte in cui si presenterà l'occasione. Per cui è chiaro che il fine principale di ogni indagine è stabilire una credenza perché abbiamo esigenze pratiche di azione, esigenze decisionali su cosa fare. Allora, i contenuti delle credenze non possono essere spiegati a prescindere dagli effetti pratici, da cui la massima pragmatica di Peirce per la quale, per rendere chiare le nostre idee, occorre considerare le conseguenze pratiche della nostra concezione di un oggetto: «la concezione di questi effetti è l'intera nostra concezione dell'oggetto»³⁶. Un concetto senza concepibili effetti sperimentali è inesplicabile e soprattutto inutile poiché non offre coordinate di azione, né possibilità di previsione del comportamento altrui³⁷.

Le ricadute giuridiche di questo sperimentalismo filosofico si possono ben cogliere nella grande considerazione che riveste, nel continente americano, l'esperienza delle aule dei tribunali. Il momento tipico del diritto si coglie quando il giudice impiega un concetto giuridico piuttosto che un altro, con la particolarità però di volerlo rendere ora flessibile alle esigenze sociali non di una classe privilegiata, ma della nazione, di cui si scopre e si valorizza il pluralismo dei gruppi portatori di interessi appunto plurimi e diversificati. In ciò si ravvisa molto chiaramente la sfumatura democratica, su presupposti individualistici che da Emerson fino a Dewey contraddistinguerà il pensiero statunitense³⁸.

Tra i primi giuristi americani ad avvertire l'insoddisfazione del ricorrere a trite formule giuridiche, rigide e inattuali agli scopi sociali della nazione e ad ammettere il profilo incerto e finanche rischioso del diritto vi è Oliver Wendell Holmes.

Cresciuto in un ambiente culturale favorevole alla riflessione filosofica e all'eleganza delle lettere e delle arti, partecipa alla guerra di se-

³⁶ C.S. PEIRCE, *How to Make Our Ideas Clear*, in *Popular Science Monthly*, 12, 1878, 286-302.

³⁷ Cfr. G. REALE, D. ANTISERI, *Il pensiero occidentale dalle origini ad oggi*, vol. 3, Brescia, 1983, 376.

³⁸ Cfr., in argomento, N. URBINATI, *Individualismo democratico. Emerson, Dewey e la cultura politica americana*, Roma, 2009; C. FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, Bologna, 1990.

cessione e mantiene nell'approccio giuridico la consapevolezza di un agire strategico in cui le norme giuridiche sono strumenti di previsione e che tanto vale studiare solo quelle effettivamente applicate dalle Corti. In un originale "arrangiamento" del pragmatismo giuridico, ancora prima di Peirce e James (che conosce personalmente partecipando alle riunioni serali del *Metaphysical Club* dell'Università di Harvard), in brevi, ma efficaci pagine "didattiche" di alcuni lavori degli anni Settanta del XIX secolo, Holmes afferma che le norme che non sono applicate dalle Corti, benché imperative, non sono oggetto di studio professionale. Pertanto, sono proprio le Corti a condizionare l'oggetto degli studi giuridici poiché "l'unica preoccupazione" dei giuristi riguarda quali regole verranno da esse applicate³⁹.

Questa posizione concettuale travolge il positivismo giuridico e ne fa il bersaglio di specifiche critiche, spostando l'attenzione sull'uso normativo più che sulla fonte del diritto⁴⁰. Allora, come svilupperà nel pieno della maturità giuridica, anche in virtù della sua personale esperienza giudiziaria, il diritto può concepirsi in termini predittivi come la "profezia di ciò che le Corti faranno"⁴¹. Se però il positivismo risulta decisamente messo all'angolo da una lettura che valorizza l'esecutore più che il produttore, neppure il giusnaturalismo ha spazio sufficiente anzi, la separazione tra diritto e morale è in linea con lo spirito del tempo che rende netta la distanza dagli assoluti d'ogni genere, filosofici, religiosi, scientifici e politici. Da qui si predilige una cautela nel giudizio che, pur affidandosi alle proprie convinzioni, ammette che le ragioni degli altri sono «buone quanto le nostre»⁴². Guardando al diritto "con gli occhi dell'uomo cattivo", in una riflessione giuridica che distingue l'essere dal dover essere, il focus giuridico è sulle "conseguenze mate-

³⁹ O.W. HOLMES, *Codes and the Arrangement of Law* (1870), in F. RYAN, B.E. BUTLER, J.A. GOOD (eds.), *The Real Metaphysical Club. The Philosophers, their Debates, and Selected Writings from 1870 to 1885, with a Narrative History of the Metaphysical Club by J.R. Shook*, Albany (NY), 2019, 252.

⁴⁰ La teoria più contestata è certamente quella di Austin. Si v., per esempio, O.W. HOLMES, *Notice of Pollock on Austin's Definition of Law* (1872), in F. RYAN, B.E. BUTLER, J.A. GOOD (eds.), *op. cit.*, 258 ss.

⁴¹ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., 61.

⁴² O.W. HOLMES, *Il diritto naturale*, in ID., *Opinioni dissenzienti*, a cura di C. Gera-
ci, Milano, 1975, 342.

riali” della condotta, di cui non deve presumersi la malvagità, ma si deve apprezzare la prudenza poiché anche l’uomo cattivo si sente dal diritto condizionato e chiede perciò parere all’esperto, al professionista, scrive Holmes, essendo disposto a pagare una somma di denaro per mettersi al riparo dal rischio di scontrarsi con la forza pubblica⁴³. Tuttavia, un’espressione simile rende poco “raccomandabile” questa teoria del diritto che risulta cinica e sgradita a quanti intendono introdurre nel ragionamento giuridico quanta più morale possibile. Perciò dell’approccio realista si può dire, come in generale del jazz, che sia «sempre stato simile al tipo d’uomo col quale non vorresti che tua figlia uscisse»⁴⁴.

Ebbene, al di là delle riserve di conformità morale⁴⁵, il nuovo approccio normativo produce risultati pratici importanti quando presso le Corti supreme del Massachusetts prima e poi degli Stati Uniti, Holmes scrive alcune opinioni dissenzienti che, insistendo su nuovi profili interpretativi, danno riscontro alle esigenze sociali espresse dalla legislazione progressista.

Tra tutte, l’opinione dissenziente nel caso *Lochner v. New York* (1905), nell’interpretare in termini non assoluti la libertà contrattuale, di cui al XIV emendamento e nel cogliere la ragionevolezza dell’intervento legislativo a tutela della salute dei lavoratori delle panetterie, può assurgere a performance argomentativa sincopata, in pieno stile jazz⁴⁶.

Il profilo sociologico che Holmes introduce nel diritto porta Roscoe Pound a riscontrare proprio nell’opinione appena citata un magnifico esempio di *law in action*, ovvero di una forma di diritto che “favorisce il progresso sociale” e non si ostina a preservare le vecchie categorie giuridiche che hanno esaurito la loro “utilità pratica”⁴⁷. Nell’assicurare

⁴³ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., 57.

⁴⁴ È un’espressione che si attribuisce a Duke Ellington relativamente ai caratteri del jazz. Cfr. M. TUCKER (ed.), *The Duke Ellington Reader*, New York-Oxford, 1993, 363.

⁴⁵ Holmes propone una lettura amorale del diritto laddove si intenda imporre i criteri della morale dominante, sottratta, per principio, all’esame critico. Il diritto è, invece, influenzato dalla morale (cfr. O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., 60).

⁴⁶ O.W. HOLMES, *La libertà a rovescio (Lochner v. New York)*, in ID., *Opinioni dissenzienti*, cit., 48 ss.

⁴⁷ R. POUND, *Giurisprudenza meccanica*, in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo giuridico americano: antologia di scritti*, cit., 114.

al fattore umano una “posizione centrale”, a discapito dell’intangibilità della tradizione, il “pragmatismo come filosofia del diritto” è il rimedio per la giurisprudenza meccanica, valevole solo come *law in books*, come esercizio logico di derivazione di concetti da certe premesse normative, ma non come *law in action*⁴⁸.

I rapporti industriali di lavoro sono tra i temi del denso saggio *Liberty of Contract* del 1909, nel quale Pound spiega che la premessa della parità contrattuale è una fallacia inscritta nell’interstizio tra la “teoria accademica e le condizioni pratiche”, la cui gravità deriva principalmente dall’eccessiva enfasi sull’importanza della proprietà e del contratto, nonché dei diritti privati rispetto all’interesse pubblico⁴⁹. Per non ingannarsi sulla reale portata dei rapporti di lavoro, piuttosto che al testo del contratto “liberamente sottoscritto” dalle parti, è bene guardare alle loro concrete condizioni. Se, perciò, non si rimane rigidamente legati alla formula contrattuale, si potranno interpretare i rapporti tra le parti alla luce di “credenze e prassi diffuse in una comunità o in una classe” o tenendo conto di “considerazioni di *policy*” o, più semplicemente, non trascurando affatto gli atteggiamenti di un gruppo sociale su specifiche questioni che, in ogni caso, non possono essere risolte con esatte conclusioni logiche, ma soltanto accogliendo le “preferenze di un dato corpo sociale in un dato tempo e in un dato luogo”⁵⁰.

Questi sono certamente alcuni punti importanti della critica antiformalistica di Pound che sembrano molto affini all’approccio musicale del jazz. La scienza giuridica deve «esibire risultati pratici», dimostrare che ha qualcosa da offrire per ottenere riconoscimento pubblico⁵¹. Lo spartito e una *legal rule* tracciano tutt’al più un pretesto musicale e giuridico che, in questa direzione, non è inteso letteralmente, per cui potrà ben accadere che ciò che “si sente” non corrisponde a ciò che “si legge”, a ciò che “è scritto”. La fedeltà al testo è sfidata dalla tensione partecipativa dell’interprete che, a partire da una subordinazione iniziale, dà luogo a una creazione “sua”, espressione delle sue singolari abilità,

⁴⁸ R. POUND, *Law in Books and Law in Action*, in *American Law Review*, 44, 1910, 12 ss.

⁴⁹ R. POUND, *Liberty of Contract*, in *Yale Law Journal*, 18, 1909, 454.

⁵⁰ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., 67.

⁵¹ R. POUND, *The need of a Sociological Jurisprudence*, in *Green Bag*, 19, 1907, 608.

della sua non replicabile personalità, ma anche della capacità di porsi come filtro interpretativo dell'ambiente musicale e sociale, restituendo musicalmente e giuridicamente una realtà aumentata dall'esperienza in cui il contesto dà senso al testo fino al punto da superarlo nella versione consolidata dalla tradizione.

Sembra allora opportuno studiare il jazz e il diritto di quegli anni come elementi interpretativi di una protesta mirata: contro la *longhair music*⁵² e il *longhair law* contro, cioè, la musica e il pensiero giuridico di classica impostazione che non toccano la complessità della vita moderna urbanizzata e industriale⁵³, sono incuranti delle brutali lacerazioni sociali della segregazione razziale e delle pressanti esigenze di dignità, uguaglianza e sicurezza sociale, ma sono pure ostinati a ignorare l'ingresso di un universo morale dai tratti spiccatamente pluralistici. Da tale complessità discendono, invece, impulsi sperimentali di tracce musicali nuove e sentieri giuridici inesplorati in grado di soddisfare le aspettative strumentali al servizio della vita. È la rivolta, insomma, contro lo spirito d'antiquariato di cui mette in guardia Holmes, non a caso in *The path of the law*, e contro «i fantasmi dei maestri» del passato di cui parla Pound in *Mechanical Jurisprudence*, avversando la “sacralità della tradizione” che, come la musica classica, ignora i nuovi protagonisti sociali e i problemi della vita quotidiana⁵⁴. Le conclusioni a cui giunsero i maestri, osserva Pound, sono considerate «Vangelo» per cui la scienza degenera nel tecnicismo e perde la vocazione originale di conformità alla ragione, uniformità e certezza del diritto⁵⁵.

Il diritto, come la musica jazz, è più un bene di “consumo”, di utilità pratica quotidiana, uno strumento dal suono vibrante, che un cimelio “da museo” o un brano da “saggio d'esame”⁵⁶. L'interesse per il passato dipende dalla «luce che può gettare sul presente», per cui si invoca un sano “scetticismo illuminato” atto a generare un «ponderato riesame

⁵² È l'espressione impiegata nel magnifico film *New Orleans* (1947) per riferirsi al bersaglio della musica classica contestata dal nuovo genere musicale.

⁵³ E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 35.

⁵⁴ R. POUND, *Giurisprudenza meccanica*, cit., 103.

⁵⁵ *Ivi*, 101, 103.

⁵⁶ E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 208. Il jazz come musica «da consumo» è un'espressione di Hindemith citata da Hobsbawm.

del valore» delle norme⁵⁷. Una mentalità progettuale deve contrassegnare il lavoro dei giuristi che, in qualità di “ingegneri sociali”, devono riconnettere il diritto alla realtà sociale, politica ed economica perché soddisfi le necessità emergenti col miglior impiego delle risorse disponibili. A tal fine, gli studi sociologici sono rivelatori e perciò preliminari a ogni intervento normativo che presuppone la chiara comprensione dei fatti sociali sui quali il diritto procede e ai quali deve applicarsi.

Il diritto è, invece, colpito da un’insoddisfazione popolare quando, in ragione del suo meccanicismo, si ottengono risultati operativamente spenti⁵⁸. È inevitabile, commenta Pound, che l’opinione pubblica sulle più dibattute questioni economiche e sociali manifesti una certa insofferenza per la lentezza del passo con cui procede il diritto che interviene per sfinimento, quando la sua inadeguatezza rispetto alle nuove circostanze procura “dolori acuti”⁵⁹.

È a questo punto che la critica dei realisti al diritto si indirizza proprio sulla perdita di contatto con la vita e sulla necessità che le parole del diritto rappresentino “cose e relazioni tangibili e osservabili”⁶⁰. Applicando questo assunto al momento topico del diritto che è il processo, Karl Llewellyn elabora il cosiddetto “scetticismo delle regole” per dichiarare, senza mezzi termini, che la decisione dei giudici è condizionata dallo stimolo dei fatti piuttosto che dalle coordinate normative, da cui deriva la decisività di elementi extra-giuridici di carattere sociale e soggettivo.

⁵⁷ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., 70-71.

⁵⁸ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, in *Crime & Delinquency*, 10 (4), 1964, 355 ss.

⁵⁹ R. POUND, *The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, cit., 355-356.

⁶⁰ K. LLEWELLYN, *A proposito del realismo. In risposta a Pound (1894)*, in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, cit., 188. Cfr., in argomento, W.W. FISHER III, M.J. HORWITZ, T.A. REED (eds.), *American Legal Realism*, Oxford, 1993; S. CASTIGNONE, *Introduzione. “La rivolta contro il formalismo”*, in S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (a cura di), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: antologia di scritti*, cit., 175-186; T. CASADEI, *Realismi giuridici, da John Dewey ad Alf Ross: il ruolo del giudice, le configurazioni del diritto, il fatto della democrazia*, in T. CASADEI, G. ZANETTI, *Manuale multimediale di Filosofia del diritto*, Torino, 2022, 379-390.

In tale ordine di idee, i giuristi che intendono prevedere il comportamento dei giudici non potranno affidarsi esclusivamente alle norme, le cosiddette *paper rules* o *black letter rules*, come tesoretto di ragioni escludenti altre considerazioni. Essi dovranno guardare al contesto sociale, ai bisogni emergenti, alla personalità del giudice e alla sua storia professionale. Lì, troveranno le *real rules* o *working rules* ovvero gli elementi che forniscono un set di fattori, in qualche misura, condizionanti il suo operato⁶¹. Si configura, perciò, una «“folk” social-scientific theory of adjudication»⁶² che valorizza del diritto il suo carattere “popolare”, assumendo, tra l’altro, un carattere *purposive*, cioè *intenzionale* poiché i giudici dovrebbero dipendere da politiche sociali consapevolmente articolate⁶³. Le norme giuridiche servono, tutt’al più, come “spiegazioni provvisorie o solide scale tecniche” utili a giustificare la decisione, senza però esserne determinanti⁶⁴. Nell’intenzione, però, di migliorare l’utilità delle norme, sotto il profilo del *legal design*, il legislatore dovrebbe aspirare alla massima chiarezza espositiva degli scopi normativi così come i giudici dovrebbero rendere espliciti gli obiettivi politici. A questa condizione le norme non sono semplicemente “eloquenti”, a differenza delle “silenti” *paper rules*, ma sono addirittura “cantanti”: *singing rules*⁶⁵. Così, non saranno più “inarticolati e spesso inconsci” i reali motivi delle decisioni⁶⁶.

Il diritto si impregna di “operazionalità” e “aposteriorità”, poiché non si accetta l’idea che il testo giuridico sia provvisto di un significato vero e proprio “prima e al di fuori del concreto operare e qualificare” dei giudici, dei legislatori, degli avvocati, dei teorici del diritto e degli stessi consociati⁶⁷. Il diritto è perciò colto nel “fermento e nel flusso”

⁶¹ Cfr. G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Milano, 1962, 4-5.

⁶² J.L. COLEMAN, B. LEITER, *Determinacy, Objectivity, and Authority*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1993, 142, 585.

⁶³ K. LLEWELLYN, *Jurisprudence: Realism in Theory and in Practice*, Chicago, 1960, 217.

⁶⁴ K. LLEWELLYN, *The Bramble Bush. On our Law and Its Study* (1930), New Orleans (LA), 2012, 75.

⁶⁵ K. LLEWELLYN, *On the Good, the True, the Beautiful, in Law*, in *University of Chicago Law Review*, 9, 1942, 250.

⁶⁶ O.W. HOLMES, *La via del diritto*, cit., 69.

⁶⁷ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., 105.

delle sue continue trasformazioni, oggi date per scontate, ma un tempo provocatorie, quanto necessarie, per chi, come Llewellyn, non esita ad ammettere uno “zelo talvolta eccessivo”, tipico dei predicatori nel deserto⁶⁸.

La complessità del diritto è poi ulteriormente evidenziata da Jerome Frank nel cosiddetto “scetticismo dei fatti” i quali, non meno delle norme, dipendono totalmente dalle sorti del processo. Essi “non esistono da qualche parte”, in attesa di essere scoperti, ma si “costruiscono” nel processo e sono altamente sensibili alla qualificazione soggettiva del giudice influenzata da una “costellazione di stimoli” che li manipola senza potersi perciò più parlare di una “scienza del diritto”, ma tutt’al più di “un’arte”⁶⁹.

Essi interpretano la narrazione dei fatti non soltanto in base alle parole impiegate, alle evidenze probatorie reperite, ma anche in base alla gestualità, alle espressioni facciali, al tono della voce di quanti intervengono nel processo, la cui regia di sintesi (di una performance a più attori) è rimessa totalmente al suo giudizio creativo⁷⁰. Ciò permette di parlare di un carattere “improvvisativo” implicito nel processo. I giudici nel rispondere agli stimoli dei fatti, alle sensazioni che procurano, li elaborano “inferenzialmente” nel senso di associarvi dei significati in base a esperienze professionali e personali pregresse. Queste associazioni di significato non sono immediate, ma si corroborano nel corso di tutta la vicenda processuale, per cui essi giungono a convincersi di qualcosa provando a fare chiarezza di quell’intuizione. Lavoreranno nella parte motiva della sentenza a dare un senso normativo e fattuale di ciò che nel corso del processo si intuisce come soluzione del caso. Perciò il giudice “sa” molto di più di ciò che crede di sapere chiaramente e distintamente e decide convincendosi di qualcosa che ha percepito inizialmente in forma latente, esplicitandola poi successivamente. Se non trova sufficienti elementi, ricomincia da capo a formulare un’ipotesi plausibile dei fatti avvenuti, che sono, dal punto di vista giuridico, pura creazione giudiziale (sintesi di tutto ciò che accade nel processo) e ac-

⁶⁸ K.N. LLEWELLYN, *A proposito del realismo. In risposta a Pound* (1894), cit., 197. In questo saggio Llewellyn presenta i nove punti della critica realista.

⁶⁹ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit., 204.

⁷⁰ J. FRANK, *Dirlo con la musica*, cit., 331.

quistano contorni conoscitivi proprio grazie alla sua narrazione, alla sua personale immaginazione degli eventi. La sentenza non potrà, perciò, mai avere carattere “meccanico” o “esecutivo”, poiché i giudici come i musicisti «sono, sino ad un certo grado, artisti dotati di creatività»⁷¹.

4. Considerazioni di sintesi

Il jazz è la musica di chi la esegue. La sua dimensione artistica non si coglie nell’«essere riprodotta», ma nella «creazione continua». Mentre l’opera della musica classica, una volta creata, vive la sua «vita indipendentemente da tutto fuorché dal suo creatore», tanto da dover essere «interpretata nella maniera più vicina alle intenzioni dell’autore», nel jazz il brano si piega e si presta, ogni volta, alle curvature soggettive degli interpreti, le cui esecuzioni sono “buone versioni” a cui ispirarsi senza vincolo stringente di conformità⁷². Non essendo “opere definitive”, dei brani si può ascoltare una serie interminabile di rifacimenti e modifiche per cui si comprende come l’arrangiatore, più che il compositore o il direttore d’orchestra, sia davvero protagonista in quanto compartecipe della creazione.

Dall’approccio inaugurato nella *jazz age* dalla *jazz jurisprudence* questo profilo creativo, incerto, finanche personale del giudizio è innegabile, se si vuole giungere alla maturità di comprendere “realmente” il diritto⁷³.

Nell’associare l’improvvisazione musicale a quella giuridica non si intende legittimare una giurisprudenza fuori controllo, ma una giurisprudenza consapevole dei suoi reali processi e fattori decisionali. Occultare o minimizzare l’influenza dell’elemento umano nel procedimento giudiziario favorisce l’autoritarismo decisionale, mentre il “governo degli uomini” è un esplicito invito alla responsabilità dell’interprete.

⁷¹ J. FRANK, *Dirlo con la musica*, cit., 327.

⁷² La singola performance musicale non assume lo status esemplare dal punto di vista esecutivo, tanto da apparire “piccola cosa”, eppure è “fatta di uranio” e, perciò, altamente reattiva: E. HOBSBAWM, *op. cit.*, 206, 209.

⁷³ J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), London, 1949.

L'irrequietezza frenetica del jazz, col suo trascorso storico, così gravido di conseguenze emancipatorie, pare potersi percepire anche nel diritto di quegli anni, in quello straordinario settore in cui va in scena la complessità dell'esperienza umana nelle dinamiche dell'integrazione razziale, dell'uguaglianza e della giustizia sociale. Polifonia e poliritmia si percepiscono, così, anche nel diritto, che appare sempre più un'impresa collettiva a cui partecipano agenti istituzionali formali e informali, in cui l'accento e il ritmo ora cadono su interessi a lungo trascurati, in un'istanza di partecipazione all'impresa normativa tesa ad approssimarsi quanto più possibile al sogno della libertà e dell'uguaglianza. Nella luminosità limitata e incerta del "crepuscolo degli idoli", quando "tenera è la notte", la sospensione della certezza è opportunità per altre esperienze, sulla scorta di una mentalità che interpreta l'insicurezza come l'aspetto più invitante ed entusiasmante della vita grazie al suo potenziale creativo.

A tale scopo, smascherato il gioco delle finzioni e delle ripetizioni, si promuove la facoltà di "improvvisazione" come esercizio di fantasia creativa che può ambire a realizzare i suoi "capolavori" in sintonia con il ritmo della vita, anche nel diritto.

ERMENEUTICA, CINEMA, EMOZIONI

UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DA *THE LINCOLN LAWYER* E *SCHEGGE DI PAURA*

Giacomo Cipriani

1. Una premessa necessaria

Il presente articolo rappresenta una rielaborazione ed estensione dell'intervento proposto dallo Scrivente al Congresso della Società Italiana di filosofia del Diritto, svoltosi a Trento, nel settembre del 2024, nel panel *Law and Humanities*, diretto dalla Professoressa Maria Paola Mittica e dal Professor Paolo Heritier.

Sulla base degli stimoli pervenuti da quest'ultimo, ho deciso di rielaborare questo intervento, andando "oltre" rispetto ai contenuti della proposta originaria, ovvero una riflessione su alcuni temi teorico-giuridici a partire da un'analisi di due film: *The Lincoln Lawyer* e *Schegge di Paura*. Ciò che si è provato ad "aggiungere" nel presente lavoro è una vera e propria cornice teorica all'interno della quale collocare il materiale cinematografico proposto. Tale cornice verrà tratteggiata, nelle pagine che seguono, utilizzando le considerazioni svolte da Francesco Viola e, per lo più, contenute in un Saggio del 2015, che spiegano efficacemente, rispetto alle finalità teoriche di questo articolo, la concezione ermeneutica del fenomeno giuridico. Non mi cimenterò naturalmente nel tentativo di dimostrare come mai l'approccio ermeneutico sia preferibile per la comprensione della dimensione giuridica: ciò richiede sicuramente una trattazione ben più sistematica di quella che la forma dell'articolo consente. Quello che intendo fare, invece, è discutere del ruolo che ha il cinema¹, in quanto parte delle *humanities* (ovvero quelle discipline che analizzano e interpretano l'esperienza umana attraverso

¹ Il discorso vale ovviamente per le *humanities* latamente intese.

lo studio di testi, opere d'arte, lingue, pensiero e religioni), nel dibattito giuridico a partire da una *certa* visione del rapporto che intercorre tra la sfera emotiva, i valori e l'ermeneutica giuridica. Si proverà, quindi, da una parte, a ripensare il ruolo delle emozioni nell'ermeneutica giuridica, intendendo, con quest'ultimo termine, sia una certa metodologia utilizzata dai giuristi (c.d. metodo ermeneutico) sia una vera e propria concezione del diritto (c.d. concezione ermeneutica del diritto)². Dall'altra parte, si cercherà di mettere in risalto il ruolo del cinema per lo sviluppo di emozioni giuridiche (nel senso di emozioni *del giurista*)³ intendendo, quindi, il cinema come strumento mediante il quale stimolare un lavoro performativo e generativo di emozioni. A sostegno di questo possibile itinerario teorico, si proporranno due opere cinematografiche: *The Lincoln Lawyer* e *Schegge di Paura*.

In sintesi, il ricorso al cinema si presta, oltre che come supporto per i giuristi al fine di sviluppare e, successivamente, problematizzare *l'auto-consapevolezza emozionale*⁴, anche per "toccare con mano" la concezione ermeneutica del diritto⁵.

² Proprio quest'ultima distinzione svolge da sempre la funzione di relegare le emozioni alla pratica. Al contrario, invece, se si accetta la venuta meno di tale bipartizione si deve concludere che la dimensione emozionale non attiene solo alla mera prassi bensì alla stessa definizione di diritto. Difatti, sempre adottando la prospettiva ermeneutica, non sembra proponibile una distinzione concettuale tra definizione del diritto, intesa come attività meramente descrittiva, e metodologia giuridica, intesa, invece, come analisi critica dei metodi utilizzati dai giuristi nel loro lavoro quotidiano. Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza sociale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, n. IV, 1/2015, 62, secondo il quale: «La teoria ermeneutica del diritto intende restare all'interno della pratica giuridica e a stretto contatto con la scienza giuridica per aiutarla nell'opera incessante di cucitura e ricucitura, di mediazione e di esercizio della ragionevolezza»; F. CARNELUTTI, *Arte del Diritto*, a cura di D. Cananzi, Torino, 2017, che scrive: «il teorico perfetto sarebbe colui la cui teoria fosse vivificata dalla piena e completa conoscenza di tutta la pratica attività giuridica: tutti i rapporti morali, religiosi, politici, economici della vita reale dovrebbero essere presenti al suo sguardo».

³ Per una specificazione si veda A. CAMPO, *La letteratura (e le humanities) come luoghi di emozioni giuridiche. Prospettive didattiche a partire dallo «spazio»*. Summer School in Law and Humanities di Cannes 2023, in *ISLL Papers*, vol. 17/2024.

⁴ *Ivi*, 14.

⁵ Circa l'importanza di *problematizzare* gli orizzonti emotivi del giurista si riportano le parole di A. CAMPO, *op. cit.*, 12: «Si tratta, entro questo accostamento, di studiare

2. Valori ed emozioni nella concezione ermeneutica del diritto

Cosa c'entra il teorico del diritto con le emozioni? A primo impatto sembra nulla. Difatti, classicamente, si relegano le emozioni alla dimensione della pratica giuridica. In tal senso, è pacifico che i giuristi, nel loro lavoro argomentativo, siano guidati (anche) da una componente emotiva. Al netto degli studi sociologici circa il rapporto tra emozioni e diritto⁶, anche alcuni filoni giusfilosofici ne hanno voluto esaltare il ruolo: si pensi, come esempio, alla *Digestive Jurisprudence* frankiana⁷. Quest'ultima concezione tende, però, ad assumere la componente emotiva come dimensione irrazionale che innerva il ragionamento giuridico (e, di conseguenza, il diritto) al fine di criticare gli assunti kelseniani e, più in generale, il formalismo concettuale ottocentesco. Ben diverso da ciò è, invece, tentare di attribuire alle emozioni una propria dignità nel discorso giuridico e farne un "elemento" utile a definire il diritto.

Per cogliere questo nesso, come già anticipato, sembra necessario partire dall'analisi del binomio ermeneutica ed emozioni. Ovviamente, onde evitare che tale passaggio concettuale determini l'accoglimento di conclusioni scettico-emotivistiche⁸, cosa che equivarrebbe a negare le premesse ermeneutiche di partenza, si deve passare per il tramite dei "valori", intesi, rawlsianamente, come dottrine comprensive volte a spiegare (o, forse più correttamente, a *dare un senso* a) determinati ambiti della vita umana⁹.

come il giurista e non solo lui sente tutta una serie di questioni giuridiche e di riflettere sul come l'esperirle in un certo modo e non in un altro risulti performativo delle questioni giuridiche medesime». Sempre Campo fa notare come le *humanities* (entro cui si colloca il cinema) siano uno strumento per inventare pedagogie mediante le quali sviluppare il c.d. *sentimento giuridico*.

⁶ Per una ricognizione, si veda S.A. BANDES, J.A. BLUMENTHAL, *Emotion and the Law*, in *The Annual Review of Law and Social Science*, n. 8/2012, 161-181.

⁷ G. TUZET, *Digestive jurisprudence restated: on breakfast and digestion as bias-arousers*, in *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, n. 71/2023, 417-439.

⁸ Il rischio, infatti, è quello di concepire le emozioni nel senso di mere spinte psichiche e, quindi, non conoscibili e non spiegabili a partire da una prospettiva teorico-giuridica.

⁹ J. RAWLS, *Liberalismo politico*, trad. it. a cura di S. Veca, Milano, 1994, 186.

Che l'ermeneutica abbia a che fare coi valori è cosa certamente lapalissiana e che non necessita di essere argomentata. Si pensi alla prospettiva di Viola: quest'ultimo, nel già citato Saggio¹⁰, propone una concezione deliberativa del diritto secondo la quale, riecheggiando Aristotele¹¹, la comprensione della scienza giuridica avviene solo tenendo conto degli stessi scopi e risultati che animano e motivano i processi argomentativi dei giuristi. Dire ciò equivale a dire che la filosofia del diritto, come anche la teoria del diritto nonché, come affermato poc'anzi, la stessa scienza giuridica – d'altronde Viola nega la possibilità che, da un punto di vista puramente concettuale, possa distinguersi tra questi livelli – siano una *conoscenza partecipata* e che, in quanto tale, abbiano come oggetto lo “studio” della *scelta* operata dagli agenti che partecipano a tale pratica¹². A questo punto Viola introduce il concetto di *giudizio di valore* come momento principe della scienza e pratica del diritto¹³ poiché è sulla base di questa tipologia di giudizi che il giurista compie le sue scelte¹⁴. Quello che ne risulta è che per Viola l'aspetto deliberativo non è appannaggio esclusivo dell'attività del giudice ma attiene al giurista *lato sensu*.

A partire da ciò, facendo un passo indietro, si coglie il perché, nel medesimo saggio, egli si interroghi sul senso della didattica giuridica: difatti se anche il giurista accademico¹⁵ sceglie – e se è vero che lo fa sulla base di valutazioni orientate dai valori – necessariamente dovrà essere educato a ciò. Ciò spiegherebbe come mai spesso gli studenti universitari non si rendano conto del senso dello studio della dogmatica

¹⁰ F. VIOLA, *Il diritto come arte*, cit.

¹¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1112b3-12.

¹² Ovviamente il concetto di studio non va inteso nel senso di metateoria, ma – appunto – come una forma di conoscenza che sta *dentro* le cose e non sopra. Cfr. F. VIOLA, *Il diritto come arte*, cit., 62.

¹³ *Ivi*, 70.

¹⁴ Ne parla, in ambito analitico, Riccardo Guastini, nei termini di interpretazione decisoria, cfr. R. GUASTINI, *Filosofia del diritto positivo*, cit., 312. Certamente, il ruolo della scelta assume rilevanza diversa in quest'ambito filosofico.

¹⁵ Necessariamente, il giurista accademico si considera l'archetipo del giurista che utilizza lo stile *teorico-dottrinale*. In tal senso si veda, M. JORI, A. PINTORE, *Manuale di teoria generale del diritto*, Torino, 1988, 113.

che, riferisce Viola citando Zitelmann, viene percepita come *senza vitalità e arida*¹⁶.

Cosa significa, quindi, educare ai valori? Come detto, l'intento di queste pagine è proprio quello di immaginare (tramite il cinema) la possibilità di lavorare sulla componente emotiva insita nei valori. Venendo a tale punto, ci si deve interrogare sul rapporto che intercorre tra valori ed emozioni¹⁷. Proprio a questo proposito, bisogna notare il fatto che, da sempre, la teoria giuridica dei valori, considera questi come mero prodotto storico-culturale¹⁸, ponendo la luce sul carattere "sociale" e,

¹⁶ E. ZITELMANN, *Die Vorbildung der Juristen*, Leipzig, 1909, 14. Inoltre, per una panoramica (critica) dello stato di salute dell'insegnamento giuridico universitario si rimanda (e anche per ulteriore bibliografia) a P. MORO, *Per una filosofia forense. La formazione critica del giurista*, in *TCRS*, vol. 1, n. 12 (2016), dove l'autore, a p. 61, afferma: «È difficile smentire che la didattica giuridica nelle accademie italiane abbia subito l'influsso della dogmatica giuridica, altrimenti definita giurisprudenza dei concetti (*Begriffsjurisprudenz*), non solo per l'orientamento sistematico dell'interpretazione dottrinale, ma anche nell'impostazione didattica. In particolare, soprattutto per la diffusa egemonia culturale della Pandettistica nella ricerca scientifica e nel metodo didattico, la formazione giuridica si è apoditticamente ridotta alla lezione cattedratica, accentrata sull'esposizione frontale dei concetti scientifici e istituzionali, trasfusi in appositi manuali didascalici e sistematici. In base a un protocollo metodologico razionalista, mai realmente criticato nelle accademie dei giuristi a causa del prevalere del giuspositivismo formalistico nel XX secolo, si è insistito sul nozionismo, comunque utile per l'apprendimento, ma si è ingenuamente trascurata la problematicità del diritto, eludendo l'indispensabile addestramento alla discussione e alla risoluzione dei casi concreti».

¹⁷ Difatti, la concezione ermeneutica del diritto da sempre si è interrogata sul ruolo dei valori all'interno del diritto ma da poco ha iniziato a chiedersi di cosa si costituiscono tali valori: si tratta di un'indagine epistemico-cognitiva sui formanti che prima venivano considerati come una sorta di *black box*. Cfr. G. BOMBELLI, *Diritto comportamenti e forme di credenza*, Torino, 2017 e R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Bologna, 2015.

¹⁸ Paradigmatica la concezione dei valori di Falzea, definita dallo stesso come *assiologismo realistico* e in altre sedi *positivismo assiologico* (si veda M. ORLANDI, *Falzea o del positivismo assiologico*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 4/LXIII, 1042-1061), nella quale il valore viene inteso come l'esigenza che un *quid* accada dove la prassi determina non solo l'esigenza dall'accadimento, ovvero attribuisce lo *status* deontico di valore, ma anche il contenuto del valore stesso. Difatti, secondo il celebre teorico messinese, sarebbe la realtà sociale a elevare un *interesse* a *valore*. Cfr. A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, 2008, con particolare attenzione al saggio, ivi contenuto, *Teoria dell'efficacia giuridica*; ID., *Il civilista e le sfide*

appunto, “storico” dei valori¹⁹, piuttosto che sul tentativo di indagare i profili filosofico-antropologici che portano un soggetto (e in prospettiva sistemica “una certa società”) ad aderire a un certo valore piuttosto che a un altro. In altre parole, si tratta di concepire la scienza giuridica come *attività di ricerca di valori*²⁰ (già formati) piuttosto che come attività formativa, nel senso di *volta a formare* gli stessi valori.

L'impressione è che anche in molti di quegli autori che si sono affiancati alla concezione ermeneutica del diritto residuasse l'idea che, in fondo, l'unico punto di contatto tra il giurista e il mondo dei valori è quello della rivelazione storica di questi²¹. In tale direzione, proprio perché la dottrina giuridica del valore tende a concentrarsi solo sui valori già sorti e già affermatasi, si perde di vista il momento genetico del valore²² e tale atteggiamento, infine, riduce la teoria assiologica a una sociologia dei valori, considerando il giurista come un soggetto esclusi-

d'inizio millennio (Ricerca giuridica ed etica dei valori), in V. SCALISI (a cura di), *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia, Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002*, Milano, 2004, 3 ss. Si veda anche in una prospettiva simile R. DE STEFANO, *Assiologia. Schema di una teoria generale dei valori e del valore*, Reggio Calabria, 1982.

¹⁹ N. LIPARI, *Diritto e valori sociali. Legalità condivisa e dignità della persona*, Roma, 2004; M. COSSUTTA, *L'interpretazione giuridica tra le fonti del diritto ed il problema della giustizia*, in *TIGOR*, A.VII (2015) n. 2; G. CIPRIANI, *Ragionando di ordinamento. Su alcuni aspetti della buona fede*, in *Jusonline*, n. 3/2024.

²⁰ Si veda come paradigmatica l'impostazione di L. MENGONI in *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in C. CASTRONOVO, A. ALBANESE, A. NICOLUSSI (a cura di), *Scritti I. Metodo e teoria giuridica*, Milano, 1995, 153, secondo cui: «La scienza giuridica viene definita come “ricerca di valori”, cioè analisi dei punti di vista di politica del diritto sottostanti al diritto positivo, e degli interessi che, alla stregua di questi punti di vista, sono stati qualificati dal legislatore prevalenti o subordinati. La decisione del caso concreto deve allora essere trovata dal giudice mediante una valutazione degli interessi in gioco conforme ai giudizi di valore contenuti nella legge, oppure sviluppando in modo autonomo tali giudizi allorché quella valutazione riveli una lacuna nella legge».

²¹ Nuovamente, in tal senso, A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 302 ss., L. MENGONI, *Scritti*, cit., 174, dove si parla di *conoscenza analogica dei valori*.

²² Del rapporto che intercorre tra valori ed emozioni se ne rende conto, in ambito giusfilosofico, F. VIOLA, *Diritto come pratica sociale*, Milano, 1990, 97, dove afferma: «La separazione (del diritto, n.d.r.) non riguarda lo specifico della morale, ma la categoria generale del valore, che abbraccia anche la politica, le ideologie collettive, le istanze soggettive, gli interessi individuali, le emozioni e così via».

vamente capace di cogliere *i giudizi di valori diffusi nel corpo sociale, siano o no condivisi e condivisibili dal giurista*²³.

Proprio questa considerazione credo che abbia avuto delle forti ripercussioni anche sulla didattica del diritto impedendo, eccetto pochi esempi virtuosi, che nelle Facoltà di Giurisprudenza si investisse in tale attività formativa ovvero, aiutare il giurista a sviluppare una propria concezione dei valori e finendo con l'instillare l'idea che i valori siano entità già date, come se pioversero dall'alto, e che al giurista non rimanga che rilevarli empiricamente²⁴.

A questo punto preme spendere qualche parola a proposito di un tema che viene talvolta sottaciuto nel dibattito teorico-giuridico a riguardo dei valori, ovvero la *dimensione antepredicativa del giudizio cognitivo*²⁵ sui valori, che è prettamente emotiva. Non occuparsi di questo tema porta con sé il rischio di sviluppare una concezione dei valori schiacciata sul formalismo²⁶ che, nella sua variante assiologica, tende a coincidere con l'oggettivismo etico²⁷ e che considera i valori come predicati deontici rilevabili esclusivamente nelle loro manifestazioni storico-sociali. Proprio questo modo di concepire i valori sembra aver perso la sua forza esplicativa anche alla luce di una complessità sociale (apparentemente) irriducibile.

Coerentemente con quanto appena detto, si può rimandare alla teoresi di Husserl relativa al doppio volto del valore: il primo, quello del suo manifestarsi nella sfera emotiva e il secondo, correlativo, del suo concretizzarsi tramite la scelta razionale della volontà agente, che lo riconosce come tale e se ne appropria come suo motivo fondamentale.

²³ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 195.

²⁴ Sempre A. FALZEA, *Introduzione*, cit., 297-298.

²⁵ V. VENIER, *Il governo delle emozioni. Husserl e la vocazione personale*, in *Dialegethai. Rivista telematica di filosofia*, n. 16 /2014, 2.

²⁶ Difatti, il dibattito giuridico sui valori è in gran parte influenzato dal formalismo kantiano. Si veda, per esempio, G. RENZI, *Formalismo e amoralismo giuridico*, a cura di M. Milli, Soveria Mannelli, 2024. Per un confronto, si veda M.T. CATERINA, A. DONISE, *Sentire e pensare. Tra Kant e Husserl*, Milano, 2013.

²⁷ Cfr. G. ZACCARIA, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, in *Persona y derecho*, n. 61/2009, 111.

Quindi, il valore rappresenta, per Husserl, l'approfondimento in forma predicativa dell'esperienza cognitiva che l'uomo fa dell'emozione²⁸.

Certamente, il valore viene compreso definitivamente mediante *la sua razionalizzazione* – idea, quest'ultima ripresa anche nella teoria giuridica dei valori dove la razionalizzazione è data dal raffronto e con il pensiero dogmatico²⁹ – ma ciò non toglie che il fondamento rimane comunque legato a un atto emozionale. Si tratta di un *fil rouge* che, con le dovute differenze, collega la riflessione di Husserl a quella di Scheler³⁰ secondo cui il mondo dei valori si radica nel vissuto personale e, proprio in tale radicamento, risiede il “nucleo che sta dietro ogni agire personale”³¹. Questo spiegherebbe l'adesione del soggetto, tra i vari possibili, a un valore piuttosto che a un altro. D'altronde, proprio rispetto a questo tema, è chiaro che “i valori si danno anzitutto nel sentire”³² e che “uno spirito limitato alla percezione e al pensiero sarebbe al tempo stesso assolutamente cieco rispetto ai valori, anche se fosse capace di ‘percezione interna’, cioè di percepire la realtà psichica”³³.

²⁸ E. HUSSERL, *Filosofia Prima*, trad. it. di V. Costa, Soveria Mannelli, 2007, 29 e ss., dove si afferma: «Tutti questi predicati, dunque, hanno un'origine antepredicativa e, prima dell'esperienza che li afferra, sono già dati emotivamente. Così come altri predicati, quelli relativi al buono o al cattivo, all'utile [...] e al dannoso, hanno la loro fonte nella volontà legata alla sfera emotiva che pone il valore».

²⁹ TH. VIEHWEG, *Topica e giurisprudenza*, Milano, 1962 e C.W. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz. Entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, Berlin, 1969.

³⁰ M. SCHELER, *Gesammelte Werke*, Band X: *Schriften aus dem Nachlass*, Band I: *Zur Ethik und Erkenntnislehre*, Bonn, 1986, 347.

³¹ V. VENIER, *Il governo*, cit., 1.

³² M. SCHELER, *Il formalismo nell'etica e l'etica materiale dei valori*, trad. it. di R. Guccinelli, Milano, 2013 (1913), 93.

³³ M. SCHELER, *Il formalismo*, cit., 155. Cfr. anche E. HUSSERL, *Filosofia prima*, cit., 30: «Tutte le scienze della cultura, nel senso specifico delle scienze delle formazioni culturali [a cui appartiene anche il diritto secondo la concezione ermeneutica, al netto delle possibili declinazioni n.d.a.], al posto della mera natura con i loro rispettivi predicati, hanno, nel loro ambito tematico, proprio i predicati che scaturiscono dalla sfera emotiva, quelli che rimandano al soggetto che dà forma ponendo valori e volendo». Quanto si dice sembra confermato dagli studi giuridici del figlio, Gerhart Husserl. Si veda L. DI SANTO, *Gerhart Husserl in America. Riflessioni on Justice*, in *Diritti Fondamentali*, del 22 dicembre 2015 (reperibile *online*), dove si afferma, a p. 5: «Gerhart

Per Husserl, è impossibile essere *coscienti* di un valore senza emozionarsi e perciò senza che vi sia un'emozione valutante (*Wertwahrnehmung*) mediante cui il valore è reso intenzionale³⁴. L'emozione svolge infatti il ruolo di assegnare a un certo dato lo *status* di valore; ciò che va notato è che l'essere valutante dell'emozione non determina la perdita di distinzione tra ciò che è *emozionante* e ciò che è *valevole* e non dissolve questa concezione dei valori nell'empirismo etico.

D'altronde, avverte il filosofo, ben può succedere che a un'emozione negativa si associ un valore considerato positivo, come può anche succedere che a un valore a cui corrisponde un certo peso sia correlata un'emozione meno intensa³⁵.

Husserl insiste, sul versante fenomenologico, quando afferma che per raggiungere l'uguaglianza tra due persone è necessario ridurre le due individualità alla loro essenza comune. Riduzione che richiede un particolare procedimento mentale. Per la sua comprensione, scrive sempre Husserl, si deve concepire un confronto tra i soggetti dove, prima che nasca il desiderio di agire nel giusto, si deve tener conto della propria interiorità che richiama il 'me stesso' all'obbedienza ai principi. Ciò non coinvolge il punto di vista dell'altro. È l'alterità che deve essere superata. Il soggetto agente entra in una sfera dove l'alterità non ha ragion d'essere in quanto essa si incontra solo nel procedimento di riduzione dove i due soggetti sono 'nucleizzati' alla loro essenza. Ciò significa che comprendendo il proprio essere essenziale è possibile trascendere la sfera egocentrica del 'mio' e del 'non mio', dove il 'non mio' si presenta con il carattere dell'alterità».

³⁴ E. HUSSERL, *Idee per una fenomenologia pura e per una filosofia fenomenologica*, vol. I, Libro I, trad. it. di V. Costa, Torino, 2002, 294-295, dove l'autore afferma che: «Tutti gli atti in generale – anche quelli di sentimento e di volontà – sono oggettivanti, costituiscono originariamente degli oggetti e sono sorgenti necessarie di diverse regioni dell'essere e quindi anche delle relative ontologie. Per esempio: la coscienza valutante costituisce l'oggettualità assiologica, che è di nuova specie rispetto al mero mondo delle cose, è un esistente di una regione nuova, appunto nella misura in cui l'essenza della coscienza valutante in generale predelinea come possibilità ideali delle dosche attuali che portano alla luce oggettualità di nuovo contenuto – i valori – in quanto oggettualità prese di mira all'interno della coscienza valutante. Negli atti di sentimento questi valori sono presi di mira sentimentalmente e grazie all'attualizzazione del contenuto dossico di questi atti giungono a essere intenzionati dossicamente e in seguito vengono espressi in forma logica».

³⁵ Si veda V. VENIER, *La norma fondamentale. Husserl e la fenomenologia dei valori*, in *Thaumazein*, n. 2/2014. Circa il problema dell'oggettività dei valori in Husserl, si rimanda al concetto di atti intenzionali: mediante questa categoria, l'autore ricollega all'atto emozionale anche l'*Intentio* (ovvero *la presa di posizione*) su cui questo verte.

3. Il cinema come palestra di emozioni

In che senso, quindi, il cinema può contribuire alla problematizzazione dei propri orizzonti emotivi e, di conseguenza, alla formazione di valori giuridici?

Come anticipato, l'ermeneutica (giuridica), se intesa nel suo significato originale, altro non è che l'*arte dell'interpretare*³⁶ e, in quanto tale, si colloca necessariamente all'interno dei processi interpretativi di cui si occupa³⁷ e lo fa senza la pretesa, tipica delle scienze moderne, di guardare da fuori il proprio oggetto. In questo senso, l'*immersione* che l'ermeneutica giuridica richiede allo studioso per essere compresa si allinea perfettamente con l'*immersione* dello spettatore che la modalità cinematografica provoca, proprio perché, esattamente come la realtà fenomenica, essa è costituita da suono e immagine in movimento³⁸.

Considerando la relazione con l'oggetto come interna all'emozione, l'autore mette al riparo la propria teoria da eventuali derive scettiche. Cfr. E. HUSSERL, *Einleitung in die Ethik. Vorlesungen Sommersemester 1920/1924*, in H. PEUCKER (a cura di), *HUA XXXVII*, Dordrecht, 2004, cap. 14-17; ID., *Logische Untersuchungen (LU)*. Zweiter Band: *Untersuchungen zur Phänomenologie und Theorie der Erkenntnis*, II/1, Tübingen, 1922, 387 ss., trad. it. di G. Piana, in ID., *Ricerche logiche*, Milano, 1968, vol. II, 279, dove l'autore afferma: «certo, noi diciamo che l'oggetto suscita il nostro compiacimento, [...] ma l'eventuale risultato di questa causazione apparente, quindi il compiacimento [...] ha senz'altro in sé il riferimento intenzionale. Non si tratta di un rapporto causale estrinseco, come se l'effetto fosse pensabile in ciò che esso è, considerato in sé stesso, anche senza la causa». Similmente, in ambito oxoniense, farà P. Foot per giustificare la propria concezione della semantica valutativa, si pensi all'esempio del *good knife*. Cfr. P. FOOT, *Goodness and Choice*, in *Aristotelian Society Supplementary*, vol. 35, n. 1 (1961).

³⁶ F. VIOLA, *ult. op. cit.*, 58.

³⁷ *Ivi*, 58.

³⁸ P. MALAVASI, S. POLENGHI, P.C. RIVOLTELLA (a cura di), *Cinema, pratiche formative, educazione*, Milano, 2005, 10-11. Non a caso, la didattica immersiva è oggi anche al centro di alcuni laboratori giuridici, si veda sul punto A. CAMPO, *op. cit.*, 21 e *passim*. Per uno studio circa la didattica immersiva si veda C. SORCE, *Esperienze, strumenti e ambienti per la didattica immersiva*, in *IUL Research*, 4 (7), 2023, 303-312. Si veda P. SORLIN, *Introduzione a una sociologia del cinema*, trad. it. di C. Tognolotti, Pisa, 2017. Afferma P. HERITIER, *Società post-hitleriane? Materiali didattici di antropologia ed estetica giuridica 2.0*, Torino, 2009, 86: «Eppure il movimento dell'entrare in, simile a quello del turista che in un film onirico (*Heritier si riferisce al film Sogni di*

Rispetto a ciò, è certamente vero che la didattica immersiva rappresenta non solo una modalità didattica quanto, piuttosto, una vera e propria condizione epistemica di apertura e dialogicità con il materiale didattico che, a sua volta, consente di rompere la polarità *contenuto/forma comunicativa, teoria/esperienza*³⁹. In altre parole, l'immersione che il cinema offre ha il vantaggio dell'immediatezza⁴⁰ e ciò, forse, è maggiormente chiaro se si pensa alla valenza didattica del cinema storico che è, ad oggi, il genere cinematografico di maggior successo nelle aule. Proprio a proposito del cinema storico si è affermato che

Il cinema può diventare quindi rappresentazione visuale della storia, una visual history, diversa dalla rappresentazione della storia più tradizionale e narrativo/verbale. Va da sé che occorrono più operazioni di mediazione, analisi, approfondimento⁴¹.

D'altra parte, però, limitare la valenza didattica del cinema al solo genere storico è certamente riduttivo, nonché ideologia frutto del pregiudizio didattico-teorico (che poi ha ritrovato la propria coronazione nel pensiero moderno) secondo cui la dimensione narrativa attiene esclusivamente al piano delle arti letterarie⁴². Al contrario, invece, la

A. Kurosawa) entra in un quadro, non è quello che compiamo quotidianamente, senza neppure renderci conto di quello che stiamo facendo? *Entrare in un quadro* è poi così diverso dall'entrare in università o in tribunale, dall'aprire un codice accettando le premesse teoriche del giuspositivismo, o dall'entrare in un paese e accettarne la cultura?».

³⁹ Si vedano a tal proposito i rilievi di P. HERITIER, *La 'Scienza Nuova' della robotica sociale interculturale. Metodo retorico, diritto 'sintetico' e disabilità-dolore*, in *Calumet*, pubblicato on line il 25.03.2021 e ivi reperibile, 67.

⁴⁰ Con ciò non si intende il cinema come unico o migliore strumento per l'educazione letteraria del giurista ma, esclusivamente sottolinearne l'unicità. Si deve, inoltre, considerare che spesso il cinema svolge il ruolo di *apri porta* ad altre forme letterarie. Cfr. M. CERKVENIK, *Letteratura e cinema: l'utilizzo del film nella didattica della letteratura italiana*, in *Folia linguistica et litteraria*, n. XI (30), 355-373.

⁴¹ Le parole sono di L. LUPPARELLI, *Il cinema come strumento didattico. Riflessioni sulla valenza educativa e pedagogica del cinema a scuola*, in *Zenodo*, reperibile online, 3. Si vedano anche i rilievi critici di G. HAVER, *La didattica della storia attraverso il cinema*, in *Le cartable de Clio. Revue romande et tessinoise sur les didactiques de l'histoire*, n. 7/2007, 89 ss.

⁴² Cfr. F. PUPPO, *Retorica*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, 302 ss., dove viene illustrata l'affermazione, in

narrativa cinematografica grazie al riferimento a mondi (almeno apparentemente) *altri*⁴³ svolge la funzione di *ice breaker* che consente la visualizzazione di *preconoscenze*⁴⁴ che altro non sono se non emozioni su cui è possibile lavorare. Questo approccio, definito semiotico-ermeneutico, prevede l'elaborazione del materiale cinematografico mediante l'analisi del "tema principale" e dei "motivi secondari", l'analisi dell'ambientazione spaziale, temporale e sociale e del sistema dei personaggi⁴⁵. Infine, tale approccio consente a chi lo pratica di *oltrepassare* l'opera cinematografica e la cornice di significati che essa offre, e di collocare quest'ultima nella dimensione *attuale*, nonché di elaborarla a partire da un giudizio critico argomentato, che va oltre la mera bipartizione ("mi piace"/"non mi piace"), e che si fonda, invece, sul confronto critico-dialettico sia con il documento cinematografico sia con gli altri suoi fruitori⁴⁶.

In questo senso, quindi, lungi dall'essere semplicemente funzionale a una didattica "alternativa" o "creativa", il cinema opera una trasformazione interna al diritto stesso, nella misura in cui introduce elementi di esperienza, emozione e immaginazione che plasmano l'atto interpretativo. Mentre la didattica, nel senso di studio metodologico delle pratiche d'insegnamento, tende a perseguire obiettivi formativi predeterminabili e misurabili, l'utilizzo del cinema come strumento performativo

ambito giuridico, del paradigma scienziato e la conseguente delegittimazione delle forme letterarie dallo studio, nonché dalla definizione, del diritto. Con preciso riferimento alla dimensione narrativa si veda, P. HERITIER, *Nessi multiformi tra diritto e narrazione*, in *TIGOR*, A.II (2010) n.1.

⁴³ Si segnalano sul punto i rilievi epistemologici di F. CASA, *L'attualità del classico. Un approccio metafisico (metà tà phisicá) alla realtà e all'esperienza giuridica*, in *TIGOR*, A. XVI (2024) n. 2.

⁴⁴ M. GUSSO, *I film nel laboratorio didattico di storia. un approccio interdisciplinare*, in B. ROSSI (a cura di), *Geografia e storia nel cinema contemporaneo. Percorsi curriculari di area storico-geografico-sociale nella scuola*, Milano, 2006, 26-62.

⁴⁵ H. GROSSER, *Narrativa. Manuale/Antologia*, Milano, 1985 e B. TOMAŠEVSKIJ, *La costruzione dell'intreccio*, in T. TODOROV (a cura di), *I formalisti russi. Teoria della letteratura e metodo critico*, Torino, 1968.

⁴⁶ R. LUPERINI, *Insegnare la letteratura oggi. Quinta edizione ampliata*, San Cesario di Lecce, 2013; F. BERTONI, *Letteratura. Teorie, metodi, strumenti*, Roma, 2018; P.E. BALBONI, F. CAON, *La comunicazione interculturale*, Venezia, 2015.

sulle emozioni, alla luce della sua capacità di attivare risonanze affettive e di mobilitare orizzonti esistenziali⁴⁷, costituisce un vero e proprio *dispositivo di senso* attraverso cui il diritto si articola come esperienza umana.

Ne consegue che, come diremo più avanti e con riferimento alla categoria delle *humanities*, *il cinema può essere capace di generare diritto*⁴⁸, nella misura in cui fonda nuove possibilità di senso sulla cui base è possibile articolare risposte normative a partire da forme di conoscenza e partecipazione che la razionalità tecnico-giuridica, isolata, non sarebbe in grado di produrre⁴⁹.

4. *L'avvocato Haller, l'avvocato Vail e la condizione "tragica" del giurista: io non compio il bene che voglio, ma faccio il male che non voglio*

Tenendo a mente quanto si è detto nelle pagine precedenti, si vuole ora proporre una riflessione a partire da due film, definibili sicuramente "hollywoodiani", oltre che per il cast che li compone anche per la loro struttura⁵⁰, al fine di provare a fornire un esempio di come il cinema possa aiutare a sviluppare emozioni giuridiche. Difatti, i due film di seguito proposti rappresentano una metafora della condizione del giurista e del problema della *scelta* a cui, coerentemente con gli assunti dell'ermeneutica, il giurista non può sottrarsi. Questo tema – quello della *scelta*, appunto – va infatti (anche) compreso nella dimensione tragica che può inevitabilmente comportare. Tale esercizio serve, infatti, per

⁴⁷ Per quanto concerne anche gli aspetti cognitivi, si veda V. GALLESE, M. GUERRA, *Lo schermo empatico. Cinema e neuroscienze*, Milano, 2015.

⁴⁸ Ovviamente, come si dirà anche nella parte finale del saggio, tale forza *nomopoietica* non è esclusiva del cinema ma attiene alle *humanities*.

⁴⁹ D'altronde, il ragionamento dogmatico, che è espressione più alta della logica giuridica, è capace di offrire soluzioni che, però, non vanno oltre rispetto alle premesse di partenza e che, pertanto, si caratterizzano per la staticità. Cfr. L. MENGONI, *Scritti*, cit., 149. Quanto detto può essere letto in una prospettiva propriamente antropologica, si veda a tal proposito P. LEGENDRE, *Della società come testo. Lineamenti di un'antropologia dogmatica*, Torino, 2005.

⁵⁰ F. LA POLLA, *Introduzione al cinema di Hollywood*, Milano, 2012.

comprendere la concezione ermeneutica del diritto, la quale, lungi dal poter fornire la c.d. *one right answer*, rappresenta piuttosto, un tentativo, sicuramente fallibile, di dare un senso che sia *umano* all'esperienza giuridica.

Come ben nota Viola, l'ermeneutica, non pretende di ridurre il diritto ai valori che lo permeano negando, quindi, il fatto che i testi giuridici offrono all'interprete una cornice di significati entro i quali muoversi, bensì, al contrario, ciò che intende fare è riconoscere che oltre l'interpretazione, intesa come attività conoscitiva dei testi, esiste anche la comprensione, intesa come quel momento, propriamente teorico, in cui si dà un senso alla "cosa-diritto"⁵¹. Se si riprende quanto detto in apertura a proposito del fatto che l'ermeneutica "elimina" la separazione tra pratica giuridica e teoria del diritto, si coglie come tale comprensione non sia un'operazione neutra, bensì una forma di partecipazione al senso che si sta cercando, sia che la si intenda come metodo (*à la* Betti) sia che la s'intenda come atteggiamento ontologico-filosofico (*à la* Gadamer)⁵². Ciò che rileva è che se l'ermeneutica giuridica intende comprendere il diritto, nel senso di farlo oggetto di "una elaborazione costruttiva, che è insieme assimilazione congeniale e valutazione critica"⁵³ allora, volgendo questa idea sul versante che (seppur impropriamente) potrebbe definirsi metateorico, bisognerà ammettere che anche l'ermeneutica giuridica è oggetto dello stesso tipo di comprensione poiché, se così non fosse, ovvero se fosse possibile adottare un atteggiamento meramente descrittivo e poter descrivere *ciò che è* l'ermeneutica

⁵¹ Cfr. F. VIOLA, *Diritto ed ermeneutica: itinerari recenti*, in *Hermeneutica*, 2004, 194. La bipartizione tra *interpretazione* e *comprensione*, può essere meglio compresa tenendo presente l'ulteriore bipartizione *diritto soggettivo* e *diritto oggettivo*. Ovviamente, la distinzione tra interpretazione dei testi giuridici e comprensione della cosa-diritto non va intesa nel senso di concepire queste come due attività separate ed estranee: al contrario, l'interpretazione dei testi giuridici postula e, allo stesso tempo, contribuisce alla comprensione della cosa-diritto.

⁵² Per un raffronto si veda L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, VII (1978), 125-142; ora anche in ID., *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 157-176.

⁵³ Cfr. E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica giuridica*, in *Archivio giuridico F. Serafini*, vol. XCIX, 1928, ora in ID., *Questioni di metodo*, Como, 1997, 29 (da cui è tratta la citazione).

giuridica, allora non sarebbe più “ermeneutica” ma un’attività descrittiva della pratica ermeneutico-giuridica e, quindi, niente di diverso da ciò che già fa l’*analytical jurisprudence*⁵⁴: descrivere empiricamente ciò che i giuristi (e i filosofi del diritto) fanno e le argomentazioni che invocano, separando il piano teorico da quello pratico. Alla luce di ciò, il pericolo è che il limite epistemologico che l’approccio descrittivo comporta non consenta di raggiungere il livello di comprensione che l’ermeneutica pretende, ingessandola e facendole perdere il carattere dell’autoriflessività e, quindi, la capacità di mettere costantemente in dubbio i propri assunti e i propri procedimenti. Si può, quindi, proporre un’idea di “comprensione ermeneutica” che tenga conto delle strutture emozionali che legano l’osservatore e l’osservato all’interno di una relazione empatica: si tratta di un concetto di empatia da intendersi *à la* Vischer⁵⁵, ovvero come introiezione di un determinato oggetto da parte dello spettatore. Nel nostro caso, quello che si richiede allo spettatore (che potremmo considerare come colui che intende affacciarsi alla concezione ermeneutica del diritto) è di sentire dentro di sé la condizione del giurista⁵⁶ che, come si dirà, è una condizione *tragica*.

Ovviamente, ciò che si vuole affermare non è tanto che l’empatia consenta di ottenere una comprensione *tout court* del diritto ma, piuttosto, il fatto che a partire dall’empatia è possibile *percepire* il diritto (e, soprattutto, l’essere-giurista) come un artefatto *non del tutto alieno* rispetto all’osservatore e, a partire da questa vicinanza, che potremmo definire quasi “corporale” tra osservatore-osservato, è possibile comprendere il diritto. Si tratta, infatti, di un primo livello “minimo” di conoscenza della cosa-diritto. Proprio alla luce di ciò, e come meglio si dirà nel finale di questo breve saggio, la categoria del “comprendere” richiede al teorico di mettersi nei panni del giurista e di entrare in con-

⁵⁴ F. VIOLA, *Problemi di teoria del diritto*, cit.

⁵⁵ R. VISCHER, *Über das optische Formgefühl: Ein Beitrag zur Ästhetik*, Leipzig, 1873.

⁵⁶ Notoriamente il punto di vista del giurista, in quanto interno alla pratica giuridica, è quello privilegiato dall’ermeneutica giuridica, ciò deriva dal fatto che l’approccio ermeneutico ritenga che il senso del diritto si insinui nelle pieghe della pratica giuridica. Cfr. P. BALDASSARE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2017.

tatto, attraverso un approccio epistemologico di tipo *ecologico*⁵⁷, rispetto alla tragicità insita nella condizione esistenziale di quest'ultimo il quale, come si diceva, è chiamato a scegliere continuamente⁵⁸ e, pertanto, a convivere con la possibilità dell'errore. Più a fondo, si può notare come questa presa di coscienza altro non sia che un esercizio di empatia, nel senso di "atteggiamento di carattere emotivo"⁵⁹ e, quindi, meta-teorico, del giurista nei confronti della finitezza quale particolare condizione dell'umano⁶⁰. In questo senso, l'empatia non riveste il ruolo di

⁵⁷ G. BATESON, *Verso un'ecologia della mente*, Milano, 1977.

⁵⁸ Paradigmaticamente Francesco Carnelutti afferma: «v'è un uomo che non sia parte?», in F. CARNELUTTI, *Torniamo al Giudizio*, in *Rivista di Diritto Processuale*, n. 3, 1949, 173.

⁵⁹ È il senso fatto proprio da E. BETTI in *Diritto romano*, cit., 27 dove si riprendono i postulati dell'*Estetica* di Croce e viene offerta una definizione di *empatia*, la quale svolge la funzione di "reintegrare in noi le condizioni psicologiche onde l'opera nacque, mira, a sua volta, l'interpretazione storica, la quale cerca di ravvivare e di far convergere a un fuoco gli sparsi raggi, in modo che rioperino su di noi come operavano su chi li produsse". V. anche ID., *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, 269 ss. dove riprende la teoresi di Schleiermacher: cfr. F.D.E. SCHLEIERMACHER, *Ermeneutica*, Milano, 1996.

⁶⁰ Sono in tal senso emblematiche le parole di L. LOMBARDI VALLAURI, *Norme vaghe e teoria generale del diritto*, in *Jus*, n. 1/1999, dove, a p. 32, afferma: «A questo punto avrei scelto come pistolotto finale che la lotta per la precisione, la lotta per il togliimento della vaghezza è un episodio della lotta tra la prevedibilità e la vita. Sappiamo tutti che la vita non è prevedibile, non è interamente prevedibile, sappiamo tutti che vale la pena di vivere anche perché la vita non è interamente prevedibile. La vaghezza è la vita stessa. Il diritto è vago perché il diritto è nella vita, perché il diritto è vita». Inoltre, l'empatia verso la finitezza umana può rappresentare un ponte tra le ermeneutiche regionali, entro cui si colloca l'ermeneutica giuridica, e l'ermeneutica generale. Ovviamente tale rapporto non va inteso nel senso di subordinazione delle ermeneutiche regionali a quella universale ma, piuttosto, nel senso di circolarità dei contenuti dal momento che le ermeneutiche regionali offrono argomenti e concretezza all'ermeneutica generale. Si riportano, quindi, le parole di F. VIOLA, *Il diritto come arte*, cit., 64, secondo cui: «Pertanto, tra ermeneutica generale ed ermeneutiche regionali c'è una continua circolarità: l'ermeneutica nasce come regionale per l'esigenza di comprensione dei testi appartenenti a settori specifici della vita pratica (arte, religione, diritto...) e poi trova una certa qual comunanza strutturale fra gli approcci particolari, cosa che suggerisce una sorta di trascendentale ermeneutico. Ma anche questa non è né l'ultima parola né quella che veramente conta, perché non esiste la comprensione senza qualcosa da comprendere e questa, che è ciò che veramente conta, non è un oggetto ma un

tecnica sussidiaria che entra in gioco solo per dare una risposta ai casi difficili o, più in generale, come componente cognitiva insita nel ragionamento giudiziario⁶¹: al contrario, si pone come una categoria che legittima e *giustifica* l'intera impresa teorica ermeneutica.

Si è detto, quindi, che la teoria del diritto di stampo ermeneutico intende comprendere il diritto nella sua dimensione pratica e *di pratica* e si è anche detto che, alla luce di ciò, l'ermeneutica si deve occupare della scelta che il giurista è chiamato a compiere e che la comprensione profonda della concezione ermeneutica del diritto⁶² non può prescindere dall'empatizzare con la tragicità di tale scelta. Tradotto sul piano metodologico, l'ermeneutica, infatti, si caratterizza per un approccio che muove e si orienta a partire dai casi concreti cui il diritto si riferisce, e, proprio per questo indissolubile legame con il caso, decide di dotarsi di una griglia metodologica più ampia al fine di riuscire ad abbracciarne *tutte* le peculiarità.

Premesso ciò e volgendo, ora, al materiale cinematografico, il primo dei due film, ovvero *The Lincoln lawyer*⁶³, racconta la storia di Mickey Haller, avvocato di Los Angeles, il quale si trova a difendere Louis Roulet, un giovane accusato di violenze su una prostituta. Se, in un primo momento, l'avvocato è determinato a dimostrare l'innocenza del ragazzo, successivamente, ne scoprirà, invece, la colpevolezza, oltre che del reato addebitato, anche di due precedenti omicidi, insabbiati

insieme di attività a cui si partecipa. Così l'ermeneutica generale deve ritrovare concretezza e sostanza nelle ermeneutiche regionali verso cui incessantemente ritorna». Si veda anche G. ZACCARIA, *Arte e limiti dell'interpretazione: dal diritto all'ermeneutica, dall'ermeneutica al diritto*, in *Ars Interpretandi*, n. 1/1996, 155-161.

⁶¹ In tale senso T.A. SPARLING, *Resurrecting the Argument for Judicial Empathy: Can a Dead Duck be Successfully Repackaged for Sale to a Skeptical Public?*, in *Temple Political and Civil Rights Law Review*, 20(1), 1-2.

⁶² Si vedano, a proposito di ciò, gli studi sulla modalità di conoscenza condotti da Dilthey il quale distingue tra scienze naturali che utilizzano strumenti come l'analisi empirica e le scienze dello spirito, dove per raggiungere la comprensione è richiesto allo studioso di intendere (*Verstehen*) nel senso di aprirsi e cogliere le strutture sociali e i valori storico-culturali che vi sottostanno. Cfr. W. DILTHEY, *Il pensiero, le sue leggi e le sue forme. Il loro rapporto con la realtà effettuale*, in G. CIRIELLO (a cura di), *Scritti inediti (1880-1893)*, Napoli, 2017, 373 ss.

⁶³ *The Lincoln Lawyer* (2011) diretto da Brad Furman.

con successo. Sconvolto dalla scoperta, Haller decide di portare alla luce la responsabilità del giovane per i precedenti omicidi. Nonostante ciò, l'avvocato svolgerà, comunque, la difesa di Roulet impeccabilmente, per poi far emergere, durante il dibattimento e grazie alla testimonianza di un compagno di cella, il coinvolgimento di Roulet per gli altri fatti e ottenendo, infine, sia l'assoluzione del giovane per il reato oggetto della sua difesa, sia il contestuale arresto per gli altri reati.

Se si prende il film in questione come una metafora del ruolo del giurista, credo che si possa riflettere su come, per lo più, i valori entrano in gioco nella pratica del diritto: ovvero, banalmente, come *starting point* a partire dal quale il giurista muove le sue argomentazioni. Ovviamente i valori tendono spesso ad assumere una dimensione sociale divenendo figure tipiche di comportamento⁶⁴, pertanto, possono assurgere al rango di *topoi*, ovvero luoghi argomentativi riconosciuti o riconoscibili da un uditorio⁶⁵. Proseguendo con la riflessione sul film, il risultato è che il protagonista decide di perseguire ciò che ritiene giusto e lo fa mediante gli strumenti processuali, i quali attribuiscono a tale scelta un'ossatura formale⁶⁶.

Il conflitto vissuto dal personaggio di Haller richiama la distinzione interna *del giurista* "come giurista" e "come uomo" teorizzata da Lombardi Vallauri⁶⁷. Come Haller sente di dover rispettare i doveri che discendono dal fatto di essere un giurista (precisamente, un *Trial attorney*) e, allo stesso tempo, in quanto uomo, di dover affermare ciò che è giusto, ugualmente un giurista della Germania nazista, per esempio, avrebbe potuto sentire la stessa tensione interiore rispetto a questa sua

⁶⁴ Si tratta dell'idea, di Luigi Mengoni, per cui dei valori è possibile una conoscenza analogica per il tramite degli *standards* nei quali questi si rilevano come *forme esemplari dell'esperienza sociale dei valori*. Ciò non toglie che, come precisato *supra*, la rivelazione storica dei valori non esaurisce, ad avviso di chi scrive, il rapporto tra diritto e valori, il quale, come si diceva, va ben oltre il ruolo dei valori nei processi argomentativi. Cfr. L. MENGONI, *Scritti*, cit., in particolare 70, 174.

⁶⁵ Paradigmatica è l'impostazione di L. MENGONI, *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 48: *la rivalutazione della topica nel pensiero giuridico è un portato della scoperta della precomprensione nel processo ermeneutico*.

⁶⁶ F. CAVALLA, *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, 1992, 720-739.

⁶⁷ L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 1981, 196 ss.

doppia natura. Ed ecco che la sintesi tra il giurista e l'uomo avviene, per il giurista "nazista", nel tentativo di formulare il *diritto meno nazista possibile*⁶⁸ e per l'avvocato Haller nel difendere l'assistito senza rinunciare ad affermare ciò che è giusto, evitando di diventare complice nella scelta di fare del male⁶⁹. Nota Lombardi Vallauri, da cui l'esempio è tratto, che la differenza tra il giurista *come giurista* e *come uomo* non sta nel tipo di attività, *logico-formale* nel caso del giurista come giurista e *politica* nel caso giurista come uomo, ma nel semplice fatto di compiere in maniera e secondo criteri differenti la medesima attività che è, per l'appunto, politica.

Ma non solo ciò. In una scena del film, si vede l'avvocato Haller confidare alla ex moglie di essere sempre stato ossessionato, nel corso della sua carriera, dall'idea di fare del male. Io credo che questa ossessione, che ricalca la ben più celebre *ossessione del caso concreto*⁷⁰, derivi dal fatto che, a prescindere dalla concezione di diritto dalla quale si muove, è innegabile che la vita del diritto, per dirla con Luigi Caiani, risieda nel momento del giudizio⁷¹, intendendo quest'ultimo, non nel limitato senso di pronuncia giurisdizionale, quanto, piuttosto, come il momento in cui avviene la scelta dei giuristi di affermare un certo valore nel caso di specie.

Se si prende il film come metafora, la scelta del protagonista di adoperarsi al fine di dimostrare la colpevolezza del giovane per i precedenti crimini è una manifestazione della tecnica del *pensare problematicamente* del giurista, mentre il fatto di utilizzare gli strumenti processuali

⁶⁸ Le parole sono sempre di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 197.

⁶⁹ Ovviamente, l'invito che si fa al lettore, è quello di leggere il film prescindendo dalla questione, puramente tecnica, dei dover deontologici dell'avvocato. Al contrario, ciò che si chiede, è di concentrarsi sulla tensione interiore propria dei personaggi.

⁷⁰ L'espressione è notoriamente attribuita a Riccardo Guastini come riportato anche da F. VIOLA, *Interpretazione dell'interpretazione giuridica. Un omaggio a Riccardo Guastini. Intervento nel Convegno su Interpretazione giuridica e teoria del diritto in occasione dei 70 anni di Riccardo Guastini (Genova, 21-22 ottobre 2016)*, reperibile online.

⁷¹ L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, a cura di G. Pino, Roma, 2021 (1955) e su quest'ultimo autore si rimanda anche a J. VOLPI, *I confini del sapere giuridico e il ruolo del giurista*, in *Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto*, n. 2/2023 anche per ulteriore bibliografia.

per realizzare tale scopo, muovendosi, quindi, nella legalità e senza venir meno ai propri doveri giuridici e deontologici, rappresenterebbe, invece, la necessità che la scelta valoriale precedentemente adottata, riceva una vestitura giuridica, così da preservare la razionalità complessiva del sistema⁷². Ciò che viene rappresentato magistralmente è proprio il momento di *sintesi*, da una parte, del pensiero problematico, ovvero la tecnica decisionale che muove da punti di vista di natura valutativa e si orienta alla soluzione del caso e, dall'altra parte, il giudizio logico-sussuntivo mediante il quale il giurista traduce le proprie intuizioni nelle forme del linguaggio giuridico⁷³. D'altronde, se è vero che la prospettiva del *caso* consente all'interprete di interrogare il testo giuridico con le giuste domande, allo stesso tempo, lo espone al rischio di un'incontrollata precomprensione, ovvero al rischio che le strutture derivanti dalla comprensione originaria innestino nel metodo giuridico una dose di ideologia occulta. Difatti, per dirla con Bultmann⁷⁴, la precomprensione consiste in una struttura ineliminabile insita nella natura dell'uomo e che si traduce in un rapporto *vitale* tra testo e interprete, costitutivamente caratterizzato dalla storicità entro la quale si colloca la trasmissione dei testi normativi, pertanto, per tale ragione, l'interprete non può sottrarsi a questa dimensione storica.

Pertanto, proprio in riferimento a ciò, affinché si possa parlare di una teoria assiologica propriamente giuridica, è necessario che si faccia anche i conti con il sistema giuridico e i punti di vista da esso derivanti. Pertanto, se certamente le scelte valoriali non potranno fondarsi sul sistema, d'altra parte, però, è necessario che in esso siano potenzialmente *fondabili*: si tratta di istituire un rapporto di coerenza narrativa⁷⁵ tra il

⁷² Il riferimento è all'idea che il sistema giuridico sia portatore di una sua razionalità interna. Sul punto si segnala una vastissima letteratura, per la quale si rimanda a M. BARCELLONA, *Diritto, Sistema e Senso. Lineamenti di una teoria giuridica sistemica*, Torino, 1996, oltre che M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto: vol. 1*, Milano, 2002.

⁷³ D'altronde, il sistema giuridico si regge sulla capacità di rielaborare i linguaggi naturali ascrivendo a questi significati propriamente giuridici. Cfr. M. BARCELLONA, *Diritto, Sistema e Senso*, cit., 81.

⁷⁴ R. BULTMANN, *Credere e comprendere. Raccolta di articoli*, Brescia, 1984.

⁷⁵ Il concetto di coerenza narrativa, su cui non ci si soffermerà, rappresenta una categoria utile per consentire il dialogo tra punti di vista esterni e sistema giuridico. Sul

punto di vista sistemico e quello extrasistemico. A tal proposito, riprendendo la lezione di Luigi Mengoni⁷⁶, il sistema, ovvero la trama di concetti giuridici ricavabili a partire dalla lettura delle norme, offre anch'esso un ventaglio di soluzioni possibili, le quali, però, a differenza delle soluzioni offerte dall'argomentazione problematica, si caratterizzano per la staticità. Sul solco di questa impostazione, è da ritenersi necessario che il problema venga ordinato nel sistema affinché si possa giungere a una soluzione accettabile intersoggettivamente, poiché, se da un lato, l'argomentazione orientata dai valori rischia di perdersi nei meandri della *koiné* ermeneutica e di sfociare nell'*incontrollabile soggettivismo della decisione*⁷⁷, d'altra parte, ritenere che il metodo giuridico si risolva nell'analisi descrittiva delle proposizioni normative, espone il giurista al rischio di subire un'involontaria strumentalizzazione da parte degli interessi politici.

Ma il problema relativo al ruolo dei valori nel metodo giuridico e nel diritto non interessa solo l'avvocato Haller, bensì investe anche l'attività dei giuristi accademici, come già sottolineato in apertura, circa i quali si è soliti affermare che questi siano liberi dalla pressione esercitata dal caso concreto. Rispetto a tale posizione tradizionale, sembrerebbe valere quanto emerso dai recenti studi condotti sul tema, secondo i quali i concetti giuridici hanno un fondamento largamente ideologico-valutativo⁷⁸, oppure, per usare il lessico di Tullio Ascarelli⁷⁹, una compo-

punto si rimanda a N. MACCORMICK, *Coherence in Legal Justification*, in A. PECZENICK (a cura di), *Theory of Legal Science*, Dordrecht, 1984, seppur quest'autore riferisca la coerenza narrativa alla mera giustificazione della ricostruzione fattuale nella sentenza.

⁷⁶ Il pensiero di Mengoni rappresenta un caposaldo per l'ermeneutica giuridica. Si rimanda, oltre che alle opere variamente citate in questo scritto, ad A. NICOLUSSI, *Luigi Mengoni e il pensiero giuridico come conciliazione di ermeneutica e dogmatica, di Diritto e valori*, in *APOLLINARIS*, 2013.

⁷⁷ Questa espressione è notoriamente di N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 8. D'altra parte, lo stesso Schmitt scrive che leggi hanno il compito di *stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori*, si veda C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, 67.

⁷⁸ In tal senso, L. MENGONI, *Scritti*, cit., 184 e *passim*.

nente *funzionale* in relazione alla realtà storico-sociologica rispetto alla quale sono chiamati a offrire delle risposte concrete. Proprio questa dimensione funzionale dei concetti giuridici fa sì che questi, nella misura in cui non riescono più a spiegare quella porzione di realtà sociale che sono chiamati a rappresentare, vengano rilette e modificati.

Ciò deriva dal fatto che l'interpretazione giuridica può avvenire solo in relazione alla soluzione di un problema, reale nel caso della giurisprudenza o ipotizzato nel caso della dottrina. Si parla, infatti, di sussunzione in concreto quando l'oggetto è un fatto specifico e sussunzione in astratto quando a essere sussunta è una classe di fatti ipotizzata.

Diversamente, il secondo film, *Schegge di paura*⁸⁰, racconta la storia dell'avvocato Martin Vail, impegnato nella difesa di un giovane chierichetto, Aaron Stampfer, accusato dell'omicidio dell'Arcivescovo di Chicago, Richard Rushman. Vail, convinto dell'infermità mentale del cliente, causata da precedenti abusi sessuali, ne prende a cuore la difesa. In questo senso, il film si presenta come un crescendo dove il *caso* s'instilla sempre di più nella mente di Vail, il quale, pian piano, si affeziona al giovane omicida. Vail, infatti, principe del foro di Chicago, viene presentato inizialmente come uno scettico rispetto al ruolo "sociale" dell'avvocato e più in generale rispetto alla possibilità di affermare una qualche verità nel processo⁸¹.

Ragionando proprio su tale concetto con un intervistatore, all'inizio del film, l'avvocato afferma che la verità processuale altro non è che l'*illusione* che egli può creare nella mente dei giurati⁸². Si tratta di una

⁷⁹ T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, vol. 1, Milano, 1959; F. CASA, *Tullio Ascarelli. Il problema dell'interpretazione giuridica tra positivismo e idealismo giuridico*, Napoli, 1999.

⁸⁰ *Schegge di paura* (1996) diretto da Gregory Hoblit. Una lettura giuridica dell'opera è anche fornita da G. ZICCARDI, *Il diritto al cinema: Cent'anni di courtroom drama e melodrammi giudiziari*, Milano, 2009, cap. XVII.

⁸¹ Il concetto di verità è da intendersi in maniera atecnica. Per una trattazione si rimanda a S. FUSELLI, *La verità nel processo. Percorsi di logica ed epistemologia*, Padova, 2023.

⁸² Ciò gli vale l'appellativo di *scortese, borioso ed arrogante* da parte di A. ROMEO, *Bad lawyers? Filosofia dell'etica legale nella cultura cinematografica hollywoodiana*, in *Sociologia del diritto*, vol. 50, n. 2, 2023, 82.

posizione classica dell'avvocato hollywoodiano che richiama un'idea della retorica come sofismo atto a *cambiare il cuore delle persone*⁸³.

Proprio su questa idea si basa il pregiudizio contemporaneo verso la retorica, a cui la topica – intesa come tecnica argomentativa a partire da punti di vista (anche) di natura valoriale – appartiene. Difatti, sulla scorta di un'epistemologia positivista ampiamente recepita nella teoria giuridica⁸⁴, si è soliti ritenere che la persuasione sia qualcosa di irrazionale e inseparabile dalla manipolazione⁸⁵. Lasciando per un momento da parte queste riflessioni epistemologiche su cui si tornerà in seguito, occorre notare come nel corso di film, l'impegno di Vail per affermare ciò che risponde a un senso di giustizia, ovvero ottenere il riconoscimento dell'infermità mentale di Stampler affinché egli possa ricevere le cure, aumenterà al punto da non essere più un fatto di mero orgoglio personale ma una vera e propria scelta derivante da un sentimento di giustizia. L'avvocato, dopo aver preso “a cuore” Stampler ed essere riuscito a fargli riconoscere tale infermità, scoprirà, però, che questa era una mera finzione. Addirittura Stampler deriderà Vail per il fatto di averlo preso a cuore.

In seguito, in una delle scene finali del film si può osservare un Vail sconsolato che uscendo dall'Aula di Giustizia e passando di fronte al banco del giudice, fisserà quest'ultimo con uno sguardo intriso di mestizia come a interrogarsi sul significato ultimo del diritto e del proprio lavoro. Anche in questo caso, vi è una scelta di natura valoriale, relativa a ciò che si ritiene giusto – ovvero la volontà dell'avvocato di aiutare il ragazzo ritenuto bisognoso di cure (ben oltre l'onere imposto dal proprio incarico, per giunta *pro bono*) – che viene concretizzata tramite gli strumenti del diritto processuale e sostanziale.

⁸³ Le parole sono di F. PUPPO, *Retorica*, cit., 299.

⁸⁴ F. CASA, *Epistemologia e metodologia giuridica dopo la fine della modernità*, Soveria Mannelli, 2020.

⁸⁵ A. ROCCI, *Ragionevolezza dell'impegno persuasivo*, in P. NANNI, E. RIGOTTI, C. WOLFSGRUBER (a cura di), *Argomentare per un rapporto ragionevole con la realtà*, Milano, 2017, 95.

4. Alcune (ulteriori) conclusioni

Merita di essere notato il fatto che il finale di *Schegge di Paura*, diversamente da *The Lincoln Lawyer*, dimostra che la valutazione sottesa all'impianto argomentativo del giurista, può condurre in errore. Difatti, la logica dei valori si regge sulla categoria del *verosimile* e non può che dar adito a un discorso che inizia, verte e conclude con proposizioni opinabili in quanto sempre provvisorie e in cui la convalidazione di un'interpretazione non equivale alla verifica di questa⁸⁶.

Proprio su tale aspetto, che richiama quanto si diceva precedentemente a proposito del pregiudizio epistemologico moderno, si regge gran parte della critica mossa al tentativo di istituire una teoria dei valori propriamente giuridica e, soprattutto, sganciata dal formalismo kantiano. A ben vedere, il giudizio sui valori è costituito da un margine di *valutatività* e non garantisce l'infallibilità dei propri procedimenti. Proprio in relazione a ciò, l'argomentazione orientata dai valori non offre una soluzione al problema della giustizia e della verità all'interno del diritto ma, piuttosto, offre un'efficace chiave di lettura di tale problema a partire dalla radice antropologica dell'esperienza giuridica.

Al contrario, invece, il metodo logico-deduttivo, in sé preso, rinuncia in partenza al tentativo di rispondere alla domanda che il caso concreto instilla nel giurista, ovvero *che cosa devo fare?*⁸⁷

Proprio in relazione a tale quesito torna in evidenza il problema della scelta che spetta al giurista, che altro non è che una manifestazione dell'eterna ambiguità della condizione umana.

Quest'ambivalenza può leggersi raffrontando le storie dei due protagonisti, i cui itinerari cinematografici si strutturano in maniera uguale ma con esiti diversi: Haller riesce a *realizzare il valore*⁸⁸ nel mondo, Vail, invece, finisce col tradire lo stesso valore che voleva affermare, agendo conformemente a un'idea di giustizia per rendersi conto, infine, che ciò non basta.

⁸⁶ L. MENGONI, *Scritti*, cit., 221 e G. GAVAZZI, *Topica giuridica*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1973, 414.

⁸⁷ U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme e valori*, Milano, 1962 e *Id.*, *L'etica senza verità*, Bologna, 1982.

⁸⁸ Secondo una celebre affermazione di N. IRTI, *op. cit.*, 20.

In altre parole, ciò che si deduce è che l'argomentazione orientata dai valori può condurre in errore. Ma questo è un motivo sufficiente per relegarla al rango di "male inevitabile" del diritto e per considerare i valori come "dati" inspiegabili che connotano la pratica giuridica e che sono privi di qualsiasi significato teorico? Tale idea deriva dal pregiudizio (forse, scienziista) che vi sia sempre una risposta giusta e un metodo per raggiungerla⁸⁹, ovvero è frutto di quella concezione materialistica che considera il calcolo come unica forma di pensiero possibile e che ritiene, pertanto, che tutto ciò che non è calcolabile non è pensabile e, quindi, *non è degno di essere ragionato*, in quanto mero frutto di preferenze soggettive.

Rispetto a questo pregiudizio, le *humanities* svolgono la funzione di arricchire la metodologia giuridica senza generare l'illusione di essere sufficienti, aiutando il giurista a elaborare una propria concezione assiologica e svolgendo, quindi, il ruolo di "serbatoio di argomenti" a partire dai quali problematizzare i propri orizzonti emotivi e orientare le proprie scelte valoriali, senza negare gli esiti anche drammatici dell'esercizio della libertà⁹⁰ e il fatto che situazioni *à la* Vail esisteranno sempre. Così facendo, le *humanities* – e si pensi per esempio, oltre che a quanto accaduto all'avvocato Vail, anche alla nota tragedia dell'*Edipo re* di Sofocle – mettono a nudo i limiti epistemici della capacità umana di scegliere⁹¹ e, quindi, anche di concepire una compiuta teoria assiologica⁹². Insomma, ragionare con le *humanities* offre un supplemento di

⁸⁹ F. CASA, *Itinerari filosofici del diritto civile contemporaneo*, in *Rivista del diritto civile*, n. 2/2020, 297.

⁹⁰ P. HERITIER, *Humanities*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, T.F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, 454.

⁹¹ Questo tema può essere letto mediante la categoria della razionalità limitata. Cfr. G. BOMBELLI, *Processi decisionali e categorie giuridiche: tra razionalità classica e spunti dal nudging*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, n. 1/2019, 25-40 e ID., *Cognitive Turn? Tra giuspositivismo e giuscognitivismo. Alcuni riflessi socio-giuridici*, in *Sociologia del diritto*, n. 1/2022, 71-97.

⁹² Si tratta, quindi, di un'insufficienza del formalismo kantiano in materia assiologica. Si pensi, per esempio, alle parole di E. SEVERINO, *La buona fede*, Milano, 1999, 126, secondo cui: «Ma nemmeno Kant si rende conto che, proprio perché la buona volontà è fede (buona fede), proprio per questo, essa, come ogni fede, è dubbio; e che

umanità alla metodologia giuridica e rappresenta una cerniera tra l'uomo e il giurista, offrendo una rappresentazione della scienza giuridica come *vocazione umana integrale*⁹³.

A ben vedere, però, il ruolo delle *humanities*, all'interno della concezione ermeneutica del diritto, va ben oltre la prospettiva metodologico-argomentativa. Tenendo presente quanto si diceva, le *humanities* servono proprio a comprendere, a partire da un rapporto empatico, la *cosa-diritto*: si pensi ai due esempi cinematografici riportati, essi proiettano pubblicamente la dimensione tragica insita nell'uomo e, quindi, anche nel diritto.

Empatizzare con la condizione del giurista, come si diceva, altro non è che il *primo step* per comprendere il diritto e, a sua volta, questa forma di comprensione è ciò che rende possibile l'*affezione*, nel senso fatto proprio da Vico e ripreso da Heritier⁹⁴. Sembra, infatti, che il rapporto tra comprensione e affezione vada inteso nel senso di primazia logica della prima sulla seconda: d'altronde, è proprio la comprensione del diritto, nei termini di cui si è parlato, che, rendendo possibile un confronto diretto con la solitudine del giurista di fronte al caso concreto, esige il superamento degli assunti metafisici propri delle filosofie prime tipicamente moderne.

pertanto chi agisce con buona volontà e in buona fede non può essere convinto che ciò che egli compie sia ciò che universalmente e necessariamente deve essere compiuto».

⁹³ Queste parole sono, notoriamente, di L. LOMBARDI VALLAURI, *Corso*, cit., 198.

⁹⁴ P. HERITIER, *Affectio iuris: dalla svolta linguistica alla svolta affettiva?*, in *TCRS*, n. 7 (2013).

Del resto, di fronte al fallimento dell'avvocato Vail non c'è nessuna *Grundnorm* o principio di diritto naturale che consenta di mitigare la tragicità della situazione. Certamente, ci si potrà sempre tirare indietro, ribattendo che alla filosofia (più correttamente, in questo caso, alla "teoria") del diritto non spetti l'onere di occuparsi di tale situazione, essendo questa filosofia un meta-discorso descrittivo (e, quindi scientifico) avente ad oggetto i discorsi dei giuristi. D'altra parte, però, affermare ciò è assurdo tanto quanto dire che il fenomeno dell'*abbraccio* può essere soggetto a due diversi piani di lettura:

1. quello metateorico di "reciproco afferramento del tronco da parte degli arti superiori";
2. quello "pratico" di atto affettivo.

Per poi affermare che il filosofo debba esclusivamente occuparsi del sig. 1, poiché il sig. 2 è valutativo e non passibile di conoscenza filosofica (non a caso, si tende a sostituire *filosofica* con *scientifica*)⁹⁵. Del resto, è proprio la necessità di una risposta filosofica a tale spaesamento esistenziale che fonda l'affezione *degli uni verso gli altri* e si traduce, seguendo l'itinerario teorico vichiano, nella spinta al reciproco aiuto tra gli uomini⁹⁶.

Pertanto, in relazione a ciò, le *humanities* (ove va collocato il cinema a buon diritto) non rappresentano un "esotico" accostamento del sapere giuridico ad altri saperi, o anche una mera prospettiva didattica da inseguire, al contrario, invece, queste sono una vera e propria fonte del *sentimento giuridico*.

⁹⁵ Quest'esempio è tratto da P. HERITIER, *Affectio iuris: dalla svolta linguistica alla svolta affettiva?*, cit., 50, il quale lo trae, a sua volta, da P.A. SEQUERI, *Ritrattazioni del simbolico. Logica dell'essere-performativo e teologia*, Assisi, 2012, 64-65.

⁹⁶ P. HERITIER, *Humanities*, cit., 458. Inoltre, sul tema dell'alterità, anche per alcuni rilievi critici rispetto alla fenomenologia di Husserl, si rimanda a P. RICOEUR, *Ipséité, Altérité, Socialité*, in *Archivio di Filosofia*, 1986, 54, n.1-3: 17-33; ID., *Dalla morale all'etica e alle etiche*, in *Hermeneutica*, 2001, 5-16.

“TRE QUARTI E TRE QUARTI”

OVVERO LA MISURA DEL POTERE CHE OPPRIME
IN *FONTAMARA* DI IGNAZIO SILONE

Christian Crocetta

1. La cornice politico-letteraria

Quando si cerchi un'opera letteraria che possa permettere di tratteggiare come nell'esperienza giuridica si declini il concetto di autonomia individuale, ma *a contrario*, nel suo vuoto, nella sua assenza, nella sua vulnerabilità, un esempio paradigmatico emerge dagli «strani fatti che [...] si svolsero nel corso di un'estate a Fontamara» (Silone, *Fontamara*, Prefazione, 7)¹, il piccolo paesino abruzzese uscito dalla fantasia di Ignazio Silone in cui vicende particolari assumono il tratteggio della storia universale.

Un paese vero, Fontamara, anzi verosimile: il suo nominativo non lo si può ritrovare nelle carte geografiche, ma le sue sembianze sono lì a raccontare ogni villaggio montano fuori mano, ogni paesino di povera gente, nel passato e nel presente.

La letteratura di Silone non è quella di un “vero romanziere”, ma di un «cronista di un mondo nativo, a lui noto da sempre», che riporta nelle sue pagine, «tradotti in altra forma, gli interessi tutt'altro che letterari dell'uomo Silone, politici cioè e spirituali»², come scrisse Vittorio Libera nell'introduzione al “saggio” siloniano *La scuola dei dittatori* (1938).

¹ In questa sede, si farà riferimento alla seguente edizione del testo: I. SILONE, *Fontamara*, Milano, 1949, 5ª ristampa 1962. I riferimenti alle parti del romanzo citate sono indicati unicamente con il numero di pagina fra parentesi, omettendo il titolo dell'opera.

² V. LIBERA, *Introduzione a La scuola dei dittatori*, Milano, 1977, XI.

La narrativa di Silone, infatti, attinge al passato di uomo politicamente impegnato, che aveva scelto di rompere con la politica attiva per «affidare all'invenzione letteraria la prosecuzione della sua battaglia»³, delineando così il suo modo di vedere e capire la realtà⁴. E non è un caso che proprio il suo romanzo di esordio, il *Fontamara* che stiamo commentando, sia stato autoprodotta da Silone, pagando di tasca propria la stampa al primo editore zurighese, dopo diversi dinieghi di altre case editrici svizzere timorose di eventuali rappresaglie fasciste per i contenuti del romanzo.

È un racconto in prima persona: è il racconto di una famiglia i cui membri, a voci alternate, riportano, da osservatori diretti, i fatti accaduti in paese, nei dintorni di Fontamara, negli scorci di storia avvenuti a Roma e che costituiscono l'imprevedibile epilogo, in un precipitarsi repentino degli eventi con la morte di Berardo Viola, che accelerano in appena un capitolo la fine del romanzo, su cui verterà questa nostra analisi e riflessione.

2. *L'incipit e il malinteso da cui scaturisce tutta la vicenda*

L'incipit del romanzo di Silone attacca con una data e un fatto, avvenuto un anno prima, che fa entrare immediatamente il lettore dentro alle trame del racconto e, in particolare, permette di fotografare nitidamente un tratto che lo accompagnerà in tutte le pagine seguenti: Fontamara è paese di poveracci che la Storia sta dimenticando. I Piemontesi avevano portato a Fontamara due sole novità: la luce elettrica e le sigarette. Ma le sigarette non erano affare dei Fontamaresi, fumatori di pipa, e la luce elettrica se n'era andata il primo giugno dell'anno prima.

Anche se, a dire il vero, la luce elettrica era, per i Fontamaresi, un po' come il chiaro di luna: come non pagavano la luna, non pagavano nemmeno l'elettricità. La fattura dell'elettricità che il "cursore comunale" Innocenzo La Legge (*nomen omen*) notificava periodicamente agli

³ *Ivi*, VI.

⁴ *Ivi*, X.

abitanti del paesino era in effetti di norma stracciata e utilizzata per il fuoco domestico.

Innocenzo La Legge: il cursore comunale assume da subito, nel suo compito, le fattezze simboliche dell'ingiustizia di un potere sovrano esercitato sulle classi meno abbienti della popolazione, che lo accompagnava spesso a schioppettate, anche se non erano rivolte verso di lui, ma verso le tasse che portava: anche se, nel caso in cui «la schioppettata avesse colto in segno, non avrebbe ucciso la tassa, ma lui; e perciò non venne più, e nessuno lo rimpianse» (p. 18).

Fu in una normale serata, una di quelle in cui tutti stavano raccolti davanti all'uscio della cantina di Marietta (oratorio laico dei Fontamaresi) e parlavano «della luce elettrica, delle tasse nuove, delle tasse vecchie, delle tasse comunali, delle tasse statali, ripetendo sempre la stessa cosa, perché son cose che non mutano» (p. 19), che ha inizio il romanzo, con l'arrivo di un forestiero, silenzioso, a cavallo di una bicicletta.

La descrizione che Silone fa del forestiero fa da cesura fra due mondi: Fontamara e la città, da cui il forestiero proveniva: «un giovane elegante» con

una faccia delicata, rasata, una boccuccia rosea, come un gatto [...], e la mano era piccola, viscida, come la pancia delle lucertole, e su un dito portava un grande anello, da monsignore. [...] Un “fringuellino” con una “voce da capretta” (p. 20).

da cui uscivano parole che nessuno capiva. Quale nuova tassa stava portando? Ma soprattutto, su che cosa ancora avrebbero potuto mettere una nuova tassa? «Forse sul chiaro di luna?» (p. 20).

Mentre il forestiero parlava, piano piano tutti se ne andarono a casa, annoiati da un linguaggio distante. Rimasero in quattro a cui, alla fine del suo discorso, il forestiero porse un lapis per firmare. Nessuno dei quattro però si mosse né proferì parola. Era un silenzio a metà fra lo stupore e l'incredulità: quell'uomo, un forestiero, chiedeva loro di sottoscrivere “sulla fiducia” un foglio bianco.

Quel silenzio fece andare su tutte le furie il forestiero, che prese il frustino che aveva attaccato al telaio della bicicletta e si mise ad agitarlo apostrofando i quattro senza alcun rispetto: «“Parla, parla”, gridava,

“Cane, verme, maledetto. Perché non parli? Perché non vuoi firmare?”» (p. 22).

Fermiamoci un secondo su questo passaggio. Torna alla memoria il “Dialogo sul potere e sull’accesso al potente” scritto da Carl Schmitt a metà anni Cinquanta. Ricordiamo che si tratta di una riflessione che il filosofo tedesco concepisce come pièce teatrale, un confronto a due (il giovane *Signor G.* e il potente *C.S.*) da leggere alla radio⁵. Sono dialoghi che hanno di sottofondo la drammaticità della difesa che Schmitt dovette realizzare alle sue posizioni scientifiche, di fronte all’accusa di aver gettato le basi politico-ideologiche del regime nazionalsocialista, «un sistema totalitario che estirpa ciò che non può utilizzare e cerca di utilizzare ciò che non può estirpare»⁶, affermazione che richiama per similitudine la vicenda descritta nel *Fontamara* di Silone.

Se i Fontamaresi potessero avere la voce dei protagonisti del “Dialogo” di Schmitt, il forestiero avrebbe dovuto giustificarsi così: «La sua domanda è legittima. Chi parla del potere dovrebbe anzitutto dire in quale posizione di potere si trova personalmente»⁷ e i Fontamaresi di

⁵ Il dialogo viene letto, alla prima radiofonica del 22 giugno 1954 negli studi della Hessischer Rundfunk di Francoforte sul Meno, sotto il titolo di “Principi del potere”. Il 22 novembre 1954 verrà riproposto con il titolo: “Potere – pericoloso come sempre, nascosto come mai. L’esperto di diritto pubblico Carl Schmitt ci parla dei principi del potere”. L’edizione a stampa, però, assume il titolo di *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* (“Conversazioni sul potere e sull’accesso al potere”), cui si rinvia anche nelle traduzioni italiane: C. SCHMITT, *Dialogo sul potere* (1954), Genova, 2006; Id., *Colloquio sul potere e sull’accesso presso il potente*, in *Behemoth*, II, 2, 1987, 48-57. Qui si fa riferimento all’edizione a cura di Giovanni Gurisatti: Id., *Dialogo sul potere*, Milano, 2012. L’oggetto del dialogo sono le modalità di accedere al potere, che Schmitt riprende dalla sua terza memoria difensiva presentata nel carcere di Norimberga il 29 aprile 1947, durante il periodo di carcerazione con l’accusa di aver fornito la «base teorica della politica hitleriana del grande spazio», come si legge in Id., *Risposte a Norimberga*, Roma-Bari, 2006, 79.

⁶ In C. SCHMITT, *Risposte a Norimberga*, cit., 96. In quelle pagine Schmitt dichiara, a sua difesa, di provare “vergogna” per lo sbaglio e l’imprudenza di non aver saputo prevedere le conseguenze che i suoi scritti avrebbero potuto provocare sulle riflessioni del regime nazista.

⁷ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, Milano, 2012, 11.

risposta avrebbero potuto incalzarlo come il Signor G.: «Ebbene! Lei detiene un potere oppure no?»⁸.

Ma ciò che emerge in Fontamara non è un esplicito dialogo sul potere, che ritroviamo forse maggiormente nella siloniana *La scuola dei dittatori*, ma il confronto antitetico – che si coglie solo in filigrana a tutto il romanzo – fra due differenti linguaggi e sguardi sulla realtà, della città e del paesino di montagna, lontani molto più che geograficamente.

Perciò, quando il forestiero risponde scoraggiato: «“Parliamo la stessa lingua, ma non parliamo la stessa lingua”» (p. 23), Silone appunta così:

Un cittadino e un cafone difficilmente possono capirsi. Quando lui parlava era un cittadino, non poteva cessare di essere un cittadino, non poteva parlare che da cittadino. Ma noi eravamo cafoni. Noi capivamo tutto da cafoni, cioè, a modo nostro. Migliaia di volte, nella vita, ho fatto questa osservazione: cittadini e cafoni sono due cose differenti (p. 23).

Due lingue, quelle del cittadino e quelle del cafone. Di più, due prospettive di osservazione della realtà e degli altri: da una parte il linguaggio complesso dell'autorità, che in punta di penna giuridica manifesta l'inganno nascondendo la verità dell'abuso di potere, dall'altro la semplicità del montanaro abituato a sbucciarsi le mani e a rendere callosi i palmi che è l'“uomo della strada” per il quale il diritto è comando arbitrario⁹.

Il forestiero ricominciò la sua filastrocca spiegando che non c'era nulla da pagare e, siccome si era fatto buio, accese alcuni fiammiferi per mostrare ai presenti, uno a uno, i fogli di carta che aveva davanti a sé:

I fogli di carta erano veramente bianchi. Non erano i fogli delle tasse che hanno sempre del nero sul bianco. Erano interamente bianchi. Solo in cima ad un foglio c'era scritto qualcosa. Il cittadino accese due

⁸ *Ibidem*.

⁹ Diceva a tal proposito Paolo Grossi: «Non ha torto l'uomo della strada a sentire estraneo e distante il diritto, a diffidare, a temerlo nella sua manifestazione squisitamente imperativa, giacché un comando può essere arbitrario», in P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003, 9.

fiammiferi e ci mostrò quello che c'era scritto: "I sottoscritti, in sostegno di quanto sopra, rilasciano le loro firme spontaneamente, volontariamente e con entusiasmo al cav. Pelino" (p. 24).

Spontaneamente, volontariamente e con entusiasmo i Fontamaresi avrebbero dovuto firmare una petizione che il forestiero (il cav. Pelino, appunto) era stato incaricato di raccogliere. Il Pelino non sapeva né l'oggetto, né il contenuto. Sapeva solo che c'era bisogno di raccogliere molte firme. La petizione non era scritta sul foglio, ma sarebbe stata aggiunta a posteriori dai suoi superiori: «Egli non aveva che il dovere di raccogliere le firme. E i cafoni il dovere di firmare. Ad ognuno il suo dovere» (p. 24).

Il dovere dei cafoni di sottoscrivere un foglio senza motivazione andava a braccetto al dovere del cittadino di circuire con l'inganno la volontà di gente semplice.

"Capite?", ci spiegò. "È finito il tempo in cui i cafoni erano ignorati e disprezzati. Ora ci sono delle nuove autorità che hanno un gran rispetto per i cafoni e vogliono conoscere la loro opinione. Perciò, firmate. Appreziate l'onore che le autorità vi han fatto, mandando qui un funzionario per accogliere la vostra opinione" (p. 24).

Una situazione paradossale: i cafoni venivano finalmente riconosciuti nella loro dignità, diceva Pelino, considerati con rispetto da nuove autorità senza volto, interessate a conoscere davvero la loro opinione, attraverso la possibilità di... firmare una petizione in bianco!

I quattro montanari, però, mantenevano di fondo il loro scetticismo e non potevano togliersi dalla testa la convinzione che quella proposta avrebbe portato loro l'ennesima nuova tassa da pagare. Perché l'unico dovere giuridico percepito dai Fontamaresi era quello di dover pagare le tasse e la loro chiara convinzione era che queste fossero applicate sempre a loro sfavore e sempre in modo ingiusto.

Nella loro testa lo Stato aveva pressoché la forma del *Leviathan* di hobbesiana memoria, un soggetto distante e che imponeva le sue decisioni a sfavore dei cafoni. Solo che, a differenza del Sovrano assoluto di Hobbes, qui i Fontamaresi non avevano mai avvertito la necessità di quella delega di potere per avere salva la vita, perché la vita dovevano

assicurarsela ogni giorno con la fatica, il sudore, la sensazione di uscirne sempre sconfitti e dimenticati.

Il racconto continua con un atto di fiducia: la semplicità di quella gente fa prevalere la decisione di sottoscrivere quel foglio bianco, vincendo il sospetto e la paura dell’ennesima fregatura. La fiducia è tale che, non subodorando l’inganno sottostante, su suggerimento del Pelino i presenti dettano i nomi degli abitanti assenti e firmano anche a loro nome.

Nel mentre i cinque firmavano (nel frattempo era arrivato anche il Generale Baldissera), accadde un fatto strano: sopra il foglio comparve uno strano insetto, con una croce sulla schiena. Mentre il cav. Pelino si schifava di quell’insetto, Michele Zompa, uno dei quattro che erano rimasti ad ascoltarlo, raccontò un suo strano sogno. Rammentò la storia che Dio creasse una nuova specie di pidocchi dopo ogni grande rivoluzione e si mise a raccontare del sogno che aveva fatto l’inverno prima e che lo aveva molto turbato. Alla fine della storia, però, Pelino, pensando di essere preso in giro, si mise a gridare, agitando il frustino contro di lui:

“Il Governo vi metterà a posto”, strillava. “Il Governo vi punirà. Le autorità si occuperanno di voi”. [...] “Tu non sai”, e si rivolse direttamente a Michele, “che se io ti denunciassi, tu saresti condannato almeno dieci anni di carcere? [...] Ma in che mondo vivi? Sai o non sai che cosa è successo in questi ultimi anni? Sai che comanda? Sai chi è il padrone oggi?” (p. 28).

Zompa spuntò per terra e gli rispose con pazienza:

“Vedi, gli disse, in città succedono molti fatti. In città ogni giorno succede almeno un fatto. [...] In capo all’anno, quanti fatti sono? Centinaia e centinaia. [...] Immagina. Come può un cafone, un povero cafone, un povero verme conoscere tutti questi fatti? Non può. Ma una cosa sono i fatti, un’altra è chi comanda. I fatti cambiano ogni giorno, chi comanda è sempre quello. L’autorità è sempre quella” (p. 28).

E seguitando Michele Zompa spiegò al forestiero la gerarchia di chi comanda, nella prospettiva dei cafoni:

“In capo tutti c’è Dio, padrone del cielo. Questo ognuno lo sa. Poi viene il principe Torlonia, padrone della terra. Poi vengono le guardie del Principe. Poi vengono i cani delle guardie del principe. Poi, nulla. Poi, ancora nulla. Poi, ancora nulla. Poi vengono i cafoni. E si può dire che è finito”. “Ma le autorità dove le metti?”, chiese ancora più irritato il forestiero. “Le autorità”, intervenne a spiegare Ponzio Pilato, “si dividono tra il terzo e il quarto posto. Secondo la paga. Il quarto posto (quello dei cani) è immenso. Ognuno lo sa” (pp. 28-29).

I cafoni non sapevano nulla di quanto era avvenuto a livello politico, sul piano nazionale, ma Pelino visse quell’ulteriore spiegazione come un affronto e, tremante di rabbia, se ne andò a cavallo della sua bicicletta, non prima di aver apostrofato con tono minaccioso: «Vi prometto che avrete presto notizie di me» (p. 29).

3. *Gli effetti del malinteso*

E così avvenne: «Il giorno dopo, all’alba, tutta Fontamara fu in subbuglio, per un malinteso» (p. 30). Anche se forse si dovrebbe precisare: per un malinteso (la reazione di Pelino al sogno di Zompa) derivante dall’inganno della petizione firmata in bianco. Perché fu quella la vera causa, causata dal Pelino, voce e mano del potere. Di un potere dalle vesti nuove, almeno per la storia con la “esse” minuscola dei Fontamaresi, ma con dinamiche e meccanismi già conosciuti nella Storia:

Ora avvenne che gli ultimi cafoni di Fontamara, i quali alla mattina del due giugno scesero la collina per andare al lavoro, s’incontrarono al piano con un gruppo di cantonieri, arrivati dal capoluogo con pale e picconi per deviare l’acqua (secondo quello che essi dissero), per allontanare il misero ruscello dai campi e dagli orti che esso aveva sempre irrigato, sempre, a memoria d’uomo, e per avviarlo nel senso contrario, in modo da obbligarlo a costeggiare dapprima alcune vigne e a bagnare infine delle terre che non appartenevano ai Fontamaresi, ma ad un ricco proprietario del capoluogo, don Carlo Magna (pp. 30-31).

Ma i Fontamaresi credettero per buona parte di quella mattinata di quel due giugno che si trattasse di uno scherzo della gente del capoluogo, come quella volta in cui essi attendevano da tempo il nuovo curato e la folla del capoluogo, in processione religiosa, aveva portato su a Fontamara un asino addobbato a festa per consegnarlo loro come nuovo parroco. Per questo, anche quel due giugno (ricorrenza simbolica importante) pensarono a una nuova burla. Anche perché non sarebbe stato davvero concepibile il contrario, dato che l'acqua del ruscello era ciò che dava vita al villaggio e non si poteva scherzare con la vita:

Sarebbe proprio la fine di tutto, se il capriccio degli uomini cominciasse ad influire perfino sugli elementi creati da Dio, cominciasse a deviare il corso del sole, il corso dei venti, il corso dell'acqua stabilita da Dio. Sarebbe come se ci avessero raccontato che gli asini stavano per volare; [...] o che i cafoni stavano per cessare di patire la fame; in una parola, che le eterne leggi di Dio stavano per cessare di essere le leggi di Dio (p. 32).

I cafoni credevano in una legge naturale immutabile, che governava in equilibrio la loro vita: lo aveva già detto la sera prima Michele Zompa nella gerarchia delle autorità. La tecnica doveva ancora arrivare a Fontamara, pervadendo la mentalità dei suoi abitanti e alterando il rapporto che essi avevano con la natura, dalle cui asperità erano stati messi molteplici volte alla prova nel corso dei secoli: a Fontamara, pertanto, non valeva la regola per cui l'essere umano, grazie alla tecnica, da «creatura debole per natura si è innanzato enormemente al di sopra del suo ambiente [ed] è diventato il signore della natura e di tutte le creature terrestri»¹⁰. A Fontamara, al contrario, la natura determina ancora le sorti degli abitanti della montagna, è fautrice del destino delle vite di ciascuno di loro e di norma in negativo. Quando qualcuno crede di poterla sfidare, poi, accade qualcosa che ne determina la rovina, come nella vicenda del terreno dei Serpari di Berardo Viola (pp. 69 ss.).

I Fontamaresi accoglievano così tanto quella legge forzosamente imposta dalla natura, quindi, da non opporsi nemmeno al destino d'essere, in quanto cafoni, fra i più bassi in rango nella scala gerarchica degli esseri umani.

¹⁰ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., 13.

Quel giorno, tuttavia, non si stava verificando l'ennesimo oltraggio alla loro dignità perpetrato dai soliti cittadini maltrattanti: i cantonieri avevano cominciato a scavare davvero, con pale e picconi, il nuovo letto del corso d'acqua. Per questo, il figlio di Papasisto tornò su in paese per avvisare gli altri, ma non c'erano uomini in paese a quell'ora, tutti occupati nel lavoro nei campi. Dovevano andare le donne a sporgere denuncia dai carabinieri.

La reazione delle donne è l'inquadratura in primo piano che Silone circonda intorno all'egoismo di quella comunità isolata:

Nessuna pensava di muoversi. Nessuna pensava di andare. Nessuna "poteva" allontanarsi di casa. Chi aveva i figli chi le galline, chi il porco, chi la capra, chi il bucato, chi lo zolfo per la vigna, chi i sacchi per la trebbiatura. Come al solito nessuna "poteva" andare. Ognuna insomma voleva farsi i fatti suoi (p. 33).

Si fece avanti allora Marietta e, siccome si era tirata dietro anche un'amica da cui le altre donne del paese non avrebbero mai voluto essere rappresentate, alla fine partirono in una quindicina, sotto il sole ormai alto e cocente¹¹, in direzione dei lavori che i cantonieri stavano eseguendo. Quando lo videro arrivare, i cantonieri ebbero paura e scapparono verso le vigne, ma le donne non si fermarono e decisero di andare in città a sporgere denuncia. È lì che ha inizio quella che lo stesso Silone definisce la "via crucis" delle Fontamaresi (p. 49).

4. La "via crucis" delle donne alla ricerca di chi deteneva il potere

Prima tappa: gli sconvolgimenti politici legati al fascismo e la dignità ferita degli oppressi

La prima tappa di quel loro peregrinare portò le donne in città, alla ricerca del sindaco. Arrivarono in città a mezzogiorno, sotto un sole

¹¹ «Faceva un'afa da vomitare. A quell'ora neppure i cani si mettono in cammino. La polvere accecava. [...] Sulla strada del piano il caldo era come in una fornace. L'aria era quasi nera. Andavamo avanti come un branco di pecore con la lingua fuori. Non so dove alcune prendessero la forza per lamentarsi» (34-35).

spaventosamente caldo, dirigendosi verso il Municipio: «Non fatele entrare. Riempiranno il municipio di pidocchi» (p. 36). Una guardia campestre aveva lanciato questo grido da una finestra del municipio. Il suo “riempiranno il municipio di pidocchi” provocò la risata di tutti quelli che erano lì di fronte. Un’affermazione terribile, legata al loro aspetto e al loro modo di fare, che aveva raggelato il gruppo di pellegrine alla ricerca di giustizia. Vista la reazione, la guardia non finì lì, ma cavalcò la diffusa ilarità marcando ulteriormente la sua mancanza di rispetto e la sua irriverente bassezza con racconti di storielle sui Fontamaresi e sui loro pidocchi, suscitando risate a crepapelle in tutti i passanti. Uscirono anche impiegati e impiegate dal municipio e presero a ridere anche loro. Fino a quando, un impiegato, mosso da pietà, chiese alle donne chi cercassero e cosa volessero.

Marietta si fece avanti e rispose: “Vorremmo parlare con l’illustre signor sindaco”. Gli impiegati che erano sulla porta, a questa risposta, si guardarono sbalorditi. [...] Allora gli impiegati ripresero a ridere come scemi. Ripeterono la nostra richiesta ad alta voce: “Sapete? Sono venute a parlare col sindaco!”. [...] “Volete veramente parlare col sindaco? Aspettatelo qui. Forse dovete aspettare parecchio” (p. 38).

Non sappiamo come si sentirono in quel momento le donne di Fontamara a essere sbeffeggiate e oltraggiate da quel manipolo di cittadini: l’Autore non entra mai, nel dipanarsi della storia di *Fontamara*, nell’introspezione dei suoi personaggi, perché lo stato d’animo emerge sempre indirettamente, nella percezione del lettore, attraverso le affermazioni dei diversi personaggi sulla scena.

Ciò che viene descritto inquadra una situazione che vede le donne di Fontamara pagare la loro scelta di avere giustizia sopportando gli sberleffi, le risate fragorose e le prese in giro della gente¹² ed è in quel modo indiretto che si fa ancora più evidente il solco culturale che divide

¹² «Nella piazza ormai tutti ridevano a crepapelle. In un balcone dirimpetto un signore si teneva letteralmente la pancia con le mani per il troppo ridere. Un orologiaio, rialzando la saracinesca del suo negozio, quasi piangeva per l’ilarità. Sulla porta del municipio erano accorsi altri impiegati e perfino impiegate e tutti insieme ridevano fragorosamente» (36).

cittadini e cafoni, un solco ben più grande di quello scavato dai cantonieri.

Subito dopo gli sberleffi e gli oltraggi, però, la scena cambia improvvisamente: le donne, assetate per il lungo (e fin lì inutile) viaggio, vedendo una fontana cominciano a litigare su chi dovesse bere per prima. Venuto meno il sindaco (si scoprirà in seguito che era il vecchio don Circostanza, con il quale i paesani avevano stipulato un sottinteso patto che garantiva loro una qualche forma di guarentigia in caso di elezioni), sembra venuto meno anche quel minimo di “contratto sociale” che le paesane sapevano di aver sottoscritto in passato e riemerge preponderante una sorta di “stato di natura”, bestializzandole di fronte al bisogno primario di dissetarsi. Il tutto veniva complicato dal fatto che la fontana erogava l’acqua in modo intermittente e, a ogni ripresa del flusso dopo un’interruzione momentanea, i turni per dissetarsi dovevano essere nuovamente rinegoziati, facendo risalire la tensione, finché divenne un vero e proprio parapiglia che attirò una decina di carabinieri.

I carabinieri circondarono il gruppo e chiesero minacciosamente alle donne le ragioni del loro essere in città:

“Parlare col sindaco”, rispondemmo. E ognuna di noi gridò la sua rabbia poiché al danno si aggiungevano ora le beffe e le minacce. “Ci vogliono rubare l’acqua”. [...] “Se non c’è più giustizia, ce la facciamo da noi”. “Dov’è il sindaco?”. “Il sindaco” si mise a gridare il capo della pattuglia. “Ma non sapete che non esistono più i sindaci? Adesso il sindaco si chiama podestà”. A noi era del tutto indifferente come si chiamasse il capo del comune. Ma per la gente istruita la differenza doveva essere grande, altrimenti poco prima gli impiegati non ci avrebbero tanto deriso alla nostra richiesta di parlare col sindaco e il maresciallo dei carabinieri non sarebbe diventato così furioso. La gente istruita è sofisticata e si arrabbia per le parole (p. 39).

Come è nel suo stile, Silone non si addentra in spiegazioni relative agli sconvolgimenti politici avvenuti, né attraverso la voce del narratore, né per il tramite dei personaggi che intervengono in scena. Il passaggio dal sindaco appartenente al precedente sistema politico democratico a quello del podestà di matrice fascista non è infine illustrato né dall’unico impiegato del municipio cui Silone attribuisce un minimo di ascolto delle donne di Fontamara, né dal capo della pattuglia dei cara-

binieri che interviene stizzito con il suo: «Ma non sapete che non esistono più i sindaci? Adesso il sindaco si chiama podestà» (p. 39).

Nessuno spiega i cambiamenti che l'ordinamento comunale aveva subito a causa del regime fascista, l'abolizione delle elezioni del sindaco e la sparizione di questa figura, sostituita dal podestà di nomina centrale (con decreto reale) su indicazione del Governo centrale. Qualcosa si intuisce, fra le righe, di questa dipendenza dal centro, dell'indebolimento dell'autonomia locale per rafforzare e centralizzare il potere nelle mani degli organismi di governo nazionale; della trasformazione del Comune da un ente dotato di autonomia e autogoverno a livello locale a “organo ausiliare” dello Stato; della conseguente metamorfosi dei consigli comunali in consulte municipali, privandoli del potere rappresentativo del popolo che possedevano in precedenza (e che possiedono nell'attuale ordinamento repubblicano) e riducendoli a una funzione meramente consultiva, a servizio delle deliberazioni del podestà, che non ne era nella sostanza vincolato.

Mentre i quattro carabinieri accompagnavano le donne di Fontamara a casa del neo-podestà, la processione delle donne continuava a essere oggetto di scherni da parte dei cittadini curiosi che accorrevano a bordo della strada: le donne divengono vittime indirette non solo del cambiamento di stile politico, ma anche del conseguente clima sociale. L'antropologia prevalente è quella della forza, che schiaccia e opprime i più vulnerabili.

Seconda tappa: alla fabbrica dell'Impresario, ovvero la solidarietà fra vulnerabili

La “via crucis” laica delle donne Fontamaresi continua perciò verso la villa del podestà. Solo che, fatto strano, i carabinieri andarono oltre la villa del vecchio sindaco don Circostanza e oltre pure quella dell'unica altra autorità riconosciuta dagli abitanti della montagna, ovvero il ricco possidente don Carlo Magna. Più si allontanavano dalla città, più cresceva il timore fra le donne che anche le forze dell'ordine si stessero burlando di loro.

Quando chiesero spiegazioni, dalla risposta di uno dei carabinieri emerse il medesimo tono di scherno che avevano subito poco prima in

città: non era solo il fastidio del caldo cocente, ma la conferma dello stigma che accompagnava gli abitanti di Fontamara:

“Perché siete venute proprio all’ora che dovevamo mangiare? Non potevate venire più tardi?”. “E noi?”, gli rispondemmo. “Non siamo cristiani anche noi?”. “Voi siete cafone”, ci rispose quello. “Carne abituata a soffrire”. “Che peccati abbiamo fatti più di voi? A casa vostra non avete una madre, sorelle? Perché parlate in quel modo? Solo perché siamo mal vestite?”. “Non è per questo, ma siete cafone, siete abituate a soffrire” (p. 40).

Le donne così scoprirono che il nuovo podestà, nominato il giorno prima con un telegramma da Roma, era quell’arricchito conosciuto in tutta la contrada con l’appellativo di “Impresario”, un forestiero di origine romana arrivato in zona come un «commesso viaggiatore qualunque» (p. 41), che andava e veniva dalla città acquistando prodotti locali. Poi cominciò a comprare prima le mele, ma non quando erano state raccolte, ma quando erano ancora sugli alberi. Da lì aggiunse altre verdure e legumi e allevamenti di bestiame e «in breve, finì con l’occuparsi di tutto» (p. 41). Progressivamente «l’Impresario li aveva sottomessi a uno a uno. Non ci fu più un solo affare importante nel quale egli non la spuntasse» (p. 41).

Quando stava per essere denunciato come fabbricante di soldi falsi, si seppe poi che una banca gli prestava il denaro di cui aveva bisogno. Una novità che non era mai stata sentita: la banca serviva per conservare i soldi, o per spedirli, o per cambiarli nella moneta di un altro Paese... ma per prestarli?

Non c’era dubbio che quell’uomo straordinario avesse trovato l’America nella nostra contrada. Egli aveva trovato la ricetta per trasformare in oro anche le spine. Qualcuno affermò ch’egli avesse venduto l’anima al Diavolo in cambio della ricchezza, e forse aveva ragione (pp. 42-43).

L’accoglienza nella villa dell’Impresario non fu certo migliore di quella che le donne ricevettero lungo la strada: la moglie del nuovo podestà le cacciò via, tutta presa dall’organizzazione del banchetto che stava preparando per la nomina del marito. L’Impresario, però, stava

lavorando ancora alla fabbrica di mattoni e, indicata loro dove questa si trovava, i carabinieri se ne tornarono in città.

Arrivate alla fabbrica, intravedendo il manipolo di donne che avanzava, un gruppo di una ventina di operai interruppe il proprio lavoro e accolse le donne con grida di stupore, credendole un gruppo di scioperanti: «Da dove venite? Avete fatto sciopero? Quale sciopero?» (p. 44). Ma alla richiesta delle donne di dove si trovasse l'Impresario cui dovevano chiedere giustizia (nella sua nuova qualità di podestà, ovviamente) essi proruppero in risate:

“Giustizia? Ah, ah, ah”, gli operai risposero con una risata. “Quanto costa al chilo la giustizia?”, ci chiesero. “Sentite”, ci disse un operaio anziano con voce benevola. “Sentite, tornate a Fontamara, col Diavolo non c'è da ragionare” (p. 44).

Quello degli operai, però, non era lo sbeffeggiare irriverente e offensivo di chi si fa scherno, ma una risata amara di chi è a sua volta oppresso e maltrattato. Dalle loro parole, però, emergeva l'ombra di una sentenza: il Dio dei Fontamaresi, che era al primo posto della scala gerarchica dei poteri cui sottostare, sembrava aver dovuto cedere il passo a quel Diavolo dell'Impresario. Quel Diavolo, infatti, aveva ora il potere di determinare non solo le decisioni della sua fabbrica e i commerci di quel territorio, ma addirittura le sorti pubbliche della città e delle contrade di campagna e montagna di tutta la zona.

A questo punto, però, nella narrazione riparte il cortocircuito delle donne:

“L'Impresario non ha nulla a che fare con la deviazione dell'acqua; perché siamo venute qui?”. “È l'autorità”, gridava Marietta. “Solo l'autorità può decidere”. “Andiamo da don Carlo Magna”, rispose la moglie di Zompa. “Il ruscello sta per essere deviato verso la terra di lui. Dunque si tratta di una sua prepotenza”. Riprendemmo le stazioni della nostra *via crucis*, da Erode a Pilato, estenuate e avviliti (p. 45).

“Solo l'autorità può decidere”: a parlare è Marietta – gestrice dell'unica osteria di Fontamara, tre gravidanze successive alla morte del marito eroe di guerra di cui percepiva la pensione e per questo trattata malamente da diverse donne del paese, che la consideravano un'appro-

fittatrice e una poco di buono – che spera ancora in un ordinamento giuridico in grado, attraverso l'autorità preposta, di dirimere le controverse che il vivere sociale produce.

“Andiamo da don Carlo Magna. Il ruscello sta per essere deviato verso la terra di lui. Dunque si tratta di una sua prepotenza”: quest'altra voce è quella della moglie di Michele Zompa che respira come il marito la condizione dei cafoni come gli ultimi della lista.

Risuonano nell'aria altre parole, contenute nel “Dialogo sul potere” di Schmitt:

C.S. [...] Se infatti il potere che un uomo esercita su altri uomini deriva dalla natura, allora si tratta o del potere del genitore sulla sua prole, oppure della supremazia dovuta a zanne, corna, zampe, artigli, ghiandole velenifere e altre armi naturali. Ora, qui possiamo senz'altro prescindere dal potere del genitore sulla sua prole. Rimane quindi il potere del lupo sull'agnello. Un uomo che ha potere sarebbe quindi un lupo rispetto all'uomo che non ne ha. Chi è privo di potere si sente un agnello, almeno finché non giunge alla condizione di detenere un potere e di assumere il ruolo del lupo. È questo che significa l'espressione latina: “Homo homini lupus”¹³.

Detta con le parole dei Fontamaresi: «Se non c'è più giustizia, ce la facciamo da noi» (p. 39).

Terza tappa: don Carlo Magna, donna Clorinda e la negazione dell'acqua come diritto fondamentale

La visita a casa di don Carlo Magna, però, non dà l'esito sperato. Le donne di Fontamara vengono accolte, nella cucina dell'antica e signorile abitazione, dalla moglie del vecchio proprietario terriero, donna Clorinda, la reale padrona di casa dato che don Carlo è un «noto buontemponone, donnaiolo, giocatore, bevitore, mangione, uomo pauroso e fiacco» (p. 47).

¹³ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., 15.

Le donne vanno subito al sodo:

“Adesso anche l’acqua volete levarci?”, dissi io a donna Clorinda. “Non vi basta di averci ridotti in povertà? Volete mandarci in elemosina?”. “Sull’acqua comanda Iddio”, disse la Limona. “Non si può negare l’acqua della terra che ha sempre bagnato; è un sacrilegio; è un peccato contro la Creazione; di esso dovrete rispondere davanti al Trono Eterno” (p. 47).

L’acqua come bene comune. L’acqua come bisogno primario. L’acqua come diritto di coloro che ne hanno sempre usufruito per bagnare quelle terre che danno loro vita, pur in povertà. L’acqua come diritto naturale, attribuito agli esseri umani per dissetarsi, produrre cibo, sostentarsi e per molti altri aspetti della vita quotidiana necessari per sopravvivere. Negare l’acqua, quindi, è negare il diritto alla vita¹⁴.

Donna Clorinda stava per svenire dalla rabbia:

“Quello che ha fatto veramente il patto col Diavolo”, ci disse. “Nessuna legge lo trattiene. Se resta ancora un paio di anni, ci mangerà vivi, con le nostre case, la nostra terra, i nostri alberi, la nostra montagna. Quello ci sbrannerà tutti. Quello e la sua Banca dell’inferno ci manderanno tutti per elemosina. Poi si approprieranno anche delle nostre elemosine” (p. 48).

“Nessuna legge lo trattiene” sottolinea, pallida in volto, donna Clorinda parlando dell’Impresario e spiegando alle donne che le terre del marito erano state acquistate la settimana prima dall’Impresario, a prezzo ridotto, vista la loro distanza dal ruscello, ma ora che le stava trasformando in terre irrigabili avrebbe potuto rivenderle a prezzo maggiorato.

Il punto dolente della questione, tuttavia, non era tanto connesso alla speculazione commerciale realizzata dall’Impresario, nella sua qualità di imprenditore, ma dall’illegittimo arricchimento che questi stava ottenendo grazie ai poteri che gli erano stati riconosciuti nella sua funzione di podestà.

¹⁴ Cfr. art. 3 della Dichiarazione Universale sui Diritti Umani (1948) e Obiettivo 6 dell’Agenda 2030. Richiama «l’accesso all’acqua potabile e sicura» come «diritto umano essenziale, fondamentale e universale» anche Papa Francesco nell’Enciclica “*Laudato Si*” (n. 30).

La moglie di Zompa ingenuamente aveva chiesto: «“La legge non esiste anche per lui?”» (p. 48): già dopo pochi giorni dal suo insediamento nella sua nuova funzione pubblica, l’Impresario aveva già messo in atto i meccanismi tipici della corruzione, della concussione e del peculato, confondendo l’interesse comune con quello personale; utilizzando personale e attrezzature pubbliche per il proprio tornaconto di imprenditore e di proprietario terriero; approfittando dei poteri connessi alla sua carica politica e amministrativa come fosse *legibus solutus*, nel pieno stile che il regime fascista gli permetteva (anzi, chiedeva) di esercitare.

Quarta tappa: l’Impresario-podestà che trasforma i beni comuni in proprietà privata

E le donne se ne andarono così di nuovo verso la villa dell’Impresario divenuto podestà, arrabbiate, avvilita per tutto il tragitto di strada inutile compiuto lungo quella giornata, i piedi che bruciavano, la testa che girava per il caldo e la stanchezza. Lungo la strada incontrarono anche La Zappa, un capraro di Fontamara che era stato cacciato dalla guardia campestre (anche questa al servizio del podestà per i suoi interessi personali) intimandogli di non pascolare sul tratturo, perché doveva essere arato per conto dell’Impresario. La Zappa raccontò di aver risposto: «Il tratturo è dell’Impresario? [...] Allora anche l’aria è dell’Impresario» (p. 49). Perché, come ricordò Silone attraverso la voce narrante,

I tratturi sono sempre stati di tutti. Dalle nostre montagne fino alle Puglie, sono sempre stati di tutti. [...] Cristo non era ancora nato e si racconta che le cose andavano già in questo modo. Dopo sono successi tanti avvenimenti, guerre, invasioni, combattimenti di papi e di re, ma i tratturi sono sempre stati di tutti (pp. 49-50).

Più avanti nel racconto, Silone racconta che l’Impresario fa addirittura costruire una staccionata per delimitare il tratturo in modo tale da «mettere fine alle chiacchiere dei cafoni che non la smettevano di dubitare che qualcuno potesse impossessarsi di quel terreno che da millenni apparteneva a tutti» (p. 107).

Dall'epoca del diritto romano e dei beni di “proprietà” del *populus* o dei *municipia* o delle *coloniae*, si parlava di beni collettivi, o di beni comuni, di quei beni il cui uso era comune, comunitario, collettivo, rivolto a una comunità di esseri umani o all'utilizzo di umani e animali. Beni «essenziali per la sopravvivenza dell'uomo e per lo sviluppo della persona umana, strettamente collegati ai diritti fondamentali»¹⁵, beni cercati e sviluppati attraverso il valore della cooperazione e della socialità e perciò, come sostiene Francesco Viola, “beni relazionali”, come nel caso del ruscello che attraversava Fontamara. Beni, quindi, «che perderebbero il loro significato intrinseco se non fossero prodotti e fruiti da un'azione comune»¹⁶.

La vicenda del tratturo e quella del ruscello che attraversava Fontamara sono l'emblema di beni comuni che perdono il loro “significato intrinseco”, il loro senso profondo di bene a servizio di esseri umani e animali, a causa della loro trasformazione d'imperio in *res privata*. Ma non saranno gli unici provvedimenti parziali, ingiusti e dal tono autocratico che l'Impresario prenderà approfittando del suo ruolo di podestà.

Le donne arrivarono a casa dell'Impresario e trovarono la serva disperata perché gli ospiti avevano già iniziato a mangiare e il padrone doveva ancora rientrare. Si misero ad ascoltare, nell'attesa, l'eco di discussioni assurde e a tratti violente fra i commensali, le loro voci ebbre e le loro risate, e il canto del curato, don Abbacchio, che concludeva il banchetto con un «Ite, missa est» (p. 51). Le donne videro tutti gli invitati, ubriachi fradici, scendere le scale e andare a orinare nel giardino della villa: tutti i maggiori possidenti e notabili della zona davano uno spettacolo davvero deprecabile. Fino a quando arrivò finalmente l'Impresario, in abiti da lavoro, tanto che «nessuno, che non lo conoscesse, avrebbe supposto ch'egli fosse ormai l'uomo più ricco della contrada e il nuovo capo del comune» (pp. 51-52).

Benché si fosse accorto della presenza del gruppetto di donne di Fontamara, continuò a discutere e gridare animatamente con alcuni operai che lo avevano accompagnato.

¹⁵ P. MADDALENA, *Il territorio come bene comune*, Roma, 2014, 15.

¹⁶ B. PASTORE, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Le ragioni del diritto*, Bologna, 2018, 37.

“Non ho tempo da perdere” ci avvertì subito. “Neppure noi”, gli rispondemmo. “Cerchiamo giustizia e nient’altro”. [...] Marietta si fece avanti per spiegare la nostra richiesta; ma l’Impresario non le prestò attenzione e riprese a inveire con gli operai che l’accompagnavano (p. 52).

Così le donne sentirono che il carrettiere non era stato pagato il mese prima e rischiava di non essere pagato nuovamente perché rompeva troppe tegole nel trasporto; che i cementisti si lamentavano di lavorare dieci ore al giorno e venivano rimbalzati da un padrone che spocchiosamente ricordava loro di lavorarne dodici pur essendo il proprietario; che l’Impresario si lamentava con la moglie del ritardo da parte dell’architetto nel portargli il progetto che attendeva; che lui non aveva tempo di presenziare al banchetto degli invitati e che suggeriva alla moglie di dare loro da bere, così li avrebbe fatti contenti (p. 53).

Mettendo insieme le caratteristiche dell’Impresario e «il suo modo di fare e di parlare [che] metteva soggezione» emergono le fattezze ideali che il regime aveva previsto per l’esercizio del ruolo di podestà, finalizzate a veicolare sui territori un’immagine il più possibile determinata, capace, ma anche maggiormente rassicurante dell’uomo di potere fascista delegato al governo locale: una certa solidità economica, ritrovabile normalmente in imprenditori o proprietari terrieri (come l’Impresario), visto per la funzione di podestà di norma non era previsto alcun compenso (primo requisito: il benessere economico); l’essere sposati con rito religioso (secondo indicatore: la famiglia), un’età abbastanza giovane e l’assenza di imperfezioni fisiche (terzo: la salute e il benessere fisico), l’aver adempiuto alla leva militare (quarto: la patria), nonché la scontata iscrizione al Partito nazionale fascista (quinto e ultimo indicatore: la fedeltà al regime).

La narrazione descrive l’arrivo delle donne in concomitanza alla fine della festa, quando gli invitati piano piano cominciavano a prendere congedo. Nessuno, però, accennava a occuparsi delle donne di Fontamara e della loro richiesta di giustizia, perciò esse si misero di traverso in modo da non far uscire nessuno dal cancello e cominciarono a gridare e inveire contro tutte le ubriache autorità e gli alticci notabili:

“Vergognatevi di trattare così la povera gente. Ladri! Ladri! Anche noi siamo cristiani! Da stamattina siamo in giro senza che nessuno ci dia udienza. Iddio vi castigherà! Iddio vi punirà!”. Due o tre più corrive misero anche mano alle pietre e le tirarono contro una finestra del primo piano. I vetri volarono [...]. Tra gl’invitati vi fu un momento di panico. “È la rivoluzione!”, si mise a gridare il segretario comunale. “Chiamate la forza pubblica!” (p. 57).

L’Impresario arrivò dietro di loro e, ridendo, sicuro di sé, chiese alle donne cosa volessero fare dei suoi mattoni, se lapidarlo. E dicendo molto tranquillamente che era disponibile ad ascoltarle, le invitò a entrare nel giardino della villa e riportò la quiete fra le donne. Secondo alcune di loro, quell’uomo aveva una calma strana, da demonio.

Attraverso la voce di Marietta, le donne di Fontamara prospettarono la loro richiesta: punire i cantonieri per la loro prepotenza, perché stavano deviando un ruscello che era bene di Fontamara.

Ma il segretario comunale spiegò ciò che era accaduto la sera prima:

“Ecco qui una petizione con i nomi di tutti i contadini di Fontamara, insomma dei vostri mariti, senza una sola eccezione. La petizione chiede al Governo nell’“interesse superiore della produzione” che il ruscello venga deviato dalle terre insufficientemente coltivate dei Fontamaresi verso le terre del capoluogo “i cui proprietari possono dedicarvi maggiori capitali”” (pp. 58-59).

Le donne, tuttavia, sapevano come quelle firme erano state raccolte e per questo protestarono urlando la loro rabbia.

Arrivò, però, don Circostanza a ristabilire la calma: «“Queste donne hanno ragione”, si mise ad urlare, separandosi dai colleghi e venendo verso di noi. “Hanno dieci volte ragione, cento volte ragione, mille volte ragione”» (p. 59).

Don Circostanza era stato il sindaco del comune di cui anche la frazione di Fontamara faceva parte. Era chiamato “l’Amico del Popolo”, perché più che il sindaco era considerato “il Protettore” di Fontamara, cui chiedere piaceri in deroga alla legge. L’Amico e Protettore del Popolo aveva trovato nei Fontamaresi i fidati elettori per restare al governo della città, approfittando soprattutto della loro ignoranza.

Quando il voto era ancora a suffragio ristretto e potevano votare solo gli uomini che sapevano leggere e scrivere, don Circostanza aveva mandato

a Fontamara un maestro che insegnò a tutti i cafoni a scrivere il nome e il cognome di don Circostanza. I Fontamaresi votavano dunque sempre unanimi per lui; d'altra parte, anche volendo, essi non avrebbero potuto votare per altri, perché sapevano scrivere solo quel nome (p. 54).

In più egli aveva inventato il meccanismo elettorale delle “cinque lire di consolazione”, che pagava a ogni famiglia di Fontamara per ogni “morto-vivo” che votava per lui: aveva, infatti, suggerito ai Fontamaresi di non denunciare la morte di un familiare al Comune, ma di segnalarlo soltanto a lui e, a ogni elezione, di votare anche in nome e per conto del loro “morto-vivo”. Questo permetteva al Sindaco uscente di essere nuovamente rieletto e alle povere famiglie di Fontamara di garantirsi una discreta rendita di sopravvivenza: «quel vantaggioso sistema si chiamava, come l'Amico del Popolo ci ripeteva, la democrazia» (p. 55).

Le donne allora si zittirono, in fiduciosa attesa del loro vecchio Protettore, che richiamava anche questa volta ascolto e rispetto per le loro richieste e forse si stava ricordando di tutto ciò che dai Fontamaresi aveva ricevuto in passato in tempo di “democrazia”:

“Esse sanno che la legge è purtroppo contro di loro. Esse vogliono un accordo amichevole col podestà. Esse non fanno appello al capo del comune, ma al benefattore, al filantropo, all'uomo che nella nostra povera terra ha scoperto l'America. È possibile un accordo?” (pp. 59-60).

Rispetto. Rispetto per la loro dignità umana. Rispetto per le loro persone, nonostante la loro condizione di sofferenza, povertà e vulnerabilità. Perché anche quando la dignità sociale appare limitata, bistrattata, affaticata, non rispettata, la dignità umana non può mai essere cancellata. Pareva davvero che il vecchio Amico del Popolo fosse dalla parte dei più vulnerabili!

Tutti i notabili cominciarono ad avanzare proposte. Ma fu proprio don Circostanza a proporre la soluzione risolutiva e a mostrare la sua “vera pelle”:

Queste donne pretendono che la metà del ruscello non basta per irrigare le loro terre. Esse vogliono più della metà, almeno così credo di interpretare i loro desideri. Esiste perciò un solo accomodamento possibile. Bisogna lasciare al podestà i tre quarti dell'acqua del ruscello e i tre quarti dell'acqua che resta saranno per i Fontamaresi. Così gli uni e gli altri avranno tre quarti, cioè, un po' più della metà (p. 60).

L'Impresario certamente acconsentì e fu in fretta portato un foglio di carta per firmare l'accordo. Le donne tornarono a casa convinte di aver perso solo un quarto del ruscello che prima Fontamara poteva gestire interamente e di aver ottenuto di mantenere i tre quarti del suo sfruttamento. Ma era stato tutto un inganno. Dopo il malinteso della mattina, ecco l'inganno della sera.

L'ulteriore inganno dei “dieci lustri”

E ciò diventò ancora più evidente quando, giorni dopo, le opere di scavo del nuovo corso d'acqua furono finite e arrivò il momento di attuare l'accordo dei “tre quarti e tre quarti”. Arrivarono a Fontamara, infatti, tutte le autorità pubbliche, accompagnate da un notaio e da uno stuolo impressionante di forze dell'ordine, che fu schierato a cordone difensivo contro i cafoni, respinti a calci e spintoni verso le vigne.

Fu chiesto ai Fontamaresi di comporre una sorta di consiglio degli anziani del paese, cui fu concesso di partecipare all'incontro con le autorità. Era una concessione, però, meramente di facciata.

Il notaio avanzò verso il gruppetto e lesse l'accordo che era stato stipulato settimane prima in presenza delle donne di Fontamara, per la spartizione del ruscello, che indicava come tre quarti dell'acqua dovevano andare nel nuovo letto tracciato dal Comune e i tre quarti dell'acqua restante sarebbero rimasti nel vecchio fosso (p. 143).

L'inganno veniva confermato. Tensione e malcontento fecero precipitare la situazione: i paesani si sentivano ovviamente traditi da quella decisione.

Fu così che, per evitare una rivolta, don Circostanza (l'Amico di quale Popolo?) propose un'ulteriore (falsa) soluzione di compromesso, chiedendo di stabilire un termine oltre il quale l'acqua del ruscello sarebbe tornata integralmente al paesino di Fontamara.

L'Impresario propose cinquant'anni, sotto le proteste vivaci dei Fontamaresi; don Abbacchio propose allora quarant'anni, Pelino trentacinque, il notaio venticinque: il racconto descrive la situazione con il ritmo della morra cinese giocata dai vecchi di contrada.

Nessuno dei Fontamaresi prese parte all'accordo e vennero tutti a sapere giorni dopo che, su proposta del solito don Circostanza, «la perdita dell'acqua sarebbe durata dieci lustri» (p. 148). Dieci lustri erano esattamente i cinquant'anni proposti all'inizio dall'Impresario e contro cui i Fontamaresi si erano scagliati!

Per la seconda volta la retorica era diventata l'*escamotage* del potere.

Che (conclusione) fare?

Occorrerebbe arrivare fino alla fine del romanzo per cogliere e approfondire gli altri aspetti collegati all'esercizio del potere ingannatore, che appare trasversalmente in tutto il romanzo di Silone. Tuttavia, ci ripromettiamo di sostarvi ulteriormente altrove.

Ma, ora, che conclusioni possiamo permetterci di fare?

Di certo conclusioni che hanno porte e finestre aperte, per ritornare ancora alle molteplici tematiche che attraversano questo romanzo, così ricco di tratteggi rilevanti sul piano filosofico-politico e giusfilosofico e di riprese in prospettiva *law and humanities*.

Resteranno sicuramente da approfondire altrove almeno tre nuclei, *ex multis*: (1) la disuguaglianza di fronte alla legge come tratto costitutivo di ogni potere dispotico, che trasforma l'obbedienza richiesta dal diritto in (2) un'inevitabile coazione a obbedire a norme ingiuste, oppressive e mortifere. Ma anche, all'opposto, l'atto di "liberazione" dei Fontamaresi che ricorda come «l'obbedienza non è ormai più una virtù»¹⁷, perché è chiesta capacità di discernimento e di pensiero critico di fronte alla realtà. Quella che emerge dalla vicenda di Berardo Viola (rimasto nascosto nella nostra analisi, fin qui) e del "Solito Sconosciuto", fino all'epilogo di un indimenticabile "Che fare?".

¹⁷ L. MILANI, *Lettera ai giudici*, in ID., *L'obbedienza non è più una virtù*, Milano, 2020, 22.

Che fare? è domanda cruciale, che dovrebbe far vibrare, ogni giorno, la responsabilità e l’impegno di ciascuno.

L’impegno a ricordare che «solo fintanto che ci sono uomini che obbediscono a un altro uomo quest’ultimo detiene, grazie a loro, il potere. Se non gli obbediscono più, ecco che il potere svanisce»¹⁸.

E poi ancora ad avere il coraggio di raccontare, testimoniare, tramandare, spiegare che può accadere ancora: «È avvenuto, quindi può accadere di nuovo: questo è il nocciolo di quanto abbiamo da dire»¹⁹.
Serve una *traditio* del *Che fare?*

¹⁸ C. SCHMITT, *Dialogo sul potere*, cit., 17. Cfr. B. MONTANARI, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Milano-Udine, 2013, 133-139.

¹⁹ P. LEVI, *I sommersi e i salvati*, Torino, 2024, 157.

SOGGETTIVITÀ E POTERE

LA SCRITTURA ETNOLOGICA DI DE MARTINO E LÉVI-STRAUSS COME SPUNTO D'INDAGINE SOCIOLOGICO-GIURIDICA E FILOSOFICO-GIURIDICA

Ishvarananda Cucco

I. Premessa

A quali condizioni antropologiche si dà l'emergere del *potere* come fenomeno di rilevanza giuridica, politica e sociale? E a quali condizioni si dà il *giuridico* come forma di organizzazione, di regolazione e – nei casi in cui vige una qualche forma di Stato di diritto – di limitazione del potere? L'antropologia giuridica, muovendo da una prospettiva pluralistica, postula che il fenomeno giuridico non sia un'esperienza confinata entro l'orizzonte culturale occidentale, ma si esprima in forme diversificate ovunque vi siano società dotate di una qualche organizzazione interna¹. Il *nesso strutturale* fra *soggettività*, intesa come *autonomia del soggetto*, e *diritto*², e la *relazione costitutiva* fra le categorie concettuali della tradizione filosofica classica e la cultura occidentale moderna³, fra le quali svetta, appunto, quella di *soggetto* (e, a cascata, quelle di causa, di libertà, di volontà, di responsabilità, etc.)⁴ pone allo studioso interessato alle culture giuridiche maturate al di fuori del contesto europeo di chiarire se anche presso di esse si diano le condizioni per accedere alla (o a forme di) *soggettività*, e di definirne i possibili gradi di accesso. Gettando nuova luce sulle condizioni di possibilità di elementi coessen-

¹ Cfr. N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano, 1992.

² Cfr. C. MENKE, *Diritto e violenza*, Roma, 2022.

³ Cfr. É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee. Volume secondo. Potere, diritto, religione*, Torino, 2001.

⁴ Cfr. F. JULLIEN, *Essere o vivere. Il pensiero occidentale e il pensiero cinese in venti contrasti*, Milano, 2022.

ziali al giuridico, la produzione etnologica potrebbe allora fornire spunti interessanti non soltanto all'antropologia giuridica, e alla sociologia giuridica, ma anche alla riflessione filosofica attorno al diritto, apportando evidenze empiriche utilizzabili in una ricerca sull'*essere* stesso del diritto.

In uno dei suoi lavori più profondi e suggestivi, ma anche trascurati, Ernesto De Martino⁵ ha esplorato, attraverso un'eccezionale ricchezza di fonti e lo sguardo audace tipico del giovane studioso, il "dramma della soggettività" come categoria caratterizzante l'esperienza sociale, culturale e politica dei popoli tradizionali, e in ciò suggerendo al giurista interessato alle questioni precedentemente poste uno stimolante e originale percorso d'indagine. Pochi anni dopo, Claude Lévi-Strauss, in un'opera non meno importante per l'antropologia, ma anche per la grande letteratura di viaggio⁶, ha esaminato, con sguardo disincantato e a tratti pessimistico, ma in ogni caso intenzionalmente estraneo a ogni pregiudizio culturale, la spontaneità e la complessità dello strutturarsi dei rapporti sociali all'interno delle piccole tribù dell'Amazzonia, al punto d'intersezione fra religiosità, magia, economia di gruppo e guerra; uno sguardo egualmente suscettibile di approfondimento da parte del pensiero giuridico interessato alle radici sociologiche transculturali del fenomeno che in Occidente chiamiamo *diritto*.

Richard H. Weisberg⁷, Guyora Binder e Robert Weisberg⁸ hanno suggerito che fonti letterarie e saggi di discipline apparentemente estranee al diritto, in ragione della loro capacità di presentare da diverse prospettive *la vita delle persone* situata *dietro* al (sebbene non al di fuori del) fenomeno giuridico, possono fornire spunti utili per la conoscenza di questa disciplina, non soltanto in relazione allo studio approfondito

⁵ E. DE MARTINO, *Il mondo magico. Prolegomeni a una storia del magismo*, Torino, 2007.

⁶ C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, Milano, 2015b.

⁷ R.H. WEISBERG, *Poethics: And Other Strategies of Law and Literature*, New York, 1992.

⁸ G. BINDER, R. WEISBERG, *Literary Criticisms of Law*, Princeton, 2000.

di casi giuridici, ma anche, e soprattutto, per una ricerca orientata alla conoscenza del *diritto in sé*⁹.

Alla luce di tali premesse, il presente lavoro mira a rimettere a fuoco gli “appunti etnografici” di De Martino e Lévi-Strauss attraverso il nesso, giuridicamente strutturale, fra soggetto e potere nel quadro della relazione fra autonomia e diritto. È possibile ricavare da questi scritti elementi suscettibili di arricchire la conoscenza del diritto come fenomeno umano al di là delle partizioni culturali¹⁰, così da aiutarci anche a comprendere meglio le strutture sepolte, almeno nelle società moderne, dell’emergere primigenio del politico e del giuridico? Questa breve indagine si pone lo scopo di esaminare tale possibilità, attraverso un approccio che intende mantenersi aderente alla *scrittura scientifica* dei due antropologi, al fine di estrarne, per mezzo dei concetti stessi dell’etnologia, nozioni suscettibili di una rielaborazione sociologico-giuridica e filosofico-giuridica che possa porre in una prospettiva diversa la questione del rapporto fra soggettività e potere nel quadro della relazione fra autonomia e diritto.

2. *Il soprannaturale oltre i confini del diritto*

All’inizio del secolo scorso il pensiero giuridico ha manifestato ripetutamente interesse per le connessioni fra i concetti giuridici e le religioni arcaiche, la magia, il mito¹¹. Da questo indirizzo di ricerche è

⁹ Uso l’espressione impiegata da Sergio Cotta (in ID., *Il diritto nell’esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, 1991) per designare una «giuridicità specifica» la cui «funzione immanente» consiste nel «confermare l’individuo nella sua relazionalità ontologica universale, conferendo alla legalità il contenuto concreto d’una giustizia universale» (ivi, 182-183), rendendo in ciò esplicito il fatto che il «fenomeno giuridico non è inscritto in, non appartiene in modo esclusivo a, una cultura o a talune culture affini, a uno o a taluni periodi storici, a uno o a taluni enti politici, bensì è rintracciabile in tutte queste forme dell’esistere umano». Da questo segue la constatazione che il giuridico sia «un fenomeno transculturale, trans-storico, transpolitico, ossia un fenomeno sincronicamente trasversale e diacronicamente transitivo» (ivi, 237).

¹⁰ Cfr. S. COTTA, *op. cit.*

¹¹ A tale riguardo, è possibile citare diversi studi, oramai risalenti, come quelli di P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959; R. ORESTANO, *I fatti di normazione*

possibile ricavare un elemento importante ma talvolta trascurato: *l'essenza nebulosa* dei concetti giuridici e, quindi, in una certa misura, del diritto stesso, anche a dispetto del rigore che da sempre esso persegue. Si tratta, però, di una incertezza feconda, poiché ha mantenuto aperti gli orizzonti di sviluppo del giuridico e, di conseguenza, ha contribuito a definire il diritto come lo conosciamo, nella sua complessità e nel suo spessore. Una nebulosità, tuttavia, che sembra ripresentarsi in forma problematica nei momenti di crisi, come nell'epoca attuale, così gravida di incertezze e trasformazioni. Di recente, infatti, Giuseppe Zaccaria ha parlato addirittura di *postdiritto* per indicare i

profondi fattori di crisi e di alterazione all'interno di un corpus giuridico un tempo compatto ed omogeneo, in conseguenza dei quali [i] soggetti e [gli] enti sono costretti a continuare le loro funzioni in un quadro ampiamente e strutturalmente mutato¹².

Ecco che i concetti giuridici perdono aderenza rispetto alla fattualità, rispetto alla contingenza della vita associata in cui, invece, gli individui sperimentano mutamenti sempre più rapidi di condizioni, di esigenze e di rapporti che richiedono di essere inquadrati e regolati nello spazio pubblico e che il giuridico, forse proprio perché manchevole di categorie adatte, sembra far fatica a ordinare e tradurre in norme e istituzioni.

Per capire la direzione di queste trasformazioni radicali e per riuscire a coniare formule adatte al nuovo sarebbe forse ancor più utile ritornare alle origini del diritto. Ma come indagarle? E con quali strumenti? I corposi studi di inizio Novecento precedentemente menzionati, sorti non a caso in una fase di instabilità e transizione, suggerirebbero di concentrare l'attenzione soprattutto sull'*esteriorità* del diritto, ossia su

nell'esperienza romana arcaica, Torino, 1967; H. WAGENVoort, *Imperium: studien over het "mana" begrip in zede en taal der romeinen*, Amsterdam, 1941; ID., *Roman dynamism: studies in ancient Roman thought, language and custom*, Oxford, 1947; A. HÄGERSTRÖM, *Das Magistratische ius in seinem Zusammenhang mit dem römischen Sakralrechte*, Uppsala, 1929; ID., *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, Uppsala, 1941; ID., *Inquiries into the nature of law and morals*, Stockholm, 1953; ID., *Philosophy and religion*, London, 1964; K. OLIVECRONA, *Law as Fact*, London, 1971.

¹² G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, 13.

quei suoi confini incerti e sfumati che, a un tempo, lo separano e lo legano a ciò che lo ha preceduto: la magia e la religione. La letteratura, da questo punto di vista, può assumere la funzione di valido strumento. Tuttavia, se la ricerca sull'origine dei concetti del diritto – si pensi in particolare a quelli su cui Zaccaria intravede mutamenti radicali – diventa anche un'indagine sull'estensione e sulla presa transculturale di queste stesse nozioni, la dimensione narrativa della letteratura potrebbe non essere sufficiente, poiché si avrà anche bisogno di forme di scrittura capaci di riconoscere questi stessi concetti laddove si presentano in forma dissimulata, all'interno di altri contesti culturali. Ecco che la letteratura antropologica sembra maggiormente adatta per questo scopo.

I testi di cui si farà uso in questa sede (*Il mondo magico* di De Martino e *Tristi Tropici* di Lévi-Strauss) si presentano come una letteratura per così dire “composita”. Entrambi saggi di etnologia, non si limitano a una scrittura scientifica, a essere cioè elaborazioni sistematiche di dati etnografici raccolti sul campo. In entrambi, piuttosto, si cerca di mantenere intatta *la forza espressiva del referente*¹³. In altri termini, in entrambi i saggi si cerca, nella misura in cui ciò è possibile attraverso categorie linguistiche ospiti, di lasciar parlare l'Altro, facendo sì che la traduzione scientifica sia orientata più a *stimolare* le forme di comprensione, cioè le categorie dello studioso, che non a *comprimere* la cosmologia, la mitologia, il diritto e la politica dei popoli nativi in queste stesse forme.

Come accennato in precedenza, in questa sede ci si soffermerà su due dimensioni antropologiche, la *soggettività* e il *potere*, le quali intrattengono un rapporto *essenziale* col giuridico, in quanto condizioni di possibilità sia del suo emergere (la soggettività) sia del suo dispiegarsi e definirsi nella tessitura di rapporti intersoggettivi e istituzionali¹⁴ (il

¹³ Attraverso un esercizio di distacco dalla cultura d'origine, esercizio più semplice per il Lévi-Strauss ribelle e critico verso la filosofia europea (cfr. *ivi*, 43-44, 50) che per il De Martino fortemente condizionato dalla cornice dell'idealismo crociano (cfr. C. CASES, *Introduzione*, in E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, cit., XVI ss.).

¹⁴ Il potere, dunque, inteso sia in senso giusprivatistico come possibilità di un soggetto di produrre determinati effetti giuridici, sia in senso giuspubblicistico come *Herrschaft* weberiana, ossia come capacità, fondata su un'organizzazione di tipo legale, di ottenere obbedienza dai consociati.

potere). Il tentativo qui condotto consiste nel presentare uno spaccato di certe culture tradizionali – con tutti i limiti, soprattutto di riduzionismo, che un’operazione “di carotaggio” come questa comporta, e che il lettore avvertito dovrebbe tenere in debita considerazione – per mettere in rilievo i segni di emersione di queste due dimensioni, utili a tracciare itinerari di riflessione filosofico-giuridica che verranno lumeggiati, per quanto possibile, nella parte conclusiva.

3. De Martino: la soggettività, da presupposto a problema

Scrivono Ernesto De Martino che la «singolarizzazione individuale, l'apprendersi come un dato unitario», ossia ciò che in Occidente diamo per presupposto e definiamo convenzionalmente col termine *soggettività*¹⁵, «nel mondo magico [cioè presso i popoli tradizionali] [...] sta an-

¹⁵ Per quanto riguarda lo spirito nella nostra civiltà «entra nella storia soltanto lo scegliere e il decidere per entro le forme dell'arte, del linguaggio, della religione e del mito, del sapere scientifico, della economicità, della politicità, del diritto. Ma non entra nella storia lo scegliere e il decidere per entro la *forma fondamentale* – il “supremo principio” – dell'unità trascendentale dell'autocoscienza. Invero l'esserci elementare della persona, che l'unità trascendentale condiziona e fonda, vale per noi [per gli appartenenti alla nostra civiltà] come un immediato che ci accompagna costantemente nella nostra vita culturale. In altre parole: nella determinazione (e nella limitazione) attuale della nostra consapevolezza storiografica, l'esserci unitario della persona, la sua “presenza”, si configura come il *mai deciso* o (che è poi lo stesso) come il *sempre deciso* [o il *deciso una volta per sempre...*], e per ciò stesso come ciò che non entra nel mondo delle decisioni storiche. La *nostra* presenza decisa e garantita è pertanto assunta (sempre in tale limitazione della nostra consapevolezza storiografica) come il modello di ogni possibile presenza storica: in qualsiasi mondo storico e culturale la presenza *deve* essere ricalcata su questo modello, e in nessuna forma di civiltà la realtà della assenza può essere concepita come un problema, come una realtà condenda, come un istituto *in fieri*. Si ha così la ipostasi metafisica di una formazione storica», E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, cit., 159-160, corsivi nel testo. Si noti come nozione di *storia* impiegata da De Martino richiama da presso l'accezione idealistica del concetto. L'espressione «entrare nella storia» qui usata dall'autore allude al convergere del soggetto (occidentale) in una “negoziiazione dialettica” col mondo, il cui risultato si dà potenzialmente nelle due direzioni di un incremento della coscienza, mediante la conoscenza, e di una trasformazione del mondo stesso mediante l'agire creativo. Tutto cambia quando, come nel caso delle società tradizionali, ricomprende in quello che De Martino chiama “mondo

cora come problema»: «nel mondo magico l'individuazione non è un fatto, ma un compito [...], e l'esserci è una realtà condensa»¹⁶. Di questo *compito* si fa carico una figura particolare: lo sciamano o lo stregone. De Martino chiama costui, o costei¹⁷, «l'eroe della presenza»¹⁸, si tratta cioè di una figura prometeica che ha accesso *individualmente* alla presenza, al culmine di una lotta che questi instaura con un mondo so-

magico», è il *soggetto* stesso (qui privo del sicuro ancoraggio rappresentato dal trascendentale dell'autocoscienza) a essere *oggetto* di questa negoziazione, ossia si trova a essere una forza intensiva indeterminata in un campo di forze (gli spiriti), dunque parte di un mondo di presenze incerte e sfuggenti, la cui permanenza e il cui raggio d'azione di ciascuna rispetto alle altre è il risultato di un'opera ordinativa, *regolativa*, compiuta da chi è in grado di comandare tali potenze, come lo sciamano.

¹⁶ E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, cit., 75.

¹⁷ Molto spesso, infatti, è una figura femminile ad assolvere a questo importante compito, in ragione della sua innata capacità di *sentire*, di sviluppare cioè assai meglio di una figura maschile forme percettive che le rendono agevole il contatto col sovrannaturale. La funzione dello sciamano, infatti, come spiega anche De Martino, richiede una soggettività non consolidata, perfino un'identità non definita: un io aperto all'attraversamento di stati e di mondi. Sostanze psicotrope, musica ritmica, danza, alterazioni autoindotte da fasi prolungate di veglia o di digiuno, etc. hanno la funzione di rendere possibile o facilitare questo "viaggio" fra i diversi strati della realtà (e dell'interiorità). Presso popoli tradizionali diversi, e anche in assenza di contatti fra loro, si registra come il ruolo dello sciamano sia spesso riservato a persone che in Occidente, per il loro orientamento sessuale, verrebbero etichettate come "omosessuali", o alle quali, in presenza di certe alterazioni della personalità, verrebbero diagnosticati "problemi psichici", ma che presso tali società godono invece di particolare considerazione, per la loro innata capacità di vivere *fra*, di padroneggiare quella che Eliade chiamava la *disgiunzione*. A tale riguardo, cfr. il monumentale studio di M. ELIADE, *Lo sciamanismo e le tecniche dell'estasi*, Roma, 2005, in particolare le pp. 42-52.

¹⁸ E. DE MARTINO, *Il mondo magico*, cit., 122. Lo sciamano diviene tale innanzitutto in quanto designato sin dall'infanzia per determinate caratteristiche psichiche (che in Occidente sarebbero rubricate all'interno della categoria clinico-psichiatrica), o in seguito al superamento di gravi malattie, e in secondo luogo dopo un percorso iniziatico caratterizzato da morte e rinascita rituali: da una morte simbolica costituita dall'indebolimento indotto della presenza (lunghi digiuni, traversate estenuanti, solitudine nella foresta, prolungato isolamento in territori inospitali o all'interno di luoghi angusti, uso di sostanze psicotrope, etc.) e recupero della presenza nella forma trascesa dell'"uomo-(o donna)-medicina", cioè di colui o colei che è in grado di restituire la presenza, in termini di vigore: fisico, psichico, spirituale. Cfr. ancora M. ELIADE, *Lo sciamanismo e le tecniche dell'estasi*, cit.

vrannaturale popolato da forze, da spiriti, da demoni: *presenze*, appunto, nella doppia accezione demonologica e teoretica¹⁹. Del resto, presso queste popolazioni sciamani e stregoni sono, come spiega Lévi-Strauss, «gli anelli di congiunzione fra gli uomini e [...] [un] equivoco universo di anime maligne, a un tempo persone e oggetti»²⁰.

Ora, lo sciamano favorisce la costituzione della soggettività a due livelli: individuale e collettivo. Nel primo caso, riafferma la presenza “smarrita” del singolo, ammalato o sotto l’effetto di un sortilegio. Nel secondo caso, riafferma e consolida una presenza di tipo collettivo, l’essere sociale o gruppale, servendosi a questo scopo dell’amministrazione del culto attraverso i riti, a loro volta ancorati a una tradizione mitologica il cui statuto sconfina facilmente nel religioso: circostanze essenziali, queste, la cui regolarità scandisce un *ordine* nel caos di un cosmo massimamente popolato e attivo. In questo atto *ordinatore* che è coagulato nel rito collettivo possiamo già intravedere, assumendo uno sguardo non estraneo a maestri come Paolo Grossi, un principio di giuridicità²¹.

De Martino utilizza il concetto di *dramma della presenza* per indicare questa soggettività costantemente da riaffermare, e quindi stabilmente in bilico, questa precarietà dell’io (individuale-e-collettivo: le due polarità si tengono) incessantemente da negoziare in relazioni di con-

¹⁹ Si tratta di un mondo, dunque, che, a differenza di come avviene presso le culture occidentali, non è pensato come *res extensa*.

²⁰ C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, cit., 198.

²¹ Come afferma Paolo Grossi, «l’essenza del diritto non è in un comando ma nell’atto di *ordinare*», P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari-Roma, 2003, 16, corsivo nel testo. Questa *creazione di ordine* attraverso il rito collettivo orchestrato dallo sciamano suggerisce che il farsi della soggettività pubblica, cui tale ritualità contribuisce massimamente presso i popoli tradizionali, coincide – assumendo una prospettiva e dei concetti europei – col farsi del diritto come *ordinamento*, e dell’ordinamento come *istituzione*, cioè come «opera superindividuale che la coscienza comune [...] proietta al di fuori e al di sopra della labilità dei singoli impulsi e volontà», *ivi*, 30. Si tenga presente che l’istituzione, come spiega Grossi, consente anche la «composizione del dualismo separatorio fra dimensione soggettiva e oggettiva» (*ivi*, 33), cioè fra la dimensione potestativa e imperativa del soggetto e la dimensione pluralistica di ogni società (cfr. *ibidem*), costituendosi quindi come punto di raccordo e di sutura fra l’individuale e il collettivo, fra – per tornare alle nozioni di questo studio – la dimensione personale della soggettività e la sua espressione pubblica che trascende e incorpora i singoli.

flitto e/o alleanza con potenze soprannaturali malevole o benigne. La narrazione mitica dei popoli tradizionali non fa che *esprimere* questa lotta incessante del soggetto individuale e gruppale. Il mito, infatti, rappresenta in forma narrativa l'idea di un *inizio aperto*²², principio che si ripresenta continuamente nell'esistenza di ciascuno attraverso conflitti della presenza che richiedono continuamente una composizione, pena una disgregazione individuale rovinosa in quanto metastasi del gruppo²³. Un mito, proprio come l'io che prende parte al “dramma della presenza”, rinnova così, attraverso la narrazione, il suo principio ma non può mai giungere a un punto d'arrivo, a una chiusura²⁴.

Nelle società tradizionali si dà quindi in modo permanente quella condizione²⁵ che per la società occidentale moderna si dà come una pietra d'inciampo: quella della presenza come assenza, o dell'assenza come presenza; il problema di una soggettività sfuggente, ciò che Rim-

²² Cfr. K. KERÉNYI, *Gli dèi e gli eroi della Grecia. Il racconto del mito, la nascita della civiltà*, Milano, 2015; ID., *Miti e misteri*, Torino, 2017; J.P. VERNANT, *L'universo, gli dèi, gli uomini*, Torino, 2014; ID., *Mito*, Roma, 2021.

²³ Occorre specificare che queste società sono particolarmente piccole. La tribù Nambikwara presso cui Lévi-Strauss svolse la sua indagine sul campo alla fine degli anni Trenta del secolo scorso contava poco più di una dozzina di effettivi. Ciò rende più facile comprendere il nesso fra la “salute” del singolo e quella del gruppo qui evidenziato, nesso che conferma e rende esplicita l'esistenza di una solidarietà meccanica così come proposto da Émile Durkheim.

²⁴ Tanto è vero che, come insegna Lévi-Strauss nelle *Mythologiques*, neppure ha senso cercare di individuare una *versione originale* di un mito. Un mito, è questa in sintesi la rivoluzione introdotta dall'approccio lévi-straussiano, abbraccia l'intera pluralità di tutte le sue varianti, e il suo scopo pratico consiste nel servire da dispositivo pre-filosofico di inquadramento di problemi sociali come processi aperti ed esposti all'alea degli eventi nel loro farsi; proprio come nel caso del farsi del soggetto nelle società fondate sul mito, che può anche essere un perdersi... Cfr. in particolare C. LÉVI-STRAUSS, *Il crudo e il cotto*, Milano, 2016.

²⁵ Il “dramma della presenza” per i popoli tradizionali non è affatto un dramma, poiché è la condizione normale, e in un certo senso feconda, per l'individuo del “mondo magico”. Si tratta di un “dramma” che il mito mette in scena secondo una modalità narrativa risolvendolo in essa, nel suo reiterarsi rassicurante per il singolo e cementante il gruppo, ma che costituisce una sfida per il pensiero filosofico-giuridico, che si confronta qui una condizione di indeterminazione che annuncia l'assenza di un suo elemento essenziale, il soggetto appunto, referente essenziale del giuridico in quanto nucleo di agire consapevole, dunque di volontà, di libertà e quindi di responsabilità e imputabilità.

baud ha battezzato con la celebre esclamazione “Je est un autre!”. Una condizione che nella modernità è stata descritta da capolavori della letteratura visionaria come quelli di Franz Kafka, che ne ha colto con acume e tragica ironia la drammatica problematicità per il diritto. Si pensi a opere come *Il Castello* o *Il Processo*, in cui la personalità del protagonista (già di suo privo di identità precisata: il Signor K.) risulta incerta ed esposta alle forze – ovviamente avverse, dato il rovesciamento con cui abbiamo a che fare – di un diritto labirintico (il tribunale de *Il processo*) e inaccessibile (il castello dell’omonimo racconto), dunque incomprensibile e conseguentemente ingiusto; ciò perché labirintico e inaccessibile è il *soggetto* stesso, privato della sua consistenza individuale e quindi della sua collocazione sociale²⁶. Questo “dramma della presenza”, che è poi il *dramma dell’assenza del Soggetto*, ha turbato e interrogato a tal punto il pensiero europeo di inizio Novecento che Freud vi fonderà addirittura una scienza nuova (la psicoanalisi).

4. Lévi-Strauss: instabilità e reciprocità del potere nelle “democrazie primitive”

Se, allora, lo sciamano è “la nutrice” che facilita il venire alla luce della soggettività individuale e collettiva, il capo tribù, per quanto riguarda la soggettività nella sua manifestazione/estensione sociale, ne costituisce il (provvisorio, come si vedrà) punto d’ancoraggio. Lévi-Strauss lo dimostra spiegando il significato della parola *Ulikandé*, usata dai Nambikwara del Mato Grosso per designare il capo. Il termine, spiega l’antropologo,

sembra voler dire “colui che unisce” o “colui che lega insieme”. Questa etimologia suggerisce l’idea che lo spirito indigeno [cioè l’intelletto dei nativi] è cosciente di quel fenomeno [...] [secondo cui] il capo appare

²⁶ I protagonisti dei due romanzi sembrano i soggetti agenti, in proiezioni oniriche, i quali non fanno che rispecchiare il soggetto che li evoca. Il castello e il tribunale, in quanto luoghi-simbolo dei due romanzi, sono il riflesso ingigantito e mostruosamente deformato dei labirinti interiori del protagonista di questi stessi incubi letterari, incubi il cui ambiente, forse, costituisce una proiezione del mondo del sognatore stesso (il signor K=Kafka?).

come la causa del desiderio del gruppo di costituirsi come tale, e non come l'effetto del bisogno di una autorità centrale, sentito da un gruppo già costituito²⁷.

Il capo, quindi, *incarna* in senso letterale la *volontà* del gruppo di essere un'entità unitaria, un "soggetto collettivo"²⁸, di farsi *società*.

Ora, in questa «democrazia primitiva»²⁹ – come la definisce Lévi-Strauss – il «potere autocratico [del capo] è più apparente che reale»³⁰. Qui, difatti,

il consenso è a un tempo l'origine e il limite del potere [...] le relazioni politiche si riducono a una specie di arbitraggio fra il talento e l'autorità del capo da una parte, e il volume, la coesione, la buona volontà del gruppo dall'altra; tutti questi fattori esercitano gli uni sugli altri una influenza reciproca³¹.

Presso questi popoli, pertanto, il potere poggia su un accordo collettivo, il quale «nella vita quotidiana si esprime con un gioco di prestazioni e controprestazioni che si svolge fra il capo e i suoi compagni, e che fa della nozione di *reciprocità* un altro attributo fondamentale del potere». Infatti, «il capo ha il potere ma deve essere generoso», per esempio nella distribuzione dei proventi della caccia, e «fra lui e il gruppo si stabilisce un equilibrio continuamente rinnovato di prestazioni e di privilegi, di servizi e di obbligazioni»³². Per questi motivi, l'au-

²⁷ C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, cit., 261.

²⁸ Del resto, anche la responsabilità presso queste società non è personale, ma collettiva. Scrive in proposito Ernst Cassirer: «il soggetto "morale" non è l'individuo, bensì il gruppo: il clan, la famiglia e la tribù intera sono responsabili delle azioni di tutti i loro componenti. Se viene commesso un delitto, esso non è imputato a un individuo. Per una sorta di miasma o di contagio sociale il delitto [la colpa del delitto, quindi la responsabilità in senso morale e giuridico] si diffonde su tutto il gruppo. Nessuno può sfuggire alla contaminazione. Anche la vendetta e la punizione sono sempre dirette al gruppo come un tutto», E. CASSIRER, *Il mito dello Stato*, Milano, 2010, 302-303.

²⁹ C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, cit., 263.

³⁰ *Ivi*, 261.

³¹ *Ivi*, 266.

³² *Ibidem*, corsivo mio. Il potere non viene cercato, ma "capita" per così dire all'individuo che si trova designato dal vecchio capo, e che questi vive come un compito gravoso, e purtuttavia da assolvere per il bene del gruppo. A volte, racconta Lévi-

torità del capo è continuamente incerta, in bilico, e la sua sostituzione è una eventualità sempre possibile. Allo stesso modo, e per le stesse ragioni, il gravame dell'autorità viene spesso rifiutato dai designati.

Qui il nesso fra soggettività individuale e soggettività collettiva emerge in modo chiaro, manifestando i limiti strutturali di questa figura speculare. È come se la fragilità della soggettività individuale si ripercuotesse nella soggettivazione del gruppo, nella capacità del gruppo di farsi soggetto collettivo, di costituirsi quindi in una entità sociale permanente. Il gruppo, se da una parte beneficia degli effetti di un potere non accentrato, ripartito, come abbiamo visto, in una struttura di reciprocità fondata su relazioni fondate su diritti e obblighi, prestazioni e controprestazioni, dall'altra paga un prezzo in termini di consistenza e durata; esso è effimero, esposto al fallimento di questo difficile bilanciamento centrato sulla capacità di ciascuno di farsi carico delle proprie obbligazioni, ossia di dare risposta alla fiducia ricevuta e sulla quale, a ben guardare, si fonda in ultima istanza la sopravvivenza di ogni singolo componente. In definitiva, quindi, il limite di questa "democrazia primitiva" è precisamente nella consistenza particolarmente effimera del gruppo che la costituisce³³.

Strauss, in nome di questo stesso bene, tale offerta viene rifiutata in modo netto. «In effetti – spiega l'antropologo – il potere non sembra costituire l'oggetto di un'ardente competizione, e i capi che ho conosciuto, più che trarne motivo di orgoglio, si lamentavano spesso dei loro pesanti incarichi e delle loro responsabilità», *ivi*, 261. La designazione di un nuovo capo è prerogativa del capo-tribù anziano, per ragioni di età, ma non diventa mai effettiva senza l'accordo del gruppo e, in ultimo, l'accettazione del designato. Un capo inadeguato può essere facilmente destituito.

³³ «Non esiste struttura più fragile della banda nambikwara. Se il capo sembra troppo esigente [...] o se è incapace di dare una soluzione soddisfacente al problema dell'alimentazione nei periodi di carestia, è inevitabile che sorga il malcontento. Individui o famiglie intere si separeranno allora dal gruppo e raggiungeranno un'altra banda che goda di reputazione migliore [...] Verrà un giorno in cui il capo si troverà alla testa di un gruppo troppo ridotto per far fronte alle difficoltà quotidiane [...] In tal caso la sua unica risorsa sarà di abbandonare il comando e di allearsi, coi suoi compagni, a una fazione più fortunata. È dunque evidente che la struttura sociale nambikwara è allo stato fluido. La banda si forma e si disorganizza, si accresce e sparisce. Nel corso di pochi mesi la sua composizione e il suo effettivo mutano totalmente. Gli intrighi politici nell'interno della banda stessa e i conflitti con le bande vicine impongono il loro ritmo a

5. Considerazioni filosofico-giuridiche e sociologico-giuridiche

La configurazione antropologica e sociale che emerge sovrapponendo lo sguardo etnologico di De Martino e di Lévi-Strauss rappresenta una sfida non semplice per uno sguardo filosofico-giuridico. Infatti, il soggetto non è solo un tassello primario della vita associata, ma è anche il referente essenziale del giuridico: epicentro di volontà e libertà, dunque di capacità di agire, e quindi nucleo imprescindibile di imputabilità e responsabilità. Del resto, la letteratura antica, in particolare la tragedia³⁴, ha esplorato – e, non a caso, proprio alla *giuntura storica* fra *mythos* e *logos*³⁵, cioè fra tradizione orale e magica (il *mondo magico* di De Martino o il *pensiero magico* o *mitico* di Lévi-Strauss)³⁶ e tradizione logico-razionale – questa situazione ambivalente e problematica della soggettività, e che proprio in quella fase storica, dal punto di vista giuridico, si trovava a un crocevia essenziale: in bilico fra l’arcaico diritto della vendetta e il nascente diritto della legge. Come scrive Christoph Menke³⁷, riflettendo sulle *Eumenidi* di Eschilo, «i racconti che rendono effettiva la giustizia della vendetta sono privi di soggetto; si raccontano come i racconti del mito. I racconti, la cui contrapposizione attiva il caso giuridico, sono invece i racconti di una parte»³⁸, vicende cioè in cui il narratore può dire “Io”, e in cui la vicenda stessa è configurata secondo una stratificazione causale di cui il soggetto è vertice e

queste variazioni, e la grandezza e la decadenza degli individui e dei gruppi si succedono in un modo spesso sorprendente», C. LÉVI-STRAUSS, *Tristi Tropici*, cit., 259.

³⁴ Come scrive Christoph Menke, «il genere della tragedia e l’istituzione del diritto sono reciprocamente legati, nel loro sorgere e nella loro struttura: la tragedia è il genere del diritto e il diritto è la giustizia della tragedia», C. MENKE, *op. cit.*, 19.

³⁵ Cfr. G. COLLI, *La nascita della filosofia*, Milano, 1975.

³⁶ Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Il pensiero selvaggio*, Milano, 2015.

³⁷ Il riferimento è alle *Eumenidi* di Eschilo.

³⁸ C. MENKE, *op. cit.*, 26. Prosegue Menke: «Il problema, e quindi il risultato, di un procedimento (legale) è la verità: essa dev’essere innanzitutto trovata e sorge alla fine di un “processo di accertamento e di giudizio”», *ibidem*. Nella tragedia greca, quindi, inizia a esprimersi secondo una specifica modalità narrativa il *logos* del diritto come itinerario sistematico del pensiero verso l’accertamento di una vicenda, di un evento suscettibile quindi di costituirsi come *fatto giuridico*, ma anche come sistema di verifica della sua verità e di esame delle sue conseguenze.

capofila. Ma qui la vera novità per il diritto non è soltanto nel riconoscere al soggetto una funzione nuova, quella di attore responsabile della propria vicenda, ma anche, e forse soprattutto, quella di riconoscere l'alterità implicita nell'idea di soggettività come concetto che trascende l'io.

Uscire dalla giustizia della violenza ed entrare in quella del diritto – spiega Menke – esige dai contraenti di rinunciare al diritto di giudicare sul proprio caso e di riconoscere *l'altro* come colui che può giudicare su di esso.

Ecco il punto teoretico decisivo: *l'Altro*, come entità individuale e meta-individuale. Questo Altro, infatti, specifica ancora Menke, è «*un terzo* che sta sopra di loro: il giudice imparziale. Con questo [...] decentramento comincia la soggettivazione richiesta dal diritto»³⁹.

È come se il costituirsi del soggetto individuale, l'Io, come premessa del soggetto di diritto implichi necessariamente il riconoscimento dell'io anche come oggetto, ossia come requisito comune a “me” e a “te” (livello individuale), a “noi” e a “voi” (livello collettivo)⁴⁰, dunque come *condizione* suscettibile di separarsi dalla sfera meramente egoica al punto da poter divenire oggetto e soggetto in e di un esame obiettivo, e in grado quindi di ri-coagularsi in un punto d'osservazione esterno sia al “me” sia al “te” capace di comprendere e *giudicare*, da fuori, tutti col medesimo metro: giudice del foro interno (coscienza individuale) o giudice del foro esterno (sistema normativo e giurisdizione).

Abbiamo qui a che fare con un «superindividuale»⁴¹ che scaturisce dal soggetto, dalla sua capacità di fare esperienza *nel* e *del* mondo, ma lo supera e lo trascende in un movimento di uscita dal sé che nel riconoscere la soggettività come fattore comune all'Io e all'Altro è in grado

³⁹ *Ivi*, 27, corsivi miei. E aggiunge: «l'ordine della vendetta è caratterizzato non da una mancanza ma da un'abbondanza di giustizie. Il diritto mette fine a tutto questo imponendo un'unica legge» (*ivi*, 31).

⁴⁰ A questo proposito sembra significativo il fatto che presso moltissime società tradizionali il concetto di *uomo* si fonde e si confonde con il nome stesso della tribù, rendendo particolarmente problematici sia il riconoscimento sia la classificazione di individui umani estranei al gruppo. Cfr. C. LÉVI-STRAUSS, *Razza e storia*, Torino, 2002, 11.

⁴¹ Così Paolo Grossi definisce l'*istituzione*: cfr. ID., *Prima lezione di diritto*, cit., 30.

di ritornare al punto d'origine, trasformato, però, in un "sé più grande" e più inclusivo del "sé" sociale del gruppo arcaico: il *terzo* del diritto⁴² appunto, seguendo dunque una dinamica che, a ben guardare, non è circolare-bidimensionale ma spiraliforme-tridimensionale.

È ora possibile provare a tirare le somme di quanto esaminato fin qui. In prima analisi, la formula etnologico-psicologica di *dramma della presenza* coniata da De Martino e la formula etnologico-politica di *democrazia primitiva* coniata da Lévi-Strauss suggeriscono che vi sia un rapporto inversamente proporzionale fra soggettività e potere: a fronte di una certa fragilità della prima si creano le condizioni per una costruzione del potere politico maggiormente permeabile alla negoziazione, e prevalentemente fondato su solidarietà e reciprocità. Ora, in un'epoca come quella attuale, contrassegnata da una permanente crisi del soggetto e in cui si osserva, paradossalmente, un estendersi dei campi tradizionalmente connessi all'idea di soggettività – per esempio a forme di vita non umana – l'antropologia ci suggerisce di meditare sulle esperienze culturali che essa studia. La crisi del soggetto cartesiano inteso e l'estensione dei contrassegni della soggettività⁴³ se da una parte conferiscono al singolo individuo, almeno potenzialmente, nuove possibilità di azione e di affermazione, dall'altra pongono, altrettanto potenzialmente, elementi di crisi alle costruzioni super-individuali, *in primis* lo Stato, il cui concetto stesso esprime un'idea di immobilità e stabilità che la modernità ha mutuato proprio dal soggetto (il *Leviatano* di Hobbes...). Dal punto di vista di chi scrive, questa prospettiva presenta sia elementi fecondi sia rischi che occorrerebbe mettere a fuoco e valutare. Lo spunto positivo che potremmo ricavarne dovrebbe partire dai principi di solidarietà e reciprocità che reggono il potere politico in queste piccole tribù, elementi che suggeriscono un indirizzo per

⁴² Cfr. P. RICOEUR, *Qui est le sujet de droit?*, in Id., *Le Juste*, Paris, 1995.

⁴³ Significativa a tale riguardo la disciplina introdotta dal legislatore con modifica dell'articolo 9 della Costituzione, che al terzo comma ora recita: «[la Repubblica] tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali», e con modifica dell'articolo 41 della Costituzione, che al secondo comma recita: «[l'iniziativa economica privata] non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

tornare a irrorare la democrazia di costituenti, in fondo, non lontani dalla sua stessa essenza. Mentre i rischi che questo carotaggio di taglio antropologico mette a nudo e che (forse?) dovremmo scongiurare sono l'instabilità e la fragilità registrabili in quelle società, pericolo che nel loro caso è arginato con successo dalla presenza di solide sovrastrutture meta-politiche e meta-giuridiche (magia, mito, rito, religione), le quali, del resto, presso i popoli tradizionali si costituiscono come veri e propri architravi giuridici e politici, ma che presso le società moderne sono ormai quasi del tutto esaurite (come ha osservato con sguardo penetrante Geminello Preterossi⁴⁴ in un suo recente lavoro, o come metteva in guardia Harold J. Berman in lavori più risalenti⁴⁵), e il cui sostituto – l'ideologia – può dirsi altrettanto in crisi se non del tutto estinto.

Questo breve lavoro non può dirsi concluso senza un accenno, alla luce di quanto detto fin qui, all'intersezione fra soggettività e autonomia del soggetto. In altri termini, quali stimoli può fornire una recezione meditata dello sguardo antropologico qui proposto rispetto al concetto di libertà? Come appena osservato, la dissoluzione del soggetto pone sfide esistenziali all'uomo moderno, rimette in discussione quella terzietà dell'Io (soggetto *e* oggetto: la *soggettività*) che ha rivoluzionato l'antichità e ha posto le basi per il diritto come lo conosciamo. L'alternativa esaminata in questa sede, esibita dalle culture tradizionali, mette in luce dei vuoti che l'individuo occidentale ha sperimentato su di sé con vertigine e terrore (Freud, Kafka); e del resto, anche presso quelle società tale condizione di assenza del soggetto non è semplice da sostenere, ne è testimonianza l'operare continuo, doloroso e titanico, degli "eroi della presenza" (gli sciamani). L'unica possibilità per uscire da questa *impasse* può essere quella di ricavare da tali culture spunti per un *ripensamento del soggetto*, e della modernità plasmata dal e sul soggetto, che non neghi ma piuttosto rinforzi e rinverdisca quei cardini su cui poggia anche il diritto: dignità, libertà, responsabilità. Ecco che il "dramma della presenza" sperimentato dalle società studiate da De Martino potrebbe smettere di terrorizzare il *soggetto* occidentale, ma a patto di cogliere in esso, nella sua potenza decentrante, un impulso ver-

⁴⁴ G. PRETEROSSÌ, *Teologia politica e diritto*, Bari-Roma, 2023.

⁴⁵ H.J. BERMAN, *L'interazione tra diritto e religione*, Firenze, 2024.

so una *nuova centratura*. Recentemente, Harmut Rosa⁴⁶ ha riflettuto sui problemi posti alla libertà a partire da premesse simili, arrivando a coniare il fecondo concetto di *risonanza*, il quale suggerisce di guidare proficuamente, piuttosto che subire, tale spostamento. Come spiega Paolo Costa, «la risonanza è una relazione tra due poli in cui si mescolano in eguale misura attività e passività, indipendenza e dipendenza»⁴⁷, in cui cioè l'esperienza del *soggetto* occidentale moderno potrebbe incontrare, facendone tesoro, quella dell'individuo delle società tradizionali. L'effetto di questa risonanza sulla libertà produce, ancora sulla scorta di Rosa, una *libertà risonante*, ossia «una forma di libertà “diagonale”»⁴⁸ la quale, anziché perpetuare l'estensione orizzontale del raggio d'azione *soggettivo* sul mondo, su un mondo appiattito e ridotto a una sola dimensione (*res extensa*), lo condiziona da due direzioni: una orizzontale, proveniente dall'interno (la volizione dell'io agente, che il soggetto ben conosce e già sperimenta), e una verticale, proveniente dall'esterno (gli altri “io” che popolano il mondo di entità non necessariamente agenti, ma capaci di interpellare – e limitare – in varia misura l'agire del soggetto). Questa idea di *libertà risonante* risponde dunque alle spinte destrutturanti che interessano l'io in *modo creativo*, ossia non come a una minaccia *esistenziale*, a un'alternativa fra l'io e il nulla, ma come a «un appello dotato di valore intrinseco che proviene da un luogo esterno alla giurisdizione e alle aspettative dell'io»⁴⁹. Difatti,

la ragion d'essere della libertà risonante [...] sta nella possibilità stessa di allineare *desideratum* (soggettivo) e *desiderabile* (relativo al soggetto, ma non soggettivo), minando alle fondamenta la presunta autoreferenzialità dell'io e delle sue volizioni⁵⁰.

Ecco che confrontarsi senza pregiudizi con l'alterità, come invita a fare l'antropologia culturale, se osservata da un punto a metà strada fra la sociologia e la filosofia del diritto, può essere utile anche per riflette-

⁴⁶ Cfr. H. ROSA, *Resonanz. Eine Soziologie der Weltbeziehung*, Berlin, 2016; ID., *Indisponibilità. All'origine della risonanza*, Brescia, 2024.

⁴⁷ P. COSTA, *Libertà e risonanza*, in *Rivista italiana di filosofia politica*, n. 7, 2014, 77.

⁴⁸ *Ivi*, 76.

⁴⁹ *Ivi*, 78.

⁵⁰ *Ibidem*, corsivi nel testo.

re su ciò che accade a noi, apprendendo in modo arricchente da ciò che apparentemente nega la nostra identità (l'Altro) e, a partire da queste lezioni, con un meccanismo similmente costruttivo, trasformando ciò che apparentemente ci minaccia in uno strumento per individuare le vie d'uscita (e forse di crescita) nella crisi.

IL PROCESSO DI KAFKA

PARADIGMA “ROVESCiato” DELL’ODIERNO GIUSTO PROCESSO

Ivan Daldoss

1. Introduzione

In queste pagine mi prefiggo di spiegare la forza icastica della celebre opera kafkiana *Il processo*, presentandola come un lucido viatico letterario per illustrare una serie di aspetti “patologici” – di stampo inquisitorio e riconducibili all’assurdo giuridico – che possono arrivare a caratterizzare l’esperienza processuale dei vari ordinamenti e da cui, peraltro, la suddetta dimensione – processuale, latamente intesa – dovrebbe cercare di rifuggere.

Prima di approfondirli, tuttavia, reputo necessaria una breve nota preliminare: Franz Kafka, nato a Praga alla fine del XIX secolo, boemo di lingua tedesca, tra il 1914 e il 1917 scrive *Il processo*, che sarà pubblicato postumo solo nel 1925. Questo classico della letteratura del Novecento, come è noto, ben rappresenta la solitudine dell’uomo moderno all’interno della società e di fronte alle istituzioni, soprattutto quelle giuridiche, nonché l’angoscia psicologica di fronte all’esistenza e il senso di smarrimento del protagonista “K”, che si perde in questo labirinto giuridico-burocratico caratterizzato dalla mancanza di qualsiasi garanzia e dalla sistematica violazione dei suoi diritti di imputato.

Tale capolavoro della narrativa non si limiterà a incidere un solco indelebile nel panorama della letteratura e stimolare un’ampia riflessione intellettuale¹. Infatti, riverbererà i suoi effetti anche sulla produzione

¹ Considerata la vastità delle fonti disponibili e l’impossibilità di citarle interamente in questa sede, si veda almeno M. KUNDERA, *I testamenti traditi*, Milano, 1994, in cui l’autore attribuisce a Kafka il merito di aver varcato per primo la frontiera del verosimi-

cinematografica: quasi quattro decenni dopo la sua pubblicazione, Orson Welles realizza e presenta l'omonimo film, rendendo omaggio a Kafka e al suo immaginario modernista, diversamente surrealista e quasi esistenzialista.

In questa sede, come già esplicitato, analizzerò i principali aspetti negativi (o, appunto, “patologici”) che esizialmente influenzano il sistema giudiziario tratteggiato da Kafka.

Vediamoli assieme.

2. La patologia giuridica ne Il processo di Kafka

In opposizione a ogni prospettiva garantista, in primo luogo, il romanzo di Kafka tratteggia con sinistra maestria l'oscurità inesplorabile del processo in cui incappa il protagonista, di cui si ignorano i capi di imputazione e i cui fascicoli permangono segreti. Inoltre, non è dato sapere il tipo di procedimento che lo riguarda, né le diverse fasi in cui esso potrà articolarsi. Ancora, ogni tipo di accesso agli atti è precluso, restando essi “segreti” e a esclusiva disposizione di una tanto fantomatica quanto irraggiungibile cancelleria.

Per giunta, in questo immaginario narrativo neppure le aule del tribunale sono facilmente individuabili: la giustizia, infatti, si nasconde negli anfratti bui e dimessi di un sottotetto sgangherato e poco reperibile di un edificio periferico, traducendosi, all'atto pratico, in una sorta di “ingiustizia spaziale”. In più di un'occasione, pertanto, all'interno del tribunale l'imputato Josef K. perde il senso dell'orientamento e prova una sensazione di oppressione che lo porta a nutrire sconcerto e vertigini.

Inoltre, a danno di qualunque standard minimo di oralità e serietà, la sola udienza a cui presenzia “K”, dinanzi a un discutibile giudice istrut-

le, e non per scappare dalla realtà, bensì per coglierla meglio. Inoltre, Kundera offre pagine illuminanti sulla *colpevolizzazione* del protagonista ne *Il processo* e a proposito della grande *ironia* che ispirerebbe gli scritti kafkiani. Rinvio anche a W. BENJAMIN, *Il mio Kafka. Scritti, lettere, frammenti*, Roma, 2024; J. DERRIDA, *Before the Law: The Complete Text of 'Préjugés'*, Minneapolis, 2018; M. CACCIARI, *Icone della Legge*, Milano, 2002; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Torino, 2012; A. CASSESE, *Kafka è stato con me tutta la vita*, Bologna, 2014.

tore, si riduce a una farsa all’insegna della ilarità, ove tutti gli astanti, per lo più funzionari “mascherati”, assistono divertiti allo “spettacolo” processuale e all’arringa dell’ignaro imputato, che, suo malgrado, non viene realmente interpellato sui fatti di causa. Al contrario, egli diviene motivo di intrattenimento, è squadrato da cima a fondo, esposto al pubblico ludibrio dei presenti e, in certo qual modo, stigmatizzato socialmente. Così, l’assenza di un vero confronto dialettico sul suo caso lo confina all’ignoranza fattuale e giuridica, che si protrarrà indefinitamente. Invero, la sua vicenda, ignota, è fagocitata nelle maglie di un processo che abdica ogni forma di oralità, dinanzi a una figura terza e imparziale, per trincerarsi nello scritto giudiziale, insondabile e insindacabile. Citando lo stesso Kafka: «Dov’era il giudice, che lui non aveva mai visto? Dov’era l’Alta Corte, davanti a cui non era mai giunto?»².

C’è di più: sin da questa sventurata udienza di comparizione, già aleggia una implicita, ma potentissima presunzione di colpevolezza a danno del protagonista, che perciò si strugge senza trovare pace. Con spregio evidente del più celebre e opposto principio, ossia la presunzione di innocenza o non colpevolezza, e nonostante “K” avesse ben chiaro che “era soprattutto indispensabile eliminare fin dal principio ogni pensiero di colpa. Non c’era alcuna colpa”³.

Infatti, *Il processo* di Kafka tratteggia egregiamente l’incertezza precarizzante (del diritto) che sperimenta chi, incolpevole, subisce un arresto inatteso. Unico fatto, peraltro, da cui, tramite fallaci abduzioni, il malcapitato protagonista e il suo cagionevole avvocato traggono le più svariate ipotesi, corrispondenti a tanti finali processuali, tutti essenzialmente tragici. Le tante auto-narrazioni sui “futuri possibili” di “K” contribuiscono addirittura a plasmarne una colpevolezza plausibile, in una spirale senza redenzione. Traspare così una concezione *dualista* della verità, per cui anche l’innocente, in date circostanze, è ammissibi-

² F. KAFKA, *Il processo*, Barcellona, 2002, 217-218.

³ F. KAFKA, *op. cit.*, 123. Si legga anche ove Kafka, amaramente, sembri alludere a una concezione *dualista* della verità, per cui un imputato, ancorché di fatto innocente, possa anche essere condannato, cfr. *ivi*, 142: “[l]a mia innocenza non semplifica la causa [...] Bisogna tener conto di mille sottigliezze; il tribunale ci si perde dentro, ma alla fine, chissà da dove, da dove prima non c’era stato nulla, tira fuori una grossa colpa”.

le che sia giustiziato⁴. E ciò persino sommariamente e ai margini della città, a opera di sicari al servizio del Tribunale. Laddove tale drammatico epilogo, frutto di un sistema giudiziario corrotto e arbitrario, vede la rassegnazione di “K”, che accetta, in buona sostanza e miseramente, il suo triste destino.

Ancora, il romanzo delinea la sostanziale inesistenza di qualsiasi forma di difesa processuale, persino quella scritta-documentale, così come la totale mancanza di un vero contraddittorio tra le parti: una difesa apparente, tutt'al più, è meramente tollerata dai giudici, e costringe gli avvocati a operare nei corridoi, sottobanco, cercando di esercitare una influenza *eso*-processuale e *irrituale*⁵, più legata alla conoscenza diretta o alla eventuale amicizia personale con l'organo giudicante.

In tal senso può registrarsi anche l'insolita ingerenza di figure terze, *in primis* il sedicente pittore del Tribunale, asseritamente capace di determinare dall'esterno le sorti di qualsivoglia processo mediante raccomandazioni o “dichiarazioni di innocenza”, da far sottoscrivere a giudici e operatori giuridici verso i quali millanta di avere un certo credito.

Si aggiunga la spirale infinita in cui potenzialmente cade il processo di “K”, costretto in astratto a ricorrere, su suggerimento dello stesso pittore, alle figure singolari delle “assoluzioni apparenti” o dei “meccanismi di rinvio”, in spregio evidente di ogni ragionevole durata.

In questo scenario, appunto kafkiano, l'incertezza strutturale del diritto e della giurisprudenza sembra produrre un diritto “confinato” nelle sole menti della inavvicinabile e impermeabile magistratura, che non abbisogna di elementi fattuali verificati per fondare la propria decisione, ma solo dell'astrazione di ipotesi di reato fondate sul mero sospetto.

⁴ Si rimanda alla nota precedente.

⁵ Cfr. *ivi*, 144, ove si narra di un processo impermeabile agli argomenti giustificativi, ossia quelli che vengono (o dovrebbero essere) sollevati in aula, ma fortemente influenzabile dai tentativi di persuasione realizzati in violazione dei principi di pubblicità, oralità e contraddittorio, per esempio, nelle camere di consiglio o nei corridoi del Tribunale, o addirittura nello studio di un mestierante pittore. Tali suggestioni narrative permettono di evidenziare e in certo modo criticare tutte quelle situazioni reali in cui il giudice non sia tenuto o vincolato agli esiti del contraddittorio, più o meno sviluppato, tra le parti in processo e finisca per essere condizionato da argomenti *eso*-processuali, provenienti, cioè, da parti esterne al processo, prive di legittimazione alcuna, e/o prodotti fuori dalle sedi competenti, quali sono, tipicamente, le aule del Tribunale.

A consuntivo, si legga ancora Kafka, ove descrive lo stato d’animo e il proposito del suo *alter ego* letterario: «[...] voleva controllare se la sostanza di quella corte di giustizia era ripugnante come la sua apparenza. Bene, pareva proprio che fosse così, non c’era bisogno di andare più a fondo [...]»⁶.

Per tutte le ragioni e gli elementi rappresentati, dunque, sostengo che *Il processo* di Kafka illustri sapientemente, portandolo all’eccesso, ciò che il fenomeno processuale *non dovrebbe essere*, attestandosi come il *reciproco opposto* della nozione di “giusto processo”, per come in anni recenti, per esempio, è stata disciplinata dal legislatore italiano, ma anche europeo e internazionale.

Sia pur brevemente, pertanto, ritengo opportuno far cenno ad alcuni luoghi normativi attinenti al “giusto processo”, sia statali, sia internazionali, al fine di coglierne taluni profili essenziali e così identificare empiricamente, riempiendolo di significato, quello *spazio vuoto* (o *assente*), ed eppur definito per opposizione, che si intravede tra le pieghe del romanzo kafkiano.

3. Addentellati normativi in tema di “giusto processo” e contraddittorio

Sul versante italiano basti pensare all’art. 111 Cost., come modificato dalla riforma costituzionale n. 2 del 23 novembre 1999⁷. Esso, oltre

⁶ *Ivi*, 65.

⁷ Ne riporto i primi sei commi: «La giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge. Ogni processo si svolge nel contraddittorio tra le parti, in condizioni di parità, davanti a giudice terzo e imparziale. La legge ne assicura la ragionevole durata. Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi dell’accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l’interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell’accusa e l’acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo. Il processo penale è regolato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova. La colpevolezza dell’imputato non può essere provata sulla base di dichiarazioni rese da chi, per libera scelta, si è

alla *parità delle parti* dinanzi a un *giudice terzo e imparziale*, alla *ragionevole durata* e al *diritto a essere informati* rispetto ai capi d'accusa eventualmente contestati, sancisce la necessità strutturale del *contraddittorio* per tutto l'iter processuale, inteso come *relazione di confronto diretto e oppositivo tra le parti*. Secondo tale assetto costituzionale, esso assurge a *metodo cognitivo fondamentale* rispetto ai fatti di causa, per cui a fini della decisione giudiziale, salvo rare eccezioni, debbono rilevare solo elementi probatori formati, appunto, nel contraddittorio tra le parti (si veda *infra*, a proposito del processo penale).

Ancora in ordine al principio in parola, a cui dedicherò particolare attenzione, per quanto concerne il fronte processualcivilistico può ricordarsi la riforma dell'art. 101 c.p.c., operata dalla legge n. 69 del 2009⁸, che chiude la strada alle sentenze cosiddette “della terza via”. Per cui il giudice, diversamente dal passato e in forza del secondo comma della norma citata, se ritiene di porre a fondamento della sua

sempre volontariamente sottratto all'interrogatorio da parte dell'imputato o del suo difensore. La legge regola i casi in cui la formazione della prova non ha luogo in contraddittorio per consenso dell'imputato o per accertata impossibilità di natura oggettiva o per effetto di provata condotta illecita. Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati».

⁸ L'art. 101 c.p.c. è propriamente rubricato *Principio del contraddittorio* e al suo primo comma recita: «Il giudice, salvo che la legge disponga altrimenti, non può statuire sopra alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa». Tale disposizione sembra alludere a un contraddittorio inteso più come mera *presenza delle parti* in giudizio e, pertanto, a un *principio* inerente al rapporto che esse possono intrattenere con il giudice, più che significare una *relazione di confronto tra le parti stesse*. Peraltro, esistono altre norme del rito civile – come gli artt. 117 e 254 c.p.c., cui si rimanda – che lasciano intravedere la possibilità di un'altra accezione per il contraddittorio, la quale richiede l'instaurazione di una vera e propria *relazione oppositiva tra le parti*. Su tutti questi profili, sin d'ora si rinvia all'analisi puntuale di P. SOMMAGGIO, *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*, Milano, 2012, 39-47. Rispetto alla sfera giuridica processualcivilistica, l'autore citato osserva: «[...] che la presenza delle parti sia limitata ad una partecipazione formale, oppure che possa essere intesa anche in un senso diverso, non viene specificato nelle norme che regolano il processo civile. Possiamo in estrema sintesi sostenere che il contraddittorio, in questo ambito, è organizzato in funzione di una presenza delle parti che ovviamente non esclude, ma nemmeno assicura, un rapporto diretto nel quale le parti possano ‘parlarsi contro’». Cfr. ID., *op. cit.*, 44. Dirimente sarà, come chiarirò di seguito, l'introduzione del secondo comma dell'art. 101 c.p.c. (*infra*).

decisione una o più *questioni rilevate d’ufficio* deve invitare i contendenti a prendere posizione su di esse mediante il deposito di memorie dedicate. Deve cioè sollecitare il *confronto tra le parti*, ossia il contraddittorio in senso pieno, sulle questioni rilevate d’ufficio e rimaste sino a quel momento silenti⁹.

Ciò detto, non vi è ombra di dubbio che sia la disciplina del processo penale quella che, nell’ordinamento giuridico italiano, maggiormente esalti e valorizzi l’orizzonte assiologico del “giusto processo” e, in particolare, il contraddittorio tra le parti in giudizio, così come delineati dall’art. 111 Cost.¹⁰. Tale riforma ha dato una veste costituzionale al modello processuale *accusatorio* già introdotto con il c.p.p. del 1988.

Senza pretesa di esaustività, anche a seguito della copiosa giurisprudenza della CEDU e della C. cost., può dirsi che oggi risulta un rito penale ispirato a un nesso (quasi) indissolubile tra assunzione dei mezzi di prova e contraddittorio, per cui il confronto tra le parti, ossia il loro incontro-scontro argomentativo, è un presupposto essenziale per la formazione di qualsiasi *prova* e la determinazione del *libero convincimento del giudice*¹¹.

⁹ Si riporta il testo dell’art. 101 c.p.c., secondo comma: «[i]l giudice assicura il rispetto del contraddittorio e, quando accerta che dalla sua violazione è derivata una lesione del diritto di difesa, adotta i provvedimenti opportuni. Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti giorni e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione». In tal modo, come sottolinea P. SOMMAGGIO, *op. cit.*, 45-46, la riforma del 2009 già ricordata “ha inciso sul *corpus* del codice di rito, avvicinandolo, per alcuni aspetti, proprio al disegno del ‘giusto processo’ illustrato dall’art. 111 Cost. con riguardo, in particolare, al rapporto tra il terzo ed il contraddittorio *tra le parti*”. Pertanto, essa ha ulteriormente accresciuto il valore del contraddittorio per l’ordinamento giuridico italiano, elevandolo a cardine fondamentale (anche) del processo civile.

¹⁰ Cfr. sul punto P. SOMMAGGIO, *op. cit.*, 48: «il processo penale sembra maggiormente orientato a riconoscere alla compresenza delle parti, anche in ragione della riforma dell’art. 111 Cost., una valenza *agonistica*, di modo che il loro rapporto oppositivo (il ‘dirsi contro’) consenta di enucleare in esso anche un fenomeno [...] di conoscenza».

¹¹ Si veda nuovamente P. SOMMAGGIO, *op. cit.*, 52, il quale osserva recisamente: «sembra che, nel processo penale, prova e contraddittorio siano indistinguibili: ogni volta che nel processo penale si allude ad una prova, si allude ad un confronto, ad uno

Ciò si apprezza specialmente in ordine alle norme del c.p.p. che regolano l'acquisizione della testimonianza, secondo la dinamica meglio nota come *cross examination*, costituita dall'esame diretto e dal controesame dei testimoni (per seguire la rubrica dell'art. 498 c.p.p.). Da esse si evince "un sistema in cui la prova testimoniale (e, di conseguenza, il convincimento del giudice su di essa) si forma progressivamente in aula, grazie agli interventi delle parti che incrociano le rispettive armi dialettiche"¹². In tal senso, giova ricordare anche la connessa disciplina delle *opposizioni* e delle *contestazioni*, istituti che acquiscono, nel sistema suddetto, i principi dell'oralità e dell'immediatezza del coinvolgimento delle parti antagoniste nello svolgimento dell'attività probatoria¹³.

Peraltro, se è vero che nel processo penale sussiste un nesso pressoché indissolubile tra l'assunzione dei mezzi di prova e la garanzia del contraddittorio, inteso come confronto dialettico tra le parti, è vero anche che la centralità e la necessaria presenza del medesimo non si limitano alla fase dell'istruttoria dibattimentale, bensì pervadono anche la discussione finale. Ove è data la facoltà al pubblico ministero e così anche ai difensori di esporre le loro rispettive conclusioni, financo di replicare, sia pur una volta soltanto, al fine della *confutazione* degli argomenti avversari¹⁴.

Pertanto, anche la fase della discussione finale identifica il *dirsi contro* delle parti come il fulcro del processo penale, precisamente poiché è strutturalmente votata a presentare gli argomenti di ciascun contendente e così pure a confutarli, tramite le opportune repliche¹⁵.

scontro oppositivo». Quanto alla rilevanza della *formazione progressiva* dei mezzi probatori mediante gli interventi delle parti nel dibattimento, si vedano anche talune disposizioni chiave per la fase decisoria del giudice, vale a dire, gli artt. 525, secondo comma, e 526, primo comma, c.p.p.

¹² Cfr. *ivi*, 54.

¹³ V. artt. 504, 500 e 503 c.p.p.

¹⁴ Si rinvia all'art. 523 c.p.p. nella sua interezza, rubricato *Svolgimento della discussione*.

¹⁵ V. P. SOMMAGGIO, *op. cit.*, 55: «[I]a discussione mostra in filigrana come il legislatore intenda il 'dirsi contro' tra le parti come l'autentica struttura del processo, atteso che essa è preordinata alla presentazione degli argomenti delle parti, ed alla replica degli stessi».

All’esito di tale analisi, dunque, può osservarsi come nella sfera penale il contraddittorio non si riduca alla mera presenza delle parti, ma costituisca una *relazione oppositiva* tra esse. Detto altrimenti, è nel processo penale che l’ordinamento giuridico italiano massimamente disciplina e promuove la loro disputa agonistico-argomentativa e, dunque, una concezione del contraddittorio “come luogo di scontro tra le pretese delle parti”¹⁶. Una interazione dialettica, peraltro, certo non immune da criticità, che ha per presupposto indefettibile la osservanza dei principi della parità delle armi tra accusa e difesa e della terzietà e imparzialità dell’organo giudicante¹⁷.

Per quanto concerne il fronte del diritto internazionale, infine, gli atti normativi più salienti a proposito di “giusto processo” e del modello accusatorio che ne deriva (*infra*), tratteggiano una esperienza processuale che dovrebbe presentare una *struttura dibattimentale pubblica*, ispirata alla *fairness* tra le parti: una *correttezza* che impone la compresenza delle parti in giudizio e che esse siano in grado di espletare attività processuale in condizioni di parità (ossia ad armi pari), al fine di poter condurre un confronto argomentativo sui fatti di causa.

Pertanto, sebbene non espressamente indicato nelle fonti giuridiche internazionali, il *confronto tra le parti* (o contraddittorio) *può ricavarsi implicitamente*: in tal senso, richiamo l’art. 10 della Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo, l’art. 6 della CEDU e l’art. 14, primo comma, del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966. In tutte queste disposizioni, per citare alcuni tra i tanti profili disciplinati, si prescrive inoltre la *presunzione d’innocenza* sino a prova contraria e l’*obbligo di informare* l’imputato quanto alla natura e ai motivi dell’accusa a suo carico.

3. Osservazioni finali

Ricollegandomi all’opera di Kafka e all’idea qui presentata, per tutto quanto già esposto ritengo che essa contribuisca a definire, operando

¹⁶ *Ivi*, 57.

¹⁷ *Ivi*, 56.

implicitamente *per negazione e opposizione*, una prospettiva processuale accusatoria e garantista, ossia un modello antitetico a quello narrativamente rappresentato, compatibile con i contenuti normativi illustrati *supra* in tema di “giusto processo” e contraddittorio.

Nel capolavoro kafkiano, dunque, si stagliano per “sottrazione” una serie di aspetti ascrivibili al modello del cosiddetto *due process of law*. Un paradigma ispirato, tra gli altri, ai canoni della legalità, pubblicità e oralità, alla presunzione d’innocenza, all’accessibilità degli atti processuali, alla figura del giudice terzo e imparziale, alla certezza del diritto e, appunto, al principio del contraddittorio – inteso, quest’ultimo, come diritto al confronto diretto tra le parti, a prendere posizione sugli elementi rilevanti di causa –.

Pertanto, a titolo conclusivo, può cogliersi e affermarsi la rinnovata attualità del romanzo di Kafka poiché “solletica” il senso di giustizia del lettore (non solo del giurista) e gli ricorda, negandolo radicalmente, il “dover essere” o l’orizzonte assiologico di un processo giusto. Di cui non si parla mai, esplicitamente, ma che costantemente traspare sullo sfondo della narrazione.

LA RICERCA DEL PRECEDENTE NELLA PROSPETTIVA UMANISTICA TRA CERTEZZA DEL DIRITTO E *STARE DECISIS*

Giulio Donzelli

«S'il est vrai que des programmes intelligents de jeu d'échecs conféreront bientôt à la machine une suprématie définitive sur les meilleurs champions de chair et d'os, ne peut-on imaginer, mutatis mutandis, que la maîtrise des règles qui commandent nos jeux, dans des domaines d'action ou de réflexion plus complexes, finisse de même par imposer qu'on en délègue l'application à des machines plus "performantes" en la matière que le cerveau humain?»

(J.-C. GARDIN, *Systèmes experts et sciences humaines*, Paris, 1987, p. 251)

Nel 1954, Jacques Charpentier¹, *bâtonnier* dell'*Ordre des avocats de Paris* negli anni della guerra e dell'occupazione, aveva dato alle stampe *Justice Machines* (il titolo originale è *Justice 65*), pubblicato in poche copie e da allora pressoché scomparso². Si tratta di un insolito

¹ Jacques Charpentier (1881-1974), avvocato, giurista e scrittore francese, invisato al regime di Vichy per la sua difesa dell'indipendenza del foro, nel 1943 sfuggì per un soffio all'arresto della Gestapo, entrò in clandestinità e divenne uno dei protagonisti della resistenza giudiziaria. Liberale e conservatore, accanto agli studi giuridici scrisse *pamphlets* e saggi di argomento vario. Sulla figura di Charpentier si veda in particolare Y. OZANAM, *De Vichy à la Résistance: le bâtonnier Jacques Charpentier*, in *Histoire de la Justice*, 2008, 18, 153-169.

² Stampato in millecinquecento copie dalle Éditions des Hautes Chaumes, corredato dalle illustrazioni umoristico-allegoriche di André Giroux, *Justice 65* è un libro fantasma: raramente menzionato e recensito, è pressoché scomparso in Francia e in Italia ne è apparsa un'edizione curata da Guido Vitiello per i tipi di Liberilibri soltanto nel 2015, anch'essa di difficile reperimento.

esempio di utopia o distopia giudiziaria, e il 65 del titolo allude all'anno dell'affermazione di un nuovo ordine, sorto da una rivoluzione di cui l'Autore non precisa i contorni. La formula è quella del *conte philosophique* settecentesco, dell'apologo parodistico e satirico sull'esempio di Voltaire e di Diderot, ma l'antenato diretto, debitamente omaggiato in una pagina, è più antico: il celebre giudice Bridoye descritto da Rabelais nel libro terzo di *Gargantua e Pantagruel*, che prende alla lettera la metafora dell'*alea iudiciorum* ed emette le sentenze lanciando i dadi.

Il racconto è ambientato nel 1965. Un giovane avvocato si sveglia in un letto d'ospedale dopo un coma lungo dieci anni. Torna a Parigi e si dirige subito al *Palais de Justice*, ma lo trova disabitato e silenzioso; c'è solo un rumore lontano che proviene dalla Sala dei passi perduti, dove lo attende la prima di molte sorprese. La Sala è stata trasformata in una piscina dove gli avvocati si dedicano al nuoto sincronizzato. Neppure la Facoltà di giurisprudenza esiste più perché – gli spiegano – ormai basta una visita guidata al *Palais de Justice* per apprendere il necessario sul diritto: «il nostro insegnamento è diventato essenzialmente pratico. S'impara guardando»³.

Incredulo, l'avvocato si unisce a una delle lezioni itineranti. Che cosa ne è stato della vecchia giustizia? Non c'è più, tutto è affidato alle J.M. (*Justice Machines*), apparecchi cibernetici che estraggono le sentenze a sorte, realizzando l'applicazione più rigorosa delle leggi del caso:

le istanze che enunciano le pretese delle parti arrivano, sotto forma di schede perforate, attraverso un nastro trasportatore, che le raccoglie dalla cassetta dove gli avvocati le hanno depositate. La macchina le smista, isola tutte quelle che si riferiscono a uno stesso caso. Queste entrano in contatto con un morsetto e subito il circuito si chiude; a quel punto si formano le combinazioni, il cui principio è preso a prestito dalla meccanica dei gas. La macchina tira a caso le risposte e le restituisce sotto forma di questi cartoncini che vedete accumularsi nei panieri⁴.

³ J. CHARPENTIER, *Justice Machines. Racconto di fantascienza giudiziaria*, a cura di G. Vitiello, Macerata, 2015, 20.

⁴ *Ivi*, 37. La professione forense non aveva potuto che conformarsi a questo nuovo modello di "giustizia", sicché il compito dell'avvocato consisteva nel ricevere i clienti e

La tradizionale amministrazione della giustizia, a dispetto della sua storia secolare, viene irrisa perché «resa da esseri umani»⁵, mentre le *Justice Machines* sono capaci di svolgere «da sole il loro compito, senza che la ragione vi giochi alcun ruolo, e tutta l'arte dei costruttori è stata impiegata nel liberarle da ogni residua particella di umanità»⁶. È così che, dinanzi a magistrati indolenti che inseguono l'automazione della giustizia per sottrarsi alle proprie responsabilità, l'avvilito protagonista si duole di come giudici e avvocati abbiano congedato l'eredità dei Lumi e si siano consegnati all'arbitraria contingenza del caso, abdicando a una lotteria, il più cieco e irrazionale dei giochi.

È vero che la giustizia conosce una lunga tradizione di ordaie, divinazioni, oracoli e sacrifici, ma i moderni sono notoriamente riluttanti ad associare il diritto al caso, rendendo il processo privo di qualsivoglia scopo. Ne è dimostrazione, in Italia, l'immediata reazione alle tesi che Salvatore Satta aveva enunciato ne *Il mistero del processo*⁷, pochi anni prima che *Justice 65* fosse dato alle stampe. Ma qui, che la giustizia sia o meno il fine del processo è del tutto irrilevante, essendo il problema più radicale: il protagonista dell'apologo non crede più alla giustizia, perché non è giustizia quella che rendono le macchine. Questa sembra essere la morale del racconto di Charpentier, nel quale il deluso protagonista abbandona il foro per dedicarsi al commercio di legumi secchi, che non a caso sono un antico strumento di divinazione.

tradurre le loro richieste nel linguaggio delle macchine: «si tratta di formule standard, il cui testo si adatta ai cartoni perforati che si agganciano ai dentelli dei rulli e mettono in azione tutto il meccanismo. Le spiegazioni dei clienti sono verbose, confuse, infarcite di dettagli inutili e di digressioni sentimentali che incepperebbero la macchina. Bisogna dunque ridurle all'essenziale e farle rientrare nel quadro delle domande modello» (43-44).

⁵ *Ivi*, 23.

⁶ *Ivi*, 40.

⁷ S. SATTA, *Il mistero del processo* (1949), Milano, 1994, 11-37. Per le reazioni della dottrina si rinvia in particolare a G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Rivista di diritto processuale*, 5, 1950, I, 1-22; P. CALAMANDREI, *Il processo come giuoco*, in *Rivista di diritto processuale*, 5, 1950, I, 23-51, poi in *Id.*, *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. I, Napoli, 1965, 537-562, in risposta al quale si veda F. CARNELUTTI, *Giuoco e processo*, in *Rivista di diritto processuale*, 6, 1951, I, 101-111; L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955, 113-128 (riedito nel 2021, a cura di G. Pino, da RomaTrE-Press).

Questo capriccio letterario, memore di Rabelais e di Borges⁸, fa luce non solo sul legame antico (e forse avveniristico) tra il diritto e il caso, ma anche sul giudizio di cassazione, che è uno dei bersagli privilegiati dell'apologo. Durante la visita al *Palais de Justice*, gli studenti erano rimasti allibiti quando la guida aveva spiegato loro che la Suprema Corte «serviva solamente a uniformare la giurisprudenza», giacché «per la sicurezza delle transazioni era importante che l'interpretazione delle leggi fosse costante». E aggiungeva con sprezzante compiacimento: «Di certo era un sistema grossolano. Una sciocchezza, per il fatto di essere ripetuta, non smette di essere una sciocchezza. Ma sarebbe stato peggio lasciare ai diversi tribunali di opporsi gli uni agli altri»⁹.

Un giudizio volutamente ingeneroso che si fa beffe della funzione nomofilattica della Suprema Corte, a dispetto della sua augusta tradizione, che tanto deve alla feconda elaborazione svoltasi proprio in seno all'ordinamento francese¹⁰. Di qui il modello è circolato nell'Europa continentale per approdare, tra gli altri, nell'ordinamento italiano, dove è stato scolpito icasticamente nell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12). Una previsione su cui grava la pesante ipoteca dommatica della concezione illuministica del rapporto tra il giudice e la legge, donde l'idea che la Corte di cassazione debba assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale».

Per anni la nomofilachia è stata sostanzialmente relegata nella periferia dell'ordinamento giuridico¹¹, nel testo del remoto regio decreto

⁸ J.L. BORGES, *La loteria en Babilonia*, in *Sur*, 1941, 55-62, per la cui traduzione italiana si rinvia a F. LUCENTINI, *La lotteria di Babilonia*, in J.L. BORGES, *Finzioni*, Torino, 1982, 55-62.

⁹ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, 27.

¹⁰ Per la ricostruzione storica dell'istituto si rinvia in particolare all'imponente studio di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, vol. I, Milano, 1920, ora in Id., *Opere giuridiche*, a cura di M. Cappelletti, vol. VI, Napoli, 1976, riedito nel 2019 da Roma-TrE-Press, a cura della Biblioteca e Archivio storico «Piero Calamandrei» del Comune di Montepulciano e della Fondazione Centro di iniziativa giuridica Piero Calamandrei di Roma. Per un approfondimento più recente si veda A. PANZAROLA, *La Cassazione civile giudice del merito*, vol. I, Torino, 2005.

¹¹ G. ALPA, *La regola del "precedente" e i suoi "falsi amici"*, in *Contratto e impresa*, 4, 2017, 33, 1073-1083.

del 1941, e ha rappresentato soltanto una delle funzioni della Suprema Corte, per giunta di rilievo costituzionale quanto meno dubbio. È vero che tale funzione può desumersi in via interpretativa dal combinato disposto degli articoli 3 e 111 della Costituzione, ma sta di fatto che i Costituenti hanno ritenuto di non accogliere la proposta di riconoscere formalmente rango costituzionale alla funzione nomofilattica della Cassazione¹².

Ciò nonostante, nel 2006 è stata avviata un'intensa stagione riformatrice sotto il segno della nomofilachia, che ha rappresentato la risposta dell'ordinamento alla «sindrome dell'assedio»¹³ sviluppata dalla Suprema Corte, sempre più oberata dal peso soverchiante dei ricorsi portati al suo esame, specialmente sulla base delle doglianze veicolate tramite l'art. 360, co. 1, n. 5, c.p.c. Secondo gli auspici del legislatore, infatti, la nomofilachia consentirebbe alla Cassazione di far fronte alla notevole mole – ignota alle Corti supreme straniere – di ricorsi che gravano su di essa, anche sotto il profilo organizzativo, se non altro per la scelta del binario processuale da seguire (camera di consiglio o udienza pubblica) a seconda che i giudizi presentino o meno valenza nomofilattica.

Si tratta di una vera e propria palingenesi della nomofilachia, che ha determinato nel nostro ordinamento un significativo incremento del peso del precedente in generale e del precedente delle sezioni unite in particolare, pur senza intaccare formalmente il principio costituzionale della soggezione del giudice soltanto alla legge. Ne è derivato l'avanzamento del processo di osmosi tra ordinamenti di *civil law* e ordinamenti

¹² Cfr. seduta del 20 dicembre 1946. L'art. 12 del progetto contenuto nella *Relazione sul potere giudiziario e sulla Suprema Corte costituzionale* presentata da Piero Calamandrei alla seconda sottocommissione della Commissione per la Costituzione prevedeva quanto segue: «Contro le sentenze pronunciate in ultimo grado da qualsiasi organo ordinario o speciale è sempre ammesso il ricorso alla Corte di cassazione, istituita per mantenere l'unità del diritto nazionale attraverso la uniformità della interpretazione giurisprudenziale e per regolare le competenze fra i giudici». Cfr. P. GROSSI, E. CHELI, G. ALPA (a cura di), *Piero Calamandrei. Garanzie e limiti del potere giudiziario. Relazioni e interventi all'Assemblea costituente*, Genova, 2016, 27-31.

¹³ B. SASSANI, *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in *Rivista di diritto processuale*, 74, 1, 2019, 43.

di *common law*, al punto tale che la Corte di cassazione¹⁴ e alcuni suoi autorevoli magistrati¹⁵ hanno sostenuto che il nostro ordinamento avrebbe recepito il principio dello *stare decisis* “in versione debole”.

Si potrebbe obiettare che, se tale principio significa valore *vincolante* del precedente (o *doctrine of binding precedent*), allora esso non è suscettibile di graduazione: il vincolo c'è o non c'è, *tertium non datur*¹⁶. Eppure, il panorama giuridico entro cui ci muoviamo è troppo accidentato per essere ricondotto a questa rigida logica binaria e, infatti, il processo di convergenza tra sistemi di *civil law* e di *common law* avanza non già sul terreno della vincolatività del precedente, che trova l'ostacolo dell'art. 101, co. 2, Cost., ma su quello, più insidioso, dell'ir-

¹⁴ Cfr. in particolare Cass., sez. VI-2, ord., 26 luglio 2016, n. 15513. Appare invece maggiormente condivisibile l'orientamento delle Sezioni Unite, secondo cui, «benché non esista nel nostro sistema processuale una norma che imponga la regola dello *stare decisis*, essa costituisce, tuttavia, un valore o, comunque, una direttiva di tendenza immanente nell'ordinamento, stando alla quale non è consentito discostarsi da un'interpretazione del giudice di legittimità, investito istituzionalmente della funzione della nomofilachia, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative» (cfr. *ex plurimis* Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620; Cass., sez. un., 12 ottobre 2022, n. 29862).

¹⁵ Di “forma attenuata” del principio dello *stare decisis* discorrono L. LOMBARDO, *Il sindacato di legittimità della Corte di Cassazione*, Torino, 2015, 90; P. CANZIO, *Calcolo giuridico e nomofilachia*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Bologna, 2017, 169-173; ID., *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Bologna, 2018, 27-34; P. CURZIO, *Il giudice e il precedente*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018, 37-44; G. AMOROSO, M.R. MORELLI, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, in M. ACIERNO, P. CURZIO, A. GIUSTI (a cura di), *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, Bari, 2020³, 465-495; R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Il Foro Italiano*, 131, 9, 2016, 279; ID., *Il precedente nella giurisprudenza*, in A. CARLEO (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, cit., 95. Per un più ampio inquadramento del ruolo del precedente si rinvia al recente studio di S. ZORZETTO, *Precedenti giudiziari e argomentazione*, Modena, 2024.

¹⁶ V. CAPASSO, *Il ricorso per cassazione avverso... la giurisprudenza. Contro uno stare decisis «all'italiana»*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 73, 2, 2019, 627-651.

rigidimento dell'ordinamento attraverso una serie di istituti che conferiscono sempre maggiore rilievo al precedente¹⁷.

Tali istituti sono oggetto di acuta e approfondita indagine da parte della dottrina processualciviltistica e non è possibile indugiare su di essi in questa sede, se non per metterne in luce i principali riflessi ordinali, che vanno nella direzione di una più pregnante garanzia dello *ius constitutionis*. Gli obiettivi perseguiti dal legislatore sono senz'altro connaturati alla certezza del diritto e consistono nella maggiore stabilità degli orientamenti giurisprudenziali e nella maggiore prevedibilità della soluzione delle controversie, ma non si possono tacere i pericoli connessi al rafforzamento della funzione nomofilattica, che può concorrere anche all'isterilimento della capacità innovativa della giurisprudenza¹⁸.

Il maggiore peso assunto dal precedente rischia infatti di irrigidire l'ordinamento, limitandone l'evoluzione pretoria, che, al netto di gravi oscillazioni e contrasti, ha consentito di raggiungere approdi assai significativi, come per esempio in materia di diritto alla riservatezza e all'identità personale, di diritto alla salute e di danno biologico, di abuso

¹⁷ Mi limito a indicare alcune delle innovazioni principali nell'attuale disciplina del giudizio di legittimità: a) il vincolo delle sezioni semplici della Corte di cassazione ai principi di diritto enunciati dalle sezioni unite, in modo da dare stabilità a questi principi, imponendo un particolare procedimento per il loro mutamento (art. 374, co. 3, c.p.c.); b) l'ampliamento dei casi in cui il Procuratore generale presso la Corte di cassazione può chiedere l'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge (ma irrilevante per le parti del processo) e la possibilità che questo principio di diritto sia pronunciato d'ufficio anche nel caso di ricorso della parte dichiarato inammissibile (art. 363 c.p.c.); c) la riduzione, tra i motivi del ricorso per cassazione, dell'ambito del vizio di motivazione e l'esclusione assoluta di tale vizio nei casi di doppia conforme sui medesimi fatti (art. 360 c.p.c.); d) l'udienza pubblica limitata alle sole decisioni di una «questione di diritto [...] di particolare rilevanza» (art. 375, co. 1, c.p.c.) e la decisione degli altri ricorsi in camera di consiglio; nel primo caso la decisione è emanata con sentenza, mentre nel secondo caso essa assume la forma della ordinanza; e) il rinvio pregiudiziale del giudice di merito alla Corte di cassazione per la risoluzione di «una questione esclusivamente di diritto», quando, tra gli altri requisiti, essa «è suscettibile di porsi in numerosi giudizi» (art. 363-bis c.p.c.).

¹⁸ G. SCARSELLI, *La nomofilachia e i suoi pericoli*, in *AmbienteDiritto*, 23, 1, 2023, 1-20.

di dipendenza economica e di protezione del contraente debole¹⁹. Il pericolo, dunque, è che l'evoluzione dell'ordinamento sia sacrificata sull'altare di una certezza del diritto che può rivelarsi presto stantia e che può persino risolversi in una paradossale eterogenesi dei fini, tale per cui ciò che siamo soliti chiamare "diritto vivente" rischia di recidere ogni legame con la vita dell'ordinamento e divenire, per così dire, sempre meno "vivente"²⁰.

Ciò a maggior ragione se si considera che si profila all'orizzonte l'utilizzazione sempre più capillare dei sistemi di intelligenza artificiale e degli algoritmi predittivi²¹, che sembrano poter arginare quell'elemento imponderabile dei giudizi che aveva indotto i giuristi romani a constatare il limite della giustizia amministrata dagli uomini: *omnia lites habent sua sidera*. Lo *ius dicere* algoritmico appare dunque, almeno a prima vista, la più efficiente manifestazione dello sforzo profuso dalla modernità contro l'errore e l'arbitrio dell'umano e fallibile giudicante, così da garantire la prevedibilità della decisione attraverso la formulazione del giuridico in strutture logico-formali, capaci di assicurare l'applicazione leibniziana del diritto *more mathematico*²².

Un'idea simile, sia pure solo in parte, a quella sottesa all'apologo da cui abbiamo preso le mosse, che risente significativamente della fecon-

¹⁹ G. ALPA, *I contrasti di giurisprudenza e la nomofilachia*, in *Rassegna Forense*, 3-4, 2014, 599-604; ID., *Il ruolo nomofilattico della cultura giuridica*, in ITALIADECIDE (a cura di), *La nomofilachia nelle tre giurisdizioni. Corte Suprema di Cassazione, Consiglio di Stato, Corte dei Conti*, Bologna, 2019, 137-147; ID., *La giurisprudenza e le fonti del diritto*, ne *Lo Stato*, 2, 2019, 335-343, dove l'Autore rileva che molte esigenze di tutela non sarebbero state soddisfatte «se non si fossero aperti i cancelli all'interpretazione evolutiva, costituzionalmente orientata, sensibile alle esigenze sociali. Si che imbrigliare la creatività a beneficio della certezza e della continuità implica la scelta di fossilizzare l'interpretazione del giudice e la creatività degli avvocati» (143).

²⁰ L. ROVELLI, *Certezza del diritto: dalla legge all'interpretazione consolidata e possibile eterogenesi dei fini*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 8, 1, 2019, 135-146.

²¹ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2021.

²² V. FROSINI, *Cibernetica diritto e società*, Milano, 1968, 14 (riedito nel 2023 da RomaTrE-Press con introduzione di G. Sartor).

da temperie culturale del suo tempo²³. Le *Justice Machines* ivi descritte, infatti, non sono altro che una trasfigurazione letteraria dei fondamentali lavori sulla cibernetica di Norbert Wiener²⁴, sulla giurimetria di Lee Loevinger²⁵ e sulle “macchine intelligenti” di Alan Mathison Turing²⁶. Ma è chiaro che si tratta di una trasfigurazione paradossale e irriverente, giacché le *Justice Machines* di Charpentier vanno beffardamente nella direzione del caso piuttosto che della certezza del diritto, che invece costituisce il fulcro dell’odierno dibattito sulla decisione robotica e sulla giustizia predittiva²⁷.

Qui, l’irrigidimento dell’ordinamento si fa ancora più marcato rispetto alla tradizionale nomofilachia perché lo schematismo cristalliz-

²³ Nel 1951, pochi anni prima del racconto di Charpentier, lo psicoanalista francese Octave Mannoni aveva dato alle stampe *Lettres personnelles à Monsieur le Directeur*, ristampato nel 1977 con il titolo *La machine*, su cui si veda in particolare B. ROMANO, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Torino, 2018, 125-138. Si tratta, ancora una volta, di un racconto letterario di carattere filosofico-antropologico che narra di una colonia in cui una macchina amministra la giustizia attraverso il calcolo matematico.

²⁴ Si rinvia in particolare a N. WIENER, *Cybernetics: Or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge (MA), 1948 (trad. it. di O. Beghelli, Milano, 1951).

²⁵ Si veda in particolare L. LOEVINGER, *Jurimetrics: The Next Step Forward*, in *Minnesota Law Review*, 33, 1949, 455-493.

²⁶ Cfr. in particolare A.M. TURING, *Intelligent Machinery. Report to the National Physics Laboratory*, Alan Turing papers, Cambridge: King’s College Archives, 1948; ID., *Computing Machinery and Intelligence*, in *Mind*, 1950, 433-460.

²⁷ Si vedano in particolare N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016; A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit.; EAD. (a cura di), *Decisione robotica*, Bologna, 2019; U. RUFFOLO, *La machina sapiens come “avvocato generale” ed il primato del giudice umano: una proposta di interazione virtuosa*, in ID., *XXVI lezioni di diritto dell’intelligenza artificiale*, Torino, 2020, 205-225; F. DI DONATO, M.P. FRISINA, F. ROMEO, F. SCAMARDELLA, M. VESTOSO, D. VOLPE (a cura di), *La sfida della giustizia predittiva. Riflessioni a partire da una ricerca empirica in materia di protezione internazionale*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 1, 2023, 85-168; F. CORONA, *Giustizia predittiva. Quando gli algoritmi pervadono il diritto*, Roma, 2023; M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Milano-Udine, 2023; V. MASTROIACOVO (a cura di), *Giocare con altri dadi. Giustizia e predittività dell’algoritmo*, Torino, 2024; L. ER-COLE, *Contro la “giustizia predittiva”. Per una lettura conservativa del principio di certezza del diritto*, Torino, 2024; B. ROMANO, *Intelligenza artificiale e volontà. Il magistrato e ChatGPT. La capacità rivelativa del diritto*, Torino, 2024.

zante dell'algoritmo tende a precludere, o quantomeno a comprimere, l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali. Il funzionamento delle "novelle *Justice Machines*" è infatti ancorato ai precedenti, sicché esse considerano il presente solo come una reminiscenza del passato, con il pericolo che il giudice macchina è condannato a una ripetizione informatica dell'identico²⁸. Questa omogeneizzazione temporale rischia di proiettare l'ordinamento in un eterno presente e di fossilizzarlo in un diritto immobile, capace solo di replicare se stesso e di radicalizzarsi nei risultati già acquisiti, che l'inferenza statistica rende insensibili agli indirizzi giurisprudenziali minoritari o alle isolate voci divergenti²⁹.

Tutto ciò apre uno squarcio nei cieli imperscrutabili dell'esito delle liti. Ora lo sguardo del giurista, scrutando i dati dei precedenti immessi nella macchina, potrebbe scoprire la stella recondita che cela la decisione. O almeno così vorrebbe credere chi, come l'Autore dell'apologo, ritiene che i benefici dell'automazione risiedano nel «sostituire i funzionari con degli automi», le cui decisioni – quali che siano – sarebbero comunque più accettabili di quelle assunte da un giudice umano, che i cittadini considerano «un essere fallibile, soggetto a eccessi di zelo che li indispettiscono o a debolezze di cui intendono approfittare»³⁰.

È vero che l'uomo è un animale ontologicamente *difettivo*, calato nella finitudine del suo tempo ed emotivamente connotato, ma sarebbe un errore misurare la sua intelligenza con il solo parametro della capa-

²⁸ L. DI SANTO, *L'universo giuridico tra tempo patico e tempo gnosico*, Padova, 2012, 145-148, dove l'Autore distingue tra «tempo dell'uomo» e «tempo della macchina».

²⁹ G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, 2022, 82-84 e 135-144; ID., *La responsabilità del giudice e l'algoritmo*, Modena, 2023, 37-42.

³⁰ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, 53. Traendo esempi dalla vita quotidiana, Charpentier rileva come l'accettazione sociale di una decisione sia direttamente proporzionale all'incremento dell'automatismo a essa sotteso. È questo il caso della metropolitana: un tempo, quando il convoglio entrava in stazione, il portello era chiuso da un impiegato e i passeggeri che si vedevano chiudere le porte in faccia erano furibondi; oggi invece è «l'arrivo del treno a far scattare la chiusura. I viaggiatori fanno la fila davanti a una lamiera inesorabile. Nessuno apre bocca». Altrettanto vale per le comunicazioni telefoniche: un tempo gli abbonati reclamavano perché non riuscivano a prendere la linea, accusando le centraliniste di leggere romanzi o di mettersi il rossetto invece di passare le comunicazioni; oggi invece «è tutto automatico, e nessuno si sognerebbe di protestare quando l'apparecchio dà il segnale di occupato».

cità di calcolo e di elaborazione dei dati, riducendo così la sua *difettività* a *difettosità*, ossia a *deficit* performativo rispetto alla macchina³¹. È questa la ragione per cui nell'ampio e aperto dibattito sulla decisione robotica si tende a escludere la radicale *sostituzione* dell'uomo con la macchina, per orientarsi piuttosto verso una loro virtuosa *cooperazione*, secondo un approccio autenticamente antropocentrico alla giustizia algoritmica, che non alimenti una vacua tecnofobia, ma ispiri un umanesimo digitale consapevole delle notevoli potenzialità dei nuovi sistemi, ma anche dei loro rischi.

Questa simbiosi tra uomo e macchina sembra accreditare, almeno nell'ambito della giurisdizione, non tanto il paradigma dell'*intelligenza artificiale*, quanto piuttosto quello dell'*intelligenza aumentata*, nel senso che le prestazioni cognitive dell'uomo possono essere *potenziate* dalla macchina³². Quest'ultima consente infatti di raccogliere e processare una mole ben più elevata di dati, così da offrire al giudice una maggiore consapevolezza ermeneutica del percorso decisionale e motivazionale che egli intende seguire, segnalandogli lacune, incongruenze e contrasti rispetto a decisioni assunte in casi simili, ma anche esibendogli eventuali ragioni di discontinuità rispetto all'orientamento dominante³³.

Resta fermo che l'ultima parola è e resta soltanto quella del giudice umano, che controlla l'intero procedimento per valutarne il risultato e, soprattutto, per assumersene la responsabilità, secondo il principio del libero convincimento³⁴. Decisione e responsabilità non sono surrogabili dalla macchina, ma restano in capo all'uomo e alla sua intelligenza: «*Sapere aude!* Abbi il coraggio di servirti della tua *propria* intelligenza!». Il motto kantiano dell'Illuminismo preserva intatta la sua attualità

³¹ A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 10, 1, 2021, 113-128.

³² J.C.R. LICKLIDER, *Man-Computer Symbiosis*, in *IRE Transactions on Human Factors in Electronics*, HFE-1, 1, 1960, 4-11.

³³ A. PUNZI, *Decidere in dialogo con le macchine: la sfida della giurisprudenza contemporanea*, in U. SALANITRO (a cura di), *SMART. La persona e l'infosfera*, Pisa, 2022, 261-274.

³⁴ A. PUNZI, *Judge in the Machine. E se fossero le macchine a restituirci l'umanità del giudicare?*, in A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, cit., 319-330.

ed è un monito di cui il giurista dovrebbe tener conto per non cadere in un nuovo “stato di minorità” che egli, mai come in questo caso, dovrebbe «imputare a se stesso»³⁵.

³⁵ I. KANT, *Scritti di storia, politica e diritto* (1784), a cura di F. Gonnelli, Roma-Bari, 1995, 45.

CATTOLICESIMO ROMANO E FORMA GIURIDICA

LA CHIESA CATTOLICA DI ROMA COME ISTITUZIONE: UNO STUDIO INTRODUTTIVO

Francescantonio Eramo

1. Introduzione

Il presente lavoro, a ben vedere, più che un saggio vero e proprio costituisce un momento propedeutico di un progetto di ricerca più ampio volto a elaborare una teoria generale della normatività, della decisione e dell'istituzione di natura ecclesiologico-giuridica. Ciascuna posizione qui proposta richiederebbe un ben più rigoroso apparato critico e una articolazione più diffusa. Alcune delle tesi proposte potrebbero risultare incomplete: ciò dipende in massima parte dalla natura introduttiva del testo.

In questa sede l'analisi si propone di approfondire il cattolicesimo romano quale *unicum* istituzionale, sin d'ora ponendo le basi teoriche e metodologiche necessarie per una più piena comprensione del fenomeno giuridico.

La suggestione che muove questa ricerca attiene alla riflessione istituzionalista sul diritto. L'ipotesi di lavoro è che la Chiesa cattolica, attraverso la sua speciale sintesi di forma giuridico-politica e dimensione estetica, rappresenti un modello alternativo di razionalità, capace di integrare elementi che la modernità secolarizzata ha separato: norma e mistero, autorità e rappresentazione simbolica, visibilità e invisibilità. La Chiesa sembra vivere sin dalla sua fondazione tra queste dimensioni. Più in particolare, la Chiesa come istituzione sembra sintetizzare in sé da una parte il rapporto tra norma, decisione e istituzione quale ordinamento giuridico e politico concreto; dall'altro – e in concordanza con il primo punto – l'estetica, la cui dimensione è composta, tra le altre cose,

di icone¹, emblemi, riti, sequele, paramenti, parole e silenzi² a carattere normativo e performativo.

La teoria istituzionalista europea, dalle elaborazioni di Maurice Hauriou³ a quelle di Santi Romano⁴, ha tradizionalmente concepito il tema istituzionale come momento aggregativo della vita associata, tessuto di rapporti e relazioni che si sostanziano del carattere agentivo dell'uomo verso l'uomo nella dimensione "semplificata" dell'immanenza.

Hauriou, nonostante lo sfondo tomista che sostiene le sue pagine e i contenuti riferibili, comunque, a una antropologia cristiana⁵, non elabora una teoria sistematica e completa che possa anche solo assimilarsi a un lavoro di ecclesiologia giuridica. Al pari, Santi Romano pur dedicando alla Chiesa cattolica alcune pagine della seconda parte de *L'ordinamento giuridico*, non si sofferma dettagliatamente sulla forma giuridica della Chiesa in un modo che si potrebbe dire anche solo soddisfacente. Tuttavia, questa cornice teorica di riferimento, pur nella sua ricchezza analitica, appare insufficiente a cogliere la specificità del fenomeno istituzionale che eccede la dimensione puramente orizzontale dell'associazione umana.

Il cattolicesimo romano rappresenta, sotto questi profili, un caso emblematico e fecondo. Nel quadro teoretico della filosofia del diritto contemporanea, la Chiesa cattolica emerge come istituzione peculiare. Lungi dall'essere riducibile a un apparato organizzativo religioso, rappresenta una forma integrale di giuridicità, in cui si intrecciano elementi estetici, liturgici, teologici e giuspositivi. A tale scopo, saranno esplorate alcune prime direttrici: il razionalismo romano, la forma giuridica della Chiesa e il tema della rappresentanza, la dimensione estetico-giuridica della liturgia quale *lex* di tale istituzione.

¹ P. HERITIER, *Humanities. Umanesimo e svolta affettiva*, in A. ANDRONICO, T. GRECO, F. MACIOCE (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, 2019, 460 ss.

² G. POZZI, *Tacet*, Milano, 2013.

³ M. HAURIOU, *Teoria della istituzione e della fondazione*, Milano, 1967; ID., *Aux sources du droit. La théorie de l'institution et de la fondation (Essai de vitalisme social)*, Paris, 1986.

⁴ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945.

⁵ V. LEONTOVITSCH, *Die Theorie der Institution bei Maurice Hauriou*, in R. SCHNUR, *Institution und Recht*, in *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, 1936; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, 1923, 53.

All'argomentazione cattolica è sottesa una specifica mentalità, interessata a guidare la vita sociale degli uomini da un punto di vista normativo e capace di utilizzare nei propri procedimenti dimostrativi una logica specificamente giuridica. *Toute victoire de Rome est une victoire de la raison*. Tale *raison* non è altro che il razionalismo romano che lo stesso Max Weber⁶ ha riconosciuto sopravvivere nella Chiesa.

Quando si afferma che il cattolicesimo romano agisce secondo una razionalità romana, non si intende semplicemente riferirsi (soltanto) alla sua localizzazione (*Ortung*) né alla sua eredità storica. Ma alla struttura profonda, formale e spirituale, che assume l'idea stessa di istituzione non come neutro contenitore, ma come *forma visibile della verità*. In tale prospettiva, la romanità è il segno di una razionalità giuridica capace di tenere insieme norma, decisione e istituzione. In tutto ciò emerge una concezione dell'istituzione come *sistema vivente*, che custodisce (*tradidi quod accepi*) e trasmette i contenuti della Rivelazione attraverso forme visibili, stabili e atti sovrani. È, tuttavia, una forma differente da quella carismatica o puramente comunitaria. Più precisamente è una forma romanamente incarnata di un razionalismo che è pratico, ordinante e formale e che possiede una reale capacità di strutturare costitutivamente la realtà. Questo specifico razionalismo si sottrae alla dialettica della produzione e del consumo, alla neutralizzazione della tecnica e alla filosofia dei "valori"⁷ quale esito⁸ ultimo di quello scivolamento

⁶ M. WEBER, *Economia e Società*, vol. III, Milano, 1981, 151.

⁷ F. VOLPI, *L'anatomia dei valori*, in C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008; A. MANGIA, *Valori e interpretazione in Ernst Forsthoff*, Milano, 1994, 6; M. WEBER, *Il politeismo dei valori*, Brescia, 2010; A. MANGIA, *Merito e trasmissione del sapere nei processi di replicazione sociale*, consultabile al seguente link: <https://www.iassp.org/2023/12/merito-e-trasmissione-del-sapere-nei-processi-di-replicazione-sociale/>; ID., *Governare il sapere. La costituzione e la replicazione sociale*, Napoli, 2024.

⁸ È la distinzione tra pensiero calcolante e pensiero rammemorante. Cfr. M. HEIDEGGER, *La poesia di Hölderlin*, Milano, 1988; ID., *Introduzione alla filosofia. Pensare e poetare*, Milano, 2009; F. HÖLDERLIN, *Le liriche*, Milano, 1993; ID., *Iperione o l'ere-mita in Grecia*, Milano, 2015; ID., *L'essenza della poesia*, Chieti, 2019; R. GUARDINI, *Hölderlin e il paesaggio*, Brescia, 2006; L. LOMBARDI VALLAURI, *Il diritto come ordinamento*, in *Atti del X Congresso nazionale di filosofia giuridica e politica (Bari, 3-5 ottobre 1974)*, Milano, 1975, 46-47.

nel piano inclinato, dei centri di riferimento che dal giuridico transitano – con *thauma* (nel senso severiniano) – all'economico e al tecnico.

La razionalità della Chiesa contraddice infatti tutto ciò che il pensiero della tecnica sente come elemento della propria oggettività e probità.

Il razionalismo della Chiesa cattolica abbraccia moralmente la natura psicologica e sociologica degli uomini e non concerne, come l'industria e la tecnica, l'impresa di dominio e di utilizzazione della materia. [...] In lotta contro i fanatismi più settari, la Chiesa si è sempre schierata al fianco del sano intelletto umano, e per tutto il medioevo, come ha ben dimostrato Duhem, ha represso la superstizione e la magia. Lo stesso Max Weber ha riconosciuto che nella Chiesa sopravvive il razionalismo di Roma e che essa ha saputo egregiamente aver ragione degli entusiastici culti dionisiaci, delle estasi, delle tendenze a sprofondare nella contemplazione⁹.

La genialità dell'intuizione weberiana consiste nel cogliere come questa razionalità non rappresenti un residuo arcaico, ma una forma alternativa di razionalità rispetto a quella moderna. Il razionalismo moderno è lontano da quello cattolico. In un senso analogo scrive Schmitt:

La Chiesa è la depositaria in grande stile dello spirito giuridico e la vera erede della giurisprudenza romana. Nella sua capacità di forma giuridica sta uno dei suoi segreti sociologici. [...] La forza di attuare questa forma, come ogni altra, la Chiesa la possiede solo in quanto ha la forma della Rappresentazione. La Chiesa rappresenta la *civitas humana*, rappresenta in ogni attimo il rapporto storico con l'incarnazione e con il sacrificio in croce di Cristo, rappresenta Cristo stesso in forma personale, il Dio che si è fatto uomo nella realtà storica. Nel rappresentare sta la sua superiorità su un'epoca di pensiero economico [...] ¹⁰.

Il pensiero economico conosce, del resto, una sola tipologia di forma che opera per il tramite di un pensiero che si vuole calcolante e che rimane lontana dalla idea di rappresentazione. Il cattolicesimo romano, prossimo a un pensiero poetico e rammemorante, conserva al proprio

⁹ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica. La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica*, Milano, 1986, 42.

¹⁰ *Ivi*, 47.

interno una complessità irriducibile al cui interno coesistono opposti inavvicinabili altrimenti.

È il tema classico del conflitto, ancor attuale, tra Chiesa e modernità (anche nella variante del modernismo). Così la Chiesa quale ordinamento concreto si oppone all'ottimismo tecnologico scientifico speranzoso di una società migliore e più funzionale e si oppone altresì alla "semplificazione" della complessità tipica della modernità. La sua irriducibilità a tali dimensioni si manifesta nella coesistenza di norma, decisione e istituzione, nella propria legittimità di fronte al mondo, nella rappresentazione che si pone al di là della dicotomia di pubblico e privato e, infine di presenza concreta: tutte dimensioni profondamente concrete garantite dalla visibilità del corpo di Cristo e della sua autorità.

Tale eccedenza della Chiesa sulla modernità si manifesta in quella che Carl Schmitt definisce "forma sostanziale": connubio di trascendenza e immanenza, invisibilità e visibilità.

Titolare di tale "forma sostanziale", la Chiesa supera ogni *complexio oppositorum* trasfigurando il concreto e concretizzando il trasfigurante. Per dirla con altre parole, ci si trova di fronte a due *Weltanschauung* in cui,

la concretezza spazio-temporale della Chiesa è opposta all'utopica progettualità della modernità, il grande eloquio ecclesiastico al silenzio 'oggettivo' della tecnica, il paesaggio dell'Europa cristiana al freddo cubismo della metropoli e all'incolta steppa 'scitica', la trionfale visibilità della Chiesa alla doppiezza scenico-teatrale di una ragione politica che – pur pretendendo, come già Donoso aveva notato, di voler vedere tutto – non può fare altro che mascherare la propria intrinseca 'tecnicità' [...] con riferimenti generici al generico 'valore' dell' 'umanità'¹¹.

In estrema sintesi: se nell'economia moderna la tecnica si pone al servizio di ogni bisogno e a una produzione ottimizzata si contrappone un consumo proprio di un pensiero calcolante (se non al più irrazionale), il potere della Chiesa non si fonda su mezzi economici, né su quelli militari, ma sul Dio incarnato e sulla sua *auctoritas*.

¹¹ C. GALLI, *Presentazione*, in C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, cit., 12-13.

2. Rappresentazione (*repräsentieren*) e forma giuridica

Si è detto che la Chiesa ha la propria specifica razionalità. Tale razionalità si esprime nella dimensione istituzionale nonché nella sua intrinseca capacità di rappresentazione (*repräsentieren*) idonea non solo a regolare, ma soprattutto a istituire un ordine (*Ordnung*)¹².

La Chiesa crea diritto grazie alla propria complessiva capacità istituzionale e formale. Il cattolicesimo è dunque giuridico in senso eminente. Esso è normativo perché produce norme ed è retto da norme, decisionistico perché esiste un polo supremo di autorità decisionale che ha la *plenitudo potestatis*, deontico perché impone doveri, obblighi e posture, performativo perché il suo linguaggio non è soltanto simbolico, ma è atto che realizza ciò che dice (*ex opere operato*), oltre a possedere il proprio cuore nella capacità stilistica di una grande retorica.

La sua grande prestazione consiste nel fare del sacerdozio un ufficio, [...] ma in modo del tutto peculiare. Il papa non è il profeta, ma il Vicario di Cristo. Tutta la rozzezza fanatica degli sfrenati profetismi è così tenuta lontana grazie a questa opera di 'formazione'. Del fatto che l'ufficio è reso indipendente dal carisma, il sacerdote riceve una dignità che pare astrarre interamente dalla sua persona concreta. Tuttavia egli non è né il funzionario né il commissario del pensiero repubblicano, né la sua dignità è impersonale come quella del moderno 'ufficiale'; al contrario il suo ufficio, in una catena interrotta, risale al mandato personale ed alla persona di Cristo¹³.

Da qui si comprende la peculiare forma giuridica del cattolicesimo romano. Quest'ultimo ha saputo articolare, a partire dalla istituzione della Chiesa da parte di Cristo sulla croce e per il tramite della successione apostolica, una sintesi tra dimensione carismatica e struttura istituzionale. La Chiesa ha, infatti, sviluppato un modello di autorità che si distingue tanto dalle forme profetiche immediate, quanto dalle burocrazie moderne secolarizzate. In un senso *ultra* weberiano, che aveva individuato nella burocratizzazione l'inevitabile destino delle autorità cari-

¹² La questione della Chiesa come istituzione è legata alla incarnazione e alla prosecuzione storica e genealogica di tale incarnazione quale centro cristologico della Storia.

¹³ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, cit., 42-43.

smatiche¹⁴, l'ufficio del sacerdote risale al mandato personale e alla persona di Cristo in una "catena ininterrotta". La successione apostolica non è semplicemente una trasmissione di competenze, esito di un processo di *Ausbildung* (percorso professionale di formazione legata a piani economici di sviluppo e di crescita per le masse)¹⁵, ma una partecipazione effettiva e consacrata all'*auctoritas* di Cristo che si perpetua mantenendo la propria identità di forma "sostanziale" e "storico-sacramentale", dove la dimensione temporale e quella ontologica si intrecciano indissolubilmente.

La questione della natura del sacerdozio cattolico quale ufficio speciale e della sua irriducibilità alle forme moderne di burocrazia e di razionalità tecnico-economica, rivela tensioni profonde che attraversano l'intera modernità giuridica e politica. Quando il funzionario burocratico lascia il suo ufficio, la sua autorità si dissolve completamente, poiché essa deriva dalla posizione occupata nella gerarchia amministrativa. Il sacerdote, al contrario, rimane consacrato anche quando non celebra la Messa o non esercita più le funzioni, perché l'ordinazione ha operato in lui una "tras-formazione" ontologica attraverso il carattere *indelebilis* che segna permanentemente la sua identità.

Da questo punto di vista, se il razionalismo economico riduce ogni realtà a grandezze quantificabili e manipolabili attraverso il calcolo, convertendo tendenzialmente ogni cosa in valore (*Ver-Wertung*). Così, la conversione in valori, che rende commensurabile l'incommensurabile tanto che da tale commensurabile si possa ricavare una certa quota calcolabile nella distribuzione del prodotto sociale nel campo dell'economico, che oggi diviene l'*unicum politicum*. Si è fatto così,

[...] del sapere, una tecnica per produrre valore: del mercato e del 'valore' rispettivamente il luogo e la misura di ogni veridizione di ogni forma di pensiero; come [...] della morale un sistema di 'valori' ricom-

¹⁴ M. WEBER, *Economia e società*, cit., vol. III, 151.

¹⁵ M. PESARE, *Le metafore della Umbildung. Trasmissione del sapere e trasformazioni epistemologiche nella contemporaneità*, Salento, 2012; M. GENNARI, *Storia della Bildung*, Brescia, 2014; A. MANGIA, *Governare il sapere*, cit.; F. CAPUTO, *Pensare la pedagogia in prospettiva fenomenologico-esistenziale. Husserl, Heidegger, Jaspers*, Trieste, 2019.

binabile, di volta in volta alla luce del valore economico di ciascun valore¹⁶.

Il sacerdozio, proprio di una dimensione giuridica istituzionale quale quella del cattolicesimo romano, testimonia l'esistenza di un ufficio non assimilabile al pensiero moderno sulla statalità. Il suo sapere non si riduce a quello tecnico-scientifico, ma a forme di autorità che non si basano su competenze specializzate e a forme di azione che non sono orientate all'efficienza e al controllo della materia. Queste differenze non riposano sulla mera forma, ma rivelano due concezioni antropologico-giuridiche profondamente diverse: là dove il razionalismo moderno vede nell'uomo essenzialmente un'unità di calcolo economico, il cattolicesimo romano non dà ricette per la manipolazione della materia¹⁷, così trascendendo ogni valutazione utilitaristica e materialistica dell'uomo e della storia. Dove la modernità controlla, il cattolicesimo romano adora e serve.

La Chiesa è, dunque, una "persona giuridica", ma distinta da una società di capitali. Quest'ultima è semmai il prodotto dell'epoca dell'economico. La Chiesa è giuridicamente e, quindi, politicamente la concreta rappresentazione personale di una personalità concreta. Tutta l'idea di rappresentazione (*repräsentieren*), concetto già di per sé giuridico, che si distingue ontologicamente dal tema della rappresentanza (*Vertretung*)¹⁸. Tale distinzione non è meramente terminologica, ma porta al cuore teorico e, al contempo pratico, del discorso. Essa rivela due concezioni diverse della mediazione dell'autorità, illuminando la specificità della forma cattolica rispetto ai paradigmi della modernità democratica. La rappresentanza moderna si fonda su un rapporto di delega funzionale tra rappresentante e rappresentato. Il deputato riceve un mandato dai cittadini e agisce in loro nome secondo modalità contrattuali che presumono l'omogeneità sostanziale tra chi delega e chi riceve la dele-

¹⁶ A. MANGIA, *Merito e trasmissione del sapere nei processi di replicazione sociale*, cit.

¹⁷ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, cit., 43.

¹⁸ B. MONTANARI, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Sesto San Giovanni, 2014, in particolare cap. III; G.W.F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1979.

ga. Questa forma di rappresentanza è essenzialmente quantitativa: si tratta di sommare le volontà individuali preesistenti, di aggregare interessi di serie secondo procedure formali che garantiscano la corrispondenza tra volontà dei rappresentati e azione dei rappresentanti. Il meccanismo rappresentativo moderno opera secondo la logica dell'*als-ob* (del *come se*)... come se fosse il rappresentato, mantenendo però una distanza ontologica reale tra i due termini del rapporto.

La legittimità deriva dal consenso popolare espresso attraverso procedure elettorali che stabiliscono una catena di autorizzazioni in un'ottica solo immanente. Una simile forma è di per sé temporanea, revocabile, limitata nel tempo e nello spazio, così come nel contenuto e nello scopo perché orientata alla realizzazione di programmi misurabili e calcolabili. Al contrario l'idea della rappresentazione opera secondo una logica ribaltata. Essa è dominata dal pensiero dell'autorità personale tanto che il rappresentante quanto il rappresentato devono conservare una dignità personale.

Non si tratta di un concetto 'inerente a cose'. Solo una persona può rappresentare in senso eminente, e appunto una persona dotata di autorità – ciò che segna la differenza rispetto al semplice «stare per altri» – oppure un'idea che, non appena viene rappresentata, parimenti si personifica. Contenuti concepibili di una rappresentazione sono Dio ovvero, in un'ideologia democratica, il Popolo o ancora idee astratte come Libertà e Uguaglianza, ma non certo Produzione e Consumo. La rappresentazione conferisce una particolare dignità alla persona del rappresentante, poiché chi rappresenta un alto valore non può essere privo di valore. Ma non si richiede che abbiano valore il rappresentante e il rappresentato, sì anche lo stesso Terzo, il destinatario a cui si rivolgono. Non si può rappresentare davanti ad automi e a macchine, né queste possono rappresentare o essere rappresentate; quando lo Stato diventa Leviatano scompare dall'universo rappresentativo. Questo ha la propria gerarchia di valori e la propria umanità; in esso vive l'idea politica del cattolicesimo, con la sua forza capace di dar vita alla triplice grande forma: la forma estetica della dimensione artistica, la forma giuridica del diritto e infine il glorioso splendore di una forma di potere storico-mondiale¹⁹.

¹⁹ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, cit., 50.

Schmitt individua in questa forma di rappresentazione una “superiorità” strutturale rispetto ai meccanismi democratico-parlamentari. Tale rappresentazione non presuppone l’esistenza di un popolo già costituito, che delega la propria autorità, ma costituisce il popolo attraverso l’atto stesso del rappresentare. Il papa non rappresenta i cattolici perché lo hanno scelto, ma i cattolici esistono come corpo mistico proprio in virtù della rappresentazione papale che li unifica sotto un’autorità trascendente.

3. Liturgia e giuridicità

La forma estetica della Chiesa è ciò che forse più colpisce della visibilità della sua istituzione. L’estetica liturgica veicola una forma giuridica.

Questa è l’idea sottesa a questo progetto di ricerca. Ogni istituzione ha bisogno di un apparato simbolico – riti, linguaggi, sequele, icone²⁰, gesti, segni – che non si riduce a essere un mero ornamento, ma è condizione di possibilità e di pensabilità della sua efficacia concreta. La dimensione estetica contribuisce a restituire la peculiarità della giuridicità del cattolicesimo romano.

La riflessione sul rapporto tra dimensione estetica e forma giuridica si colloca al crocevia di questioni filosofiche, teologiche e giuridiche che attraversano l’intera tradizione del pensiero continentale. L’impossibilità di immaginare la Chiesa senza il suo apparato estetico non costituisce un dato liminale di una mera fenomenologia, ma rivela una struttura ontologica fondamentale che lega l’istituzione alla costitutività dell’immagine, del segno, della parola e alla costitutività della stessa *auctoritas*. Aspetti in parte già messi in luce da Giorgio Agamben la cui intuizione porta a considerare come la liturgia veicoli una forma costitutiva, attraverso cui si realizza la sintesi tra trascendenza divina e im-

²⁰ P. FLORENSKIJ, *Le porte regali. Saggio sull'icona*, Milano, 1977; M. CACCIARI, *Tre icone*, Milano, 2007; ID., *Le icone della legge*, Milano, 2002.

manenza istituzionale che caratterizza l'intero cattolicesimo romano²¹. La liturgia cattolica si configura come un universo semiotico²². In altre parole, essa non è l'estetica sovrapposta alla struttura, ma è una delle forme giuridiche in cui il *facere* si articola e diventa presente.

Gli aspetti giuridici dell'estetica liturgica aprono allora al tema della deontica. Per deontica si intende qui il senso espresso dagli scritti di Amedeo G. Conte²³, quale filosofia teoretica del dover essere (*Sollen*), di un'indagine specifica sul dover essere in quanto tale.

Nella liturgia del cattolicesimo romano, il dover essere si manifesta non solo attraverso le prescrizioni esplicite, ma anche attraverso la forma estetica stessa dell'azione rituale. La liturgia quale *lex* è luogo di articolazione di un dover essere normativo. Essa si presenta come un dispositivo deontico in cui il rito è obbligazione in senso stretto: non si può fare altrimenti che così, quindi si deve fare così.

La deontica si mostra nel carattere della normatività e della performatività, che sono gli elementi rinvenibili nell'estetica istituzionale.

Il carattere normativo è esprimibile dall'antica massima *lex credendi, lex orandi*. La legge della liturgia è da questo punto di vista normativa, veicolo normativo di verità giuridicamente efficace. L'insieme delle forme proprie della liturgia vengono veicolate a partire da un momento normativo. La liturgia non è solo il riflesso della fede, ma è una sua fonte normativa. Ne deriva che la liturgia non è di per sé solo un fenomeno estetico da interpretare ma una vera e propria *lex* da riconoscere: una legge che parla nel linguaggio dell'incarnazione, della forma visibile, del *facere* rituale. L'antica perifrasi attribuita a Prospero d'Aquitania²⁴ nel suo *Indiculus*, pur nella sua formulazione sintetica, racchiude una complessità ermeneutica che rimanda a un senso proprio del giuri-

²¹ G. AGAMBEN, *Il Regno e la gloria*, Torino, 2009; ID., *Opus Dei*, Torino, 2012; ID., *Il tempo che resta. Un commento alla Lettera ai Romani*, Torino, 2000; ID., *Altissima povertà, regole monastiche e forma di vita*, Vicenza, 2021.

²² C. SINI, *Dalla semiotica alla tecnica*, Milano, 2021.

²³ A.G. CONTE, *Filosofia del linguaggio normativo*, Torino, 1990; ID., *Performativo vs. normativo*, in U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 247-263.

²⁴ PROSPERO DI AQUITANIA, *Indiculus*, c. 8: DS 246 (PL 51, 209).

dico. La liturgia è normatività primaria vincolante. Essa si compone di tre dimensioni fondamentali: costitutiva, prescrittiva e interpretativa.

Costitutiva nel senso che la liturgia quale *lex* istituisce la realtà attraverso l'azione sacramentale. Essa attiene alla capacità della liturgia di generare effetti giuridici sostanziali e permanenti nella dimensione vivente della Chiesa. Questo aspetto trova la sua espressione più evidente nella dottrina sacramentale, dove la liturgia costituisce nuovi rapporti giuridici tra il fedele, la Chiesa e Dio.

Prescrittiva perché le forme liturgiche determinano modalità obbligatorie per i soggetti che vi partecipano. È, tuttavia, del tutto peculiare rispetto alla logica del comando supportato da sanzione per come configurato dalle categorie tradizionali del giuspositivismo.

Interpretativa dal momento che concerne i criteri ermeneutici per la comprensione e l'applicazione delle disposizioni liturgiche. È la dimensione più complessa e delicata del diritto liturgico.

Questa triplice articolazione rivela come la liturgia cattolica sia, nel suo senso normativo, un sistema giuridico organico che si manifesta visibilmente attraverso un complesso numero di dispositivi che regolano tutta quella che nella prima parte del contributo si è definita schmittianamente "forma sostanziale" della Chiesa quale istituzione giuridica.

La dimensione performativa attiene alla specificità della parola liturgica rispetto al linguaggio ordinario e risiede nella sua capacità di produrre effetti reali attraverso la sola enunciazione. *Hoc est enim corpus meum*. La parola qui non descrive, ma istituisce: genera l'effetto della transustanziazione all'interno di uno statuto giuridico circoscritto ed espresso tramite un gesto, un segno, una parola²⁵.

Il sacerdote tiene allora l'ostia con il pollice e l'indice di ambedue le mani, pronuncia a voce bassa, ma distintamente le parole della Consacrazione, si genuflette e rimane in adorazione: «il pane è scomparso, non restando di esso più che le specie, le apparenze, per lasciare il posto al Signore, perciò è il Signore stesso Colui che il sacerdote adora»²⁶.

Tale efficacia performativa della parola liturgica si fonda su una concezione del linguaggio che affonda le proprie radici nella tradizione

²⁵ La dottrina della transustanziazione presuppone una concezione profondamente performativa del linguaggio consacratorio.

²⁶ P. GUÉRANGER, *La Santa Messa*, Casale Monferrato, 2021, 92.

filosofica medievale. Per Tommaso d'Aquino, i sacramenti operano *ex opere operato*, cioè generano effetti in virtù dell'azione stessa che li mette in pratica²⁷. Il linguaggio è potenza ontologica capace di modificare la realtà nel momento della enunciazione. La parola liturgica rileva nel momento performativo la propria natura di atto giuridico *sui generis*, che istituisce relazioni fondate sullo *jus*. Allo stesso modo il gesto²⁸ è di per sé giuridico nel suo carattere performativo. Non si descrive, quindi, una trasformazione già avvenuta, ma essa avviene nel momento in cui le parole sono dette, i gesti sono mossi. Da tale prospettiva si potrebbe dire che il senso non è mai separabile dal sensibile che lo porta.

La teoria degli atti linguistici di Austin si inserisce in questo tema e fornisce uno strumento concettuale fondamentale per comprendere la natura del linguaggio del cattolicesimo romano durante la liturgia. Quando Austin²⁹ distingue tra enunciati constatativi – che descrivono stati di cose – ed enunciati performativi, apre la possibilità di pensare il linguaggio come azione. Dimensione analoga a ciò che Conte chiama “performatività *thetica*”³⁰: atti che non derivano il loro valore da un referente esterno, ma che producono normatività.

La liturgia, in questo senso, non solo veicola norme, ma è norma in atto e avviene tramite un fare che *obbliga* e un dire che *vincola*. In definitiva essa è espressione tipica del cattolicesimo romano come forma religiosa giuridicamente strutturata. Il suo *ordo* non è solo armonia, ma è legge; non solo bellezza, ma obbligo. E proprio nella consustanzialità di forma e vincolo, di rito e obbligazione, si manifesta la profondità della sua dimensione deontica.

In conclusione.

Si è voluto sin qui iniziare a delineare i contorni di una teoria generale della Chiesa come istituzione. Poca cosa rispetto al lavoro di ecclesiologia giuridica che attende di esser svolto. I paradigmi qui evocati, però, attraverso letture di filosofia del diritto e di estetica giuridica, of-

²⁷ T. D'AQUINO, *Summa Theologiae*, vol. III, Bologna, 1984, 62.

²⁸ M. JOUSSE, *L'antropologia del gesto*, Roma, 1979; ID., *De l'anthropologie du geste à l'éducation générale et religieuse*, Paris, 2004.

²⁹ J.L. AUSTIN, *Come fare cose con le parole*, Bologna, 2019.

³⁰ A.G. CONTE, *Performativo vs. normativo*, in U. SCARPELLI, P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*, Milano, 1994, 248-249.

frono spunti preziosi anche per rimeditare il diritto nelle odierne società complesse. In quest'ottica, lo studio del cattolicesimo romano consente non solo di meditare intorno all'intrinsecità delle sue categorie, ma rappresenta altresì un laboratorio per immaginare il futuro stesso del giuridico.

“INDAGINE” SULL’AUTONOMIA DEI POTERI

LA MANIPOLAZIONE DEL CONSENSO TRA DIRITTO, CINEMA E LETTERATURA

Stefano Guerra

1. Introduzione

Via del Tempio 1, Roma, anno 1970. Parte una melodia minimalista, destabilizzante e, infine, interrogativa: risuonano squilibrio, inquietudine e incertezza. L’inquadratura si innalza verso due affreschi d’angolo del Villino Astengo raffiguranti allegoricamente la scienza e la giustizia. Il “Dottore” varca le porte del cancello e fa il suo ingresso nel palazzo dove inizierà la sua nevrosi con il potere conferito dal suo ruolo. A partire da un omicidio, apparentemente risolto e semplice, Elio Petri alla regia del film del 1970 *Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto*¹ muoverà la narrazione dell’ancora evidentemente irrisolto e complesso rapporto tra autonomia, diritto e potere che mina ogni sistema democratico, perennemente in crisi.

Tale narrazione proseguirà, poi, alcuni anni dopo, nell’eremo di Zafer, trasformato in albergo, ove la classe dirigente in cerca di “spiritualità” vedrà la «propria labile ragnatela, anche se di fili d’oro» scalfita dalle indagini di un commissario originate da eventi sinistri occorsi durante il ritrovato. Il regista è sempre Petri, che in *Todo modo* del 1976 prende spunto dall’omonimo romanzo di Leonardo Sciascia, pubblicato nel 1974, che trascende il tempo, perpetuando la descrizione dell’Italia di oggi e di ogni democrazia in cui l’autonomia dei poteri, principio ineludibile del funzionamento della macchina statale, talvolta viene intaccata da altri apparati e fattori esterni, sconfinando nella manipolazione del consenso.

¹ D’ora in avanti, anche *Indagine*.

Negli anni Settanta del secolo scorso, come si ricava dalle predette opere cinematografiche e letterarie, tale fenomeno si manifesta soprattutto tramite l'uso della forza, in uno Stato a tratti poliziesco e in un clima politico e sociale incandescente, sconvolto da stragi e rivolte. Oggi, la manipolazione del consenso, dettata da logiche di potere politico, economico-finanziario e industriale, nell'ambito di un macrosistema neoliberista globalizzato, soprattutto tramite varie piattaforme digitali, si è evoluta anche per mezzo di un'informazione digitalizzata di massa, che illude il popolo di potere influire direttamente sulla cosa pubblica, mentre ignora di essere nient'altro che uno "sciame digitale"². «Le cose che non si sanno, non sono»³, dichiara il don Gaetano di *Todo modo*. E così, l'informazione diviene sempre più veicolata verso ciò che si vuole si sappia, facendone l'unica verità rivelata.

«Da promessa di libertà a tecnica di asservimento», come nel romanzo *Purity* di Jonathan Franzen, la metamorfosi del web sta imbrigliando i deboli, assicurati da una privacy mai davvero reale, e liberando i potenti, sospinti da una trasparenza solo ideale⁴.

Infocrazia, psicopolitica, populismo digitale e surmodernità sono alcuni degli argomenti utili al presente contributo per indagare l'autonomia dei poteri attraverso la mutazione dei sistemi democratici occidentali contemporanei, nel solco della rivoluzione 4.0. In questo senso, lo strumento della manipolazione del consenso, dagli anni Settanta a oggi, ha cambiato forma senza perdere la propria forza dirompente, a scapito dei capisaldi dei principi democratico-costituzionali: sovranità popolare, diritti e libertà fondamentali.

Il cinema di Petri e spunti letterari di autori quali Canetti, Kafka e Sciascia, di evidente attualità, costituiranno la base di percezione sociale diffusa delle espressioni dell'autonomia dei poteri per argomentare le teorie di diversi studiosi contemporanei, sullo sfondo della recente legislazione, anche di matrice europea, come il *Digital Services Act*⁵.

² B.-C. HAN, *Nello sciame: visioni del digitale*, Milano, 2023.

³ L. SCIASCIA, *Todo modo*, Milano, 1995, 41.

⁴ M. BARBERIS, *Populismo digitale. Come internet sta uccidendo la democrazia*, Milano, 2020, 198-199, ove l'Autore cita J. FRANZEN, *Purity*, Torino, 2016.

⁵ Abbreviato, DSA, in italiano *Normativa sui servizi digitali*, è il Regolamento UE 2022/2065, finalizzato alla modernizzazione e all'ampliamento della Direttiva sul

2. *Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto: crisi della razionalità giuridica e del potere moderno*

La prima immagine del film di Petri, *Indagine*, è quella di Via del Tempio 1, a Roma, nell’anno 1970. Il protagonista – un alto funzionario della polizia – si introduce nell’abitazione della propria amante, Augusta Terzi. Dopo essersi coricato accanto a lei, durante un rapporto sessuale la uccide brutalmente recidendole la gola con una lametta da barba. Da questo momento si delinea una narrazione dominata da un atteggiamento di orgogliosa sicurezza e sfida deliberata: l’assassino intraprende infatti un percorso volto a lasciare tracce e segnali che potrebbero condurre le indagini direttamente a lui. Presenta egli stesso denuncia dell’accaduto alla polizia e si lascia notare da un testimone potenziale, il vicino di Augusta, Antonio Pace, noto per le sue simpatie anarchiche. Questi comportamenti, apparentemente irrazionali, rappresentano i primi sintomi di un processo di destabilizzazione psichica in atto.

L’omicidio innesca un dispositivo narrativo e psicologico di cui il protagonista diviene il centro assoluto. Lo spettatore è condotto attraverso una struttura alternata di *flashback*, che cercano di costruire un movente psicologicamente plausibile per il delitto, e sequenze ambientate nel presente, in cui le indagini – di fatto inconcludenti – sono sistematicamente pilotate dallo stesso assassino, il quale produce e distrugge prove con lucida strategia. L’interazione del protagonista con l’ambiente istituzionale circostante – colleghi e superiori – mette in luce una doppia natura: autoritario e sprezzante verso i subordinati, ossequioso e servile nei confronti dei suoi superiori. In questa doppiezza, il personaggio si rivela espressione compiuta di un sistema di potere verticale e ambivalente.

Nel corso della narrazione, il protagonista si fa progressivamente portavoce – consapevole o meno – di una critica severa all’apparato istituzionale e giuridico di cui egli stesso è parte. Le contraddizioni, le opacità e le ambiguità dell’istituzione emergono con evidenza, non solo

nei suoi rapporti con i sottoposti, ma anche nei momenti di confronto con i vertici dell'apparato. Significativo, da questo punto di vista, è il dialogo con il questore, a cui il protagonista confessa di aver intrattenuato una relazione con la vittima, ponendo il quesito se tale informazione debba essere comunicata agli inquirenti. L'indifferenza con cui il superiore liquida la questione – «Per me è stato il marito... ciao!» – diviene simbolo della deresponsabilizzazione sistemica e dell'autoreferenzialità del potere giudiziario, in grado di autoassolversi e sottrarsi a ogni scrutinio etico o umano.

Tale dinamica trova un preciso riferimento teorico nella citazione kafkiana che compare nei titoli di coda del film: «Qualunque impressione faccia su di noi, egli è un servo della legge, quindi appartiene alla legge e sfugge al giudizio umano»⁶. La frase sintetizza in modo emblematico la logica paradossale del sistema giuridico rappresentato: un ordine che, nel proclamare la propria autorità, si rende di fatto impermeabile alla critica e sottratto a ogni forma di responsabilità individuale. In tal senso, il protagonista si configura come un personaggio disilluso e, al contempo, consapevole dell'impotenza dei meccanismi istituzionali. La sua condotta suggerisce una convinzione profonda: anche qualora il sistema evidenziasse delle falle evidenti, nessuno sarebbe disposto a riconoscerle, né tantomeno ad agire per correggerle.

Nel film, la disillusione del protagonista affonda le proprie radici nella relazione ambivalente con Augusta Terzi, figura femminile che incarna una duplice funzione: oggetto del desiderio e al tempo stesso minaccia simbolica alla costruzione identitaria dell'uomo di potere. Nelle fasi iniziali del rapporto, il Dottore si percepisce come detentore di un potere assoluto (non solo sulla donna ma sul mondo circostante) che sembra autorizzato dalla sua stessa funzione istituzionale. Tuttavia, come afferma Michel Foucault, il potere non sarebbe un'entità statica o centralizzata, ma sarebbe costituito da una rete di relazioni strategiche che si manifesta in diverse istituzioni e pratiche disciplinari⁷: ciò che il Dottore sperimenta non è la stabilità di un'autorità riconosciuta, ma l'instabilità continua dell'esercizio del controllo. In altri termini, il po-

⁶ F. KAFKA, *Il processo*, Torino, 1983, 10.

⁷ M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, Torino, 1977, 182 e, *amplius*, ID., *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 1975.

tere non è mai semplicemente posseduto, ma si esercita attraverso una rete di relazioni e spesso produce soggettività impreviste proprio nei corpi e nei soggetti che vorrebbe disciplinare.

La dinamica tra il Dottore e Augusta, da questo punto di vista, mette in scena il fallimento del controllo sovrano: la donna, inizialmente strumento di conferma narcisistica, si trasforma in agente di destabilizzazione.

Augusta sembra, in un primo momento, consolidare il delirio di onnipotenza del protagonista: lo cerca, si presta a giochi ambigui, si lascia ritrarre in pose che rievocano l’immaginario della vittima sacrificale, ne riconosce il ruolo di agente dell’ordine e, soprattutto, articola una logica secondo la quale l’investigatore può commettere qualsiasi crimine, incitandolo implicitamente a oltrepassare il limite della legalità, sostenendo che, proprio in virtù del suo ruolo investigativo, nessuno sospetterebbe di lui. In questa affermazione si intravede la logica paradossale del potere moderno: colui che esercita la legge può divenire il primo a violarla, rimanendo tuttavia protetto dallo stesso sistema che dovrebbe garantire giustizia. Si tratta di una forma di impunità strutturale, che Foucault definirebbe come “bio-potere”: la capacità del potere di regolare e produrre la vita, ma anche di autorizzare la morte in modo invisibile, senza doverla giustificare pubblicamente⁸.

Tale paradosso – la compresenza tra funzione di controllo e immunità personale – è già presente nel pensiero kafkiano, secondo cui l’agente della legge, pur colpevole, resta intangibile proprio perché «appartiene alla legge» e, in quanto tale, «sfugge al giudizio umano»⁹. Augusta agisce quindi come specchio narcisistico, rafforzando l’illusione del Dottore di essere al di sopra di ogni sospetto.

Ma a un tratto, tale dinamica si inverte. Augusta, infatti, non rimane passiva in questo gioco. Al contrario, la sua apparente sottomissione

⁸ M. FOUCAULT, *Volontà di sapere. Storia della sessualità vol. 1*, Milano, 2004, 124-127, nella cui prefazione all’edizione italiana del 1978 l’Autore sintetizza l’oggetto della propria indagine finalizzata alla scoperta delle dinamiche attorno a cui ruota il potere: «in che modo, nelle società occidentali moderne, la produzione di discorsi cui si è attribuito (almeno per un certo periodo di tempo) un valore di verità è legata ai vari meccanismi ed istituzioni di potere?» (*ivi*, 8).

⁹ Vedasi *supra* nota n. 6.

masochistica si rovescia progressivamente in una logica di provocazione sadica, che mira a mettere in discussione la legittimità dell'autorità stessa. Deridendo il Dottore, sbeffeggiandolo durante gli incontri amorosi, associando la sua figura all'odore stantio del potere istituzionale ('puzzo di muffa'), Augusta diventa la figura dell'antagonista che smaschera l'autorità come costruzione retorica e ideologica. In questa torsione relazionale, si manifesta ciò che René Girard ha definito come "crisi mimetica"¹⁰: la violenza originaria si produce nel momento in cui un ordine simbolico viene minacciato e necessita di un capro espiatorio per ristabilirsi¹¹. In questo caso, Augusta diventa proprio quel capro espiatorio: la sua eliminazione è il gesto necessario, per il Dottore desacralizzato, a restaurare simbolicamente l'equilibrio infranto.

Il tradimento di Augusta con Antonio Pace – giovane anarchico e antitesi vivente dell'ordine rappresentato dal Dottore – assume così un valore rituale, intensificando la minaccia simbolica: non è solo un'offesa personale, ma un attacco diretto all'istituzione, alla sua autorità e ai suoi codici morali; l'opposizione tra istituzione e rivoluzione si fa carne; il Dottore, pur tentando di mascherare l'umiliazione personale con richiami all'onore istituzionale, denuncia in realtà la crisi della propria autorità. L'angoscia che ne deriva non è tanto privata quanto politica: la perdita di controllo su Augusta equivale, per il protagonista, alla perdita di legittimità del potere stesso. «Io rappresento il potere, Augusta!», esclama il Dottore, svelando involontariamente una disperata riaffermazione identitaria tra sé e l'istituzione, che tradisce la fragilità dell'autorità fondata su una struttura gerarchica e simbolica in crisi.

A questo punto, il potere si mostra in tutta la sua nudità. Spogliato dei suoi strumenti di riconoscimento sociale, il Dottore rivela la sua natura infantile, autoritaria e narcisisticamente ferita. Come suggerisce Hannah Arendt, il potere perde ogni efficacia quando è costretto a ricorrere alla violenza per affermarsi: la violenza non è un'estensione del potere, ma piuttosto la sua confessione di fallimento¹². L'omicidio di Augusta, in tal senso, non rappresenta un atto di forza, bensì la manife-

¹⁰ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Milano, 1980, 83.

¹¹ R. GIRARD, *Delle cose nascoste sin dalla fondazione del mondo*, Milano, 1983, 43-44 e 356-357.

¹² H. ARENDT, *Sulla violenza*, Parma, 2008, 13-14 e 56.

stazione più evidente della debolezza strutturale del soggetto istituzionale quando viene privato del riconoscimento simbolico altrui.

Da quel momento in avanti, le azioni del Dottore esprimono una scissione psichica profonda: da un lato, si mostra quasi desideroso di essere scoperto, disseminando tracce e indizi che potrebbero inchiodarlo alle sue responsabilità; dall’altro, continua a manipolare il corso delle indagini, esercitando tutto il peso della propria posizione per ostacolare la verità. Questo oscillare tra confessione e occultamento non è solo indice di una psicosi, ma rappresenta una “nevrosi istituzionale”: un comportamento che, in fondo, riflette le ambiguità strutturali dei sistemi di potere in cui la tensione tra legalità formale e arbitrio sistemico, colpa e impunità, si intrecciano in modo inestricabile.

La narrazione mette così in scena, attraverso una dinamica personale, una crisi epistemologica e politica del concetto di autorità: l’istituzione, impersonata dal protagonista, mostra di non reggere il confronto con l’autonomia del reale e delle sue contraddizioni. Il diritto smette di essere garanzia di giustizia e diventa strumento di auto-conservazione. L’intersezione tra diritto e letteratura consente qui di cogliere con efficacia le zone d’ombra del potere, il modo in cui esso reagisce quando viene messo in discussione e le modalità – spesso violente, sempre simboliche – attraverso cui tenta di riaffermarsi.

Nel film *Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto*, l’equivalenza postulata dal protagonista tra crimine comune e sovversione politica («Sotto ogni criminale può nascondersi un sovversivo, sotto ogni sovversivo può nascondersi un criminale») rivela un presupposto ideologico fondamentale del “potere disciplinare”: la difesa dell’ordine sociale esige una neutralizzazione indiscriminata di ogni forma di alterità. In questa logica, la distinzione tra reato e dissenso politico viene completamente annullata; entrambi sono trattati come minacce potenziali all’equilibrio istituzionale. Il principio che ne deriva è chiaro nella sua brutalità: «Repressione e civiltà!». Una formula che, lungi dall’essere paradossale, traduce la razionalità moderna secondo cui la pace sociale sarebbe garantita solo attraverso il controllo assoluto dei corpi, dei comportamenti e dei pensieri.

Questo assetto ideologico e operativo trova una chiara risonanza nelle teorie di Michel Foucault sul “regime disciplinare”. Il potere mo-

derno, secondo Foucault, si fonda sulla distribuzione capillare dei dispositivi di controllo e sulla trasformazione del soggetto in un ingranaggio della macchina sociale: docile, produttivo, sorvegliabile¹³. La disciplina, in questo senso, non è solo un insieme di norme, ma una tecnologia politica che si articola attraverso pratiche spaziali (come la separazione e il confinamento), temporali (come la regolazione del lavoro) e corporee (come l'addestramento fisico e morale). Il suo obiettivo è la produzione di soggettività assoggettate, che interiorizzano la logica del controllo come forma di libertà.

Nel film, questo processo di soggettivazione è reso evidente dalle pratiche invasive dell'«Ufficio Politico»: le intercettazioni telefoniche, la sorveglianza continua, la registrazione sistematica di ogni gesto, l'archiviazione compulsiva dell'informazione. Il protagonista, pur essendo il responsabile di tale apparato, è egli stesso vittima di quella stessa logica. Egli sente il bisogno, quasi patologico, di sapere tutto: una manifestazione della dimensione nevrotica del potere, che, come osserva Foucault, non può tollerare zone d'ombra¹⁴. Ogni elemento opaco e ogni porzione di realtà non conforme alla rappresentazione ufficiale devono essere ricondotti all'interno del sistema, anche a costo di negare la verità o di cancellarla retroattivamente.

Questo meccanismo si avvicina a quello descritto da Franz Kafka nei suoi racconti giuridici, dove il diritto non è più strumento di giustizia ma apparato autoreferenziale, che si alimenta della propria opacità e si sottrae a ogni controllo razionale¹⁵. Come in *Colonia penale*, anche in *Indagine* il potere si presenta come un'istituzione che scrive la colpa direttamente sui corpi, negando allo stesso tempo la possibilità di un giudizio autentico.

In tale contesto, il potere si manifesta come una struttura schizofrenica: da un lato, cerca di garantire l'insospettabilità assoluta del proprio rappresentante, in linea con l'assunto espresso nel titolo del film; dall'altro lato, sembra indulgere in una volontà di autodistruzione, nel momento in cui il protagonista dissemina segni che potrebbero condurre a lui, rivelando così la vulnerabilità dell'intero apparato. Questo mo-

¹³ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 138-145.

¹⁴ M. FOUCAULT, *Volontà di sapere*, cit., 27-35.

¹⁵ F. KAFKA, *La colonia penale e altri racconti*, Milano, 1990, *passim*.

vimento duplice – tra mascheramento e auto-esposizione, tra immunità e colpevolezza – evidenzia la natura paradossale del potere moderno: una forma che ha bisogno della finzione della perfezione per sopravvivere, ma che, nell’atto stesso di reprimerne le falle, finisce per amplificarle¹⁶.

Il finale del film risolve questa tensione nel modo più emblematico: il sistema rifiuta di riconoscere l’esistenza della colpa. Ogni prova viene cancellata, ogni sospetto dissolto. Il potere, impersonale e metastorico, riafferma se stesso nella sua eternità formale: «nell’eternità di una legge scolpita nel tempo», come recita il protagonista in uno dei suoi discorsi. Questo atto di auto-assoluzione definitiva corrisponde a ciò che Hannah Arendt definisce come la “trasformazione della legge in dogma”, ovvero il momento in cui la norma giuridica smette di essere strumento di deliberazione politica per divenire assoluto teologico¹⁷.

Il film, dunque, attraverso i meccanismi narrativi del paradosso e dell’assurdo, non si limita a raccontare una vicenda criminale, ma espone la crisi della razionalità giuridica e del potere moderno, rappresentando in chiave cinematografica le patologie istituzionali che segnano la modernità: l’ossessione per il controllo, l’angoscia per la devianza, l’impossibilità di ammettere l’errore e la compulsione alla repressione come forma di autoriproduzione dell’ordine¹⁸.

¹⁶ G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995, 92-98.

¹⁷ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Milano, 2001, 406-410.

¹⁸ Il conflitto tra legalità formale e violenza istituzionale, al centro di *Indagine* può essere ulteriormente illuminato attraverso l’apporto teorico di Carl Schmitt, Walter Benjamin e Slavoj Žižek. Il Dottore potrebbe rappresentare la figura del sovrano teorizzato da Schmitt, colui che decide sullo “stato di eccezione”: sospende la legge per riaffermarla, esercitando un potere arbitrario legittimato dalla sua funzione istituzionale. Il suo crimine non è una rottura dell’ordine, ma una sua conferma originaria (C. SCHMITT, *Teologia politica*, Milano, 2005, 15). La polizia, in questo quadro, non è più soltanto un apparato repressivo, ma una funzione fondativa dello Stato moderno, come già notava Benjamin tramite la distinzione tra violenza fondativa del diritto (mitica, originaria) e violenza conservativa (poliziesca, quotidiana) (W. BENJAMIN, *Per una critica della violenza*, Trieste, 2020), entrambe incarnate dal Dottore. Il suo gesto sovversivo, paradossalmente, rafforza l’ordine esistente, sottolineando come la polizia sia un fondamento stesso dello Stato. Žižek radicalizza questa lettura: il potere ha bisogno della violenza per legittimarsi, nascondendone però l’origine traumatica (S. ŽIŽEK, *Violence: Six Sideways Reflections*, New York, 2008, 36-40). Il film mostra come l’impunità e la

3. Todo modo: *la dissacrazione delle istituzioni*

L'indagine sul potere e la sua rappresentazione all'interno delle istituzioni democratiche trova un ulteriore sviluppo nel film *Todo modo* (1976), diretto da Elio Petri e ispirato all'omonimo romanzo di Leonardo Sciascia, pubblicato solo due anni prima, nel 1974. Ambientato in un eremo trasformato in una struttura ricettiva, il film (così come il libro) racconta la riunione segreta di membri dell'élite politico-economica italiana – ministri, dirigenti bancari, alti prelati – apparentemente riuniti per un ciclo di “esercizi spirituali”, ma in realtà impegnati in un rito di auto-legittimazione e difesa di una sovranità corrotta, logorata dall'interno.

L'opera cinematografica accentua la componente distopica e visionaria del romanzo a cui si ispira, sostituendo alla trama investigativa una tensione parossistica, quasi apocalittica, che riflette le inquietudini del potere al tramonto. L'eremo di Zafer, divenuto “albergo spirituale” per una classe dirigente in crisi, si configura come un microcosmo dove l'autonomia delle istituzioni – fondamento dello Stato di diritto – viene progressivamente erosa da logiche di autoreferenzialità e manipolazione del consenso. Tale rappresentazione si presta a essere letta attraverso il paradigma foucaultiano del potere come rete diffusa e capillare, che opera ben oltre i confini giuridici formali, colonizzando anche la dimensione morale e spirituale della soggettività¹⁹.

rimozione del crimine diventino la base della Legge stessa. A livello psicologico, il protagonista prova un godimento perverso nell'esercizio del potere, spinto da un impulso autodistruttivo e narcisistico. La sua autorità è attraversata da desiderio, abuso e bisogno di riconoscimento. Il potere si rivela quindi non solo repressivo ma libidinale, fondato sul piacere di trasgredire e sull'impunità (Id., *Benvenuti nel deserto del reale*, Milano, 2004, 88-95). La retorica autoritaria del protagonista («Io rappresento il potere!») non è espressione di sicurezza, ma compensazione nevrotica di una soggettività in frantumi, incapace di distinguere tra ruolo istituzionale e bisogno narcisistico. Il finale, in cui le autorità negano l'evidenza per riaffermare l'ordine, è leggibile come un atto teologico: la restaurazione della sovranità assoluta che trasforma, con il trionfo dell'impunità istituzionale, l'ingiustizia in legge e rende eterno il potere politico al di sopra del diritto, che legittima l'ingiudicabile.

¹⁹ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., 28-34.

Sciascia inscena un potere che, per preservarsi, si affida non solo alla coercizione, ma anche a rituali pseudo-religiosi, conferendo alle proprie scelte un’aura di moralità e destino. Il titolo stesso del romanzo deriva da una massima di Sant’Ignazio di Loyola: *Todo modo para buscar y hallar la voluntad divina*, suggerendo così il rovesciamento ironico e sinistro della dimensione spirituale in strumento politico. Se il testo letterario mantiene una struttura riconoscibile del genere poliziesco, pur contaminata da elementi filosofici e morali, la pellicola cinematografica di Petri va oltre: ne sovverte i codici e ne dissolve i contorni. Come osservato dallo stesso Sciascia, il *noir* serve tradizionalmente a ripristinare l’ordine: è una “macchina narrativa” che parte dal disordine (il crimine) per giungere a una ricomposizione razionale (la soluzione)²⁰. Tuttavia, Petri si discosta radicalmente da questa logica: la sua opera non risolve, non mette ordine. Il colore narrativo del giallo diventa grigio nelle sue mani, assumendo l’ambiguità come cifra essenziale del politico. L’opera, uscita nelle sale appena due anni prima del sequestro e dell’uccisione dell’onorevole Aldo Moro da parte delle Brigate Rosse, è percepita in quegli anni come profetica e fortemente disturbante. Il personaggio interpretato da Gian Maria Volonté – carismatico, ambiguo, seduttivo – somiglia alla figura di Moro, tanto da rivestire quasi la funzione anticipatoria della letteratura (da cui trae libera ispirazione il film), capace di formulare risposte a interrogativi che la storia non ha ancora posto²¹. In *Todo modo*, la domanda sull’autonomia dei poteri si trasforma in un sospetto pervasivo sulla corruzione strutturale del potere e sulla sua capacità di rigenerarsi attraverso il disastro, anziché crollare per esso.

Al riguardo, Petri e Sciascia convergono in un giudizio fortemente critico: il potere diventa incapace di pensarsi come entità fallibile, per cui esso si vede costretto a rimuovere le proprie contraddizioni attraverso meccanismi di negazione, repressione o spiritualizzazione rituale, al punto da mettere in crisi la distinzione classica tra legalità e legittimità. Se il diritto, per Schmitt, è tale solo in quanto fondato su una decisione sovrana, allora il film di Petri costringe a domandarsi chi sia davvero il

²⁰ L. SCIASCIA, *Breve storia del romanzo poliziesco*, Perugia, 2022, 18.

²¹ Cfr. W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, Torino, 1962, 88.

sovrano in un sistema dove la decisione si confonde con la dissimulazione e l'eccezione con la norma. In questo senso, la funzione del romanzo poliziesco (e della sua interpretazione cinematografica) si rivela fondamentale non tanto per stabilire una verità, ma per smascherare l'ideologia che sottende alla sua costruzione.

Nel film *Todo modo*, Petri introduce un elemento del tutto assente nell'opera letteraria di Leonardo Sciascia dalla quale il primo trae ispirazione: l'immagine distopica e inquietante di un'epidemia in corso, annunciata da una voce anonima che, attraverso il megafono di un'ambulanza, invita la popolazione a sottoporsi alla vaccinazione obbligatoria. Questo scenario, che in passato sarebbe potuto apparire come un artificio fantascientifico, si è invece trasformato – anche alla luce delle più recenti vicende globali – in un frammento riconoscibile della realtà. In tal modo, Petri costruisce un parallelismo narrativo e simbolico tra l'evento sanitario che si consuma in superficie e le dinamiche oscure che si svolgono all'interno dell'eremo-albergo di Zafer, dove esponenti della classe dirigente italiana si ritrovano ufficialmente per esercizi spirituali, ma in realtà per coltivare trame di potere e interessi illeciti.

Petri, appropriandosi liberamente del testo di Sciascia, assume il ruolo di un interprete fecondo. Egli opera scelte di forte impatto simbolico e narrativo che trasformano l'opera d'origine: elimina il personaggio del pittore-narratore – figura centrale nel romanzo e portavoce di una coscienza critica –, ridimensiona l'ambiguità morale e metafisica di don Gaetano, riducendolo a un personaggio caricaturale, meno diabolico e più meschinamente manipolatore, e amplifica il ruolo del Presidente e dei vertici del potere politico ed economico, esponendone in modo impietoso il degrado etico. Attraverso questi dispositivi, Petri dà forma a una vera e propria *mise en abîme* della crisi del potere, collegando la dissoluzione della sacralità a quella della tradizione e dei valori a essa associati. In luogo del senso religioso, il film mette in scena un vuoto etico che si manifesta attraverso l'ambiguità dei linguaggi e la caricatura grottesca delle istituzioni. Il discorso politico diventa oscuro, allusivo e inintelligibile, come dimostra l'eloquio sfuggente del Presidente, simbolo di un sistema istituzionale incapace di affrontare le contraddizioni e i cambiamenti di una stagione storica tormentata come quella degli anni Settanta.

La scelta di Petri si inserisce in un solco critico che affonda le radici nella tradizione del pensiero novecentesco: come sottolinea Foucault, la modernità istituzionale si fonda su dispositivi linguistici e simbolici che mascherano l’esercizio reale del potere e ne occultano la natura disciplinare e repressiva²². A questo si aggiunge la riflessione di Walter Benjamin sulla “decadenza dell’aura” e sul venir meno del senso del sacro in una società dominata dall’autoreferenzialità dei meccanismi politici e della comunicazione²³. Petri, attraverso il linguaggio filmico, svela questa trasformazione, mostrando come, nel vuoto lasciato dalla tradizione, si insedi un potere che non conosce altra legittimazione se non la propria autoriproduzione, in un mondo dove la verità è dissolta nella rappresentazione e la politica è trasfigurata in rituale. In sintesi, la versione cinematografica di *Todo modo* non si limita a rappresentare una crisi del potere, ma ne denuncia la strutturale ambiguità e la natura deformante, attraverso una lettura spietatamente critica delle sue forme linguistiche, simboliche e istituzionali.

Inoltre, Petri radicalizza e amplifica la riflessione sulla dimensione metafisica del potere e la critica morale già presenti nel romanzo di Sciascia, accentuandone la portata attraverso una marcata attualizzazione del contesto storico. A differenza della scelta di Sciascia di mantenere nell’anonimato i personaggi politici – quasi a suggerirne l’intercambiabilità e l’universalità della corruzione –, Petri opta per una loro riconoscibilità esplicita, ottenuta mediante precise scelte registiche: la mimica, la gestualità e il tono degli attori rendono inequivocabili i riferimenti a figure reali della politica italiana dell’epoca. Attraverso l’uso insistito del grandangolo nei primi piani, i volti dei personaggi si deformano in maschere tragiche e ridicole al tempo stesso, esplicitando visivamente la frattura profonda tra le parole proclamate e gli atti concreti. La scenografia, caratterizzata dalla pittura metafisica di Giorgio de Chirico, contribuisce a rappresentare i protagonisti come figure spettrali e svuotate, veri e propri automi privi di interiorità. Allo stesso tempo, la fotografia accentua l’atmosfera claustrofobica e cupa del film,

²² M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire*, cit., *passim*.

²³ W. BENJAMIN, *L’opera d’arte nell’epoca della sua riproducibilità tecnica*, Torino, 1970, *passim*.

sottolineando la dimensione infernale del luogo e della narrazione²⁴. I dispositivi di sorveglianza disseminati nell'eremo introducono un ulteriore elemento simbolico: l'occhio onnipresente che controlla, osserva e registra ogni movimento dei personaggi, evocando chiaramente il "Grande Fratello" orwelliano di *1984*. In questa prospettiva, il film rivela la natura totalizzante e invasiva del potere contemporaneo, che si fonda non solo sull'autorità istituzionale, ma anche sul controllo capillare e sulla gestione della visibilità.

Nel passaggio dal romanzo al film, il personaggio del pittore – portavoce della ragione critica e laica, contrapposta al cinismo teologico-politico di don Gaetano – viene eliminato. Il suo ruolo di coscienza critica viene assunto, nel film, dal personaggio di "M.", che tuttavia non rappresenta più una resistenza morale, bensì la testimonianza impotente della degenerazione del linguaggio politico e dell'incapacità dell'intellettuale di incidere sul reale. Don Gaetano, enigmatico e inquietante, assume la funzione di un demonio mondano, lucido e manipolatore, custode di un potere che si fonda sull'ambiguità morale e sulla complicità sistemica²⁵.

Con *Todo modo*, Petri realizza un'opera cinematografica che non si limita a tradurre il testo letterario, ma ne espande il significato, riformulando la critica politica in chiave visuale, simbolica e performativa. Il film si ancora saldamente al contesto storico della crisi della Prima Repubblica, ma assume anche una valenza più universale nella denuncia della degenerazione della classe dirigente, della retorica del potere e del collasso dell'etica pubblica²⁶.

Nel finale, l'affermazione amara «siamo ancora il Paese dei don Gaetano, dei preti e dei diavoli con gli stessi occhiali» si configura come una lucida constatazione dell'impossibilità di discernere tra il sacro e il profano, tra la fede e l'inganno, tra la guida morale e la manipola-

²⁴ R. COTRONEO, *Petri e Sciascia: per una lettura di Todo modo*, in D. MONDELLA (a cura di), *L'ultima trovata: trent'anni di cinema senza Elio Petri*, Bologna, 2012, 95.

²⁵ *Ivi*, 96.

²⁶ A. ROSSI, *Elio Petri e il cinema politico italiano: la piazza carnevalizzata*, Milano, 2015, 55 ss.

zione. Le “lenti” della tradizione e della religione, oggi come allora, si rivelerebbero incapaci di offrire una visione nitida della realtà.

4. *La manipolazione del consenso 4.0*

Negli anni Settanta del Novecento – come evidenziato dalle opere cinematografiche e letterarie coeve appena trattate – il potere si manifestava prevalentemente attraverso forme esplicite di coercizione e controllo, inserendosi in un contesto statuale talvolta autoritario e in un clima politico-sociale agitato da violenze, stragi, repressioni poliziesche e tensioni ideologiche. In quella fase storica, il dominio si esercitava con strumenti riconoscibili: la forza pubblica, l’apparato giudiziario, la sorveglianza fisica. Tuttavia, tale paradigma si è progressivamente trasformato, lasciando spazio a forme di controllo più sofisticate, invisibili e pervasive.

Secondo Han, il passaggio d’epoca è segnato dallo slittamento da un “regime disciplinare” – tipico del capitalismo industriale descritto da Foucault – a un “regime dell’informazione”, che caratterizza l’attuale capitalismo digitale. Questo nuovo regime non si fonda più sull’interdizione e sull’isolamento, ma sull’accesso e sulla connettività. L’informazione diventa il principale vettore di potere: attraverso la raccolta e l’elaborazione di dati personali, le tecnologie digitali – algoritmi, intelligenze artificiali, piattaforme – non solo sorvegliano, ma prevedono e guidano comportamenti e scelte individuali. In altri termini, «ci avviamo oggi verso l’era della psicopolitica digitale»²⁷.

A differenza del vecchio potere repressivo, il “capitalismo della sorveglianza” – come definito anche da Shoshana Zuboff – non impone ordini, ma stimola, orienta, seduce. Il soggetto contemporaneo crede di agire liberamente, mentre in realtà interiorizza i meccanismi di controllo fino a identificarsi con essi. La libertà non viene negata: viene sfruttata, canalizzata, resa funzionale alla produzione di valore attraverso l’auto-esposizione e la trasparenza obbligatoria²⁸.

²⁷ B.-C. HAN, *Psicopolitica. Il neoliberismo e le nuove tecniche del potere*, Roma, 2016, 21.

²⁸ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, Roma, 2019, *passim*.

La stessa estetica del potere si trasforma: Petri rappresenta, in *Todo modo*, un potere oscuro, arcano, claustrofobico, connotato dalla segretezza e dal rito. Oggi, invece, il potere si manifesta con una facciata di apertura e luminosità. Emblematico è, in tal senso, il riferimento di Han al *flagship store* Apple di New York, concepito come un cubo di vetro trasparente: simbolo di pretesa libertà e accessibilità assolute, ma anche icona del controllo e della tracciabilità totali²⁹.

Nel nuovo paradigma capitalistico dell'informazione, la coercizione non viene meno, ma si traveste da libertà: si manifesta attraverso meccanismi di incentivazione, gratificazione e *gamification*. Come afferma Han, “sorvegliare e punire” (Foucault) sono sostituiti da “motivare e ottimizzare”³⁰. Seguendo il ragionamento del filosofo sudcoreano, si potrebbe dire che la sanzione lascia il posto all'auto-regolazione, il *panopticon* diventa un *cloud* e la prigione si dissolve nella rete. In questo scenario, il racconto – inteso come strumento di trasmissione di significati e valori – cede il passo all'algoritmo: l'elemento narrativo viene rimpiazzato da flussi di dati e la costruzione dell'identità si frammenta in statistiche comportamentali. In sintesi, il potere rappresentato da Elio Petri negli anni Settanta, ancorato a una dimensione disciplinare e istituzionale, oggi sopravvive in forme smaterializzate e reticolari, capaci di penetrare la vita quotidiana senza apparire mai esplicitamente sotto l'aspetto del dominio. Ed è proprio questa capacità mimetica, questa invisibilità, a rendere il potere dell'informazione tanto più efficace quanto inquietante.

Per comprendere le dinamiche attraverso cui il potere ha mutato forma, anche per mezzo di una trasformazione delle tecniche di manipolazione del consenso nei confronti della collettività, è necessario accennare ad alcune interpretazioni del concetto di “massa”. Secondo Gustave Le Bon, nell'opera *La psicologia delle folle* del 1895, i totalitarismi plasmano masse ubbidienti spinte da un'anima comune che ne uniforma l'agire: nello specifico, l'individuo, quando entra a far parte di una massa, subisce una metamorfosi psicologica che ne altera la personalità, annullando la razionalità individuale a favore di un'“unità menta-

²⁹ B.-C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Torino, 2023, 9-10.

³⁰ *Ivi*, 11.

le collettiva’. Tale unità si caratterizza per un marcato primato dell’emotività sul pensiero critico, per l’adesione o il rifiuto immediato e non argomentato delle idee, per una generale semplificazione cognitiva, per la diminuzione delle inibizioni morali e l’aumento dell’impulsività, del senso di onnipotenza e della tendenza alla violenza³¹.

Elias Canetti, nel suo monumentale libro *Massa e potere* del 1960, affronta il tema della massa da un’angolazione più dinamica e antropologica rispetto a Le Bon, cercando di coglierne le trasformazioni storiche e il suo rapporto strutturale con il potere. A differenza del pensatore francese, Canetti non riduce la massa a un’entità passiva o manipolabile, ma la legge attraverso le categorie di trasformazione, liberazione e sollievo, riconoscendole una capacità di autodeterminazione e di rottura rispetto all’individualità borghese. La massa, per Canetti, è un momento di de-differenziazione, in cui l’identità del singolo si dissolve e lascia spazio a un impulso collettivo che può assumere forme tanto distruttive quanto emancipative³². In questo quadro si possono comprendere sia le masse anonime e apolitiche descritte da Le Bon, sia quelle rivoluzionarie, animate da ideali di uguaglianza e giustizia sociale.

Nell’odierno contesto digitalizzato, tuttavia, la forma-massa sembra essersi dissolta in quella che Byung-Chul Han definisce “sciame digitale”: una costellazione di soggettività isolate, interconnesse ma non coese, che non seguono un capo carismatico, bensì figure effimere e mutevoli come *influencer* e *opinion leader*. In questo scenario, anche il concetto di sovranità va riletto alla luce del regime in cui opera: la detenzione delle informazioni e la capacità di orientarne la circolazione sono ormai le vere forme del potere contemporaneo³³.

Per comprendere il fenomeno della manipolazione del consenso nella sua veste attuale, basti ripercorrere brevemente alcune tappe storico-politiche dell’Occidente che dal secondo dopoguerra a oggi mostrano l’evoluzione dei meccanismi di comunicazione di massa.

³¹ G. LE BON, *La psicologia delle folle. Un’analisi del comportamento delle masse*, Milano, 2021, *passim*.

³² E. CANETTI, *Massa e potere*, Milano, 2015, 17-28, ove l’Autore introduce il concetto di “massa”.

³³ B.-C. HAN, *Infocrazia*, cit., 14-16.

Tra il 1945 e gli anni Sessanta, la scena politica occidentale è caratterizzata dal predominio dei partiti di massa con un ruolo centrale nel consolidamento della democrazia rappresentativa, grazie a una solida presenza territoriale e a una struttura organizzativa capillare, riuscendo a canalizzare e stabilizzare le preferenze degli elettori. La forza del consenso in questa fase si fonda sulla funzione mediatrice del partito, il quale si presenta come portatore di una visione ideologica³⁴ in cui l'elettore può identificarsi, assicurando la continuità del ruolo del leader e rinsaldando la fiducia popolare.

Lo schema di comunicazione della politica muta con l'avvento della televisione, divenendo progressivamente il nuovo teatro della rappresentazione politica. Negli anni Settanta e Ottanta si assiste a un graduale indebolimento del legame tra cittadino e appartenenza ideologica. I grandi ideali del dopoguerra iniziano a perdere centralità, mentre il mezzo televisivo impone nuovi modelli comunicativi. Da specchio della realtà politica, la televisione diviene artefice della stessa, determinandone linguaggi, format e immaginari. In poco tempo, essa si trasforma nell'arma totalizzante della competizione politica, contribuendo allo svuotamento delle appartenenze ideologiche tradizionali.

La fine della Guerra fredda, la dissoluzione dell'Unione Sovietica e la crisi dei partiti determinano un cambio di paradigma, per cui la centralità del voto di opinione – e non più di appartenenza – sancisce l'importanza decisiva dei mass media nella formazione del consenso.

Con l'avvento di Internet, la comunicazione politica è entrata in una nuova fase. Pur rafforzando la centralità del leader, la rete ha radicalmente trasformato le dinamiche tra *media* e potere. Le varie piattaforme digitali sono divenute strumenti indispensabili per l'attività politica, al punto che nessun attore della scena pubblica – partito, sindacato, istituzione – può più prescindere da una presenza strutturata sul web.

L'impatto del digitale ha portato a compimento il processo di disintermediazione già avviato con la crisi dei partiti di massa: la comunicazione politica si è fatta diretta, bypassando le strutture intermedie. I media tradizionali, caratterizzati da una comunicazione unidirezionale,

³⁴ Si veda C. GALLI, *Ideologia*, Bologna, 2022, per un'analisi riguardante la natura, la struttura e la persistenza delle ideologie, «nell'epoca della mancanza di alternative» (*ivi*, 24).

vengono superati dalla rete, la quale consente una partecipazione attiva – seppure spesso illusoria – del cittadino. Le piattaforme non solo permettono di raccogliere consenso, ma offrono anche uno spazio virtuale in cui costruire un’“agorà” su misura, popolata esclusivamente da voci allineate alla narrazione politica del leader o del movimento. Ne deriva una radicale trasformazione del consenso: la politica non si fonda più sull’arte della persuasione rivolta a un pubblico aperto e pluralista, ma sull’arte della profilazione, orientata a consolidare e fidelizzare gruppi omogenei di elettori, chiusi in bolle informative autoreferenziali.

In tale quadro, dunque, la manipolazione del consenso si realizza prevalentemente attraverso dispositivi digitali, all’interno di un sistema neoliberale e globalizzato che utilizza la digitalizzazione dell’informazione come strumento di controllo politico ed economico. I cittadini, convinti di esercitare un potere effettivo sulla cosa pubblica tramite *like*, commenti e votazioni online, restano inconsapevoli della loro condizione di soggetti osservati, classificati e indirizzati: non più membri di un corpo politico ma elementi di uno sciame, privo di vera agency. Ne consegue un fenomeno che Han chiama “infocrazia”, in cui la democrazia viene svuotata di contenuto sostanziale e ridotta a un sistema di gestione algoritmica delle opinioni³⁵.

In questa prospettiva, democrazia³⁶ e demagogia non appaiono più come realtà nettamente distinte, ma come poli interscambiabili e spesso coesistenti con riguardo al fenomeno del consenso. La storia contemporanea, soprattutto quella segnata dai totalitarismi del Novecento, ha mostrato chiaramente questa ambivalenza. Come sostenuto da Hannah Arendt, quei regimi segnano la fine di due grandi illusioni del pensiero democratico: da un lato, la fiducia che la maggioranza dei cittadini partecipi attivamente alla vita politica; dall’altro, la convinzione che le masse apatiche e disinteressate siano politicamente irrilevanti³⁷. Al contrario, proprio l’inerzia e la neutralità delle masse si rivelano fondamentali per il successo dei movimenti totalitari, resi possibili anche e so-

³⁵ B.-C. HAN, *Infocrazia*, cit., 18.

³⁶ Per una disamina sulla democrazia in Occidente, dalle origini, in termini storici e geopolitici, passando per i suoi deficit sino all’attuale stato di rischio in cui versa, si veda C. GALLI, *Democrazia, ultimo atto?*, Torino, 2023.

³⁷ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, cit., 432.

prattutto dall'uso massivo e innovativo dei mezzi di comunicazione. Oggi, il panorama digitale riproduce, in forme nuove, quel medesimo dispositivo di controllo: la sorveglianza e la costruzione del consenso non si attuano più con la censura e la propaganda esplicita, ma con la personalizzazione degli algoritmi, l'iper-visibilità e la seduzione dello spettacolo. In questo senso, la massa non è più una folla in piazza, ma un flusso invisibile di dati.

«Le cose che non si fanno, non sono»³⁸, afferma emblematicamente don Gaetano in *Todo modo*, sottolineando il potere performativo dell'informazione e il suo ruolo nella costruzione della realtà. In questa prospettiva, ciò che viene comunicato pubblicamente non è solo ciò che esiste, ma ciò che deve esistere, orientando la percezione collettiva verso una verità selettiva e imposta. L'informazione, da potenziale strumento di emancipazione e pluralismo, si trasforma in un meccanismo di controllo e manipolazione, in cui la realtà è filtrata da ciò che i centri di potere decidono di rendere visibile.

Questo slittamento è al centro della riflessione contemporanea sulla metamorfosi della rete, ben espressa in chiave narrativa da Jonathan Franzen nel romanzo *Purity* – come osserva Mauro Barberis –, dove il web, da spazio utopico di libertà e condivisione, diventa una trappola per i più vulnerabili, attratti dalla promessa di una *privacy* che si rivela illusoria, e al contempo una leva di potere per le *élite*, sospinte da una trasparenza solo apparente. In altri termini, il digitale realizza una dinamica paradossale: mentre ai soggetti deboli viene chiesto di esibire ogni aspetto della propria vita in nome della visibilità, i potenti operano indisturbati in uno spazio opaco, protetto da meccanismi che sottraggono alla verifica pubblica decisioni e responsabilità. La promessa originaria di una rete democratica si rovescia così nella sua negazione: da veicolo di libertà a tecnologia dell'assoggettamento³⁹.

³⁸ L. SCIASCIA, *Todo modo*, cit., 41.

³⁹ M. BARBERIS, *op. cit.*, 198-199.

5. Il concetto di “surmodernità” e l’eccesso di informazione

Nel cuore della riflessione di Marc Augé sulla “surmodernità”⁴⁰, si impone l’idea che il nostro tempo sia definito non tanto da una carenza, quanto da un’ipertrofia: troppo tempo, troppo spazio, troppo individualismo. L’eccesso di tempo si traduce nella difficoltà di pensare il tempo per la sovrabbondanza di avvenimenti del mondo contemporaneo. L’eccesso di spazio porta da un lato al restringimento del pianeta rispetto alla conquista dello spazio e, dall’altro, alla sua apertura grazie allo sviluppo dei mezzi di trasporto rapido, dando vita ai “nonluoghi”. L’eccesso di ego consiste nell’individualizzazione dei riferimenti, poiché l’individuo, considerandosi un mondo in sé, interpreta da se stesso e per se stesso le informazioni che gli vengono date o che percepisce autonomamente. Questa sovrabbondanza, lungi dal rappresentare un progresso lineare verso una maggiore libertà o consapevolezza, configura piuttosto una nuova forma di alienazione. Augé distingue la surmodernità dalla modernità e dalla postmodernità proprio per questa sua natura eccedente, che satura le dimensioni fondamentali dell’esperienza umana⁴¹. In particolare, l’eccesso di informazione genera una paradossale disinformazione: il soggetto, costantemente esposto a flussi comunicativi simultanei e contraddittori, fatica a costruire una narrazione coerente del reale. L’effetto principale di questa condizione è una crescente difficoltà nel discernere ciò che è essenziale da ciò che è accessorio, ciò che è vero da ciò che è manipolato. In questo contesto, la manipolazione del consenso non si realizza più attraverso l’occultamento dell’informazione, bensì tramite la sua proliferazione caotica.

Questo meccanismo risulta particolarmente evidente se osservato alla luce del rapporto tra *media*, diritto e potere. Se in epoche precedenti la censura si esercitava attraverso la soppressione di contenuti, oggi

⁴⁰ Definita anche quale «caratteristica della nostra epoca segnata da una sovrabbondanza di avvenimenti, da una sovrabbondanza spaziale, da un’individualizzazione dei riferimenti e infine da un’accelerazione della storia in cui la velocità ha annullato le distanze e pertanto il tempo prevale sullo spazio» (M. AIME, *Introduzione alla nuova edizione*, in M. AUGÉ, *Nonluoghi: introduzione a una antropologia della surmodernità*, Milano, 2024, 10).

⁴¹ M. AUGÉ, *op. cit.*, 47-162.

essa assume forme più sofisticate, che sfruttano la sovrabbondanza per neutralizzare il pensiero critico. L'informazione diventa uno strumento di confusione: un flusso continuo e indifferenziato che disinnesci la capacità di elaborare giudizi autonomi. È in questa cornice che il potere trova nuove modalità per esercitare il proprio controllo, dissimulando la sua influenza dietro l'apparente trasparenza dei canali informativi. La surmodernità, così intesa, si presenta come una forma di governo degli eccessi, in cui il diritto stesso rischia di diventare una voce tra le tante, soggetta alla logica spettacolare della comunicazione e al rischio di essere svuotato del suo valore normativo e simbolico.

Il cinema e la letteratura, in quanto forme espressive capaci di articolare una critica della realtà, offrono uno spazio privilegiato per riflettere su questi fenomeni. Opere come *The Truman Show* o *1984* – per citare due esempi paradigmatici – mettono in scena l'illusione della libertà in contesti iper-controllati, dove l'individuo crede di essere libero perché immerso in una molteplicità apparente di opzioni e messaggi. Il protagonista del film *The Truman Show* vive in un mondo dove ogni informazione è progettata per mantenerlo nella finzione: un universo completamente mediatizzato, in cui il consenso non viene imposto ma indotto attraverso la normalizzazione dell'artificio. Analogamente, nel succitato romanzo di Orwell, la manipolazione del linguaggio e dei dati serve a cancellare ogni traccia del dissenso, trasformando la verità in una costruzione flessibile al servizio del potere. In entrambi i casi, la surmodernità si riflette nella saturazione dello spazio simbolico: tutto è già detto, tutto è già mostrato, e proprio per questo nulla riesce più a sorprendere, a mobilitare una risposta critica autentica.

Sul piano giuridico e istituzionale, la surmodernità genera una crisi della rappresentanza e della funzione pubblica del diritto. L'autonomia dei poteri – principio cardine dello Stato di diritto – si indebolisce quando la sfera decisionale viene esposta a una costante pressione mediatica. La spettacolarizzazione dei processi giudiziari, la politicizzazione della giustizia e l'influenza dei sondaggi d'opinione sulle scelte legislative sono tutti sintomi di un contesto in cui la legittimità delle istituzioni non si fonda più sulla riflessione razionale e sul confronto democratico, ma sulla capacità di ottenere consenso immediato in un mercato informativo iper-competitivo. La surmodernità, dunque, non è

solo una categoria antropologica, ma un dispositivo attraverso cui comprendere come il potere si adatti alle logiche della velocità, dell’effimero e del consumo, minando le basi stesse della razionalità giuridica e democratica.

Infine, l’esperienza individuale nella surmodernità è segnata da una continua esposizione al tempo presente, privo di profondità storica e di prospettiva futura. L’eccesso di informazioni produce un eterno presente in cui gli eventi si susseguono senza continuità, rendendo difficile costruire memoria e progettualità. Questo ha ricadute evidenti anche sul piano culturale e politico: le narrazioni che richiedono tempo, attenzione e riflessione cedono il passo a contenuti brevi, emozionali, facilmente condivisibili. La manipolazione del consenso si nutre di questa fragilità: un cittadino disorientato, privo di strumenti critici per interpretare la complessità del mondo, è più facilmente controllabile. In tal senso, il concetto di surmodernità è fondamentale per comprendere le nuove forme del potere contemporaneo: un potere che non proibisce, ma distrae; che non impone, ma seduce; che non nasconde, ma sovraesponde. Ed è proprio nel dialogo tra diritto, cinema e letteratura – sulla scia degli studi di *Diritto e letteratura* e *Law & Humanities*⁴² – che è possibile trovare chiavi interpretative preziose per resistere a questa deriva e riattivare il senso profondo dell’autonomia dei poteri e della conseguenziale responsabilità critica del soggetto.

6. Note conclusive

I temi che ruotano attorno al concetto di surmodernità appena trattato, si rivelano particolarmente utili per comprendere le dinamiche che regolano l’eccesso di informazione e le sue implicazioni sul piano giuridico, sociale e culturale, tra cui l’invasione e il sovraccaricamento

⁴² Per un approfondimento dell’evoluzione di tali studi nel segno dell’estetica giuridica, quale indirizzo del pensiero filosofico giuridico in grado di tenere insieme la comprensione dei problemi fondamentali dell’etica che investono l’esistenza umana e gli strumenti impiegati nella formulazione e nella pratica del diritto, si veda M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura e Law and Humanities. Elementi per un’estetica giuridica*, Torino, 2024.

della percezione individuale e collettiva che generano disorientamento e perdita di senso. In tale condizione, l'informazione non si limita più a trasmettere contenuti, ma tende a sovrascrivere la realtà stessa, generando un effetto di saturazione che compromette la capacità critica dei cittadini e favorisce la manipolazione del consenso. Tale fenomeno è perfettamente in linea con quanto prefigurato da Petri in *Indagine su un cittadino al di sopra di ogni sospetto*, dove il potere costruisce la propria impunità anche attraverso un sistema simbolico e comunicativo capace di indirizzare la lettura degli eventi.

La surmodernità informativa, oggi amplificata dalla pervasività degli ambienti digitali, ha reso necessario un intervento normativo da parte delle istituzioni sovranazionali. È in questo contesto che si colloca il *Digital Services Act*, con l'obiettivo di garantire trasparenza e responsabilità delle piattaforme digitali nella gestione dei contenuti e nell'uso degli algoritmi. Il DSA si propone di mitigare gli effetti di quella che Byung-Chul Han definisce infocrazia, in cui l'informazione eccessiva si traduce in controllo superficiale, e di restituire ai cittadini un minimo di *agency* in un ecosistema comunicativo dominato da logiche commerciali e opacità sistemica. L'esigenza di contrastare la disinformazione, l'uso manipolatorio dei dati e il potere asimmetrico delle piattaforme trova, dunque, un'eco anche nelle opere cinematografiche e letterarie analizzate, dove l'autonomia dei poteri viene progressivamente erosa dalla fusione tra controllo istituzionale e narrazione egemonica.

In conclusione, l'analisi congiunta delle opere di Petri e Sciascia – sulla base delle argomentazioni svolte in virtù dei concetti di infocrazia, psicopolitica, populismo digitale e surmodernità – consente di cogliere le trasformazioni profonde del rapporto tra potere e consenso. In tale scenario, la manipolazione del consenso non avviene più attraverso la repressione visibile o l'autorità istituzionale, come mostrato nel film *Indagine*, ma per mezzo di un controllo diffuso, algoritmico e pervasivo, che si nutre di flussi incessanti di dati e contenuti digitali apparentemente neutri. La narrazione del potere si frammenta e si moltiplica, occultandosi sotto la parvenza della trasparenza e della libertà d'accesso: un paradosso già drammaticamente evocato dalla voce senza volto che attraversa le strade deserte nel *Todo modo* cinematografico.

Oggi, il potere non si limita più a imporsi con la forza, ma si dissolve nei meccanismi invisibili della rete, nelle bolle informative personalizzate, nei profili algoritmici che anticipano e condizionano desideri e scelte. In questo contesto, il diritto è chiamato a confrontarsi non solo con la regolazione della tecnica, ma con la sua stessa capacità di garantire spazi di autonomia e di senso, là dove il consenso si confonde con il rumore e la libertà si perde nella trasparenza della comunicazione digitale.

HÄGERSTRÖM A HOGWARTS

INDAGINE SULLA RAPPRESENTAZIONE DEL GIURIDICO NELLE OPERE DI J.K. ROWLING

Marco Mazzocca

1. Introduzione

Che il mondo magico di Harry Potter possieda una qualità eccentrica – anche se non del tutto rivoluzionaria – rispetto alla tradizione letteraria del genere *fantasy*, è un fatto che dovrebbe apparire ovvio anche al lettore più distratto. Non ci troviamo, infatti, dinanzi a un universo remoto come quello di Lewis o di Martin, né in un altrove mitologico à la Tolkien¹, ma in un’Inghilterra sorprendentemente familiare: *Little Whinging*, *Diagon Alley* e *Hogwarts* – luoghi che, seppur coperti da un velo incantato, coincidono (o fingono di coincidere) con coordinate topografiche ben riconoscibili da ogni buon babbano dotato di carta stradale: la contea del Surrey, Londra e le Highlands scozzesi.

Anche la geografia politica del mondo potteriano, del resto, non sembra del tutto inventata. I draghi – un tempo relegati all’immaginario mitico di svariate culture babbane – oggi trovano rifugio in una riserva

¹ In effetti, molte tra le più celebri saghe *fantasy* – come *Le Cronache di Narnia* o, in tempi più recenti, *Le Cronache del Ghiaccio e del Fuoco* – sono ambientate in mondi altri (rispettivamente *Narnia* e *Westeros*). Un discorso a parte meriterebbero invece le opere di Tolkien: la *Terra di Mezzo*, scenario privilegiato di gran parte della sua produzione narrativa, rappresenterebbe – secondo quanto chiarito dal suo biografo Humphrey Carpenter – il nostro mondo in un periodo puramente immaginario dell’antichità. Cfr. H. CARPENTER, *J.R.R. Tolkien – A Biography*, Boston-New York, 2000, 98. Per un primo approccio alle opere richiamate si raccomanda la lettura di J.R.R. TOLKIEN, *The Fellowship of the Ring*, London, 1954; C.S. LEWIS, *The Lion, the Witch and the Wardrobe*, London, 1950; G.R.R. MARTIN, *A Game of Thrones*, New York, 1996.

situata in Romania², mentre il Quidditch, sport a metà tra il rugby, il baseball e l'equilibrismo aviatorio, annovera tra le sue squadre più temibili le rappresentative nazionali di Bulgaria e Irlanda³. In questo modo, ogni comunità magica si configura non come un popolo autonomo, ma come una sorta di diaspora esoterica incastonata nel tessuto geopolitico del mondo non magico⁴. Maghi e streghe, insomma, vivono accanto a noi – più vicini di quanto non si voglia ammettere.

Ed è proprio questa coabitazione di magia e modernità a imporre, nel corpus narrativo rowlinghiano, la nascita di una specifica dimensione normativa. I poteri magici, lungi dall'essere anarchici, sono infatti soggetti a un reticolo giuridico di tutto rispetto: Decreti per la ragionevole restrizione dell'uso della magia da parte dei minori, Registro degli Oggetti Incantabili Proibiti, regolamenti, ministeri, sanzioni⁵. Di più: a

² La riserva di draghi in Romania è menzionata per la prima volta in J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Philosopher's Stone*, London, 1997, 254.

³ L'esistenza di squadre nazionali di *Quidditch*, come quelle di Bulgaria e Irlanda, è attestata in Harry Potter e il Calice di Fuoco, dove si narra della Coppa del Mondo di Quidditch. Cfr. J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Goblet of Fire*, London, 2000, 87 ss.

⁴ A rigore, ci si potrebbe chiedere quale natura assuma, sotto il profilo istituzionale, questa "diaspora esoterica" che vive incastonata nel tessuto geopolitico del mondo non magico. Chi la governa? In che modo? I testi della Rowling ci forniscono, al riguardo, informazioni tanto suggestive quanto parziali. Sappiamo, per esempio, dell'esistenza di un "Ministro della Magia", che esercita un'autorità ampia su scuole, uffici e pratiche magiche e giuridiche di varia natura. Ma nulla ci viene detto sul processo della sua investitura: viene eletto? Nominato? Autoproclamato? Non è chiaro, né è dato sapere se egli debba rispondere a un parlamento magico o se, invece esso occupi un ruolo più simile a quello di un membro del gabinetto del governo britannico babbano. Quanto al potere giudiziario, esso sembra concentrarsi nelle mani del *Wizengamot* – assemblea dai contorni poco definiti, che alterna tratti da camera alta britannica a funzioni di suprema corte. Solo in seguito alla conclusione della saga, la Rowling stessa è intervenuta per chiarire (ma più a beneficio del *fandom* che dei giuristi) che il *Wizengamot* funziona, in epoca moderna, come una sorta di ibrido tra potere legislativo e giudiziario. Cfr. J.K. ROWLING, *Order of Merlin*, Originally published in *Pottermore*, 2015, <https://www.harrypotter.com/writing-by-jk-rowling/order-of-merlin>.

⁵ Curiosamente, sia il Decreto sulla ragionevole restrizione dell'uso della magia da parte dei minorenni (Eng. *Decree for the Reasonable Restriction of Underage Sorcery*) sia il "Registro degli Oggetti Incantabili Proibiti" (*Law regarding ownership of*

ben vedere, diritto e magia non solo convivono, ma a tratti sembrano confondersi, dando vita a istituzioni giuridico-magiche di stupefacente coerenza, come nel caso dei contratti stipulati mediante artefatti magici, come il Calice di Fuoco⁶, o delle obbligazioni mistiche vincolanti, come il Voto Infrangibile⁷.

Questo contributo si propone dunque di esaminare uno di questi accordi incantati – nello specifico, il Voto Infrangibile – da una duplice prospettiva: giuridica e ontologica. Esso si aprirà con una breve genealogia dei concetti di diritto e magia, per poi mettere a confronto un’antica istituzione giuridica di diritto romano, la *sponsio*, e il dispositivo narrativo ideato da Rowling, mostrando come, in determinate epoche della storia umana, ciò che oggi chiamiamo “magia” fosse semplicemente una “forma” del diritto e come, a ben vedere, da un punto di vista ontologico, le due pratiche (magiche e giuridiche) condividano uno statuto d’esistenza molto simile.

2. Diritto e Magia

2.1. Diritto

Oggigiorno, la parola “legge” conduce una vita semantica piuttosto disinvolta. La si incontra nei trattati di fisica teorica, nelle dispense di biologia molecolare, nei manuali di diritto pubblico e, non di rado, perfino nei romanzi *fantasy*. Nessuno, pare, si stupisce del fatto che lo stesso termine serva a designare tanto la legge di gravitazione universale di Newton – la quale, come noto, descrive l’attrazione reciproca tra corpi dotati di massa⁸ – quanto la legge n. 898 del 1970 che regola il diritto al divorzio nell’ordinamento giuridico italiano.

charmed objects) sono menzionati per la prima volta in J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Chamber of Secrets*, London, 1998, 21 e 41.

⁶ Il Calice di Fuoco (*Goblet of Fire*) è menzionato per la prima volta in J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Goblet of Fire*, cit., 215.

⁷ Il Voto Infrangibile (*Unbreakable Vow*) è menzionato per la prima volta in J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Half-blood Prince*, London, 2005, 30.

⁸ Cfr. I. NEWTON, *Philosophiae Naturalis Principia Mathematica*, Londra, 1687.

Eppure, a ben vedere, vi è tra le due un divario concettuale profondo. La prima descrive ciò che accade sempre, date certe condizioni; la seconda prescrive ciò che è lecito (o illecito) in un determinato contesto sociale e giuridico. L'una è necessaria, l'altra contingente. L'una vale ovunque vi sia materia dotata di massa; l'altra solo entro i confini dell'ordinamento in cui è vigente.

È quindi opportuno distinguere tra due usi distinti del termine "legge": uno scientifico-descrittivo, l'altro giuridico-normativo. Se la legge di gravità "vieta" di fluttuare nel vuoto, non lo fa per deliberazione, né per emettere un giudizio morale: semplicemente, è impossibile fluttuare nel vuoto senza contrastare le forze gravitazionali. In tal senso, il "divieto" è da intendersi come impossibilità fisica.

Diverso è il caso di una norma giuridica che, per esempio, vieti di contrarre più di un matrimonio contemporaneamente: qui il divieto nasce da una deliberazione legislativa, e non impedisce fisicamente a nessuno di celebrare un nuovo matrimonio. Si potrà quindi compiere l'azione, ma essa sarà considerata illecita, non impossibile⁹.

Confondere questi due piani – quello della necessità naturale e quello della normatività sociale – non è solo un errore terminologico, ma un fraintendimento metafisico: si finisce per attribuire al diritto un'aura di naturalità che esso non possiede, o, peggio, per credere che la materia obbedisca a norme morali.

Alla luce di tale distinzione, una legge come, per esempio, la "Legge di Gamp sulla Trasfigurazione degli Elementi" (*Gamp's Law of Elemental Transfiguration*) andrebbe considerata una legge in senso scientifico-descrittivo – o, per maggiore esattezza tassonomica, magico-descrittivo. Essa, infatti, non prescrive alcunché: si limita a enunciare l'impossibilità, per quanto si agiti la bacchetta, di generare cibo *ex nihilo*¹⁰.

⁹ La distinzione tra ciò che è lecito (*licere*) e ciò che è possibile (*posse*) è ispirata a F. ZANETTI, *I limiti del diritto. Aspetti del dibattito contemporaneo*, in *Rivista di filosofia del diritto*, vol. speciale, 2017, 25 ss.

¹⁰ A credere, infatti, alla Legge della Trasfigurazione Elementale di Gamp – una delle leggi magiche che sembrano operare non sul piano del lecito, ma su quello del possibile – vi sarebbero limiti insormontabili persino per la bacchetta più intraprendente tra cui, per l'appunto, l'impossibilità di far apparire cibo dal nulla. Si veda a tal proposito J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Deathly Hallows*, Londra, 2007, 271.

Come ogni strega e mago dotati di buon senso sanno, infatti, trasgredire a tale legge non è questione di divieto, bensì di impotenza ontologica: non è che non si debba creare cibo dal nulla – è che non si può. E c'è una differenza.

Altre volte, invece, ci troviamo chiaramente davanti a leggi in senso giuridico. È il caso, per esempio, del già menzionato cosiddetto “Registro degli Oggetti Incantabili Proibiti” (*Law regarding ownership of charmed objects*), che, a dispetto della sua infelice – e forse un po' frettolosa – resa italiana, non si premura tanto di stabilire se un oggetto babbano possa o meno essere incantato (compito che, per competenza naturale, spetta semmai alle leggi arcane), quanto piuttosto di definire ciò che il suo possessore può lecitamente farne, secondo le regole proprie di un ordinamento giuridico che, per quanto immerso in un universo magico, conserva la sua vocazione normativa.

Esistono, infine, situazioni ibride in cui il confine tra il giuridico e il magico si fa sfumato e apparentemente inafferrabile. Prendiamo, per esempio, il Voto Infrangibile. Si tratta di una prescrizione giuridica, o di un vero e proprio incantesimo soggetto a leggi magico-descrittive? A un primo sguardo, parrebbe appartenere alla seconda categoria: l'aggettivo “infrangibile”, infatti, sembra proprio suggerisce l'impossibilità, non l'illiceità, della violazione. Chi, tuttavia, osservi con maggiore attenzione noterà che il Voto Infrangibile può essere infranto. Solo che chi lo fa... muore. Il che, in termini logico-modali, significa che è possibile rompere il voto, ma che non è possibile farlo e restare in vita. Non è la trasgressione a essere impedita: è la sopravvivenza a essa che risulta preclusa.

Quando, dunque, Ronald Weasley afferma che “non si può infrangere un Voto Infrangibile”¹¹, sta facendo un'affermazione ellittica: intende dire, più precisamente, che “nessuno può infrangerlo e cavarcela”, in quanto la sanzione per i trasgressori è automatica, proporzionale e, soprattutto, definitiva.

Il Voto Infrangibile sembra dunque funzionare come una vera e propria entità giuridica di diritto privato, con la peculiarità che la sanzione non è inflitta da un giudice, né mediata da una corte, ma si attiva da sé,

¹¹ J.K. ROWLING, *Harry Potter e il Principe mezzosangue*, Milano, 2006, 300.

senza il tramite di notifiche o sentenze. Ciò che ne risulta è una sorta di perfezione normativa: una legge che non attende di essere applicata, ma si applica da sé. Una magia, appunto.

2.2. *Magia*

Il cosiddetto “Voto Infrangibile” costituisce un caso particolarmente interessante per chi si interroghi sulla natura delle norme in universi finzionali. Come già osservato, esso non sembra riguardare propriamente il dominio di ciò che è possibile in senso fisico/magico o metafisico, né appare inquadrabile pienamente nel dominio di ciò che è lecito secondo il diritto magico positivo.

Eppure, questa constatazione apre a un dubbio teorico: che tipo di impossibilità è in gioco? Qui può tornare utile una distinzione, proposta nel dibattito filosofico contemporaneo, tra impossibilità semplice e impossibilità congiunta. La prima riguarda ciò che è impossibile in ogni circostanza, per ragioni logiche o fisiche: per esempio, far apparire materia dal nulla. La seconda, invece, si riferisce a ciò che è impossibile solo in presenza di certe condizioni contingenti: per esempio, attraversare un muro se si è privi del corpo di un fantasma. Orbene, l'impossibilità di violare il Voto non rientra nella prima categoria: tecnicamente, si può venire meno alla promessa. Ma la morte automatica che ne consegue rende la trasgressione così costosa da risultare, in termini pragmatici, impossibile congiuntamente. Come dire: non è logicamente impossibile buttarsi da una scogliera, ma la certezza della caduta rende questa possibilità poco praticabile¹².

Tale struttura ha indotto alcuni interpreti a considerare il Voto come una forma di legge naturale della magia, una grammatica dell'irreversibilità. La peculiarità del Voto, infatti, risiede nell'automatismo della sanzione: la morte sopraggiunge immediatamente e inevitabilmente in caso di trasgressione, senza che sia richiesto alcun intervento umano, giudiziario o rituale.

¹² A questo proposito, si rivelano particolarmente calzanti gli esempi e le spiegazioni contenute in D. MILLER, *Constraints on Freedom*, in *Ethics*, vol. 94(1), 1983, 66 ss.

Tuttavia, si potrebbe obiettare che tale automatismo non sia, in sé, indicativo di una natura propriamente “magica”. Molte “tecnologie babbane” – per esempio, un sistema di sicurezza che si attivi al rilevamento di un’infrazione – producono effetti automatici in risposta a determinati input, senza che ciò implichi l’intervento di volontà deliberanti¹³.

In questo senso, la differenza tra magia e tecnologia potrebbe risiedere meno nella struttura funzionale dei dispositivi coinvolti e più nel grado di opacità epistemica percepito dai soggetti che li utilizzano. Come osserva Derrida, in un contesto segnato dalla proliferazione di artefatti di cui si ignora il funzionamento, l’esperienza tecnica tende ad assumere tratti quasi animistici o magici¹⁴. A ben vedere, dunque, per la comunità magica, la magia funziona come una tecnologia il cui funzionamento è noto solo a pochi; e, viceversa, per la comunità babbana, la tecnologia complessa assume spesso i contorni del miracoloso¹⁵.

Pertanto, ciò che rende il Voto Infrangibile “magico” non è tanto l’inevitabilità della pena, quanto il fatto che i soggetti coinvolti non comprendono – né sono chiamati a comprendere – le condizioni che lo rendono efficace. La sua forza vincolante non deriva dall’autorità normativa di un legislatore, né da una consuetudine sanzionata, ma dall’opacità stessa del meccanismo che lo governa. È proprio questa opacità che lo colloca al crocevia tra norma, destino e dispositivo, in una zona ambigua che sfida le distinzioni tradizionali tra ciò che è prescritto, ciò che è possibile e ciò che accade.

¹³ Una prima idea di ciò che si intende per “tecnologie babbane” nel mondo magico ci è offerta dal personaggio di Hermione Granger, che le definisce come “tutti quei surrogati della magia che usano i Babbani – l’elettricità, e i computer, e i radar e quelle cose là”. Cfr. J.K. ROWLING, *Harry Potter e il Calice di Fuoco*, Milano, 2001, 467.

¹⁴ Cfr. J. DERRIDA, *Faith and Knowledge. The Two Sources of “Religion” at the Limits of Reason Alone*, in ID. (ed.), *Acts of religion*, New York, 2002, 40-101, 91.

¹⁵ Cfr. S. REGAZZONI, *La filosofia di Harry Potter*, Milano, 2017, 51-52.

3. *Forme giuridiche e formule magiche*

3.1. *Il Voto Infrangibile e la sua forma (giuridica)*

Ancorché non sia possibile stabilire con certezza se il cosiddetto “Voto Infrangibile” rientri o meno nell’alveo degli istituti giuridici, è possibile, a un primo sguardo, rilevare che esso presenta tratti che lo rendono sorprendentemente affine a quelle che, nel mondo babbano, vengono identificate come obbligazioni giuridiche. In entrambi i casi, infatti, si assiste alla costituzione di un vincolo intersoggettivo, in virtù del quale una parte si impegna in favore dell’altra – benché nel primo caso, com’è noto, a tale vincolo si accompagni una sanzione esiziale di natura immediata e automatica¹⁶.

La narrazione contenuta nel terzo capitolo di *Harry Potter e il Principe Mezzosangue* ci offre, a tal proposito, una descrizione piuttosto accurata del rituale costitutivo del Voto. Lì apprendiamo che, a dispetto della sua apparenza binaria, esso non si limita a coinvolgere due soggetti (promittente e beneficiario), ma esige la presenza di un terzo attore, il cosiddetto “Suggello” (*Bonder*) il quale, si badi bene, non è parte contraente, ma garante simbolico e operativo della performatività del Voto¹⁷.

Il “Suggello” non promette, non impone, non giudica: semplicemente, agisce. E agisce in modo tale da rendere possibile l’attuazione del legame magico, quasi fosse una macchina semiotica il cui unico scopo è attivare la potenza latente del discorso giurato. Si tratta, dunque, non di un legislatore, ma di un dispositivo, che non comanda ma connette, non interpreta ma vincola.

¹⁶ In ambito giuridico, il concetto di obbligo può essere elegantemente definito come un *vinculum juris*, ovvero un legame giuridico che unisce debitore e creditore attraverso una relazione specificamente qualificata, imponendo al primo dei doveri a favore del secondo. Si veda in proposito M. HOGG, *Obligation, Law and Language*, New York, 2007, 14; J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Half-blood Prince*, London, 2005, 30.

¹⁷ Cfr. J.K. ROWLING, *Harry Potter e il Principe mezzosangue*, cit., 41 ss.

Il rituale prevede – e qui il dettaglio antropologico è gustoso – che i contraenti si tengano per mano durante la formulazione del Voto¹⁸. Ora, al giurista babbano, abituato ai simbolismi residuali dei codici civili e alle strette di mano concluse con firme notarili, tale gesto potrebbe apparire come mera retorica del consenso. Tuttavia, trattandosi di un vincolo la cui efficacia è veicolata da forze magiche, resta il dubbio – ontologicamente inquietante – se tale gesto sia simbolico o costitutivo. La differenza, lo si capisce, non è da poco.

La formulazione del Voto, poi, assume la forma classica del dialogo sacramentale: a ciascuna domanda corrisponde un'affermazione secca, rituale e definitiva (“Lo voglio”)¹⁹. Le domande nel caso riportato dal libro sono tre, e già questo pone un problema ermeneutico non secondario: ci troviamo dinanzi a un Voto articolato in tre clausole, oppure a tre Voti distinti? Da un lato, la congiunzione “e” suggerisce un'unità sintattica; dall'altro, la ripetizione dell'intervento magico del “Suggerello” dopo ogni risposta sembra suggerire la pluralità.

Ad ogni modo, l'esito non cambia: la violazione di anche una sola promessa – che sia parte di un tutto o un intero a sé – conduce, con ineluttabilità, alla morte del trasgressore. Ma ciò che desta maggiore interesse non è tanto la struttura del vincolo, quanto il suo scopo soggettivo: a chi giova il Voto? In questo caso specifico, sorprendentemente, non ai contraenti, ma a un terzo assente, Draco Malfoy, il beneficiario designato ma ignaro.

Ciò solleva una serie di interrogativi ulteriori, che la dottrina del diritto romano avrebbe trovato gustosamente paradossali: può una persona vincolare sé stesso a compiere qualcosa a favore di un soggetto terzo, inconsapevole e, forse, contrario? La risposta, nel mondo magico,

¹⁸ Resta aperta, qui, una questione tanto giuridica quanto filosofica: la mano offerta durante il Voto dev'essere offerta liberamente dalle parti? In un contesto, quale quello magico, dove non solo la volontà ma persino il corpo può essere manipolato con facilità, il rischio che il consenso sia viziato è, infatti, più che teorico. Basti pensare alla “Maledizione Imperius” (*Imperius Curse*), incantesimo che sospende di fatto il libero arbitrio del soggetto, riducendolo a puro strumento dell'altrui volontà. Si noti, tuttavia, che tale maledizione – come le altre considerate “imperdonabili” – è ritenuta illecita nell'ordinamento giuridico dei maghi britannici. Cfr. J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Goblet of Fire*, cit., 176 ss.

¹⁹ Cfr. J.K. ROWLING, *Harry Potter e il Principe mezzosangue*, cit., 41 ss.

sembra essere affermativa: la volontà del beneficiario è irrilevante. Il Voto vincola anche in sua assenza, in sua ignoranza, forse perfino contro il suo volere.

In più, come in ogni contratto privo di clausole esplicative, resta il problema dell'interpretazione. Prendiamo la formula “vegliare su”, impiegata nella prima domanda – “Severus, vuoi tu vegliare su mio figlio Draco nel suo tentativo di adempiere ai voleri del signore oscuro?”²⁰ – che cosa implica, concretamente? Una sorveglianza occasionale? Un controllo continuo? Una presenza discreta o un'ombra onnisciente? Qui, come in ogni atto linguistico vincolante, il vero problema è semantico: chi definisce il significato dei termini? E quando?

I testi non lo dicono, ma possiamo ipotizzare – seguendo una logica per così dire performativa – che l'interpretazione semantica venga implicata, se non esplicitata, già nel momento della promessa. Altrimenti, si tratterebbe di una promessa sul nulla, il che equivarrebbe, in termini giuridici, a una follia o a un atto di fede. E in effetti, il confine tra diritto magico e teologia sembra farsi qui particolarmente labile.

3.2. *Il diritto romano e le sue formule (magiche)*

Nel vasto panorama delle relazioni intersoggettive, l'obbligazione giuridica si distingue per una caratteristica tanto sottile quanto determinante: il creditore, ovvero il soggetto attivo, può soddisfare il proprio interesse soltanto attraverso la cooperazione del debitore, il soggetto passivo²¹. Non vi è coercizione fisica né automatismo meccanico: è la condotta del debitore, informata a un dover essere normativo, che consente l'attuazione del diritto. Egli, infatti, deve conformarsi a un determinato comportamento, se non vuole incorrere in responsabilità giuridica nei confronti del creditore.

Nella sottosezione precedente si è osservato come il Voto Infrangibile non possa essere sbrigativamente qualificato come obbligazione giuridica in senso tecnico. Tuttavia, nonostante tale riserva concettuale,

²⁰ *Ivi*, 41.

²¹ Sul punto, basti qui rinviare alle austere pagine di M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, 501; e di R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, 1.

si è anche implicitamente suggerito come esso condivida con le obbligazioni giuridiche alcuni tratti distintivi²². Si pensi, per esempio, alla sua forma orale e rituale, che sembra, per l'appunto, richiamare un'antica *obligationes verbis contractae* del diritto romano arcaico: la *sponsio*²³.

Istituto tanto remoto quanto affascinante, la *sponsio* si colloca in quell'epoca liminale della civitas romana in cui i confini tra *ius* e *fas*, tra legale e sacro, erano ancora sfumati e permeabili. Ed è, anzi, proprio questa indistinzione ontologica a rendere l'istituto giuridico-religioso romano degno di nota in questa sede. Nella *sponsio*, infatti, il diritto non è ancora pienamente laico, e la sacralità è ancora immanente alla struttura normativa²⁴.

Secondo una ricostruzione plausibile, la *sponsio* risalirebbe all'alba stessa di Roma. Il suo formalismo estremo e la sua forza vincolante sono spiegabili alla luce della dimensione religiosa che l'attraversava. Essa esigeva, infatti, la presenza di almeno tre soggetti: due contraenti, il promittente e il destinatario della promessa, e una terza figura, il *pontifex*, una sorta di sacerdote-giurista incaricato di pronunciare formule legali e rituali – i *verba solemnna* – che gli altri avrebbero ripetuto, secondo un modello dialogico di domanda e risposta. Centrale a tal proposito era il principio della *congruentia verborum*: il verbo utilizzato nella domanda (*spondes*) doveva essere ripetuto esattamente nella risposta (*spondeo*). Un dettaglio filologico che, nella sua apparente marginalità, rivela la natura performativa – e potremmo dire quasi “magica” – dell'atto giuridico.

²² Ciò non dovrebbe peraltro sorprendere. Se, infatti, come afferma Brian Tamanaha, il diritto è un aspetto integrante della società, allora anche il più inverosimile dei romanzi potrebbe riverberarne l'eco. Cfr. B. TAMANAHA, *A Realistic Theory of Law*, Cambridge, 2017, 1.

²³ Le *obligationes verbis contractae* – categoria che un orecchio moderno troverebbe già rituale nella semplice enunciazione – costituivano, nell'ordinamento romano, il regno della parola performativa. Vi rientravano non solo la *sponsio*, ma anche altre espressioni orali dal sapore sacrale, come la *stipulatio*, la *dotis dictio* e la *promissio iurata liberti*. Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto Romano*, cit., 560.

²⁴ In effetti, in molte città-stato antiche, come la Roma arcaica, essere *civis* significava essere *sacer* – e viceversa. Le norme relative alla religione pubblica erano, allora, a tutti gli effetti, norme statali, e non esisteva alcuna distinzione tra *ius humanum* e *ius sacrum*. Cfr. *ivi*, 19-22.

È opportuno, inoltre, sottolineare che la *sponsio* era prerogativa esclusiva dei cittadini romani: solo essi, e solo in lingua latina, potevano dare vita a un vincolo giuridicamente efficace. Al di fuori di questo contesto etnico-linguistico, la *sponsio* era priva di forza cogente²⁵.

Anche da questa sintetica analisi, le somiglianze tra *sponsio* e Voto Infrangibile si fanno evidenti. Entrambi gli istituti richiedono la presenza di almeno tre soggetti. Tuttavia, se nella *sponsio* il *pontifex* agisce in fase precedente alla promessa, sancendo e rendendo possibile la validità del rito, nel Voto Infrangibile il “Suggello” (colui che vincola) interviene successivamente alla promessa, facendo valere gli effetti magici del giuramento pronunciato. Un’altra analogia riguarda poi la struttura dialogica: entrambi gli istituti richiedono, infatti, una sequenza rituale di domanda e risposta. Tuttavia, mentre nella *sponsio* la perfetta coincidenza verbale tra domanda e risposta è *conditio sine qua non*, non è chiaro se tale requisito si estenda anche al Voto Infrangibile o se, nel caso noto, la ripetizione verbale sia frutto della sintassi dell’inglese più che di un vincolo magico-giuridico strutturale.

Vi è infine un’ulteriore somiglianza, forse la più significativa: entrambe le pratiche sono riservate a cerchie ristrette. La *sponsio* ai *cives* romani; il Voto Infrangibile ai soggetti dotati di poteri magici. Anche se, a ben vedere, mentre è pacifico che il verbo *spondere* poteva essere usato solo da cittadini romani, non è altrettanto chiaro se l’efficacia del Voto Infrangibile richieda che tutte le parti coinvolte siano maghi o streghe. Poiché, infatti, l’elemento magico è introdotto dal Suggello (*Bonder*), ci si potrebbe astrattamente chiedere se è necessario che anche gli altri soggetti coinvolti nel Voto siano maghi o streghe o se, invece possano accedere al voto anche esseri privi di poteri magici, fungendo tuttavia da destinatari o agenti vincolati dall’atto.

Ma al di là dei dubbi e delle somiglianze è la dimensione magica, a parere di chi scrive, a offrire la chiave di lettura più profonda di questa somiglianza. Se, infatti, nel mondo di *Harry Potter*, la magia e la religione sembrano coesistere come sfere distinte²⁶, nel contesto dell’antica

²⁵ Per una descrizione più approfondita delle caratteristiche della *sponsio*, cfr. *ivi*, 560.

²⁶ È curioso che, nel mondo di *Harry Potter*, la religione appaia solo come un’ombra marginale. Tuttavia, è bene notare come, dopo la conclusione della saga,

Roma – come ci ricorda Faralli sulla scorta del filosofo svedese Axel Hägerström – esse erano una cosa sola²⁷. Le divinità romane erano, in fondo, forze magiche antropomorfizzate, il cui favore non dipendeva da sentimenti di devozione ma dall'esecuzione precisa di atti rituali: la parola esatta, il gesto compiuto senza sbavature. In tale contesto, ogni atto religioso era un atto magico, e ogni atto giuridico, nei suoi aspetti più arcaici, era una derivazione o trasfigurazione di riti magici²⁸.

Anche la *sponsio*, dunque, in quanto rituale giuridico-religioso fondato sulla pronuncia di formule solenni e sull'esecuzione di atti simbolici, non può che essere interpretata come un atto magico. Hägerström, in particolare, la concepisce come una forma di potere che si esercita non per mezzo della forza o della volontà, ma attraverso l'efficacia intrinseca della forma. In questo senso, la forma non è soltanto un requisito di validità: è essa stessa creatrice di effetti automatici. La violazione della *sponsio*, come quella del Voto Infrangibile, comportava conseguenze non mediate da giudizio umano ma scatenate *ex lege* o, meglio, *ex ritu*, nella rottura della *Pax Deorum* che reggeva l'equilibrio cosmico e civico della Roma arcaica²⁹.

Certo, si potrebbe obiettare che la rottura della *Pax Deorum* dovesse prima essere accertata, ma Hägerström sul punto è abbastanza irremovibile. Egli, infatti, suggerisce che per i cittadini romani della Roma

l'autrice, come una demiurga postuma, abbia confermato l'esistenza di studenti appartenenti a diverse religioni a *Hogwarts*. Si veda a tal proposito M. BAUSSELLS, *JK Rowling confirms that there were Jewish wizards at Hogwarts*, in *The Guardian*, 2014, <https://www.theguardian.com/books/2014/dec/17/jk-rowling-confirms-that-there-were-jewish-wizards-harry-potter>.

²⁷ Cfr. C. FARALLI, *Diritto e magia. Il realismo di Hägerström e il positivismo filosofico*, Bologna, 1992, 100.

²⁸ Il medesimo Hägerström mostra come certe *res* consacrate agli dèi si collocassero in un altrove ontologico: né pubbliche né private, ma divine. Cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I*, Uppsala, 1927, 28 ss.

²⁹ La *Pax Deorum* – quell'equilibrio precario e imprescindibile in cui gli dèi della Roma arcaica si mostravano non ostili alla comunità – costituiva la precondizione per la stessa sopravvivenza della *civitas*. Un concetto tanto teologico quanto politico, in cui il benessere della collettività dipendeva letteralmente dallo stato d'animo del pantheon. Sul punto, si veda ancora M. TALAMANCA, *op. cit.*, 19-22.

arcaica tale rottura si sarebbe prodotta *ipso facto*, in modo automatico e indipendentemente dalla consapevolezza della comunità. La sanzione, in quanto tale, era dunque anch'essa automatica, un riflesso quasi meccanico della violazione.

Certo, oggi, la tesi di Hägerström è stata ampiamente criticata per aver sopravvalutato l'elemento magico nel diritto romano – e in effetti, ricondurre l'origine del diritto a una forma di superstizione rischia di indebolirne la pretesa oggettività³⁰ – eppure è lo stesso filosofo svedese a chiarire che il suo intento non era quello di identificare il diritto con la magia, bensì di mostrare come, per il cittadino romano arcaico, il diritto fosse magia: non per analogia, ma per identità fenomenologica, in un mondo in cui dire era fare, e promettere era già vincolare³¹.

4. *Ontologia babbana e parole magiche*

4.1. *Ontologia babbana*

Nella saga letteraria di *Harry Potter* – dove le lettere arrivano per gufo e i treni partono dal binario nove e tre quarti – la magia non è un accidente poetico, ma un elemento ordinatore del reale: essa funziona. Permette di trasformare, incantare, far apparire e scomparire oggetti e persone con la medesima naturalezza con cui nel nostro mondo si apre un conto in banca o si accende un mutuo. È, in altre parole, una tecnologia dell'impossibile. Ma si tratta, beninteso, di un'impossibilità tolle-

³⁰ Naturalmente, non mancarono i detrattori. Wolfgang Kunkel, per esempio, recensisce Hägerström con la pazienza del giurista disincantato, mettendo in guardia contro un entusiasmo “magico” troppo filosofico per i romani. Cfr. W. KUNKEL, (*Rezension von*) Axel Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 1929, 479 ss. Ancora più *tranchant* fu invece Julius Binder, che ammoniva: se il diritto è magia, allora ogni concetto giuridico evapora nella superstizione. Cfr. J. BINDER, (*Rezension von*) Axel Hägerström, *Der römische Obligationsbegriff I*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 24, 1931, 269 ss.

³¹ Cfr. A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I*, cit., 399.

rata solo nella finzione. Al di fuori, infatti, della finzione letteraria, pochi sarebbero disposti a postulare l'esistenza effettiva di "cose" come incantesimi, pozioni magiche o scope volanti nel mondo babbano³². Al contrario, se qualcuno volesse stilare una sorta di "catalogo universale" di tutto ciò che realmente esiste, difficilmente vi troverebbero posto bacchette magiche, sirene o formule magiche³³.

Un inventario serio del reale, infatti, includerebbe persone, oggetti, ed eventi in un certo senso "concreti". Nel mondo babbano, dove i treni seguono orari e i ministeri emettono circolari, non vi sarebbe dunque posto per entità fantastiche. Vi sarebbe, invece, posto per oggetti ben più concreti, come il denaro, persone reali, come il presidente degli Stati Uniti d'America o eventi realmente accaduti, come il matrimonio del mio migliore amico. Eppure, da un certo punto di vista, né il denaro né il presidente degli Stati Uniti, né tantomeno il matrimonio del mio migliore amico esistono nello stesso senso (posto che l'esistenza abbia un senso) in cui esistono gli alberi, le rocce o le sedie.

Prendiamo il denaro. Nel mondo circolano innumerevoli pezzi di carta colorata che tutti noi custodiamo più o meno gelosamente nel nostro portafoglio, eppure non è certo la carta colorata a essere pecunia. Se essa esiste, anzi, è soltanto perché noi attribuiamo a quei determinati pezzi di carta lo *status* di denaro. In altri termini, nessun pezzo di carta svolge la funzione di denaro in virtù del suo colore, delle sue dimensioni o delle caratteristiche della stampa. Un determinato oggetto assolve tale funzione solo perché, in un determinato contesto (solitamente uno Stato o un gruppo di Stati), vi è una diffusa accettazione collettiva del suo status³⁴. E lo stesso vale anche per il diritto. Come ci insegna l'ontologia sociale, le istituzioni giuridiche sono golem animati dalla nostra

³² Questo punto di vista è talvolta denominato "realismo" o persino "realismo metafisico". Per una definizione di realismo metafisico si veda J. LOWE, *Essentialism, Metaphysical Realism, and the Errors of Conceptualism*, in *Philosophia Scientiae*, vol. 12, 2008, 9.

³³ Sull'idea di "catalogo universale" si veda A.C. VARZI, *Parole, Oggetti, Eventi e altri argomenti di metafisica*, Roma, 2001, 13-19.

³⁴ Per un'analisi approfondita di questo esempio relativo al denaro, cfr. J.R. SEARLE, *Money: Ontology and Deception*, in *Cambridge Journal of Economics*, vol. 41, n. 5, 2017, 1453 ss.

fede collettiva. Esistono perché esistiamo noi come esseri intenzionali, capaci di attribuire significati, status, doveri, permessi e sanzioni. In breve, la loro esistenza dipende dall'intenzionalità – una dimensione fondamentale (e al contempo stupefacente) della nostra vita mentale, ovvero quella capacità della mente di riferirsi a, rappresentare o significare cose, proprietà e stati di cose³⁵.

Si potrebbe allora forse avanzare l'ipotesi che siano proprio l'intenzionalità collettiva e l'accettazione condivisa a conferire alle leggi quell'efficacia che consente loro di agire nel nostro mondo. In altri termini: se nella Roma arcaica era la fede – e si badi, non una fede tiepida, ma una credenza vibrante nella potenza magico-religiosa delle entità giuridiche – a costituire il fondamento dell'efficacia normativa, oggi tale potere sembra dipendere non da forze invisibili, ma da una più sobria – e per certi versi più fragile – architettura mentale collettiva.

Prendiamo, per esempio, l'istituto giuridico del matrimonio: nei vari contesti – religiosi o civili – esso si attualizza attraverso gesti, parole, testimoni, firme, candele, a volte confetti³⁶. Ma se questi atti non venissero riconosciuti come costitutivi del vincolo, resterebbero semplici esibizioni teatrali, parodie di un legame che non è tale finché non viene creduto tale. Due persone possono senz'altro amarsi, vivere insieme, condividere il mutuo e il letto: ma se nessuna comunità conferisce a tale unione lo status di “matrimonio”, i termini “marito” e “moglie” rimangono sospesi, come titoli non ancora assegnati.

Ora, uno status non si acquisisce come si ottiene un diploma: per somma di atti. Esso si genera per investitura, per attribuzione simbolica. Si tratta, insomma, di un effetto performativo collettivo, non di un automatismo fisico³⁷.

³⁵ Si veda a tal proposito J. PIERRE, *Intentionality*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2019, <https://stanford.library.sydney.edu.au/entries/intentionality/>.

³⁶ Sul tema del matrimonio, in senso giuridico si veda W. MÜLLER-FREIENFELS, *Cohabitation And Marriage Law – A Comparative Study*, in *International Journal of Law, Policy and the Family*, vol. 1, Is. 2, 1987, 259 ss.; L.D. WARDLE, *Marriage and Religious Liberty: Comparative Law Problems and Conflict of Laws Solutions*, in *Journal of Law & Family Studies*, vol. 12, n. 2, 2010, 315 ss.

³⁷ Sui concetti di “status”, “funzione di status” e “Regola costitutiva”, cfr. J.R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, New York, 1995, 28.

Questo ci conduce a una verità spesso trascurata: le entità giuridiche – che si chiamino matrimonio, contratto, società per azioni o anche solo obbligazione verbale – non sono riducibili a oggetti fisici³⁸. Possono essere sostenute da elementi fisici (una firma, una parola, una stretta di mano), ma non sono questi elementi. Così, mentre gli alberi crescono senza che nessuno li creda alberi, il denaro, il diritto e gli accordi esistono solo nella misura in cui vengono pensati, creduti, accettati. Sono creature dell'intenzionalità. E questo le rende profondamente diverse – ontologicamente diverse – dagli oggetti del mondo naturale.

Tutto ciò risulta emblematicamente illustrato dall'artefatto narrativo noto come Voto Infrangibile, invenzione della Rowling e, insieme, parabola ontologica. Che cosa rende magico questo voto? Il fatto che non ha bisogno di intenzionalità collettiva: si attua, si compie, si vendica da sé. Ma nel mondo babbano, invece, ogni obbligazione ha bisogno di occhi umani, di procedure, di sanzioni amministrative da altri umani che credono in quelle norme. Nessuna legge funziona se nessuno la riconosce. E nessuna obbligazione si autodifende: va protetta, applicata, interpretata.

Se ne deduce allora che, a differenza del diritto sacralizzato dell'antichità – che poteva funzionare come una maledizione o una preghiera – il diritto moderno si regge su un patto fragile, ma potentissimo: quello dell'intenzionalità collettiva è una magia democratica, non divina. Ma non per questo meno reale.

4.2. *Parole magiche*

Da un punto di vista strettamente realista né la magia né il diritto esistono *in re*³⁹. Non troverete, se fate un catalogo universale, alcun

³⁸ Sul punto si veda J.R. SEARLE, *Il mistero della realtà*, Milano, 2019, 207-220; F. DE VECCHI, *Ontologia sociale e intenzionalità: quattro tesi*, in *Rivista di estetica*, vol. 49, 2012, <http://journals.openedition.org/estetica/1707>.

³⁹ Cfr. A.C. VARZI, M. FERRARIS, *Che cosa c'è e che cos'è*, in A.C. VARZI, *Il mondo messo a fuoco. Storie di allucinazioni e miopie filosofiche*, Roma, 2010, 5-27. In quel saggio, infatti, l'ontologia è intesa nel suo senso classico come studio di ciò che esiste. Per una introduzione generale al tema dell'ontologia, si veda A.C. VARZI, *Ontologia*, Roma, 2005.

oggetto che corrisponda a “obbligo giuridico”, “legge”, “incantesimo” o “maledizione”, così come non troverete l’“amore” tra Marte e Giove o una “promessa” tra due neutroni. E tuttavia, come accade spesso nel nostro mondo ordinario, ciò che non esiste ontologicamente può esistere socialmente – ed efficacemente.

L’ontologia sociale⁴⁰, disciplina tanto giovane quanto ambiziosa, si occupa infatti di quelle entità che non esistono per sé, ma per noi. Essa ci dice che entità come il matrimonio, l’obbligazione giuridica, il contratto – o persino il debito fiscale – acquistano realtà in virtù dell’accettazione collettiva. In altri termini, se un numero sufficientemente ampio di individui crede che certe formule linguistiche producano effetti, e agisce come se li producessero, allora – pragmaticamente parlando – li producono⁴¹. È un po’ come la religione o la moneta: convenzioni collettive che nessun elettrone riconosce, ma che organizzano le vite degli uomini.

In questa prospettiva, anche un fenomeno come il Voto Infrangibile può essere letto con gli occhiali dell’ontologo sociale. Esso, infatti, non è un incantesimo solipsistico, come il più noto “Lumos”, che produce effetti con la sola intenzionalità individuale del mago. Al contrario, il “Voto Infrangibile” richiede la partecipazione di almeno due soggetti (più un testimone magico), e implica una forma rudimentale ma sufficiente di accettazione collettiva. Senza questa co-intenzionalità rituale, il Voto semplicemente non si darebbe.

Tuttavia, proprio qui sta l’eccezione che conferma la regola magica: nella maggior parte degli incantesimi del mondo rowlinghiano, ciò che conta è l’intenzionalità dell’agente, non il consenso sociale⁴². Basta dire

⁴⁰ Per una introduzione si veda B. EPSTEIN, *Social Ontology*, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2018, <https://plato.stanford.edu/entries/social-ontology/>.

⁴¹ Per un approfondimento si veda F. HINDRIKS, *Collective Acceptance and the Is-Ought Argument*, in *Ethic Theory Moral Prac.*, vol. 16, 2013, 465 ss. In termini giuridici, si potrebbe inoltre discutere se l’accettazione collettiva riguardi tutti gli individui di una data comunità o soltanto coloro che amministrano la giustizia – cioè, i funzionari. A tal proposito, va notato che autori importanti come Hart e Kelsen, pur non affrontando direttamente la questione, sembrano inclini a sostenere la seconda opzione. Cfr. H. Kelsen, *Pure Theory of Law*, Clark, 2005; H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, 1994.

⁴² Sull’intenzionalità individuale si rimanda, ancora a J. PIERRE, *Intentionality*, cit.

“Alohomora” davanti a una porta chiusa, e questa si apre, anche se nessuno osserva, nessuno crede, nessuno ratifica. In questo senso, la magia si comporta più come la fisica che come il diritto: è individuale, causale, immediata⁴³.

Ma – e qui ritorna il parallelismo inquietante – le parole contano, eccome se contano. Il mago dice “Lumos” e c’è luce. L’uomo e la donna (o chi per essi) dicono “Lo voglio”, e diventano coniugi. Anche qui, *hic et nunc*, in un certo contesto normato, la parola non descrive: crea. È performativa, direbbe Austin⁴⁴. E tuttavia, con una differenza decisiva: nel diritto, la performatività ha bisogno del contesto sociale che la accrediti. Senza la cornice collettiva, dire “Lo voglio” è solo teatro.

Si potrebbe allora obiettare che, anche in questo caso, ciò che esiste è solo ciò che vive nelle menti degli uomini. Tuttavia, come ci ammonirebbe bonariamente Albus Silente, anche qualora fosse tutto dentro la nostra testa “perché diavolo dovrebbe voler dire che non è vero?”⁴⁵.

⁴³ Si potrebbe, tuttavia, sostenere che nel caso della magia descritta nella serie di *Harry Potter*, sia comunque necessario un certo contesto minimo che quantomeno che il mago o la strega possieda una bacchetta. Tuttavia, occorre osservare che nei romanzi di Harry Potter, i maghi e le streghe non hanno sempre bisogno della bacchetta per lanciare un incantesimo. Inoltre, il possesso della bacchetta da parte di un mago o una strega potrebbe non essere connesso ad alcun incantesimo. Cfr. J.K. ROWLING, *Harry Potter and the Half-blood Prince*, cit., 62 ss.

⁴⁴ Cfr. J.L. AUSTIN, *How to do things with words*, Cambridge, 1962.

⁴⁵ J.K. ROWLING, *Harry Potter e i doni della morte*, Milano, 2008, 664.

SEZIONE IX

NUOVE TECNOLOGIE
E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

NUOVE TECNOLOGIE E INTELLIGENZA ARTIFICIALE

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Monica Palmirani, Alessio Sardo

In questa sezione presentiamo una selezione di saggi elaborati a partire da alcuni interventi del Workshop “Nuove tecnologie e Intelligenza Artificiale” svoltosi nell’ambito del Convegno nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto 2024. I contributi rappresentano uno spaccato delle riflessioni di giovani studiosi di filosofia del diritto e informatica giuridica relativamente al ruolo dell’intelligenza artificiale nel rapporto con la teoria del diritto, la regolazione delle tecnologie, gli impatti sulla società e sui diritti fondamentali.

Oggi, in un contesto di digitalizzazione accelerata, l’intelligenza artificiale è divenuta un driver centrale di crescita ma anche di instabilità distributiva. L’Unione europea ha cercato di orientare questa trasformazione con la Dichiarazione europea sui diritti e i principi digitali per il decennio digitale (2023/C 23/01), che propone un quadro programmatico in cui l’innovazione deve essere compatibile con sostenibilità economica e giustizia sociale. In termini economici, si tratta di internalizzare le esternalità negative della digitalizzazione e di gestire il *trade-off* tra efficienza ed equità: l’aumento di produttività associato all’IA si accompagna infatti al rischio di *displacement effect* e di “disoccupazione tecnologica”, già intuita da Keynes nel saggio del 1930 intitolato *Economic Possibilities for our Grandchildren*. Nel solco della “distruzione creatrice” schumpeteriana, l’adozione su larga scala di nuove tecnologie tende a riconfigurare interi settori, rendendo obsolete competenze generali e mansioni ripetitive. In Paesi come l’Italia, indicatori quali il *Digital Economy and Society Index* (DESI) segnalano un deficit persistente di competenze digitali di base, che amplifica gli effetti regressivi della transizione e rivela un evidente fallimento del sistema

educativo e delle politiche attive nel colmare il mismatch tra domanda e offerta di skills.

Questa dinamica rende cruciale il contributo del diritto e dei sistemi giuridici, sia come strumento di correzione dei fallimenti di mercato sia come meccanismo di tutela dei diritti fondamentali: il *Digital Service Act* (DSA) e il *Digital Markets Act* (DMA) sono i casi più evidenti. In questo quadro normativo, l'*Artificial Intelligence Act* (Regolamento (UE) 2024/1689) rappresenta il tentativo più avanzato di regolazione *ex ante* dei sistemi di IA ad alto rischio, attraverso obblighi di trasparenza, *accountability* e supervisione umana continuativa, pensati per contenere asimmetrie informative, rischi sistemici e concentrazione di potere nelle mani di pochi operatori.

L'autonomia, inoltre, tema cardine del convegno, è un argomento che, se declinato all'interno della grande costellazione dell'intelligenza artificiale e del diritto, acquista una connotazione di grande rilevanza con molte sfaccettature. Innanzitutto, la stessa definizione di sistema di intelligenza artificiale inserita nell'*AI Act* ruota intorno al grado di autonomia:

«sistema di IA»: un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali.

Sicuramente l'autonomia di un sistema di IA è una delle caratteristiche fondanti di questa tecnologia, insieme all'autoapprendimento, all'azione e alla reazione e alla capacità di portare a termine dei task. L'ingresso nello stato dell'arte di modelli generali di IA (quali i *Large Language Model*) hanno notevolmente cambiato lo scenario di riflessione in tema di autonomia dei sistemi informatici creando un urgente bisogno di tutelare alcune autonomie dell'essere umano:

- Autonomia di decisione. Poter decidere se l'*output* di un sistema automatico di decisione è affidabile o meno e avere gli strumenti per decidere sulla bontà di questo risultato. Per questo l'*AI Act* impone in caso di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio un insieme

di norme di trasparenza per fornire documentazione in merito ai dati, ai modelli, ai processi. Anche l'art. 4 *Alfabetizzazione in materia di IA* dell'*AI Act* è importante perché introduce l'obbligo di fornire un'adeguata formazione, ossia strumenti culturali, per comprendere i meccanismi sottesi dai sistemi di IA.

- Autonomia di azione/non-azione. Poter azionare consapevolmente un processo che utilizza l'intelligenza artificiale o, nel caso, fermarlo o non azionarlo. Spesso i sistemi di intelligenza artificiale sono nascosti e non danno possibilità di azione o controazione. Come in tema di cookies si chiede ai siti web di informare della presenza di meccanismi di tracciatura, così in futuro si può pensare di avere nei sistemi di avvertimento che si sta utilizzando un sistema di intelligenza artificiale, come del resto già l'*AI Act* chiede per talune applicazioni ad alto rischio o nel caso di immagini. Inoltre, sempre l'*AI Act* include nell'art. 14 che regola la supervisione umana, ossia la possibilità di fermare i sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio e di fornire meccanismi di controllo e sorveglianza umana.
- Autonomia di rappresentazione: di essere rappresentato dall'intelligenza artificiale in modo corretto senza che le mie vulnerabilità siano enfatizzate e di avere una rappresentazione della realtà veritiera, senza *bias* o lacune di rappresentazione. L'obbligo non solo di essere rappresentato in modo veritiero (identità digitale "sistema di categorizzazione biometrica") ma anche di rappresentare la realtà in modo corretto, per esempio, nel caso di contenuti sintetici generati da sistemi di AI (*deep fake*) occorre che siano marcati in un formato leggibile meccanicamente e rilevabili come generati o manipolati artificialmente. L'art. 26 della legge 132/2025 indica in modo chiaro il reato di inganno sulla veridicità dei contenuti rafforzando quanto già indicato nell'art. 50 dell'*AI Act*.
- Autonomia nella sfera democratica. Non a caso, nell'Allegato III dell'*AI Act* si legge che «i sistemi di IA destinati a essere utilizzati per influenzare l'esito di un'elezione o di un referendum o il comportamento di voto delle persone fisiche nell'esercizio del loro voto alle elezioni o ai referendum» sono considerati ad alto rischio.

In tutto ciò, la tecnologia avanza e gli agenti intelligenti autonomi (*Agentic AI*) sono progettati per interagire fra di loro in modo auto-

mo rispetto all'azione umana, generando relazioni fra di loro al fine di suddividere la complessità di un problema e ordinare i sotto-task per raggiungere lo scopo, creare nuovi contenuti, attivare interazioni, raggiungere gli obiettivi.

In questo scenario di rapida evoluzione, l'*AI Act* non può da solo essere sufficiente; manca una teoria completa che ragioni sull'autonomia in relazione sia ai livelli di delega, azione e decisione dell'IA sia alle diverse autonomie che l'utente finale deve poter preservare. Studi classici della filosofia del diritto come l'autonomia del giudice, l'autonomia di determinazione, l'autonomia di scelta possono essere di grande aiuto.

Per questo motivo una riflessione informatico-giuridica con metodi filosofico-giuridici in tale campo è urgente e si auspica che sempre più studiosi intraprendano questi studi per riempire una lacuna teorica e sistematica.

Il workshop dal titolo “Nuove tecnologie e Intelligenza Artificiale” ha voluto declinare molti aspetti dei sistemi di intelligenza artificiale proprio in questa direzione. I contributi che sono qui presentati sono nove e vengono raggruppati in due panel: i) diritti umani, regolazione, modelli dell'AI; ii) metodologie, applicazioni, supervisione umana.

Nel contributo dal titolo *Intelligenza artificiale, diritto digitale e sovranità regolatoria* Fernanda Faini sottolinea il rapporto tra legislazione europea e intelligenza artificiale, ricostruendo le caratteristiche distintive e i paradigmi su cui si fonda il modello europeo di “umanesimo tecnologico”. Tale modello, basato sulla protezione giuridica *by design*, sull'approccio *risk-based*, sulla supervisione umana e sulla spiegabilità, configura, secondo la Faini, una forma di sovranità regolatoria innovativa rispetto ai tradizionali paradigmi normativi.

Federico Costantini mette in luce nel suo contributo *Norme 'sperimentali' e 'regulatory sandbox'*. *Aspetti teoretici e pratici* le problematiche teoriche e pratiche delle norme sperimentali delle *sandbox*. Il contributo evidenzia come le *sandbox* regolatorie, strettamente connesse alla sovranità tecnologica, sollevino interrogativi sulla legittimità politica del legislatore, sulla legalità della sperimentazione rispetto alla tutela dei diritti fondamentali e sull'efficacia nel conciliare innovazione e garanzie.

Marialuisa Innocenzi si sofferma su *Alcune riflessioni sull'impatto dell'IA sulla soggettività giuridica* e indaga il ruolo della capacità emotiva nella definizione della soggettività giuridica, interrogandosi sull'impatto dell'IA su intenzioni, emozioni e diritti fondamentali in ambienti sempre più iperconnessi.

Elena Consiglio e Gianmarco Cristofari hanno affrontato, nel contributo intitolato *Un metodo computazionale per rilevare le discriminazioni in materia di asilo? Il caso di studio del progetto EquAl*, l'analisi del progetto EquAl – *EQUitable ALgorithms* – che tratta un ampio insieme di decisioni delle Commissioni Territoriali per valutare in che misura strumenti automatizzati basati anche su sistemi di IA possano migliorare equità, qualità ed efficienza nel processo decisionale sulle domande d'asilo.

Olimpia Loddo, nel suo contributo intitolato *Artefatti regolativi digitali. Norme, metanorme e architetture digitali*, propone un primo quadro teorico dei *digital regulatory artifacts*, strumenti digitali che orientano o vincolano i comportamenti e influenzano i processi di produzione e applicazione delle norme, anche in relazione al loro impiego in sistemi di *Online Dispute Resolution (ODR)* o all'*Automated Decision-Making (ADM)*, capaci di generare decisioni vincolanti utilizzando anche sistemi basati sull'IA. Tali tecnologie incidono direttamente sui diritti dei cittadini, rafforzando la necessità di un adeguato inquadramento normativo.

Angelika Kaczmarek mediante il contributo *Come l'intelligenza artificiale ha trasformato il settore bancario: le evidenze più recenti* effettua una interessante revisione sistematica della letteratura recente (2020-2025) e individua sei ambiti tematici sull'impiego dell'IA nel settore bancario, che spaziano dalle percezioni degli *stakeholder* alla *governance*, fino alla ristrutturazione organizzativa.

Pier Giorgio Chiara e Francesco Di Tano indagano nel contributo *Swarm learning e trattamento del dato sanitario: sfide normative e prospettive di un approccio di intelligenza artificiale decentralizzato* l'integrazione crescente delle tecnologie digitali nella sanità e il ruolo dei metodi distribuiti per trattare grandi quantità di dati nel rispetto della privacy. In questo contesto, lo *Swarm Learning* emerge come tecnica innovativa che consente un addestramento decentralizzato su rete

blockchain, valorizzando dati eterogenei senza ricorrere a un controllo centralizzato. L'articolo esamina potenzialità e implicazioni etico-giuridiche di tale approccio, valutandone la compatibilità con il quadro normativo europeo e nazionale, in particolare con il GDPR e l'*AI Act*.

Giuseppe Contissa e Federico Galli nel loro contributo *Autonomie conflittuali. L'interazione uomo-macchina nel regolamento europeo sull'intelligenza artificiale* criticano il modello dualistico dell'*AI Act*, fondato sulla distinzione tra autonomia operativa dei sistemi di IA e autonomia morale degli esseri umani, evidenziandone la fragilità concettuale e l'insufficienza normativa. La tensione tra le due nozioni emerge soprattutto nel requisito di supervisione umana dei sistemi ad alto rischio, dove *bias* cognitivi, opacità algoritmica e dipendenza dall'automazione compromettono l'efficacia del controllo umano.

Infine, Salvatore Sapienza con il contributo *Hybrid AI e sinergie nel dialogo tra giuristi e IA* evidenzia come l'integrazione dell'IA nel settore giuridico sollevi questioni ancora irrisolte, soprattutto alla luce di LLM e IA generativa, che richiedono un approccio interdisciplinare capace di ripensare le categorie giuridiche tradizionali.

In conclusione, i lavori presentati in questa sezione tracciano delle linee interessanti di sviluppo di ricerca integrando molte metodologie e strumenti provenienti dalla filosofia del diritto, dalla sociologia del diritto, dall'informatica giuridica, i quali non possono che giovare alla riflessione che occorre effettuare sugli strumenti di intelligenza artificiale e sui rapporti con l'individuo, le istituzioni e la società. Il presente fascicolo speciale si colloca su questo crinale, interrogando il ruolo del diritto – europeo e nazionale – nel conciliare innovazione, concorrenza e coesione sociale in un'economia sempre più guidata dagli algoritmi.

INTELLIGENZA ARTIFICIALE, DIRITTO DIGITALE E SOVRANITÀ REGOLATORIA

Fernanda Faini

1. Diritto digitale e intelligenza artificiale

Il diritto è chiamato a governare la dimensione digitale, che connota in modo pervasivo l'esistenza contemporanea, al fine di tutelare i diritti e bilanciare interessi diversi e talvolta contrapposti. La dimensione attuale poggia su dati, algoritmi e tecnologie capaci di estrarne valore, come l'intelligenza artificiale, cui di conseguenza la scienza giuridica è tenuta a interfacciarsi.

Nello svolgere la sua funzione il diritto sconta le peculiarità dell'oggetto che mira a regolare, ossia la dimensione digitale e l'intelligenza artificiale, costituite da beni intangibili, dati e algoritmi, diversi dalle *res corporales* cui il diritto è tradizionalmente abituato; la società odierna, quale *data society*, è intimamente pervasa dai dati finendo per plasmare l'uomo stesso come un *data subject*¹. Oggetti e soggetti diventano digitali; i beni si trasformano in servizi; il radicato paradigma della proprietà viene scalzato dal paradigma dell'accesso ai dati, ai servizi, alla propria esistenza digitale². Di conseguenza diventa protagonista della contemporaneità l'intelligenza artificiale, la cui "anima" sono i dati e il "motore" gli algoritmi.

Pertanto, il diritto si trova a fare i conti con il peculiare oggetto di regolazione costituito dalla tecnologia, dominato da un ecosistema di regole diverso da quello giuridico, ossia le regole applicate dal codice informatico (*lex informatica*)³, capaci di condizionare il comportamento

¹ In merito sia consentito il rinvio a F. FAINI, *Data society. Governo dei dati e tutela dei diritti nell'era digitale*, Milano, 2019.

² Cfr. L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, trad. it., Torino, 2012, 15.

³ L. LESSIG, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, in *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, 501-546.

dell'uomo, dal momento che rendono possibili o meno azioni e interazioni, definendone modi e vincoli, collegando effetti, determinando quali informazioni fornire all'utente e, di conseguenza, il grado di trasparenza e comprensibilità per chi le utilizza⁴.

Nel determinare ciò che è possibile tecnologicamente, la *lex informatica* ha la capacità di condizionare ogni altra forma di regolazione, compresa quella giuridica, e l'uomo, per mezzo del diritto, deve essere capace di governarla, riuscendo a raggiungere un complesso equilibrio basato sulla flessibilità e sull'adattabilità, senza limitare le potenzialità dell'evoluzione tecnologica, ma, allo stesso tempo, fondato sulla prevedibilità e sulla certezza del diritto, senza determinare il dominio della tecnologia sulla regolazione⁵.

Nel caso della tecnologia costituita dall'intelligenza artificiale alcune caratteristiche ontologiche incidono in modo particolarmente significativo nel rapporto con la regolazione giuridica.

Il regolamento UE 2024/1689 (*AI Act*) definisce un sistema di intelligenza artificiale (di seguito anche *Artificial Intelligence* o AI) come

un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'input che riceve come generare output quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali⁶.

L'autonomia, infatti, connota e differenzia gli algoritmi di intelligenza artificiale dalla logica degli algoritmi tradizionali, dove l'impostazione deterministica *if this, then that* indica un funzionamento del tutto predeterminato nel programma, che prevede gli *input* e gli *output* e si limita ad applicare regole informatiche predefinite ed espresse in linguaggio di programmazione. Nell'apprendimento automatico (*ma-*

⁴ L'incisiva locuzione *code is law*, usata da Lessig, evidenzia proprio l'aspetto regolatorio insito nel codice informatico nella dimensione digitale; cfr. L. LESSIG, *Code and Other Law of Cyberspace*, New York, 1999.

⁵ Cfr. V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981.

⁶ Art. 2, par. 1, n. 1, reg. UE 2024/1689, *AI Act*.

chine learning e deep learning)⁷ l'uomo fornisce alla macchina un metodo di apprendimento da applicare ai dati cui ha accesso, per estrarre automaticamente le indicazioni e le nozioni necessarie per l'assunzione di una determinazione, analizzando grandi quantità di dati e apprendendo i parametri numerici, necessari per adottare decisioni e utilizzarli nella successiva fase di esecuzione. La rappresentazione matematico-numerica, ossia il modello generato nella fase di apprendimento o *training*, solitamente non è direttamente intelligibile da parte dell'essere umano (*black box*), aspetto che rileva particolarmente sotto la lente giuridica⁸. Proprio in questo aspetto si scorge la natura "intelligente" della macchina, che è capace di apprendere attraverso i dati in modo autonomo.

L'intelligenza artificiale si affida a inferenze e connessioni tra dati e poggia sull'approccio statistico e probabilistico, determinando talvolta difficoltà di comprensione circa le motivazioni (la *ratio*, il "perché") delle risposte fornite⁹. Pertanto garantire trasparenza algoritmica può essere particolarmente complesso a fronte di una congenita opacità degli algoritmi, che si declina in un'opacità strutturale, derivante dal funzionamento degli stessi e dal fatto che resta non comprensibile persino ai programmatori l'iter logico seguito dalla macchina per giungere al risultato partendo dai dati a disposizione, cui si somma l'opacità linguistica, dovuta al linguaggio informatico e non a quello naturale¹⁰.

Di conseguenza emergono problematiche giuridiche strettamente correlate alle caratteristiche ontologiche che connotano l'intelligenza artificiale, quali il meccanismo di inferenze e correlazioni su cui si basano gli algoritmi, l'opacità e la correlata difficile intelligibilità da parte dell'essere umano (*black box*), la connessa difficoltà di motivazione dei risultati cui perviene la macchina, oltre a possibili errori e *bias*, forieri

⁷ Il *deep learning* è basato su reti neurali artificiali a molti strati; cfr. F. LAGIOIA, G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale per i diritti dei cittadini: il progetto Claudette*, in *Ragion pratica*, fasc. 1, 2020, 88 ss.

⁸ *Infra*, § 4.2.

⁹ Cfr. P. MORO, *Algoritmi e pensiero giuridico. Antinomie e interazioni*, in *Rivista di diritto dei media*, fasc. 3, 2019, 19.

¹⁰ *Infra*, § 4.2.

di potenziali discriminazioni, disuguaglianze e disparità¹¹. La tecnologia, infatti, si staglia quale protagonista solo teoricamente “neutrale”, dal momento che nella sua valenza strumentale acquisisce il significato che gli uomini le conferiscono nell'utilizzarla; le tecnologie sono “lame a doppio taglio” usando l'efficace configurazione di Bauman¹² e, di conseguenza, nel contesto digitale possono emergere le asimmetrie e le disparità tipiche della società analogica.

Nella regolazione della tecnologia il diritto si trova di fronte anche a un mutamento della dimensione relativa allo spazio, che subisce fortemente l'impatto della rivoluzione digitale; la dimensione globale di riferimento, priva di confini territoriali e “sovrani”, determina la rilevanza in materia del diritto sovranazionale. La *ratio* di tale aspetto si rinviene nell'esigenza di un approccio olistico per affrontare la dimensione digitale, dal momento che la realtà globale della rete implica un mutamento nei confini geografici della regolazione e rende necessario arrivare a soluzioni condivise in merito alla protezione dei diritti; la veste sovranazionale è necessaria a garantire efficacia alle norme, evitando la tensione altrimenti fisiologica tra la connotazione globale delle questioni e la dimensione territoriale delle disposizioni da applicare. Inoltre lo spazio/non spazio digitale è capace di ridefinire sfera pubblica e privata e dare vita a nuove geometrie di potere, in cui gli Stati sono depotenziati ed erosi nel loro potere sul mondo digitale a causa del territorio globale di azione e della presenza delle aziende *Big Tech*, “controllori del pedaggio di accesso alla vita digitale”, favoriti dalla stessa dimensione sovranazionale, dalla capacità di utilizzare le tecnologie, dalla tutela della libertà di impresa e dello sviluppo economico, dalle maglie ampie o dall'assenza di disposizioni adeguate al mutato contesto. Per mezzo degli strumenti dell'autonomia contrattuale privata, le aziende *Big Tech* hanno avuto la capacità di dominare la dimensione globale, regolando l'accesso ai servizi e alle utilità della rete, incidendo così sui diritti e sulle libertà dei singoli.

I colossi tecnologici concretamente producono regole in un contesto di disintermediazione, in cui con una provocazione danno vita a un or-

¹¹ G. CORASANITI, *Tecnologie intelligenti. Rischi e regole*, Milano, 2023, 63 ss.

¹² Z. BAUMAN, D. LYON, *Sesto potere. La sorveglianza nella modernità liquida*, trad. it., Roma-Bari, 2015, 86 ss.

dine algoritmico in cui si atteggiano da potere legislativo (dettano le regole), esecutivo (le applicano) e giudiziario (giudicano le violazioni con sanzioni quali la sospensione o la disattivazione dell'*account*). Si tratta di regole ampiamente accettate, seppur più o meno consapevolmente, capaci di influire sulla vita degli individui quanto le norme con efficacia vincolante prodotte dagli Stati; i nuovi “territori” costituiti dalle piattaforme digitali sono percepiti dalla collettività come spazi giuridici pubblici, sebbene privi di legittimazione democratica e guidati non dall'interesse pubblico, ma dal profitto economico¹³.

Alla luce di tale contesto di riferimento, il contributo intende analizzare il rapporto tra regolazione europea e intelligenza artificiale, le sue peculiarità e i paradigmi su cui si erge. In particolare, il contributo è teso a esaminare il modello filosofico-giuridico di sovranità regolatoria, che emerge alla luce della regolazione europea in materia di intelligenza artificiale. Il modello europeo di umanesimo tecnologico mostra un approccio innovativo che riguarda, da un lato, il rapporto tra diritto e tecnologia e, dall'altro, il rapporto tra esseri umani e intelligenza artificiale, mostrando un'evoluzione delle soluzioni e degli strumenti giuridici in grado di innovare i paradigmi tradizionali.

2. Sovranità regolatoria europea

Nella società digitale contemporanea, in cui il diritto è chiamato a confrontarsi con le peculiarità dell'oggetto di regolazione e con mutate geometrie di potere, negli ultimi anni prende forma un articolato *framework* giuridico a livello europeo diretto a disciplinare la dimensione digitale della vita umana, formato inizialmente prevalentemente da atti di *soft law*¹⁴ e in seguito da un insieme di regolamenti quali il *Cybersecurity Act* (regolamento UE 2019/88), il *Data Governance Act* (regolamento UE 2022/868), il *Digital Markets Act* (regolamento UE

¹³ In merito all'inquadramento delle piattaforme digitali quali spazi giuridici pubblici si rinvia alla vasta letteratura in materia; cfr., *inter alia*, H. MICKLITZ, O. POLLICINO, A. REICHMAN, A. SIMONCINI, G. SARTOR, G. DE GREGORIO (a cura di), *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, Cambridge, 2021.

¹⁴ *Infra*, nota 21.

2022/1925), il *Digital Services Act* (regolamento UE 2022/2065), il *Data Act* (regolamento UE 2023/2854), il *Cyber Resilience Act* (regolamento UE 2024/2847), il *Cyber Solidarity Act* (regolamento UE 2025/38) e l'*Artificial Intelligence Act* (regolamento UE 2024/1689; di seguito anche *AI Act*).

Nella propria produzione normativa l'Unione europea, oltre a esercitare un ruolo guida al fine di garantire un approccio comune degli Stati membri e realizzare un ecosistema digitale sicuro, competitivo, inclusivo e antropocentrico, mostra la volontà di costruire un modello filosofico-giuridico di governo della tecnologia con cui affermare una sovranità digitale regolatoria rispetto ai poteri privati e ad altri blocchi geopolitici.

La società algoritmica, infatti, pone il problema della sovranità digitale, legata alla capacità dello Stato di avere accesso, controllo, gestione e protezione di dati, software e infrastrutture informatiche all'interno del proprio contesto geopolitico, senza dipendere da potenze, piattaforme o aziende esterne; la sovranità statale passa dalla sovranità digitale, fondamento della moderna sovranità. La sovranità digitale si esercita sicuramente sui dati, sulle tecnologie, sulle infrastrutture, sul controllo relativo alle attività compiute nella dimensione digitale, ma anche sulle norme e sulla connessa capacità di incidere con la regolazione. Proprio nelle diverse componenti su cui può esercitarsi si stagliano gli attuali volti della sovranità digitale a livello geopolitico internazionale con un diverso approccio tra Stati Uniti, Cina e, appunto, Unione europea.

Il modello statunitense dà vita a una sovranità delle piattaforme private, dotate di un ruolo globale e del dominio economico sul mercato, caratterizzata da un limitato intervento normativo a livello unitario e dalla cooperazione pubblico/privato, che si declina nella collaborazione dello Stato con aziende e poteri privati.

Il modello cinese, invece, costruisce una sovranità statale che si erge su un controllo diretto, totale e pervasivo dello Stato su dati, infrastrutture e contenuti e si articola nell'approccio centralizzato, nel controllo e nella censura in Internet (*firewall*, filtraggio, tracciamento) e nella costruzione di piattaforme interne autoctone, accompagnata parallelamente dal blocco delle grandi piattaforme digitali esterne. In tal modo il sistema cinese mira all'autonomia tecnologica, riducendo la dipendenza dall'esterno, oltre a ricercare sicurezza e protezione dell'ordine sociale

e politico che si realizza anche con la sorveglianza di massa sugli utenti (*smart cities*, *social scoring*, riconoscimento facciale).

Tra approccio liberista statunitense e logica centralizzata cinese, l'Unione europea abbraccia una terza via e costruisce una sovranità regolatoria, cercando di esprimere capacità di regolamentazione, ponendo condizioni giuridiche per mezzo dell'insieme delle norme dedicate alla dimensione digitale; l'Unione europea cerca così di stabilire le regole del gioco a livello globale. Il modello europeo fa leva sulla tutela dei diritti, del diritto e della democrazia rispetto al potere delle *Big Tech*, esprimendo un'autonomia strategica e mirando a realizzare un mercato digitale equo e sicuro, capace di dare vita a un modello antropocentrico che possa conquistare la fiducia degli utenti, tutelati nei propri diritti fondamentali¹⁵.

La sovranità regolatoria emerge da una serie di aspetti che sinergicamente danno vita al modello giuridico europeo, teso a realizzare un diritto sostenibile nella dimensione digitale e, a tal fine, capace di raggiungere un saggio bilanciamento tra diritti e interessi diversi in conformità ai valori etici e ai principi giuridici che caratterizzano la tradizione europea.

In primo luogo la finalità di porre le regole del gioco a livello mondiale esercitando la propria sovranità regolatoria emerge dalla scelta dell'Unione europea di avvalersi in modo crescente di atti normativi di peculiare *vis* normativa come i regolamenti, ponendosi come pioniera in ambiti come l'intelligenza artificiale.

Proprio l'*Artificial Intelligence Act* (regolamento UE 2024/1689) mostra un ambito di applicazione soggettivo particolarmente esteso, che, sulle tracce del precedente regolamento 2016/679 sulla protezione dei dati personali, esercita un effetto extraterritoriale rispetto ai confini europei, dal momento che si applica ai fornitori che immettono sul mercato o mettono in servizio sistemi di AI o modelli di AI per finalità generali nell'Unione, indipendentemente dal fatto che siano stabiliti o ubicati nell'Unione o in un paese terzo, e ai fornitori e *deployer* di sistemi di AI che hanno il loro luogo di stabilimento o sono situati in un

¹⁵ A. D'ATTORRE, *La sovranità digitale. Poteri privati, intervento pubblico e diritti individuali nel cyberspazio*, in T. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, II ed., Trento, 2024, 313-324.

paese terzo, laddove l'*output* prodotto dal sistema di AI sia utilizzato nell'Unione¹⁶.

La sovranità regolatoria si manifesta anche nella costruzione di una solida *governance* tracciata dai regolamenti europei, che prevedono l'istituzione di Comitati e gruppi di esperti a livello sovranazionale, dedicati a specifici ambiti di azione o tecnologie (intelligenza artificiale, dati, servizi e mercati digitali) e chiamati a fornire assistenza e consulenza alla Commissione europea nell'applicazione uniforme dei regolamenti, quali l'*European Artificial Intelligence Board*¹⁷, l'*European Data Innovation Board*¹⁸, l'*European Board for Digital Services*¹⁹, l'*High-Level Group for the Digital Markets Act*²⁰. Nell'applicazione concreta e omogenea delle previsioni giuridiche e nel bilanciamento tra diritti e interessi diversi, il ruolo di questi organismi è fondamentale al fine di rispondere alle istanze di flessibilità e adattabilità, necessarie affinché le regole giuridiche possano essere efficaci, siano capaci di affrontare l'evoluzione tecnologica e rispondere all'esigenza di creare un diritto sostenibile.

La costruzione di una *governance* dedicata alla dimensione digitale, articolata nei diversi organismi sovranazionali, evidenzia la volontà di porre le regole del gioco recuperando uno spazio giuridico pubblico a protezione dei diritti della persona, perso a causa del potere assunto concretamente dai soggetti privati.

Non mancano le criticità di questa impostazione; il rischio, infatti, consiste nel pericolo di far pendere la bilancia verso l'uno o l'altro diritto a protezione del quale o verso la tecnologia per la quale lo specifico organismo è istituito e conseguentemente si muove, perdendo l'approccio olistico necessario per affrontare la complessità della realtà digitale, caratterizzata dalla presenza di interessi diversi e dalla necessità di trovare un complesso equilibrio tra gli stessi.

¹⁶ Art. 2 reg. UE 2024/1689, *AI Act*.

¹⁷ Art. 65 ss., titolo VI, reg. UE 2024/1689, *AI Act*, che nella *governance* relativa all'AI accanto al *Board* prevede l'*European AI Office*, l'*Advisory forum* e un Comitato scientifico composto da esperti indipendenti.

¹⁸ Art. 29 ss., reg. UE 2022/868, *Data Governance Act*.

¹⁹ Art. 61 ss., reg. UE 2022/2065, *Digital Services Act*.

²⁰ Art. 40, reg. UE 2022/1925, *Digital Markets Act*.

Pertanto la previsione di organi sovranazionali chiamati a contribuire all'applicazione efficace e omogenea delle norme determina la necessità conseguente di una sinergica cooperazione tra loro, superando l'ambito settoriale di azione che rischia altrimenti di far smarrire il richiamato approccio olistico necessario alla luce delle evidenti intersezioni tra i diversi regolamenti.

La sovranità regolatoria può essere esercitata solo attraverso la costruzione di un diritto sostenibile, esigenza che si manifesta nell'eterogeneità degli atti che ospitano le regole, che si coniuga all'esaminata eterogenea *governance* in materia: non solo *hard law*, ma anche regole di *soft law* prodotte da soggetti istituzionali, autorità indipendenti, organismi, comitati, gruppi di esperti nominati *ad hoc*; la complessità dei fenomeni è affrontata con strumenti eterogenei prodotti non solo dalle istituzioni pubbliche competenti, ma anche da soggetti privati²¹.

Come precedentemente esaminato²², al fine di governare la tecnologia, infatti, il diritto deve tener conto e integrare ecosistemi di regole diverse, come quelle informatiche, che dettano "legge" nella dimensione digitale, e, altresì, quelle poste nell'ambito dell'autonomia privata dai colossi tecnologici, che regolano i "territori" delle estese piattaforme digitali su cui esercitano il proprio dominio²³. Di conseguenza, la regolazione necessita di una genesi *multilevel*, di un approccio *multi-stakeholder* e dell'integrazione di fonti eterogenee, al fine di avvalersi di una corresponsabilità da parte dei differenti produttori di regole, giuridiche o meno, della nostra contemporaneità.

Pertanto, accanto alle norme poste dalle autorità pubbliche, rilevano forme di *co-regulation* e di *self-regulation*, dove le regole sono poste da parte degli stessi destinatari delle stesse, come le aziende *Big Tech* che

²¹ Con il termine *hard law* si intende un sistema di regole giuridiche vincolanti, dotate di piena obbligatorietà in senso giuridico, suscettibili in caso di violazione di applicazione giudiziaria, mentre con *soft law* un sistema di regole non precettive e non vincolanti, comunque caratterizzato da un diverso grado di persuasività, ossia in grado di svolgere effettivamente una funzione di orientamento e di indirizzo nei confronti dei destinatari, sebbene non suscettibili di attuazione giudiziaria.

²² *Supra*, § 1.

²³ A. SIMONCINI, *Verso la regolamentazione della Intelligenza Artificiale. Dimensioni e governo*, in *BioLaw Journal*, fasc. 2, 2021, 412.

danno vita a una sorta di contemporanea *lex mercatoria*; gli Stati sono chiamati a nuove forme di cooperazione e collaborazione.

L'eterogeneità della tipologia degli atti si motiva proprio alla luce delle caratteristiche del peculiare oggetto di regolazione: la tecnologia è connotata dalla specificità tecnica, dal progresso scientifico e dall'evoluzione costante, che esigono qualificate competenze e comportano l'esigenza di atti puntuali, regole tecniche e strumenti flessibili, mentre la norma strettamente intesa si caratterizza per essere generale e astratta, frutto di un lungo iter scaturente dal processo democratico e tesa a durare nel tempo. Di conseguenza, è necessario un complesso articolato di regole diverse, atte a costruire una disciplina complessivamente sostenibile (e, dunque, efficace) e, a tal fine, tese a garantire flessibilità e adattabilità allo sviluppo e ai cambiamenti della tecnologia, ma capaci altresì di assicurare prevedibilità e certezza, principi solidi del diritto.

Nel quadro europeo in materia, in cui si esprime la sovranità regolatoria, emerge questa tensione continua fra flessibilità e prevedibilità, al fine di garantire efficacia ma anche certezza, tutelando la persona e riuscendo a trovare un virtuoso equilibrio tra interessi diversi.

L'esigenza di flessibilità e adattabilità rispetto all'incessante sviluppo tecnologico e la conseguente necessità di aggiornamento determinano meccanismi quali nell'*Artificial Intelligence Act* l'obbligo generale di revisione del regolamento e la procedura di verifica e modifica degli allegati connessi all'individuazione delle categorie dei sistemi ad alto rischio, anche al di fuori del procedimento legislativo ordinario altrimenti necessario; nella stessa ottica è possibile leggere le previsioni relative alle *regulatory sandboxes*, utili ad adattare le disposizioni a una realtà particolarmente complessa²⁴, e il ricorso allo strumento dei codici di buone pratiche e codici di condotta, atti a contribuire alla corretta applicazione delle norme²⁵. Al riguardo, in relazione a modelli di intelligenza artificiale molto diffusi, quali quelli di AI generativa (per es. ChatGPT), significativi esempi di tale esigenza di flessibilità sono il

²⁴ L'attivazione delle *regulatory sandboxes* consente agli Stati membri, per un periodo di tempo limitato e sotto il controllo delle autorità competenti nazionali, di sviluppare e sperimentare sistemi di IA innovativi, ai fini di una successiva immissione nel mercato; art. 57 ss., reg. UE 2024/1689, *AI Act*.

²⁵ Art. 56 ss. e art. 95 ss., reg. UE 2024/1689, *AI Act*.

General-Purpose AI Code of Practice, documento volontario formalmente non vincolante, pubblicato il 10 luglio 2025 e redatto da esperti indipendenti con *input* da oltre 1.000 *stakeholder* come strumento di autoregolazione, e le successive *Guidelines on the Scope of Obligations of Providers of General-Purpose AI Models under the AI Act*, pubblicate dalla Commissione europea il 18 luglio 2025 per assistere i fornitori di modelli di AI per finalità generali ad adempiere agli obblighi del regolamento europeo.

L'esigenza di prevedibilità e certezza del diritto, insieme alla necessità di garantire omogeneità di soluzioni, determinano invece il cambiamento stesso di approccio da parte dell'Unione europea con la tendenza a "inasprire" la forza degli atti normativi assunti (da *soft law* a *hard law*), al fine di garantirne effettività; è il caso del regolamento europeo che con la sua maggiore *vis* sugli Stati membri prende prevalentemente il posto della direttiva nel *framework* giuridico dedicato alla dimensione digitale²⁶ e, altresì, la previsione di sanzioni proporzionate al fatturato annuo globale, al fine di realizzare un apparato sanzionatorio effettivo, proporzionato e dissuasivo, che permetta di rispondere in modo certo in caso di violazioni²⁷.

Al riguardo occorre precisare che anche se viene fatta la scelta della tipologia di atto regolamentare non si rinuncia comunque all'eterogeneità di atti, al fine di garantire effettività alle regole poste: in tali disposizioni, infatti, si rinvia anche ad atti di *soft law* necessari per l'applicazione, come i richiamati codici di condotta. Inoltre, seppur lo strumento formale scelto per regolare la dimensione digitale sia il regolamento, oltre agli esaminati meccanismi di flessibilità, sono lasciati ampi margini di applicazione agli Stati membri, che equilibrano la maggior forza dell'atto con l'esigenza di garantire anche adattabilità ed efficacia, seppur tale profilo possa causare anche incertezze e potenziali difformità nell'attuazione, finendo per andare in direzione opposta ri-

²⁶ Tale tendenza ad abbandonare la direttiva in favore del regolamento era già in atto, si pensi ai regolamenti europei 2016/679 sui dati personali e 2018/1807 sui dati non personali.

²⁷ Art. 99 ss., reg. UE 2024/1689, *AI Act*.

spetto a quella uniformazione necessaria a esprimere sovranità regolatoria europea in materia²⁸.

3. *Sovranità regolatoria nazionale*

Il modello europeo, teso a realizzare un diritto sostenibile nella dimensione digitale, mostra pertanto la volontà di esprimere una sovranità regolatoria in materia, differenziandosi dal modello statunitense e cinese.

E, seppur la dimensione sovranazionale sia quella adeguata alla regolazione in materia, non mancano atti a livello nazionale, per lo più strategici e stimolati dalla stessa Unione europea, cui da ultimo si è però affiancato un disegno di legge, un vero e proprio atto legislativo, cui occorre dedicare qualche riflessione.

Dopo una serie di strategie dedicate, la prima del 2018 con il Libro Bianco *L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino* per poi arrivare alla Strategia italiana del 2020 e quella attuale del 2024-2026²⁹, nel momento in cui si scrive è in corso di approvazione in Parlamento un disegno di legge nazionale in materia di intelligenza artificiale che interviene in diversi ambiti³⁰.

²⁸ Nell'*AI Act*, per esempio, l'individuazione dei sistemi a rischio inaccettabile si connota per la presenza di concetti indeterminati e interpretabili, che implica flessibilità applicativa e margini di manovra a favore degli Stati, ma anche possibile incertezza e correlate potenziali difformità nell'attuazione.

²⁹ Si tratta dei seguenti atti: il Libro Bianco "L'intelligenza artificiale al servizio del cittadino", curato dall'AgID e dalla Task Force sull'IA composta da esperti nel marzo 2018; la Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2020, basata sulle proposte elaborate dal gruppo di esperti sull'AI nominato dal Ministero dello Sviluppo Economico 2019; la Strategia italiana per l'intelligenza artificiale 2024-2026, prodotta da parte del Comitato di Coordinamento per l'aggiornamento delle strategie sull'utilizzo dell'AI, istituito presso il Dipartimento per la Trasformazione digitale, composto da 13 componenti nominati a ottobre 2023.

³⁰ Il disegno di legge, approvato in prima lettura dal Senato della Repubblica e dalla Camera dei Deputati (con modificazioni) è stato trasmesso per la seconda lettura in Senato il 26 giugno 2025.

Oltre a definizioni, ambito di applicazione, finalità e principi, le norme spaziano su diversi aspetti: si prevedono disposizioni di settore in ambiti significativi (ambito sanitario; lavoro; professioni intellettuali; pubblica amministrazione; attività giudiziaria); è prevista la necessità di una strategia nazionale e di un Comitato di coordinamento delle attività di indirizzo su enti, organismi e fondazioni che operano nel campo dell'innovazione digitale e dell'AI; si designano quali autorità nazionali per l'intelligenza artificiale con correlata divisione di competenze AgID, competente per promuovere l'innovazione e lo sviluppo dell'AI, e l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale (ACN), competente per la vigilanza e la promozione e sviluppo dell'AI relativamente alla cybersicurezza; si prevedono una serie di ampie deleghe al Governo; sono dedicate disposizioni alla tutela del diritto di autore; si introducono sanzioni penali, come l'illecita diffusione di contenuti generati o alterati con sistemi di intelligenza artificiale.

Questa operazione mostra, a somiglianza di quanto avviene a livello europeo, la volontà di esprimere una sovranità regolatoria nazionale, pur dovendo necessariamente rimanere nei limiti di quanto previsto a livello europeo dall'*AI Act*, che in quanto regolamento si applica direttamente agli Stati membri, disapplicando eventuali norme nazionali in contrasto.

In linea con l'approccio europeo e con l'*AI Act*, il disegno di legge nazionale intende promuovere un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità e garantire la vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali; l'atto normativo precisa in modo opportuno che le norme si interpretano e si applicano conformemente al regolamento (UE) 2024/1689: del resto, non potrebbe essere altrimenti data la tipologia di atti normativi di cui si parla.

Ma nonostante ciò non mancano criticità, che meritano qualche riflessione proprio in relazione alla sovranità regolatoria.

Al riguardo, infatti, la Commissione europea ha trasmesso all'Italia il 5 novembre 2024 un parere circostanziato (C(2024) 7814) circa potenziali criticità e sovrapposizioni tra il disegno di legge nazionale e il regolamento europeo *AI Act*, solo in parte superate nelle modifiche apportate lungo l'iter parlamentare. Inoltre perplessità emergono sull'op-

portunità stessa di una legge nazionale in un momento in cui il regolamento non è ancora pienamente applicato e con cui possono aprirsi pericolose discrasie; quanto meno la tempistica non pare congrua. Più ampiamente, alla luce del modello europeo di sovranità regolatoria che l'Unione europea, come esaminato, cerca di affermare, la stessa approvazione di una norma nazionale può risultare critica, perché può portare a una potenziale differenziazione con altri Stati e quindi a una frammentazione, in direzione diametralmente opposta alle finalità europee di uniformazione, che vengono perseguite con una *vis* normativa quale quella del regolamento, dotato anche di effetti extraterritoriali proprio al fine di imporsi a livello globale.

Le perplessità aumentano alla luce delle ampie deleghe al Governo e della clausola di invarianza finanziaria, secondo cui dall'attuazione non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica, che rischia di rendere oltretutto le disposizioni mere dichiarazioni di intenti, senza che si traducano in norme effettive e omogeneamente attuate.

Anche la prevista *governance* duale con la designazione di AgID e ACN come autorità nazionali non risulta convincente, alla luce di una prevedibile difficoltà di distinzione delle rispettive competenze e conseguenti conflitti e sovrapposizioni. Lo snodo della *governance* è però cruciale per costruire la sovranità regolatoria europea. Peraltro, date le rilevanti competenze già agite da tali autorità e la complessità dell'intelligenza artificiale, sommare questa competenza a organismi esistenti potrebbe non rivelarsi la soluzione ottimale al momento dell'implementazione. Un'autorità terza e indipendente rispetto a quelle esistenti potrebbe garantire maggiore efficacia, neutralità e imparzialità, oltre ad assicurare un monitoraggio effettivo degli impatti etico-giuridici-sociali³¹.

Pertanto la direzione italiana che porta a un disegno di legge in materia disvela alcune criticità alla luce della sovranità regolatoria euro-

³¹ Inoltre, sotto il profilo della *governance*, al fine di garantire un approccio olistico nel governo dell'AI, sarebbe opportuno prevedere un meccanismo di stretto coordinamento con altre autorità esistenti che esercitano indiscutibilmente funzioni in relazione all'intelligenza artificiale, al fine di realizzare strategie condivise in modo orizzontale, evitando verticalizzazioni, come il Garante per la protezione dei dati personali e l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni; si prevedono invece solo generici e poco chiari concetti di "coordinamento e collaborazione".

pea, che a livello sostanziale cerca di affermarsi costruendo un modello di umanesimo tecnologico, basato su paradigmi e strumenti innovativi, che è necessario esaminare.

4. *Umanesimo tecnologico: principi e strumenti giuridici*

Nell'evoluzione che caratterizza il volto e la forma del diritto, che si esplica in *hard law* e *soft law*, e in cui si disvela la volontà di sovranità regolatoria, nella regolazione europea sono contenuti strumenti e direzioni, che costituiscono paradigmi nuovi a livello sostanziale, permettendo di ravvisare un contenuto innovativo del diritto. Il legislatore europeo si mostra consapevole infatti che, al fine di costruire un solido modello di governo della tecnologia, ispirato ai principi degli ordinamenti democratici, è necessario superare le problematiche esistenti relative al rapporto tra diritto e intelligenza artificiale e, altresì, al rapporto tra essere umano e intelligenza artificiale, che trovano fondamento nelle criticità legate al funzionamento stesso dei dati e degli algoritmi quali il significativo squilibrio tra le parti in gioco e l'opacità dei processi di gestione.

In premessa è necessario precisare che nel quadro regolatorio europeo muta significativamente il generale approccio sostanziale alle geometrie di potere, dal momento che si sceglie di regolare e influire sui diversi attori in gioco, giacché si intende promuovere lo sviluppo economico e la competitività, ma si pongono obblighi di diligenza e trasparenza a carico delle aziende private, come nel caso del *Digital Services Act* e del *Digital Markets Act*, al fine di proteggere in modo più efficace gli utenti, istituendo un quadro di regole in materia di trasparenza e responsabilità.

Nel contesto di tale mutato approccio, che vede l'intenzione dell'Unione europea di porre limiti all'autonomia delle aziende *Big Tech* alla luce del concreto ruolo di potere assunto nella società digitale, il modello europeo di governo della tecnologia fa leva su alcuni nuovi strumenti, soluzioni e paradigmi, capaci di innovare profondamente i paradigmi tradizionali e minimizzare i rischi, riequilibrando le asimmetrie a favore della collettività e proteggendo in modo efficace la persona.

In particolare l'approccio innovativo riguarda proprio, da una parte, il rapporto tra diritto e tecnologia e, dall'altra, il rapporto tra essere umano e tecnologia.

4.1. Il rapporto tra diritto e tecnologia: legal protection by design e approccio basato sul rischio

Nella regolazione europea il rapporto tra diritto e tecnologia muta e matura nella costruzione di un umanesimo tecnologico³² e di una *governance* umanocentrica, capace di conferire piena centralità alla persona, per tutelare la quale è necessario un bilanciamento mobile tra diritti in una logica che mantenga la tecnologia strumento nelle mani dell'uomo; tale approccio è abbracciato dagli atti di *soft law* e *hard law* relativi all'intelligenza artificiale³³.

La *governance* umanocentrica, guidata da un approccio etico-giuridico, può essere realizzata e implementata sfruttando la tecnologia stessa e la relazione tra regole giuridiche e informatiche; in specifico il diritto può avvalersi della tecnica per garantire il suo rispetto³⁴.

L'approccio preventivo e proattivo prende forma in due profili sinergici e connessi: il *legal protection by design* e il *risk-based approach*.

L'incorporazione preventiva di principi etici e giuridici, norme e rimedi nella tecnologia stessa, ossia una *legal protection by design*, basa-

³² Cfr. A. PUNZI, *Difettività e giustizia aumentata. L'esperienza giuridica e la sfida dell'umanesimo digitale*, in *Ars Interpretandi*, fasc. 1, 2021, 113 ss.

³³ Sulle problematiche poste dalla regolazione e dagli aspetti giuridici dell'AI cfr., *inter alia*, E. MAESTRI (a cura di), *Introduzione e note di sintesi al Regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale*, Napoli, 2024; G. PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, VI ed., Bologna, 2025, 303 ss.; G. SARTOR, *L'intelligenza artificiale e il diritto*, Torino, 2022; F. CASA, S. GAETANO, G. PASCALI (a cura di), *Intelligenza artificiale: diritto, etica e democrazia*, Bologna, 2025; C. NOVELLI, F. CASOLARI, A. ROTOLO, M. TADDEO, L. FLORIDI, *AI Risk Assessment: A Scenario-Based, Proportional Methodology for the AI Act*, in *Digital Society*, vol. 3, 2024, 1-29.

³⁴ In merito al rapporto tra etica e diritto in materia di AI cfr., *inter alia*, F.H. LLANO-ALONSO, *L'etica dell'intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Ragion Pratica*, fasc. 2, 2021, 327 ss.; M. CATANZARITI, *Etica "artificiale": un nuovo modello regolatorio?*, in *Ars Interpretandi*, fasc. 1, 2021, 165 ss.

ta sull'*accountability*, presente fin dal regolamento europeo 2016/679 in materia di protezione dei dati personali, emerge negli atti europei dedicati a dati e algoritmi quale paradigma capace di risolvere o quanto meno minimizzare le problematiche afferenti al rapporto tra diritto e tecnologia³⁵. Il diritto può avvalersi della tecnologia per garantire il suo rispetto, generando un modello di “diritto nella tecnica”; si tratta di un approccio proattivo, che tutela la persona fin dalla progettazione, per impostazione predefinita e per mezzo della valutazione d’impatto, capace di far leva sulla conformazione dei sistemi tecnologici e sulla sicurezza informatica, da una parte, e sulla responsabilizzazione e sulla consapevolezza dei soggetti, dall’altra, al fine di confinare le repressioni prevalentemente a una effettiva e persuasiva tutela sanzionatoria successiva, senza reprimere eccessivamente *ex ante* la libera circolazione dei dati e lo sviluppo economico.

Tale prospettiva è ulteriormente sviluppata nell’*Artificial Intelligence Act*, che si basa sul *risk-based approach*, approccio proattivo basato sul rischio coadiuvato anche da un correlato sistema sanzionatorio: il rischio viene sottoposto a una categorizzazione preventiva, distinguendo quattro categorie (rischio inaccettabile, alto, basso, minimo), cui si collega una regolazione differenziata.

Il sistema di responsabilità distingue in base alle categorie di operatori di sistemi di intelligenza artificiale ad alto rischio o meno, motivando la responsabilità dell’operatore con il fatto che sta controllando un rischio associato alla specifica tecnologia; tale modello proporzionato al rischio è consapevole dell’eterogeneità delle soluzioni tecnologiche di intelligenza artificiale, in cui può variare sensibilmente l’autonomia che le connota, la trasparenza che è possibile garantire e il controllo umano esercitabile.

L’approccio basato sul rischio, che mira a una protezione preventiva, capace di ridurre o eliminare la probabilità stessa che possano verificarsi violazioni, ha la capacità di raggiungere un equilibrio nella tutela dei diversi interessi in gioco, dal momento che è teso alla tutela dei diritti della persona, ma è anche orientato alla crescita economica, giac-

³⁵ Si tratta dei principi *data protection by design* e *by default*, cui si affianca il *data protection impact assessment* (artt. 25 e 35, reg. UE 2016/679).

ché il produttore di intelligenza artificiale può considerare la *legal compliance* come un costo di produzione che entra nel costo economico della propria attività piuttosto che affrontare l'alea di dover eventualmente rispondere di possibili violazioni³⁶.

L'approccio proattivo, che prende vita nel *legal protection by design* e nel *risk-based approach*, non è scevro da criticità: la "rigidità" ontologica del codice informatico può determinare il rischio di un'eccessiva semplificazione di concetti e clausole complesse, si scontra con la flessibilità necessaria al bilanciamento "mobile" idoneo a una tutela efficace dei diritti e va a sommarsi all'opacità linguistica, dal momento che il linguaggio è informatico e non è quello naturale delle norme giuridiche.

Risulta complesso anche individuare quali principi etici e giuridici incorporare in tecnologie come l'intelligenza artificiale per lo più destinate a utilizzi transnazionali, dato il pluralismo etico e giuridico che caratterizza i diversi blocchi geopolitici e i differenti ordinamenti³⁷.

Ulteriore significativa problematica di tale prospettiva si annida nel fatto che in tal modo il rispetto dei principi giuridici e l'equilibrio tra diritti sono di fatto delegati a coloro che sono chiamati a sviluppare le soluzioni tecnologiche e alle categorie di operatori nel mercato con conseguenti possibili problematiche ed effetti degni di attenta considerazione.

4.2. Il rapporto tra essere umano e tecnologia: sorveglianza umana e trasparenza algoritmica

Nella regolazione dedicata all'intelligenza artificiale, accanto al rapporto tra diritto e tecnologia che si caratterizza per *legal protection by design* e *risk-based approach*, emerge il rapporto tra uomo e macchina, in cui si stagliano altri due paradigmi innovativi collegati sinergicamente ai primi: l'esigenza di mantenere il controllo dell'uomo sulla tecnologia, al fine di farle mantenere il ruolo di strumento che ontologicamente le spetta senza rischiare derive tecnocratiche, e, proprio anche a

³⁶ In merito sia consentito il rinvio a F. FAINI, *Intelligenza artificiale e regolazione giuridica: il ruolo del diritto nel rapporto tra uomo e macchina*, in *federalismi.it*, n. 2, 2023, 1-29.

³⁷ *Supra*, § 2.

tal fine, la necessaria trasparenza nel funzionamento della stessa, che ne consenta comprensione, eventuale contestazione e sindacato da parte di un utente e/o di un giudice.

La necessità di mantenere servente la tecnologia rispetto all'uomo è sottesa all'attenzione che viene tributata al rapporto tra uomo e macchina, che si declina nella supervisione umana e nella non esclusività della decisione algoritmica.

Supervisione e sorveglianza umana, tese a prevenire e minimizzare rischi e pericoli, risultano in linea con l'approccio proattivo e preventivo che connota il modello di *governance* della tecnologia. Al fine di costruire un modello antropocentrico, infatti, è necessario mantenere equilibrio tra uomo e macchina, attraverso la garanzia dello "human in the loop"; al riguardo rileva il fatto che l'intelligenza artificiale non è più soltanto un mezzo per realizzare azioni, ma sempre più spesso è essa stessa a prendere autonomamente decisioni significative per la persona umana, laddove impiegata per tali scopi.

A tal fine l'*Artificial Intelligence Act* prevede misure concrete per garantire una sorveglianza umana sostanziale ed evitare il rischio che la decisione umana possa essere "attratta" dai risultati della macchina; il problema, infatti, si annida nelle influenze e nella capacità "attrattiva" a livello pratico della soluzione offerta dalla macchina e nella correlata difficoltà per l'uomo di discostarsi con la propria valutazione da quanto emerge dal sistema tecnologico, finendo per conformarsi al risultato suggerito: in tal modo, di conseguenza, si svuota sostanzialmente l'autonomia della decisione umana³⁸.

Al riguardo però occorre interrogarsi se e come sia possibile conciliare supervisione e sorveglianza umana con i sistemi di *machine* e *deep learning*, capaci di apprendere autonomamente, che operano secondo processi decisionali opachi e non prevedibili, rispetto ai quali pertanto devono essere verificate le effettive possibilità per l'uomo di mettere in

³⁸ Art. 14, reg. UE 2024/1689, *AI Act*, che prevede misure atte a consentire a chi è affidata la sorveglianza umana di comprendere e interpretare il sistema di AI, intervenire sul funzionamento del sistema o interromperlo, decidere in modo autonomo se utilizzarlo e «restare consapevole della possibile tendenza a fare automaticamente affidamento o a fare eccessivo affidamento sull'output prodotto da un sistema di AI ad alto rischio ("distorsione dell'automazione")».

discussione i risultati cui perviene la macchina, controllare la correttezza dei dati e correggere gli *output*.

A ben vedere costituisce condizione necessaria per la supervisione umana l'*explainability*, dal momento che solo se l'essere umano è in grado di comprendere il modo in cui l'intelligenza artificiale decide, può operare un controllo effettivo e, se necessario, correggerne gli *output*. E non a caso comprensibilità e sindacabilità sono paradigmi su cui si concentra la regolazione europea.

Si tratta di garantire una declinazione rafforzata della trasparenza quale trasparenza algoritmica capace di assicurare conoscibilità, comprensibilità e sindacabilità, rendendo gli algoritmi oggetto della piena cognizione e del sindacato da parte dell'uomo, al fine di superare l'opacità: tale principio si traduce nel garantire non solo informazioni e accesso ai dati, ma anche la conoscenza della logica che governa gli algoritmi, accompagnata dalla consapevolezza in merito alle conseguenze e all'impatto sulla persona.

Nei confronti dell'intelligenza artificiale, pertanto, devono essere attribuiti e riconosciuti il diritto alla comprensibilità, capace di rendere consapevole l'interessato, e il diritto alla contestabilità, idoneo a consentire all'interessato, anche per mezzo di un giudice, di valutare e di sindacare la decisione a cui perviene la tecnologia. Tali diritti sono declinazioni del più ampio e profondo diritto del singolo di mantenere autonomia, autodeterminazione e libertà nei confronti della macchina, che a sua volta comporta l'esigenza di comprensione dei meccanismi di funzionamento e una sorta di correlato dovere di "spiegare" in capo all'intelligenza artificiale o, meglio, in capo a chi ne è responsabile³⁹.

In linea con l'umanesimo tecnologico l'*explainability* assicura che l'intelligenza artificiale rimanga strumentale rispetto a quella umana e la tecnologia mantenga la sua funzione "servente" rispetto all'uomo e alle sue decisioni, soprattutto laddove incida su diritti e libertà⁴⁰.

L'*Artificial Intelligence Act* mostra particolare attenzione per la trasparenza, prevedendo che siano fornite informazioni chiare e adeguate

³⁹ Cfr. M. PALMIRANI, *Big Data e conoscenza*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, fasc. 1, 2020, 73 ss.

⁴⁰ U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di Filosofia del diritto*, fasc. 1, 2020, 93 ss.

all'utente sia in caso di sistemi ad alto rischio, sia in caso di sistemi a basso rischio. Ogni sistema ad alto rischio deve essere disegnato e sviluppato in modo da assicurare un appropriato livello di trasparenza (*sufficiently transparent*)⁴¹, mostrando in tal modo consapevolezza circa la necessità di misure proporzionate, senza imporre obblighi irrealizzabili alla luce delle caratteristiche tecnologiche, come tali destinati a una concreta inefficacia; emerge con evidenza l'esigenza di sostenibilità del diritto.

Alla trasparenza algoritmica della soluzione tecnologica si accompagna la necessaria trasparenza da parte di chi governa gli algoritmi, coniugandosi pertanto l'esigenza di comprensibilità delle macchine con la necessità di una correlata trasparenza da parte degli uomini che le gestiscono; in tal senso rileva il *Digital Services Act*, che impone alle piattaforme doveri di trasparenza e diligenza in merito agli algoritmi utilizzati, essendo tenute a obblighi di motivazione nei confronti degli utenti e alla valutazione dei rischi sistemici collegati⁴².

Al riguardo, la natura degli algoritmi pone il problema se esista sempre una logica comprensibile, dato il funzionamento degli stessi e la conseguente possibile non intelligibilità secondo criteri logico-razionali. L'intelligenza artificiale, come esaminato⁴³, che poggia su inferenze e sull'approccio statistico e probabilistico, determina talvolta difficoltà di comprensione circa le motivazioni delle risposte fornite. Pertanto garantire trasparenza algoritmica può essere particolarmente complesso a fronte di una congenita opacità degli algoritmi, che si declina nell'esaminata opacità strutturale, derivante dal funzionamento degli stessi e dal fatto che resta non comprensibile l'iter logico seguito dalla macchina per giungere al risultato partendo dai dati, cui si somma l'opacità linguistica dovuta al linguaggio informatico⁴⁴. Tale aspetto può risultare problematico in caso di utilizzo dell'intelligenza artificiale in ambiti giuridici quali l'amministrazione pubblica e la giustizia, dal momento che sia i provvedimenti amministrativi (art. 3, legge 241/1990) sia quel-

⁴¹ Art. 13, reg. UE 2024/1689, *AI Act*.

⁴² Artt. 4, 34 e 35, reg. UE 2022/2065, *Digital Services Act*.

⁴³ *Supra*, § 1.

⁴⁴ Cfr. G. FIORIGLIO, *La Società algoritmica fra opacità e spiegabilità: profili informatico-giuridici*, in *Ars Interpretandi*, fasc. 1, 2021, 53 ss.

li giurisdizionali (art. 111, comma 6, Costituzione) devono essere necessariamente accompagnati da una motivazione.

5. Conclusioni: riflessioni filosofico-giuridiche

Gli strumenti che emergono dal *framework* europeo, teso a esercitare una sovranità regolatoria in materia, permettono di affrontare le problematiche che affliggono il rapporto tra diritto e tecnologia e il rapporto tra essere umano e intelligenza artificiale, giacché intervengono sulle asimmetrie e sull'opacità contribuendo a "svelare" preventivamente problemi, consentendo di progettare la soluzione tecnologica in modo diverso; trasparenza e sindacabilità permettono di intervenire anche *ex post*, laddove il problema non sia emerso *ex ante*, proteggendo la persona.

Il modello giuridico di umanesimo tecnologico, che prende forma nella regolazione europea in materia, si serve della tecnologia, che può previamente implementare principi etico-giuridici con un principio di *legal protection by design*, deve essere comprensibile e connotata dalla sorveglianza umana sostanziale, oltre a basarsi sul *risk-based approach* e sull'*accountability* da parte di chi governa la tecnologia.

Nello sforzo regolatorio europeo si assiste a un rinnovamento del diritto che passa da una costruzione di matrice sovranazionale e *multi-stakeholder* ed è guidato da un approccio filosofico-giuridico, orientato verso la tutela dei diritti. Gli Stati sono chiamati a produrre norme, riconoscendo il riferimento fornito da una pluralità di ulteriori sistemi statuali, sovranazionali o extra-statali. In tale contesto è corretto individuare, come prevede la regolazione europea, comitati sovranazionali dedicati al governo della tecnologia dotati di un certo grado di indipendenza rispetto a quei poteri che possono avere svariati interessi a orientarlo verso specifiche direzioni (poteri pubblici e privati).

Del resto il cambiamento pervasivo determinato dallo sviluppo delle tecnologie e dalla centralità assunta dall'intelligenza artificiale investe gli equilibri tra diritti, il bilanciamento tra interessi, il rapporto tra poteri e la tenuta dei principi democratici fondamentali, influenzando le direttrici del futuro.

Le scelte filosofiche, etiche e giuridiche fondamentali del modello europeo di governo della tecnologia coinvolgono il ruolo della persona, le geometrie di potere, il rapporto tra pubblico e privato.

Quale forma del diritto è necessaria perché le norme possano essere effettive? Quale modello e quali strumenti sono adeguati al mutato contesto? Quali sfide deve affrontare un modello di sovranità regolatoria digitale?

Nel quadro europeo emerge la sfida di trovare un punto di caduta tra certezza/prevedibilità e flessibilità/adattabilità garantendo equilibrio tra tutela della persona e promozione dello sviluppo economico, al fine di costruire un diritto efficace e sostenibile; del resto compito del diritto è operare un ragionevole bilanciamento tra interessi diversi. Sotto tale profilo la sfida si articola nella concreta capacità di implementazione dell'umanesimo tecnologico, senza che possa trasformarsi in un freno o un rallentamento dello sviluppo tecnologico e assicurando la sostenibilità del modello stesso per piccole e medie imprese e più ampiamente per il mercato.

L'approccio, i paradigmi e gli strumenti di *legal protection by design, risk-based approach*, sorveglianza umana e trasparenza algoritmica toccano e ruotano sul rapporto tra diritto e tecnologia, da un lato, e su quello tra essere umano e tecnologia dall'altro, con il comune scopo di riuscire a controllare e governare l'intelligenza artificiale, mantenendola strumento servente nelle mani dell'uomo, al fine di tutelare diritti e valori europei.

L'Unione europea esprime la propria sovranità regolatoria con un rafforzamento dello spazio giuridico pubblico, perduto nell'asimmetria tra utenti e piattaforme, che passa dal ruolo di organismi indipendenti, capaci ontologicamente di trovare quell'equilibrio tra certezza e flessibilità e creare, di conseguenza, un diritto sostenibile. Di conseguenza la riflessione deve concentrarsi anche sull'opportunità al momento dell'implementazione di un'applicazione normativa congiunta e di una forte collaborazione tra gli organismi sovranazionali previsti, abbracciando il necessario approccio olistico conforme alla complessità digitale e all'intreccio tra interessi diversi.

Oggi è quanto mai necessario individuare il modello di governo della tecnologia cui siamo diretti, che vede una nuova relazione tra diritto

e tecnologia capace di garantire prevedibilità e certezza, proteggendo in modo efficace l'uomo rispetto all'intelligenza artificiale con strumenti dotati di flessibilità e adattabilità: un diritto sostenibile, capace di tutelare la libertà dell'uomo grazie a un saggio equilibrio tra diritti e interessi, facendo leva su un approccio olistico, al cui centro porre l'essere umano.

‘NORME SPERIMENTALI’ E *REGULATORY SANDBOX*

ASPETTI TEORETICI E REGOLATORI

Federico Costantini

1. Introduzione: la diffusione delle Regulatory Sandbox

La sperimentazione oggi viene utilizzata non solo dai progettisti e dagli sviluppatori nel settore dell’industria, ma anche dai legislatori per sostenere l’innovazione tecnologica. Il fenomeno si può osservare ormai da una decina d’anni e si è diffuso in tutto il mondo, affermandosi dapprima nel settore *fintech* per poi estendersi nell’ambito della sperimentazione di veicoli a guida autonoma e consolidarsi successivamente come nuova tecnica normativa vera e propria. Di seguito si fornisce una panoramica delle più rilevanti iniziative adottate in tal senso, prima a livello mondiale, poi europeo e infine italiano¹.

1.1. Le sandbox nel mondo

Nel 2017 si contavano già ben 14 *sandbox* nel settore finanziario² sparse in tutto il mondo, mentre nel 2020 un rapporto dell’OECD³ descriveva una situazione molto articolata, in cui questo nuovo approccio

¹ Il contributo si inserisce nelle attività previste dal Piano Strategico dell’Università degli Studi di Udine 2022-2025, Dipartimento di Matematica Informatica e Fisica, WP5 «Intelligenza artificiale e complessità giuridica».

² D.A. ZETZSCHE, R.P. BUCKLEY, J.N. BARBERIS, D.W. ARNER, *Regulating a revolution: from regulatory sandboxes to smart regulation*, in *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, XXIII, 2017, 31-103.

³ A. ATTREY, M. LESHER, C. LOMAX, *The role of sandboxes in promoting flexibility and innovation in the digital age*, vol. 2, Paris (OECD Going Digital Toolkit Notes), 2020.

regolatorio – variamente coniugato a seconda degli ordinamenti giuridici – era già stato introdotto per supportare la digitalizzazione in altri ambiti, quali trasporti, energia, sanità. In tale documento si formula una definizione generale che possiamo utilizzare anche in questa sede per fornire una prima ricostruzione del fenomeno:

A regulatory sandbox refers to a limited form of regulatory waiver or flexibility for firms, enabling them to test new business models with reduced regulatory requirements. Sandboxes often include mechanisms intended to ensure overarching regulatory objectives, including consumer protection. Regulatory sandboxes are typically organised and administered on a case-by-case basis by the relevant regulatory authorities. Regulatory sandboxes have emerged in a range of sectors across the OECD and beyond, notably in finance but also in health, transport, legal services, aviation and energy⁴.

Analizzando il testo si possono individuare quattro elementi caratteristici della nozione di regulatory *sandbox*:

- (1) Una particolare formula di tipo autorizzativo o concessorio, che riguarda lo svolgimento di attività con modalità altrimenti non consentite o comunque non previste dalla disciplina generale;
- (2) Il beneficio è rivolto direttamente o indirettamente alle imprese ed è inteso a stimolare l'economia;
- (3) L'accesso alla *sandbox* avviene in modo selettivo, sulla base di candidature o proposte che sono vagliate per la loro capacità di produrre effetti ritenuti favorevoli;
- (4) La sperimentazione è soggetta a una *governance* amministrativa che conferisce flessibilità allo strumento regolatorio e sorveglia – direttamente o indirettamente – lo svolgimento delle attività previste.

Un report della Banca Mondiale – risalente al 2020 – riportava un centinaio di esperienze variamente declinate per requisiti di accesso, procedura di accreditamento, strumenti di *governance*, modalità di finanziamento, normativa applicabile e obiettivi, testimoniando come la crescita delle *sandbox* nel mercato finanziario fosse già in rapida cresci-

⁴ A. ATTREY, M. LESHER, C. LOMAX, *op. cit.*, 7.

ta in tutto il mondo⁵. Come si vedrà più avanti, il fenomeno sembra destinato a consolidarsi e svilupparsi ulteriormente.

1.2. La normativa UE

Nell’Unione europea abbiamo assistito negli ultimi anni a un incremento significativo nell’adozione di *regulatory sandbox* in molti settori cruciali. In questo senso si può rilevare come tali strumenti avessero riscontrato l’interesse delle istituzioni unionali già nel marzo 2020⁶ mentre nel dicembre dello stesso anno vennero tracciati i contorni della successiva azione politica⁷.

Per quanto riguarda l’ambito *fintech*, non si riscontrano specifici riferimenti alle *sandbox* nel Regolamento ‘MiCAR’⁸, bensì in una normativa specifica che si riconduce al ‘Programma Europa Digitale’⁹, da cui deriva la Decisione (UE) 2022/2481¹⁰, con la successiva istituzione

⁵ Cfr. il report *Global Experiences from Regulatory Sandboxes* e il sito web <https://www.worldbank.org/en/topic/fintech/brief/key-data-from-regulatory-sandboxes-across-the-globe>.

⁶ COM/2020/103 final del 10 marzo 2020, Una strategia per le PMI per un’Europa sostenibile e digitale (CELEX: 52020DC0103).

⁷ Conclusioni del Consiglio sugli spazi di sperimentazione normativa e le clausole di sperimentazione come strumenti per un quadro normativo favorevole all’innovazione, adeguato alle esigenze future e resiliente che sia in grado di affrontare le sfide epocali nell’era digitale del 23 dicembre 2020, (2020/C 447/01) GUUE C 447, 23.12.2020, 1-3, CELEX: 52020XG1223(01).

⁸ Regolamento (UE) 2023/1114 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 maggio 2023, relativo ai mercati delle cripto-attività e che modifica i regolamenti (UE) n. 1093/2010 e (UE) n. 1095/2010 e le direttive 2013/36/UE e (UE) 2019/1937, GUUE L 150, 09.06.2023, pagg. 40-205, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1114/oj>).

⁹ Regolamento (UE) 2021/694 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2021 che istituisce il Programma Europa Digitale e abroga la decisione (UE) 2015/2240, GUUE L 166, 11.05.2021, pagg. 1-34, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2021/694/oj>).

¹⁰ Decisione (UE) 2022/2481 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 che istituisce il Programma Strategico per il Decennio Digitale 2030, in GUUE L 323, 19.12.2022, pagg. 4-26, ELI (<http://data.europa.eu/eli/dec/2022/2481/oj>).

del consorzio EUROPEUM-EDIC¹¹, e a cui segue il Regolamento 2022/858¹².

Al di fuori di tale contesto, le *sandbox* attualmente si ritrovano disciplinate in tre provvedimenti normativi: l'*Open Governance Act*¹³, l'*Interoperable Europe Act*¹⁴ e l'*AI Act*¹⁵.

L'*Open Governance Act* (Reg. UE 2022/868) consente di istituire un 'ambiente di trattamento sicuro'¹⁶, riprendendo l'esperienza già acquisita nel campo della ricerca su microdati statistici (cfr. Considerando 7)¹⁷.

¹¹ Decisione di esecuzione (UE) 2024/1432 della Commissione, del 21 maggio 2024, che costituisce il consorzio per un'infrastruttura digitale europea per il partenariato europeo per la *blockchain* e l'infrastruttura europea di servizi *blockchain* (EUROPEUM-EDIC), C/2024/3271, GUUE L, 2024/1432, 23.05.2024, ELI (http://data.europa.eu/eli/dec_impl/2024/1432/oj).

¹² Regolamento (UE) 2022/858 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito e che modifica i regolamenti (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014 e la direttiva 2014/65/UE, GUUE L 151, 02.06.2022, pagg. 1-33, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2022/858/oj>).

¹³ Regolamento (UE) 2022/868 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo alla *governance* europea dei dati e che modifica il regolamento (UE) 2018/1724 (Regolamento sulla *Governance* dei Dati), GUUE L 152, 03.06.2022, 1-44, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2022/868/oj>).

¹⁴ Regolamento (UE) 2024/903 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 marzo 2024, che stabilisce misure per un livello elevato di interoperabilità del settore pubblico nell'Unione (Regolamento su un'Europa Interoperabile), GUUE L, 2024/903, 22.03.2024, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2024/903/oj>).

¹⁵ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (Regolamento sull'Intelligenza Artificiale), GUUE L, 2024/1689, 12.07.2024, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>).

¹⁶ Art. 2(1)(20): «d'ambiente fisico o virtuale e i mezzi organizzativi per garantire la conformità al diritto dell'Unione, quale il regolamento (UE) 2016/679, in particolare per quanto riguarda i diritti degli interessati, i diritti di proprietà intellettuale e la riservatezza commerciale e statistica, l'integrità e l'accessibilità, per garantire il rispetto del diritto dell'Unione e nazionale applicabile, e per consentire all'entità che fornisce l'ambiente di trattamento sicuro di determinare e controllare tutte le azioni di trattamento dei dati, compresi la visualizzazione, la conservazione, lo scaricamento, l'esportazione dei dati e il calcolo dei dati derivati mediante algoritmi computazionali».

L’*Interoperable Europe Act* (Reg. (UE) 2024/903) contempla gli ‘Spazi di sperimentazione normativa per l’interoperabilità’¹⁸ come strumenti per supportare le istituzioni pubbliche nell’implementazione di servizi pubblici digitali transeuropei.

L’*AI Act* (Reg. (UE) 2024/1689) fornisce una disciplina articolata per l’istituzione di ‘spazi di sperimentazione normativa per l’IA’¹⁹, che devono essere contemplati da un dettagliato progetto, denominato ‘piano dello spazio di sperimentazione’²⁰, che può prevedere anche sperimentazioni al di fuori dei laboratori, laddove lo preveda il ‘piano di prova in condizioni reali’²¹.

1.3. In Italia

Nel nostro ordinamento la sperimentazione di nuove tecnologie è prevista da una disciplina già in vigore da molti anni per quanto riguar-

¹⁷ Regolamento (UE) n. 557/2013 della Commissione, del 17 giugno 2013, che applica il regolamento (CE) n. 223/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alle statistiche europee per quanto riguarda l’accesso ai dati riservati destinati a fini scientifici e che abroga il regolamento (CE) n. 831/2002 della Commissione, in GUUE L 164, 18.06.2013, pagg. 16-19, ELI (<http://data.europa.eu/eli/reg/2013/557/oj>).

¹⁸ Art. 2(1)(14) «un ambiente controllato istituito da un soggetto dell’Unione o da un ente pubblico per lo sviluppo, l’addestramento, le prove e la convalida riguardanti soluzioni di interoperabilità innovative, se del caso in condizioni reali, a sostegno dell’interoperabilità transfrontaliera dei servizi pubblici digitali transeuropei per un periodo di tempo limitato sotto supervisione regolamentare».

¹⁹ Art. 3(1)(55): «un quadro controllato istituito da un’autorità competente che offre ai fornitori o potenziali fornitori di sistemi di IA la possibilità di sviluppare, addestrare, convalidare e provare, se del caso in condizioni reali, un sistema di IA innovativo, conformemente a un piano dello spazio di sperimentazione per un periodo di tempo limitato sotto supervisione regolamentare».

²⁰ Art. 3(1)(54): «un documento concordato tra il fornitore partecipante e l’autorità competente in cui sono descritti gli obiettivi, le condizioni, il calendario, la metodologia e i requisiti relativamente alle attività svolte all’interno dello spazio di sperimentazione».

²¹ Art. 3(1)(53) «un documento che descrive gli obiettivi, la metodologia, l’ambito geografico, della popolazione e temporale, il monitoraggio, l’organizzazione e lo svolgimento della prova in condizioni reali».

da il settore dei trasporti. Il Decreto ‘Smart Roads’²², infatti stabilisce un regime autorizzatorio specifico per la sperimentazione di veicoli a guida connessa e automatica.

Per quanto concerne l’ambito *fintech*, il d.l. 34/2019²³, che aveva originariamente introdotto un regime autorizzatorio per la sperimentazione, è stato successivamente modificato con d.l. 25/2023²⁴, che ha semplificato gli adempimenti richiesti.

Al momento in Parlamento sono in discussione diversi Disegni di Legge che riguardano l’istituzione di *sandbox* per l’IA – il d.d.l. 1066²⁵ e il d.d.l. 1084²⁶ – oltre al d.d.l. 1146 inteso ad adeguare l’ordinamento italiano all’*AI Act*²⁷.

2. La sandbox come best practice legislativa di portata generale

La panoramica normativa sin qui offerta può essere arricchita da ulteriori riferimenti che consentono di ampliare ulteriormente il quadro.

²² Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 28 febbraio 2018, Modalità attuative e strumenti operativi della sperimentazione su strada delle soluzioni di Smart Road e di guida connessa e automatica, in GU Serie Generale n. 90 del 18 aprile 2018, previsto dall’art. 1 comma 72 della Legge 27 dicembre 2017, n. 205, Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2018 e bilancio pluriennale per il triennio 2018-2020, in GU n. 302 del 29 dicembre 2017 - Suppl. Ordinario n. 62.

²³ Art. 36 commi 2bis - 2quaterdecies, Decreto Legge 30 aprile 2019, n. 34, Misure urgenti di crescita economica e per la risoluzione di specifiche situazioni di crisi, in GU n. 100 del 30 aprile 2019.

²⁴ Art. 33, Decreto Legge 17 marzo 2023, n. 25, Disposizioni urgenti in materia di emissioni e circolazione di determinati strumenti finanziari in forma digitale e di semplificazione della sperimentazione FinTech, in GU n. 65 del 17 marzo 2023.

²⁵ Disegno di legge n. 1066, Norme per lo sviluppo e l’adozione di tecnologie di intelligenza artificiale (<https://www.senato.it/leggi-e-documenti/disegni-di-legge/scheda-dl?did=58066>).

²⁶ Disposizioni concernenti l’adozione di una disciplina temporanea per la sperimentazione dell’impiego di sistemi di intelligenza artificiale (<https://www.camera.it/leg/19/126?leg=19&idDocumento=1084>).

²⁷ Disegno di legge n. 1146, Disposizioni e deleghe al Governo in materia di intelligenza artificiale (<https://www.senato.it/leggi-e-documenti/disegni-di-legge/scheda-dl?did=58262>).

L’Unione europea nel 2021 aveva emanato una comunicazione per favorire il miglioramento della qualità della normativa adottata sia a livello UE che da parte degli Stati membri²⁸, descrivendo diversi approcci, metodologie e procedure concepiti per essere implementati da parte della Commissione. La *sandbox* è prevista, non nella versione originaria del documento ma in quella aggiornata del 2023²⁹, come strumento da utilizzare per valutare l’impatto sociale della regolamentazione (Tool #17) e come mezzo emergente per la definizione di nuove politiche (Tool #69).

Un esplicito riferimento alle *sandbox* è poi contenuto nel ‘Rapporto Draghi’³⁰ – di qualche giorno precedente alla data del workshop – e nella Comunicazione ‘Bussola per la competitività dell’UE’³¹, pubblicata all’inizio del 2025.

Questi documenti, per quanto non qualificabili come fonti giuridiche, confermano che la *sandbox* non solo sia ormai un approccio consolidato all’interno di settori tecnologici, ma anche sia divenuto uno strumento utile per promuovere l’innovazione in tutti i contesti³².

3. Problemi emergenti

Alla luce delle osservazioni sopra riportate si può sostenere che le *sandbox* siano un fenomeno non soltanto di portata planetaria, ma anche di applicazione trasversale, operando in contesti del tutto eteroge-

²⁸ COM/2021/219 final del 29 aprile 2021, Legiferare meglio: unire le forze per produrre leggi migliori (CELEX: 52021DC0219).

²⁹ Tool #17. The Choice Of Policy Instruments, (https://commission.europa.eu/document/download/9c8d2189-8abd-4f29-84e9-abc843cc68e0_en?filename=BR%20toolbox%20-%20Jul%202023%20-%20FINAL.pdf).

³⁰ Il “Rapporto Draghi”, presentato il 9 settembre 2024, si compone in realtà di due documenti, Parte A e Parte B (https://commission.europa.eu/topics/eu-competitiveness/draghi-report_en#paragraph_47059).

³¹ COM/2025/30 final del 29 gennaio 2025, *Bussola per la competitività dell’UE* (CELEX: 52025DC0030), pag. 5.

³² Questo emerge anche dal “White Paper” pubblicato recentemente, F. BAGNI, F. SEFERI (a cura di), *Regulatory sandboxes for AI and Cybersecurity. Questions and answers for stakeholders*, CINI’s Cybersecurity National Lab, 2025.

nei. Le questioni emergenti, pertanto, assumono una valenza universale ed è da questo punto di vista che si intende proporre una succinta ‘mappatura’ delle problematiche che si presentano, riprendendo anche quanto esposto in altre occasioni³³.

3.1. *Naturalismo, diritto e informatica*

Vittorio Frosini scrisse: «Non solo il conoscere è anch’esso un agire, un discorrere, un vivere della ragione, ma lo stesso agire, a sua volta, è uno sperimentare, un apprendere, un conoscere pratico: chi sa fa, e chi fa, sa»³⁴. Questa citazione costituisce un monito per tutti coloro che si avvicinano a ogni disciplina del sapere, non solo alla scienza giuridica. In effetti, non è concepibile una ‘vera’ conoscenza, se essa non ha un riscontro con la realtà dei fatti, né può darsi una ‘vera’ operatività, laddove manchi un sostrato teorico che la legittima.

Per quanto riguarda l’informatica giuridica, questa duplice lettura è arricchita dall’intrinseca dualità della materia, determinata dal legame tra diritto e informatica. Peraltro, non è un caso che proprio Frosini sia stato uno dei pionieri dell’informatica giuridica in Italia, poiché nel suo pensiero questi quattro aspetti – teoria e pratica, diritto e informatica – si compenetrano in una visione naturalistica nella quale la giuridicità si fa tecnologia e la tecnologia assume una valenza normativa, cioè: il diritto è oggetto e, allo stesso tempo, strumento di manipolazione, o meglio, di controllo.

In un senso molto generale, l’ingresso della sperimentazione nella dimensione normativa può essere considerato l’espressione più attuale

³³ F. COSTANTINI, *Società dell’Informazione e “diritto tecnologico”. Il caso delle norme “sperimentali”*, in *Limiti del diritto. Prospettive di riflessione e analisi*, Raffaele De Giorgi (a cura di), Lecce, 2018, 617-629; F. COSTANTINI, N. THOMOPOULOS, F. STEIBEL, A. CURL, G. LUGANO, T. KOVÁČIKOVÁ, *Autonomous vehicles in a GDPR era: An international comparison*, in *Advances in Transport Policy and Planning*, Amsterdam, 2020; F. COSTANTINI, *L’esperienza giuridica nella società dell’informazione contemporanea: il problema delle “norme sperimentali”*, in ALBERTO SCERBO (a cura di), *Teoria e prassi dell’esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile*, Napoli, 2021, 165-184.

³⁴ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano (Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Università di Catania; 45), 1962, 186.

del naturalismo in ambito giuridico. Astrattamente, in essa si manifesta al contempo la pretesa dell’essere umano di plasmare la sua stessa esperienza – in senso metafisico, ma anche psicologico e personale – la vita degli altri – quindi la società, l’organizzazione delle relazioni collettive – e il mondo circostante. Il fatto che una simile visione ‘demiurgica’ si ritrovi anche, più di recente, nella ‘Filosofia dell’Informazione’³⁵ può essere la conferma del fatto che essa rappresenta una narrazione molto diffusa, anche a livello internazionale. In qualche modo, è l’atteggiamento culturale oggi dominante.

3.2. *Legittimità, autorità politica e sperimentazione normativa*

Prendiamo in considerazione il concetto di autorità politica e poniamo il problema della legittimità delle *sandbox*. Sotto questo profilo, che la produzione normativa possa essere associata a un’attività essenzialmente ludica – la *sandbox* richiama il recinto di sabbia nel quale i bambini giocano all’aperto – contrasta in linea di principio con l’austerità con cui siamo abituati a concepire l’esercizio della sovranità.

Se si concepisce la legittimazione del sovrano in termini volontaristici, in fondo ‘giocare’ con le norme rientra pur sempre nell’arbitrarietà attribuita a tale figura, sebbene sia difficile immaginare che per Thomas Hobbes il Leviatano potesse essere mosso da motivi che non fossero ancorati a un solido materialismo³⁶. Se invece si intende l’attività normativa in termini imperativistici³⁷ – come espressione di un comando supportato da sanzione – risulta più difficile ricomprendervi la ‘sperimentalità’, che in fondo rappresenta una forma di concessione.

Per trovare una possibile radice alla legittimazione politica delle *sandbox* è utile ricordare che alla base della loro adozione da parte dei

³⁵ L. FLORIDI, J. COWLS, M. BELTRAMETTI, R. CHATILA, P. CHAZERAND, V. DIGNUM, C. LUETGE, R. MADELIN, U. PAGALLO, F. ROSSI, B. SCHAFER, P. VALCKE, E. VAYENA, *AI4People - An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, XXVIII, 4, 2018, 689-707.

³⁶ T. HOBBS, *Leviathan or The Matter, Forme and Power of a Common Wealth Ecclesiasticall and Civil*, London, 1651.

³⁷ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence determined*, London, 1832.

legislatori vi è l'esigenza di decidere in tempi brevi non solo come adeguare l'ordinamento giuridico a fenomeni del tutto nuovi (come quelli determinati dall'innovazione tecnologica), ma di rendere anche la regolamentazione flessibile rispetto a possibili evoluzioni future non prevedibili. In questo senso, sembra più opportuno confrontarsi con teorie più recenti, che ridefiniscono nel suo complesso il rapporto tra sfera pubblica e conoscenza scientifica, come quelle che fanno capo alle riflessioni sviluppate, sulla base del pensiero di Thomas Kuhn³⁸, dalla 'scienza post-normale'³⁹. Si tratta, in estrema sintesi, di un approccio pragmatico che permette di fornire risposte quando «facts are uncertain, values in dispute, stakes high and decisions urgent». Ne consegue che la spinta all'innovazione si pone quasi come fonte di legittimazione dell'azione politica del sovrano: si tratta di un aspetto problematico meritevole di un'ulteriore analisi che qui non è possibile proseguire.

3.3. Legalità, certezza del diritto e incertezza della sperimentazione

L'obiettivo essenziale delle *sandbox* è quello di introdurre, attraverso la norma, dei mutamenti sociali con lo scopo specifico di osservarli: creare 'incertezza' – una perturbazione dell'equilibrio – per produrre 'informazione' o, come direbbe Bateson «a difference which makes a difference»⁴⁰.

È importante sottolineare come cambi il rapporto tra la società e il legislatore tradizionalmente inteso, in quanto quest'ultimo non si pone tanto come garante di un ordine sociale preesistente, bensì come promotore di innovazione sociale. Il valore della 'certezza del diritto' viene bilanciato – o meglio superato – con l'esigenza di favorire lo sviluppo tecnologico. Se il primo aspetto rappresenta un fondamento della civiltà giuridica occidentale, anche in considerazione del suo profondo legame con l'astrattezza del diritto e in relazione al requisito della legalità⁴¹, il secondo elemento costituisce una indubbia novità, che trova i suoi pre-

³⁸ T.S. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, 1962.

³⁹ S.O. FUNTOWICZ, J.R. RAVETZ, *Science for the post-normal age*, in *Futures*, XXV, 7, 1993, 739-755.

⁴⁰ G. BATESON, *Steps to an Ecology of Mind*, New York, 1972, 335.

⁴¹ F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

supposti nell’assunzione, da parte del legislatore, di un approccio funzionale rispetto al perseguimento di determinati obiettivi⁴² come tentativo di adattamento all’accelerazione dei processi sociali⁴³. La particolarità nell’utilizzo dello strumento della *sandbox* è data dal fatto che il cambiamento è introdotto in un contesto delimitato, nella consapevolezza della complessità – in senso teoretico – del sistema sociale⁴⁴. In altri termini, il legislatore non impone l’innovazione univocamente e in modo definitivo, ma assume anche una posizione di osservatore, pronto ad adattare il mutamento in funzione dei risultati della sperimentazione.

In questo contesto si comprende meglio la ragione per cui le *sandbox* sono accostate a fenomeni di *soft law* come il *nudging*⁴⁵ e sono presentate come strumento di ‘co-regolazione’⁴⁶, ossia di sintesi tra ‘regolamentazione’, che ha il vantaggio della stabilità e della prevedibilità, ma limitata da una dinamica *top-down* e tendente all’autoreferenzialità, e ‘autoregolamentazione’, improntata a una logica *bottom-up*, estremamente adattabile ai casi concreti, ma incline alla frammentazione.

3.4. Spazio, tempo e profili dottrinari

Dal punto di vista della teoria generale del diritto sembra difficile trovare una classificazione adeguata alla sperimentazione normativa, sebbene gli elementi di cui essa si compone siano rinvenibili in categorie ben conosciute dalla dottrina. Infatti, a essere problematica non è tanto la delimitazione della regolamentazione a determinati luoghi (nel caso dei veicoli a guida autonoma) o a determinati settori economici

⁴² N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, 1976.

⁴³ E. LONGO, *La Legge Precaria. Le trasformazioni della funzione legislativa nell’età dell’accelerazione*, in *Diritto e prassi costituzionale*, 13, 2017.

⁴⁴ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I. Dalle origini alla scuola storica; II. Il Novecento; III. Dal Novecento alla postmodernità, 3 vols., Torino, 1968-2002.

⁴⁵ R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*, New Haven, 2008.

⁴⁶ U. PAGALLO, P. CASANOVAS, R. MADELIN, *The middle-out approach: assessing models of legal governance in data protection, artificial intelligence, and the Web of Data*, in *The Theory and Practice of Legislation*, VII, n. 1, 2019, 1-25.

(nell'ipotesi delle criptoattività), o a determinate tecnologie (come l'intelligenza artificiale) quanto l'intrinseca precarietà delle previsioni, le quali sono condizionate alla possibilità di una successiva revisione da parte dello stesso legislatore.

Bisogna riconoscere che dal punto di vista positivistico non ci sono particolari problemi. Infatti, generalmente la *sandbox* si presenta in forma di autorizzazione o concessione, emanata da parte di un'autorità individuata dalla norma generale, nei confronti dei soggetti privati di volta in volta individuati, a svolgere determinate attività. Tuttavia, il fatto che essa sia normalmente soggetta a un monitoraggio a un livello istituzionale più elevato, e che si preveda che gli esiti della sperimentazione possano essere utilizzati per abrogare, modificare o integrare le previsioni generali, sono elementi specifici dal punto di vista della tecnica legislativa. Non si tratta di norme semplicemente speciali o eccezionali, che prevedono deroghe alla disciplina generale, né le disposizioni esprimono principi di diritto intertemporale, che in effetti sono 'meta-norme' operanti per regolare la successione tra diverse leggi, né le norme risultano configurate come transitorie, provviste di un termine finale di efficacia e funzionali a essere sostituite da disposizioni durature⁴⁷.

La peculiarità delle *sandbox*, generalmente intese, sta proprio nel fatto di essere integrate in un *feedback-loop*, cioè essere comprese in una più ampia funzionalità intesa a introdurre l'auto-regolazione dell'ecosistema normativo.

4. Le sandbox nell'AI Act, alcuni cenni

Individuati i principali aspetti problematici dal punto di vista teorico, vale la pena fornire alcuni cenni sulle disposizioni introdotte dall'AI Act in tema di *sandbox*, previste all'interno del CAPO VI, intitolato

⁴⁷ M. MALVICINI, *Appunti per uno studio sui rapporti fra disposizioni transitorie e diritto intertemporale tra fonti costituzionali e primarie*, in *Osservatorio sulle fonti*, 3, 2021, 1121-1142.

‘Misure a sostegno dell’innovazione’ (artt. 57-62)⁴⁸. Nell’impossibilità di analizzare nel dettaglio la disciplina, vale la pena soffermarsi sui punti più rilevanti.

Anzitutto, vi è un obbligo per gli Stati membri di istituire o partecipare a una *sandbox*, entro un termine finale alquanto ristretto – il 2 agosto 2026 – (art. 57 par. 2), salva la facoltà di istituirne a livello regionale o locale (art. 57 par. 2). In altri termini, il perseguimento della sperimentazione normativa costituisce oggi un vincolo diretto di matrice UE al quale gli Stati non possono sottrarsi, tuttavia tra le istituzioni si consente un’ampia cooperazione, che permette di operare con un elevato grado di decentralizzazione.

In secondo luogo, il monitoraggio da parte delle autorità competenti è concepito non solo in modo da supportare le attività svolte, con la previsione di un obbligo di fornire orientamenti e sostegno, ma anche di documentare per iscritto – su richiesta dello sperimentatore – il buon esito delle prove, in modo da favorire l’ingresso sul mercato dei prodotti o servizi sperimentati (art. 57 par. 7), mentre la ‘relazione di uscita’ deve essere resa pubblicamente disponibile (art. 57 par. 8), così come devono essere diffuse relazioni annuali (art. 57 par. 16).

In terzo luogo, le attività autorizzate devono essere, oltre che programmate nel dettaglio prima dell’inizio del loro svolgimento, oggetto di valutazione in merito ai rischi per la salute, la sicurezza e i diritti fondamentali dei cittadini, di modo che i partecipanti siano comunque responsabili per eventuali danni cagionati. Tuttavia, e ciò è di notevole interesse, se la sperimentazione avviene secondo i protocolli, non possono essere applicate sanzioni amministrative pecuniarie (art. 57 par. 12) da parte delle autorità che hanno autorizzato la sperimentazione.

⁴⁸ Art. 57, Spazi di sperimentazione normativa per l’IA; art. 58, Modalità dettagliate e funzionamento degli spazi di sperimentazione normativa per l’IA; art. 59, Ulteriore trattamento dei dati personali per lo sviluppo nello spazio di sperimentazione normativa per l’IA di determinati sistemi di IA nell’interesse pubblico; art. 60, Prove di sistemi di IA ad alto rischio in condizioni reali al di fuori degli spazi di sperimentazione normativa per l’IA; art. 61, Consenso informato a partecipare a prove in condizioni reali al di fuori degli spazi di sperimentazione normativa per l’IA; art. 62, Misure per i fornitori e i *deployer*, in particolare le PMI, comprese le *start-up*.

In quarto luogo, e per quanto riguarda le modalità operative, si prevede che la Commissione europea stabilisca, attraverso atti di esecuzione, principi e modalità in dettaglio (art. 58 par. 1) per facilitare la partecipazione per PMI e *start-up*, anche attraverso il coinvolgimento di poli europei dell'innovazione digitale e centri di eccellenza (art. 58 par. 3), e stabilendo garanzie ulteriori per le 'prove in condizioni reali' (art. 58 par. 4).

In quinto luogo, vi sono disposizioni specifiche che riguardano l'ulteriore utilizzo di dati personali in particolari settori della sfera pubblica, come la sicurezza pubblica, la sanità, la tutela dell'ambiente, i trasporti, la pubblica amministrazione (art. 59 par. 1), con la previsione di elevate misure di sicurezza, come l'isolamento dell'ambiente di test, e un dettagliato sistema di tracciamento delle attività (*log*). Di fatto, è importante sottolineare come la previsione delle *sandbox* non vale a istituire ulteriori basi giuridiche per il trattamento dei dati personali, in modo da non sovrapporsi – e soprattutto, non derogare – alla normativa in materia (Considerando 140).

Ancora, tra le specifiche previsioni che riguardano le 'prove in condizioni reali', si prevede l'emanazione di appositi atti di esecuzione da parte della Commissione, con l'indicazione di requisiti stringenti e nonché una sorveglianza più accurata da parte delle autorità (art. 60 par. 4).

Inoltre, per quanto riguarda i soggetti coinvolti nella sperimentazione – i cittadini, principalmente – è significativo che sia richiesto il consenso informato rispetto alle attività compiute (art. 61) e che, soprattutto per quanto concerne le 'prove in condizioni reali', essi possano ritirarsi dalla sperimentazione in ogni momento (art. 60 par. 5), revocando il loro consenso.

Da ultimo, le piccole realtà – PMI e *start-up*, ma anche le amministrazioni locali – sono favorite assicurando accesso prioritario, semplificazione amministrativa, sensibilizzazione, formazione, consulenza, nonché tariffe agevolate (art. 62) in modo da poter creare ulteriori sinergie tra gli operatori economici e le istituzioni (Considerando 143).

5. Prospettive di ricerca

Le *sandbox*, in fondo, rappresentano un fenomeno strettamente legato alla ‘sovranità tecnologica’⁴⁹. Allo stato attuale il presente contributo può offrire, più che conclusioni, soltanto l’indicazione di alcune linee di ricerca.

In primo luogo, per quanto riguarda il tema della legittimità politica, vale la pena domandarsi in che modo il pragmatismo che connota la sperimentazione normativa possa effettivamente porsi come fondamento del potere del legislatore; più in particolare, quale possa essere il legame tra la visione tradizionale e quella tecnologica della figura del sovrano.

In secondo luogo, in relazione alla legalità dell’esercizio della sperimentazione, l’interrogativo riguarda essenzialmente l’idoneità delle misure di sicurezza a garantire i cittadini, soprattutto in considerazione del fatto che i diritti fondamentali sono attualmente formulati in termini assoluti e, come tali, non sono suscettibili di un facile ‘bilanciamento’ con l’innovazione. Da questo punto di vista è problematico definire in particolare in cosa consista l’approccio *human-centric* all’intelligenza artificiale, anche in considerazione del fatto che sono consentite anche prove ‘in condizioni reali’.

In terzo luogo, relativamente all’efficacia delle *sandbox*, occorre verificare se e in che termini le disposizioni attuative emanate dalla Commissione e l’adeguamento da parte degli Stati membri riusciranno a trovare l’equilibrio tra esigenze estremamente distanti come la prote-

⁴⁹ La “sovranità tecnologica” è definita come «the ability for Europe to develop, provide, protect, and retain critical technologies required for the welfare of European citizens and prosperity of businesses, and the ability to act and decide independently in a globalised environment», STOA, *Key enabling technologies for Europe’s technological sovereignty*, European Parliament, 2021, 3. Cfr. di recente J. EDLER, *Technology sovereignty of the EU: needs, concepts, pitfalls and ways for-ward*, in *Science, research and innovation performance of the EU, 2024 – A competitive Europe for a sustainable future*, Bruxelles, Publications Office of the European Union, 2024, 425-448. Essa si compone di tre elementi: (1) la tecnologia, in particolare quella relativa a settori critici; (2) l’economia, quindi la capacità di produzione autonoma; (3) la regolamentazione, ossia la capacità di disciplinare le tecnologie secondo i valori condivisi all’interno della UE.

zione dei diritti fondamentali, lo sviluppo economico, la stabilità istituzionale, la crescita del mercato interno, il mantenimento della concorrenza tra le imprese, l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e la sostenibilità dei servizi pubblici.

Se è vero che «chi sa fa, e chi fa, sa», come si scriveva all'inizio, è vero anche che il percorso delle *sandbox* si snoda lungo un crinale molto arduo tra passato e futuro, tradizionali categorie dottrinali e progresso tecnologico, ed è difficile mantenere il giusto passo quando la prudenza del giurista raccomanda di rallentare ma l'entusiasmo dell'innovatore spinge ad accelerare.

INTENZIONI, EMOZIONI E DIRITTI UMANI

ALCUNE RIFLESSIONI SULL'IMPATTO DELL'IA SULLA SOGGETTIVITÀ GIURIDICA

Marialuisa Innocenzi

1. Avvertenza

Mai come in questo momento storico – tormentato dalle guerre, dalla crisi climatica e dagli esiti pandemici – si chiede alle coscienze oneste che abitano questo mondo di non discorrere con diffidenza, e in modo astratto, sulle opportunità legate al progresso tecnologico. Tuttavia se si osserva, empiricamente, la modalità in cui l'Intelligenza Artificiale si manifesta nella coesistenza umana, si prende atto che quanto più la tecnologia evolve, tanto più crescono le minacce per gli utenti e i loro diritti.

Appare doverosa una preliminare avvertenza per il lettore: le considerazioni di seguito presentate intendono approfondire due questioni. Si chiarisce, in primo luogo, come la progressiva affermazione dei processi intelligenti non coinvolge solamente gli ambienti esterni della coesistenza relazionale ma penetra e condiziona l'interiorità dei singoli, rischiando di *meccanizzare* ogni aspetto del vivere quotidiano, sempre più marcato dall'incidenza dell'automazione cognitiva.

Viene messo in luce l'impatto dell'IA sulla vita delle persone, costantemente situate dinanzi all'efficienza anestetizzante del digitale che, operando per la semplificazione e l'ottimizzazione, tende a uniformare scelte e condotte umane, attraverso un funzionamento diretto a omologare il *particolare* al *generale*, con l'implicazione di una possibile violazione dei principi universali del diritto¹.

¹ Si segnalano alcune opere di Bruno Romano connesse alle questioni analizzate in queste pagine: *Ragione sufficiente e diritto*, Torino, 2023; *Civiltà dei dati*, Torino,

Il secondo aspetto, di seguito approfondito, contempla la centralità dei diritti umani – libertà, uguaglianza, dignità – e avvia una discussione che non si ferma all’immediata suggestione di utilizzare espressioni come “diritti digitali”, “nuovi diritti” o “metadiritti”, illusivamente più appropriate a una *legalità* chiamata ad assecondare un funzionamento agile e performante; al contrario, attraverso il rinvio ai classici del pensiero filosofico, si propone una lettura dei nuovi paradigmi intelligenti declinata come riflessione giuridica sull’inevitabile ed essenziale evoluzione del digitale².

1.1. Intenzionalità e intelligenza artificiale

Questo studio sull’*Intelligenza Artificiale* e il suo impatto sulla *soggettività giuridica* muove dall’analisi di alcuni fenomeni sociali *nuovi*, determinati dall’incidere dei modelli probabilistici di diffusione che, veicolati dall’efficienza dei processi di decisione, alimentano – in modo sempre meno controllato – la creazione e la crescente diffusione in rete di contenuti virtualmente indistinguibili da ciò che è reale³.

Il caso analizzato ai fini di questa ricerca riguarda proprio la pubblicazione *online* di immagini artefatte e contenuti ambigui – implicitamente o esplicitamente dannosi – che schiude diversi ordini di problemi: da un lato, emergono alcuni punti di tensione tra i modelli di Intel-

2020; *Algoritmi al potere*, Torino, 2018; *Dalla metropoli verso Internet*, Torino, 2017; *Giudizio giuridico e giudizio estetico. Da Kant a Schiller*, Torino, 2013; *Diritti dell’uomo e diritti fondamentali. Vie alternative. Buber e Sartre*, Torino, 2009.

² Per un approfondimento sul tema si veda B.C. HAN, *Nello sciame. Visioni del digitale*, Milano, 2023; ID., *Vita contemplativa o dell’inazione*, Milano, 2023; L. FLORIDI, *Etica dell’intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022. È utile rilevare che i dispositivi digitali consolidano, di giorno in giorno, un potere sempre maggiore sulla vita e sul modo di agire delle persone. Le relazioni tra umani si trasformano, progressivamente, in una connessione tra utenti anonimi, immersi in una dimensione virtuale accessibile esclusivamente tramite uno schermo. La conta dei *like* si sostituisce al racconto personale di ciò che si desidera sulla base di contenuti facilmente reperibili in rete.

³ Q. SUN, Y. WANG, G. SUN, H. HU, *Collaborative Diffusion Model of Information and Behavior in Social Networks*, in *Journal of Social Computing*, vol. 4, n. 3, 2023, 243-253.

ligenza Artificiale generativa e gli strumenti di tutela dei diritti umani; dall'altro diviene inevitabile chiedersi che cosa ne sarà dell'interiorità del singolo in un mondo sommerso da sistemi 'intelligenti', programmati per imitare le condotte umane, ubbidendo a logiche di calcolo estranee ai concetti fondamentali della giuridicità⁴.

Nel primo semestre 2024 si è assistito a una esplosione di fenomeni di *spoofing* di immagini – generate direttamente dall'IA – rinvianti a scene di violenza esplicita a danno di persone. Alcuni di questi contenuti artefatti riproducono reali azioni punitive a danno di minori, messe in atto da figure adulte che presentano le stesse caratteristiche somatiche e comportamentali di persone reali, calate nel ruolo di educatori⁵.

Non sarà sfuggito neppure quanto accaduto su alcuni canali social indiani, fortemente coinvolti nella diffusione di rappresentazioni virtuali manipolate, dove sono circolate immagini di donne occidentali, rappresentate in abiti e contesti sociali evocativi dell'estetica e dei valori orientali, poste al centro di scene di dominazione e violenza a danno di minori.

L'incidenza dei casi in cui l'IA esaspera la diversità insita nei ruoli sociali, generando e diffondendo in rete contenuti dal forte significato socio-politico, attualmente risulta in aumento, rischiando di legittimare – solo perché dichiaratamente simulati – fenomeni discriminatori, atti di abuso e forme di violenza, rivelando come, all'interno della *bolla dei*

⁴ Con riferimento ai casi citati in questa dissertazione sulle tecnologie di generazione delle immagini, assume centralità la distinzione tra i modelli probabilistici di diffusione – come *Stable Diffusion*, *Dall-E*, *Imagen* – e i modelli GAN (*Generative Adversarial Networks*). Si propone qui un iniziale confronto tra i due approcci da cui emerge che, in termini di applicazioni e prestazioni, i GAN eccellono nella generazione di immagini 'realistiche' ma possono presentare problemi di instabilità nel processo di addestramento (e in alcuni casi causare *pattern collapse*); al contrario i *Diffusion Models* garantiscono una migliore stabilità e controllabilità grazie a un meccanismo di apprendimento basato sulla competizione tra generatore e discriminatore, assicurando un miglior controllo attraverso sistemi di guida del classificatore. Per un approfondimento: Y. PENG, *A Comparative Analysis Between GAN and Diffusion Models in Image Generation*, in *Transactions on Computer Science and Intelligent Systems Research*, vol. 5, 2024, 189-195.

⁵ I dati relativi al numero di casi coinvolti sono stati estratti dai report del *National Center for Missing & Exploited Children*, disponibili su: missingkids.org.

filtri, in una simile dimensione artificiale, sia consentito qualificare come banali condotte implicitamente dannose, fino a normalizzare gli esiti di azioni criminali come la sessualizzazione infantile⁶.

Tali accadimenti rendono opportuna una disamina dei fattori socio-normativi che caratterizzano l'ecosistema digitale, nella prospettiva di promuovere un impiego delle tecnologie come protesi dell'umano e non come dispositivi di alienazione o sopraffazione della soggettività⁷.

L'ampliamento dell'uso dei modelli di diffusione sembra rispondere all'esigenza di rafforzare meccanismi di controllo, pervasivi e centralizzati, sui comportamenti collettivi, attraverso architetture persuasive di *engagement*, idonee a condizionare le scelte dei singoli, configurando una forma di influenza algoritmica difficilmente percepibile e non immediatamente imputabile⁸.

È in questo scenario che si colloca un approfondimento sui modelli di diffusione: in che misura l'incidenza dei sistemi di IA sui processi cognitivi umani rischia di compromettere la soggettività giuridica? E

⁶ Ai fini del presente lavoro di ricerca si osserva come alcuni contenuti virtuali seppur esplicitamente dannosi siano stati accolti con favore: anche quelli rinviati a scene di abuso sono stati apprezzati dagli utenti che continuano a mantenere il *following* sul canale social dove tale materiale è ancora reperibile (poiché non ne è stata denunciata l'illegittimità). L'indifferenza che ha accompagnato la diffusione di questi contenuti, ancora oggi non qualificati come contrari ai principi giuridici universali, lascia spazio alla convinzione che trattandosi di scene artefatte non debbano destare preoccupazioni. Per un approfondimento si veda J. HO, A. JAIN, P. ABBEEL, *Denoising Diffusion Probabilistic Models*, in *Advances in Neural Information Processing Systems*, 33, 2020, vol. 1, 6840-6851.

⁷ Cfr. B.C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Torino, 2023.

⁸ Sul punto merita attenzione l'analisi di Bruno Romano presentata nelle pagine della sua più recente opera *Intelligenza artificiale e volontà. Il magistrato e chat-GPT. La capacità rivelativa del diritto* (2024) in cui osserva che l'attuale rivoluzione si basa su un mero tentativo di banalizzazione del pensiero umano, reso possibile da operazioni di ottimizzazione e semplificazione algoritmica che, attraverso una generale *assuefazione esteriorizzante*, tendono alla *colonizzazione* digitale dell'interiorità soggettiva. Una eventuale trasformazione dell'interiorità in *esteriorità* rischia, nella direzione speculativa di Romano, di profilare integralmente l'intima soggettività, *trasformando la volontà in un che di artificiale che, proprio per la sua struttura di artefatto, diventa precalcolabile*. Si veda B. ROMANO, *Intelligenza artificiale e volontà. Il magistrato e chat-GPT. La capacità rivelativa del diritto*, Torino, 2024, X e 67 ss.

ancora: che ne è del pensiero, della volontà libera e responsabile delle persone, in una dimensione virtuale e fittizia?

Le intenzioni umane non sono informazioni o dati esaminabili sulla base di sequenze numerico-matematiche ma appartengono esclusivamente agli esseri umani, costituendo peraltro il nucleo da cui nasce la responsabilità.

Attraverso le formulazioni esemplificative presentate in apertura si evidenziano alcune criticità sul *giudizio*, ponendo il quesito circa la legittimità dell'utilizzo delle nuove forme di intelligenza nello sviluppo delle fasi del processo giuridico⁹.

L'articolazione storica dell'esercizio della giustizia, infatti, lascia cogliere come ogni udienza, nello scandire i ritmi procedurali, non segue mai un *iter* già definito, calcolabile o pronosticabile, poiché l'intenzione – nella sua imprevedibilità – non può essere trattata come materiale da incanalare nelle procedure algoritmiche.

La vita interiore non può essere completamente *esteriorizzata*, in ragione della sua duplice eccezionalità: a) appartiene esclusivamente alla persona e b) si adatta alle mutazioni che, nel tempo, inevitabilmente trasformano la sua identità. La certezza e l'incertezza, la fantasia come la convenzionalità appartengono unicamente agli esseri umani che, in quanto mortali, progettano la loro esistenza attraversata da condotte libere, derivate dall'elaborazione di una intima interiorità¹⁰.

I singoli esistono e coesistono in una dimensione *terza* in cui la presenza dell'*Altro* diventa elemento costitutivo della giuridicità, dove solo l'essere umano in virtù delle sue azioni, volute e pensate, derivanti dall'elaborazione della sua interiorità, è destinatario di un giudizio secondo la legge¹¹.

Se è vero che le emozioni appartengono unicamente agli umani, quel che diventa significativo, ai fini di questo studio, è comprendere se gli attuali sistemi intelligenti possano attendere al giudizio giuridico destinato alla persona e alle sue intenzioni.

⁹ Cfr. L. AVITABILE, *Procedure dell'istituire. Procedure dell'osservare*, Torino, 2013.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cfr. P. RICOEUR, *Sé come un altro*, Milano, 1993.

L'integrazione di strumenti digitali all'interno della sequenza che traccia le linee di un normale giudizio giuridico, lascia emergere alcuni interrogativi sui margini di efficienza e trasparenza che questi sono chiamati a garantire, ma soprattutto sui rischi connessi all'automatizzazione decisionale, all'opacità algoritmica e a una possibile compressione delle tutele individuali, ancor prima delle garanzie procedurali.

L'interazione con questi dispositivi intelligenti si riduce a semplici comandi, a *input* sintetici: questo aspetto emerge chiaramente dalla loro estrema accessibilità, garantita dall'inserimento di brevi descrizioni testuali da cui derivano, in pochi secondi, testi o immagini artefatti, eppure con le caratteristiche dettagliate di ciò che l'utente crede di voler realmente vedere¹². Questo flusso interattivo deriva dalla manipolazione del cosiddetto *spazio latente* o, in altre ipotesi, dall'applicazione di specifiche regole codificate nel processo di generazione del risultato, che lascia spazio anche all'introduzione non intenzionale – o ponderatamente celata – di frammenti informativi potenzialmente manipolativi, capaci di orientare, in modo automatico, il pensiero umano verso narrazioni suscettibili di distorsione¹³.

Nelle pagine che seguono viene messa in discussione la differenza tra *volontà* e volere artificiale, poiché si presuppone che quando si ha a che fare con l'IA il discrimine principale risiede esattamente nella dialettica tra autodeterminazione/assoggettamento, intenzionalità/coercizione, azione/esecuzione¹⁴.

¹² G. LEONHARD, *Tecnologia vs umanità*, Milano, 2019, 74.

¹³ Cfr. K. EASTERLING, *Lo spazio in cui ci muoviamo: L'infrastruttura come sistema operativo*, Roma, 2019. Si osserva che non esiste alcun legame tra i sistemi dinamici dello spazio, dell'informazione e dell'energia che «generano forme di ordinamento *de facto* a una velocità così elevata che nemmeno le forme quasi ufficiali di *governance* riescono a inquadrarle sotto il profilo legislativo».

¹⁴ Le analisi di Bruno Romano sulla nuova ambientazione del digitale riprese in questo studio diventano più serrate nella sua più recente opera dal titolo *Intelligenza Artificiale e Volontà. Il magistrato e ChatGPT. La capacità rivelativa del diritto*, cit.

2. Diritto e diritti tra reale e artificiale

Riflettere fenomenologicamente sulle differenze tra il *reale* e l'*artificiale*, tra l'umano e il macchinico, significa problematizzare la duplice dimensione del 'tutto è possibile' e del 'limitato dal diritto'¹⁵. L'epoca in cui viviamo si accinge ad affrontare un cambiamento – già in divenire – accompagnato da un processo evolutivo esponenziale che alle molteplici e straordinarie opportunità del digitale vede associate significative responsabilità.

Il progresso non può essere né deplorato, né ostacolato e neppure enfaticizzato senza misura ma chiede di avere attenzione al mutamento paradigmatico, ormai imminente, che esigerà dall'essere umano la rinuncia alla propria individualità esistenziale, in favore di una logica di valorizzazione funzionale che rincorre la prestazione sempre più efficiente¹⁶.

Da sempre l'idea di abitare il mondo insieme a macchine *pensanti* che *interagiscono* con gli umani affascina l'umanità: la progressiva evoluzione dell'IA affonda le sue radici nei primi anni Cinquanta, quando, confinati all'interno di grandi stanze, i primi calcolatori computazionali iniziano a svolgere compiti basilari. Dall'esecuzione di calcoli sempre più complessi si arriva a credere nelle potenzialità di apprendimento dei computer, dando così inizio a una trasformazione in graduale evoluzione¹⁷.

La situazione attuale chiede di problematizzare gli elementi di affinità tra il concetto di *volontà* umana e artificiale, soprattutto di comprendere se esiste una analogia strutturale tra 'pensiero' e 'computazione'. All'interno degli spazi retali, il *nomos* e il *logos* sono considerati 'valori' passivi che non sembrano avere alcun impatto sulle relazioni intersoggettive, ormai misurate in termini di visibilità digitale, sulla base dei nuovi indicatori di popolarità mediatica.

¹⁵ B. ROMANO, *Intelligenza artificiale e volontà. Il magistrato e chat-GPT. La capacità rivelativa del diritto*, cit., 10.

¹⁶ G. LEONHARD, *Tecnologia vs umanità*, cit., 184.

¹⁷ Cfr. E. SCHROEDINGER, *L'immagine del mondo*, Milano, 2017; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017; C.D. ROME, *Intelligenza artificiale, il futuro a portata di mano*, s.l., 2024.

È significativo differenziare l'intelligenza umana da quella artificiale poiché se le macchine acquisiscono ed elaborano dati e informazioni, il pensiero umano crea *ipotesi di senso* necessarie ad avviare la *comunicazione*¹⁸.

L'arte del comunicare – che appartiene esclusivamente alle persone – implica che i contenuti enunciati tra i parlanti non siano programmabili, né calcolabili poiché l'imprevedibilità dell'*Altro* non si lascia mai anticipare dai *dialoghi automatizzati* dell'IA¹⁹. I sistemi intelligenti, le procedure algoritmiche e il loro interagire permangono sempre privi dell'attività del comprendere-interpretare nell'apertura luminosa del dubitare²⁰.

Emerge qui la centralità della questione del senso, la cui interpretazione non può essere delegata a una macchina che, seppur intelligente, è estranea alle dimensioni del vero, del giusto, del bene e del bello esclusive del singolo; l'IA esegue entro i confini della *conoscenza* ma non schiude alla prospettiva del *comprendere*²¹.

È in questo contesto che la dignità dell'essere umano si configura come fondamento dell'esistenza, portando l'attenzione, certo, alla *conoscenza* ma con maggiore intensità, alla *comprensione*, che costituisce quel che è proprio e specifico dell'individuo.

Ci si chiede: *cosa significa essere intelligenti*? L'evoluzione delle scienze cognitive ha fornito, nel tempo, significativi approfondimenti sulla definizione dei processi mentali esclusivi dell'umano, come la percezione, l'attenzione, il dubbio, la memoria e il pensiero, lasciando emergere come la simulazione di un modello cognitivo antropico da parte dell'IA tralascia la *comprensione* dell'intrinseca selettività propria delle decisioni umane²².

Il campo di studio delle scienze cognitive è stato focalizzato, fino agli anni Novanta, sulla *mente umana* intesa come complesso di procedure computazionali che operano esclusivamente nel cervello. Per mol-

¹⁸ Cfr. B. ROMANO, *La legge del testo. Coalescenza di logos e nomos*, Torino, 1999.

¹⁹ B. ROMANO, *Intelligenza artificiale e volontà. Il magistrato e chat-GPT. La capacità rivelativa del diritto*, cit., 12.

²⁰ B. ROMANO, *Il diritto tra conoscere e comprendere*, cit., 7.

²¹ *Ibidem*.

²² Cfr. M. CASTELLS, *Comunicazione e potere*, Roma, 2017.

to tempo gli studi scientifici hanno analizzato se e come i modelli macchinico-informazionali possono imitare i processi cognitivi umani, senza preoccuparsi però di indagare come questi riusciranno realmente a convivere e interagire tra loro²³.

Queste analisi sottolineano l'importanza di procedere con un approccio multidisciplinare volto a discutere l'incidenza dei 'processi cognitivi artificiali' sul comportamento manifesto dell'umano: solo in questo modo è possibile osservare da vicino i processi cognitivi²⁴.

Secondo alcune teorie, mai scientificamente dimostrate ma esemplificative ai fini di questa discussione, le forme di intelligenza si distinguono in intelletto linguistico, logico-matematico, musicale, corporeo-cinestetico, spaziale, interpersonale, naturalistico, spirituale e morale. Solitamente si considera 'intelligente' una persona che esamina una certa circostanza e, di conseguenza, agisce²⁵.

Riprendendo alcune teorie di Martha Nussbaum sugli elementi essenziali dell'intelligenza umana si chiarisce che:

Le emozioni disegnano il paesaggio della nostra vita spirituale e sociale. Come i 'sommovimenti geologici' che un viaggiatore può scoprire in un paesaggio, dove in precedenza si poteva scorgere solo una superficie piatta, le emozioni lasciano un segno nelle nostre vite rendendole irregolari, incerte, imprevedibili²⁶.

Permeate di *intelligenza* e di *discernimento*, le emozioni contengono una consapevolezza del valore e dell'importanza del giudizio – anche fosse solo un giudizio morale –, ne consegue che sono inesistenti nella 'Macchina' incapace di concepire le emozioni come *reazioni* intelligenti alla percezione del valore di un oggetto, di una condotta, di una persona²⁷.

²³ Cfr. M. DE BAGGIS, A. PULIAFITO, *In principio era ChatGPT: Intelligenze artificiali per testi, immagini, video e quel che verrà*, Milano, 2024.

²⁴ Cfr. N. WIENER, *La cibernetica*, Milano, 1953.

²⁵ M. DE BAGGIS, A. PULIAFITO, *In principio era ChatGPT: Intelligenze artificiali per testi, immagini, video e quel che verrà*, cit., 60.

²⁶ M. NUSSBAUM, *L'intelligenza delle emozioni*, Bologna, 2009, 17.

²⁷ «La Macchina non è attraversata dalla divisione tra i *diritti dell'uomo*, mai enunciabili – afferma Romano – in un sapere compiuto e i *diritti fondamentali*, enunciati in

Queste considerazioni sul rapporto tra forme di intelligenza artificiale e intelligenza delle emozioni rivelano che non è possibile omettere di considerare la peculiarità degli atti umani, pensati, scelti, voluti e non semplicisticamente *imitabili* attraverso una operazione di trasformazione artificiale, generata da un calcolo algoritmico, alimentato dai dati immessi in rete.

Un'azione macchinica è una mera esecuzione imitativa di un normale *processo cognitivo interno* che si mostra manchevole dell'atto intenzionale, dell'intenzione soggiacente a quella determinata condotta derivata da una emozione, da una scelta, da una volontà.

I modelli probabilistici costituiscono il nucleo dei nuovi sistemi tecnologici che, attraversando la quotidianità dell'esistenza umana, invitano a riflettere che giustizia ed equità esigono certezza nella legalità; in tal caso tra operazioni di 'tecnica etica' e 'tecnica giuridica' si cerca di comprendere se è possibile istituire un sistema di norme che fornisca le risposte all'ansia di sicurezza presente nel comune relazionarsi tra gli individui²⁸.

Qui un ulteriore interrogativo si pone: è possibile giudicare un'azione eseguita da un sistema d'IA in rapporto al suo esito?

Il funzionamento dei sistemi intelligenti è irrilevante per ascrivere una responsabilità per eventuali danni provocati dall'algoritmo che non è permeato dall'esistenza di diritti e doveri. Eppure, osservando la quotidianità giuridica si scorge che dove esistono esseri umani sono presenti le norme giuridiche del loro relazionarsi²⁹.

Nel questionare dove si trovi l'io che pensa, quali siano lo spazio e il tempo del suo meditare tornano attuali le parole di Hannah Arendt nel suo *La vita della mente*: «la manifestazione del vento del pensiero non è la conoscenza; è l'attitudine a discernere il bene dal male, il bello dal

un sapere ritenuto funzionalmente autosufficiente e dunque compiuto» in B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative: Buber e Sartre*, cit., 260; B.C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Torino, 2023.

²⁸ Cfr. U. PAGALLO, *Intelligenza Artificiale e diritto. Linee guida per un oculato intervento normativo*, in *Sistemi intelligenti*, fasc. 3, 2017; ID., *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2020.

²⁹ Cfr. B. ROMANO, *Soggettività diritto e postmoderno*, Torino, 1988.

brutto...»³⁰. Mutuando le parole di Arendt è possibile avviare una riflessione critica sulla condizione attuale in cui l'*homo juridicus* si presenta: quotidianamente spettatore di contenuti artefatti che qualificano la civiltà come una realtà *iper-intelligente* guidata dalla logica mistificatrice degli attuali modelli di diffusione³¹. La vita interiore dei soggetti rimane inaccessibile alla potenza oggettivante dei modelli di diffusione, in grado di processare elevate quantità di immagini ma inadeguata a pensare, volere, decidere in base a spiegazioni illuminate dal pensiero che accompagna le scelte dei soggetti, unici autori di azioni giuridicamente imputabili.

Si tratta – come afferma Romano – di forme di riduzionismo così potenti e pervasive da caratterizzare in modo significativo ogni aspetto della vita umana ridotta a un insieme di dati, immagini e contenuti raccolti, connessi e riutilizzati secondo tracce che si scontrano con l'incertezza e l'imprevedibilità delle condotte libere delle persone, condannate – dalla rete – a una insuperabile solitudine virtuale.

È proprio questa incidenza che rischia di sconfinare in un totale assoggettamento proprio del funzionamento personalizzante dei modelli di diffusione svuotati dell'*attitudine di discernere* il giusto dall'ingiusto, il bene dal male, il rispetto dalla violenza e proiettati a funzione secondo una logica esecutrice e non autrice di decisioni libere, consapevolmente desiderate da una volontà razionale ed emozionale del singolo individuo³².

Le riflessioni di Arendt si mostrano come una sentita denuncia della condizione umana contemporanea condannata a una reale solitudine permanente: la minaccia di una “espropriazione del mondo” da parte dell'*uomo moderno* costituisce per l'autrice un insuperabile pericolo che corrode la società naturale e lo spazio politico.

³⁰ Cfr. H. ARENDT, *La vita della mente*, Bologna, 2009.

³¹ La lettura delle pagine delle opere di Hannah Arendt, in questa prospettiva, consente una chiarificazione sulle nuove modalità del vivere in comunità con sguardo critico al ‘futuro dell’umanità’; si veda H. ARENDT, *Vita activa*, Firenze, 2017; EAD., *La vita della mente*, Bologna, 2009.

³² Cfr. L. AVITABILE, *Interpretazione del formalismo giuridico in E. Stein*, Torino, 2012; E. STEIN, *Il problema dell’empatia*, Roma, 2020, 89.

Tali considerazioni rendono nuovamente attuale un quesito: dove non vi è alternativa tra il rispetto e la violazione delle regole che ne è dell'imputabilità?

3. Imputabilità giuridica tra pensiero umano e computazione macchinica

Problematizzare il funzionamento degli attuali modelli di IA generativa significa avviare una discussione volta a comprendere se l'azione di una macchina intelligente, programmata per imitare i comportamenti umani, possa essere considerata *responsabile* da una 'entità' artificiale³³.

È qui sottintesa la questione dell'imputabilità giuridica che trae origine dalla capacità cognitiva del soggetto pensante, orientando le proprie scelte e, dunque, i suoi atti giuridicamente rilevanti, attraverso il concretizzarsi delle sue ipotesi di senso³⁴.

È tempo di interrogarsi su come i nuovi schemi di distribuzione agiscono sui processi cognitivi umani e sulla vita interiore dei soggetti, fino a ricercare se il riconoscimento di una *Legge fondamentale* dei diritti digitali positivizzati prevenga il consolidarsi di forme di assoggettamento o di automatismi svuotati di una autocoscienza riflessiva, fino a garantire il rispetto dei principi universali e della dignità umana³⁵.

Seguendo il percorso speculativo tracciato da Bruno Romano sulla differenza tra il *dicibile* e l'*indicibile* – tra norma e diritto – si consolida l'idea che una discussione sui *diritti umani* deve avviarsi dall'analisi del rapporto tra l'*intenzione dell'io* e l'*impulso macchinico* di un *soggetto senza io*³⁶.

Le azioni compiute dalle persone – ricorda significativamente Romano – derivano da scelte

³³ Cfr. E. SCHROEDINGER, *L'immagine del mondo*, Milano, 2017; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

³⁴ B. ROMANO, *Il diritto non è il fatto*, cit., 7-8.

³⁵ B. ROMANO, *Diritti dell'uomo e diritti fondamentali. Vie alternative. Buber e Sartre*, cit., 21.

³⁶ B. ROMANO, *Algoritmi al potere*, cit., XVII.

imputabili esclusivamente agli esseri umani, non sono riconducibili agli ambiti del non-umano, non hanno come oggetto informazioni ma intenzioni, valutazioni ed interpretazioni, riguardano l'esercizio libero della soggettività di un singolo io che ne risponde e ne è responsabile imputabile secondo la legalità vigente, illuminata dalla ricerca della giustizia nell'equità³⁷.

Ogni atto è dettato da una motivazione che viene pronunciata mediante il linguaggio – quello comunicativo dell'interiorità dell'io, della sua libera personalità –³⁸. L'essere umano mostra la sua predisposizione tanto alla coesione sociale quanto alla disumanizzazione, presentandosi al contempo capace di giudicare e sanzionare, attraverso l'istituzione di una legalità che disciplina giuridicamente la relazione con l'Altro, attraverso quelle espressioni di sopraffazione e negazione della dignità che possono concretizzarsi all'interno di una dimensione relazionale dove è implicita l'*alterità* quale elemento costitutivo del diritto³⁹.

Le donne e gli uomini possono agire per il bene o il male, amare o disprezzare, gioire o inquietarsi, certamente sono capaci di mettere in atto la stima o il disprezzo. Così sinteticamente descritte, le condotte umane sono giuridicamente imputabili sulla base di scelte individuali orientate al rispetto o alla violenza che disconosce l'essere umano in quanto tale⁴⁰.

La persona – attraverso la *relazione* – si ritrova nell'*Altro*, custodendo sempre la sua singolarità esistenziale: l'*io* riconosce l'*Altro-io* come soggetto e parte della relazione nel rispetto del principio di uguaglianza, e, parallelamente, partecipa alla formazione della sua esistenza⁴¹.

La relazione interpersonale – discussa da Romano come reciproco riconoscimento – assume i tratti propri della dimensione giuridica: è, infatti, proprio nella relazione dove, storicamente, si radica il diritto⁴².

Le persone esistono e coesistono nelle relazioni interpersonali disciplinate da norme istituite, rinviando al dialogo, quale prima *ipotesi di*

³⁷ *Ivi*, 117.

³⁸ *Ibidem*, passim.

³⁹ Cfr. M. BUBER, *Il principio dialogico*, Milano, 1993.

⁴⁰ Cfr. L. PAREYSON, *Ontologia della libertà. Il male e la sofferenza*, Torino, 2000.

⁴¹ B. ROMANO, *Il diritto non è il fatto*, cit., 8-14.

⁴² B. ROMANO, *Ragione sufficiente e diritto*, cit., 32 ss.

sensu che, nell'immediato, diventa il dovere/diritto di rispettare, in modo incondizionato, la *progettualità dell'altro*.

Da qui la definizione di 'soggetto di diritto' che esige, necessariamente, la sussistenza di due condizioni: a) l'esistenza di un soggetto capace di creare *ipotesi di senso* e b) che tali *ipotesi* siano realizzate e manifestate dal singolo nel coesistere con l'*Altro*; solo la simultaneità di queste due situazioni consente di problematizzare l'esito di condotte giuridicamente rilevanti.

Convienne mettere in evidenza che la chiarificazione del concetto di 'soggetto giuridico', qui declinato come *soggetto pensante*, chiede di elevare il concetto di soggettività giuridica verso l'*ipotizzare*, rappresentando il momento in cui il soggetto *creatore di ipotesi* si manifesta nella relazione con l'altro. Questa riflessione – in linea con quanto già affrontato nel paragrafo precedente – situa la soggettività giuridica nell'ordine della *trialità*, rappresentando il momento più iniziale della genesi del diritto⁴³.

È così che il singolo diviene soggetto giuridico. Attraverso l'*ipotizzare*, approfondito da Romano come «il momento più iniziale per conferire rilievo e imputabilità giuridici a delle condotte», la persona si svela alla relazione intersoggettiva⁴⁴.

Ritorniamo un momento a questionare l'incidenza invasiva dei modelli di diffusione che rischia di consolidare il primato di un funzionamento algoritmizzato, combinatorio di logiche di calcolo non riferibili alla dimensione umana, né alla soggettività giuridica unica autrice di atti intenzionali⁴⁵.

Nei sistemi intelligenti trovano spazio schemi di dati e informazioni per i quali, un tempo, si consideravano responsabili, e dunque imputabili, i tecnici quali autori dei programmi e delle diverse operazioni algoritmiche. Attualmente questa considerazione viene invalidata dalla convinzione che l'*azione del programmare* non è nient'altro che un indeterminato intersecarsi probabilistico di dati che si mostra senza una volontà consapevole⁴⁶.

⁴³ B. ROMANO, *Il diritto non è il fatto*, cit., 5.

⁴⁴ B. ROMANO, *Ragione sufficiente e diritto*, cit., 10.

⁴⁵ *Ivi*, 12.

⁴⁶ *Ibidem*.

L'IA, nelle sue articolazioni funzionali, non presenta una volontà giuridicamente rilevante, responsabile e imputabile. Le operazioni algoritmiche allenare tramite *inferenza variazionale* nulla hanno a che vedere con le intenzioni mosse da un *movente*; per tale ragione si afferma che il giudizio giuridico attiene alle controversie dei soggetti ipotizzanti e non anche alle contraddizioni sistemiche delle operazioni matematiche di un sistema intelligente⁴⁷.

Si viene così a essere investiti, nuovamente, da ulteriori interrogativi: è possibile delegare a una entità diversa da quella umana il compito del magistrato? Una condotta umana, intenzionale, può essere giudicata da una operazione algoritmica?

Nel procedere alla trattazione di tali questioni si avvia una successiva indagine che richiede particolare attenzione all'atto del giudicare, esclusivo del giudice terzo e imparziale.

Una discussione sulla particolarità del *giudizio di diritto* riafferma la centralità dell'interiorità e della dimensione dialogica, pilastro della relazione tra soggetto giudicato e giudicante. Il giudizio giuridico, nella prospettiva filosofico-giuridica di Romano, pone in opera la differenza *nomologica* – tra giustizia e legalità –, secondo cui il *diritto* non si lascia esaurire in alcuna compiuta enunciazione e la *norma* viene applicata dal giudice al singolo caso concreto, realizzando così quella differenza tra *nomos* e *logos*⁴⁸. Ne consegue che l'*equità* attiene alla peculiarità del singolo caso, la *giustizia* presenta il carattere dell'universalità e la *legalità* concerne la generalità delle norme vigenti⁴⁹.

La descrizione del *soggetto giuridico*, proposta in queste pagine come una riflessione sull'interiorità del singolo, implica un simile ragionamento sulla giustizia che tiene conto di come il contenuto della norma faccia riferimento a un *singolo generico* ma la concretizzazione della norma (la sua applicazione) avviene nel giudizio riguardante il *singolo particolare*.

Tali riflessioni sollecitano l'attenzione dello studioso chiamato a ripensare i presupposti giuridici su cui basare la corretta esecuzione dei

⁴⁷ M. DE BAGGIS, A. PULIAFITO, *E poi arrivò DeepSeek: Dalla Cina in open source: l'AI che ha cambiato le regole del gioco*, cit., 103.

⁴⁸ Cfr. B. ROMANO, *Forma del senso. Legalità e giustizia*, Torino, 2012.

⁴⁹ V. JANKÉLÉVITCH, *Dalla giustizia all'equità*, a cura di L. Avitabile, Torino, 2022.

meccanismi digitali che, nel tentativo di semplificare, tendono a omologare il *singolare* e il *generale* in un *insieme indefinito e calcolabile*.

4. Verso soluzioni intelligenti

Il titolo di questo paragrafo trova senso all'interno di una prospettiva interpretativa volta a sondare se i modelli computazionali avanzati si daranno da fare per falsare o plasmare i tratti inequivocabili dell'esistenza umana, segnata da una continua osmosi algoritmica che delinea una nuova ambientazione artificiale priva di una corrispondenza ontologica con il mondo reale, al di fuori di ogni ordinamento giuridico consolidato.

A partire dalle situazioni rappresentative illustrate nei paragrafi precedenti si è sviluppata una ricerca volta a questionare la possibilità che l'IA possa sostituirsi all'umano, anche nell'elaborazione di materiali potenzialmente offensivi e incompatibili con il rispetto della dignità.

Avanzando in uno spazio virtuale ancora ignoto, l'obiettivo centrale dello studioso – giurista, filosofo o ingegnere – è problematizzare gli effetti dell'inevitabile incidenza della tecnologia intelligente sullo scorrere della vita, lasciando emergere i rischi e il suo innegabile potenziale evolutivo.

La proliferazione di contenuti digitali indistinguibili da ciò che è reale compendia i termini delle criticità determinate dall'incidere dei modelli di IA generativa sull'esistenza umana, alimentando l'espansione di veri e propri fenomeni sociali 'nuovi' che chiedono di avere attenzione sull'attuale declinazione dei principi generali del diritto.

Ci si ferma a riflettere sulla connessione tra *generale* e *particolare* in cui prende forma la dinamica del giudizio giuridico che, se nella prassi attua la sua efficacia normativa, è nella razionalità che trova il suo fondamento teorico. Ogni giudizio giuridico, nella sua composizione armonica tra *giusto* e *legale*, rivela un'omogeneità tra la relazione giuridica e quella discorsiva, favorendo il riconoscimento dell'uguaglianza in diritti e dignità.

Avere attenzione alla pretesa giuridica significa lasciare emergere alcuni interrogativi sulle leggi ingiuste e sulla loro capacità di incidere

nella relazione tra soggetto giudicato e giudicante. Alcune logica numerica può valutare il *particolare* rimanendo estranea all'intenzione individuale del soggetto giudicato e al suo concretizzarsi nella dimensione comunitaria interpersonale; nessun modello predittivo può elargire o negare la dignità umana poiché *il suo riconoscimento avviene attraverso la presa di coscienza dell'intrinseca libertà che caratterizza il pensare in comunità, conciliando il bene individuale e il bene comune*⁵⁰.

La critica è rivolta all'idea di far funzionare una 'struttura intelligente' che tenta di proporsi come un 'agente' normatore, promotore di principi *assuntivi* elevati a valori *assoluti*, all'interno di una dimensione artificiale in cui la *giustizia* resta subordinata a un funzionamento numerico-impersonale e la *legalità* si riduce a una mera normazione del *generale*.

I sistemi intelligenti occupano, attualmente, una parte preponderante della quotidianità delle persone, raggiungendo una pervasività senza confini che è qui problematizzata come 'percorso strumentale' al raggiungimento di uno scopo utile.

Concepita come mezzo per la realizzazione di un fine, l'influenza dell'IA sugli esseri umani e sulla loro vita potrà rendere 'artificializzabile' la volontà dei singoli?

Se è vero che le scelte degli utenti in rete si trasformano in una continua profilazione che alimenta i flussi computazionali, le riserve che accompagnano questa analisi riguardano la convinzione che l'IA possa anticipare il pensiero e il desiderio fino a sostituire l'intelligenza umana.

Come può una *entità eseguente* esercitare la libertà creatrice della volontà umana senza possedere un'anima pensante e desiderante? Rimane solo una illusione poter vedere primeggiare i diritti umani attraverso l'affermazione e la ricerca del giusto all'interno di uno spazio senza relazioni intersoggettive?

Il tentativo di numerare il giudizio giuridico e sostituire i principi generali del diritto con un algoritmo intelligente rimane solo una *apparenza fenomenica* per coloro che sostengono l'ineliminabile esigenza di

⁵⁰ B. ROMANO, *Il riconoscimento come relazione giuridica fondamentale*, Roma, 1986, 11-85.

un diritto universale, capace di garantire l'uguaglianza e la libertà delle scelte umane, quale contenuto della relazione giuridica⁵¹.

Nell'ottica di tematizzare la nuova fenomenologia delle minacce virtuali, viene sollecitata una riflessione filosofico-giuridica sul tentativo che una progressiva algoritmizzazione della vita umana possa incidere sull'interiorità dei singoli – e sulla loro anima –, rischiando di svuotare di senso il nucleo da cui nasce il pensiero, la creatività, il sentimento⁵².

In questa direzione, la reciproca chiarificazione del pensiero giuridico e filosofico invita a prendere atto che l'influenza totalizzante degli schemi di IA generativa rischia di stemperare l'empatia e la relazione comunicativa tra esseri umani, lasciando consolidare il primato di una dimensione costituita da operazioni implicitamente dannose, messe in atto da processi cognitivi artificiali non riferibili ai processi cognitivi propri degli esseri umani, in quanto privi di una coscienza, *di una vita interiore razionale ed emotivo-affettiva*⁵³.

Marcata da un cambiamento costante e progressivo, la condizione contemporanea può essere brevemente descritta come un'epoca condizionata dalla crescita esponenziale delle opportunità offerte dal progresso tecnologico che, tuttavia, determina l'aumento della varietà dei rischi a cui è esposta la soggettività dei singoli.

Si consolida il convincimento che i nuovi sistemi intelligenti lasciano nell'oscurità probabilistica l'idea di giusto e non giusto, di rispetto e di violenza, di uguale e disuguale⁵⁴; il loro funzionamento dipende dall'esecuzione dei modelli di calcolo a cui è estraneo l'atto della volontà e sono incapaci di *assumere* una decisione, soprattutto quando è necessaria a contrastare la generazione e la conseguente diffusione di contenuti equivoci, rinviati a scene di violenza, di discriminazione o allusivi a fantasie sessuali su minori, in ogni caso lesivi della dignità umana⁵⁵.

⁵¹ B. ROMANO, *Principi generali del diritto. Principio di ragione e principio dialogico*, cit., 10 e 21.

⁵² Cfr. S. WEIL, *Lezioni di filosofia*, Milano, 1999.

⁵³ Per un approfondimento si veda B. ROMANO, *Ragione sufficiente e diritto*, cit., 123.

⁵⁴ Cfr. J.E. STIGLITZ, *Invertire la rotta. Disuguaglianza e crescita economica*, Bari, 2018.

⁵⁵ Cfr. H. ARENDT, *Humanitas mundi. Scritti su Karl Jaspers*, Bologna, 2009.

Limitando l'analisi a questo piano d'indagine si chiarisce come la facilità di utilizzo dei sistemi intelligenti e la loro efficienza-incidenza sull'esistenza umana non esonerino filosofi, giuristi e scienziati dal prendere consapevolezza che dinanzi alle ambiziose conquiste dell'IA si palesa la possibile comparsa di una giuridicità *vulnerabile* che rischia di non garantire condizioni di uguaglianza e libertà, ma costringe a permanere in una dimensione di *manipolabilità artificiale*.

UN METODO COMPUTAZIONALE PER RILEVARE LE DISCRIMINAZIONI IN MATERIA DI ASILO?

IL CASO DI STUDIO DEL PROGETTO EQUAL^{1 2}

Elena Consiglio, Gianmarco Cristofari

1. Introduzione. Il progetto 'EquAl'

Negli ultimi anni, l'integrazione sempre più pervasiva dell'intelligenza artificiale (IA) in diversi ambiti della nostra vita, compresi quelli economico e sociale, ha evidenziato come i sistemi algoritmici possano, da un lato, generare nuove forme di discriminazione³; dall'altro, intensificare forme di discriminazione già esistenti, soprattutto attraverso l'impiego su larga scala di processi decisionali automatizzati⁴.

Il Progetto di Rilevante Interesse Nazionale (PRIN) "EquAl – Equitable Algorithms"⁵ nasce per affrontare queste sfide, promuovendo la *fairness* e contrastando la discriminazione nei processi decisionali algoritmici. Il progetto coinvolge gruppi di ricerca interdisciplinari delle

¹ Progetto finanziato dal MUR e dalla Commissione europea, "Next Generation EU - PRJ-1391 PRIN 2022 - EquAl: Equitable Algorithms, Promoting Fairness and Countering Algorithmic Discrimination Through Norms and Technologies".

² Il presente contributo è frutto del lavoro congiunto dei due autori. Si specifica che il paragrafo 1 è da attribuire a Gianmarco Cristofari, tutti gli altri a Elena Consiglio.

³ S. BAROCAS, M. HARDT, A. NARAYANAN, *Fairness and Machine Learning. Limitations and Opportunities*, Cambridge (MA), 2023; A. ADIB-MOGHADDAM, *Is Artificial Intelligence Racist?: the Ethics of AI and the Future of Humanity*, London, 2023.

⁴ K. CREEL, D. HELLMAN, *The Algorithmic Leviathan: Arbitrariness, Fairness, and Opportunity in Algorithmic Decision-Making Systems*, in *Canadian Journal of Philosophy*, 2022, 52(1), 26-43 (<https://doi.org/10.1017/can.2022.3>).

⁵ Progetto finanziato dal MUR e dalla Commissione europea, "Next Generation EU - PRJ-1391 PRIN 2022 - EquAl: Equitable Algorithms, Promoting Fairness and Countering Algorithmic Discrimination Through Norms and Technologies". Il progetto ha una durata di due anni: 29 settembre 2023-29 settembre 2025.

Università di Bologna, Palermo e Torino, di cui fanno parte filosofi del diritto, informatici e specialisti in scienze computazionali.

EquAl si propone di analizzare come le disuguaglianze si generino e si diffondano nei sistemi algoritmici, con l'obiettivo di fornire indicazioni su come garantire che i sistemi di IA, in particolare quelli basati su apprendimento automatico, rispettino le normative e i principi del diritto antidiscriminatorio, contribuendo così a ridurre i danni subiti da individui e gruppi a causa di decisioni automatizzate.

Il tema della *fairness* algoritmica⁶ si colloca all'intersezione di diverse discipline, tra cui l'informatica, l'etica e il diritto. Tale interdisciplinarietà porta con sé il problema di individuare nozioni comuni a cui fare riferimento. Sino a oggi, infatti, ciascuna disciplina ha sviluppato proprie nozioni di *fairness* e criteri di valutazione, spesso solo parzialmente sovrapponibili⁷. Questa diversità terminologica e concettuale ha portato a valutazioni talvolta incoerenti e frammentarie della *fairness* nei sistemi algoritmici⁸.

L'informatica misura la *fairness* adottando come criteri di giudizio proprietà matematiche⁹. A tale riguardo sono state sviluppate metriche astratte per determinare quando e come i risultati dei sistemi di apprendimento automatico hanno un impatto diverso su individui e gruppi. Dal punto di vista dell'informatica, un processo decisionale può dirsi *fair* se i suoi risultati per i gruppi interessati soddisfano allo stesso modo determinate proprietà statistiche. Per esempio, secondo il criterio

⁶ Nel presente contributo, per *fairness* algoritmica si intende la correttezza, il rispetto di procedure eque e dei diritti fondamentali nelle applicazioni dell'intelligenza artificiale.

⁷ F. LAGIOIA, R. ROVATTI, G. SARTOR, *Algorithmic Fairness Through Group Parities? The Case of COMPAS-SAPMOC*, in *AI & Society*, 2023, 38(2), 459-478 (<https://doi.org/10.1007/s00146-022-01441-y>).

⁸ K. MILLER, *A Matter of Perspective: Discrimination, Bias, and Inequality in AI*, in M. QUIGLEY (ed.), *Legal Regulations, Implications, and Issues Surrounding Digital Data*, Hershey (PA), 2020, 182-202; S. MITCHELL, E. POTASH, S. BAROCAS, A. D'AMOUR, K. LUM, *Algorithmic Fairness: Choices, Assumptions, and Definitions*, in *Annual Review of Statistics and Its Application*, 8, 2021, 141-163.

⁹ S. BAROCAS, *op. cit.*

della “parità statistica”, un classificatore è *fair* se fornisce una percentuale uguale di previsioni positive e negative per tutti i gruppi¹⁰.

Dal punto di vista etico, i risultati dell'apprendimento automatico vengono invece valutati in base a principi sociali e morali, concentrandosi sulla legittimità delle decisioni basate sul comportamento atteso degli individui¹¹. Secondo questi criteri, l'astrattezza delle generalizzazioni informatiche e i riferimenti della tecnica informatica alle misure statistiche possono talvolta oscurare elementi rilevanti dei più ampi contesti economico-sociali che contribuiscono a risultati ingiusti¹². L'uso del *machine learning* può dunque portare a risultati ambivalenti, sollevando così una serie di interrogativi sul ruolo della IA nel mitigare o esacerbare le disuguaglianze sociali, nonché sulla possibilità di raggiungere delle forme di *fairness* senza prima affrontare questi problemi di fondo.

Dal punto di vista giuridico, rilevano sia le leggi contro la discriminazione che quelle che tutelano altri diritti umani. Le principali questioni giuridiche aperte in relazione a queste leggi sono le seguenti. In primo luogo, se e in che modo alcuni gruppi protetti o individui che possiedono o ai quali sono attribuiti tratti socialmente e storicamente salienti¹³ – quali il genere, la razza, il luogo di origine, l'opinione poli-

¹⁰ P. BESSE, E. DEL BARRIO, P. GORDALIZA, J.-M. LOUBES, L. RISSER, *A Survey of Bias in Machine Learning Through the Prism of Statistical Parity*, in *The American Statistician*, 2022, 76(2), 188-198 (<https://doi.org/10.1080/00031305.2021.1952897>).

¹¹ D. HELLMAN, *Measuring Algorithmic Fairness*, in *Virginia Law Review*, 2020, 106(4), 811-866.

¹² S. BAROCAS, *op. cit.*

¹³ I tratti storicamente e socialmente salienti sono definiti dagli studiosi di antidiiscriminazione come quelli rilevanti per l'istanziamento dell'atto discriminatorio: gli atti discriminatori illeciti sono perpetrati nei confronti di persone che possiedono tratti storicamente e socialmente salienti o di persone a cui tali tratti sono attribuiti. Deborah Hellman descrive i tratti storicamente e socialmente salienti come quei tratti che influenzano la vita di una persona in virtù della sua appartenenza a un gruppo a causa della storia del gruppo, caratterizzata da 1) esclusione e marginalizzazione economica e sociale, maltrattamenti, trattamenti sfavorevoli rispetto ad altri gruppi nel passato, e 2) dal fatto che lo status sociale del gruppo rimane svantaggiato rispetto ad altri gruppi in un determinato contesto sociale, economico e politico nel presente (per esempio, le donne). Si veda D. HELLMAN, *When Is Discrimination Wrong?*, Harvard, 2008 (<https://doi.org/10.2307/j.ctv22d4zp9>); secondo Kasper Lippert-Rasmussen: «Un gruppo è socialmente saliente se la percezione dell'appartenenza a esso rileva per strutturare l'inte-

tica e così via¹⁴ – sono o potrebbero essere ingiustamente penalizzati dall’uso di sistemi decisionali automatizzati. In secondo luogo, a seconda della risposta alle domande precedenti, il problema di come proteggere questi individui e gruppi attraverso gli strumenti del diritto.

In aggiunta, oltre ai fenomeni tradizionali che rientrano nel termine “discriminazione”, occorre tenere conto di alcune caratteristiche specifiche del settore delle decisioni automatizzate. Il fattore più importante riguarda la natura sistematica delle decisioni che possono essere prese su base arbitraria¹⁵. Sebbene esistano fattori discriminatori che possono influenzare il processo decisionale umano, l’analisi umana e i processi deliberativi rimangono altamente dipendenti dal caso e dalla sensibilità dei decisori. Al contrario, l’implementazione su larga scala di modelli formalizzati di apprendimento automatico – il cosiddetto “Leviatano algoritmico”¹⁶ – può portare a un trattamento sistematico sfavorevole di individui che possiedono (o ai quali vengono attribuite) specifiche caratteristiche socialmente e storicamente salienti. Alcuni studiosi sostengono che questo elemento, combinato con l’uso di *proxy* di caratteristiche protette, compresi i “*proxy di proxy*”, potrebbe definire una nuova forma di discriminazione, parzialmente diversa, per alcuni aspetti, dalla discriminazione diretta e indiretta¹⁷.

Nonostante i numerosi sforzi, non esiste ancora un quadro di riferimento integrato che concili queste prospettive, lasciando notevoli lacune nella comprensione di come prevenire e correggere la *unfairness* nei processi decisionali algoritmici. La mancanza di un approccio coordina-

razione sociale in un’ampia gamma di contesti sociali» (K. LIPPERT-RASMUSSEN, *Born free and equal?: A Philosophical Inquiry into the Nature of Discrimination*, Oxford, 2014, 30).

¹⁴ L’art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea contiene (attualmente) l’elenco più ampio di tratti giuridicamente protetti (<https://fra.europa.eu/en/eu-charter/article/21-non-discrimination>).

¹⁵ K. CREEL, *op. cit.*

¹⁶ K. CREEL, *op. cit.*

¹⁷ A.E.R. PRINCE, D. SCHWARCZ, *Proxy Discrimination in the Age of Artificial Intelligence and Big Data*, in *Iowa Law Review*, 2020, 105(3), 1257-1318; M. LINDHOLM, R. RICHMAN, A. TSANAKAS, M.V. WÜTHRICH, *What is fair? Proxy Discrimination vs. demographic Disparities in Insurance Pricing*, in *Scandinavian Actuarial Journal*, 2024, 1-36 (<https://doi.org/10.1080/03461238.2024.2364741>).

to è particolarmente preoccupante in settori quali la gestione della migrazione e dell'asilo, dove l'applicazione di tecniche di IA tende a diventare sempre più diffusa, continuando a sollevare importanti questioni di *fairness* e rispetto dei diritti umani¹⁸.

Per affrontare queste sfide, il progetto EquAl ha delineato una serie di obiettivi chiave, suddivisi in tre aree: sociotecnica, concettuale e informatico-legale. A livello sociotecnico, il progetto mira ad analizzare in profondità i metodi, i contesti e le implementazioni dei sistemi decisionali automatizzati al fine di identificare le fonti di disuguaglianza e discriminazione. A livello concettuale, il progetto mira a sviluppare una nozione unificata della *fairness* algoritmica, integrando concetti provenienti dai campi sopra citati. Questo approccio interdisciplinare aiuterà a chiarire sia la *fairness* sostanziale – cioè come i dati di *input* influenzano i risultati – sia la *fairness* procedurale, che comprende aspetti come la trasparenza, la comprensibilità, la contestualità e il giusto processo.

Il progetto mira, dunque, a condurre un'analisi sistematica delle normative esistenti per identificare le lacune normative e proporre eventuali miglioramenti. L'indagine comprende un esame della legislazione in materia di diritti umani, della protezione dei dati personali e in materia di antidiscriminazione non solo nel contesto europeo, ma anche in giu-

¹⁸ M. AVELLO MARTÍNEZ, *EU Borders and Potential Conflicts between New Technologies and Human Rights*, in *Paix et Sécurité Internationales (Internet)*, 2023, 11 (https://doi.org/10.25267/Paix_secur_int.2023.i11.1204); F. PALMIOTTO, *When Is a Decision Automated? A Taxonomy for a Fundamental Rights Analysis*, in *German Law Journal*, 2024, 25(2), 210-236 (<https://doi.org/10.1017/glj.2023.112>); E. BROUWER, *Large-scale Databases and Interoperability in Migration and Border Policies: The Non-Discriminatory Approach of Data Protection*, in *European Public Law*, 2020, 26 (1); C. BLASI CASAGRAN, C. BOLAND, E. SÁNCHEZ-MONTIJANO, E. VILÀ SÁNCHEZ, *The Role of Emerging Predictive IT Tools in Effective Migration Governance*, in *Politics and Governance*, 2021, 9(4), 133-145; N. KINCHIN, *Technology, Displaced? The Risks and Potential of Artificial Intelligence for Fair, Effective, and Efficient Refugee Status Determination*, in *Law in Context. A Socio-legal Journal*, 2021, 37 (3); P. MOLNAR, *Robots and Refugees: The Human Rights Impacts of Artificial Intelligence and Automated Decision-Making in Migration*, in M. MCAULIFFE (a cura di), *Research Handbook on International Migration and Digital Technology*, Cheltenham, 2021, 248-261; F. PALMIOTTO, *Procedural Fairness in Automated Asylum Procedures: Fundamental Rights for Fundamental Challenges*, in *The Computer Law and Security Report*, 2024, 55 (<https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.106065>).

risdizioni extraeuropee come gli Stati Uniti e il Canada. L'obiettivo è fornire agli operatori del diritto gli strumenti per allineare le nozioni giuridiche di *fairness* con gli indicatori tecnici utilizzati nei sistemi di intelligenza artificiale.

A livello informatico-giuridico, il progetto mira a valutare la *fairness* delle decisioni umane e automatizzate, confrontandole tra loro. Il caso di studio principale del progetto EquAl si concentra sul processo di asilo, al fine di comprendere se l'intelligenza artificiale possa essere applicata in maniera appropriata nelle diverse fasi del processo decisionale. Ciò comporta una valutazione della fattibilità dell'uso dell'IA sia per rivedere le decisioni umane sia per proporre nuove decisioni. I risultati ottenuti porteranno alla formulazione di linee guida per un uso etico ed equo dell'IA nei casi di asilo. Il punto di partenza è una revisione della letteratura riguardante l'intelligenza artificiale e l'apprendimento automatico, con particolare attenzione alle metodologie utilizzate per la creazione di insiemi di dati, la costruzione di modelli e il loro utilizzo, al fine di identificare potenziali fallimenti nei sistemi decisionali automatizzati e di classificare diversi casi di *unfairness*.

Come già accennato, il caso di studio si concentra sul diritto d'asilo e sulla protezione internazionale. In una prima fase sono stati raccolti e archiviati i dati relativi a circa 400 domande di protezione internazionale, dalla richiesta iniziale alla sentenza passata in giudicato. Le domande sono state esaminate dalle Commissioni territoriali di Palermo, Trapani e Agrigento. I ricorsi avverso la decisione iniziale delle Commissioni territoriali sono stati incardinati presso il Tribunale di Palermo.

2. Il caso di studio: rilevare le discriminazioni nelle decisioni di protezione internazionale

Gli obiettivi generali del progetto consistono nello studio e nello sviluppo di approcci algoritmici per valutare criticamente la fattibilità del processo decisionale automatizzato e mettere a punto metodi per identificare e porre rimedio a discriminazioni nelle decisioni sia umane che algoritmiche.

Uno strumento attraverso il quale il progetto mira a raggiungere questi obiettivi è il caso-studio incentrato sull'esame delle domande di asilo. Il nostro obiettivo è quello di determinare il ruolo appropriato (se esiste) dei metodi algoritmici nella valutazione di tali domande, in ogni fase della procedura, come sostitutivi o complementari alle valutazioni umane. Ciò comporterà l'impiego di tre prospettive: metodi algoritmici *ex post*, per valutare il processo decisionale umano; *ex ante*, per suggerire nuove decisioni; e *interim*, come componente di un processo decisionale in corso. L'uso *ex post* sarà testato attraverso l'analisi algoritmica di una serie di decisioni umane; gli approcci *ex ante* e *interim* saranno analizzati abbinando le possibili tecnologie agli scenari pertinenti. Sulla base dei risultati del caso di studio, attraverso un processo di generalizzazione, ci si propone di sviluppare una metodologia per valutare la *fairness* nelle decisioni umane e automatizzate. Auspicabilmente, il caso di studio e l'analisi che segue potranno portare spunti rilevanti per l'utilizzo di sistemi automatizzati in settori rilevanti, per esempio nel processo decisionale pubblico.

Come già detto, il progetto è ancora in corso. Pertanto, saranno descritte solo le prime tre fasi del caso di studio, che stanno per essere completate.

Lo sviluppo del caso di studio si basa sull'identificazione, l'analisi e la valutazione dei sistemi predittivi (comprese le classificazioni, le valutazioni e le decisioni), con riferimento alla *fairness* e alla non discriminazione. Ciò include l'analisi dei metodi e delle implementazioni del processo decisionale automatizzato, al fine di identificare le fonti di *unfairness* e discriminazione in diversi contesti sociotecnici¹⁹. A tal fine, il progetto si sofferma sulla letteratura tecnica relativa all'intelligenza artificiale, alla logica e alla statistica in materia di processi decisionali automatizzati, e in particolare sulle metodologie per la creazione di insiemi di dati, la costruzione di modelli attraverso algoritmi di apprendimento e l'implementazione di tali modelli²⁰. Le linee guida sullo

¹⁹ S. BAROCAS, *op. cit.*

²⁰ S. BAROCAS, *op. cit.*; M. MUJAHID, E. KINA, F. RUSTAM ET AL., *Data Oversampling and Imbalanced Datasets: an Investigation of Performance for Machine Learning and Feature Engineering*, in *Journal of Big Data*, 2024, 11, 87 (<https://doi.org/10.1186/s40537-024-00943-4>); W. CHEN, K. YANG, Z. YU ET AL., *A Survey on*

sviluppo e l'impiego etico dell'intelligenza artificiale forniscono un importante contributo per identificare e classificare i possibili fallimenti delle decisioni automatizzate²¹.

Il lavoro preliminare in preparazione del caso di studio comprende anche la raccolta, la classificazione e l'analisi dei casi di *unfairness* provenienti da fonti multiple relative a diversi ambiti (prestiti, lavoro, pubblica sicurezza, giurisdizione penale, migrazione, ecc.) A tal fine, si applicherà una combinazione di metodi qualitativi e quantitativi di ricerca sociale. I casi raccolti verranno esaminati attraverso un approccio integrato che comprende l'analisi delle specifiche tecniche, delle modalità organizzative e delle interazioni uomo-macchina, valutate in base a principi e norme etici e giuridici.

2.1. Il primo obiettivo del caso di studio

Il primo obiettivo del caso di studio mira a individuare le norme e i principi giuridici ed etici che regolano la *fairness* e la non discriminazione nell'elaborazione delle richieste di asilo. Ciò ha richiesto una valutazione comprensiva sia delle norme speciali in materia di asilo e migrazione sia di quelle sulle tecnologie digitali, come il Regolamento generale sulla protezione dei dati (c.d. "GDPR")²² e l'*AI Act*²³. In questa sede forniremo una breve sintesi degli standard giuridici che riteniamo debbano essere osservati da chiunque sia coinvolto a qualsiasi

Imbalanced Learning: Latest Research, Applications and Future Directions, in *Artif. Intell. Rev.*, 2024, 57, 137; ALAN TURING INSTITUTE, *AI Ethics and Governance in Practice. An Introduction*, https://aiethics.turing.ac.uk/modules/introduction/?module_page=stages-of-the-ai-ml-project-lifecycle; S. HAJIAN, J. DOMINGO-FERRER, *A Methodology for Direct and Indirect Discrimination Prevention in Data Mining*, in *IEEE Transactions on Knowledge and Data Engineering*, 2012, 25(7), 1445-1459.

²¹ EU PARLIAMENT, *EU Guidelines on Ethics in Artificial Intelligence: Context and Implementation*, 2019, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS_BRI\(2019\)640163_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/640163/EPRS_BRI(2019)640163_EN.pdf).

²² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data.

²³ Regulation (EU) 2024/1689 of the European Parliament and of the Council of 13 June 2024 laying down harmonised rules on artificial intelligence.

titolo e in qualsiasi fase della procedura (prima della richiesta di asilo, durante l'elaborazione della richiesta, dopo che la richiesta è stata elaborata). Non c'è un ordine particolare o una gerarchia: questi principi, regole e standard, che chiameremo “requisiti”, devono essere osservati tutti contemporaneamente.

Il primo requisito è la “decisione individualizzata”. Ogni richiedente asilo deve essere messo nelle migliori condizioni per poter raccontare la propria storia e questa storia deve essere ascoltata da chi prende la decisione²⁴. I decisori hanno l'obbligo giuridico di valutare le circostanze specifiche della richiesta, che sono diverse da quelle di qualsiasi altra richiesta, perché ogni storia individuale è diversa dalle altre²⁵. Questa non è solo la base per vietare le decisioni collettive²⁶, è anche un forte argomento contro il pregiudizio che potrebbe sorgere quando una procedura speciale viene stabilita per persone provenienti da Paesi considerati “sicuri”²⁷.

Il secondo requisito è “non fare del male a nessuno”. Ciò comporta l'applicazione scrupolosa del principio di *non refoulement* (non-respelling)²⁸ ed è anche legato ai principi di “riservatezza” e “rispetto”. Nello specifico contesto della richiesta di asilo, questo principio implica il dovere dei decisori di svolgere un'indagine approfondita sulla richiesta del richiedente, che include una ricerca proattiva al fine di otte-

²⁴ Art. 10, art. 14-18 and art. 31, Directive 2013/32/EU (recast); art. 4, Directive 2011/95/EU (recast).

²⁵ Art. 10, art. 14-18 and art. 31, Directive 2013/32/EU (recast); art. 4, Directive 2011/95/EU (recast).

²⁶ Art. 4 of Protocol No. 4 to the European Convention of Human Rights, art. 19(1), *Charter of Fundamental Rights of the European Union*.

²⁷ COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION, Case C-406/22, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*.

²⁸ 1951 Geneva Convention and its 1967 Protocol; art. 21 Regulation (EU) 2024/1347 (applicable from 1 July 2026); art. 3, Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment; art. 16, International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance; art. 13, Inter-American Convention on the Prevention of Torture; art. 22(8), American Convention on Human Rights, art. 19(2), *Charter of Fundamental Rights of the European Union*.

nere tutte le informazioni necessarie per valutare la richiesta in modo pieno e giusto²⁹.

Sembra qui opportuno ricordare alcune peculiarità relative ai criteri di valutazione della domanda d'asilo, che sono state poste in essere al fine di garantire l'effettiva applicazione del principio in discussione. Il fulcro della decisione è il ragionevole grado di probabilità che il richiedente/ricorrente subisca alcune forme specifiche di persecuzione o danno grave nel caso in cui venga rimpatriato nel Paese di origine o in quello di residenza abituale. In particolare, è stato sostenuto che nei casi di asilo

nel suo insieme, non è del tutto esatto riferirsi al ragionevole grado di probabilità come a uno standard di 'prova', [che] è più accuratamente descritto come una 'valutazione del rischio'. Lo standard richiesto è inferiore al 50% di probabilità che si verifichino persecuzioni e anche al 10% di probabilità che il richiedente debba affrontare persecuzioni al suo ritorno per un motivo previsto dalla Convenzione di Ginevra³⁰.

Le prove devono essere considerate a tutto tondo e i decisori devono applicare lo "scrutinio più scrupoloso"³¹. Questo perché in caso di respingimento errato di una richiesta fondata la posta in gioco è molto alta³². Ma c'è un'altra particolarità significativa nei casi di asilo: nel valutare il rischio futuro, i decisori tengono conto delle prove di cui sono certi e di quelle che ritengono probabilmente vere, ma, e questo è il punto importante, «non sono tenuti a escludere le prove a cui sono disposti ad attribuire una certa credibilità anche se non potrebbero arrivare a dire che sono probabilmente vere»³³. Tenendo presente questo, è possibile concludere che il principio in discussione richiede che, quan-

²⁹ Art. 10, art. 14-18 and art. 31, Directive 2013/32/EU (recast); art. 4, Directive 2011/95/EU (recast).

³⁰ In diverse giurisdizioni, questa valutazione è denominata "possibilità ragionevole", "probabilità reale" o "rischio reale"; deve esistere un rischio concreto, e non semplicemente ipotetico, che determinati eventi futuri si verifichino. Si veda *MAH (Egypt) v Secretary of State for the Home Department* [2023] EWCA Civ 216 (28 February 2023). Traduzione nostra.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

do è più probabile che non che alcune circostanze siano effettivamente pericolose per il richiedente asilo, la domanda deve essere giudicata positivamente. La coerenza di questo principio è rafforzata dal fatto che nella procedura di asilo il destino del richiedente asilo «dipende dall'esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti»³⁴, in particolare da chi prende la decisione.

Il terzo requisito è un'endiadi: "riservatezza e privacy", in cui si condensano alcune garanzie fondamentali per il bene del rifugiato e della sua famiglia³⁵.

Il quarto è il "rispetto". Questo requisito implica la presa in considerazione dell'autonomia del richiedente asilo. Inoltre, implica la capacità di riconoscere e accogliere la diversità; essere consapevoli che ogni persona ha una propria sensibilità, influenzata anche dalle differenze culturali, e che i richiedenti asilo possono aver vissuto esperienze molto traumatiche, che influenzano fortemente la memoria e la capacità di ricordare gli eventi passati³⁶.

Il quinto requisito potrebbe essere definito "atteggiamento anticoloniale"³⁷. Questo atteggiamento presuppone la consapevolezza delle profonde specificità culturali e contestuali che il più delle volte caratterizzano il *background* del richiedente asilo nel Paese di origine rispetto a quello del decisore³⁸. L'atteggiamento anticoloniale impone quindi di fare costante riferimento a informazioni aggiornate, complete, attendibili, solide e verificate sul Paese di origine. In alcuni casi, quando sorgono domande specifiche relative a particolari aspetti della richiesta, e in particolare dubbi sul significato di un aspetto specifico della richiesta legato al contesto culturale, legale, religioso, sociale, ecc. del Paese di origine del richiedente asilo o quando sorgono dubbi sull'interpretazio-

³⁴ Recital 60, Regulation (EU) 2024/1689.

³⁵ Art. 4, Directive 2011/95/EU (recast).

³⁶ Art. 4, Directive 2011/95/EU (recast); A. CHIOVENDA, *Retranscribing the past: Memory, subjectivity and trauma among Afghan asylum seekers in Greece*, in *Psychoanalysis, Culture & Society*, 2024 (<https://doi.org/10.1057/s41282-024-00481-1>).

³⁷ Art. 10, Directive 2013/32/EU (recast).

³⁸ Art. 10 (3) (b) and (d); art. 11; art. 12; art. 19, Directive 2013/32/EU (recast).

ne da dare a tale elemento, l'operatore dovrebbe consultare un esperto di fama del Paese di origine prima di prendere qualsiasi decisione³⁹.

Il sesto requisito è "trasparenza e informazione"⁴⁰. Questi principi implicano la necessità di fornire al richiedente asilo informazioni complete sui diritti, le procedure, i tempi e su ogni altro aspetto del processo di esame della sua richiesta e di decisione in merito, nonché sulle sue conseguenze, in una lingua a lui pienamente comprensibile⁴¹.

Oltre a tali principi e norme, anche il GDPR contiene norme rilevanti e pertinenti al caso in esame, in particolare l'art. 22⁴², che disciplina il processo decisionale automatizzato. Il diritto di

non essere sottoposto a una decisione basata unicamente su un trattamento automatizzato, compresa la profilazione, che produca effetti giuridici che lo riguardano o che incida in modo analogo significativamente sulla sua persona

è attribuito da questa disposizione all'interessato (in ipotesi, il richiedente asilo). Due eccezioni rilevanti per il godimento di questi diritti si trovano però al paragrafo 2, lettera b) e (c): quando la decisione automatizzata

è autorizzata dal diritto dell'Unione o degli Stati membri cui è soggetto il titolare del trattamento e che prevede altresì misure adeguate per salvaguardare i diritti e le libertà dell'interessato e i suoi legittimi interessi

e quando è «basata sul consenso esplicito dell'interessato». Queste eccezioni sono particolarmente preoccupanti perché è facile immaginare una nuova legge (anche di rango sovranazionale) che prescriva che gli Stati possano autorizzare il processo decisionale automatizzato pur stabilendo "misure per salvaguardare i diritti, le libertà e gli interessi

³⁹ Art. 4, Directive 2011/95/EU (recast).

⁴⁰ Art. 8, art. 19-25, and art. 46 Directive 2013/32/EU (recast); art. 22, Directive 2011/95/EU (recast); art. 22 Regulation (EU) 2024/1347 (applicabile dal 1° luglio 2026).

⁴¹ Art. 8, art. 19-25, and art. 46 Directive 2013/32/EU (recast); art. 22, Directive 2011/95/EU (recast); art. 22 Regulation (EU) 2024/1347 (applicabile dal 1° luglio 2026).

⁴² Art. 22, Regulation (EU) 2024/1689, <https://gdpr-info.eu/art-22-gdpr/>.

legittimi” dei richiedenti asilo, o immaginare una richiesta da parte degli agenti statali di ottenere il consenso del richiedente asilo, che in pratica lascerebbe il richiedente asilo senza una reale scelta se dare o negare il proprio consenso.

Anche la recente legislazione europea in tema di IA contiene molte norme pertinenti. Si sottolinea il considerando (60)⁴³ e l’art. 7 (c), l’Allegato III: Sistemi di IA ad alto rischio di cui all’art. 6 (2), insieme alle disposizioni che regolano i sistemi di IA ad alto rischio nella legge sull’IA (art. 6 e seguenti).

2.2. Il secondo obiettivo del caso di studio

Il secondo obiettivo del caso di studio è la creazione di un set di dati strutturato di un elevato numero di domande di asilo e delle corrispondenti decisioni. A tale riguardo, sono stati applicati metodi di appren-

⁴³ Sebbene i considerando non siano giuridicamente vincolanti, sono rilevanti per orientare l’interpretazione degli articoli vincolanti del Regolamento. Il primo paragrafo del considerando 60 recita che «i sistemi di IA utilizzati nel settore della migrazione, dell’asilo e della gestione del controllo delle frontiere hanno effetti su persone che si trovano spesso in una posizione particolarmente vulnerabile e il cui futuro dipende dall’esito delle azioni delle autorità pubbliche competenti. L’accuratezza, la natura non discriminatoria e la trasparenza dei sistemi di IA utilizzati in tali contesti sono pertanto particolarmente importanti per garantire il rispetto dei diritti fondamentali delle persone interessate, in particolare i loro diritti alla libera circolazione, alla non discriminazione, alla protezione della vita privata e dei dati personali, alla protezione internazionale e alla buona amministrazione. È pertanto opportuno classificare come ad alto rischio, nella misura in cui il loro uso è consentito dal pertinente diritto dell’Unione e nazionale, i sistemi di IA destinati a essere utilizzati dalle autorità pubbliche competenti, o per loro conto, o dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell’Unione, incaricati di compiti in materia di migrazione, asilo e gestione del controllo delle frontiere, come poligrafi e strumenti analoghi, per valutare taluni rischi presentati da persone fisiche che entrano nel territorio di uno Stato membro o presentano domanda di visto o di asilo, per assistere le autorità pubbliche competenti all’esame delle domande di asilo, di visto e di permesso di soggiorno e dei relativi reclami in relazione all’obiettivo di determinare l’ammissibilità delle persone fisiche che richiedono tale status, compresa la connessa valutazione dell’affidabilità degli elementi probatori, al fine di individuare, riconoscere o identificare persone fisiche nel contesto della migrazione, dell’asilo e della gestione del controllo delle frontiere con l’eccezione della verifica dei documenti di viaggio» (Regolamento (EU) 2024/1689, <https://ai-act-law.eu/recital/60/>).

dimento automatico per identificare le caratteristiche delle domande di asilo e delle decisioni e per classificare ogni documento di conseguenza. Per quanto concerne la raccolta e l'organizzazione dei dati sulle domande e le decisioni in materia di asilo sono stati invece impiegati i metodi della ricerca empirica socio-giuridica.

Abbiamo raccolto e organizzato i dati relativi a circa 400 domande di protezione internazionale, le cui richieste iniziali sono state presentate tra il 2014 e il 2023. Per ognuno dei 400 casi abbiamo raccolto i documenti rilevanti dalla formalizzazione della domanda alla decisione finale, e cioè: (i) la prima richiesta di protezione internazionale, normalmente formalizzata in Questura attraverso la compilazione del cosiddetto “modello C3”; (ii) il “verbale” dell'audizione davanti alla Commissione territoriale competente; (iii) la decisione iniziale della Commissione territoriale e le relative motivazioni; (iv) la decisione del Tribunale di prima istanza; (v) l'eventuale decisione della Corte d'appello; (vi) l'eventuale decisione della Corte di Cassazione.

La selezione dei casi è stata basata su criteri statistici rilevanti, in modo che il set di dati potesse essere statisticamente significativo. Si è scelto di raccogliere i casi di una regione italiana, la Sicilia, che è altamente interessata dalla migrazione perché si trova sulla rotta migratoria del Mediterraneo centrale. Tutte le domande sono state esaminate dalle Commissioni territoriali di Palermo, Trapani e Agrigento. I ricorsi avverso la decisione iniziale della Commissione territoriale sono stati incardinati presso il Tribunale di Palermo. Tutti i documenti sono stati adeguatamente anonimizzati e trattati secondo le norme etiche e giuridiche pertinenti. Il set di dati presenta dei limiti, legati soprattutto al suo carattere sbilanciato. Data l'impossibilità di ottenere i dati direttamente dalle Commissioni territoriali, che avrebbero incluso le domande accolte, i dati raccolti riguardano solo i casi in cui la Commissione territoriale ha negato la protezione internazionale o ha riconosciuto una forma di protezione inferiore a quella invocata dal richiedente, che ha presentato ricorso nei termini di legge attraverso i suoi rappresentanti legali. Tuttavia, a nostro avviso, questo costituisce un limite e allo stesso tempo un punto di forza del *dataset*: da un lato, le decisioni che accolgono la domanda iniziale alla Commissione territoriale non sono incluse, e questo rappresenta uno dei limiti del *dataset*; dall'altro, le decisioni ribalta-

te dai tribunali offrono maggiori indicazioni sulle fallacie del ragionamento e delle argomentazioni dei decisori umani, la cui identificazione è uno degli obiettivi del progetto. I casi in cui, al contrario, le sentenze dei tribunali hanno confermato nel merito la decisione iniziale della Commissione territoriale, indicano che la Corte ha trovato ragioni sufficienti per confermare la decisione iniziale.

Durante la raccolta di questi documenti, abbiamo cercato di differenziare le categorie coinvolte per ottenere un insieme di dati diversificato. Per esempio, abbiamo incluso i casi di tratta, di discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale o dell'identità di genere, di persecuzione per motivi politici o religiosi, casi riguardanti minori, sia accompagnati che non accompagnati, e così via. Sebbene l'analisi sia ancora in corso, si può già rilevare un chiaro squilibrio tra i ricorsi promossi da uomini e da donne, essendo i casi riguardanti donne richiedenti asilo in netta minoranza. Si tratta di un dato importante che si può già evidenziare in questa fase, il cui significato sarà certamente da approfondire alla luce del contesto, non appena saranno disponibili ulteriori risultati. In ogni caso, saranno utilizzate tecniche per bilanciare il set di dati, secondo i criteri scientifici pertinenti.

L'insieme dei dati è stato strutturato secondo il criterio cronologico.

Sono stati specificati un gran numero di predittori per ogni documento, che saranno utilizzati per eseguire il test iniziale del set di dati, e poi raffinati in base al *feedback* ricevuto. L'identificazione dei predittori consiste nell'individuazione di domande sui tratti, le caratteristiche, i contesti, le azioni e la situazione del richiedente asilo, che erano note ai decisori. Il *prompt* (che raccoglie tutte le domande o i predittori che abbiamo individuato) e i documenti relativi ad alcuni casi saranno inviati a uno o più programmi di apprendimento automatico per eseguire un test preliminare. Il test rivelerà se i predittori sono ben identificati, se manca qualcosa, in modo che i predittori possano essere perfezionati di conseguenza. I predittori sono buoni se le caratteristiche estratte sono corrette e corrispondono a ciò che è contenuto nei documenti originali (per esempio, le caratteristiche contenute nella storia del richiedente asilo). Il test darà risultati positivi se il programma è in grado di estrarre la caratteristica in ingresso. Naturalmente, questo può essere realizzato in misura diversa da programmi diversi. Saranno presi in considerazio-

ne il grado di accuratezza, il numero di allucinazioni, il tasso di errore e altri standard statistici e computazionali per determinare il programma migliore da utilizzare. Un risultato con il 90% di accuratezza (o maggiore) sarà considerato soddisfacente. Il test sarà utile per confrontare i diversi programmi e selezionare quelli che meglio si prestano al compito. Il test fornirà anche un prezioso *feedback* sul *prompt*, che verrà perfezionato sulla base dei risultati del test. In altre parole, il risultato del test offrirà un *feedback* per rivedere gli obiettivi e i predittori applicati al set di dati.

Sarà creato un set di dati contenente i documenti originali, le caratteristiche estratte e gli esiti associati che coprono tutti i documenti rilevanti per tutti i 400 casi selezionati. Il dataset sarà bilanciato in relazione alle caratteristiche dei richiedenti (per esempio: Paesi di origine e di transito, genere, età, condizioni di vulnerabilità) e all'esito delle decisioni (concessione della protezione/rifiuto della protezione/richiesta di asilo manifestamente infondata).

2.3. Il terzo obiettivo del caso di studio

Il terzo obiettivo del caso di studio è l'analisi computazionale dell'insieme di dati, finalizzata a estrarre le regole di associazione dalle decisioni umane e a rifinirle. L'analisi computazionale sarà condotta utilizzando modelli di apprendimento automatico sia supervisionati che non supervisionati.

Le fasi successive consisteranno nell'esame statistico del set di dati, che potrebbe mettere in luce modelli di discriminazione invisibili all'occhio umano a causa della loro ampia scala. Saranno impiegati metodi statistici e di apprendimento automatico per identificare casi e modelli di potenziale discriminazione o *unfairness*, e metodi socio-empirici per valutare e riprogettare il processo decisionale.

In particolare, saranno analizzati i modelli e le correlazioni, le connessioni causali tra le caratteristiche disponibili e i risultati corrispondenti e l'entità della dispersione (rumore o *noise*) nelle decisioni. Saranno anche estratte le regole di associazione e si determinerà se, direttamente o indirettamente, qualsiasi caratteristica vietata – e più in generale qualsiasi caratteristica inappropriata o irrilevante – contribuisca a

determinare esiti discriminatori. Le regole di associazione saranno purificate, eliminando tutte le caratteristiche collegate a casi di *unfairness* e aggiungendo quelle necessarie per garantire risultati più equi. Il processo umano attualmente impiegato per valutare le decisioni in materia di asilo sarà fatto oggetto di valutazione e saranno suggeriti eventuali rimedi alla *unfairness*.

Questo compito è accompagnato da un'analisi concettuale e normativa volta a esaminare i criteri statistici utilizzati nell'apprendimento automatico per valutare la *fairness*, integrandoli con le nozioni etiche e sociali di *unfairness*, al fine di sviluppare un quadro concettuale integrato che riconcili queste diverse prospettive – un processo che abbiamo definito “ingegneria concettuale”. L'ingegneria concettuale ha l'obiettivo di affinare e sintetizzare concetti derivati dalle scienze filosofiche, statistiche e giuridiche.

3. Tre argomenti contro l'automatizzazione delle decisioni in materia di asilo

In letteratura si trovano diversi punti di vista sul rapporto tra *fairness* e tecniche di IA. Da un lato, c'è chi è convinto che le decisioni algoritmiche possano aumentare il livello di *fairness*, a patto che le tecniche impiegate siano scelte correttamente e costruite in modo adeguato⁴⁴. In questo senso si sostiene che gli strumenti di IA sono strumenti malleabili che possono essere adattati per scopi diversi, come la costruzione di un sistema di supporto alle decisioni o la creazione di sistemi per rilevare la discriminazione che emerge dall'analisi di grandi masse di dati, e per questo motivo sfuggono all'occhio umano⁴⁵. Si sostiene inoltre che il processo decisionale automatizzato presenti vantaggi in termini di imparzialità, efficienza e accuratezza: quando sono soddisfatti alcuni requisiti di base e i sistemi sono configurati correttamente, le

⁴⁴ F. LAGIOIA, *op. cit.*

⁴⁵ J. KLEINBERG LUDWIG, S. MULLAINATHAN, C.R. SUNSTEIN, *Algorithms as Discrimination Detectors*, in *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 2020, 117, 48, 30096-30100; D. KAHNEMAN, O. SIBONY, C.R. SUNSTEIN, *Noise: A Flaw in Human Judgment*, New York, 2021.

decisioni automatizzate sono migliori di quelle umane⁴⁶. Altri condividono la fiducia nelle tecniche di intelligenza artificiale, a condizione che sia in vigore una regolamentazione giuridica adeguata e forte⁴⁷. Altri ancora ritengono che si debba esercitare una grande cautela, perché il rischio di aggravare e perpetuare gli svantaggi subiti a causa della discriminazione da parte di categorie storicamente e socialmente svantaggiate, come le donne e altri gruppi comparativamente svantaggiati nella società, è molto alto⁴⁸. In questo senso, alcuni informatici di buon senso hanno recentemente affermato che gli strumenti tecnici relativi all'identificazione e alla trasposizione formale nei sistemi di IA delle catene causali che determinano gli effetti svantaggiosi nella vita reale di individui e gruppi devono essere perfezionati⁴⁹. Essi avvertono che è necessario adottare un approccio interdisciplinare perché i modelli di IA possono fornirci soluzioni, ma dobbiamo prima decidere quali sono le cause di discriminazione rilevanti da prendere in considerazione nello sviluppo dei modelli⁵⁰: se non abbiamo chiaro il rapporto tra cause di discriminazione ed effetti, è impossibile tradurli in formule e modelli computazionali⁵¹.

Come già menzionato, i sistemi decisionali automatizzati nel campo dell'asilo sono considerati "ad alto rischio" e dovrebbero essere soggetti a requisiti e procedure speciali prima della loro applicazione e utilizzo.

Sebbene sia ragionevole credere che i metodi di apprendimento automatico possano assistere in maniera efficace nell'individuare discriminazioni nelle decisioni in materia di asilo, vi sono anche forti argo-

⁴⁶ F. LAGIOIA, *op. cit.*

⁴⁷ U. PAGALLO, P. CASANOVAS, R. MADELIN, *The Middle-Out Approach: Assessing models of Legal Governance in Data Protection, Artificial Intelligence, and the Web of Data*, in *Theory and Practice of Legislation*, 2019, 7(1), 1-25 (<https://doi.org/10.1080/20508840.2019.1664543>); F. PALMIOTTO, *op. cit.*

⁴⁸ C. O'NEIL, *Weapons of math destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, New York, 2016; D. HELLMAN, *Big Data and Compounding Injustice*, in *Journal of Moral Philosophy*, 2024, 21(1-2), 62-83 (<https://doi.org/10.1163/17455243-20234373>); S. BAROCAS, *op. cit.*; C.R. SUNSTEIN, *Of Artificial Intelligence and Legal Reasoning*, in *University of Chicago Law School Roundtable*, 2001.

⁴⁹ S. BAROCAS, *op. cit.*, si veda in particolare il Capitolo 5.

⁵⁰ S. BAROCAS, *op. cit.*, si vedano in particolare i Capitoli 4 e 5.

⁵¹ S. BAROCAS, *op. cit.*, si veda in particolare il Capitolo 5.

menti contro l'automazione del processo decisionale in questo settore, in qualsiasi fase e nell'esecuzione di qualsiasi attività: sia quelle fondamentali, come la decisione effettiva sulla domanda, che quelle ancillari, come per esempio la trasposizione per iscritto del colloquio orale. Si ritiene che in qualche caso gli strumenti di IA potrebbero essere utilizzati in modo proficuo, per esempio nella raccolta e nell'organizzazione delle informazioni sui Paesi d'origine; tuttavia, sono necessarie ulteriori ricerche per valutare in quali casi gli strumenti di IA possono essere utili e in base a quali requisiti. In un contesto caratterizzato da un deciso interesse da parte della Commissione europea e dei governi degli Stati membri, il dibattito tra coloro che sostengono l'impiego di strumenti di IA nel processo decisionale in materia di asilo, in qualsiasi fase e per qualsiasi attività, e coloro che si oppongono a tale impiego è ancora in corso⁵².

Al momento, nessun Paese ha adottato strumenti di IA con l'obiettivo di suggerire o prendere una decisione effettiva sulla domanda di asilo. Alcuni Paesi, tuttavia, utilizzano strumenti di IA per svolgere compiti ritenuti utili per raccogliere le informazioni rilevanti per valutare la presenza di timore fondato in caso di rimpatrio nel Paese di origine o di residenza abituale, per valutare la credibilità del richiedente o per svolgere compiti minori legati al trattamento della domanda⁵³.

In questa sede vorremmo presentare, seppur in modo sommario, alcune argomentazioni filosofiche che, a nostro avviso, si oppongono fortemente all'automatizzazione del nucleo della decisione sull'asilo, anche in presenza di garanzie e di requisiti speciali previsti dalla legge.

Le decisioni prese con l'aiuto di sistemi di apprendimento automatico sono pienamente compatibili con la definizione di "discriminazione

⁵² C.B. CASAGRAN, C. BOLAND, E. SÁNCHEZ-MONTIJANO, E.V. SÁNCHEZ, *The Role of Emerging Predictive IT Tools in Effective Migration Governance*, in *Politics and Governance*, 2021, 9(4), 133-145; L. JASMONTAITE-ZANIEWICZ, J. ZOMIGNANI BARBOZA, *Disproportionate Surveillance*, in *International Journal of Refugee Law*, 2021, 33(1), 89-110; R.G. McNAMARA, P. TIKKA, *Well-Founded Fear of Algorithms or Algorithms of Well-Founded Fear? Hybrid Intelligence in Automated Asylum Seeker Interviews*, in *Journal of Refugee Studies*, 2023, 36(2), 238-270 (<https://doi.org/10.1093/jrs/feac067>).

⁵³ Per un report comprensivo sull'uso degli strumenti digitali nella gestione dei migranti si veda D. OZKUL, *Automating Immigration and Asylum: The Uses of New Technologies in Migration and Asylum Governance in Europe*, Oxford, 2023.

statistica” di Frederick Schauer⁵⁴. Schauer sostiene che la discriminazione statistica è una distinzione basata su una correlazione tra un *predittore* (indicatore/classificatore) e un tratto *target* (obiettivo), quando la correlazione è empiricamente fondata, statisticamente rilevante e, quindi, accurata. Secondo Schauer, la discriminazione statistica serve uno scopo legittimo indipendente dalla distinzione. Se la relazione tra predittore e target è positiva, allora l’indicatore sarà considerato più o meno affidabile a seconda della maggiore o minore capacità di prevedere il risultato. Un esempio, lo stesso offerto da Frederick Schauer, servirà a illustrare la definizione. La correlazione tra l’aumento dell’età (indicatore/predittore) e il peggioramento della vista (obiettivo) è significativa, statisticamente rilevante, verificata sulla base di dati empirici. In quanto tale, serve come giustificazione per la previsione di limiti di età per i piloti di linea sui voli commerciali, al fine di raggiungere l’obiettivo della sicurezza del volo. Il legame di correlazione è di natura probabilistica e non causale. Le due cose non devono essere confuse.

A differenza della discriminazione statistica, la discriminazione non statistica, secondo Schauer, non ha un valore strumentale rispetto a un fine esterno alla distinzione, ma si basa su convinzioni – più o meno fondate – che certi tratti corrispondano a certi altri tratti. Tali convinzioni non si basano su correlazioni, ma su assunti fondamentali considerati naturali e sempre giustificati. La discriminazione assiologicamente negativa (quella che consideriamo “ingiusta”), e quella vietata dalla legge sono, secondo questa definizione, esempi paradigmatici di discriminazione del secondo tipo: non statistica. Per esempio, il pregiudizio nei confronti di un’etnia considerata più incline a delinquere si baserebbe sulla convinzione che esista una correlazione tra quell’etnia e l’attitudine al crimine, una correlazione infondata, ma assunta da chi la ritiene esistente come un fatto naturale. Si discute se anche la discriminazione statistica come sopra descritta debba essere considerata una

⁵⁴ F. SCHAUER, *Statistical (And Non-Statistical) Discrimination*, in K. LIPPERT-RASMUSSEN (ed.), *The Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, 1st ed., vol. 1, London, 2018, 42-53 (<https://doi.org/10.4324/9781315681634-5>). Definizione che Schauer costruisce a partire da una precedente distinzione di Deborah Hellman: D. HELLMAN, *Two Types of Discrimination: The Familiar and the Forgotten*, in *California Law Review*, 1998, 86(2), 315-361 (<https://doi.org/10.2307/3481135>).

discriminazione vietata, ed entro quali limiti. A parere di Schauer, in alcuni casi non c'è dubbio che la discriminazione statistica debba essere proibita, per esempio quando la distinzione stigmatizza le persone coinvolte, come accade in caso di profilazione razziale; altri casi possono invece essere considerati non problematici, come per esempio la disposizione sui limiti di età per i piloti delle compagnie aeree commerciali, di cui sopra⁵⁵.

Mentre è opinione comune che valutazioni basate su criteri discriminatori che si imperniano su tratti storicamente e socialmente salienti, come la razza o il genere, non possano legittimamente fondare decisioni, classificazioni e distinzioni, rimane aperta la controversia sull'uso legittimo della discriminazione statistica, come definita da Schauer. Questa è la domanda più importante a cui rispondere prima di stabilire se qualsiasi aspetto della decisione su una richiesta di asilo debba essere automatizzato. Ciò include, a nostro avviso, la creazione di sistemi di supporto alle decisioni che lascino la decisione finale al decisore umano, anche se la creazione di tali sistemi potrebbe presentare dei vantaggi, tra cui la possibilità di individuare decisioni umane illegittime che non tengono conto di tutte le norme e i criteri di *fairness* pertinenti. Sono necessarie ulteriori ricerche per valutare questi aspetti.

Il punto rilevante che vogliamo sottolineare in questa sede è che le correlazioni statisticamente valide su cui si possono basare le decisioni (discriminazione statistica) hanno una proprietà specifica: sono generalizzate ma non universali. Ciò significa che possono non essere verificate in ogni particolare caso appartenente al gruppo; ci possono essere casi che non confermano la correlazione. Un esempio calzante potrebbe essere la nozione di “Paese di origine sicuro”. La storia dimostra che una richiesta di protezione fondata può sorgere quando il Paese di origine è considerato un “Paese di origine sicuro”⁵⁶. Per questa ragione, a nostro avviso, le richieste dei richiedenti asilo devono sempre essere decise attraverso un processo decisionale individuale. Ciò perché la richiesta di asilo si basa su circostanze che sono per definizione indivi-

⁵⁵ F. SCHAUER, *op. cit.*

⁵⁶ Si veda il caso *M.S.S. v. Belgium and Greece*, Application no. 30696/09; Court of Justice of the European Union, Case C-406/22, *Ministerstvo vnitra České republiky, Odbor azylové a migrační politiky*.

duali e contestuali, e questa è una forte obiezione all'automazione, che invece presuppone un alto grado di astrazione e generalizzazione, anche del tipo di generalizzazione accurata ma non universale di cui parla Schauer nella sua definizione di discriminazione statistica discussa sopra. Questo è il primo forte argomento contro l'uso di processi decisionali automatizzati o di sistemi di supporto decisionale automatizzati nel campo dell'asilo. Il costo di un falso negativo sarebbe troppo alto e, pertanto, è necessario evitare decisioni sbagliate basate su correlazioni statistiche.

C'è un altro argomento contro l'automazione di qualsiasi aspetto dell'esame e della decisione sulle richieste di asilo. Quando le decisioni di apprendimento automatico vengono prese all'interno di un contesto iniquo, se i modelli di apprendimento automatico non tengono in debito conto i fattori di disuguaglianza presenti nel contesto e non li mitigano adeguatamente, il rischio di generare soluzioni che perpetuano la disuguaglianza o, peggio, la amplificano su larga scala è molto alto. In questi casi, le strade alternative alle decisioni basate sulla discriminazione statistica sono: decisioni sempre individualizzate o, in alternativa, decisioni casuali⁵⁷. Ognuno di questi metodi è problematico, ma potrebbe essere scelto come alternativa a decisioni basate su statistiche e automatismi in determinati contesti. Riteniamo che ci siano ragioni per credere che i sistemi di protezione internazionale attualmente in vigore siano in realtà profondamente iniqui. Una di queste ragioni è che il sistema si basa ancora su un'impostazione concepita in un'epoca storica diversa da quella in cui viviamo attualmente. Sebbene si possa affermare che le ragioni che spingono le persone ad abbandonare il proprio Paese siano oggi molto diverse, la struttura di base e le motivazioni per l'asilo non sono state realmente riformate in modo strutturale da quando sono stati stipulati la Convenzione di Ginevra del 1951 e il suo protocollo del 1967. Anche il fenomeno migratorio nel suo complesso è cambiato radicalmente da allora. Un'altra ragione dell'iniquità strutturale del sistema è che i richiedenti asilo, in linea di principio, non possono scegliere il Paese in cui chiedere asilo (anche se ci sono dei correttivi a questa regola, prevalentemente basati sull'esistenza di legami familiari). Un'al-

⁵⁷ F. SCHAUER, *op. cit.*

tra ragione è che la mancanza di adeguate vie per l'ingresso legale nei paesi di destinazione, a nostro avviso, influisce sul sistema di asilo, e non per il meglio. Un'altra ragione è l'asimmetria di potere tra il richiedente asilo e l'apparato burocratico che è responsabile della prima decisione sulla sua richiesta, in assenza (il più delle volte) di un'assistenza legale significativa per il richiedente asilo. Queste circostanze rendono particolarmente difficile legittimare l'uso di tecniche di IA, poiché tali tecniche sono attualmente inadeguate a rappresentare e correggere gli elementi strutturali che determinano le iniquità presenti nel mondo reale che sono state appena richiamate, seppur brevemente. In considerazione di ciò, riteniamo che, nel contesto dell'asilo, il processo decisionale individualizzato da parte degli esseri umani debba essere preferito a qualsiasi altro metodo, escludendo l'automazione, per garantire una tutela effettiva dei diritti fondamentali dei richiedenti asilo.

ARTEFATTI REGOLATIVI DIGITALI

NORME, METANORME E ARCHITETTURE DIGITALI

Olimpia Giuliana Loddo

1. Che cosa sono gli artefatti regolativi digitali?

Gli artefatti regolativi digitali sono strumenti digitali intenzionalmente progettati per guidare, vincolare, condizionare il comportamento degli utenti¹. Essi incidono ormai quotidianamente sulle nostre vite: dalla moderazione algoritmica dei contenuti nei social media, agli artefatti contrattuali delle piattaforme di *e-commerce*, fino ai sistemi automatizzati di controllo delle frontiere o alla semplice accettazione dei cookie in un sito web.

Nonostante l'interesse crescente per l'impatto sociale dei dispositivi digitali², manca ancora una teoria generale degli artefatti regolativi digitali. Questo contributo mira a proporre un quadro concettuale preliminare, in grado di evidenziarne le principali caratteristiche, i campi di applicazione e i diversi meccanismi regolativi.

Con il termine artefatto in questo saggio si fa riferimento a oggetti materiali progettati da agenti per svolgere funzioni specifiche. Tra que-

¹ R.R. DIPERT, *Some Issues in the Theory of Artifacts: Defining 'Artifact' and Related Notions*, in *The Monist*, n. 78, 1995, 119-135.

² M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law: Novel Entanglements of Law and Technology*, Cheltenham, 2015; A. BECKERS, G. TEUBNER, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence. Algorithmic Actants, Hybrids, Crowds*, Oxford, 2021; R. BROWNSWORD, *Law 3.0: Rules, Regulation, and Technology*, London, 2020.

sti, gli *artefatti regolativi* si distinguono perché mirano a orientare il comportamento umano (per es. semafori, rotatorie, dossi stradali)³.

Gli artefatti regolativi digitali sono una sottocategoria di artefatti regolativi che includono, oltre alla dimensione materiale, una componente digitale. Essi operano in domini in cui l'informazione è trasmessa o elaborata elettronicamente e tradotta in sequenze numeriche. La loro rilevanza giuridica cresce con l'uso dell'intelligenza artificiale: basti pensare ai sistemi di *Online Dispute Resolution (ODR)* o all'*Automated Decision-Making (ADM)*, che possono produrre decisioni vincolanti con effetti diretti sui cittadini.

La riflessione teorica sugli artefatti regolativi digitali si collega alla discussione, avviata da Lawrence Lessig, sulle *architetture di controllo*: il codice informatico, al pari della legge, del mercato e delle norme sociali, può regolare i comportamenti⁴.

Hildebrandt, pur riconoscendo a Lessig il merito di aver mostrato con chiarezza l'impatto normativo del codice informatico e delle architetture digitali, sottolinea come il suo approccio resti radicato nel paradigma della *law and economics*. In questa prospettiva, il diritto viene concepito come uno strumento sostanzialmente neutrale, valutabile solo in termini di efficienza ed efficacia rispetto agli obiettivi di policy, mentre gli individui sono rappresentati secondo il modello riduttivo dell'attore razionale, mosso unicamente dal calcolo utilitaristico⁵. Secondo Hildebrandt, invece, l'immagine dell'uomo razionale non riesce a dar conto di alcune strategie di regolazione che non fanno leva sulla razionalità, ma su *bias* cognitivi, limiti percettivi e persino su attitudini pienamente irrazionali. Si tratta di strategie che sono adottate nell'ambito del marketing e che, quando impiegate nella regolazione pubblica, sollevano importanti questioni etiche a partire dall'immagine dell'uomo che esse presuppongono. Scrive in questo senso Hildebrandt:

³ G. LORINI, S. MORONI, O. LODDO, *Regulatory Artifacts: Prescribing, Constituting, Steering*, in *International Journal for the Semiotics of Law – Revue Internationale de Sémiotique Juridique*, n. 36, 2023, 211-225.

⁴ L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, New York, 2006.

⁵ M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit., 165.

Tentare di spingere (*nudge*) le persone all'obbedienza o a comportamenti considerati desiderabili significa non prenderle sul serio come attori umani individuali. Abbiamo accettato il marketing e la pubblicità, a condizione però di essere messi a conoscenza del tentativo di persuaderci all'acquisto. Dobbiamo riconoscere che anche i nostri governi tenderanno di orientarci verso la conformità, forse con le migliori intenzioni. Per conservare e alimentare l'autonomia individuale, tuttavia, dobbiamo sviluppare una comprensione più concreta delle impostazioni predefinite delle infrastrutture dell'informazione e della comunicazione, che possono sia proteggerci sia consegnarci a manipolazioni subliminali⁶.

Anche Brownsword sottolinea come la tecnologia introduca forme di regolazione nuove, più efficienti e spesso nascoste nella struttura dei dispositivi, contro le quali gli utenti difficilmente possono opporsi. Nelle parole di Brownsword:

L'importanza dello Stato di diritto in un'epoca di gestione tecnologica non dovrebbe essere sottovalutata. Anzi, se vogliamo reinventare il diritto per i nostri tempi tecnologici, una delle prime priorità è scrollarsi di dosso l'idea che la forza bruta e le regole coercitive siano le espressioni più pericolose del potere regolativo; il potere regolativo di limitare le nostre opzioni pratiche può essere molto meno evidente, ma non per questo meno pericoloso⁷.

La regolazione digitale non opera soltanto a livello di codice o infrastruttura, ma anche nell'interfaccia utente. Studi in *Human-Computer Interaction* (HCI) hanno mostrato come il *design* possa plasmare le scelte degli utenti, guidare azioni o restringere alternative. Le interfacce non sono neutre: esse inquadrano il modo in cui le persone possono interagire con un sistema, rendendo alcune azioni più facili, altre più difficili e alcune impossibili. L'*interaction design* implica quindi sempre un'azione di modellamento, vincolo e orientamento del comportamento dell'utente⁸. Il caso paradigmatico è quello dei *dark patterns*, strategie di *design* manipolativo che inducono comportamenti non scelti

⁶ Ivi, 226. La traduzione è mia.

⁷ R. BROWNSWORD, *Law 3.0*, cit., 82. La traduzione è mia.

⁸ J. PREECE, H. SHARP, Y. ROGERS, *Interaction Design: Beyond Human-Computer Interaction*, VI ed., Hoboken (NJ), 2023.

liberamente⁹. Gli artefatti regolativi digitali, pertanto, agiscono anche attraverso dimensioni semiotiche ed esperienziali, rendendo imprescindibile lo studio dell'interazione uomo-macchina.

Il dibattito contemporaneo sulla regolazione digitale si concentra su un concetto più ampio, che include forme di regolazione non progettata e spontanea, nelle quali il comportamento viene orientato attraverso processi di raccolta continua dei dati e di analisi predittiva. Diversamente da questa normatività emergente e sistemica, gli artefatti regolativi digitali rimangono strumenti intenzionali, concepiti per fini regolativi specifici. In altri termini, mentre la regolazione algoritmica solleva interrogativi su forme diffuse di normatività *data-driven*, gli artefatti regolativi digitali rappresentano una modalità di regolazione digitale più circoscritta e consapevolmente progettata.

2. Codice, hardware e istituzioni: tre dimensioni degli artefatti regolativi digitali

Il celebre motto di Lessig «code is law» mette in luce il potere regolativo del codice; tuttavia, se considerato in isolamento, il codice è privo di forza regolativa, che può dispiegarsi solo quando viene incorporato in dispositivi materiali e in contesti istituzionali. Gli artefatti regolativi digitali combinano, infatti, tre dimensioni: la dimensione fisica (dipendono da energia e leggi della fisica), la dimensione digitale (il codice che struttura funzioni e possibilità), e la dimensione sociale (istituzioni, organizzazioni e norme che contribuiscono a determinarne la forza regolativa). La dimensione sociale è decisiva: algoritmi come il *predictive policing* hanno effetti regolativi solo all'interno di cornici istituzionali; nei social network, i filtri automatici derivano legittimità da standard comunitari e regolazioni esterne (GDPR, DSA).

In questa prospettiva, il contributo di Teubner e Beckers sul concetto di istituzioni socio-digitali aiuta a chiarire come gli artefatti regolativi digitali non siano semplicemente strumenti tecnici, ma nodi in cui si

⁹ J.M. CARROLL, *Human Computer Interaction: Psychology as a Science of Design*, in *Annual Review of Psychology*, n. 48, 1997, 61-83.

intrecciano infrastrutture digitali e pratiche sociali. Tali istituzioni socio-digitali creano e stabilizzano nuove forme di normatività che operano attraverso codici, interfacce e piattaforme, sostenute da reti di attori e regole che conferiscono loro legittimità¹⁰.

Hydén parla di *algo norms*¹¹ per descrivere norme emergenti dall'uso sociale degli algoritmi, ma gli artefatti regolativi digitali si distinguono perché progettati intenzionalmente per regolare la condotta umana. Tuttavia, non tutti gli artefatti digitali che incidono sulla società sono artefatti regolativi digitali: solo quelli concepiti con diretto intento regolativo rientrano in questa categoria.

3. *L'impatto degli artefatti regolativi digitali nella realtà sociale*

Gli artefatti regolativi digitali possono essere classificati in base al loro impatto sociale, cioè in relazione a quali aspetti della vita mirano a regolare. Come osserva Grimmelmann, ormai «siamo tutti regolati dal software»¹² e persino diritti fondamentali come la libertà di espressione, di movimento o di contratto possono essere condizionati da dispositivi digitali. Una prima distinzione oppone gli artefatti che regolano direttamente i comportamenti (accesso, comunicazione, spostamenti, guida) a quelli che intervengono nei processi di produzione, interpretazione ed esecuzione delle norme, tradizionalmente affidati a legislatori, giudici o amministrazioni. Questa tipologia evidenzia i diversi livelli ai quali gli artefatti regolativi digitali esercitano il loro impatto normativo sulla realtà sociale.

¹⁰ A. BECKERS, G. TEUBNER, *Three Liability Regimes for Artificial Intelligence*, cit.

¹¹ H. HYDÉN, *AI, Norms, Big Data, and the Law*, in *Asian Journal of Law and Society*, n. 7, 2020, 409-436.

¹² J. GRIMMELMANN, *Regulation by Software*, in *The Yale Law Journal*, n. 114, 2005, 1719-1758.

3.1. *Artefatti digitali che regolano i comportamenti sociali tramite regole o mezzi tecnici*

Rientrano nella categoria degli artefatti che regolano i comportamenti sociali tramite regole o mezzi tecnici gli artefatti digitali che disciplinano direttamente le azioni individuali o collettive, orientando la condotta attraverso regole esplicite o vincoli architeturali. Una prima classe è rappresentata dagli *Access Control Artifacts* (ACA). La loro funzione principale è quella di incidere sull'esercizio dei diritti di proprietà, sia fisica che intellettuale, determinando chi possa accedere a una risorsa e a quali condizioni. Esempi significativi sono i sistemi di autenticazione biometrica, che utilizzano caratteristiche corporee uniche – come impronte digitali, riconoscimento facciale o scansione dell'iride – per consentire o negare l'accesso a dispositivi, applicazioni o luoghi fisici. Un'altra forma diffusa è il *Role-Based Access Control* (RBAC), che regola l'accesso a dati o applicazioni in base ai ruoli attribuiti a ciascun soggetto all'interno di un'organizzazione. Sebbene spesso descritti come strumenti manageriali, dal punto di vista giuridico tali sistemi costituiscono un vero e proprio esercizio del diritto di proprietà: non solo il diritto di godere e disporre di un bene, ma anche quello di stabilire chi possa accedervi e in quali condizioni. In modo ancora più paradigmatico, i *Digital Rights Management* (DRM) rappresentano un caso centrale di ACA: impedendo la copia o la diffusione non autorizzata di opere digitali, essi ridefiniscono in concreto i confini della proprietà intellettuale, rafforzandone la protezione oltre quanto sarebbe possibile attraverso la sola norma giuridica. Piattaforme di streaming come Netflix o Spotify si fondano su DRM per controllare l'uso dei contenuti e limitarne la circolazione a contesti autorizzati.

Una seconda categoria è quella degli *Algorithmic Moderation Artifacts* (AMA), strumenti che regolano la diffusione di contenuti online. Il loro obiettivo è identificare, filtrare o rimuovere contenuti considerati inappropriati, dannosi o falsi, spesso attraverso sistemi di intelligenza artificiale che operano in tempo reale su grandi volumi di dati. L'impatto sulla libertà di espressione è evidente: da un lato, queste tecnologie possono rappresentare una limitazione al diritto fondamentale di comunicare liberamente; dall'altro, se ben calibrate, contribuiscono a raffor-

zare la qualità e l'affidabilità dello spazio informativo, prevenendo la diffusione di *fake news* o discorsi d'odio. Il bilanciamento tra protezione da contenuti nocivi e garanzia della libertà di parola è tuttavia complesso, soprattutto quando i criteri adottati dagli algoritmi risultano opachi o difficilmente contestabili. Non è irrilevante che tali meccanismi di moderazione siano gestiti da grandi piattaforme private, il cui potere regolativo si colloca in una zona grigia rispetto al diritto pubblico, ma con conseguenze dirette sulla sfera pubblica democratica.

Un terzo ambito è quello delle *Automotive Regulatory Technologies (ART)*, strumenti digitali progettati per garantire la sicurezza stradale. Alcuni dispositivi hanno una funzione puramente segnaletica: il *Lane Departure Warning (LDW)*, per esempio, avvisa il conducente tramite segnali sonori o vibrazioni quando il veicolo si sposta involontariamente fuori dalla propria corsia. In questo caso, l'artefatto svolge una funzione deontica: richiama una norma già esistente (rispettare la corsia) e affida al conducente la decisione finale. Diverso è il funzionamento del *Lane Keeping Aid (LKA)*, che invece interviene direttamente sulla direzione del veicolo, correggendone la traiettoria e impedendo materialmente l'uscita di corsia. Qui la logica non è quella dell'avviso, ma quella della costrizione tecnica, che elimina la possibilità stessa di trasgredire la regola. Questi esempi mostrano chiaramente la differenza tra artefatti deontici e non-deontici: i primi presuppongono la libertà normativa, cioè la possibilità di violare la regola (con conseguenze), i secondi incidono sulla libertà pratica, impedendo che la violazione avvenga. Le ART, quindi, rappresentano un terreno privilegiato per osservare come l'automazione possa trasformare radicalmente il modo in cui le regole di condotta vengono applicate, rendendo in molti casi tecnicamente impossibile la non conformità.

Infine, le *Border Control Technologies* costituiscono un settore particolarmente sensibile. Questi sistemi sono utilizzati per gestire i flussi migratori e regolano direttamente la libertà di movimento delle persone. L'*European Travel Information and Authorization System (ETIAS)*, istituito dal Regolamento (UE) 2018/1240, rappresenta un esempio paradigmatico: il suo scopo dichiarato è rafforzare la sicurezza delle frontiere europee monitorando i movimenti dei cittadini di Paesi terzi esentati dal visto. Tuttavia, la natura algoritmica dei controlli ha suscitato

diverse critiche, legate al rischio di esclusioni ingiustificate e di discriminazioni indirette verso determinate categorie di viaggiatori. Accanto a ETIAS, numerosi aeroporti si sono dotati di *Automated Border Control (ABC) systems*, che utilizzano passaporti biometrici e sistemi di riconoscimento facciale per verificare identità e autorizzazioni. Sebbene tali strumenti promettano maggiore efficienza, riduzione dei tempi e aumento della sicurezza, essi sollevano anche interrogativi sulla trasparenza delle procedure decisionali, sulla protezione dei dati personali e, più in generale, sul rispetto dei diritti fondamentali dei migranti e dei viaggiatori. In molti casi, la decisione automatica non è in grado di considerare le circostanze individuali che un essere umano coglierebbe, con il rischio di errori gravi e conseguenze sproporzionate per chi si trova in situazioni di vulnerabilità.

3.2. Artefatti che supportano la produzione e l'applicazione delle norme

Un secondo gruppo di artefatti regolativi digitali comprende quegli strumenti che non si limitano a orientare o vincolare i comportamenti individuali, ma che intervengono direttamente nei processi giuridici e amministrativi, incidendo quindi sulla produzione, interpretazione e applicazione delle norme. Si tratta di dispositivi che vanno ben oltre la regolazione di condotte quotidiane: il loro raggio d'azione tocca i fondamenti stessi dell'ordine giuridico, perché contribuiscono a stabilire, modificare o far rispettare le regole che governano le relazioni sociali. Le principali sottocategorie sono tre: i *Contractual Digital Artifacts (CDA)*, i *Dispute Management Artifacts (DMA)* e i *Public Regulation Artifacts (PRA)*.

I *Contractual Digital Artifacts (CDA)* sono strumenti digitali concepiti per supportare la formazione, la gestione e l'esecuzione dei contratti. La loro diffusione ha cambiato profondamente il modo in cui le parti possono manifestare il consenso, stabilire obbligazioni reciproche o adempiere alle prestazioni pattuite. Nei casi più semplici, i *CDA* prendono la forma di contratti elettronici: accordi conclusi attraverso piattaforme digitali, che consentono a utenti e imprese di stipulare contratti a distanza in maniera rapida e standardizzata. Piattaforme di *e-commerce*, servizi di prenotazione alberghiera o sistemi di abbonamento digitale

sono esempi evidenti di questo fenomeno. Una categoria più sofisticata è rappresentata dagli *algorithmic contracts*, nei quali algoritmi programmati intervengono attivamente nella fase di negoziazione, esecuzione o adattamento del contratto. In questo caso il software non si limita a offrire un'infrastruttura di scambio, ma diventa parte integrante del processo contrattuale, per esempio automatizzando clausole, verificando condizioni o riempiendo lacune normative in base a istruzioni predefinite.

I *Dispute Management Artifacts (DMA)* intervengono invece nella sfera dell'accesso alla giustizia e della risoluzione delle controversie. La loro funzione principale è quella di ridurre tempi e costi delle procedure giudiziarie, offrendo canali alternativi o complementari al giudizio tradizionale. Una prima forma è rappresentata dai sistemi di *Online Dispute Resolution (ODR)*, che permettono di risolvere conflitti attraverso piattaforme digitali, spesso senza l'intervento diretto di un giudice umano. In ambito commerciale internazionale, per esempio, piattaforme dedicate consentono di gestire contenziosi tra acquirenti e venditori con procedure semplificate e standardizzate. Tuttavia, il ricorso a questi strumenti può sollevare questioni delicate in termini di garanzie processuali e tutela dei diritti fondamentali, specialmente nei casi in cui la parte più debole si trovi costretta a utilizzare un sistema imposto da grandi piattaforme. Un livello ulteriore di automazione è costituito dagli algoritmi di *decision support*, come il noto sistema COMPAS, utilizzato negli Stati Uniti per valutare il rischio di recidiva degli imputati. Il caso *Loomis v. Wisconsin* (2016) ha mostrato i limiti di tali strumenti: il giudice si è basato sul punteggio di rischio generato dall'algoritmo per negare la libertà vigilata, sollevando dubbi di discriminazione e di opacità decisionale. In questo senso, i *DMA* mettono in luce la tensione tra efficienza e giustizia: se da un lato ampliano l'accesso a procedure di risoluzione rapida, dall'altro rischiano di cristallizzare *bias* impliciti nei dati e negli algoritmi utilizzati per addestrarli, perpetuando disuguaglianze anziché correggerle.

La terza sottocategoria è quella dei *Public Regulation Artifacts (PRA)*, strumenti che incidono sulla gestione dei servizi pubblici e sulle decisioni amministrative. Si tratta di dispositivi che, pur non costituendo fonti formali del diritto, producono effetti vincolanti sulle vite dei citta-

dini, imponendo criteri e condizioni attraverso architetture digitali. I PRA sono oggi ampiamente utilizzati nella gestione dei servizi sociali, fiscali e sanitari. In molti casi, come mostra Virginia Eubanks, l'automazione delle procedure ha condotto alla creazione di vere e proprie «digital poorhouses», sistemi che anziché migliorare l'allocazione delle risorse pubbliche finiscono per accentuare la marginalizzazione dei gruppi vulnerabili¹³. L'uso di algoritmi nelle decisioni amministrative comporta infatti rischi di rigidità procedurale: quando l'accesso a un servizio è condizionato interamente da una piattaforma digitale, i criteri definiti dal codice possono risultare più stringenti di quelli stabiliti dalla legge, riducendo lo spazio per valutazioni discrezionali e per adattamenti caso per caso. In questo modo, l'infrastruttura tecnologica si sostituisce alle prassi amministrative tradizionali, con conseguenze importanti in termini di legittimità democratica e di *accountability* istituzionale.

Questa tripartizione – CDA, DMA, PRA – può essere interpretata attraverso il concetto di norme secondarie di H.L.A. Hart. I CDA corrispondono alle *rules of change*, in quanto ridefiniscono le modalità attraverso cui gli individui possono creare, modificare o estinguere obbligazioni. I DMA si avvicinano alle *rules of adjudication*, poiché attribuiscono o supportano poteri decisionali nella risoluzione dei conflitti. I PRA, infine, possono essere considerati come traduzioni tecnologiche delle *rules of recognition*, perché stabiliscono criteri e procedure che determinano ciò che conta come vincolante all'interno di un sistema. Tuttavia, la trasposizione in chiave digitale di tali funzioni non è neutrale: mentre in Hart la legittimazione delle regole secondarie derivava da pratiche sociali condivise, qui essa è spostata su infrastrutture algoritmiche, con conseguenti problemi di trasparenza, legalità e controllo democratico.

In conclusione, gli artefatti di questo secondo gruppo non regolano direttamente i comportamenti, ma ridefiniscono i meccanismi di produzione normativa stessi. Per questo motivo, la loro natura è inevitabilmente deontica: non esiste un corrispettivo non-deontico, perché non si

¹³ V. EUBANKS, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police, and Punish the Poor*, New York, 2018.

tratta di vincolare azioni materiali, ma di attuare procedure che vertono necessariamente su altre norme. Proprio in questa traslazione dai contesti sociali alle architetture digitali risiede la sfida principale: garantire che l'efficienza e l'automazione non si traducano in una perdita di legittimità, equità e trasparenza del sistema giuridico e amministrativo.

4. Due modalità di regolazione degli artefatti digitali

La letteratura distingue due modi fondamentali in cui gli artefatti digitali possono esercitare una funzione regolativa: da un lato, attraverso norme esplicite che comunicano obblighi, divieti o permessi; dall'altro, tramite vincoli tecnico-architeturali che incidono direttamente sulle possibilità di azione degli individui. Questa distinzione, che riprende la riflessione di Lawrence Lessig, è stata ampiamente discussa nel dibattito sulla regolazione algoritmica e sulla funzione normativa del codice.

Lessig ha parlato di due forme di protezione. La prima è quella tradizionale del diritto: la legge definisce uno spazio normativo, prescrive comportamenti e punisce i trasgressori. La seconda, invece, è fornita dalla tecnologia: una barriera fisica o digitale, un «pezzo di codice»¹⁴, che rende tecnicamente impossibile compiere una certa azione. Mentre una norma prescrittiva lascia aperta la possibilità della violazione, il codice informatico può impedire a monte la trasgressione, sostituendo il ragionamento normativo con un meccanismo causale.

In questo senso, Brownsword collega la distinzione lessighiana a due diverse forme di libertà: libertà normativa e libertà pratica. La *libertà normativa* è quella che caratterizza l'universo delle regole giuridiche: comporta la possibilità di violare una norma, accettando il rischio di una sanzione. La libertà pratica, invece, è quella che si gioca sul piano delle possibilità concrete di azione; essa può essere compressa dal *design* tecnologico. In altri termini, anche quando due artefatti perseguono la stessa funzione regolativa – per esempio indurre l'automobilista a rispettare un limite di velocità – le conseguenze per la libertà del soggetto sono molto diverse se la regolazione avviene mediante una

¹⁴ L. LESSIG, *Code. Version 2.0*, cit.

norma violabile oppure attraverso un vincolo architettuale che rende impossibile la trasgressione.

Questa distinzione è stata ripresa e approfondita da Lorini e Moroni, i quali hanno messo in luce come non tutti i fenomeni regolativi siano riconducibili al paradigma normativo¹⁵. Essi distinguono infatti tra regolazione normativa e regolazione non-normativa: la prima opera attraverso enunciati deontici che indicano ciò che è obbligatorio, vietato o permesso; la seconda agisce invece attraverso vincoli materiali o incentivi psicologici che inducono i soggetti a comportarsi in un certo modo, senza necessità di un riferimento a regole. L'esempio paradigmatico, ricordano Lorini e Moroni, è il dosso stradale: non segnala un preciso limite di velocità, ma rende fisicamente disagiata il superamento di una certa soglia, persuadendo così l'automobilista a rallentare. In questo senso, la distinzione tra deontico e non-deontico consente di chiarire come gli artefatti regolativi digitali possano operare in maniera profondamente diversa, pur perseguendo finalità simili.

4.1. Artefatti regolativi digitali deontici

Gli artefatti deontici digitali sono strumenti che regolano attraverso norme. La loro funzione principale è quella di comunicare contenuti normativi agli utenti, riproducendo nello spazio digitale la struttura classica delle prescrizioni giuridiche. Non costringono fisicamente i soggetti ad agire in un certo modo, ma li pongono di fronte a un atto normativo: possono scegliere se conformarsi alla regola o violarla, assumendosi il rischio di una sanzione.

Esempi tipici di artefatti regolativi deontici digitali sono gli avvisi di età minima nei videogiochi online, i messaggi che informano gli utenti delle regole fiscali o doganali durante l'acquisto su piattaforme di *e-commerce*, oppure gli *alert* sul *copyright* che avvertono del rischio di violazione nel caricamento di contenuti. In tutti questi casi, la funzione dell'artefatto è quella di informare l'utente di una regola esistente e di farne percepire la rilevanza.

¹⁵ G. LORINI, S. MORONI, *Rule-free Regulation: Exploring Regulation without Rules and Apart from Deontic*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2021, 1-15; *Ruling without Rules*, cit.

In questo senso, gli artefatti regolativi deontici digitali condividono la caratteristica fondamentale delle regole, come sottolinea Frederick Schauer: guidano il comportamento pur restando violabili¹⁶. La loro forza regolativa non risiede nel rendere inevitabile un comportamento, ma nel fatto che gli individui si trovano davanti a una scelta normativa consapevole: rispettare la regola o assumersi il rischio della sanzione.

Un esempio emblematico è rappresentato dal software WinRAR, che per anni ha mostrato agli utenti un avviso che ricordava l'obbligo di acquistare una licenza dopo il periodo di prova gratuito: l'uso del programma restava comunque possibile, ma accompagnato dalla costante segnalazione di una regola contrattuale non adempiuta. Il ruolo di questi artefatti è quindi eminentemente quello di trasmettere e rendere accessibili norme nello spazio digitale. In un contesto in cui l'anonimato online è progressivamente ridotto e le interazioni sono sempre più tracciabili, la capacità di questi artefatti di incidere sul comportamento si è notevolmente accresciuta.

Un esempio paradigmatico è quello dei messaggi di avvertimento sul copyright nelle piattaforme di file sharing: quando un utente carica un contenuto, l'artefatto lo informa che il suo atto potrebbe costituire una violazione. A quel punto, la decisione spetta all'utente, che può scegliere se proseguire, assumendosi il rischio di una sanzione. Qui si manifesta chiaramente il carattere deontico: l'artefatto non impedisce l'azione, ma la rende giuridicamente qualificata come lecita o illecita.

4.2. Artefatti regolativi digitali non-deontici

Accanto agli artefatti deontici, esistono strumenti che regolano senza ricorrere a regole¹⁷, ma attraverso architetture tecniche o dispositivi psicologici che vincolano o inducono i comportamenti degli utenti.

Esempi concreti sono i sistemi di *adaptive cruise control* nei veicoli, i controlli di accesso integrati nelle piattaforme digitali o i meccanismi di moderazione algoritmica dei contenuti sui social network. In questi casi, la regolazione non passa attraverso un messaggio normativo, ma

¹⁶ F. SCHAUER, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, 1993.

¹⁷ G. LORINI, S. MORONI, *Ruling without Rules*, cit.

attraverso un processo automatizzato che modifica direttamente le possibilità di azione dell'utente.

Hildebrandt ha osservato che nella sfera digitale i meccanismi deontici sono sempre più affiancati da forme di regolazione che non si limitano a plasmare i comportamenti, ma li costringono¹⁸. In questo quadro si colloca anche la nozione di *compliance by design*, proposta da Lohmann¹⁹, secondo cui la conformità non è soltanto rilevata, ma è imposta: il *design* stesso dell'architettura rende tecnicamente impossibile la non-conformità. È il caso, per esempio, di un sistema che impedisce di accedere a una piattaforma senza aver accettato le condizioni d'uso: non c'è violazione possibile, perché il comportamento è reso irrealizzabile a monte.

Questa prospettiva si collega alla teoria del potere configurativo di Cohen: le architetture non si limitano a vincolare o abilitare, ma modellano gli orizzonti di scelta entro i quali gli individui agiscono. In altre parole, il codice e il *design* non solo condizionano i comportamenti, ma trasformano le condizioni stesse di possibilità dell'azione²⁰.

Gli artefatti regolativi non-deontici possono operare attraverso vincoli fisici o psicologici. I primi corrispondono alle *forcing functions*²¹ descritte da Don Norman: meccanismi che impediscono di proseguire in un'azione finché non si compie uno specifico passaggio (per esempio, un sistema che obbliga a salvare un file prima di chiudere il programma). I secondi assumono la forma di *nudges*, come teorizzato da Thaler e Sunstein: spinte gentili che, senza eliminare formalmente le alternative, guidano gli individui verso determinate scelte²².

Nell'era digitale, però, ai *nudges* statici si sono aggiunti gli *hyper-nudges*, descritti da Yeung: architetture dinamiche e *data-driven* che personalizzano in tempo reale l'ambiente decisionale degli utenti attra-

¹⁸ M. HILDEBRANDT, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, cit.

¹⁹ N. LOHMANN, *Compliance by Design for Artifact-Centric Business Processes*, in *Information Systems*, n. 38, 2013, 606-618.

²⁰ J.E. COHEN, *Configuring the Networked Self: Law, Code, and the Play of Everyday Practice*, New Haven, 2012.

²¹ D. NORMAN, *The Design of Everyday Things*, New York, 2013.

²² R.H. THALER, C.R. SUNSTEIN, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, 2008.

verso feedback algoritmici²³. Questi strumenti, pervasivi e opachi, sollevano interrogativi profondi in merito a manipolazione, autonomia e legittimità democratica. Ranchordás ha mostrato come nelle *smart cities* l'uso di *nudges* algoritmici possa minare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni locali, compromettendo trasparenza e *accountability*²⁴.

Un ulteriore livello di riflessione è stato proposto da Floridi²⁵, che distingue tra *ethics by design* e *pro-ethical design*. Nel primo caso, il *design* propone preferenze predefinite, da cui l'utente può eventualmente *opt-out* (per esempio, la donazione di organi come default associato al rilascio della patente). Nel secondo, invece, l'utente deve compiere una scelta esplicita, garantendo così una decisione informata e rispettosa dell'autonomia individuale. Anche in questo caso, si tratta di strumenti non-deontici, poiché non richiedono la formulazione di norme esplicite, ma incidono direttamente sulle possibilità decisionali degli utenti.

5. Conclusioni

Dalla ricostruzione proposta emerge una differenza rilevante tra le due grandi categorie di artefatti regolativi digitali.

Nel caso degli artefatti che regolano direttamente i comportamenti sociali (§ 3.1), lo stesso obiettivo può essere perseguito tanto mediante strumenti deontici (che informano gli utenti attraverso norme, lasciando aperta la possibilità di violazione) quanto attraverso strumenti non-deontici (che impongono o inducono i comportamenti mediante vincoli architettureali o psicologici). La scelta tra le due modalità ha evidenti conseguenze: i meccanismi non-deontici appaiono spesso più efficienti, ma sollevano interrogativi cruciali sul piano dell'autonomia individuale, della trasparenza e della legittimità democratica.

²³ K. YEUNG, *Hypernudge: Big Data as a Mode of Regulation by Design*, in *Information, Communication & Society*, n. 20, 2017, 118-136.

²⁴ S. RANCHORDÁS, *Nudging Citizens through Technology in Smart Cities*, in *International Review of Law, Computers & Technology*, n. 34, 2020, 254-276.

²⁵ L. FLORIDI, *The Ethics of Information*, Oxford, 2015.

Diverso è il caso degli artefatti che supportano la produzione, interpretazione ed esecuzione delle norme (§ 3.2). Qui non sembra possibile individuare un corrispettivo non-deontico: tali strumenti possono infatti essere intesi come metanorme digitali, in quanto operano su altre norme e svolgono funzioni assimilabili a quelle delle norme di riconoscimento, di mutamento e di giudizio²⁶. In questi ambiti non si tratta di vincolare o forzare comportamenti individuali, bensì di regolare processi che hanno per oggetto norme da applicare, interpretare o produrre. La dimensione deontica risulta quindi ineliminabile, pur essendo trasferita dalle pratiche sociali condivise alle infrastrutture algoritmiche. Questa distinzione mette in luce come gli artefatti regolativi digitali non costituiscano un fenomeno unitario, ma una costellazione di strumenti eterogenei, che vanno compresi sia nei loro effetti immediati sul comportamento, sia nelle trasformazioni più profonde che producono nelle strutture istituzionali.

La distinzione tra artefatti regolativi digitali deontici e non-deontici non è soltanto teorica, ma ha profonde implicazioni etiche e giuridiche. Mentre i primi operano all'interno della logica tradizionale della normatività, lasciando spazio alla libertà di violazione, i secondi tendono a sostituire il ragionamento normativo con un vincolo architettuale.

Questa sostituzione implica un cambiamento radicale: la regolazione non si fonda più sulla capacità simbolica dei destinatari di comprendere e rappresentare norme, ma sull'impossibilità pratica di comportarsi diversamente²⁷. L'uso di tali tecnologie solleva interrogativi sull'impatto che tali tecnologie possono avere sull'autonomia degli individui, e suscita il timore che questa possa essere sacrificata a seguito di scelte eterodirette da architetture digitali opache.

²⁶ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1961.

²⁷ G. LORINI, S. MORONI, *Rule-free Regulation: Exploring Regulation without Rules and Apart from Deontic*, in *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 2021, 1-15; *Ruling without Rules*, cit.

COME L'INTELLIGENZA ARTIFICIALE HA TRASFORMATO IL SETTORE BANCARIO: LE EVIDENZE PIÙ RECENTI

Angelika Kaczmarek

1. Introduzione

La digitalizzazione ha trasformato in modo significativo le varie industrie nell'ultimo quarto di secolo. L'automazione algoritmica, in particolare, snellisce i processi riducendo i costi transattivi. Secondo il McKinsey Global Institute (2018)¹, l'IA ha il potenziale per generare circa 13.000 miliardi di dollari di produzione economica aggiuntiva entro il 2030, incrementando il PIL globale dell'1,2% annuo. Inoltre, si prevede che il numero di aziende che incorporano almeno una tecnologia di IA aumenterà dal 33% nel 2018 a circa il 70% entro il 2030. Il potenziale di trasformazione dell'intelligenza artificiale (IA) nel settore bancario risulta evidente nella rapida integrazione di tecnologie avanzate in seno alle istituzioni finanziarie. Le innovazioni guidate dall'IA sono diventate pervasive anche nel settore bancario: non si tratta più di una questione di discrezione strategica, ma di una necessità critica. Per identificare, consolidare e valutare le principali evidenze su come l'IA assiste le banche nel loro sviluppo e nella loro crescita, il presente contributo impiega una metodologia di *Systematic Literature Review* (SLR) utilizzando le linee guida PRISMA². Mentre le precedenti SLR sull'argomento offrono spunti preziosi, questo studio si differenzia per catturare la continua evoluzione del settore, e contribuisce presentando i più

¹ J. BUGHIN, J. SEONG, J. MANYIKA, M. CHUI, R. JOSHI, *Notes from the AI Frontier Modelling the Impact of AI on the World Economy*, New York, 2018.

² D. MOHER, A. LIBERATI, J. TETZLAFF, D.G. ALTMAN, *Preferred reporting items for systematic reviews and meta-analyses: the PRISMA statement*, in *Journal of Clinical Epidemiology*, 2009.

recenti progressi dell'IA che hanno il potenziale per rivoluzionare il settore bancario³. Per consentire una comprensione completa degli sviluppi dell'IA su scala globale, ho esaminato 144 articoli accademici e ho identificato diversi aspetti della trasformazione dell'IA nel settore bancario, discussi negli ultimi cinque anni in diversi ambiti accademici e regioni geografiche. Il presente studio cerca, dunque, non solo di tracciare una mappa delle recenti evidenze documentali sul potere di trasformazione dell'IA nel settore bancario, ma anche di affrontare criticamente la questione della spiegabilità e soluzioni tecnologiche sviluppate per affrontare gli insiemi di dati sbilanciati nella ricerca bancaria, una preoccupazione sempre più centrale man mano che i sistemi di IA diventano più integrati nel processo decisionale finanziario. Mentre le ricerche precedenti hanno affrontato aspetti specifici della *performance* algoritmica, della gestione del rischio e dell'automazione dei servizi, la presente rassegna mira a sintetizzare le intuizioni in ambito tecnico, organizzativo e normativo. In particolare, analizza come la spiegabilità di sia integrata nelle applicazioni di IA emergenti, dal credit scoring al rilevamento delle frodi, dalla profilazione dei clienti ai sistemi di supporto alle decisioni interne. La spiegabilità è stata percepita come una sfida chiave nell'IA fin dai suoi primi sviluppi negli anni Sessanta e Settanta. Sebbene la questione di fondo abbia radici antiche, ciò che è cambiato è il maggiore livello di opacità introdotto dai modelli di IA contemporanei. Spesso, nemmeno gli sviluppatori sono in grado di spiegare il ragionamento alla base di specifiche decisioni prese dal sistema. Gli standard di spiegabilità dipendono, dunque, dal contesto concreto e dalle esigenze specifiche del dominio in questione. In questo senso, la “spiegabilità” può essere percepita come nozione strumentale. Tuttavia, al di là della sua dimensione di utilità, è anche intrinsecamente significativa per sostenere la dignità umana, garantire l'*agency* nei processi decisionali e promuovere le condizioni per l'autorealizzazione

³ Per esempio: O.H. FARES, I. BUTT, S.H.M. LEE, *Utilization of artificial intelligence in the banking sector: a systematic literature review*, in *Journal of Financial Services Marketing*, 2023; N. KAUR, S.L. SAHDEV, M. SHARMA, L. SIDDIQUI, *Banking 4.0: The Influence of Artificial Intelligence on the Banking Industry & How AI is Changing the Face of Modern Day Banks*, in *International Journal of Management*, 2020.

degli individui⁴. In linea con la letteratura esistente in materia, Biran e Cotton hanno descritto il fenomeno XAI come un insieme di tecnologie progettate per rendere i sistemi di IA più trasparenti, consentendo agli utenti di capire come vengono prese decisioni, raccomandazioni o azioni specifiche, compresi i processi sottostanti che le hanno determinate⁵. Le caratteristiche delle spiegazioni dipendono quindi dai particolari utenti coinvolti⁶. Per colmare un significativo *gap* della letteratura attuale, la presente revisione è guidata dalla domanda di ricerca principale (MRQ) e la domanda di ricerca che l'accompagna:

MRQ. In che modo la recente adozione dell'intelligenza artificiale nel settore bancario integra la spiegabilità nelle sue dimensioni tecnologiche, organizzative e di gestione del rischio, e quali soluzioni sono emerse per garantire un'IA interpretabile e responsabile nella pratica?

RQ. Quali soluzioni tecnologiche sono state sviluppate per affrontare gli insiemi di dati sbilanciati nella ricerca bancaria?

Affrontando questa domanda, l'articolo contribuisce a una comprensione più completa delle condizioni in cui l'IA può supportare un'innovazione trasparente, affidabile e degna di fiducia nel settore finanziario.

2. Metodologia

La fase iniziale dello studio consiste in una revisione della letteratura per identificare lo stato dell'arte e la rilevanza dei risultati della ricerca, dopo aver inserito diverse combinazioni di stringhe di ricerca, in vari database come Scopus, Web of Science, Google Scholar, EBSCO, IEEE e Xplore. Questo mi ha permesso di selezionare le banche dati e le combinazioni di frasi di ricerca più rilevanti, ovvero quelle che mi hanno portato agli articoli recenti e ad alto impatto sull'applicazione

⁴ N. COLLANER, *Is explainable artificial intelligence intrinsically valuable?*, in *AI & Society*, 2021.

⁵ O. BIRAN, C. COTTON, *Explanation and Justification in Machine Learning: A Survey*, Melbourne, 2017.

⁶ P. BRACKE, A. DATTA, C. JUNG, S. SEN, *Machine learning explainability in finance: an application to default risk analysis*, London, 2019.

dell'IA nel settore bancario. Le banche dati Web of Science e Scopus sono state scelte come fonti di conoscenza più appropriate e complementari. La seguente *query*, utilizzando gli operatori booleani, è stata identificata come quella che ha fornito i risultati più accurati dalla ricerca del titolo, dell'abstract e delle parole chiave in entrambi i database: (“Artificial Intelligence” OR “AI” AND “Banking sector” OR “credit risk management”).

I criteri di ammissibilità sono stati selezionati per garantire la coerenza su entrambi i database, che variano leggermente in termini di struttura. Sulla base dei criteri di ammissibilità sono stati selezionati filtri come l'intervallo di anni: 2020-2025; l'area tematica: “Business, Management and Accounting”, “Computer Science”, “Economics, Econometrics and Finance”, “Social Sciences”, “Engineering” o sostanzialmente corrispondenti; tipo di documento: “Articolo”, lingua: “English”. Successivamente, sono stati assegnati numeri ID a ciascuno dei 285 documenti rimasti e, ai fini di questo studio, è stato creato un set di dati di risultati di ricerca aggregati e pertinenti di WoS e Scopus composto dalle seguenti colonne, tra le altre: “Pubblicazione”, “Autori”, “Nome completo degli autori”, “Titolo dell'articolo”, “Abstract”, “Anno di pubblicazione”, “Escluso?”, “Perché escluso”, “Secondo screening”, “Categoria”, “Metodi utilizzati”.

Su 285 articoli, 30 sono stati esclusi in quanto duplicati, mentre 72 sono stati eliminati in quanto non focalizzati principalmente sul settore bancario, sulla tecnologia AI o sull'AI nel settore bancario. Inoltre, sono stati esclusi anche gli articoli con uno *scope* più ampio, che comprendevano l'IA oltre a criptovalute o *Internet of Things*. Inoltre, sono stati eliminati i lavori riguardanti servizi bancari non tradizionali, come le piattaforme *peer-to-peer* o i servizi di microfinanza per i consumatori. Per tutti gli articoli rimanenti che hanno superato il processo di selezione, il controllo finale della rilevanza è stato effettuato manualmente per verificare che l'applicazione dell'IA al settore bancario fosse la loro principale preoccupazione. Di conseguenza, sono stati esaminati 144 articoli⁷. Sebbene «integrando i risultati e le prospettive di molti risultati empirici, una revisione della letteratura può rispondere a domande di

⁷ Vedere il diagramma di flusso PRISMA.

ricerca con una potenza che nessuno studio singolo», essa presenta intrinsecamente alcuni limiti⁸. In primo luogo, quelli derivanti dalla sua natura: lo studio, anche se realizzato con l'analisi approfondita di tutti i documenti raccolti, è limitato solo a quei documenti.

Questo lavoro implementa la strategia di analisi tematica utilizzando il metodo induttivo e combinando sia l'analisi semantica, sia quella latente durante la creazione dei temi⁹. L'approccio semantico e latente ha garantito che venissero presi in considerazione sia i risultati espliciti, sia le idee sottostanti. L'analisi tematica dei 185 studi esaminati ha portato all'identificazione di cinque temi principali: (1) Percezione degli *stakeholder* sull'adozione dell'IA nel settore bancario, (2) Sicurezza, (3) Processo decisionale strategico, compresa la valutazione del rischio e l'impatto sistemico, (4) Operazioni di servizio al cliente e comportamento dei clienti, (5) *Governance* ed etica dell'IA, (6) Trasformazione organizzativa, ristrutturazione e forza lavoro. Per motivi di spazio, ogni categoria illustra esempi di ricerca rappresentativi e specifici di ciascuna categoria. La spiegabilità attraversa tutte le principali categorie di integrazione dell'IA nel settore bancario identificate nella presente tassonomia – dalla percezione degli *stakeholder* alla gestione del rischio, dalla *governance* alla trasformazione della forza lavoro, fino ai sistemi rivolti ai clienti – fungendo da vincolo connettivo che assicura l'intelligibilità e la coerenza istituzionale. In ogni ambito, essa media tra l'opacità computazionale e l'esigenza epistemica, legale o manageriale di una giustificazione: consentendo la calibrazione della fiducia per gli utenti, la convalida per i revisori, l'interpretabilità per la ristrutturazione interna e la conformità alle norme per le autorità di regolamentazione. L'esplicabilità nei sistemi di IA impiegati nel settore finanziario costituisce quindi un requisito di meta-livello di interoperabilità semantica tra i risultati degli algoritmi e le aspettative legali-istituzionali. Funziona come un livello epistemico computazionalmente fondato che consente la ricostruzione del ragionamento della macchina in termini comprensibili agli agenti normativi, facilitando così la responsabilità, la

⁸ H. SNYDER, *Literature review as a research methodology: An overview and guidelines*, in *Journal of Business Research*, 2019.

⁹ V. BRAUN, V. CLARKE, *Using thematic analysis in psychology*, in *Qualitative Research in Psychology*, 2006.

verifica della conformità e l'equità procedurale. In domini come la fiducia degli *stakeholder*, la sicurezza informatica, la *governance* strategica e la gestione del rischio, la spiegabilità funziona come un vincolo formale che garantisce che i modelli *black-box* possano essere tradotti in regole decisionali verificabili. Nei sistemi multi-agente tipici delle infrastrutture bancarie, questa traduzione è alla base della tracciabilità, della contestabilità e dell'allineamento giustificativo delle decisioni guidate dall'IA con i quadri normativi settoriali (per esempio, CRR II, GDPR, *AI Act*). In quanto tale, la spiegabilità non è accessoria ma costitutiva di architetture finanziarie digitali legittime e legali.

3. Risultati

3.1. Percezione degli stakeholder sull'adozione dell'IA nel settore bancario

Un primo tema di rilievo è la percezione che gli *stakeholder* hanno dell'adozione dell'IA nel settore bancario. Diversi studi affrontano il tema della spiegabilità come determinante della fiducia, concentrandosi su come modelli trasparenti facilitino l'accettazione da parte degli utenti, riducano il rischio percepito e supportino una comunicazione più chiara tra le istituzioni e i loro clienti. Piuttosto che trattarla come un'aggiunta tecnica, questi lavori inquadrano la spiegabilità come essenziale per l'integrazione socio-cognitiva dell'IA nei servizi finanziari. Per esempio, esaminando la percezione degli utenti del *mobile banking* abilitato all'IA, Lee e Chen discutono due caratteristiche principali dei sistemi di IA: l'intelligenza percepita e l'antropomorfismo¹⁰. Lee e Chen, utilizzando il *framework* Stimolo-Organismo-Risposta, analizzano come l'intelligenza percepita e l'antropomorfismo influenzino l'adozione del *mobile banking* abilitato all'IA, mostrando che entrambi aumentano la fiducia e la percezione di adeguatezza tecnologica (TTF), influenzando positivamente le intenzioni comportamentali. I risultati

¹⁰ J. LEE, X. CHEN, *Exploring users' adoption intentions in the evolution of artificial intelligence mobile banking applications: the intelligent and anthropomorphic perspectives*, in *International Journal of Bank Marketing*, 2022.

empirici, basati su un sondaggio di 451 utenti, rivelano tuttavia che livelli elevati di antropomorfismo sono anche associati a un aumento del costo percepito, suggerendo che le caratteristiche umane dei sistemi possono indurre aspettative di spese maggiori o nascoste. Questi indizi intuitivi funzionano come forme affettive di spiegabilità, soprattutto in contesti in cui la trasparenza tecnica del modello non è accessibile agli utenti finali. Lo studio conferma che, nel *retail banking*, la fiducia nell'IA si costruisce più sulla coerenza sociale percepita che sulla comprensione algoritmica. Omoget al., analizzando 400 clienti bancari, rilevano che l'adozione di tali tecnologie aumenta soddisfazione e comportamento d'acquisto, pur senza incidere direttamente sulla percezione della qualità del servizio, suggerendo un'evoluzione positiva rispetto ai limiti evidenziati in studi precedenti¹¹. Riconoscendo la crescente importanza dei servizi di *robo-advisory* nel settore bancario, Orzeszko e Piotrowski hanno cercato di costruire e valutare modelli predittivi per l'accettazione da parte dei consumatori delle soluzioni di *robo-advisory* offerte dalle banche¹². Basandosi su un'indagine rappresentativa di 911 cittadini polacchi di età compresa tra i 18 e i 65 anni, condotta tramite interviste telefoniche assistite da computer (CATI) e campionamento casuale stratificato, gli autori hanno esaminato i fattori demografici, socioeconomici e comportamentali che influenzano l'adozione delle tecnologie bancarie abilitate dall'intelligenza artificiale. Cintamur ha validato il modello AIDUA nel settore bancario, evidenziando come ansia tecnologica e avversione al rischio ostacolano l'adozione dei dispositivi di intelligenza artificiale (AID)¹³. Su 575 clienti in Turchia, lo studio conferma che tali fattori riducono l'effetto positivo di *performance* ed emozioni sull'intenzione d'uso, offrendo la prima prova empirica del modello in ambito bancario. Fundira et al. (2024) hanno analizzato l'impatto delle competenze digitali dei clienti sulla fiducia nei servizi

¹¹ A.P. OMOGE, P. GALA, A. HORKY, *Disruptive technology and AI in the banking industry of an emerging market*, in *International Journal of Bank Marketing*, 2022.

¹² W. ORZESZKO, D. PIOTROWSKI, *Prediction of robo-advisory acceptance in banking services using tree-based algorithms*, in *PLoS ONE*, 2024.

¹³ I.G. CINTAMUR, *Acceptance of artificial intelligence devices in banking services: moderation role of technology anxiety and risk aversion*, in *International Journal of Bank Marketing*, 2024.

bancari basati sull'IA, rilevando che capacità digitali più elevate migliorano percezioni di correttezza, trasparenza, affidabilità e privacy¹⁴. Lo studio propone il *framework* CORE AI (“Customer-centric Optimization for Responsible AI in Banking”) che evidenzia l'importanza delle considerazioni normative nell'adozione etica dell'IA, invitando a promuovere inclusione digitale e *governance* responsabile per un *digital banking* sostenibile. Nel complesso, questi studi suggeriscono che la spiegabilità svolge un ruolo fondamentale, anche se talvolta implicito, nel plasmare l'accettazione, la fiducia e la soddisfazione dei clienti nei sistemi bancari guidati dall'IA in diversi contesti socioeconomici. Che si tratti di quadri etici come CORE AI, di progettazione antropomorfa nei servizi di *robo-advisory* o di modelli di accettazione orientati alla sostenibilità come AIDUA, la letteratura dimostra ripetutamente che è essenziale un allineamento trasparente tra le funzionalità dell'IA e le aspettative degli utenti. È importante sottolineare che la spiegabilità si estende oltre l'interpretabilità del modello per comprendere l'equità percepita, la comprensibilità del comportamento del sistema e l'intelligibilità dei risultati dell'IA rispetto all'alfabetizzazione digitale degli utenti. Con l'espansione dell'AI nei mercati globali, l'integrazione della spiegabilità nella progettazione e nella *governance* diventa non solo un requisito tecnico, ma una condizione fondamentale per un'innovazione finanziaria sostenibile e inclusiva.

3.2. La sicurezza

Un altro filone di ricerca recente studia come le tecnologie emergenti possano migliorare la sicurezza delle transazioni finanziarie. In particolare, l'integrazione della *blockchain* e dell'intelligenza artificiale offrono un quadro promettente per la trasparenza e la prevenzione delle frodi. L'apprendimento automatico (*Machine Learning, ML*), in questo contesto, è sempre più utilizzato per valutare e gestire il rischio di frode nel settore bancario, segnando un passaggio verso una vigilanza finanziaria adattiva e basata sui dati. Dichev, Zarkova e Angelov analizzano

¹⁴ MCA. FUNDIRA, E.I. EDOUN, A. PRADHAN, CH. MBOHWA, *Assessing digital competencies and AI ethics awareness among customers in the banking sector*, in *African Journal of Science, Technology, Innovation and Development*, 2024.

l'uso del *ML* per migliorare il rilevamento delle frodi bancarie, superando i limiti dei tradizionali sistemi basati su regole, spesso complessi, reattivi e soggetti a falsi positivi¹⁵. Lo studio evidenzia il potenziale del *ML* come approccio proattivo, ma segnala criticità legate all'*overfitting* e alla scarsa trasparenza dei modelli. Per affrontare l'*overfitting*, propone l'uso di set di validazione e protocolli strutturati; per migliorare l'interpretabilità, richiama l'importanza di strumenti come SHAP per analizzare il contributo delle variabili decisionali. Lo studio di Btoush, Zhou, Gururajan, Chan e Alsodi è una risposta particolarmente pertinente alla richiesta di ricerca di modelli ibridi, che combinino approcci di machine learning e deep learning per ottenere prestazioni predittive migliori nel campo del rilevamento delle frodi¹⁶. L'aumento delle frodi con carta di credito, che colpiscono in particolare gli Stati Uniti, ha spinto allo sviluppo di modelli ibridi *ML+DL* per superare i limiti dei metodi tradizionali. Lo studio analizza un set di dati reali fortemente sbilanciato e propone un'architettura che combina algoritmi *ML* classici (DT, RF, SVM, LR, XGBoost, CatBoost) con un modello CNN (le reti neurali convoluzionali) con BiLSTM (le reti con memoria a lungo termine bidirezionale) dotato di meccanismo di attenzione, capace di cogliere pattern temporali e caratteristiche rilevanti. I modelli sono integrati tramite uno *Stacking Classifier* basato su *Random Forest*. L'approccio di ensemble è stato rigorosamente valutato utilizzando misure di *performance* chiave, tra cui accuratezza, precisione, richiamo, F1-score, ROC-AUC e matrici di confusione. Il sistema raggiunge un'accuratezza del 99,97%, dimostrando elevata efficacia nel rilevamento delle frodi. Kuttiyappan e Rajasekar propongono un classificatore *Wrapper Stepwise ResNet* per il rilevamento avanzato degli attacchi in-

¹⁵ A. DICHEV, S. ZARKOVA, P. ANGELOV, *Machine Learning as a Tool for Assessment and Management of Fraud Risk in Banking Transactions*, in *Journal of Risk and Financial Management*, 2025.

¹⁶ E. BTOUSH, X. ZHOU, R. GURURAJAN, K.C. CHAN, O. ALSODI, *Achieving Excellence in Cyber Fraud Detection: A Hybrid ML+DL Ensemble Approach for Credit Cards*, in *Applied Sciences*, 2025.

formatici nel settore bancario¹⁷. Il modello, che combina una rete *ResNet* con selezione dinamica delle caratteristiche, ha ottenuto una precisione del 98,64% su dataset *Kaggle*, superando metodi esistenti come Auto-IF, BC + kNN, STL e HCRNN. Lo studio evidenzia il potenziale del deep learning per rafforzare la cybersecurity bancaria, con attenzione a trasparenza, spiegabilità e ottimizzazione futura delle *performance*. Ali, Shah, Foster e Alraja analizzano i bassi tassi di cyberattacchi segnalati nei Paesi in via di sviluppo, con focus sul settore bancario pakistano¹⁸. Attraverso interviste a esperti, emergono nove fattori esplicativi, tra cui la limitata digitalizzazione, la sottodenuncia, l'assenza di quadri normativi solidi, l'uso diffuso del contante e l'elevato costo-opportunità per gli aggressori. Lo studio fornisce spunti utili per indagini future in contesti simili. Questi contributi sottolineano una tensione chiave all'intersezione tra il rilevamento avanzato delle frodi e la sicurezza algoritmica nel settore bancario: la ricerca dell'accuratezza predittiva deve essere conciliata con i requisiti di spiegabilità intrinseci alla vigilanza finanziaria. Sebbene le architetture ibride ML+DL (per esempio, CNN-BiLSTM con attenzione, *ensemble stacking*) e i classificatori specifici per il dominio (per esempio, *Wrapper Stepwise ResNet*) dimostrino prestazioni superiori nel rilevamento di comportamenti finanziari atipici, allo stesso tempo aggravano il problema della *black-box*, complicando la tracciabilità e la giustificazione basata sulle norme. Come illustrano Dichev et al.¹⁹ e Btoush et al.²⁰, lo sbilanciamento delle classi, l'*overfitting* e l'opacità avversaria amplificano la necessità di diagnosi interpretabili, soprattutto in contesti ad alto rischio come la frode con carta di credito e la prevenzione degli attacchi informatici. Dal punto di vista dell'informatica giuridica, la spiegabilità in questo ambito funziona come prerequisito per la responsabilità procedurale e la revi-

¹⁷ D. KUTTIYAPPAN, V. RAJASEKAR, *Improving the Cyber Security over Banking Sector by Detecting the Malicious Attacks Using the Wrapper Stepwise Resnet Classifier*, in *KSII Transactions on Internet and Information Systems*, 2023.

¹⁸ A. ALI, M. SHAH, M. FOSTER, M.N. ALRAJA, *Cybercrime Resilience in the Era of Advanced Technologies: Evidence from the Financial Sector of a Developing Country*, in *Computers*, 2025.

¹⁹ A. DICHEV, S. ZARKOVA, P. ANGELOV, *op. cit.*

²⁰ E. BTOUSH, X. ZHOU, R. GURURAJAN, K.C. CHAN, O. ALSODI, *op. cit.*

sione della proporzionalità: consente la ricostruzione semantica delle classificazioni algoritmiche all'interno di quadri normativi gestiti dall'uomo. Che sia attraverso l'interpretabilità basata su SHAP, la visualizzazione del peso dell'attenzione o le sovrapposizioni di estrazione delle regole, la capacità di rendere leggibile la logica algoritmica non è una caratteristica accessoria anche in questo contesto, ma un prerequisito necessario per l'impiego lecito dell'IA nelle infrastrutture bancarie critiche soggette.

3.3. Processo decisionale strategico che include la valutazione del rischio e l'impatto sistemico

Negli ultimi anni, l'applicazione dell'apprendimento automatico alla gestione del rischio di credito ha guadagnato un'attenzione significativa, offrendo prestazioni predittive migliori rispetto ai modelli statistici tradizionali. Tuttavia, la crescente complessità di questi algoritmi ha sollevato preoccupazioni critiche in merito alla trasparenza, alla responsabilità e alla conformità normativa. In risposta, il campo emergente dell'apprendimento automatico spiegabile (XAI) cerca di colmare il divario tra accuratezza predittiva e interpretabilità. Questa *literature review*, infatti, ripercorre l'evoluzione delle tecniche XAI nella valutazione del rischio di credito, esaminando i principali contributi, le innovazioni metodologiche e le loro implicazioni per il processo decisionale delle istituzioni finanziarie. Bussmann, Giudici, Marinelli e Papenbrock affrontano il *trade-off* tra accuratezza predittiva e interpretabilità nei modelli di rischio di credito, proponendo un approccio *post-hoc* basato sui valori di Shapley²¹. Combinando l'algoritmo XGBoost con un'analisi di rete (*Minimum Spanning Tree*), applicata a un dataset di 15.045 PMI europee, ottengono un AUROC di 0,93, superiore a quello dei modelli logistici. L'integrazione dei valori di Shapley consente di spiegare il contributo di ogni variabile alle singole previsioni, migliorando trasparenza e responsabilità nell'uso di modelli complessi nel credit scoring. Kumar et al. valutano comparativamente modelli di machine

²¹ N. BUSSMANN, P. GIUDICI, D. MARINELLI, J. PAPIENBROCK, *Explainable Machine Learning in Credit Risk Management*, in *Computational Economics*, 2021.

learning tra cui la regressione logistica, l'albero decisionale e il *gradient boosting* per la previsione del rischio di credito ipotecario durante l'instabilità economica del 2021²². Utilizzando dati reali e metriche multiple, lo studio mostra che le prestazioni variano a seconda dell'algoritmo e delle caratteristiche del dataset, evidenziando la necessità di una selezione modellistica mirata per applicazioni finanziarie efficaci. La letteratura esaminata rivela un'applicazione robusta e in espansione dell'intelligenza artificiale nella gestione del rischio di credito, che comprende sia i settori bancari tradizionali sia quelli emergenti come la microfinanza, la finanza al consumo (sebbene esclusa da un'ulteriore analisi nel secondo screening) e il supporto decisionale basato sui dati. Una costante di questi studi è la ricerca di modelli non solo accurati, ma anche interpretabili e allineati alle esigenze decisionali pratiche. Dai *framework* ibridi di *deep learning* ai metodi di ensemble e alle strategie di inferenza di scarto, molti dei lavori recenti affrontano la duplice sfida della previsione e della giustificazione: come migliorare le prestazioni senza rendere il modello una scatola nera. Diversi contributi sottolineano esplicitamente il ruolo della selezione delle caratteristiche, della trasparenza del modello e dell'integrazione di variabili rilevanti per il dominio come *proxy* per l'interpretabilità. Ciò riflette la crescente consapevolezza che, soprattutto in settori regolamentati come quello bancario, il valore dell'IA non risiede semplicemente nel potere predittivo, ma nella sua capacità di supportare valutazioni del rischio ragionate, verificabili e sensibili al contesto.

3.4. Operazioni di servizio al cliente e comportamento dei clienti

Un numero crescente di ricerche colloca il comportamento dei clienti all'intersezione tra la valutazione del rischio di credito e l'efficienza operativa, evidenziando come l'IA possa sfruttare i dati decentralizzati per informare i modelli predittivi senza compromettere la privacy. Nel contesto del servizio clienti, questi approcci consentono agli istituti finanziari di personalizzare la valutazione del rischio e l'erogazione del

²² V. KUMAR, S. SAHEB, P. PREETI, A. GHAYAS, S. KUMARI, J. CHANDEL, S. KUMAR, S. KUMAR, *AI-Based Hybrid Models for Predicting Loan Risk in the Banking Sector*, in *Big Data Mining and Analytics*, 2023.

servizio catturando i segnali comportamentali attraverso le piattaforme, il tutto preservando la riservatezza degli utenti. Questo cambiamento sottolinea una tendenza più ampia nella letteratura: le interazioni con i clienti non sono più periferiche nella gestione del rischio di credito, ma sono parte integrante della comprensione delle probabilità di default, delle prestazioni dei prestiti e delle dinamiche della qualità del servizio. Lo studio di Azevedo et al., introduce una metodologia innovativa per lo sviluppo di chatbot di risoluzione dei problemi alimentati dall'intelligenza artificiale, con un'attenzione specifica alle applicazioni tecniche nel settore bancario, un'area ancora poco esplorata rispetto alle soluzioni di chatbot rivolte ai clienti²³. Utilizzando la NLU (la comprensione del linguaggio naturale), gli autori sviluppano *TroubleshootingBot*, un chatbot per la manutenzione degli sportelli ATM, con alti livelli di accuratezza nell'identificazione di intenti (0,93) e valori (0,88). I risultati confermano l'efficacia dell'IA nel supporto operativo interno nel settore bancario. Nel loro studio, Yontar et al. presentano un approccio di modellazione predittiva per valutare la probabilità che i clienti delle carte di credito non rispettino i loro debiti²⁴. Utilizzando un set di dati di 10.713 record di clienti di una grande banca taiwanese, la ricerca valuta le prestazioni di diversi algoritmi di apprendimento automatico: Reti Neurali Artificiali (ANN), Macchine Vettoriali di Supporto (SVM), Alberi di Classificazione e Regressione (CART) e C4.5, per prevedere il comportamento di pagamento del mese successivo. I modelli sono stati addestrati e testati utilizzando metodi di convalida incrociata e di *hold-out*, con prestazioni misurate su diverse metriche di valutazione. I risultati dimostrano che l'algoritmo CART, soprattutto se ottimizzato, offre la massima accuratezza di previsione (circa l'86%), indicando il suo forte potenziale per supportare il rilevamento precoce del rischio e le strategie di gestione proattiva del credito nel settore

²³ N. AZEVEDO, G. AQUINO, L. NASCIMENTO, L. CAMELO, T. FIGUEIRA, J. OLIVEIRA, I. FIGUEIREDO, A. PRINTES, I. TORNE, C. FIGUEIREDO, *A Novel Methodology for Developing Troubleshooting Chatbots Applied to ATM Technical Maintenance Support*, in *Applied Sciences*, 2023.

²⁴ M. YONTAR, O.H. NAMLI, S. YANIK, *Using machine learning techniques to develop prediction models for detecting unpaid credit card customers*, in *Journal of Intelligent & Fuzzy Systems*, 2020.

bancario. Vashistha et al., invece, affrontano la crescente sfida della previsione del *customer churn* (CCP) (interruzione del rapporto con un'azienda) nel settore bancario, un problema reso sempre più complesso dall'ascesa dei big data e dell'intelligenza artificiale²⁵. Per affrontare la difficoltà di classificare accuratamente insiemi di dati sbilanciati, gli autori sviluppano modelli ibridi segmentati in grado di catturare le relazioni non lineari nel comportamento dei clienti. Un contributo notevole dello studio è l'introduzione di una nuova tecnica di interpretabilità, indipendente dal modello, che estende SHAP (*SHapley Additive exPlanations*), offrendo una visione più chiara di come vengono fatte le previsioni. Utilizzando 14 set di dati sul turnover dei clienti, lo studio valuta rigorosamente le prestazioni di diversi algoritmi di apprendimento automatico, scoprendo che *XGBoost* raggiunge costantemente la massima accuratezza predittiva (0,84). La previsione del turnover dei clienti è oggi un obiettivo fondamentale per le istituzioni finanziarie che intendono conservare i clienti più importanti e migliorare la redditività. Nella letteratura esaminata, emerge una notevole convergenza metodologica sulla necessità di bilanciare le prestazioni predittive con l'interpretabilità nelle applicazioni dell'IA incentrate sul cliente nel settore bancario. Diversi studi affrontano esplicitamente la sfida della spiegazione nei sistemi di apprendimento automatico. Vashistha et al.²⁶, per esempio, introducono, una tecnica di interpretabilità indipendente dal modello che estende SHAP (*SHapley Additive exPlanations*) per fornire un'attribuzione più chiara dell'importanza delle caratteristiche nei modelli di *customer churn*, evidenziando uno spostamento verso una logica decisionale più trasparente nella classificazione ad alto rischio. Analogamente, Yontar et al. dimostrano che gli alberi di classificazione e regressione (CART) non solo superano i modelli più complessi in alcuni compiti di previsione dell'insolvenza, ma mantengono anche un'intrinseca interpretabilità, che li rende preziosi per i sistemi di

²⁵ A. VASHISTHA, A.K. TIWARI, S.S. GHAI, P.K. YADAV, S. PANDEY, *Enhancing Customer Churn Prediction in the Banking Sector through Hybrid Segmented Models with Model-Agnostic Interpretability Techniques*, in *National Academy Science Letters – India*, 2024.

²⁶ *Ibidem*.

allerta precoce nel rischio di credito²⁷. Al-Sultan e Al-Baltah proseguono su questa linea proponendo l'algoritmo *ERFA* (*Extended Random Forest Algorithm*) che, sebbene più complesso, rimane parzialmente spiegabile grazie alla selezione strutturata delle caratteristiche e alla regolazione controllata degli iperparametri²⁸. Questa attenzione alla chiarezza esplicativa si rispecchia nel lavoro di Gkonis e Tsakalos sul rilevamento del *churn*, che, pur sfruttando modelli avanzati di deep learning e funzioni di attivazione non lineari come APTx, sottolinea l'importanza di strategie di sintonizzazione e valutazione (per esempio, *AUC*, ricampionamento *SMOTE-Tomek*) che supportano la robustezza del modello e l'interpretazione in contesti squilibrati²⁹. Inoltre, Azevedo et al. propongono una metodologia innovativa per la risoluzione dei problemi ATM delle *chatbots*, strutturata intorno al rilevamento degli intenti e al riconoscimento dei valori, offrendo un flusso di lavoro trasparente dalle basi di conoscenza tecnica agli *output* guidati dall'intelligenza artificiale³⁰. Nel complesso, questi contributi riflettono un cambiamento più ampio nella letteratura: la spiegabilità non è più periferica ma parte integrante della progettazione dei modelli nella valutazione del rischio del cliente e nell'automazione dei servizi. Un'intelligenza artificiale interpretabile non solo migliora la conformità alle normative e la fiducia degli utenti finali, ma supporta anche le decisioni operative basate su una logica trasparente e basata sui dati.

3.5. Governance ed etica dell'IA

Con l'integrazione dell'IA nell'infrastruttura del settore finanziario, le questioni di *governance*, trasparenza e responsabilità assumono un

²⁷ M. YONTAR, O.H. NAMLI, S. YANIK, *op. cit.*

²⁸ S.Y. AL-SULTAN, I.A. AL-BALTAH, *An Improved Random Forest Algorithm (ERFA) Utilizing an Unbalanced and Balanced Dataset to Predict Customer Churn in the Banking Sector*, in *IEEE*, 2024.

²⁹ V. GKONIS, I. TSAKALOS, *Deep Dive Into Churn Prediction in the Banking Sector: The Challenge of Hyperparameter Selection and Imbalanced Learning*, in *Journal of Forecasting*, 2025.

³⁰ N. AZEVEDO, G. AQUINO, L. NASCIMENTO, L. CAMELO, T. FIGUEIRA, J. OLIVEIRA, I. FIGUEIREDO, A. PRINTES, I. TORNE, C. FIGUEIREDO, *op. cit.*

ruolo centrale. Studi recenti hanno iniziato ad affrontare queste dimensioni esaminando sia le condizioni istituzionali per un impiego responsabile dell'IA sia le implicazioni finanziarie delle informazioni relative all'IA. Questa letteratura segnala un cambiamento critico: dall'attenzione alle sole prestazioni tecniche all'inserimento dell'IA in contesti di innovazione bancaria sostenibili, etici e giuridicamente solidi. Molavi, Zhang, Khanbabaie hanno analizzato il ruolo dell'innovazione dei servizi aperti nel rafforzare la resilienza e la sostenibilità del settore bancario nelle economie in via di sviluppo che affrontano l'instabilità economica³¹. Utilizzando metodi decisionali multicriteriali fuzzy (MCDM), tra cui DEMATEL fuzzy e ANP fuzzy, lo studio identifica e dà priorità ai criteri chiave per promuovere l'innovazione aperta, basandosi sulle intuizioni degli esperti del settore bancario in Iran. I risultati rivelano che i fattori ambientali sono i driver più influenti dell'innovazione dei servizi aperti, seguiti da fattori organizzativi, interattivi e di risorse. Shiyab, Alzoubi, Obidat e Alshurafat analizzano il riferimento all'intelligenza artificiale (IA) nelle relazioni annuali di 15 banche giordane quotate, esaminando il legame tra divulgazione dell'IA e *performance* finanziaria³². Attraverso l'analisi di contenuto e regressione su 115 documenti (2014-2021), rilevano una crescita nell'uso dei termini IA, sebbene l'adozione rimanga iniziale. Lo studio propone un indice di divulgazione IA e trova una correlazione positiva con ROA (il rendimento delle attività) e ROE (il rendimento del capitale proprio), suggerendo che l'IA migliora efficienza operativa e riduzione dei costi. Gli studi mostrano che la *governance* dell'IA bancaria dipende da trasparenza, strutture politiche e pratiche di divulgazione, con impatti positivi sulla *performance* se supportata da solide regole interne. Modelli MCDM fuzzy evidenziano l'importanza di *sandbox* regolamentari e *governance* dei dati, mentre i conflitti tra *stakeholder* richiedono un

³¹ H. MOLAVI, L. ZHANG, M. KHANBABAIE, *Sustainable financial infrastructure and governance: A fuzzy multi-criteria decision-making analysis of open service innovation in unstable economies*, in *Sustainable Futures*, 2025.

³² F.S. SHIYAB, A.B. ALZOUBI, Q.M. OBIDAT, H. ALSHURAFAT, *The Impact of Artificial Intelligence Disclosure on Financial Performance*, in *International Journal of Financial Studies*, 2023.

allineamento degli incentivi. Nel complesso, un'IA etica e spiegabile rafforza resilienza e innovazione nel lungo termine.

3.6. *Trasformazione organizzativa, ristrutturazione e forza lavoro*

L'intelligenza artificiale non solo sta rimodellando i prodotti e i servizi finanziari, ma sta anche determinando profonde trasformazioni organizzative all'interno degli istituti bancari. La letteratura esaminata in questa sezione esplora il modo in cui l'adozione dell'intelligenza artificiale influisce sulla ristrutturazione interna, sulle dinamiche della forza lavoro, sui processi manageriali e sul *benchmarking* delle prestazioni. Queste trasformazioni avvengono attraverso sistemi ibridi di supporto alle decisioni, infrastrutture informatiche intelligenti e strutture di interazione uomo-IA, rivelando nuove tensioni tra prestazioni tecnologiche, spiegabilità e prontezza organizzativa. Lo studio di Tsolas et al. affronta la sfida della "trappola delle best practice", in cui le organizzazioni, nel tentativo di soddisfare gli standard delle best practice, rischiano di prendere decisioni sbagliate se tali parametri superano le loro capacità attuali³³. Per mitigare i rischi legati a inefficienze operative, gli autori propongono un modello ibrido DEA-ANN per il *benchmarking* nel settore bancario, applicato a filiali di una banca greca. La DEA classifica l'efficienza delle filiali come preprocessore, mentre le reti neurali migliorano l'accuratezza predittiva. I risultati, valutati tramite quattro misure di "hit rate", mostrano che il modello è particolarmente efficace nell'identificare le filiali altamente efficienti, supportando decisioni mirate per il miglioramento delle *performance*. Wijayati et al. hanno invece analizzato il modo in cui i dipendenti del settore bancario e dei servizi percepiscono il ruolo della leadership del cambiamento nel plasmare l'implementazione dell'intelligenza artificiale (IA) e il suo conseguente impatto sulle prestazioni e sull'impegno lavorativo, in particolare nel contesto di un rapido cambiamento organizzativo³⁴. Utilizzando

³³ I.E. TSOLAS, V. CHARLES, T. GHERMAN, *Supporting better practice benchmarking: A DEA-ANN approach to bank branch performance assessment*, in *Expert Systems with Applications*, 2020.

³⁴ D.T. WIJAYATI, Z. RAHMAN, A. FAHRULLAH, M.F.W. RAHMAN, I.D.C. ARIFAH, A. KAUTSAR, *A study of artificial intelligence on employee performance and work en-*

SEM su 254 risposte in Indonesia, lo studio dimostra che l'IA migliora prestazioni e impegno dei dipendenti, con effetti amplificati dalla leadership del cambiamento. L'originalità risiede nell'introduzione di quest'ultima come variabile moderatrice cruciale nei processi di trasformazione organizzativa. Infine, Prymostka e Kysil hanno esaminato il potenziale di trasformazione dei sistemi informativi intelligenti (IIS) nel settore bancario, concentrandosi sulla loro capacità di migliorare i processi di gestione, l'efficienza operativa e la stabilità finanziaria³⁵. Lo studio identifica le componenti chiave degli IIS bancari (IISBS) e ne presenta un modello generale di funzionamento, basato su analisi analitiche e morfologiche. I risultati mostrano che, grazie ad algoritmi di deep learning, questi sistemi migliorano la gestione del rischio, il rilevamento delle frodi e l'automazione, offrendo vantaggi competitivi rispetto ai sistemi tradizionali. In tutti gli studi esaminati, la spiegabilità risulta un elemento funzionale chiave nella trasformazione organizzativa abilitata dall'IA. Essa supporta il processo decisionale³⁶, media l'impatto sui dipendenti attraverso la leadership del cambiamento³⁷ e si integra nei sistemi intelligenti tramite strumenti visivi e adattivi³⁸, garantendo trasparenza, responsabilità e coerenza strategica.

4. Risposte alle domande di ricerca e conclusioni

La raccolta di studi analizzati è composta da articoli che utilizzano sia metodi quantitativi che qualitativi, nonché un mix di entrambi. Tuttavia, i lavori con background quantitativo sono stati un gruppo significativo rispetto agli altri. XGBoost è stato citato comunemente come

agement: the moderating role of change leadership, in International Journal of Manpower, 2022.

³⁵ L. PRYMOSTKA, T. KYSIL, *Intelligent information systems of the banking sector: General characteristics and information environment, in Scientific Bulletin of Muka-chevo State University. Series Economics, 2023.*

³⁶ I. E. TSOLAS, V. CHARLES, T. GHERMAN, *op. cit.*

³⁷ D.T. WIJAYATI, Z. RAHMAN, A. FAHRULLAH, M.F.W. RAHMAN, I.D.C. ARIFAH, A. KAUTSAR, *op. cit.*

³⁸ L. PRYMOSTKA, T. KYSIL, *op. cit.*

modello che ha raggiunto il tasso di accuratezza più elevato. Una delle tecniche più frequentemente sfruttate per ottenere risultati di modelli spiegabili è stata SHAP o la sua versione estesa, come quella dello studio di Vashistha³⁹, che ha adattato SHAP alla lettura di modelli segmentati ibridi mediante l'introduzione di una nuova tecnica diagnostica del modello. Anche l'importanza delle caratteristiche (*feature characteristics*) è stata considerata un metodo importante per ottenere un'IA spiegabile. Tuttavia, secondo Busmann et al.⁴⁰ i valori di Shapley sono la tecnica XAI più utile. Tuttavia, l'hanno migliorata ulteriormente incorporandola all'interno di reti di correlazione (similarità) applicate dal *Minimum Spanning Tree (MST)* per visualizzare e interpretare la struttura dei risultati del modello nella fase di post-elaborazione dell'analisi. Le definizioni di IA più comunemente utilizzate in letteratura sono di natura funzionale e sottolineano la simulazione o la replica di aspetti del ragionamento umano attraverso metodi computazionali. Le principali limitazioni degli studi erano legate all'orientamento specifico della regione e alla disponibilità di set di dati (del mondo reale). Tra i campi di applicazione dell'IA, la valutazione del rischio di credito è stata quella più comunemente considerata. Come risultato dell'SLR, l'attenzione principale nella creazione di modelli di IA utili nel settore bancario, sottolinea la necessità di collegare la potenza di più modelli individuali (stimatori di base) per creare modelli d'insieme per ottenere prestazioni ancora più elevate. I risultati degli studi esaminati suggeriscono che la sola accuratezza può essere un indicatore fuorviante delle prestazioni di un modello di IA, in particolare nel contesto della valutazione del rischio di credito. Per ottenere una comprensione completa dell'efficacia di un modello, è essenziale incorporare ulteriori metriche di valutazione come precisione, richiamo, AUC-ROC o punteggio F1. Poiché lo sbilanciamento del set di dati influisce negativamente sui parametri di successo, l'implementazione di AUPRC è essenziale per valutare la capacità del modello di identificare la classe di minoranza (per esempio, gli inadempienti).

³⁹ A. VASHISTHA, A.K. TIWARI, S.S. GHAI, P.K. YADAV, S. PANDEY, *op. cit.*

⁴⁰ N. BUSSMANN, P. GIUDICI, D. MARINELLI, J. PAPENBROCK, *op. cit.*

Lo squilibrio dei set di dati del mondo reale emerge come un problema sostanziale che si verifica comunemente nel settore bancario di (una proporzione molto minore di morosi, inadempienti e debitori rispetto al resto). Poiché la distribuzione è significativamente *skewed* verso una certa classe, il modello può essere facilmente distorto. Il ri-campionamento è stato comunemente utilizzato per affrontare il problema degli insiemi di dati sbilanciati e/o per rifiutare l'inferenza. Mentre la tecnica del sovra-campionamento aumenta la rappresentazione della classe di minoranza generando dati sintetici, il sotto-campionamento riduce la classe di maggioranza rimuovendo le istanze – ognuna con compromessi come l'*overfitting* o la perdita di informazioni preziose. Per attenuare questi problemi, diversi ricercatori propongono di combinare entrambi gli approcci per affrontare in modo più efficace lo sbilanciamento delle classi. Oltre allo sbilanciamento delle classi, i dataset del mondo reale spesso includono rumore e sovrapposizione di dati, che rendono più difficile per i modelli apprendere confini decisionali chiari. In questi casi, il sovra-campionamento può rafforzare gli errori, mentre il sotto-campionamento può rimuovere informazioni utili e distorcere la distribuzione delle classi. I metodi di ri-campionamento devono essere applicati esclusivamente al set di addestramento, poiché modificano la distribuzione delle classi e possono altrimenti distorcere la valutazione dei modelli producendo stime delle prestazioni eccessivamente ottimistiche e distorte. È un metodo di sovra-campionamento ampiamente utilizzato che crea esempi sintetici della classe minoritaria interpolando tra le istanze esistenti in base alla loro distanza. A differenza dei semplici metodi di duplicazione, come il *Random Oversampling (ROS)*, *SMOTE* aumenta l'equilibrio delle classi con campioni più diversificati e informativi e ha influenzato molte tecniche di ri-campionamento avanzate. In letteratura si trovano altre tecniche combinate che utilizzano *SMOTE*, come *SMOTE-Tomek Links* o *SMOTE-ENN*.

Questa revisione sistematica della letteratura rivela le più recenti tecnologie di IA caratterizzate possibilmente dalle prestazioni più elevate. Indipendentemente dall'accuratezza di un modello, la sua applicazione nel mondo reale risulta limitata se non è spiegabile, soprattutto in settori ad alta sensibilità come i servizi finanziari. Le normative europee consentono l'implementazione di modelli di IA solo in presenza di

requisiti specifici. Uno di questi è la spiegabilità, come indicato nell'art. 15, paragrafo 1, lettera h), del GDPR⁴¹: gli interessati hanno il diritto di sapere se i loro dati personali sono trattati e, in caso affermativo, di accedere a tali dati con i relativi dettagli. Ciò include informazioni su qualsiasi processo decisionale automatizzato, compresa la profilazione, nonché una spiegazione significativa del funzionamento del sistema (della logica coinvolta) e dell'impatto previsto sull'individuo. Inoltre, l'art. 13 della legge sull'IA indica che i sistemi di IA ad alto rischio devono essere progettati e sviluppati in modo da garantire che il loro funzionamento sia sufficientemente trasparente da consentire agli utenti di interpretare i risultati del sistema e di utilizzarli in modo appropriato⁴². Il tipo e il grado di trasparenza appropriati devono essere garantiti al fine di ottenere la conformità con gli obblighi pertinenti del fornitore e dell'implementatore. Come risulta dall'Allegato III della Legge sull'IA, i sistemi di IA utilizzati per valutare il merito creditizio o stabilire i punteggi di credito delle persone, nonché quelli per la valutazione del rischio, sono classificati come sistemi ad alto rischio. Tuttavia, la sfida di realizzare modelli di IA spiegabili non è essenziale solo per il potenziale conflitto con i requisiti normativi, ma anche per garantire che tutti i pregiudizi e i rischi di discriminazione o gli errori siano rilevabili e verificabili, altrimenti il modello potrebbe persistere nelle discriminazioni e nelle disuguaglianze storiche già esistenti nella società. Pertanto, l'IA *glassbox* dovrebbe essere il punto di riferimento per l'ulteriore sviluppo dell'IA, oltre che per le prestazioni elevate, per l'applicazione nei processi decisionali ad alto rischio come i servizi finanziari.

⁴¹ <https://gdpr-info.eu/> (ultimo accesso 25 aprile 2025).

⁴² <https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32024R1689> (ultimo accesso 25 aprile 2025).

SWARM LEARNING E TRATTAMENTO DEL DATO SANITARIO

SFIDE NORMATIVE E PROSPETTIVE DI UN APPROCCIO DI INTELLIGENZA ARTIFICIALE DECENTRALIZZATO*

Pier Giorgio Chiara, Francesco Di Tano

1. Introduzione

Negli ultimi lustri, il settore sanitario – analogamente ad altri – ha assistito a una crescente integrazione delle tecnologie digitali per migliorare la cura del paziente e, più in generale, la gestione dei servizi sanitari: app, dispositivi indossabili intelligenti, sistemi di monitoraggio remoto, piattaforme sanitarie, telemedicina, strumenti diagnostici, chirurgia robotica. A loro supporto, ha trovato sviluppo e applicazione l'intelligenza artificiale (IA), in grado di offrire opportunità di innovazione ad alta intensità di conoscenza¹.

L'abbondanza di dati sanitari rappresenta una risorsa preziosa per migliorare la diagnosi, il trattamento, la prevenzione delle malattie e un utilizzo delle risorse più efficiente. Tuttavia, l'analisi e l'utilizzo efficace di questi dati presentano sfide significative, soprattutto in termini di

* Il contributo è il risultato di un lavoro di ricerca congiunto che ha impegnato entrambi gli autori. Nel dettaglio, Francesco Di Tano è autore delle sezioni 2, 3, 4.1; Pier Giorgio Chiara è autore delle sezioni 1; 4.2; 5. Inoltre, la ricerca di Pier Giorgio Chiara è stata sostenuta dal progetto SERICS (PE00000014) nell'ambito del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza del MUR finanziato dall'Unione europea - NextGenerationEU.

¹ A. RAMESH, C. KAMBHAMPATI, J. MONSON, P. DREW, *Artificial Intelligence in Medicine*, in *Annals of The Royal College of Surgeons of England*, 86, 2004, 334-338; K. SAFAVI, B. KALIS, *How AI can Change the Future of Health Care*, in *Harvard Business Review*, 2019.

privacy, sicurezza e interoperabilità². Peraltro, la maggioranza dei dati sanitari non sono strutturati; come risultato, la maggior parte dei dataset esistenti non sono sfruttabili dagli algoritmi di IA³. Inoltre, i formati e la qualità dei dati variano in modo significativo tra i diversi centri clinici⁴. Pur offrendo strumenti potenti per l'analisi dei dati sanitari, l'approccio tradizionale centralizzato dell'addestramento di sistemi di IA presenta limitazioni in termini di scalabilità e rischi associati alla centralizzazione dei dati sensibili. Peraltro, un recente studio ha evidenziato una relazione tra il sotto-utilizzo di tecnologie di IA nel settore sanitario e abbassamento degli standard di prodotti e servizi (per es. in termini di efficienza)⁵. In questo contesto, il modello decentralizzato di IA c.d. *Swarm Learning* emerge come una soluzione promettente. Lo *Swarm Learning*, infatti, integrando i principi dell'apprendimento federato con strategie collaborative⁶, mira a risolvere i problemi legati alla centralizzazione dei dati, migliorando al contempo la privacy e la sicurezza, e – nello specifico contesto della ricerca nel settore sanitario – facilitando la condivisione dei dati tra diverse entità sanitarie senza compromettere la riservatezza.

L'obiettivo principale del presente contributo è esplorare il potenziale dello *Swarm Learning* nel trattamento dei dati sanitari, con un approccio informatico-giuridico: lo studio e la comprensione della tecno-

² J. MORLEY, C.C. MACHADO, C. BURR, J. COWLS, I. JOSHI, M. TADDEO, L. FLORIDI, *The ethics of AI in health care: A mapping review*, in *Social Science & Medicine*, 260, 2020; A. ANGERSCHMID, J. ZHOU, K. THEUERMANN, F. CHEN, A. HOLZINGER, *Fairness and Explanation in AI-Informed Decision Making*, in *Machine Learning & Knowledge Extraction*, 4, 2, 2022.

³ European Parliamentary Research Services. Artificial intelligence in healthcare: applications, risks, and ethical and societal impacts. 2022, 28.

⁴ M. LEHNE, J. SASS, A. ESSENWANGER, J. SCHEPERS, S. THUN, *Why digital medicine depends on interoperability*, in *NPJ Digit Med.*, 79, 2019, 2.

⁵ U. PAGALLO, S. O'SULLIVAN, N. NEVEJANS ET AL., *The underuse of AI in the health sector: Opportunity costs, success stories, risks and recommendations*, in *Health Technology*, 14, 2024.

⁶ L'apprendimento federato è una tecnica di *machine learning* che, attraverso un paradigma di collaborazione decentralizzata, permette di addestrare un modello di IA su dati distribuiti tra i diversi attori che partecipano alla rete senza doverli trasferire in un unico server centrale. Si veda *ex multis* L. LI, Y. FAN, M. TSE, K.-L. LIN, *A review of applications in federated learning*, in *Computers & Industrial Engineering*, 149, 2020.

logia, in questo caso il modello decentralizzato di IA su cui si basa lo *Swarm Learning*, permette di coniugare più accuratamente le complesse sfide normative (giuridiche, etiche e sociali), i rischi ma anche i benefici in un determinato contesto – in questo caso, quello sanitario.

La sezione 2 analizza i principi fondamentali dello *Swarm Learning* da un punto di vista tecnico, evidenziando come questa tecnica di IA si differenzi dagli approcci tradizionali di apprendimento centralizzato e federato. Quindi, la sezione 3 esplora le implicazioni pratiche dell'adozione dello *Swarm Learning* nel settore sanitario, analizzando in particolare i benefici derivanti da un approccio decentralizzato, in termini per esempio di personalizzazione delle cure, diagnosi precoce e prevenzione delle malattie. Alla luce di ciò, la sezione 4 si occupa delle sfide normative. In una prima parte, la discussione verte sulla discussione legata ai tradizionali problemi di privacy, sicurezza e interoperabilità; nella seconda, si problematizza il funzionamento dello *Swarm Learning* alla luce del recente regolamento europeo sull'intelligenza artificiale. Nel tracciare alcune prospettive future, la sezione conclusiva sistematizza le principali opportunità offerte dall'utilizzo di questa tecnologia nel contesto sanitario e fornisce raccomandazioni per future ricerche e politiche che possano supportare l'adozione e l'implementazione dello *Swarm Learning* nel trattamento dei dati sanitari.

2. Lo Swarm Learning

Lo *Swarm Learning* è un approccio innovativo all'intelligenza artificiale che trae ispirazione dai comportamenti collettivi osservati in natura, come quelli degli sciami di insetti, degli stormi di uccelli e dei banchi di pesci⁷. In questi sistemi naturali, agenti autonomi collaborano per risolvere problemi complessi senza la necessità di un controllo centralizzato. Così, lo *Swarm Learning* applica questi principi alla formazione di modelli di intelligenza artificiale, offrendo una serie di vantaggi distintivi rispetto agli approcci tradizionali centralizzati. A differenza

⁷ E. BONABEAU, M. DORIGO, G. THERAULAZ, *Swarm Intelligence: From Natural to Artificial Systems*, Oxford, 1999.

di questi ultimi, infatti, lo *Swarm Learning* adotta una struttura decentralizzata, in cui più nodi collaborano e apprendono insieme senza la necessità di un controllo centrale.

Il principio fondamentale dello *Swarm Learning* è la collaborazione tra entità autonome che condividono modelli di apprendimento e aggiornamenti in modo *peer-to-peer*, mantenendo al contempo i dati originali in locale. Questo approccio combina i vantaggi dell'apprendimento federato⁸, della tecnologia *blockchain* e dell'*edge computing* per garantire sicurezza, trasparenza e integrità dei dati.

Applicato al contesto sanitario, lo *Swarm Learning* consente a diversi istituti di ricerca, ospedali e altre entità sanitarie di collaborare nell'addestramento di modelli di intelligenza artificiale senza dover condividere direttamente i dati sensibili dei pazienti. Ogni nodo o partecipante addestra localmente il proprio modello sui dati a disposizione e condivide solo i parametri aggiornati con gli altri nodi. Questi parametri vengono poi aggregati per migliorare il modello globale, che viene successivamente inviato a tutti i partecipanti per ulteriori cicli di addestramento.

Le caratteristiche chiave dello *Swarm Learning* includono la decentralizzazione, l'attenzione a privacy e sicurezza, una collaborazione 'senza confini' e la trasparenza.

Sotto il primo profilo, nei sistemi naturali che sono serviti da spunto per lo sviluppo dello *Swarm Learning* non esiste un leader centrale: ogni partecipante del sistema agisce autonomamente seguendo regole

⁸ L'apprendimento federato (*Federated Learning*) è una tecnica di intelligenza artificiale che permette di addestrare i modelli, direttamente presso ciascun nodo della rete, senza scambiare i dati. Tuttavia, rispetto allo *Swarm Learning*, nel *Federated Learning* vi è un server centrale che gestisce i parametri del modello globale, all'interno della rete: tale server invia i parametri del modello globale ai singoli nodi, che a loro volta aggiornano i parametri del proprio modello locale e li reinvidano al server. Si veda *ex multis* G.A. KAISIS, M.R. MAKOWSKI, D. RÜCKERT, R.F. BRAREN, *Secure, privacy-preserving and federated machine learning in medical imaging*, in *Nature Machine Intelligence*, 2, 2020. Per una sua analisi giuridica nel contesto della ricerca scientifica, si veda F. DI TANO, *Studi multicentrici, ruoli privacy e flussi di dati UE ed extra UE*, in E. CHIZZOLA, P. GUARDA, V. MARONI, L. RUFO (a cura di), *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali: scenari applicativi e prospettive future*, Trento, 2024, 45-47.

‘constitutive’⁹ e, grazie a ciò, il gruppo, collettivamente, raggiunge obiettivi complessi. Analogamente, nello *Swarm Learning* non esiste un nodo centrale che gestisce l’intero processo di apprendimento. Ogni nodo o agente del sistema contribuisce in modo autonomo all’addestramento del modello utilizzando i propri dati locali. Questa struttura decentralizzata aumenta la robustezza del sistema, poiché l’assenza di un singolo punto di guasto riduce il rischio di interruzioni e migliora la scalabilità del processo di apprendimento.

Alla decentralizzazione corrisponde la collaborazione tra nodi, i quali condividono periodicamente i parametri dei loro modelli locali attraverso un meccanismo di aggregazione sicuro. Ogni nodo addestra il proprio modello sui dati disponibili localmente, condividendo solo gli aggiornamenti dei parametri con gli altri nodi piuttosto che i dati grezzi identificativi. I parametri vengono poi aggregati per migliorare il modello globale, che viene ridistribuito ai nodi partecipanti per ulteriori cicli di addestramento.

Questa collaborazione continua permette ai nodi di beneficiare delle conoscenze acquisite dagli altri, migliorando costantemente le prestazioni del modello senza necessariamente accedere ai dati elaborati presso ciascun nodo. Così, tale modello collaborativo facilita la cooperazione tra diverse organizzazioni sanitarie, migliorando l’accesso a un pool di dati più ampio per l’addestramento di modelli di intelligenza artificiale più robusti e accurati.

Sotto il profilo della tutela della privacy e della protezione dei dati personali – elemento quanto più cruciale nel contesto sanitario – le informazioni rimangono locali. Solo i parametri aggiornati dei modelli, e non i dati grezzi identificativi, vengono condivisi tra i nodi, riducendo così il rischio di *data breach*¹⁰. Inoltre, lo *Swarm Learning* può essere integrato con tecniche avanzate di crittografia e di anonimizzazione per garantire ulteriormente la protezione dei dati durante il processo di aggregazione e condivisione.

Connesso a ciò, la sicurezza e la trasparenza sono garantite dall’utilizzo della tecnologia *blockchain*, che assicura che tutte le interazioni

⁹ J. SEARLE, *Constitutive Rules*, in *Argumenta*, 4, 1, 2018, 51-54.

¹⁰ Art. 4, n. 12 GDPR.

tra i nodi siano sicure e tracciabili, migliorando la fiducia tra i partecipanti. La *blockchain* fornisce un registro immutabile e verificabile di tutte le operazioni effettuate nel sistema: ogni aggiornamento del modello e ogni transazione tra i nodi vengono registrati in un blocco, che viene aggiunto a una catena di blocchi. Questo meccanismo assicura che tutte le modifiche siano tracciabili e che eventuali manipolazioni possano essere facilmente rilevate.

Gli algoritmi di aggregazione sono cruciali per combinare in modo efficace i parametri dei modelli provenienti dai diversi nodi. Essi possono includere metodi di media ponderata, dove i contributi dei nodi vengono ponderati in base alla dimensione e alla qualità dei loro dati locali, o metodi più avanzati che tengono conto della specificità dei dati e delle prestazioni del modello locale. L'obiettivo è creare un modello globale che rappresenti al meglio le conoscenze distribuite tra tutti i nodi partecipanti.

In sintesi, lo *Swarm Learning* rappresenta un paradigma emergente nell'ambito dell'intelligenza artificiale decentralizzata, con il potenziale di trasformare il modo in cui i dati sanitari vengono trattati e utilizzati per migliorare le cure mediche e la ricerca.

3. Applicazioni dello *Swarm Learning* nel trattamento del dato sanitario

Attraverso tecniche avanzate di machine learning e data mining, lo *Swarm Learning* raccoglie, elabora e ricava informazioni preziose per la diagnosi, il trattamento e la prevenzione delle malattie, puntando al miglioramento della qualità delle cure e all'ottimizzazione dell'efficienza del sistema sanitario¹¹.

L'analisi dei dati sanitari rappresenta uno degli ambiti più promettenti per la sua applicazione. L'ambito sanitario è costitutivamente decentralizzato. D'altro canto, il volume di dati disponibili localmente è spesso insufficiente per addestrare classificatori affidabili alla base di

¹¹ S. WARNAT-HERRESTHAL ET AL., *Swarm Learning for decentralized and confidential clinical machine learning*, in *Nature*, 594, 2021; E.S. DOVE, Y. JOLY, A.M. TASSÉ, B.M. KNOPPERS, *Genomic cloud computing: legal and ethical points to consider*, in *Eur. J. Hum. Genet.* 23, 2015.

modelli di IA¹². Infatti, è solo grazie all’elaborazione di grandi volumi di dati clinici, genetici, demografici e comportamentali, che è possibile identificare pattern nascosti e tendenze significative che possono fornire indicazioni utili per la pratica clinica¹³. Per esempio, l’analisi dei pattern nei dati sanitari consente di individuare associazioni tra sintomi specifici e diagnosi, migliorando la capacità di rilevare precocemente malattie complesse o rare. Inoltre, l’analisi delle tendenze temporali permette di monitorare la progressione delle patologie e di identificare fattori di rischio emergenti, contribuendo a pianificare interventi preventivi più efficaci. Un altro fattore rilevante è rappresentato dalla predizione e modellazione delle malattie, dal momento che l’addestramento di algoritmi predittivi su dati storici aiuta a prevedere l’evoluzione delle malattie, la risposta ai trattamenti e il rischio di complicanze per i pazienti.

Questi modelli predittivi supportano i medici nel prendere decisioni cliniche più informate, aiutandoli a selezionare le terapie più appropriate e a personalizzare i piani di trattamento in base alle esigenze specifiche dei pazienti.

La segmentazione dei pazienti è un’altra applicazione cruciale, poiché permette di raggrupparli in categorie omogenee in base a caratteristiche cliniche, genetiche o comportamentali, identificare sottogruppi con esigenze specifiche, e così facilitare la personalizzazione delle cure e l’efficacia dei trattamenti. Consente, inoltre, di sviluppare strategie

¹² S. WARNAT-HERRESTHAL ET AL., *Swarm Learning as a privacy-preserving machine learning approach for disease classification*, in *bioRxiv*, 2020, 4 (<https://www.biorxiv.org/content/10.1101/2020.06.25.171009v2.abstract>).

¹³ Si pensi, in particolare, alla c.d. medicina di precisione, che segue un approccio basato sui dati, incentrato sull’individuo. *Ex multis*, M. HASSAN, F.M. AWAN, A. NAZ, E.J. DEANDRÉS-GALIANA, O. ALVAREZ, A. CERNEA, L. FERNÁNDEZ-BRILLET, J.L. FERNÁNDEZ-MARTÍNEZ, A. KLOCZKOWSKI, *Innovations in Genomics and Big Data Analytics for Personalized Medicine and Health Care: A Review*, in *International Journal of Molecular Sciences*, 23, 9, 2022; D. CIRILLO, A. VALENCIA, *Big data analytics for personalized medicine*, in *Current Opinion in Biotechnology*, 58, 2019; K.Y. NGIAM, I.W. KHOR, *Big data and machine learning algorithms for health-care delivery*, in *The Lancet Oncology*, 20, 5, 2019; J.S. BECKMANN, D. LEW, *Reconciling evidence-based medicine and precision medicine in the era of big data: challenges and opportunities*, in *Genome Medicine*, 8, 134, 2016.

preventive mirate per gruppi ad alto rischio, contribuendo a ridurre l'incidenza di malattie croniche e a migliorare la salute pubblica.

Il monitoraggio della salute pubblica rappresenta dunque un ambito strategico di applicazione dello *Swarm Learning*, il quale, attraverso l'analisi di dati sanitari su larga scala, può delineare tendenze epidemiologiche, rilevare precocemente emergenze sanitarie e analizzare le disparità di salute tra diverse popolazioni. Queste informazioni sono oltretutto fondamentali per guidare le politiche sanitarie, pianificare le risorse e attuare interventi preventivi mirati, garantendo una risposta tempestiva ed efficace alle crisi sanitarie.

Lo *Swarm Learning* consente anche di valutare l'efficienza e l'*outcome* clinico degli interventi sanitari, fornendo una base solida per migliorare la qualità delle cure. Analizzando indicatori di *performance* clinica come la riduzione dei tempi di ricovero o il miglioramento della qualità della vita, è possibile misurare l'efficacia dei trattamenti e identificare aree di miglioramento.

Inoltre, l'analisi dei dati sanitari supporta la ricerca e lo sviluppo di nuovi trattamenti, favorendo l'identificazione di biomarcatori prognostici e predittivi, l'individuazione di bersagli terapeutici innovativi e la valutazione dell'efficacia di farmaci in fase di sperimentazione.

Il controllo della salute dei pazienti rappresenta un altro ambito cruciale in cui lo *Swarm Learning* permette di rilevare precocemente eventi avversi, reazioni ai farmaci e altre complicanze cliniche. Questo approccio proattivo contribuisce a migliorare la sicurezza delle cure, riducendo il numero di errori medici e garantendo un'assistenza più sicura ed efficace.

Un altro settore di grande impatto è il monitoraggio e la previsione delle malattie, mediante una precoce identificazione di segnali di malattia e la previsione dell'andamento. Per esempio, l'analisi dei sintomi o dei segni vitali può rivelare segnali precoci di malattie degenerative o croniche, così come la previsione di *outcomes* clinici, il rischio di complicanze post-operatorie o la probabilità di ricovero ospedaliero. O, ancora, l'adozione di dispositivi indossabili e sensori biometrici consente di valutare in tempo reale lo stato di salute dei pazienti. Tutto ciò permette di intervenire tempestivamente e pianificare piani di cura personalizzati per migliorare gli esiti clinici dei pazienti. Utilizzando dati

individuali, è altresì possibile identificare fattori di rischio personalizzati, selezionare trattamenti ottimizzati e adattare dosaggi e modalità di somministrazione dei farmaci per massimizzare l'efficacia terapeutica.

La previsione di epidemie e pandemie è un altro ambito in cui lo *Swarm Learning* mira a fare la differenza: analizzando dati epidemiologici, demografici e ambientali, è possibile identificare pattern di diffusione delle malattie infettive e prevedere l'evoluzione delle epidemie, supportando una pianificazione sanitaria più efficace e una risposta tempestiva alle emergenze sanitarie globali.

4. Alcune sfide normative dello *Swarm Learning*

4.1. Il trattamento del dato sanitario

Considerando la sensibilità del dato sanitario¹⁴, lo *Swarm Learning* – anche e soprattutto in virtù delle sue caratteristiche di metodo di apprendimento distribuito – solleva innanzitutto sfide in materia di protezione dei dati personali, toccando gli aspetti nevralgici delle basi giuridiche del trattamento, del trasferimento transfrontaliero dei dati perso-

¹⁴ La Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali ha sancito per prima il generale divieto di trattamento dei dati relativi alla salute (art. 8, par. 1), salve le eccezioni di cui all'art. 8, par. 2, cui ha fatto seguito, nel contesto italiano, la legge di recepimento, l. 31 dicembre 1996, n. 675, che ha incluso i “dati personali idonei a rivelare lo stato di salute” fra i “dati sensibili” (art. 22). Attualmente, il Regolamento UE 2016/679, relativo alla protezione delle persone fisiche in materia di trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati (RGPD, meglio conosciuto con l'acronimo inglese GDPR), qualifica i “dati relativi alla salute” come “dati personali attinenti alla salute fisica o mentale di una persona fisica, compresa la prestazione di servizi di assistenza sanitaria, che rivelano informazioni relative al suo stato di salute” (art. 4, n. 15), e li annovera tra le categorie particolari di dati personali (art. 9, par. 1), il cui trattamento è vietato, salva la sussistenza di specifiche condizioni di liceità (art. 9, par. 2). Cfr. *ex multis*: G. FIORIGLIO, *La protezione dei dati sanitari nella Società algoritmica. Profili informatico-giuridici*, in *Journal of Ethics and Legal Technologies*, 3, 2, 2021; P. GUARDA, *I dati sanitari*, in V. CUFFARO, R. D'ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *I dati personali nel diritto europeo*, Torino, 2019, 591-626.

nali, dei ruoli e delle responsabilità degli attori coinvolti, e infine della sicurezza dei dati.

Com'è noto, nell'Unione europea, il GDPR impone specifici requisiti e condizioni per la raccolta, l'elaborazione e la conservazione delle informazioni sulla salute degli individui al fine di garantirne, *inter alia*, riservatezza e sicurezza. L'identificazione della corretta base giuridica per il trattamento del dato personale – e, in particolar modo, dell'informazione sulla salute – rappresenta uno degli adempimenti preliminari più rilevanti e, al tempo stesso, complessi.

Nel contesto sanitario, il trattamento è ora giustificato (art. 9, par. 2, lett. h del GDPR) se necessario per finalità di medicina preventiva o di medicina del lavoro, valutazione della capacità lavorativa del dipendente, diagnosi, assistenza o terapia sanitaria o sociale ovvero gestione dei sistemi e servizi sanitari o sociali sulla base del diritto dell'Unione o degli Stati membri o conformemente al contratto con un professionista della sanità.

Tuttavia, lo *Swarm Learning*, quale metodo di addestramento di sistemi di intelligenza artificiale, non interviene in fase applicativa sul paziente, bensì in fase di sviluppo di un sistema che, successivamente, sarà adottato nella pratica clinica-assistenziale (dalla diagnostica in poi). In sintesi, i trattamenti di dati personali e sanitari mediante *Swarm Learning* avvengono per finalità di ricerca scientifica. Ciò, complica ulteriormente il quadro, poiché, se è pur vero che l'art. 9, par. 2, lett. j) del GDPR ammetta il trattamento se necessario a fini di ricerca scientifica, ciò deve comunque avvenire sulla base del diritto dell'Unione o nazionale, e in presenza di misure appropriate e specifiche per tutelare i diritti fondamentali e gli interessi dell'interessato.

Questo si è tradotto, nella pratica giuridica comunitaria, in distinte discipline nazionali che hanno potuto determinare autonomamente condizioni di liceità dei trattamenti¹⁵.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Assessment of the EU Member States' rules on health data in the light of the GDPR*, Bruxelles, 12 febbraio 2021, che ha rilevato un'applicazione disomogenea e frammentata della normativa in materia di dati sanitari nel contesto europeo, causata dall'adozione di disposizioni nazionali di dettaglio concesse dal GDPR, la quale ha ostacolato l'accesso ai dati sanitari elettronici e il loro utilizzo da parte (tra gli altri) dei ricercatori. Sul punto, si veda altresì: F. DI TANO, *Protezione dei*

Basti pensare all'ordinamento italiano, in cui le Regole deontologiche per trattamenti a fini statistici o di ricerca scientifica, pubblicate dal Garante per la protezione dei dati personali il 19 dicembre 2018¹⁶, impongono il consenso scritto (o documentato per iscritto in determinati casi) per il trattamento delle categorie particolari di dati personali per scopi statistici e scientifici. Regola comunque mitigata dall'attuale versione dell'art. 110 del Codice Privacy, che rende non necessario il consenso per il trattamento dei dati relativi alla salute, a fini di ricerca scientifica in campo medico, biomedico o epidemiologico quando la ricerca è effettuata in base a disposizioni di legge o di regolamento o al diritto dell'Unione europea in conformità all'art. 9, par. 2, lett. j) del GDPR, oppure quando, a causa di particolari ragioni, informare gli interessati risulti impossibile, implichi uno sforzo sproporzionato, oppure rischi di rendere impossibile o di pregiudicare gravemente il conseguimento delle finalità della ricerca. In tali casi, oltre all'adozione di appropriate misure di tutela e all'ottenimento di un parere favorevole del competente comitato etico a livello territoriale, è necessaria la conduzione e la pubblicazione di una valutazione d'impatto ai sensi dell'art. 35 del GDPR.

È comunque opportuno segnalare, in prospettiva, aperture normative che si inseriscono nel solco di una politica europea sui dati incentrata sulla condivisione e sullo sviluppo sociale.

Nel contesto europeo, lo *European Health Data Space*, istituito con il Regolamento (UE) 2025/327, ha l'obiettivo

dati personali e ricerca scientifica: un rapporto controverso ma necessario, in *Biolaw Journal*, 1, 2022; A. NORDBERG, *Biobank and Biomedical Research: Responsibilities of Controllers and Processors Under the EU General Data Protection Regulation*, in S. SLOKENBERGA, O. TZORTZATOU, J. REICHEL (a cura di), *GDPR and Biobanking. Individual Rights, Public Interest and Research Regulation across Europe*, Cham, 2021, 61-89; E.B. VAN VEEN, *Observational health research in Europe: understanding the General Data Protection Regulation and underlying debate*, in *European Journal of Cancer*, 104, 2018.

¹⁶ Tali Regole, attualmente in fase di rinnovazione da parte del Garante con il coinvolgimento di *stakeholders* da quest'ultimo selezionati (prov. n. 298 del 9 maggio 2024), possiedono *vis* normativa ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (Codice Privacy). Provvedimento n. 515 del 19 dicembre 2018 (<https://www.garanteprivacy.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9069637>).

di migliorare l'accesso delle persone fisiche ai loro dati sanitari elettronici personali e il loro controllo su tali dati nel contesto dell'assistenza sanitaria, nonché per conseguire più efficacemente altre finalità che comportano l'uso dei dati sanitari elettronici nei settori sanitario e assistenziale di cui beneficerebbe la società, quali la ricerca, l'innovazione, la definizione delle politiche, la preparazione e la risposta alle minacce sanitarie, anche per quanto riguarda la prevenzione e la gestione di future pandemie, la sicurezza dei pazienti, la medicina personalizzata, le statistiche ufficiali o le attività normative¹⁷.

Sotto il profilo della protezione dei dati personali, il regolamento istitutivo

fornisce una base giuridica per l'uso secondario dei dati sanitari elettronici personali, comprese le garanzie richieste a norma dell'articolo 9, paragrafo 2, lettere da g) a j), del regolamento (UE) 2016/679 per consentire il trattamento di categorie particolari di dati, in termini di finalità legittime, governance affidabile per fornire l'accesso ai dati sanitari, attraverso il coinvolgimento di organismi responsabili dell'accesso ai dati sanitari, e il trattamento in un ambiente sicuro, nonché modalità per il trattamento dei dati, stabilite nell'autorizzazione ai dati¹⁸.

Su altro versante, limitatamente al contesto italiano, è di recente approvazione al Senato della Repubblica, in attesa dell'esame della Camera dei Deputati, il disegno di legge sull'Intelligenza Artificiale¹⁹ recante principi in materia di ricerca, sperimentazione, sviluppo, adozione e applicazione di sistemi e di modelli di intelligenza artificiale. Tale normativa, per i fini del presente contributo, andrebbe a dichiarare di rilevante interesse pubblico, ai sensi dell'art. 9, par. 2, lett. g) del GDPR, i

trattamenti di dati, anche personali, eseguiti da soggetti pubblici e privati senza scopo di lucro per la ricerca e la sperimentazione scientifica

¹⁷ Considerando 1 del Regolamento (UE) 2025/327.

¹⁸ Considerando 52 del Regolamento (UE) 2025/327.

¹⁹ Disegno di legge n. 1146, Disposizioni e delega al Governo in materia di intelligenza artificiale, il quale, all'art. 1, specifica di promuovere "un utilizzo corretto, trasparente e responsabile, in una dimensione antropocentrica, dell'intelligenza artificiale, volto a coglierne le opportunità", garantendo una "vigilanza sui rischi economici e sociali e sull'impatto sui diritti fondamentali dell'intelligenza artificiale".

nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale per finalità di prevenzione, diagnosi e cura di malattie, sviluppo di farmaci, terapie e tecnologie riabilitative, realizzazione di apparati medicali, incluse protesi e interfacce fra il corpo e strumenti di sostegno alle condizioni del paziente, salute pubblica, incolumità della persona, salute e sicurezza sanitaria, in quanto necessari ai fini della realizzazione e dell'utilizzazione di banche dati e modelli di base²⁰.

Rappresentando, l'interesse pubblico rilevante, una delle basi giuridiche previste dall'art. 9, par. 2 del GDPR per consentire il trattamento dei dati particolari (tra cui quelli sulla salute), ciò significa superare la necessità del consenso del soggetto interessato tanto per le ricerche retrospettive, quanto per quelle prospettiche, alle condizioni indicate dalla suddetta norma²¹.

Sotto altro profilo, in una molteplice veste relativa alla protezione dei dati personali, rileva un ulteriore aspetto peculiare.

Nel contesto dei metodi di apprendimento distribuito, come lo *Swarm Learning*, i dati (sanitari), come si è detto, si posizionano su più nodi. Tale elemento tecnico-operativo richiede, come principale conseguenza giuridica, la corretta identificazione dei ruoli ricoperti, con annessa attribuzione della responsabilità per la conformità normativa e, in particolare, per la tutela dei dati personali dei soggetti coinvolti. Al tempo stesso, il metodo può sollevare interrogativi su possibili trasferimenti transfrontalieri di dati sanitari. Il che, com'è noto, richiede il rigido rispetto delle prescrizioni del GDPR contenute negli artt. da 45 a 49²².

²⁰ Art. 8 Disegno di legge n. 1146, rubricato "Ricerca e sperimentazione scientifica nella realizzazione di sistemi di intelligenza artificiale in ambito sanitario".

²¹ L'art. 8 richiede esplicitamente che il titolare del trattamento provveda a fornire un'informativa sul trattamento, eventualmente anche tramite sito web, a ottenere l'approvazione da parte dei comitati etici interessati e, infine, a comunicare il trattamento al Garante per la protezione dei dati personali con l'indicazione di tutte le informazioni previste dagli artt. 24, 25, 32 e 35 del GDPR, nonché con l'indicazione espressa, ove presenti, dei soggetti individuati ai sensi dell'art. 28 del GDPR. In ogni caso, i trattamenti possono essere avviati decorsi trenta giorni dalla predetta comunicazione se non sono stati oggetto di provvedimento di blocco disposto dal Garante.

²² Il trasferimento di dati personali verso un paese terzo o un'organizzazione internazionale è ammesso, in primis, ai sensi dell'art. 45 GDPR, se la Commissione UE ha adottato una decisione di adeguatezza, con cui ritiene idoneo il livello di protezione

Non da ultimo, la distribuzione su una medesima rete costituita da più nodi aumenta il rischio di accessi non autorizzati, manipolazioni malevole o perdite di dati, richiedendo l'implementazione di misure di sicurezza avanzate e protocolli di gestione dei rischi.

In tal senso, l'art. 32 GDPR prescrive come obbligo del titolare e del responsabile del trattamento l'adozione di misure tecniche e organizzative adeguate al livello del rischio per i diritti e libertà degli interessati introdotto dal trattamento *in specie*. Il riferimento al criterio dell'adeguatezza nell'art. 32 si pone in linea con l'approccio basato sul rischio che permea il Regolamento²³ e, più generalmente, con il principio di proporzionalità proprio del diritto UE: i titolari e i responsabili del trattamento devono, in primo luogo, identificare i rischi specifici del trattamento *in concreto*, valutare quindi l'impatto potenziale dei rischi identificati in base alle circostanze del trattamento, e infine attuare misure per mitigare i rischi che hanno maggiori probabilità di concretizzarsi²⁴. In particolare, la pseudonimizzazione e la cifratura dei dati personali sono due misure tecniche espressamente citate dall'art. 32 come adeguate: per quanto non siano 'obbligatorie' in tutti i contesti, il legislatore esprime una chiara preferenza per l'adozione di queste ogniqualvolta sia possibile.

A fronte dei limiti e delle criticità passate in rassegna, che tanto caratterizzano i modelli di machine learning centralizzati, lo *Swarm Learning* propone un cambio di rotta radicale, dal momento che i dati

garantito dal paese terzo, dal territorio o da uno o più settori specifici all'interno del paese terzo, nonché dall'organizzazione internazionale. In mancanza di una tale decisione il trasferimento è comunque consentito in caso di fornitura di garanzie adeguate, sancite dall'art. 46 GDPR, e a condizione che gli interessati dispongano di diritti azionabili e mezzi di ricorso effettivi. In caso di ulteriore mancanza di garanzie adeguate, è ammesso il trasferimento soltanto se si verifica una delle condizioni derogatorie tassativamente indicate dall'art. 49 GDPR, tra cui il consenso esplicito dell'interessato o importanti motivi di interesse pubblico. Si veda, sui trasferimenti di dati personali nella ricerca scientifica sanitaria, F. DI TANO, *Studi multicentrici, ruoli privacy e flussi di dati UE ed extra UE*, cit., 54-56.

²³ R. GELLERT, *The risk-based approach to data protection*, Oxford, 2020.

²⁴ L.A. BYGRAVE, *Article 32. Security of processing*, in C. KUNER, L.A. BYGRAVE, C. DOCKSEY (eds.), *The EU General Data Protection Regulation: A Commentary (2nd edition)*, Oxford, forthcoming, 68.

non lasciano mai il luogo in cui sono conservati: ogni nodo locale (come, per esempio, un centro clinico di sperimentazione, nella ricerca sanitaria) addestra un modello esclusivamente sull'insieme di dati in suo possesso, condividendo solo i parametri del modello attraverso una rete *blockchain*.

A differenza del metodo di *Federated Learning*, in cui il coordinamento rimane centralizzato, lo *Swarm Learning* si basa su un'architettura *peer-to-peer*, in cui non esiste un'entità dominante, e tutte le decisioni (inclusa la validazione dei parametri) sono condivise tramite meccanismi di consenso distribuiti.

Ciò comporta vantaggi non solo tecnici (come scalabilità, ridondanza e resilienza del sistema), ma anche giuridici, poiché, in concreta attuazione dei principi di *accountability* e di *privacy by design* e *by default* sanciti dal GDPR, la minimizzazione del trattamento dei dati personali è una componente intrinseca del sistema. La protezione del dato, difatti, non è un vincolo *ex post*, ma una proprietà strutturale dell'algoritmo stesso.

Inoltre, non emergendo un'esigenza di trasferimento dei dati grezzi (identificativi e, dunque, personali ai sensi del GDPR) tra i nodi della rete, diviene potenzialmente superflua l'individuazione di basi giuridiche ulteriori, ai sensi degli artt. 6 e 9 GDPR, ai fini di una condivisione non più necessaria, nonché la conduzione di valutazioni d'impatto nei casi in cui il rischio residuo per i diritti e le libertà fondamentali degli interessati possa essere considerato basso. In questa prospettiva, la tecnologia si configura come uno strumento di prevenzione e di riduzione del rischio.

In tal senso, nel contesto dello *Swarm Learning*, l'impiego di tecniche avanzate di crittografia per proteggere i dati in transito e a riposo durante – vieppiù in un contesto di trattamento di dati sanitari – è essenziale per essere conforme agli obblighi posti dal GDPR. Per esempio, è stato proposto in letteratura un meccanismo di crittografia omomorfa per criptare i parametri del modello di *Swarm Learning* prima di condividerli con i partecipanti che sono registrati e autenticati dalla tec-

nologia *blockchain*²⁵. Inoltre, l'implementazione di firme digitali, *hash* crittografici e registri immutabili delle transazioni assicura che i dati non siano alterati o compromessi durante la trasmissione o l'elaborazione, assicurandone quindi l'integrità, requisito essenziale di *information security* insieme con riservatezza e disponibilità (c.d. triade RID).

Per quanto concerne invece le misure organizzative, sarà necessario garantire che solo persone autorizzate possano accedere ai dati sanitari e che l'accesso, tra tutti i nodi della rete, sia limitato al minimo necessario per svolgere le proprie mansioni. L'implementazione di controlli di accesso basati sui ruoli e l'audit degli accessi consentono di monitorare e controllare l'accesso ai dati sanitari aumentando quindi il livello di sicurezza della rete.

Alla luce di quanto sopra, lo *Swarm Learning* può essere identificato non soltanto come un'evoluzione tecnica, bensì un metodo potenzialmente idoneo a superare la contrapposizione fra innovazione, attività di ricerca (sanitaria, su tutte) e protezione dei dati personali. Tale approccio – un esempio di codificazione giuridica della tecnica – permette di sviluppare sistemi di intelligenza artificiale etici, resilienti e legittimi ad alto impatto sociale, che incorporano, come si è evidenziato, l'adeguamento normativo sin dalla fase progettuale e nella stessa architettura del sistema.

Ciò, tuttavia, richiede inevitabilmente un'analisi giuridica sul versante del recente Regolamento (UE) 2024/1689 (*Artificial Intelligence Act*).

4.2. *Swarm Learning nella ricerca sanitaria e Artificial Intelligence Act: alcune considerazioni*

Lo *Swarm Learning*, come è stato ampiamente chiarito nei paragrafi che precedono, è una tecnica di intelligenza artificiale. Pertanto, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 1, del Regolamento (UE) 2024/1689 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (da qui in avanti, *AI Act*), un sistema che si basi sullo *Swarm Learning* rientra nell'ambito di applicazione del regolamento.

²⁵ H.A. MADNI, R.M. UMER, G.L. FORESTI, *Swarm-FHE: Fully Homomorphic Encryption-based Swarm Learning for Malicious Clients*, in *International Journal of Neural System*, 33, 8, 2023.

Senza entrare nel merito della struttura generale del regolamento e delle singole disposizioni²⁶, in questa sede si ritiene di analizzare l'inquadramento nell'ambito del regolamento di un sistema di IA basato sullo *Swarm Learning* nel contesto specifico della ricerca scientifica nel settore sanitario.

L'art. 2, paragrafo 6, dell'*AI Act* stabilisce che «[il regolamento] non si applica ai sistemi di IA o modelli di IA, ivi compresi i loro *output*, specificamente sviluppati e messi in servizio al solo scopo di ricerca e sviluppo scientifici». Si può quindi concludere *prima facie* che gli obblighi per fornitori e *deployer* previsti dall'*AI Act* non si applichino a sistemi di IA basati su *Swarm Learning*, atteso che siano sviluppati e utilizzati per la finalità di ricerca di scientifica in ambito sanitario²⁷, ancorché non vi sia una definizione condivisa di ricerca scientifica²⁸.

Tuttavia, è possibile ipotizzare degli scenari che possano complicare il quadro di esenzione suesposto. Si pensi, a titolo esemplificativo, a un sistema di IA basato su tecniche di *Swarm Learning* che sia stato sviluppato da un centro di ricerca in collaborazione con una azienda per la finalità di ricerca scientifica nel settore sanitario²⁹. L'azienda decide in un secondo momento di utilizzare la conoscenza derivata da questa attività di ricerca per immettere autonomamente un proprio sistema di IA nel mercato. In questo scenario, è possibile immaginare grandi aziende utilizzare l'esenzione per la ricerca e la collaborazione con istituzioni o centri di ricerca pubblici per eludere l'applicazione dell'*AI Act*. In questo contesto, alcuni autori hanno parlato esplicitamente di arbitraggio normativo, inteso come una strategia di evasione dalla regolamentazione, resa possibile grazie a una mancanza di coerenza a livello normativo³⁰.

²⁶ Si veda, *ex multis*, O. POLLICINO, F. DONATI, G. FINOCCHIARO, F. PAOLUCCI (a cura di), *La Disciplina dell'Intelligenza Artificiale*, Milano, 2025.

²⁷ Si veda H. VAN KOLFSCHOOTEN, J. VAN OIRSCHOT, *The EU Artificial Intelligence Act (2024): Implications for healthcare*, in *Health policy*, 149, 2024.

²⁸ European Data Protection Supervisor, *A preliminary opinion on data protection and scientific research*, 2020.

²⁹ G. SCHNEIDER, *Disentangling health data networks: a critical analysis of Articles 9(2) and 89 GDPR*, in *International Data Privacy Law*, 9, 4, 2019, 270.

³⁰ L. COLONNA, *The AI Act's Research Exemption: A Mechanism for Regulatory Arbitrage?*, in A. MOBERG, E. GILL-PEDRO (eds.), *Law and the Governance of Artificial*

Sotto altro profilo, lo stesso considerando 25 del regolamento, che esplicita la necessità di escludere dall'ambito di applicazione dell'*AI Act* i sistemi e i modelli di IA sviluppati allo scopo di ricerca scientifica, chiarisce la necessità di escludere dall'applicazione del regolamento anche le attività di ricerca, prova o sviluppo relative a sistemi di IA o modelli di IA prima della loro immissione sul mercato o messa in servizio (si veda art. 2, par. 8). Il considerando continua dicendo che

l'esclusione non pregiudica l'obbligo di conformarsi al presente regolamento qualora un sistema di IA nell'ambito di applicazione del regolamento sia immesso sul mercato o messo in servizio in conseguenza di tale attività di ricerca e sviluppo.

In questo caso, le disposizioni del regolamento, che prima non si sarebbero applicate in forza della clausola di esclusione per le finalità di ricerca e sviluppo, ora si applicherebbero al sistema di IA immesso sul mercato in conseguenza di quella attività di ricerca.

Anche questo secondo scenario, tuttavia, presenta delle criticità. Partendo da un contesto di utilizzo specifico, quale per esempio quello sanitario, si potrebbe ipotizzare infatti che il sistema di IA in questione sia esso stesso un prodotto che rientra nell'ambito di applicazione del Regolamento (UE) 2017/745 sui dispositivi medici. Ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, *AI Act*, un siffatto sistema di IA sarebbe considerato ad 'alto rischio'. Questo è un dato importante, dal momento che i sistemi di IA ad alto rischio, per essere immessi sul mercato, devono rispettare i requisiti essenziali³¹ di cui alla sezione 2 del Capo III del regolamento. In particolare, deve essere istituito un sistema di gestione dei rischi³²; i set di dati di addestramento devono soddisfare determinati criteri di qualità³³; deve essere redatta e aggiornata l'opportuna documentazione tecnica³⁴; gli eventi (*log*) sono registrati automaticamente³⁵; il

Intelligence, Cham, 2024. Cfr. A. BOGUCKI ET AL., *The AI Act and emerging EU digital acquis: overlaps, gaps and inconsistencies*, in *CEPS in depth analysis*, 2022, 28.

³¹ Art. 8, *AI Act*.

³² Art. 9, *AI Act*.

³³ Art. 10, *AI Act*.

³⁴ Art. 11, *AI Act*.

³⁵ Art. 12, *AI Act*.

funzionamento dei sistemi deve essere sufficientemente trasparente da consentire ai *deployer* di interpretare l'*output*³⁶; i sistemi devono poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche³⁷, e devono conseguire un adeguato livello di accuratezza, robustezza e ciphersicurezza³⁸. Questi requisiti vanno garantiti durante tutto il ciclo di vita del sistema di IA ad alto rischio. E quindi, sin dalla progettazione.

Tuttavia, riprendendo l'esempio fatto poc'anzi, se il regolamento viene ad applicarsi solo in un momento successivo, perché prima quel determinato sistema di IA sarebbe rimasto fuori dall'ambito di applicazione in ragione della finalità di ricerca e sviluppo, come si potrebbe assicurare il rispetto dei requisiti per *tutto* il ciclo di vita? Se infatti i ricercatori ignorassero i requisiti essenziali posti dalla normativa rilevante, il soggetto che volesse immettere il prodotto sul mercato dovrebbe iniziare un lungo e complesso processo di raccolta di tutte le informazioni rilevanti, per quanto possibile. In tal senso, potrebbe quindi verificarsi una situazione paradossale in cui l'esenzione per la ricerca freni l'innovazione³⁹.

Al fine di evitare questo scenario, in un siffatto contesto caratterizzato da uno scarso grado di certezza del diritto, un ruolo decisivo potrebbe essere giocato dagli spazi di sperimentazione normativa (c.d. *regulatory sandboxes*), quali strumenti giuridici di co-regolazione in cui le autorità competenti per l'applicazione di una determinata normativa in un settore specifico collaborano con operatori economici del settore privato per 'testare' gli impatti di obblighi e requisiti giuridici su prodotti o servizi innovativi in un ambiente controllato⁴⁰. Beneficiando della continua comunicazione con le autorità competenti, le imprese che vorranno sviluppare sistemi di IA basati su tecniche di *Swarm*

³⁶ Art. 13, *AI Act*.

³⁷ Art. 14, *AI Act*.

³⁸ Art. 15, *AI Act*.

³⁹ L. COLONNA, *The AI Act's Research Exemption: A Mechanism for Regulatory Arbitrage?*, cit., 70.

⁴⁰ Si veda *ex multis* E. LONGO, F. BAGNI, *From legal experimentation to regulatory sandboxes: the EU's pioneering approach to digital innovation and regulation*, in F. BAGNI, F. SEFERI (eds.), *Regulatory Sandboxes for AI and Cybersecurity: questions and answers for stakeholders*, Roma, 2025, 18-28.

Learning capiranno come conseguire la conformità alle nuove regole in modo effettivo, senza che vi sia il timore della sanzione⁴¹, in un contesto – quale è quello della regolazione dell'intelligenza artificiale – di alta complessità, sia tecnica che giuridica⁴². Evidentemente, le disposizioni sugli spazi di sperimentazione normativa si applicano anche alle attività di ricerca e sviluppo relative a sistemi di IA prima che questi siano immessi sul mercato⁴³. In tal modo sarà più facile per le aziende fornire riscontri alle autorità di sorveglianza del mercato, nonché ad altri regolatori, circa il grado di applicazione effettiva delle misure giuridiche previste dalla legislazione rilevante⁴⁴.

5. *Riflessioni conclusive*

Il presente contributo ha esaminato il concetto di *Swarm Learning* e le sue implicazioni nel trattamento del dato sanitario, esplorando le sfide normative e le prospettive future di questo approccio innovativo nell'ambito dell'intelligenza artificiale decentralizzata.

L'analisi dei principi di *Swarm Learning* ha evidenziato la sua natura decentralizzata e collaborativa, che consente la condivisione e l'apprendimento distribuito dei modelli senza la necessità di centralizzare i dati sensibili dei pazienti, né tantomeno dividerli tra i centri di sperimentazione partecipanti. Questo approccio potrebbe evolvere il modo in cui vengono raccolti, elaborati e conservati i dati sanitari a fini di ricerca medica, per pervenire a diagnosi più accurate, trattamenti più personalizzati e una migliore gestione delle risorse sanitarie.

Tuttavia, l'implementazione di sistemi di IA basati su tecniche di *Swarm Learning* nel settore sanitario affronta diverse sfide normative, soprattutto in materia di protezione dei dati personali, con particolare riguardo alla sicurezza del trattamento. Pertanto, l'analisi si è concen-

⁴¹ Art. 57, paragrafo 12, *AI Act*.

⁴² Vedi art. 57, paragrafo 9, *AI Act*.

⁴³ Considerando 25, *AI Act*.

⁴⁴ M. DRAGHI, *The Future of European Competitiveness*, 2024 (https://commission.europa.eu/document/download/97e481fd-2dc3-412d-be4c-f152a8232961_en, ultimo accesso 7 aprile 2025).

trata prevalentemente su selezionati aspetti applicativi problematici con riguardo alla conformità normativa di questi sistemi, nel contesto sanitario, con le leggi applicabili, e cioè il GDPR, ma anche il recente *AI Act*. In tal senso, è fondamentale garantire che questa tecnologia rispetti i requisiti applicabili lungo il suo intero ciclo di vita, proteggendo al contempo i diritti e le libertà dei pazienti.

Sotto il profilo tecnico, l'interoperabilità tra sistemi sanitari diversi è un'altra sfida critica nel trattamento del dato sanitario mediante *Swarm Learning*. La capacità di integrare e scambiare dati tra diverse piattaforme e sistemi informativi è essenziale per garantire un flusso efficiente delle informazioni cliniche. La mancanza di standard tecnici per il formato dei dati e per i protocolli di comunicazione non solo ostacola un'efficace interoperabilità tra sistemi sanitari eterogenei, ma può anche portare a duplicazioni e discrepanze nei registri sanitari, compromettendo l'accuratezza delle informazioni e quindi la qualità del dato. In tal senso, è necessario implementare procedure di controllo e di gestione dei cambiamenti che consentano di tracciare e gestire le modifiche apportate ai dati nel tempo.

Nonostante queste sfide, lo *Swarm Learning* offre una serie di potenziali benefici per il settore sanitario, inclusi miglioramenti nella diagnosi precoce, nella personalizzazione dei trattamenti e nella prevenzione delle malattie, nonché l'ottimizzazione delle risorse e dei processi sanitari. L'integrazione di tecnologie emergenti (quali l'Internet delle Cose e i dispositivi – sanitari – indossabili, l'IA, la *blockchain* e la realtà aumentata), la collaborazione interdisciplinare e l'implementazione di best practices possono contribuire a massimizzare i benefici di questa tecnologia e ad affrontare le sfide associate al suo utilizzo nel contesto sanitario.

L'implementazione efficace dello *Swarm Learning* nel settore sanitario richiede una collaborazione interdisciplinare tra professionisti della sanità, ricercatori, ingegneri informatici, esperti di sicurezza informatica e regolatori. Questa collaborazione è essenziale non solo per garantire una progettazione solida e sviluppare soluzioni innovative, ma anche per garantire la conformità normativa *by design* e affrontare le sfide tecniche e normative (giuridiche, etiche e sociali) associate al trattamento del dato sanitario. In tale prospettiva, sarà fondamentale integra-

re principi di trasparenza algoritmica, promuovere modelli di consenso informato dinamico e assicurare l'equità nell'accesso alle tecnologie sanitarie basate su *Swarm Learning*. Solo attraverso un'interazione costante tra i diversi ambiti summenzionati è possibile sviluppare strumenti affidabili e rispondenti alle esigenze della ricerca medica, della pratica clinica e della normativa applicabile.

Parallelamente, la creazione di partenariati strategici tra le organizzazioni sanitarie e l'industria tecnologica costituisce un altro pilastro per il successo dello *Swarm Learning*. Le prime offrono un accesso privilegiato ai dati clinici e mettono a disposizione l'esperienza maturata sul campo, mentre le seconde apportano *know-how* nell'ambito dell'analisi dei dati, dello sviluppo software e della *cybersecurity*. Questa sinergia può accelerare in modo significativo l'implementazione operativa delle soluzioni.

Un ruolo altrettanto rilevante è svolto dalla ricerca traslazionale, che consente di trasformare i risultati teorici e sperimentali in applicazioni cliniche concrete. Il coinvolgimento diretto degli operatori sanitari nelle fasi di progettazione e sperimentazione delle tecnologie basate su *Swarm Learning* è determinante per garantire che gli strumenti sviluppati siano effettivamente utili nella pratica medica quotidiana e contribuiscano a migliorare l'assistenza ai pazienti. Connesso a ciò, sarà particolarmente cruciale per le strutture sanitarie aprire percorsi di collaborazione con il mondo accademico, al fine di sfruttare le sinergie derivanti dalla ricerca su questi approcci innovativi.

Il successo dello *Swarm Learning* in ambito sanitario dipenderà in ultima analisi dalla capacità di costruire reti collaborative solide, di integrare competenze interdisciplinari e multidisciplinari complementari al fine di tradurre la ricerca in innovazione clinica. In prospettiva futura, sarà essenziale monitorare l'evoluzione normativa, con particolare riferimento all'attuazione dell'*AI Act* e ad altri possibili sviluppi della strategia europea sui dati e sulla circolazione dei dati personali, per assicurare che i sistemi di *Swarm Learning* rimangano conformi ai più alti standard di legalità ed eticità. Con l'auspicio di assistere alla creazione di spazi di sperimentazione normativa (*regulatory sandboxes*) e all'adozione di modelli di *governance* flessibili e inclusivi per l'attiva promo-

zione della sperimentazione sanitaria, da parte del legislatore, delle autorità di regolamentazione e degli *stakeholder* del settore.

AUTONOMIE CONFLITTUALI

L'INTERAZIONE UOMO-MACCHINA NEL REGOLAMENTO EUROPEO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Giuseppe Contissa, Federico Galli

1. Introduzione

I sistemi di intelligenza artificiale (IA) influenzano e in taluni casi sostituiscono sempre più le decisioni umane in svariati ambiti. Questa crescente interazione tra scelte umane e decisioni automatizzate solleva interrogativi sulla distribuzione di autonomia e controllo tra macchine e persone. Il Regolamento UE sull'IA (*AI Act*)¹, la prima cornice normativa organica sull'intelligenza artificiale in Europa, mira proprio a disciplinare questa evoluzione, con l'obiettivo dichiarato di proteggere i diritti fondamentali e assicurare un approccio antropocentrico allo sviluppo dell'IA.

Nel concepire le regole, l'*AI Act* sembra assumere un “modello dualistico” di agenti autonomi: da un lato i sistemi di IA, descritti come dotati di un certo grado di autonomia operativa; dall'altro gli esseri umani, titolari di autonomia morale e decisionale che devono poter conservare il controllo sui processi decisionali.

In altre parole, la normativa tratta in qualche misura l'IA e l'uomo come due entità autonome che si influenzano reciprocamente. Per esempio, da un lato il Regolamento definisce i sistemi di IA come sistemi in grado di operare con “livelli di autonomia” variabili rispetto al-

¹ Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale), d'ora in avanti anche *AI Act*.

l'intervento umano (vedi *infra*); dall'altro lato, riconosce che alcune IA possono compromettere l'autonomia decisionale umana attraverso tecniche manipolative, e pertanto ne vieta l'uso².

Questa impostazione solleva la domanda centrale che si intende esplorare all'interno del presente contributo: è davvero corretto inquadrare l'interazione uomo-macchina come uno incontro di "autonomie" parallele? Oppure occorre un diverso paradigma concettuale per cogliere appieno la natura ibrida e contestuale di tale interazione?

Nelle sezioni seguenti si analizzeranno i due concetti di autonomia, quello operativo-descrittivo riferito alle macchine e quello normativo riferito agli esseri umani, così come intesi nell'impianto teorico-filosofico dell'*AI Act*. Si evidenzieranno come questi due concetti di autonomia sono in tensione nell'obbligo della sorveglianza umana previsto per i sistemi ad alto rischio dall'art. 14 dell'*AI Act*. Infine, si proporrà un modello alternativo per guardare e regolare l'interazione uomo-IA, ispirato a un'ottica "ecologica" e sistemica, che superi la rigida dicotomia tra le due autonomie a favore di una visione socio-tecnica dei processi decisionali con l'IA.

2. L'autonomia dell'IA come presupposto della regolazione

L'art. 3 del Regolamento IA (*Definizioni*) – in linea con la definizione proposta dall'OCSE³ – stabilisce che un "sistema di IA" è un sistema automatizzato progettato per funzionare con livelli di autonomia variabili e che può presentare adattabilità dopo la diffusione e che, per obiettivi espliciti o impliciti, deduce dall'*input* che riceve come generare *output* quali previsioni, contenuti, raccomandazioni o decisioni che possono influenzare ambienti fisici o virtuali⁴.

Il considerando 12 dello stesso Regolamento chiarisce che, con l'espressione "livelli di autonomia variabili", si intende che i sistemi di IA sono progettati per operare con "un certo grado di autonomia di

² Art. 5, Regolamento (UE) 2024/1689.

³ OCSE, *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449, 2019.

⁴ Art. 3, Regolamento (UE) 2024/1689.

azione rispetto al coinvolgimento umano e di capacità di funzionare senza l'intervento umano"⁵.

Come ulteriormente specificato negli Orientamenti della Commissione europea sulla definizione di sistema di IA⁶, il concetto di autonomia è strettamente collegato a quello di adattabilità: la capacità del sistema di modificare il proprio comportamento durante l'uso, al di là di quanto inizialmente programmato o previsto in fase di addestramento.

Risulta dunque centrale, nella nozione regolatoria di autonomia, il riferimento al grado di coinvolgimento umano e alla possibilità di intervento umano⁷. L'idea di fondo è che quanto più un sistema è in grado di operare senza supervisione o *input* umano diretto, tanto maggiore sarà il suo livello di autonomia.

È quindi possibile immaginare una pluralità di scenari di interazione uomo-macchina: da sistemi che richiedono un'azione manuale costante da parte dell'operatore, a sistemi capaci di operare in modo del tutto indipendente, adattandosi in tempo reale all'ambiente, senza alcun intervento umano esterno⁸.

È importante sottolineare che questa forma di autonomia del sistema artificiale è una autonomia puramente funzionale, non morale⁹: indica la capacità del sistema di svolgere compiti o prendere decisioni in modo automatico, sulla base della propria programmazione e, eventualmente, del proprio apprendimento. Per esempio, un algoritmo di *machine learning* che modifica i propri parametri in risposta a nuovi dati possiede un grado di autonomia operativa maggiore rispetto a un software basato su un approccio logico-simbolico.

⁵ Considerando 12, Regolamento (UE) 2024/1689.

⁶ Commissione europea, Orientamenti sulla definizione di sistema di intelligenza artificiale stabilita dal regolamento (UE) 2024/1689, C(2025) 5053 final.

⁷ Cfr. Commissione europea, *White Paper on Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust*, COM(2020) 65 final.

⁸ Per una panoramica dello stato dell'arte sull'interazione uomo-macchina, si vedano E. MOSQUEIRA-REY ET AL., *Human-in-the-Loop Machine Learning: A State of the Art*, in *Artificial Intelligence Review*, 4, 2023, 3005-3054; M. PUERTA-BELDARRAIN ET AL., *A Multifaceted Vision of the Human-AI Collaboration: A Comprehensive Review*, in *IEEE Access*, 2025, 29375-29405.

⁹ L. FLORIDI, *The Ethics of Artificial Intelligence: Principles, Challenges, and Opportunities*, Oxford, 2023.

Tuttavia, questa autonomia non implica che il sistema possieda intenzionalità, comprensione o responsabilità morale¹⁰. Il presupposto implicito del Regolamento è che la macchina, per quanto sofisticata, resti un “prodotto” umano: progettato, costruito, addestrato e impiegato da soggetti umani.

Dunque, a differenza di una persona, il sistema di IA non è titolare di diritti o doveri, né è responsabile delle proprie azioni. L’*AI Act* non gli riconosce alcuna personalità giuridica. Al contrario, individua responsabili umani – come il fornitore, il *deployer* o l’utente – che sono chiamati a garantire che il sistema sia sviluppato, messo in servizio e impiegato nel rispetto delle norme.

Ci sembra allora che l’uso del termine “autonomia” possa risultare fuorviante, soprattutto se interpretato in senso “antropomorfo”, cioè in modo analogo all’autonomia umana.

Diversi studiosi hanno messo in guardia contro l’antropomorfizzazione del linguaggio giuridico in materia di IA: attribuire caratteristiche umane ai sistemi algoritmici – come volontà o intenzione – rischia di sovradimensionarne le capacità, generando aspettative infondate sulla loro affidabilità, trasparenza o responsabilità¹¹. In particolare, presentare l’IA come un agente intenzionale contribuisce a spostare l’attenzione dai meccanismi tecnici e istituzionali che ne determinano il funzionamento, e può condurre a una sorta di deresponsabilizzazione del decisore umano¹².

Ma vi è un’altra questione, forse ancora più rilevante: è davvero l’autonomia funzionale della macchina il cuore del problema regolatorio affrontato dall’*AI Act*?

¹⁰ Sulla relazione tra autonomia dei sistemi di intelligenza artificiale, e responsabilità connesse allo sviluppo e impiego di tali sistemi, si veda G. SARTOR, A. OMICINI, *The Autonomy of Technological Systems and Responsibilities for Their Use*, in N. BHUTA ET AL. (a cura di), *Autonomous Weapons Systems: Law, Ethics, Policy*, Cambridge, 2016, 62.

¹¹ Si vedano, per esempio, S.M. SOLAIMAN, *Legal Personality of Robots, Corporations, Idols and Chimpanzees: A Quest for Legitimacy*, in *Artificial Intelligence and Law*, 2, 2017, 155-179; J.S. GORDON, *Artificial Moral and Legal Personhood*, in *AI & Society*, 2, 2021, 457-471.

¹² P. HENZ, *Ethical and Legal Responsibility for Artificial Intelligence*, in *Discover Artificial Intelligence*, 1, 2021, 2.

Consideriamo, per esempio, la pratica di *social scoring*, ossia la valutazione generalizzata delle persone sulla base del loro comportamento o di caratteristiche personali non pertinenti alla valutazione in atto. L'*AI Act* la vieta espressamente perché considerata lesiva della dignità umana¹³.

Tuttavia, tale pratica potrebbe essere attuata senza alcuna “autonomia” tecnica in senso proprio. Basterebbe un foglio Excel contenente regole predefinite e dati aggregati per assegnare punteggi e determinare, per esempio, l’accesso a benefici o servizi pubblici. Non serve un sistema di IA dotato di “autonomia” per ottenere effetti altamente lesivi, come discriminazione, esclusione o stigmatizzazione.

Questo esempio mostra che i rischi principali connessi non derivano necessariamente dalla capacità del sistema di prendere decisioni senza l’intervento umano, ma piuttosto dalle finalità per cui viene usato e dal modo in cui è integrato nei processi decisionali. Anche sistemi “poco intelligenti” in quanto “poco autonomi” possono produrre effetti gravi se impiegati in modo opaco, scorretto o irresponsabile.

Sarebbe forse stato più opportuno, sia concettualmente che comunicativamente, parlare di automazione avanzata (*advanced automation*), evitando di evocare un’idea di autodeterminazione simile a quella umana. A questo scopo, ci si sarebbe potuto rifare alla definizioni di automazione (*automation*) e di sistema di intelligenza artificiale (*AI system*) adottate a livello internazionale dagli standard ISO¹⁴, secondo i quali l’automazione è la proprietà di un processo o sistema tale che, in condizioni specificate, esso funziona senza intervento umano¹⁵, mentre secondo lo stesso standard, i sistemi di intelligenza artificiale sono progettati per operare con livelli variabili di *automazione*¹⁶ (e *non* autonomia, come nella definizione dell’*AI Act*!).

Alla luce di ciò, ci sembra che l’enfasi del Regolamento sul concetto di “autonomia” sia, almeno in parte, fuorviante. Un riferimento più preciso al concetto di automazione – come avviene, per esempio, negli studi sull’interazione uomo-macchina e nella letteratura sull’ergonomia

¹³ Art. 5, lett. d), Regolamento (UE) 2024/1689; considerando 37.

¹⁴ ISO/IEC 22989, Information technology – Artificial intelligence – Artificial intelligence concepts and terminology, 2022.

¹⁵ ISO/IEC 22989:2022(en), 3.1.7.

¹⁶ ISO/IEC 22989:2022(en), 3.1.4.

dei sistemi complessi¹⁷ – avrebbe consentito una maggiore chiarezza concettuale e un minor rischio di ambiguità interpretativa.

Infatti, da tempo la letteratura tecnica e scientifica distingue tra livelli di automazione e livelli di coinvolgimento umano, senza attribuire al sistema alcuna forma di *agency* personale¹⁸. Questa impostazione consentirebbe una classificazione più realistica e operativa dei sistemi, evitando proiezioni indebite sulle loro capacità decisionali.

3. *L'autonomia dell'essere umano come valore da proteggere*

In contrapposizione all'autonomia dei sistemi di IA, l'*AI Act* si preoccupa di tutelare l'autonomia degli esseri umani che interagiscono con tali sistemi. In questo caso, il concetto di autonomia è chiaramente inteso in senso normativo: esso affonda le radici nella dignità della persona e nel diritto di ogni individuo a prendere decisioni libere e informate, senza essere sottoposto a coercizioni, manipolazioni o influenze indebite.

Il riferimento all'autonomia umana era già centrale nelle linee guida etiche dell'HLEG (*High-Level Expert Group on AI*)¹⁹, secondo cui i sistemi di IA dovrebbero essere progettati in modo da promuovere l'autonomia dell'individuo, evitando di interferire con la sua capacità di scelta e di azione.

Il Regolamento segue il percorso tracciato dalle Linee guida e riconosce esplicitamente che alcuni usi dell'IA possono minacciare o compromettere l'autonomia umana.

L'esempio più evidente è rappresentato dal divieto contenuto nell'art. 5, lettera a) di immissione e uso di sistemi di IA che utilizzano tecniche subliminali o manipolative o ingannevoli con lo scopo o l'ef-

¹⁷ N. NAIKAR, *Human-Automation Interaction in Self-Organizing Sociotechnical Systems*, in *Journal of Cognitive Engineering and Decision Making*, 1, 2018, 62-66.

¹⁸ Si veda per esempio R. PARASURAMAN ET AL., *A Model for Types and Levels of Human Interaction with Automation*, in *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics-Part A: Systems and Humans*, 3, 2000, 286-297.

¹⁹ European Commission High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *Ethics Guidelines for Trustworthy AI*, European Commission, 2019.

fetto di distorcere materialmente il comportamento di una persona pregiudicando in modo considerevole la loro capacità di prendere una decisione informata in un modo che possa provocare un danno significativo.

A esso si aggiunge il divieto previsto alla lettera b), che riguarda specificamente i sistemi di IA che sfruttano vulnerabilità di un gruppo specifico di persone, dovute a età, disabilità o situazione sociale particolare.

In entrambi casi si tratta di sistemi che esibiscono un rischio inaccettabile di cui il Regolamento non ammette immissione e utilizzo nel mercato europeo.

Il considerando 29 chiarisce la ratio di tali divieti, sottolineando che

Le tecniche di manipolazione basate sull'IA possono essere utilizzate per persuadere le persone ad adottare comportamenti indesiderati o per indurle con l'inganno a prendere decisioni in modo da sovvertirne e pregiudicarne l'autonomia, il processo decisionale e la libera scelta.

Sembra dunque che il rischio individuato nei sistemi manipolativi non riguarda solo l'esito della decisione, ma la possibilità stessa per l'individuo di agire secondo i propri intenti e valori. Alcune tecniche di IA – come stimoli subliminali, interfacce persuasive o personalizzazioni opache – possono infatti influenzare il processo decisionale in modo subdolo, aggirando la consapevolezza e quindi compromettendo l'autonomia personale.

In questa prospettiva, il concetto di autonomia è strettamente connesso a quello di libertà cognitiva o autonomia mentale: ciò che si intende proteggere è il *forum internum* della persona, ovvero la sfera interna di pensiero, intenzione e valutazione, che deve rimanere libera da influenze occulte e indebite.

Tuttavia, anche in questo caso, l'idea di autonomia proposta dal Regolamento ci pare in parte riduttiva. Essa appare ancorata a una visione specifica, riconducibile al paradigma giuridico liberale, secondo cui l'individuo viene immaginato come un agente razionale, capace di prendere decisioni autonome, a condizione di disporre di informazioni adeguate. In questo senso l'autonomia viene in esame come semplice capacità di scelta informata, piuttosto che come un valore dal perimetro

ben più ampio²⁰, da tutelare in sé, e non solo in relazione al momento della scelta.

Tanto più se si considera che la proibizione di sistemi manipolativi *ex art. 5*, posta a tutela dell'autonomia umana, opererebbe solo nella misura in cui da essi ne possa derivare un danno significativo, diverso e ulteriore rispetto al *vulnus* dell'autonomia in sé.

L'obiettivo implicito dell'*art. 5*, allora, sembra essere quello di evitare che l'individuo venga privato delle informazioni necessarie per esercitare un controllo consapevole sulle proprie decisioni. Il problema non è tanto che l'autonomia venga violata, quanto che venga resa inoperante a causa di asimmetrie informative o opacità nei sistemi.

Tale approccio è chiaramente visibile negli Orientamenti della Commissione relativi alle pratiche di intelligenza artificiale vietate²¹, i quali, dopo aver tentato una definizione operativa di cosa si intenda per manipolazione, stabiliscono che, per evitare di ricadere nel campo di applicazione del divieto, i fornitori e i *deployer* di sistemi di IA che impiegano tecniche potenzialmente manipolative o ingannevoli sono incoraggiati ad adottare misure di trasparenza, quali spiegare in modo chiaro il funzionamento del sistema di IA, fornire informazioni sulle sue capacità e sui suoi limiti, e garantire che l'utente disponga delle informazioni rilevanti per prendere decisioni informate.

Ci sembra che soluzioni come queste, però, non riflettano adeguatamente le modalità reali con cui l'influenza dei sistemi automatizzata opera nei contesti digitali contemporanei.

Le interazioni uomo-macchina non si limitano a fornire o occultare informazioni, ma spesso agiscono a un livello più profondo, modellando attenzione, preferenze, emozioni e persino desideri, in modi che pre-

²⁰ Si veda per esempio, nel contesto del dibattito sul *nudging*, B. ENGELN, T. NYS, *Nudging and Autonomy: Analyzing and Alleviating the Worries*, in *Review of Philosophy and Psychology*, 1, 2020, 137-156. Gli Autori introducono il concetto di "perimetro dell'autonomia" per riferirsi all'insieme di identificazioni, interessi e convincimenti che ci definiscono come persone. Secondo gli autori, il perimetro di autonomia dell'agente non è violato solo nel caso in cui l'interferenza esterna si muova all'interno di questo spettro di interessi e inclinazioni personali.

²¹ Commissione europea, Orientamenti della Commissione relativi alle pratiche di intelligenza artificiale vietate ai sensi del regolamento (UE) 2024/1689 (regolamento sull'IA), C(2025) 5052 final.

cedono e condizionano la possibilità stessa di deliberazione razionale. Il rischio, quindi, non riguarda solo la carenza di informazioni, ma la trasformazione dell'ambiente cognitivo e decisionale in cui l'individuo si trova ad agire²².

D'altra parte, anche la visione "duale", secondo cui vi sarebbe un'entità esterna – l'algoritmo o il sistema di IA – che manipola dall'esterno l'autonomia dell'individuo, ci pare semplificata e potenzialmente fuorviante. Essa presuppone una separazione netta tra soggetto umano (autonomo, razionale) e oggetto tecnologico (manipolatore, esterno), ma non tiene conto del fatto che le decisioni dell'utente sono spesso co-costruite attraverso l'interazione continua con l'ambiente digitale²³. Pensiamo, per esempio, al funzionamento dei sistemi di raccomandazione personalizzata. In questi contesti, le scelte dell'utente non sono semplicemente "indotte" da un'influenza esterna, ma emergono all'interno di un processo interattivo, in cui i meccanismi algoritmici propongono opzioni sulla base di comportamenti passati, e l'utente seleziona da un insieme di possibilità già prefiltrate, contribuendo così a retroalimentare il sistema. La preferenza dell'utente è quindi prodotto e, al tempo stesso, *input* del sistema.

In altri termini, l'autonomia dell'individuo non è semplicemente violata da un agente esterno, ma ridefinita all'interno di un ecosistema socio-tecnico che condiziona profondamente le modalità del desiderare, del decidere e dell'agire. Questo impone di rivedere le categorie tradizionali con cui il diritto ha pensato l'autonomia, la manipolazione e la responsabilità, orientandosi verso una visione più relazionale, situata e contestuale dell'interazione uomo-macchina.

²² J. MILLAR, I. KERR, *Delegation, Relinquishment, and Responsibility: The Prospect of Expert Robots*, in R. CALO, A.M. FROOMKIN, I. KERR (a cura di), *Robot Law*, Cheltenham, 2016, 102-128.

²³ Si veda, per esempio, S.M. MILLER, *AI: Augmentation, More so Than Automation*, in *Asian Management Insights*, 1, 2018, 1-20. L'Autore sostiene la necessità di una nuova simbiosi uomo-macchina e invita a ripensare «come esseri umani e macchine debbano lavorare in modo simbiotico per aumentare e migliorare le rispettive capacità». Si veda anche H.J. WILSON, P.R. DAUGHERTY, *Collaborative Intelligence: Humans and AI Are Joining Forces*, in *Harvard Business Review*, 4, 2018, 114-123.

4. Il conflitto tra autonomie: la sorveglianza umana

Per prevenire che l'autonomia operativa dei sistemi di IA eroda l'autonomia decisionale umana, l'*AI Act* prevede espressamente l'intervento di esseri umani nel controllo dei sistemi.

Il collegamento concettuale tra “autonomia umana” e “controllo dei sistemi” era già stato tracciato dagli Orientamenti etici sull'IA affidabili che hanno previsto, in endiadi, il requisito della *human agency* e quello dello *human oversight*²⁴. In particolare, gli Orientamenti etici suggeriscono che la sorveglianza umana dovrebbe aiutare a garantire che un sistema di IA non comprometta l'autonomia umana o provochi altri effetti negativi.

Il Regolamento concepisce la sorveglianza umana come un requisito tecnico e operativo applicabile esclusivamente ai sistemi di IA ad alto rischio, ai sensi dell'art. 14. Già tale scelta, pur coerente con l'impianto generale basato sul rischio, solleva alcune criticità concettuali e applicative.

Per esempio, come già evidenziato nel paragrafo precedente, un sistema che impiega tecniche manipolative per condizionare le scelte degli utenti (come un'interfaccia progettata per sfruttare euristiche cognitive o *bias* percettivi), ma che non produce un danno misurabile ai sensi dell'art. 5, non ricadrebbe tra i sistemi vietati. Se, inoltre, non svolge funzioni considerate “ad alto rischio” secondo l'Allegato III, non sarebbe neppure soggetto al requisito di sorveglianza umana dell'art. 14.

In altre parole, un sistema potenzialmente capace di compromettere l'autonomia decisionale dell'utente, pur senza causare danni evidenti, sfuggirebbe all'obbligo di essere controllabile da un operatore umano.

Il requisito della sorveglianza umana per i sistemi ad alto rischio stabilisce che tali sistemi devono essere progettati e sviluppati in modo da poter essere efficacemente supervisionati da persone fisiche durante tutto il loro funzionamento²⁵. Lo scopo ultimo della supervisione è “prevenire o ridurre al minimo i rischi per la salute, la sicurezza o i di-

²⁴ Nella versione in italiano, tale requisito è stato tradotto, a nostro avviso erratamente, in “intervento e sorveglianza umani”, sminuendo la componente legata all'autonomia degli esseri umani.

²⁵ Art. 14, par. 1, Regolamento (UE) 2024/1689.

ritti fondamentali” che possono emergere dall’uso del sistema – soprattutto quei rischi residui che permangono nonostante le altre misure tecniche di mitigazione imposte dalla legge²⁶.

Più nello specifico, la sorveglianza umana implica, prima di tutto, che i sistemi ad alto rischio debbano avere interfacce e strumenti che permettano ai supervisori umani di comprendere e controllare il funzionamento dell’IA. La norma richiede ai fornitori di progettare l’IA in modo tale da facilitare l’intervento umano: per esempio attraverso indicatori comprensibili, opzioni di intervento o arresto d’emergenza (“strumenti di interfaccia uomo-macchina adeguati”, secondo il paragrafo 1 dell’art. 14). Inoltre, la supervisione deve essere commisurata al livello di autonomia e al contesto d’uso del sistema: in altri termini, più un’IA opera in maniera autonoma e in ambiti delicati, più robusta e intensa dovrà essere la supervisione prevista²⁷.

Ma in cosa consiste concretamente la supervisione? Lo si desume dal paragrafo 4 dell’art. 14 che elenca una serie di capacità e poteri che devono essere garantiti ai soggetti umani deputati alla supervisione.

Prima di tutto, il supervisore deve poter comprendere le capacità e i limiti del sistema e monitorarne il funzionamento²⁸. Ciò include la possibilità di rilevare anomalie, errori o risultati inattesi dell’IA. Il supervisore dev’essere quindi messo nelle condizioni di “interpretare correttamente gli output del sistema”²⁹ e di valutarne l’affidabilità caso per caso.

Per esempio, un medico che usa un algoritmo diagnostico deve capire su quali dati e con quale grado di incertezza l’IA formula un certo referto, così da poterlo validare criticamente.

In secondo luogo, il supervisore deve essere consapevole del rischio di eccessiva fiducia nei risultati dell’IA³⁰.

Il regolamento menziona esplicitamente la tendenza umana all’*automation bias*, cioè a fare affidamento acritico sulle decisioni suggerite dalla macchina. Chi supervisiona deve quindi mantenere un approccio

²⁶ Art. 14, par. 2, Regolamento (UE) 2024/1689.

²⁷ Art. 14, par. 3, Regolamento (UE) 2024/1689.

²⁸ Art. 14, par. 4, lett. a), Regolamento (UE) 2024/1689.

²⁹ Art. 14, par. 4, lett. c), Regolamento (UE) 2024/1689.

³⁰ Art. 14, par. 4, lett. b), Regolamento (UE) 2024/1689.

vigile ed evitare di “delegare mentalmente” all’algoritmo responsabilità che competono all’uomo.

In terzo luogo, il supervisore deve avere la facoltà di ignorare, cambiare o annullare le decisioni della macchina. L’essere umano deve poter in ogni momento “decidere di non utilizzare il sistema di IA in una particolare situazione, oppure di ignorarne o annullarne l’output”³¹.

Questo elemento garantisce che la parola finale spetti sempre a un essere umano: per esempio, un giudice che riceve da un algoritmo un punteggio di rischio di recidiva per un imputato, deve poter discostarsi dal suggerimento dell’IA se ritiene, valutando il caso concreto, che sia inappropriato o ingiusto.

Infine, il supervisore deve poter intervenire o interrompere il funzionamento del sistema quando necessario, mediante un “pulsante di arresto” o procedure analoghe di stop immediato. Si tratta della *extrema ratio*: in situazioni di malfunzionamento grave o per prevenire un danno imminente, il supervisore umano deve poter spegnere o sospendere l’IA, riportandola in uno stato sicuro. Si pensi per esempio a un robot chirurgico autonomo: l’operatore umano deve avere un comando d’emergenza per bloccarlo se inizia a compiere operazioni inattese.

Nell’assicurare il controllo umano, l’*AI Act* prevede un sistema di ruoli e responsabilità: i fornitori devono progettare l’IA con i suddetti strumenti di sorveglianza e indicare nelle istruzioni le misure di supervisione necessarie. I *deployer* devono a loro volta implementare tali misure nella pratica, designando personale umano specificamente incaricato della supervisione del sistema, assicurando che abbia competenze adeguate, autorità e supporto per svolgere tale compito.

Nonostante la nobiltà dell’intento, l’efficacia reale della supervisione umana è tutt’altro che garantita – anzi, rappresenta forse il nodo problematico centrale e – a nostro avviso – un vero e proprio campo di battaglia concettuale dell’*AI Act*.

Ci si chiede se sia realistico aspettarsi questo livello di controllo umano: studi in ambito giuridico, di scienze cognitive e di sicurezza e fattore umano segnalano vari ostacoli.

³¹ Art. 14, par. 4, lett. *d*) e *e*), Regolamento (UE) 2024/1689.

In primo luogo, c'è il problema dell'eccesso di fiducia nella tecnologia: l'*AI Act* stesso, come detto, menziona l'*automation bias*. Nella pratica, soprattutto con sistemi altamente complessi o opachi, il supervisore umano potrebbe finire col fare da “notaio passivo” che ratifica le decisioni dell'IA senza metterle in discussione, sia per sudditanza psicologica di fronte all'“autonomia” della macchina, sia per semplice sovraccarico cognitivo. Un algoritmo capace di elaborare migliaia di parametri e restituire un risultato in pochi secondi compie analisi che la mente umana fatica anche solo a seguire; chiedere al supervisore di comprenderne a fondo ogni *output* può essere irrealistico.

Infatti, la possibilità per gli esseri umani di comprendere adeguatamente le capacità e i limiti del sistema è attualmente molto limitata per molti tipi di IA e, di conseguenza, secondo alcuni esperti, porterebbe a un divieto indiretto di tali sistemi, in quanto non sorvegliabili in modo efficace³². Come sottolineato da Selbst, l'IA, soprattutto quella basata su sistemi di *machine learning*, è una intelligenza fundamentalmente aliena per l'essere umano che con essa interagisce. Lo scopo stesso di tali sistemi è infatti quello di imparare a svolgere operazioni in modi largamente preclusi agli esseri umani³³. Inoltre, i sistemi di IA sono solitamente sviluppati e introdotti partendo dal presupposto che, per i compiti loro assegnati, superino le capacità umane, eccedendo non solo i limiti cognitivi ma anche quelli temporali nell'accesso alle informazioni, nella loro elaborazione e nella presa di decisioni. Ciò è tanto più vero se consideriamo che, soprattutto nel campo delle valutazioni statistiche, la capacità di giudizio umano è inferiore a quella dei modelli matematici³⁴. Empiricamente, si è osservato che gli operatori umani in sistemi automatizzati complessi tendono a sviluppare assuefazione: finché tutto scorre liscio, l'attenzione cala e l'intervento diventa tardivo o inefficace quando qualcosa va storto. Limiti cognitivi, calo di vigilanza, complessità tecnica e velocità dell'IA sono fattori che riducono l'effet-

³² M. EBERS ET AL., *The European Commission's Proposal for an Artificial Intelligence Act – A Critical Assessment by Members of the Robotics and AI Law Society*, in *J*, 4, 2021, 589-603.

³³ A.D. SELBST, *Negligence and AI's Human Users*, in *BUL Rev.*, 2020, 1315.

³⁴ C. DESKUS, *Fifth Amendment Limitations on Criminal Algorithmic Decision-Making*, in *NYUJ Legis. & Pub. Pol'y*, 21, 2018, 237.

tività della sorveglianza umana. In questo contesto, anche quando gli esseri umani mantengono formalmente il controllo sulla decisione finale, la possibilità che possano effettivamente entrare nel merito della decisione è destinata a rimanere una possibilità remota. Più probabilmente, il supervisore umano tenderà ad affidarsi alle decisioni di un sistema di IA³⁵.

In altri termini, l'anello umano della catena decisionale potrebbe rivelarsi il più debole.

Paradossalmente, fare eccessivo affidamento sulla supervisione umana come salvaguardia – scaricando sul supervisore la responsabilità di correggere ogni errore dell'IA³⁶ – rischia di essere controproducente, se gli esseri umani in quella posizione non sono messi nelle condizioni di adempiere davvero al compito (perché magari l'IA è troppo opaca, o perché costerebbe troppo tempo controllarne ogni decisione).

Questo fenomeno è noto anche come paradosso dell'automazione³⁷: più un sistema è autonomo e affidabile di solito, più il supervisore umano ha raramente l'occasione di intervenire e allenare le proprie capacità di controllo, cosicché quando si presenta l'emergenza non è pronto a gestirla.

Ed è qui che, al di là della difficile attuazione del requisito dell'art. 14, si manifesta qui quella che potremmo definire una “paradossale lotta tra autonomie”: da un lato abbiamo un sistema di IA che, per definizione, può e spesso opera senza intervento umano e che anzi viene adottato spesso proprio per sollevare l'uomo da compiti decisionali (vedi Paragrafo 2 di questo contributo); dall'altro si richiede che un essere umano, la cui autonomia è in molti casi messa in discussione dagli stessi sistemi di IA (vedi Paragrafo 3), rimanga costantemente vigile e pronto a correggere il sistema, scongiurando errori o derive pericolose.

Se un sistema è davvero in grado di agire in modo autonomo e allo stesso tempo influenzare le decisioni umane, la relazione rischia di diventare circolare: chi controlla chi? L'umano controlla la macchina, ma

³⁵ K. MILLAR, *op. cit.*

³⁶ M.C. ELISH, *Moral Crumple Zones: Cautionary Tales in Human-Robot Interaction*, in *Engaging Science, Technology, and Society*, 5, 2019, 40-60.

³⁷ L. BAINBRIDGE, *Ironies of Automation*, in *Automatica*, 6, 1983, 775-779.

la macchina fornisce indicazioni che orientano l'umano, potenzialmente limitandone l'autonomia di giudizio.

Si pensi a un sistema di supporto decisionale nel contesto giudiziario: il giudice deve vigilare sull'affidabilità dell'*output* dell'IA (per es. un punteggio di pericolosità dell'imputato), ma nel far ciò non può evitare di essere influenzato dalla conoscenza di quel punteggio, che fa da "ancora cognitiva". Si genera così un circolo di dipendenza difficile da sciogliere.

Questa asimmetria e interdipendenza suggeriscono che la decisione di affidare a un'entità normativamente autonoma il controllo su un'entità operativamente autonoma (o sarebbe meglio, che agisce a vari livelli di automazione, incluso quello avanzato) abbia dei limiti intrinseci, anche a livello concettuale.

Piuttosto che concepire l'interazione tra esseri umani e sistemi di IA come una relazione tra due agenti autonomi e separati – il supervisore umano da un lato e l'intelligenza artificiale dall'altro – potrebbe essere più produttivo adottare una prospettiva sistemica. In quest'ottica, l'unità fondamentale di analisi e regolazione non è il singolo individuo o la singola macchina, ma il sistema ibrido uomo-macchina nel suo complesso³⁸. Questo approccio consente di ripensare la distribuzione delle funzioni, delle competenze e delle responsabilità non come una contrapposizione tra controllore e controllato, ma come una co-progettazione integrata dell'interazione, che tenga conto delle rispettive capacità, limiti e modalità operative.

Da questa prospettiva prende forma la riflessione conclusiva: la necessità di sviluppare un modello alternativo di regolazione, che vada oltre la logica conflittuale e binaria del tipo "uomo contro IA" o "umano che controlla la macchina", per promuovere invece una visione ecologica e relazionale dell'interazione. Una visione in cui l'obiettivo non è soltanto tutelare l'autonomia individuale, ma anche costruire ambienti socio-tecnici che la rendano effettivamente esercitabile, attraverso il disegno di interazioni trasparenti, affidabili e significative.

³⁸ Si vedano per esempio gli studi sui *joint cognitive systems*, in particolare E. HOLNAGEL, D.D. WOODS, *Joint Cognitive Systems: Foundations of Cognitive Systems Engineering*, Boca Raton, 2005.

5. Per un modello alternativo: una visione ecologica dell'interazione uomo-macchina

Per superare – o almeno attenuare – il “conflitto tra autonomie” descritto in precedenza, studiosi, progettisti e regolatori stanno progressivamente elaborando approcci alternativi che riconfigurano il rapporto tra esseri umani e sistemi di intelligenza artificiale. L'idea di fondo è quella di rifiutare la simmetria fittizia che immagina l'uomo e la macchina come due agenti distinti, ciascuno dotato di una propria forma di autonomia (una normativa, l'altra operativa), in potenziale contrapposizione. In alternativa, si propone di abbracciare una visione ecologica e sistemica dell'interazione uomo-IA, che riconosca la natura ibrida e interdipendente di questo rapporto. In un modello ecologico, l'attenzione si sposta dalle caratteristiche individuali dei due agenti – l'autonomia dell'uomo e quella della macchina – verso le relazioni, i vincoli e le *affordance* che emergono nel contesto concreto di utilizzo. L'essere umano e il sistema di IA sono visti come componenti interconnesse di un ecosistema socio-tecnico, in cui prestazioni, rischi e responsabilità derivano dal modo in cui i due interagiscono e si coordinano.

Questa prospettiva consente di declinare le modalità applicative del requisito di sorveglianza umana, non più finalizzate a un “controllo esterno” esercitato da un agente razionale su una macchina automatica, ma come configurazione dinamica di ruoli, compiti e poteri decisionali all'interno di un unico sistema integrato.

Possiamo individuare almeno tre principi chiave che guidano questa trasformazione, sia in termini regolatori sia progettuali.

Il primo principio è che il sistema di IA debba essere progettato tenendo conto di come l'umano percepisce, comprende e interagisce con esso.

Questo approccio, ispirato al concetto di *affordance* della psicologia ecologica³⁹, riconosce che la possibilità di controllo umano non dipende

³⁹ Per la teoria di *affordance*, vedi D.A. NORMAN, *Affordance, Conventions, and Design*, in *Interactions*, 3, 1999, 38-43. Per una rassegna che includa le applicazioni ambito tecnologico, vedi L. JAMONE ET AL., *Affordances in Psychology, Neuroscience, and Robotics: A Survey*, in *IEEE Transactions on Cognitive and Developmental Systems*, 1, 2016, 4-25.

solo dalla presenza formale di un pulsante o di una funzione di veto, ma dalla capacità dell'utente di interpretare correttamente il funzionamento del sistema e agire in modo efficace su di esso.

Nel caso di sistemi IA complessi, ciò significa rendere le logiche decisionali dell'IA osservabili, esplicitare il grado di incertezza o i criteri utilizzati, fornire retroazioni continue che aiutino l'utente a costruirsi un modello mentale affidabile del sistema.

Un esempio concreto: un sistema di raccomandazione dovrebbe permettere all'utente non solo di ricevere suggerimenti, ma anche di modificare i parametri (per es. prezzo, qualità, sostenibilità) e comprendere perché una certa proposta viene generata ("Perché hai acquistato X, ti suggeriamo Y"). In questo modo, l'interazione non è più subita, ma diventa partecipata: l'utente non si limita a reagire, ma orienta il sistema, preservando il proprio ruolo decisionale.

Il secondo aspetto riguarda le modalità concrete della sorveglianza umana, che invece di configurarsi come una vigilanza passiva, assume le forme di un "controllo umano significativo".

Tale concetto, nato nel dibattito sulle armi autonome⁴⁰, richiede che il ruolo umano nell'interazione uomo-macchina sia progettato in modo tale da garantire che le decisioni cruciali che riguardino le persone incorporino sempre il giudizio umano e che l'umano comprenda veramente le implicazioni dell'azione congiunta uomo-macchina.

Più in particolare, l'approccio del "controllo umano significativo" suggerisce che per garantire che i sistemi intelligenti rimangano sotto il controllo degli agenti umani, due condizioni fondamentali devono essere rispettate, e quindi implementate nel sistema: la condizione di "tracking" e quella di "tracing". La condizione di "tracking" si riferisce alla capacità del sistema di riconoscere e rispondere alle ragioni morali e giuridiche dei suoi progettisti e operatori umani, nonché agli aspetti fattuali rilevanti del suo ambiente operativo, mentre la condizione di "tracing" implica che la progettazione del sistema sia tale da consentire la tracciabilità continua degli esiti delle sue azioni fino ad almeno un agente umano coinvolto nella sua progettazione e operatività. È in que-

⁴⁰ I. VERDIESEN ET AL., *Accountability and Control over Autonomous Weapon Systems: A Framework for Comprehensive Human Oversight*, in *Minds and Machines*, 1, 2021, 137-163.

sto quadro che vanno individuati coloro che possiedono le capacità fisiche e cognitive per svolgere i compiti di controllo⁴¹.

A differenza di una sorveglianza formale (dove l'uomo potrebbe essere presente ma di fatto marginale), il *meaningful human control* richiede che vi sia correlazione tra l'intenzione umana e l'esito prodotto dall'IA, e che l'umano abbia consapevolezza e capacità di intervento effettivo sul sistema.

In pratica, questo può voler dire ripensare la suddivisione dei compiti: invece di far lavorare l'IA in "autonomia" e poi chiedere all'essere umano di controllarne il risultato a posteriori, si dovrebbe progettare il sistema in modo che uomo e IA prendano decisioni congiunte, ciascuno apportando i propri punti di forza.

Per esempio, in ambito medico, un modello di controllo significativo potrebbe prevedere che l'IA generi alcune ipotesi diagnostiche ma sia il medico a selezionare quali ulteriori analisi far fare all'IA su quelle ipotesi, in un dialogo iterativo; così il medico orienta attivamente l'algoritmo e ne comprende i passi, anziché ricevere passivamente una diagnosi pronta.

L'*AI Act* già allude a varie modalità di coinvolgimento umano (*human-in-the-loop*, *human on-the-loop*, etc.); un approccio di controllo significativo enfatizza le configurazioni in cui l'umano non è solo "sopra la loop" a monitorare, ma dentro il ciclo decisionale.

Questo approccio inoltre rafforza la responsabilizzazione: se l'essere umano è realmente parte attiva del processo decisionale assistito dall'IA, allora è più naturale e ragionevole attribuirgli la responsabilità delle decisioni finali, riducendo il rischio di scaricare la colpa sulla "scatola nera" algoritmica, o peggio ancora di incorrere in un "vuoto di responsabilità" (*responsibility gap*)⁴².

Infine, un modello ecologico dell'interazione uomo-macchina implicherebbe una *governance* attenta alle specificità del contesto di utilizzo.

⁴¹ F. SANTONI DE SIO, J. VAN DEN HOVEN, *Meaningful Human Control over Autonomous Systems: A Philosophical Account*, in *Frontiers in Robotics and AI*, 5, 2018, 15.

⁴² F. SANTONI DE SIO, G. MECACCI, *Four Responsibility Gaps with Artificial Intelligence: Why They Matter and How to Address Them*, in *Philosophy & Technology*, 2021, 1057-1084.

A ben vedere, nell'interazione uomo-macchina il contesto è un elemento fondamentale, che nell'*AI Act*, è scarsamente rappresentato. Non ogni utilizzo dell'IA pone le stesse minacce all'autonomia umana, e di converso non ogni ambito permette o richiede lo stesso grado di intervento umano.

Sarebbe opportuno che la regolamentazione tenesse conto in modo ancora più granulare del tipo di decisione delegata alla macchina, del ruolo dell'utente (è un consumatore, un professionista, un pubblico ufficiale?), delle conseguenze di un potenziale errore o *bias*, e così via.

L'*AI Act* già compie un passo limitato in tal senso delineando vari settori ad alto rischio (per es. i sistemi di *high-risk*). Tuttavia, all'interno della categoria "alto rischio" convivono scenari molto eterogenei: per esempio, un sistema di scoring creditizio e un sistema di diagnostica medica hanno dinamiche di interazione e impatti differenti.

Un principio di *context-sensitive regulation* implica che le misure di controllo (come la supervisione) andrebbero adattate alla situazione specifica⁴³. Ciò può riflettersi in linee guida settoriali: per esempio, in ambito sanitario potrebbe essere necessario prevedere normativamente che la decisione clinica finale spetti sempre a un medico iscritto all'albo (rafforzando un controllo umano forte), mentre in ambito di *e-commerce* una raccomandazione algoritmica di prodotto potrebbe anche operare con minima supervisione purché rispetti standard di trasparenza.

L'art. 14, par. 3, dell'*AI Act* già afferma che le misure di controllo devono essere commisurate al rischio, al livello di autonomia del sistema e al contesto d'uso. Si tratta di dare sostanza a questa affermazione, magari tramite standard tecnici o codici di condotta settoriali, che declinino diversamente il ruolo del supervisore umano caso per caso.

Un modello ecologico incoraggerebbe inoltre la sperimentazione di approcci regolatori innovativi, come *sandbox* dove testare nuovi equilibri uomo-macchina in sicurezza, o meccanismi di monitoraggio continuo post-mercato per adeguare i requisiti mano a mano che si comprendono meglio le interazioni reali tra utenti e IA. L'idea è di abbandonare l'illusione che esista una soluzione unica (per es. "basta mettere un

⁴³ B. JUDGE ET AL., *When Code Isn't Law: Rethinking Regulation for Artificial Intelligence*, in *Policy and Society*, 1, 2025, 85-97.

umano in controllo”) valida per qualsiasi IA e qualsiasi uso. Al contrario, bisogna sviluppare una “cassetta degli attrezzi” regolatoria flessibile, che guardi all’ecosistema umano-macchina nel suo complesso e ai feedback effettivi provenienti dall’uso sul campo.

In definitiva, adottare un modello ecologico di interazione significa passare da una visione di IA come “altra” entità con cui dobbiamo competere per il controllo, a una visione di IA come parte di un sistema socio-tecnico integrato in cui l’uomo possa esercitare un controllo informato, contestuale e significativo. Altri autori parlano in proposito di *human-machine teaming*⁴⁴: configurare l’IA come un partner che aumenta le capacità umane invece di sostituirle, richiedendo però un ambiente di collaborazione progettato *ad hoc*.

Questa prospettiva, se recepita nella regolamentazione, potrebbe risolvere il “conflitto tra autonomie” eliminando proprio la contrapposizione: l’autonomia resta una qualità che appartiene primariamente all’essere umano (soggetto di diritti e doveri), mentre la macchina viene incastonata in un quadro giuridico dove la sua pseudo-autonomia operativa è sfruttata al meglio ma sempre incanalata e circoscritta dall’autonomia e dal controllo umani.

⁴⁴ Per un’introduzione al concetto di *human-machine teaming*, si veda J.B. LYONS ET AL., *Trust and Human-Machine Teaming: A Qualitative Study*, in W. LAWLESS, R. MITTU, D. SOFGE, I.S. MOSKOWITZ, S. RUSSELL (a cura di), *Artificial Intelligence for the Internet of Everything*, Amsterdam, 2019, 101-116.

HYBRID AI E SINERGIE NEL DIALOGO TRA GIURISTI E IA¹

Salvatore Sapienza

I. Cenni Introductivi

L'impiego dell'Intelligenza Artificiale (IA) nei contesti giuridici rappresenta una delle sfide più rilevanti e controverse del dibattito contemporaneo sul rapporto tra informatica e diritto. Negli ultimi anni, il progresso delle tecnologie di apprendimento automatico, l'aumento esponenziale della disponibilità di dati giuridici in formati digitalizzati e l'evoluzione di strumenti di elaborazione semantica del linguaggio naturale (c.d. *Natural Language Processing*, o NLP) e dei *Large Language Model* (LLM) hanno reso possibile l'applicazione dell'IA in ambiti un tempo considerati inaccessibili all'automazione, tra cui l'attività amministrativa, la predizione delle sentenze, l'analisi normativa e la redazione degli atti necessari a tali funzioni².

Alcuni esempi concreti comprendono l'utilizzo di algoritmi per la valutazione del rischio di recidiva nel diritto penale (si pensi al sistema COMPAS negli Stati Uniti)³, la classificazione automatica e l'estrazio-

¹ Il presente studio è condotto con il supporto della Commissione europea nell'ambito del progetto ERC HyperModelLex. Grant agreement ID: 101055185.

² A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *Decidere con l'IA. Intelligenze artificiali e naturali nel diritto*, Bologna, 2024; IID., *La giustizia predittiva: una visione realistica*, in *Giurisprudenza italiana*, 7, 2022, 1759-1782.

³ S. SAPIENZA, M. PALMIRANI, C. BOMPRESZI, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel sistema giustizia: funzionalità, metodologie, principi*, in S. SAPIENZA, M. PALMIRANI (a cura di), *La trasformazione digitale della giustizia nel dialogo tra discipline: diritto e intelligenza artificiale*, Milano, 2022, 1-36; G. SARTOR, F. LAGIOIA, *Il sistema COMPAS: algoritmi, previsioni, iniquità*, in U. RUFFOLO (a cura di), *XXVI lezioni di diritto dell'intelligenza artificiale*, Torino, 2021, 226-244; F. BASILE, *Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine*, in *Diritto penale e uomo*, 2019.10, 2019.

ne di norme rilevanti da corpora legislativi⁴, sistemi che suggeriscono l'orientamento probabile di un giudizio sulla base di precedenti giurisprudenziali⁵. In tali scenari, l'IA può fungere da ausilio prezioso per il giurista, a condizione che venga mantenuto un controllo umano significativo, che consenta di interpretare, validare e – se necessario – correggere l'*output* dell'algoritmo.

Segnatamente, l'impiego di sistemi di IA si articola in tre principali funzioni operative: informativa, analitica e decisoria⁶. La prima, di natura descrittiva, riguarda la capacità dei sistemi di IA di aggregare e visualizzare grandi moli di dati attraverso strumenti interattivi come *dashboard*, offrendo così una panoramica immediata su fenomeni normativi o giurisprudenziali. La seconda, di tipo analitico, interviene nell'individuazione di correlazioni, *pattern* e tendenze a partire dai dati e contribuisce a una più profonda comprensione di fenomeni giuridici emergenti o latenti. È nella terza funzione, quella decisoria, che si annidano le implicazioni più critiche. Essa comprende sia forme di supporto al decisore umano – come la proposta di opzioni plausibili sulla base di modelli predittivi basati sui dati – sia ipotesi di delega parziale o totale della decisione all'algoritmo.

Questo *continuum* funzionale, che va dall'ausilio strumentale alla completa sostituzione del giudizio umano, solleva una tensione strutturale tra le istanze di efficienza veicolate dalla tecnologia e la necessità di salvaguardare le garanzie procedurali e sostanziali proprie dello Stato di diritto e degli ordinamenti democratici⁷. La progressiva estensione del perimetro decisionale affidato all'IA impone pertanto una riflessione sistemica sulla compatibilità di tali strumenti con i principi fonda-

⁴ M. CORAZZA, M. PALMIRANI, F.M.T. GATTI, S. SAPIENZA, *Monitoring Sustainable Development Goals in European Legislation using Hybrid AI*, in *Proceedings of the 17th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance (ICEGOV 2024)*, New York, 2024, 261-269.

⁵ V. ex multis A. SANTOSUOSSO, G. SARTOR, *La giustizia predittiva: una visione realistica*, cit.

⁶ S. SAPIENZA, *Decisioni algoritmiche e diritto*, Milano, 2024, 21.

⁷ A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal*, 1, 2019, 63-89.

mentali dell'ordinamento⁸, tra cui la motivazione delle decisioni, la responsabilità e l'autonomia del decisore, il diritto alla difesa, la separazione dei poteri⁹, e così via.

La domanda centrale non riguarda tanto la capacità dell'IA di fornire risposte corrette o efficienti, quanto piuttosto la legittimità e l'opportunità di delegare, anche solo parzialmente, le decisioni giuridicamente significative a sistemi computazionali. In questo senso, il problema non è se l'IA possa “decidere” in ambito giuridico, ma in che modo e entro quali limiti essa possa collaborare con il decisore umano, senza comprometterne l'autonomia, la responsabilità e la capacità critica.

All'interno di questo quadro complesso, e ulteriormente complicato dalla costante e inesorabile evoluzione dei sistemi di IA, si pone la necessità di elaborare un modello metodologico che non concepisca la relazione tra umano e macchina in termini necessariamente oppositivi (“sostituzione” o “esclusione” dell'essere umano dai processi decisionali in alternativa al totale rigetto di sistemi automatizzati), ma che promuova un'interazione cooperativa e sinergica tra giuristi e IA.

È in questa prospettiva che si colloca il prospetto metodologico di “IA Ibrida”, intesa come sistema integrato in cui la componente algoritmica e quella umana concorrono, secondo ruoli complementari, alla formazione della decisione. Il fine ultimo della metodologia non è realizzare l'automazione del ragionamento giuridico, bensì supportare la capacità decisionale umana attraverso strumenti tecnologici che ne amplificano l'efficacia, la trasparenza e la correttezza.

Questo obiettivo rappresenta indubbiamente un percorso più tortuoso rispetto al banale rigetto aprioristico dell'IA nel contesto giuridico. Rifiuto che, seppur giustificato dalle limitazioni tecniche di cui si dirà *infra*, appare sproporzionato d'innanzi alle potenzialità offerte dai sistemi di IA in tale contesto applicativo. La sfida, raccolta in questo contributo, è dunque quella di proporre metodi in grado di guidare lo sviluppo e l'impiego di sistemi di IA nel campo giuridico in modo che essi siano coerenti con la teoria del diritto e il ragionamento giuridico.

⁸ M. PALMIRANI, *A Smart Legal Order for the Digital Era: A Hybrid AI and Dialogic Model*, in *Ragion pratica*, 2, 2022, 633-655.

⁹ P. BRESCIANI, *L'intelligenza artificiale in Parlamento: rischio epistocratico o potenziamento della democrazia?*, in *Federalismi.it*, 3, 2025, 536-546.

La presente analisi si propone di contribuire a tale dibattito mediante la presentazione di un approccio metodologico basato sull'IA Ibrida, in cui il processo decisionale si fonda su una modellazione progressiva e condivisa della conoscenza, supportata da tecnologie semantiche e da principi di spiegabilità, trasparenza e antropocentrismo. L'obiettivo di questo studio è, quindi, quello di individuare i cardini essenziali di un percorso metodologico che consenta di integrare l'IA nei processi giuridici senza snaturarne i fondamenti teorici, ma anzi rafforzandone la razionalità, l'equità e l'efficienza.

Facendo seguito a questi cenni introduttivi, la seconda sezione del saggio si concentra sul problema delle asimmetrie epistemiche tra uomo e macchina, evidenziando come i modelli computazionali spesso trascurino la complessità sistemica, assiologica e interpretativa del diritto. A ciò si aggiungono i limiti tecnici dello stato dell'arte, i cui modelli più avanzati faticano a gestire correttamente il contesto normativo, la temporalità delle norme e la struttura delle citazioni giuridiche. Nella terza sezione si analizzano le criticità specifiche dei processi decisionali automatizzati nei contesti giuridici a un più alto livello di astrazione. Vengono, in questa sede, esaminati i rischi legati all'affidamento acritico sugli algoritmi, come l'*automation bias*, la mancanza di trasparenza e spiegabilità dei modelli, e la possibilità che questi ultimi amplifichino *bias* già presenti nei dati. A fronte di tali criticità, il saggio propone una precisa contestualizzazione dell'IA Ibrida nel ragionamento giuridico, concependola come un ausilio epistemico che, per essere efficace e legittimo, deve offrire risultati semanticamente coerenti, spiegabili e pertinenti rispetto al contesto decisorio in cui i sistemi automatizzati si inseriscono, come discusso nella quarta sezione. Nella quinta, invece, la riflessione si sviluppa lungo le tre direttrici fondamentali che strutturano l'approccio dell'IA Ibrida: l'interdisciplinarietà, che richiama la necessità di un dialogo tra diritto, informatica, linguistica e altre discipline; l'interattività, intesa come processo iterativo di confronto tra essere umano e macchina; e infine l'antropocentrismo, che pone al centro del sistema il decisore umano, la sua autonomia e la garanzia dei diritti fondamentali. Alcune considerazioni finali concludono il saggio e discutono possibili spunti di ricerca futura.

2. *Asimmetrie giurista-macchina*

L'introduzione dell'IA nei processi giuridici solleva la rilevante questione della asimmetria epistemica tra uomo e macchina: le modalità con cui le due entità rappresentano, elaborano e valutano l'informazione giuridica sono profondamente diverse. Il decisore umano dovrebbe operare attraverso gli schemi interpretativi della teoria del diritto: la gerarchia delle fonti, la temporalità della legislazione e la spazialità della giurisdizione, le regole di interpretazione, i nessi eziologici, la giustificabilità della decisione, e altri elementi concorrono simultaneamente a realizzare una decisione legittima; l'IA, dal canto suo, opera sulla base di correlazioni statistiche e processi inferenziali stocastici. Il rischio, dunque, è che l'adozione acritica dell'IA produca una rottura nell'unità epistemica del diritto, sostituendo al ragionamento giuridico una logica esclusivamente algoritmica, potenzialmente opaca e priva di fondamenti normativi.

Il primo livello di criticità riguarda la mancanza di solide ipotesi giuridiche nella costruzione dei modelli computazionali. Le applicazioni di IA per il diritto sono sviluppate sulla base di paradigmi tecnici ed epistemologici propri dell'informatica e, segnatamente del NLP, senza un'effettiva integrazione delle categorie, dei metodi e delle finalità della scienza giuridica. Il risultato è una modellazione parziale, se non distorta, del fenomeno normativo, non in grado di coglierne la dimensione sistemica, interpretativa e assiologica. Tale approccio comporta il rischio di sviluppare strumenti formalmente sofisticati ma giuridicamente inadeguati, incapaci di restituire la complessità e la dinamicità del fenomeno giuridico.

A questa debolezza metodologica si somma una seconda criticità, più strettamente legata ai limiti congeniti delle tecniche computazionali attualmente più diffuse. Le soluzioni basate su modelli non simbolici, fondate sull'analisi statistica di testi in linguaggio naturale, mostrano importanti difficoltà nel trattare la specificità dei documenti normativi e delle decisioni giurisprudenziali. Queste tecniche operano, infatti, su unità testuali – come singoli articoli, commi, frasi, paragrafi – isolati dal contesto strutturale e sistemico in cui sono inseriti. Anche i modelli più complessi, come gli LLM, soffrono evidenti limiti nel cogliere rela-

zioni semantiche complesse, come quelle che legano un dovere alla relativa sanzione, o una norma generale alla sua eccezione, specie nella gestione di interi *corpora* normativi o giurisprudenziali. Il diritto non è composto da unità testuali atomiche, ma da un tessuto connettivo di riferimenti incrociati e implicazioni logiche che sfuggono alla lettura puramente *tokenizzata* del testo.

Tale difficoltà si manifesta anche nella gestione del contesto normativo, temporale e territoriale del testo analizzato. I modelli di IA tendono a ignorare informazioni essenziali per l'interpretazione giuridica, come la giurisdizione di riferimento, la vigenza delle norme o la presenza di limitazioni temporali e deroghe. Per questo motivo, l'analisi e, soprattutto, la predizione basata su modelli probabilistici, tipica del *machine learning*, presentano il rischio di reiterare decisioni fondate su normative superate o mutate nel tempo, senza tenere conto della rilevanza giuridica e temporale degli eventi normativi. In altri settori applicativi, si è cercato di ovviare a tali limiti attraverso l'assegnazione di pesi ai dati in funzione della loro attualità; nel contesto giuridico, tuttavia, ciò implica una complessa attività di storicizzazione e qualificazione normativa dei dati, non sempre facilmente automatizzabile e, soprattutto, non esclusivamente basata sulla posteriorità come elemento dirimente, ma anche su criteri quali la giurisdizione o la competenza.

Ulteriori problemi emergono in relazione alla gestione delle citazioni giuridiche, che nei testi normativi e giurisprudenziali rappresentano elementi strutturali integranti al testo. L'IA sub-simbolica tratta tali citazioni come sequenze di caratteri uniformi al resto del testo e, nel far ciò, non stabilisce i rilevanti collegamenti semantici tra la disposizione richiamata e quella che la cita, compromettendo così la coerenza dell'analisi giuridica. Inoltre, va considerato che il contenuto delle norme evolve nel tempo, e che una citazione può assumere significati diversi a seconda della versione normativa vigente al momento della sua formulazione. L'assenza di un riferimento *point-in-time* comporta dunque un'ulteriore perdita di precisione e attendibilità per il giudice.

Da questa asimmetria nasce la necessità di un dialogo strutturato tra metodi e saperi giuridici e informatici, volto a costruire strumenti condivisi per la rappresentazione della conoscenza giuridica, per la spiega-

zione degli *output* algoritmici e per l'allineamento semantico tra piani cognitivi differenti.

3. Criticità dei processi decisionali assistiti e automatizzati nel contesto giuridico

Come evidenziato, l'introduzione di sistemi di IA nei processi decisionali giuridici – giudiziari, amministrativi e legislativi – solleva un insieme articolato di problematiche che toccano aspetti fondamentali della teoria e della prassi del diritto. Queste criticità non si esauriscono nel piano tecnico o funzionale, ma investono direttamente la legittimità, l'equità e la trasparenza dell'attività decisionale, sollecitando una riflessione critica sul ruolo dell'automazione nei processi istituzionali. Vale la pena, dunque, tratteggiare tali elementi secondo una prospettiva critica.

Una delle principali preoccupazioni concerne il rapporto tra il decisore umano e l'*output* prodotto dal sistema algoritmico. In molti casi, l'adozione di strumenti basati su IA tende a ridurre l'autonomia del soggetto chiamato a decidere, innescando fenomeni noti come *automation bias*, ovvero l'eccessiva fiducia riposta nelle valutazioni della macchina a scapito dell'analisi indipendente. Questo rischio è particolarmente grave in ambito giuridico, dove la decisione deve fondarsi sull'applicazione di norme contestualizzata al bilanciamento degli interessi e dei principi a esse sottesi, e non può essere affidata meccanicamente alla ripetizione di *pattern* statistici appresi dai dati. L'adesione acritica alla raccomandazione dell'algoritmo non solo compromette la qualità del ragionamento giuridico, ma mette in discussione la stessa responsabilità eziologica, morale e giuridica del decisore, minandone l'autorevolezza e l'imputabilità.

In stretta connessione con questa dinamica si pone il problema della spiegabilità dei modelli algoritmici. Molte delle tecniche attualmente impiegate, in particolare quelle basate su reti neurali profonde o su modelli di apprendimento non simbolico, presentano una struttura opaca, difficilmente intelligibile anche per gli esperti. Questa mancanza di trasparenza, spesso indicata con il termine *black box*, si traduce inevitabilmente in un cieco affidamento e alla limitazione della partecipazione

al momento decisivo. L'assenza di trasparenza rende difficile ricostruire, criticandolo o avallandolo, il percorso logico che ha condotto alla produzione di un determinato *output*. In ambito giuridico, dove la motivazione della decisione rappresenta un requisito essenziale di legittimità, l'impossibilità di giustificare razionalmente l'esito proposto dal sistema automatizzato costituisce un ostacolo rilevante alla sua accettabilità sociale e utilizzabilità pratica, nonché all'accesso ai meccanismi di ristoro predisposti contro le decisioni errate.

Ulteriori criticità emergono sul piano della correttezza, tanto procedurale quanto sostanziale. I modelli di IA, per quanto sofisticati, riflettono i dati su cui sono addestrati. Se questi dati incorporano pregiudizi, discriminazioni sistemiche o pratiche distorsive, l'algoritmo rischia di perpetuarli, o addirittura di amplificarli. L'apparente neutralità della tecnologia maschera così la possibilità di riprodurre disuguaglianze preesistenti, generando decisioni formalmente corrette, ma sostanzialmente ingiuste. Questo aspetto è particolarmente problematico nei contesti in cui si esercita un potere pubblico, in cui il principio di uguaglianza non può essere sacrificato sull'altare dell'efficienza. Nel contesto giuridico, la presenza di tali *bias* si declina soprattutto in merito alle logiche implicite con cui l'IA struttura e interpreta l'informazione normativa. Tanto la selezione di *feature* irrilevanti basate su correlazioni storiche, quanto l'omogeneizzazione di casistiche complesse in classi predefinite, producono un effetto normalizzante che mal si concilia con la natura argomentativa e contestuale del diritto. Ne consegue una vulnerabilità sistemica che, se non corretta, può tradursi nella produzione di decisioni distorte, discriminatorie o arbitrarie, soprattutto nei confronti di soggetti marginalizzati o di situazioni giuridiche atipiche.

4. La premessa informatico-giuridiche dell'IA Ibrida

In risposta alle criticità emerse dall'applicazione di sistemi di IA al diritto, si propone in questa sede un ripensamento del ruolo stesso dell'IA nei processi decisionali, intesa non come strumento sostitutivo dell'uomo, bensì come piano epistemico ausiliario, ovvero come metodo per la costruzione della conoscenza giuridica e per la formalizzazione

del ragionamento decisionale¹⁰. In questa prospettiva, l'IA non è un soggetto autonomo né un mero calcolatore di esiti probabilistici, ma una componente integrata in un processo argomentativo che resta saldamente umano, normativamente orientato e istituzionalmente responsabile.

Affinché tale integrazione sia legittima, efficace e rispettosa dei principi dello Stato di diritto, è necessario che il decisore umano possa confrontare il proprio piano epistemico, essenzialmente fondato sulla teoria del diritto e sull'esperienza, con quello proposto dall'algoritmo. Le caratteristiche di questo confronto risiedono nella capacità dell'algoritmo di offrire risultati che siano: a) *semantici*, ossia fondati su una comprensione del testo giuridico modellato sul tempo, sulla giurisdizione e in cui gli elementi qualificanti (ruoli, riferimenti normativi, deroghe, eccezioni, ecc.) siano identificabili; b) *conoscibili*¹¹, ossia spiegabili secondo le logiche del ragionamento giuridico; c) *pertinenti*, ossia in grado di produrre risultati che siano non solo formalmente corretti ma effettivamente utili, rilevanti e situati rispetto all'obiettivo pratico del decisore umano.

In altri termini, l'algoritmo dovrebbe fornire informazioni che si inseriscono coerentemente nel contesto decisionale, tenendo conto della funzione istituzionale dell'attore giuridico, della fase procedimentale in cui si trova e delle conseguenze normative delle scelte prospettate. Semanticità, conoscibilità e pertinenza si sostanziano dunque nella capacità dell'IA di "dialogare" con il contesto giuridico d'uso, in modo da evitare inferenze statistiche disancorate dalla realtà normativa.

Il confronto giurista-macchina non può avvenire se il piano computazionale rimane privo di struttura semantica, opaco o inappropriato. È dunque essenziale che l'IA si fondi su una rappresentazione formale, condivisa e semantica della conoscenza giuridica, che consenta al decisore umano di comprendere e valutare il percorso logico seguito dal sistema. In questo senso, un primo passo metodologico è costituito dall'impiego di tecnologie per la rappresentazione e l'elaborazione struttu-

¹⁰ G. SARTOR, *Legal reasoning: a cognitive approach to the law*, in *A treatise of legal philosophy and general jurisprudence*, vol. 5, a cura di E. Pattaro, Dordrecht, 2005.

¹¹ M. PALMIRANI, S. SAPIENZA, *Big data, explanations and knowability*, in *Ragion pratica*, 2, 2021, 349-364; U. PAGALLO, *Algoritmi e conoscibilità*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 9, 1, 2020, 93-106.

rata del testo normativo, come i formati XML normativi (per esempio, Akoma Ntoso)¹². Tali strumenti permettono di esplicitare la struttura delle disposizioni giuridiche, consentendo così l'isomorfismo tra espressione in linguaggio naturale e rappresentazione computazionale del testo giuridico. Tali formati costituiscono la base per un dialogo tra sistemi umani e artificiali che non si limiti alla superficie lessicale del diritto, ma ne colga le articolazioni concettuali, sistematiche e pragmatiche.

Accanto alla strutturazione del testo, l'uso di tecniche di *Explainable AI* (XAI), che puntano alla realizzazione di modelli interpretabili orientati alla trasparenza, è essenziale. Tuttavia, il concetto di spiegabilità non può essere inteso in modo generico o uniforme: al contrario, esso va declinato in relazione alla pluralità di soggetti coinvolti nel processo decisionale automatizzato e alle diverse finalità normative che la spiegazione è chiamata a soddisfare, anche alla luce delle numerose previsioni contenute nell'*AI Act*¹³ e in altri testi normativi¹⁴. In tale prospettiva, si possono distinguere almeno tre livelli di spiegabilità, ciascuno con funzioni epistemiche e istituzionali specifiche.

Il primo livello è quello della spiegabilità rivolta al supervisore umano, ovvero alla persona incaricata di esercitare un controllo significativo sul sistema automatizzato. In questo caso, la spiegazione ha una funzione comparativa: essa deve consentire al decisore umano di confrontare il piano epistemico proposto dal sistema artificiale con quello proprio del ragionamento giuridico. Solo in presenza di una spiegazione

¹² M. PALMIRANI, *Legislative change management with Akoma-Ntoso*, in G. SARTOR, M.A. BIASIOTTI, E. FRANCESCONI (eds.), *Legislative XML for the Semantic Web: Principles, Models, Standards for Document Management*, Dordrecht, 2011, 101-130; EAD., *Lexdatafication: Italian legal knowledge modelling in Akoma Ntoso*, in V. RODRÍGUEZ-DONCEL, M. ARASZKIEWICZ, P. CASANOVAS, U. PAGALLO, G. SARTOR (eds.), *AI Approaches to the Complexity of Legal Systems XI-XII*, Cham, 2021, 31-47.

¹³ Art. 11, art. 13, art. 52, art. 86, Allegato IV; Cons. 9, 27, 53, 93, 107, 119.

¹⁴ Regolamento (UE) 2016/679, General Data Protection Regulation (GDPR): art. 13(2)(f), art. 14(2)(g), art. 15(1)(h), art. 22, Cons. 60, 71; Proposta di Direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale (AI Liability Directive, ritirata): art. 3(1), art. 4; Cons. 16-30; Regolamento (UE) 2022/2065, Digital Services Act (DSA): art. 27(1), art. 27(2), art. 40(3), art. 69(2)(d), art. 69(2)(5), art. 72, Cons. 68, 93, 141, 146; Regolamento (UE) 2022/1925, Digital Markets Act (DMA): art. 21(1), art. 21(2), art. 23(2)(d), art. 23(2)(4); Cons. 81, 83.

chiara e strutturata sarà possibile esercitare un giudizio critico sull'*output* prodotto, accettandolo, correggendolo o rigettandolo in base a criteri giuridicamente significativi e capaci di costituire i presupposti di una motivazione giuridicamente valida, tanto in senso procedurale quanto in senso sostanziale. La spiegabilità, dunque, è qui strumentale all'autonomia e alla responsabilità del decisore, e costituisce la condizione minima per evitare fenomeni di *automation bias* o di deresponsabilizzazione.

Il secondo livello è quello della spiegabilità istituzionale, destinata agli organi preposti alla valutazione della conformità dei sistemi automatizzati alle norme vigenti ed, eventualmente, a irrogare sanzioni. Nel contesto dell'*AI Act* e, segnatamente, nei sistemi categorizzati tra quelli ad "alto rischio", la trasparenza e la tracciabilità del funzionamento dell'algoritmo sono condizioni imprescindibili per accertare l'adeguamento alla regolamentazione. Le istituzioni devono essere in grado di comprendere non solo l'architettura tecnica del sistema, ma anche, tra gli altri, i criteri che ne guidano le decisioni, le logiche di apprendimento, i dati impiegati e le eventuali misure adottate per la mitigazione dei *bias*. Questo livello di spiegabilità si colloca dunque all'incrocio tra le scelte di *design* e la tutela dell'interesse generale, ed è strettamente funzionale alla prevenzione di abusi, opacità e asimmetrie informative¹⁵.

Il terzo livello riguarda infine la spiegabilità verso i soggetti interessati dalla decisione, ossia delle persone destinatarie della decisione automatizzata¹⁶, ovvero di coloro sui quali una decisione assunta sulla

¹⁵ S. SAPIENZA, *ChatGPT, dati e identità personale: rischi, bilanciamenti, regolazione*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2023, 47-71.

¹⁶ V. art. 22 GDPR e i commenti in S. WACHTER, B. MITTELSTADT, L. FLORIDI, *Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 2, 2017, 76-99; G. MALGIERI, G. COMANDÉ, *Why a right to legibility of automated decision-making exists in the general data protection regulation*, in *International Data Privacy Law*, 7, 4, 2017, 243-265; A. SELBST, J. POWLES, "Meaningful information" and the right to explanation, in *Proceedings of the 1st Conference on Fairness, Accountability and Transparency*, 2018, 48-48; T.S. CABRAL, *AI and the Right to Explanation: Three Legal Bases under the GDPR*, in D. HALLINAN, R. LEENES, P. DE HERT (eds.), *Data Protection and Privacy: Data Protection and Artificial Intelligence*, Oxford, 2021, 29-56; L. EDWARDS, M. VEALE, *Slave to the Algorithm? Why a "Right to an Explanation" Is*

base di un *output* algoritmico incide negativamente¹⁷. In questo caso, la spiegazione non ha solo una funzione di mera cognizione, ossia di messa a disposizione di informazioni rilevanti, ma anche una finalità abilitante, in quanto è destinata al soggetto per comprendere il ruolo svolto dalla macchina nella decisione che lo riguarda, i dati utilizzati, i parametri applicati e le eventuali implicazioni sul suo status giuridico¹⁸. Solo sulla base di tali informazioni sarà possibile per l'individuo esercitare in modo effettivo i propri diritti, contestare l'esito della decisione, chiedere una revisione umana o attivare altri strumenti di tutela.

Questi tre livelli di spiegabilità non sono separabili, ma si richiamano reciprocamente. Una spiegazione efficace è quella che riesce a coniugare precisione tecnica, chiarezza comunicativa e rilevanza giuridica, adattandosi al profilo dell'interlocutore e alla funzione che la spiegazione è chiamata a svolgere. È dunque evidente che la progettazione di sistemi IA destinati a operare nel contesto giuridico deve tener conto fin dall'inizio di questa pluralità di destinatari e di funzioni, integrando la spiegabilità come principio strutturale e non come mera componente accessoria.

Anche nell'ottica di garantire un livello di spiegabilità appropriato, tra i più recenti approcci computazionali assumono particolare rilevanza quelli basati sulla combinazione neurosimbolica di ontologie giuridiche e *knowledge graph*, che organizzano la conoscenza giuridica se-

Probably Not the Remedy You Are Looking For, in *Duke Law & Technology Review*, 16, 2017, 18-84; M. BRKAN, *Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making and data protection in the framework of the GDPR and beyond*, in *International Journal of Law and Information Technology*, 27, 2, 2019, 91-121. V. i recenti casi *SCHUFA* (C-634/21 OQ v Land Hesse [2023] ECLI:EU:C:2023:220) e *Dun & Bradstreet* (C-203/22 CK v Dun & Bradstreet Austria GmbH and Magistrat der Stadt Wien [2024] ECLI:EU:C:2024:74) della Corte di giustizia dell'Unione europea.

¹⁷ Cfr. art. 86 dell'*AI Act*, secondo cui qualsiasi persona interessata da una decisione presa da un utilizzatore sulla base dell'*output* di un sistema di IA ad alto rischio elencato nell'Allegato III e che produce effetti giuridici o incide in modo analogo e significativo su tale persona, ha il diritto di ottenere dall'utilizzatore spiegazioni chiare e significative riguardo il ruolo del sistema di IA nel processo decisionale e gli elementi principali della decisione adottata.

¹⁸ V. il caso *Dun & Bradstreet* (C-203/22 CK v Dun & Bradstreet Austria GmbH and Magistrat der Stadt Wien [2024] ECLI:EU:C:2024:74).

condo relazioni concettuali, e *LLM*. Questi modelli emergenti, come quelli noti nella letteratura più recente come *Retrieval Augmented Generation (RAG)*¹⁹, consentono di arricchire la generazione testuale con il recupero mirato di contenuti strutturati, migliorando la coerenza argomentativa e l'aderenza al quadro normativo vigente. Invece, il modello *Agentic AI* utilizza *LLM* per eseguire direttamente operazioni computazionali (per es. ricerca su banche dati, estrazione di informazioni, generazione di testo) a seconda delle operazioni richieste dall'utente in linguaggio naturale, secondo un approccio procedurale che può vedere la partecipazione di più agenti combinati, ciascuno dei quali è incaricato di una specifica operazione.

5. Centralità del decisore umano e sinergie con l'IA Ibrida

Da questo insieme di premesse metodologiche emerge l'idea di un piano epistemico ibrido, in cui giuristi e macchine sono in grado di dialogare sulla base di una modellazione condivisa della conoscenza giuridica. Questo dialogo è finalizzato all'integrazione del giudizio umano con una strategia epistemica alternativa a quella esclusivamente umana. L'IA Ibrida si configura, così, in una prospettiva di rafforzamento e di miglioramento della qualità della decisione giuridica reso possibile dalla presenza di una nuova strategia decisionale. Resta imprescindibile, tuttavia, secondo le premesse teoriche enunciate in precedenza, il ruolo del decisore umano come perno del sistema ibrido.

Tale processo d'integrazione dei modelli di conoscenza, fondato, come osservato, sulla comparabilità dei piani epistemici di cui modellazione computazionale della norma, spiegabilità e autonomia costituiscono premesse essenziali, si concretizza lungo tre assi fondamentali.

In primo luogo, un'IA ibrida presuppone un approccio intradisciplinare (ossia tra le varie discipline che compongono la scienza giuridica) e interdisciplinare (ossia tra diritto, scienza informatica, statistica, linguistica, e così via). L'intradisciplinarietà, inoltre, implica che anche al-

¹⁹ M. HINDI, L. MOHAMMED, O. MAAZ, A. ALWARAFY, *Enhancing the precision and interpretability of retrieval-augmented generation (RAG) in legal technology: a survey*, in *IEEE Access*, 13, 2025, 46171-46189.

l'interno della scienza giuridica si sviluppi una maggiore consapevolezza dei settori specifici (per es. il diritto parlamentare) che rendono possibile l'applicazione di sistemi di IA nel campo pratico, volta a comprendere le implicazioni epistemologiche e normative dell'interazione con i sistemi intelligenti. Allo stesso modo, fermi restando i differenti campi, l'integrazione interdisciplinare tra diversi saperi dovrebbe tradursi in una co-costruzione dei modelli concettuali, delle strutture semantiche e delle logiche inferenziali impiegate dall'IA. Soltanto un dialogo autentico tra le discipline può garantire che la rappresentazione della conoscenza giuridica sia coerente, sistematica e rispettosa delle sue peculiarità interpretative e assiologiche.

In secondo luogo, l'IA Ibrida deve rappresentare un processo iterativo e interattivo. Iterativo nel senso che il processo di sviluppo di un sistema di IA per il contesto giuridico non si esaurisce nella prima esecuzione del ciclo di sviluppo, ma richiede continue revisioni, aggiornamenti e verifiche in base all'evoluzione normativa, giurisprudenziale e istituzionale. Interattivo, perché deve prevedere un flusso costante di *feedback* tra il decisore umano e il sistema artificiale, in un processo di adattamento reciproco in cui l'*output* dell'IA non è accettato passivamente, ma valutato criticamente, interpretato e, quando necessario, riformulato tramite interfacce idonee all'utente-giurista. Questa dimensione dialogica è essenziale per garantire che il processo decisionale non venga appiattito su una logica algoritmica, ma si mantenga aperto alla complessità del ragionamento giuridico, alla discrezionalità di un decisore autonomo e alla giustificazione razionale.

Infine, il terzo asse dell'IA Ibrida è rappresentato dalla conoscibilità e dall'antropocentrismo. Secondo quanto discusso nella sezione precedente, le rappresentazioni della conoscenza, le inferenze, i suggerimenti generati dal sistema devono essere comprensibili, accessibili e interpretabili dalle autorità preposte al loro monitoraggio, dagli operatori dei sistemi e dalle persone i cui diritti fondamentali sono interessati dalla decisione algoritmica. Ciò implica l'adozione di modelli spiegabili, di interfacce trasparenti e di strumenti che facilitino la comprensione del processo decisionale. L'antropocentrismo, in questo contesto, non si declina semplicemente nel (già noto) principio di centralità dell'essere umano, ma nell'obiettivo di garantire che ogni fase del processo algo-

ritmico sia orientata al servizio della persona, nel rispetto della sua dignità, della sua capacità deliberativa e del suo diritto a una decisione giusta e motivata.

6. *Considerazioni conclusive*

L'adozione dell'IA nei processi decisionali che implicano valutazioni giuridiche solleva interrogativi fondamentali non solo in termini tecnici e funzionali, ma soprattutto epistemologici, etici e normativi.

Infine, va sottolineato un nodo epistemologico di fondo: l'asimmetria tra la modellazione della conoscenza propria dei sistemi di IA e quella del decisore umano. Il diritto non è una semplice collezione di enunciati normativi, ma un insieme articolato di pratiche interpretative e di strutture concettuali. La decisione giuridica si costruisce all'interno di un orizzonte di senso condiviso, in cui l'esperienza, l'argomentazione e la ponderazione assumono un ruolo centrale. La logica computazionale dell'IA, per quanto avanzata, si basa su presupposti diversi: essa tende a ridurre la complessità a regolarità osservabili, a quantificare l'ambiguità, a privilegiare l'uniformità rispetto alla discrezionalità. Questa difformità tra sistemi cognitivi non può essere ignorata, soprattutto quando si pretende di utilizzare l'IA in ambiti nei quali il diritto esercita una funzione conformativa e garantista. La responsabilità, infatti, rimane in ultima istanza umana. Nessun sistema automatizzato può assumere il ruolo del soggetto di diritto, né tanto meno del giudice, del legislatore o dell'amministratore pubblico. La sfida non è solo tecnica, ma culturale e istituzionale: si tratta di ripensare il ruolo della tecnologia nella decisione pubblica, riconoscendone i limiti e valorizzandone le potenzialità senza snaturare l'essenza del processo giuridico.

SEZIONE X

QUESTIONI DI GENERE E TEORIA DEL DIRITTO

QUESTIONI DI GENERE E TEORIA DEL DIRITTO

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Alessandra Facchi, Orsetta Giolo

Il tema scelto per il XXXIII Congresso della SIFD, *Autonomia e diritto. Soggetti, saperi e poteri*, assume particolari e importanti configurazioni nella prospettiva di genere.

L'autonomia è un concetto fondamentale per le donne e per la storia dei loro diritti, ma al contempo molto problematico. Considerate per secoli incapaci e bisognose della tutela maschile, la conquista dello status di soggetti autonomi ha rappresentato il passaggio necessario per l'accesso all'eguaglianza giuridica e dunque alla piena titolarità dei diritti. Ma, a partire dalla seconda metà del Novecento, il femminismo ha proposto numerose e radicali critiche al "mito" dell'autonomia individuale: per un verso, sottolineando i limiti formali e di fatto che hanno impedito e impediscono a molti gruppi di persone storicamente oppressi l'accesso a tale condizione; per l'altro verso, ridiscutendo i caratteri della nozione stessa, per come si sono consolidati nella tradizione liberale e costruiti a partire da modelli maschili.

Su questi temi si confrontano da tempo – anche in chiave intersezionale – diverse posizioni, nell'ambito delle quali l'attenzione si concentra sui processi che costruiscono l'autonomia e sui fattori che la ostacolano, per giungere alla formulazione di nozioni e rappresentazioni del soggetto meno semplicistiche, fittizie e discriminatorie: in grado di dare conto della dimensione relazionale che caratterizza l'esistenza di ogni essere umano e degli assetti di potere che su questa possono gravare.

L'idea di autonomia personale percorre tutti gli interventi qui di seguito pubblicati, i quali offrono un approfondimento di alcune tra le principali questioni che oggi investono l'analisi del diritto nella prospettiva di genere. Tutti i saggi affrontano argomenti attualmente al centro della letteratura giusfemminista e/o dell'attivismo dei collettivi e

dei movimenti femministi, cercando di proporre una disamina attenta che vada oltre le derive ideologiche che spesso caratterizzano i dibattiti contemporanei. In alcuni contributi il riferimento all'autonomia, declinato come autodeterminazione, è esplicitamente tematizzato, in particolare a proposito della centralità acquisita in tempi recenti, in materia di diritti delle donne, dalle questioni del consenso e della libera scelta. In altri saggi, esso figura quale sfondo teorico delle questioni messe a fuoco e del loro trattamento giuridico.

Il saggio di Leoluca Armigero prende l'avvio da un'analisi dei processi di affermazione dal basso delle "nuove identità" di genere, in opposizione alle attribuzioni giuridiche e alle qualificazioni "scientifiche". Tali processi, considerati sia dal punto di vista individuale che collettivo, sono poi approfonditi in una prospettiva critica che evidenzia la gestione selettiva delle diversità/identità riconducibile a un quadro economico e giuridico neo-liberale. Un quadro che riduce l'identità al consumo e qualifica il mercato non più soltanto come spazio di scambio economico, ma anche come luogo della soggettivazione.

Camilla Caselli, ricollegandosi alle tesi del femminismo abolizionista carcerario, evidenzia come sia la pena sia i percorsi di riabilitazione non solo non abbiano condotto a una diminuzione dei reati di femminicidio, violenza sessuale, violenza domestica, molestie, ma producano effetti negativi contribuendo a creare un ordine sociale gerarchizzante, normalizzante e disciplinante. Vengono poi sottolineate le relazioni tra sistema penitenziario e mercato capitalistico derivanti dalle privatizzazioni e dallo sviluppo di un'economia carceraria, valorizzando infine le alternative proposte dalla prospettiva della cura e della giustizia trasformativa.

Anna De Giuli affronta il caso della cosiddetta "Madre Malevola". Dopo aver spiegato il senso di tale stereotipo e introdotto al suo uso in ambito giudiziario, in particolare in connessione con la Sindrome di Alienazione Genitoriale (PAS), l'autrice riprende le critiche della letteratura giusfemminista che lo mettono in relazione con l'ingiustizia testimoniale, la stereotipizzazione giudiziaria e il ruolo degli esperti. Infine, ripercorre alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione che sembra abbiano recepito tali critiche, respingendo lo stereotipo della "Madre Malevola" e problematizzando il ruolo degli esperti nei processi.

Francesca Miccoli affronta un tema centrale nel dibattito attuale: la Gestazione Per Altri (GPA) e la sua regolamentazione giuridica. Il saggio analizza criticamente sia la valorizzazione della scelta della madre surrogata come manifestazione di autonomia da tutelare comunque, sia la qualificazione della GPA come una forma oggettiva di sfruttamento, da vietare comunque. In una prospettiva che si qualifica giusfemminista, l'autrice propone un modello di regolamentazione giuridica che assicuri garanzie e tutele, salvaguardando sia l'*agency*, sia la vulnerabilità della donna e assicurandole dunque un'effettiva libertà di scelta.

Il trattamento giuridico dell'autodeterminazione femminile in relazione alla sessualità è dichiaratamente l'argomento del saggio di Martina Millefiorini, che si sviluppa attraverso un'accurata ricostruzione storica della normativa italiana, a partire dal codice Zanardelli fino alle più recenti pronunce giurisprudenziali, senza trascurare il ruolo determinante del pensiero e dei movimenti femministi a partire dagli anni Sessanta. Il contributo si concentra poi su una questione centrale nel dibattito attuale: il consenso all'atto sessuale, facendo riferimento ai diversi modelli proposti nella legislazione e nella giurisprudenza ed evidenziandone lacune e aspetti critici.

La questione dell'autonomia personale e delle forme del suo esercizio è notoriamente al centro del confronto tra i diversi modelli di trattamento giuridico della prostituzione. Edoardo Peregalli affronta il modello neo-abolizionista (o neo-proibizionista) – il cosiddetto “modello nordico” – illustrandone i presupposti e sottolineandone gli aspetti critici. In particolare l'autore si sofferma sugli effetti di sfruttamento delle donne, sul sacrificio dell'*agency* delle *sex workers*, sulle valenze simboliche, politiche e giuridiche della scelta di criminalizzare il cliente.

IL PERSONALE È ECONOMICO

NUOVE IDENTITÀ E NEOLIBERALISMO

Leoluca Armigero

1. Introduzione

Questo saggio intende indagare i nuovi processi di soggettivazione individuale in una cornice neoliberale. Cosa muove un soggetto a ricercare, nominare e rivendicare un'identità altra rispetto a quelle collettive preesistenti? L'esigenza di specificarsi, socializzare le proprie differenze e fondare così nuovi modi per definirsi nasce evidentemente dal mancato riconoscimento di sé e delle proprie esperienze nelle parole e nelle rivendicazioni politiche attuali, e la forza immaginifica di questo processo definitorio rivela i limiti della definizione stessa, della parola in sé quale perimetro atto a racchiudere un'esperienza umana, per sua natura dinamica, in uno spazio finito. Se normare significa nominare, l'operazione di categorizzazione di cui il diritto non può fare a meno per formulare disposizioni di carattere generale e astratto richiede necessariamente di ridurre la complessità del mondo sociale: nominare dunque significa riconoscere ma anche escludere. Le teorie critiche del diritto¹ hanno fatto emergere nel tempo come la costruzione di talune categorie astratte fosse utile specialmente alle classi dominanti come tecnologia del potere, un dispositivo atto a naturalizzare le disuguaglianze e a mantenere lo status quo nei rapporti di forza. Rivendicare una differenza e storicizzarla, al contrario, significa rinegoziare il perimetro fra identità ascritta e acquisita, fra status e ruolo. Non sempre alle "nuove identità" corrisponde l'esigenza immediata di uno specifico ri-

¹ Per un approfondimento analitico, O. GIOLO, M. BERNARDINI (a cura di), *Le Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2015.

conoscimento giuridico², né il diritto può produrre categorie infinite senza cadere in contraddizione rispetto al fine ultimo della categorizzazione stessa: talvolta, la rivendicazione muove piuttosto dal bisogno di visibilità³ sul piano personale, sociale e culturale. In un sistema economico di tipo neoliberale, tuttavia, a ogni nuova forma di classificazione – sia essa subita o rivendicata – corrisponde la possibile individuazione di un *target* commerciale: la profilazione sempre più specifica di potenziali consumatori, nell’ottica di accogliere nuovi bisogni (si pensi alla necessità, sempre più spesso rivendicata, di sentirsi riconosciuti con le proprie specificità nelle rappresentazioni di tipo mediatico, televisivo o cinematografico) e accrescere il profitto, agendo sul piano dell’oppressione senza mai ridiscutere le relazioni di tipo economico, rischia di sussumere ciascuna espressione individuale o collettiva di autonomia semantica e neutralizzarne il potenziale sovversivo. La richiesta di riconoscimento da parte di quelle nuove identità troverà così il proprio soddisfacimento nel mercato, pronto a capitalizzare, se non persino a provocare, la crisi del soggetto collettivo e della rappresentanza politica.

2. Nuove identità

Nel cercare di comprendere come il processo di categorizzazione delle esperienze legate al genere si sia *complessificato* nel corso dei decenni, occorre prima di tutto stabilire cosa si intenda per “nuove identità” in questo saggio. Con l’espressione “nuove identità” facciamo riferimento a quelle identità emerse da un lungo e stratificato processo di socializzazione – spesso attraverso gli spazi digitali – di approcci ed esperienze molto personali rispetto alle preesistenti categorie fondate su

² Assai più interessante il concetto di “moltiplicazione per specificazione dei diritti umani”, teorizzato da Norberto Bobbio ne *L’età dei diritti* (1992), il quale tuttavia non implica la necessità di fondare categorie sempre nuove, quanto piuttosto di assolvere alla necessità di riconoscimento specifico attraverso un processo continuo di interpretazione.

³ Per un approfondimento sul concetto di visibilità, si rimanda al saggio di A. MUBI BRIGHENTI, *Visibility: A Category for the Social Sciences*, in *Current Sociology*, vol. 55, n. 3, 2007, 323-342.

orientamento sessuale e identità di genere quali *lesbiche*, *gay*, *bisessuali*, *transessuali*. Si tratta di un processo che muove dal basso, privo di norme o di un centro di potere decisionale in grado di riconoscere ufficialmente la validità delle esperienze; inoltre, è evidente che si tratti di un processo in continua evoluzione, mutevole e dinamico per sua natura, destinato a non esaurire facilmente la propria forza, tanto più che progressivamente ingloba elementi relativi al modo in cui viviamo le relazioni, ben oltre l'elemento del genere strettamente inteso (si pensi all'esperienza poliamorosa o all'identità *kinky*). Il progressivo smantellamento delle categorie di genere, in origine intese secondo un rigido binarismo, ha messo in crisi tutte quelle definizioni che, pur nascendo per rivendicare sessualità dissidenti rispetto a un modello eterosessuale e cisgender, poggiavano in maniera solida sull'idea di maschile e femminile, se non altro per descrivere relazioni *omoioùs*, fra persone dello stesso sesso; *bi-* con riferimento a entrambi i sessi, ben lungi dal discorso politico e scientifico che avrebbe poi indagato più in profondità non solo la relazione fra sesso e genere ma anche la possibilità che i sessi, persino in natura, possano essere ben più di due; *trans-* intendendosi per transessualità la condizione temporanea di chi intendesse transitare da un genere all'altro: non è certo un caso se oggi si parla di percorsi di *affermazione* di genere, e la parola *trans* è diventata un termine ombrello in grado di rivendicare l'aspetto durativo del vivere *tra* i generi, senza quell'urgenza definitoria che tanto le scienze mediche quanto il diritto sembravano prescrivere. Lungo la storia del movimento di liberazione omosessuale, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, non è sempre stato possibile imbattersi nella sigla "LGBT", oggi di uso comune: spesso si faceva generico riferimento alla sola *comunità gay*, escludendo dal processo (linguistico dunque politico di riconoscimento) donne lesbiche, persone bisessuali e persone transessuali, che avrebbero poi rivendicato la propria esistenza all'interno della comunità non cisgender e non eterosessuale solo sul finire del Novecento; a partire dagli anni Novanta, l'acronimo fu riconosciuto e accolto dapprima in sede accademica – quando la *queer theory* riconobbe un lessico che si era venuto a creare per le strade della militanza – poi via via anche nelle

fonti del diritto internazionale. Nel tempo, la sigla LGBT è andata ampliandosi con le lettere Q (di *queer*⁴ o *questioning*), I (con riferimento alla comunità intersessuale), A (col riconoscimento di un orientamento sessuoaffettivo asessuale e/o aromantico) e infine con il simbolo + per alludere a ulteriori sfumature. Spesso le nuove lettere che integrano l'acronimo tradizionale non corrispondono soltanto alla necessità di scoprire o coniare parole nuove per descriversi ma muovono dall'intenzione di decolonizzare i saperi legati al genere, recuperando le origini storiche del binarismo di genere come imposizione occidentale e valorizzando esperienze legate ad alcune culture indigene: è il caso della versione 2SLGBTQIA+, molto utilizzata in Canada, in cui "2S" fa riferimento a *Two-Spirit*, espressione utilizzata dalle popolazioni indigene del nord America per fare riferimento a funzioni e ruoli sociali, spirituali o cerimoniali associati all'idea di un terzo genere⁵. Attualmente la sigla completa sembrerebbe essere LGBTQQICAPF2K+, che include – oltre alle identità sopra citate – anche le persone "curiose", pansessuali, fluide. In un'accezione butleriana⁶ di linguaggio performativo, in grado di produrre il genere quale momento di affermazione del sé attraverso l'atto performativo del pronunciare la formula "io sono", un lungo e incessante processo di autonomia semantica ha plasmato diversi neologismi: spesso in risposta a un linguaggio istituzionale che veniva percepito come scientifico e patologizzante, attraverso lo spazio virtuale come momento di disintermediazione, le comunità hanno cercato nuove parole per dirsi. È certamente il caso dell'espressione *non binary*, diffu-

⁴ «[...] *queer* appare qui come "termine ombrello" o significante aperto, che raccoglie i diversi scarti rispetto alle norme di genere e sessualità senza proporre una cornice identitaria univoca [...] Segnala [...] la consapevolezza del carattere precario e artificiale delle nostre convenzioni in materia di genere e sessualità. Il suo utilizzo mira quindi ad aprire uno spazio di intellegibilità che possa accogliere la complessità delle esperienze che sfuggono e resistono a queste convenzioni»: M. DE LEO, *Queer. Storia culturale del movimento LGBT+*, Torino, 2021. Per un approfondimento storico, si veda il libro appena citato.

⁵ S.E. JACOBS, W. THOMAS, S. LANG, *Two-Spirit People: Native American Gender Identity, Sexuality, and Spirituality*, Urbana (IL), 1997.

⁶ J. BUTLER, *Questione di genere. Il femminismo e la sovversione dell'identità*, Roma, 2013; M. GINOCCHIETTI, *La nozione di performatività: un confronto tra Judith Butler e John L. Austin*, Milano, 2014.

sasi a partire dai primi anni Duemila attraverso piattaforme digitali come blog e forum e presto diventata oggetto di importanti pronunce giurisprudenziali nel quadro europeo e nazionale⁷ ma anche di parole come *genderqueer*, *genderfluid*, *agender*, *demiboy* o *demigirl*, demisessuali, omnisessuali, *autigender* (genere influenzato dall'autismo, diffuso in comunità neurodivergenti), poliamorosi, anarchici relazionali, e molti altri. Impossibile proporre un elenco definitivo. Alla progressiva specificazione del movimento e all'affermazione al suo interno di categorie nuove, ovvero alla riscoperta e alla valorizzazione di categorie vecchie ma a lungo trascurate nel loro riconoscimento pubblico (anche con riferimento a ruoli di rappresentanza politica e rappresentazione mediatica), corrisponde un processo semiotico. Fra segni e simboli in grado di testimoniare nuove rivendicazioni o la nascita di nuove sensibilità, oltre ai neologismi, rientrano certamente le bandiere: almeno trenta, fra le "sotto-comunità" di cui sopra, ne hanno disegnata e commercializzata una propria. Quella ideata da Gilbert Baker⁸ nel 1978 è andata prima scomponendosi, per così dire, nelle bandiere gay, lesbica, bisessuale; transgender; poi, nel 2018, è stata rivisitata da Daniel Quasar, sotto il nome di *progress pride flag*: nell'arco di quarant'anni, infatti, sembra essere emersa la necessità di restituire spazio alle persone trans, alla comunità afrodiscendente (nonché alla valorizzazione giuridica e politi-

⁷ Da ultima, la sent. n. 143/2024 della Corte costituzionale apre al riconoscimento delle identità cosiddette "non binarie" ma rimette la materia nelle mani del legislatore, affinché possa adeguare a questa eventualità tutti gli istituti del diritto italiano che ad oggi poggiano invece in maniera solida su una concezione binaria del genere, alternativamente cioè maschile o femminile.

⁸ La storia della bandiera arcobaleno presenta alcune curiosità che in qualche modo anticipano le considerazioni che farò più avanti in questo breve saggio circa il nesso che intercorre fra identità, rappresentazione e consumo: pare che Baker si fosse ispirato al film del 1939 *Il Mago di Oz*, in particolare alla canzone *Somewhere Over the Rainbow* interpretata dell'attrice Judy Garland nei panni di Dorothy; il livello di immedesimazione della comunità gay oppressa con questo personaggio fu tale che l'espressione *friend of Dorothy* è stata poi a lungo utilizzata per alludere al proprio orientamento omosessuale; inoltre, la bandiera inizialmente presentava otto colori, e non sei, e questa riduzione nella scala cromatica è da attribuirsi molto banalmente alla difficoltà, con l'aumento della domanda, nel reperire le stoffe di alcuni colori per confezionare un numero crescente di bandiere.

ca di un'intersezione fra discriminazione di stampo omolesbobitransfobico e discriminazione di tipo razziale), alle persone intersessuali e alle persone morte di AIDS. Benché l'epidemia di AIDS non abbia riguardato unicamente le persone *queer* e la condizione medica di sieropositività non abbia nulla a che vedere con orientamento sessuale e identità di genere, la storia politica delle persone sieropositive appare inestricabilmente legata alle rivendicazioni della comunità: la formazione di collettivi come ACT UP nel 1987 rimane un momento fondamentale del movimento di liberazione omosessuale; al suo interno, infatti, si formò il gruppo organizzato *Queer Nation*, il cui *Queer Nation Manifesto* si configura ancora oggi come un testo imprescindibile per un'analisi critica circa le manifestazioni pubbliche di orgoglio, contro ogni forma di assimilazione. Si tratta di esperienze a lungo invisibilizzate che simbolicamente sono state rimesse in luce da un nuovo *design* grafico.

Apparentemente un criterio per classificare le cosiddette “nuove identità” potrebbe essere relativo alle loro rivendicazioni immediatamente azionabili sul piano giuridico: per esempio, le persone *non binary* desiderano essere riconosciute dalla legge come soggetti la cui identità di genere, e di conseguenza il cui sviluppo della personalità, non sia ascrivibile agli unici due marcatori di genere (M, F) che attualmente il diritto italiano mette a disposizione, per così dire, nei registri anagrafici sin dall'atto di nascita e di conseguenza sui documenti di identità. Esse, dunque, propongono alternativamente un *gender marker* neutrale o il superamento *tout court* dei *gender marker* sui documenti. Altre identità invece sembrano essersi affermate attraverso un processo più squisitamente sociale; le persone asessuali, per esempio, non avanzano rivendicazioni sul piano del diritto ma intendono rivendicare visibilità affinché il proprio comportamento sessuale non venga bollato come patologico. È evidente, dunque, che l'immediata azionabilità giuridica delle rivendicazioni non possa costituire un criterio di classificazione esaustivo, né può servire a legittimare il riconoscimento di una nuova identità a scapito delle altre.

3. Identità individuali e collettive all'incrocio fra oppressione e sfruttamento

L'affermarsi del genere come costruito sociale, parallelamente sia secondo le scienze mediche che secondo le scienze umanistiche, ha proiettato la presunta neutralità del soggetto del diritto in un "caleidoscopio di identità"⁹, una complessa partitura biopolitica che si articola attraverso le categorie concettuali di sfruttamento e oppressione. Nel tempo, tuttavia, la nozione di intersezionalità è stata oggetto di critiche poiché pone sullo stesso piano identità e disuguaglianze: il rischio è quello di considerare caratteristiche come genere o etnia alla stregua dell'appartenenza di classe, rischiando così di naturalizzare una relazione di potere di tipo economico. In *Redistribuzione o riconoscimento? Lotte di genere e disuguaglianze economiche* Fraser distingue tra politiche della redistribuzione (legate alla classe) e politiche del riconoscimento (legate alle identità: genere, razza, sessualità, ecc.) mettendo in luce come l'intersezionalità rischi di ridurre le lotte sociali a lotte per il riconoscimento simbolico, oscurando così i rapporti strutturali di sfruttamento economico. Gli incroci sempre diversi fra le cause di discriminazione, inoltre, costituiscono una sfida al concetto di rappresentanza politica, individuando gruppi sociali sempre nuovi e potenzialmente sempre più piccoli.

La possibilità che le identità vengano intese come fini in sé, di conseguenza, e che solo la giurisprudenza delle corti possa riconoscere le specificità individuali, più di quanto non possa sperare di riuscire a fare il diritto generale e astratto, rappresenta il «superamento delle astrazioni universalistiche che hanno fatto la fortuna della politica moderna». In *Guerre culturali e neoliberismo*, Cangiano riflette su come l'atomizzazione delle classi subalterne su base identitaria possa provocare una tensione fra universalismo come necessità del diritto e particolarismo inteso come identità individuale.

Nello scrivere che «la prima divisione del lavoro è quella che si compie fra uomo e donna per la procreazione dei figli», e che l'antago-

⁹ M.R. MARELLA, *Queer Eye for the Straight Guy. Sulle possibilità di un'analisi giuridica queer*, Verona, 2011.

nismo di classe coincide con lo sviluppo dell'antagonismo fra uomo e donna in regime monogamico, Engels incrociava quelle che per il femminismo neolibera contemporaneo appaiono come due rette parallele: l'asse dell'oppressione e quello dello sfruttamento; egli infatti pone in evidenza come l'elemento naturale della corporeità, con riferimento alla capacità gestante delle donne, non possa di per sé sancire una relazione di potere economico ma necessiti di una costruzione di carattere sociale e politico come il regime monogamico per configurare la forma prima di antagonismo di classe. La ricostruzione di una genesi della distinzione fra pubblico e privato, fra produzione e riproduzione sociale, apparentemente poggia su un'essenzializzazione dell'identità femminile ma si concentra sul *lavoro* della gestazione e sulla relazione monogama più che sull'aspetto identitario in sé¹⁰. La costruzione collettiva delle *identità* sociali a partire dalla corporeità delle esperienze incarnate costituirà il momento fondamentale per una rivendicazione politica della differenza: sarà proprio la rappresentabilità nel diritto del soggetto femminile e femminista a determinare un cambio di paradigma. In *Sputiamo su Hegel*, Carla Lonzi respinge l'opinione secondo cui il l'oppressione femminile sia solo un problema economico, ne rivendica il portato esistenziale e denuncia come il marxismo, nel suo modo di pensare la liberazione, replichi in fondo una logica patriarcale¹¹.

L'indispensabile contributo teorico del femminismo giuridico ha determinato così la rottura definitiva con la tradizione del soggetto giuridico moderno dalla vocazione universalistica, svelando l'origine non neutrale del diritto e proponendo una sua riarticolazione in un'ottica inclusiva delle diverse soggettività. In *Un diritto per due*, Tamar Pitch

¹⁰ «Tutto il lavoro svolto dalle donne fuori dalla sfera direttamente produttiva – lavoro non pagato – è in realtà determinante proprio per il funzionamento della sfera produttiva, e la sua mancata retribuzione è sia furto di plusvalore (sfruttamento), sia base materiale della superiorità che la società concede all'ordine simbolico maschile (oppressione)»: M. CANGIANO, *Guerre culturali e neoliberalismo*, Milano, 2024.

¹¹ «L'uomo ha parlato anche per la donna, l'ha definita. Anche quando diceva di volerla liberare. Ha sostituito all'esperienza della donna una sua interpretazione». Lonzi afferma un principio che sarà fatto proprio da tutte le minoranze, e cioè il principio di presa di parola: un concetto chiave per la definizione di sé attraverso il rifiuto della delega e la condivisione dell'esperienza soggettiva in prima persona (C. LONZI, *Sputiamo su Hegel*, Milano, 1970).

mostra chiaramente come i diritti universali fossero stati costruiti a partire da un soggetto implicito: l'uomo bianco, adulto, eterosessuale e proprietario. Le donne (così come altri soggetti marginalizzati) furono incluse solo successivamente, spesso adattandosi a quella misura originaria. È questa – conviene Pitch – la ragione per cui la parità formale non si è rivelata sufficiente a raggiungere l'uguaglianza di genere, ma occorrono ancora oggi meccanismi di ripensamento strutturale dell'esistente per una progressiva parificazione sul piano sostanziale. Il diritto quale terreno di gioco solo apparentemente neutrale rispetto al genere viene altresì indagato da Pateman nel suo “contratto sessuale”¹²: il contratto sociale che fonda lo Stato si basa a sua volta su un contratto sessuale implicito, quello che istituzionalizza la subordinazione delle donne rispetto agli uomini. Ed è proprio in base a una concezione dello Stato che riconosce pienamente solo gli uomini come soggetti giuridici che il cittadino ideale viene costruito sul modello del maschio (bianco, eterosessuale) *proprietario*.

4. *Il personale è economico*

La proprietà dunque – sia del corpo, sia di beni materiali – è uno fra i requisiti necessari, insieme al genere, all'etnia e all'orientamento sessuale, per essere considerati soggetti politici a pieno titolo nel contratto sociale moderno. Locke, in particolare, lega il diritto alla proprietà all'origine del contratto sociale: gli uomini si uniscono in società per proteggere “life, liberty, and property”. La ricerca di una forma di legittimazione politica attraverso il mercato da parte di soggetti che reclamano per sé identità nuove, pur non trattandosi necessariamente di maschi-bianchi-eterosessuali (bensì di soggetti che presentano solo alcune di queste caratteristiche: si pensi a un uomo bianco gay, a un uomo nero gay, a una donna bianca eterosessuale, a una donna bianca lesbica, a

¹² Wittig, in dialogo con Pateman, parlava di “contratto eterosessuale” e rifletteva su come le lesbiche non fossero donne, non perché non abbiano corpi femminili ma perché, rifiutando l'eterosessualità, rifiutano anche la posizione subordinata che costruisce la donna come tale. Le lesbiche, inoltre, non partecipando al regime di divisione sessuata del lavoro, interrompono il flusso della riproduzione sociale e sessuale.

una donna nera transgender e così via) ricalca proprio questo schema: la proprietà come punto di partenza per ottenere e *meritare* visibilità e riconoscimento. I concetti di ‘proprietà’ e di ‘merito’ enfatizzano la gestione a criterio maschile e maggioritario dell’ordine sociale, finalizzato alla sua conservazione, e la valutazione¹³ delle minoranze da parte di chi detiene il potere. Il diritto, infatti, non si limita a riconoscere i soggetti di genere e sessualità, ma li costruisce attivamente e contribuisce così, attraverso norme giuridiche e strutture sociali precise, a configurare una *normalità*; la materia corporea diventa giuridica e politica attraverso leggi quali – su tutte – quelle che regolano matrimonio e genitorialità. La gestione dei suddetti istituti, funzionali alla riproduzione della famiglia nucleare, si configura anch’essa come una gestione proprietaria da parte della maggioranza: nel campo solo apparentemente neutro e imparziale del diritto, chi corrisponde a un preciso modello umano stabilisce, a guisa di guardia, chi può accedervi e chi no.

Se consideriamo l’identità come un concetto oggettivante e dunque legato al potere, appare evidente la volontà dell’approccio *queer* di sfuggire alle definizioni: l’identità, considerata come instabile, ambigua, stratificata e dinamica, può occasionalmente essere utilizzata al più come una strategia per ottenere tutele giuridiche; ma sul piano teorico, ogni categorizzazione è funzionale alla normatività e all’inclusione, e pertanto rigettata. Questo modello non può funzionare senza la messa in discussione del modo di produzione: nel suo saggio *Un materialismo queer è possibile*, Zappino compie una rielaborazione della nozione marxiana di “modo di produzione” estendendola alla produzione dei generi, e riflette su come l’eterosessualità non sia una mera identità individuale né un orientamento fra tanti, ma un vero e proprio *modo di produzione*, appunto; ne consegue che, se la lotta *queer* si confronta esclusivamente con la sovrastruttura culturale, l’approccio anti-identitario in una cornice neoliberale rischia di produrre conseguenze disastrose sul piano politico, atomizzando i soggetti subalterni. Il venir meno di un

¹³ La necessità di assimilazione da parte delle persone *queer* e il concetto di *passing*, con particolare riferimento alle persone *trans* e *intersex*, hanno costituito oggetto di analisi per Harold Garfinkel, che riflette sulle forme di negoziazione dell’identità nelle interazioni sociali quotidiane in H. GARFINKEL, *Passing and the Managed Achievement of Sex Status in an ‘Intersexed’ Person*, Englewood Cliffs (NJ), 1967.

orizzonte collettivo di rivendicazione, e con esso la crisi di una rappresentanza possibile per identità sempre nuove e sempre più specifiche, rischia di favorire forme di affermazione del sé che cercano riconoscimento nel mercato economico anziché sul terreno del diritto.

Ancora una volta torna utile il contributo di Carla Lonzi in merito all'idea di emancipazione come partecipazione al lavoro, che la stessa rigetta e considera una forma di integrazione nel sistema patriarcale¹⁴; l'emancipazione – nella sua opera – costituisce la versione femminile dell'oppressione, nella misura in cui non ripensa le strutture del potere maschile ma fa sì che le donne (e tutte le soggettività femminilizzate, nella nostra analisi) accettino di definirsi secondo modelli maschili.

La proprietà, qui da intendersi come accumulazione del profitto, dunque l'utilità economica come fonte di legittimazione giuridica del soggetto oppresso, trova oggi pieno riscontro nelle strategie dell'Unione europea per l'uguaglianza¹⁵. Non è infrequente che le argomentazioni a sostegno del superamento del *gap* occupazionale fra uomo e donna, per esempio, contemplino proiezioni sull'incremento del prodotto interno lordo (per esempio, a un incremento dell'occupazione femminile del 10% corrisponderà un aumento del PIL del 10% circa)¹⁶. Con riguardo agli attori economici privati, d'altro canto, le politiche di *Diversity & Inclusion* hanno spesso rappresentato l'inclusione come obiettivo volto all'ottimizzazione nell'impiego delle risorse umane, a partire da un loro maggiore benessere negli spazi dell'azienda: esse, infatti, non promuovono l'inclusione come strumento di giustizia sociale, ma uni-

¹⁴ «La donna non vuole produrre come l'uomo: vuole vivere. L'esistenza non ha bisogno di essere misurata».

¹⁵ Alcuni esempi: «Una forza lavoro diversificata è vantaggiosa per l'economia nel suo insieme», Strategia dell'UE per l'uguaglianza LGBTIQ 2020-2025; «L'uguaglianza di genere non è solo una questione di giustizia sociale, ma è anche essenziale per la crescita economica, l'occupazione e la competitività», Strategia UE sull'uguaglianza di genere 2020-2025; «L'aumento della partecipazione delle donne al mercato del lavoro e il miglior uso del loro potenziale rappresentano un'opportunità economica importante», Comunicazioni della Commissione europea sul lavoro delle donne.

¹⁶ Rapporto della Banca d'Italia, *Women, labour markets and economic growth*, https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/collana-seminari-convegni/2023-0026/women_labour_markets_growth_n26.pdf#:~:text=An%20increase%20in%20female%20participation,not%20take%20into%20account%20the.

camente come strategia funzionale all'ottimizzazione della produttività e della competitività economica.

Come scrive Sara Ahmed, «diversity becomes a form of corporate capital»¹⁷.

In questo senso, il riconoscimento da parte del mercato avviene tempestivamente, ben prima del riconoscimento da parte del diritto: le nuove identità vengono immediatamente intercettate come nuovo (più specifico) potenziale consumatore, ovvero come risorse umane devianti da integrare nel tessuto economico dell'azienda, per esempio, al fine di accrescerne la produttività. Il celebre slogan femminista «il personale è politico»¹⁸, ampiamente utilizzato nella lotta politica degli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso, perde la sua connotazione originaria: appare oggi più facile ricondurre la condizione personale alla grammatica dei rapporti economici in cui ogni cittadino è calato come consumatore, una rete assai più fitta di quelle sociali (se consideriamo la crisi dei grandi soggetti organizzati)¹⁹, in grado di assorbire la necessità di riconoscimento e assolvere alla ricerca di un senso di appartenenza.

La ricerca di un modo di affermazione del sé attraverso la proprietà, prima ancora che attraverso la protezione della vita o la libertà, riflette il modo in cui il modello capitalistico ha permeato anche la frammentata coscienza collettiva del movimento LGBTQIA+. La sensazione che non esista una reale alternativa al modello eterosessuale imperante, e che qualsiasi altro ordine socioeconomico sia da considerarsi utopico, per dirla con Fisher, colonizza il nostro immaginario e ci rende più facile ipotizzare la fine del mondo che la fine del capitalismo, qui da considerarsi quale modo di produzione eterosessuale, secondo la suggestione

¹⁷ S. AHMED, *On Being Included: Racism and Diversity in Institutional Life*, Durham (NC), 2012.

¹⁸ «Una delle prime cose che scopriamo in questi gruppi è che i problemi personali sono problemi politici. Non ci sono soluzioni personali in questo momento. C'è solo un'azione collettiva per una soluzione collettiva»: C. HANISCH, *The Personal Is Political*, in AA.VV., *Notes from the Second Year: Women's Liberation*, New York, 1970.

¹⁹ Byung-Chul Han descrive la trasformazione delle masse organizzate in "sciame digitali": aggregazioni temporanee e fluide di individui connessi attraverso i social media. Queste nuove forme di collettività mancano di una struttura organizzativa stabile e di una direzione comune, rendendo difficile la formazione di un'azione politica coerente e duratura (B.C. HAN, *Nello sciame*, Milano, 2015).

proposta da Zappino; di conseguenza, l'immaginazione politica circa la possibilità concreta che un modello transfemminista²⁰ *queer* si affermi a livello strutturale (e giuridico)²¹, anziché come mera identità personale e individuale, viene inibita. Viene inibita la riflessione circa un ripensamento delle categorie giuridiche, proprio a partire dal coinvolgimento dei soggetti esclusi. La vulnerabilità viene così spolticizzata e ridotta a una condizione individuale; questo meccanismo provoca la progressiva trasformazione del soggetto rivendicativo nel soggetto vittima: ne *Il diritto neoliberale*, Giolo si sofferma proprio sull'evoluzione (e sull'abuso) del concetto di vulnerabilità, ridotta oggi a una tecnica di governo, e riprende Butler per descrivere una logica politica in cui «l'unica alternativa è essere presi di mira o essere protetti». L'utilizzo giuridico della categoria visibilizza alcuni soggetti solo per contenerli, etichettarli e incasellarli in micro-status che permettono una gestione selettiva dei diritti. Alcune soggettività «entrano nella rete» normativa, altre restano fuori o ai margini. La giustizia si riduce ad atto correttivo, perdendo completamente la sua vocazione trasformativa o distributiva.

Appare dunque evidente che siamo di fronte a una deriva soggettivista che fa persino dell'identità e della salute una responsabilità personale. La compatibilità di una specifica identità con il mercato, utile a che la stessa non venga esclusa o marginalizzata, è dunque un elemento essenziale. Dean Spade²², per esempio, mostra come le istituzioni sanitarie, legali e scolastiche tollerino o includano solo soggettività transgender che si conformano a determinati modelli normativi: persone «funzionanti», integrate, benedette dalla burocrazia e in grado di accedere a cure mediche e transizioni legalmente riconosciute. Una gestione selettiva della diversità fa dell'inclusione un premio, e del mercato il criterio di selezione. L'accesso al mercato finisce così per costituire contemporaneamente sia un punto di approdo e autodeterminazione, sia

²⁰ Per una definizione del transfemminismo, si rimanda a E. KOYAMA, *The Transfeminist Manifesto*, Portland (OR), 2001.

²¹ Sul rapporto fra i vari femminismi e la loro capacità o volontà di incidere sul diritto, si rimanda a I. FANLO CORTÉS, G. PIONTEK, G. POGGI, *Con o senza diritto. Il diritto e le disuguaglianze di genere*, Torino, 2017.

²² D. SPADE, *Normal Life, Administrative Violence, Critical Trans Politics, and the Limits of Law*, Brooklyn (NY), 2011.

il punto di partenza imprescindibile nel processo di soggettivazione sociale. Secondo questo schema, l'accesso al reddito, all'educazione, alla sanità, alla casa sono – prima che diritti – strumenti utili al riconoscimento sociale, eppure interdetti a chi non venga percepito sin da subito come meritevole in quanto compatibile con il modello neoliberale. In questo senso, il genere non è solo un'identità, ma anche una posizione socioeconomica: l'accesso alle risorse economiche attraverso processi di sussunzione capitalistica (*rainbow washing*, *D&I*), in assenza di un orizzonte collettivo di rivendicazione giuridica, passa rapidamente dall'essere un mezzo a costituire il fine ultimo e il coronamento del processo di inclusione.

5. *I codici estetici del consumo*

Una rappresentazione mediatica plurale e lontana dagli stereotipi si è affermata nel tempo come una rivendicazione centrale del movimento LGBTQIA+ occidentale. Se volessimo individuare una base teorica circa la rappresentazione delle soggettività oppresse come atto politico, sicuramente l'opera di bell hooks sulla rappresentazione delle donne nere e su come l'industria cinematografica, per esempio, costituisca uno spazio ideologico in grado di consolidare i pregiudizi quanto potenzialmente di superarli, e in ogni caso di controllare le possibilità di soggettivazione, è da reputarsi centrale. Non è infrequente, tuttavia, che le rappresentazioni delle “nuove identità” nei media e nella cultura *pop* vengano accuratamente selezionate in funzione della loro vendibilità: un film, d'altra parte, oltre che l'espressione artistica del regista, costituisce un *prodotto* cinematografico e, come tale, deve rispondere a precise logiche di mercato. La produzione di nuovi codici estetici in ordine a come, per esempio, una persona *non binary* debba apparire per essere immediatamente riconosciuta come tale, in assenza di un riconoscimento giuridico, diventa parte di un circolo vizioso, alla ricerca di una forma di legittimazione sociale nello sguardo dell'altro. Si tratta di un gioco degli specchi in cui diventa difficile dire dove finisce la rappresentazione, da intendersi come mera trasposizione cinematografica del reale,

e dove, invece, sia la stessa industria (cinematografica) a prescrivere un modo di essere, di vestire, dunque di consumare.

La rappresentazione visiva, dunque, non si limita a riflettere la realtà, ma contribuisce attivamente alla produzione di codici estetici che riorganizzano il percepibile e il pensabile. I media, la pubblicità e le piattaforme digitali operano come dispositivi semiotici che non solo moltiplicano le immagini, ma impongono forme specifiche di visibilità, producendo nuovi regimi di gusto, desiderabilità e valore. Attraverso la rappresentazione, si istituisce una norma estetica che seleziona ciò che merita di essere visto e ciò che deve restare ai margini, invisibile o deformato. Così, l'estetico si politicizza: il potere non si esercita solo attraverso la parola o la legge, ma anche attraverso l'immagine e il visibile, che costruiscono nuove gerarchie simboliche e sociali. In questo senso, i nuovi codici estetici non sono semplici tendenze culturali, ma tecnologie della soggettivazione, in grado di modellare identità, aspirazioni e riconoscibilità.

Paul B. Preciado parla di “farmacopornocapitalismo”²³, un regime economico e tecnologico nato nel secondo dopoguerra, in cui il farmaco (si pensi alla pillola anticoncezionale come rivoluzione, ma anche agli ormoni come strumento per riprodurre il genere) e il porno (da intendersi come la diffusione mediatica di un immaginario sessuale) si uniscono in un sistema di controllo e produzione del corpo. Questo regime non reprime il desiderio, ma lo stimola, lo dirige, lo monetizza; il corpo non è più solo oggetto del controllo disciplinare come in Foucault, ma è attivamente ristrutturato per il consumo, la performance, la produttività. Il corpo viene trattato come una piattaforma modulabile: sessualità, genere, emozioni, desideri sono prodotti flessibili, gestibili attraverso tecnologie farmacologiche, estetiche e mediatiche.

L'identità diventa così una merce personalizzabile, in linea con la logica del branding: *sei ciò che consumi*. Anche se possiamo (anzi dobbiamo) intendere le trasformazioni del corpo quali momenti di autodefinizione, questo schema descrive l'assottigliarsi della linea di demarcazione fra desiderio autentico e volontà di assimilazione come pra-

²³ P.B. PRECIADO, *Testo tossico. Sesso, droghe e biopolitiche nell'era farmacopornografica*, Verona, 2008.

tica per superare lo stigma²⁴, rischiando di assorbire la radicalità del pensiero *queer* nella cultura del consumo. Il mercato non è più solo uno spazio di scambio economico, ma diventa il luogo primario della soggettivazione. «Sono ciò che consumo» non è più una metafora, ma una realtà in cui l'identità si costruisce attraverso la scelta di stili di vita, prodotti, esperienze – tutti mediati dal linguaggio del marketing. Il consumo diventa allora un atto performativo, una modalità di essere al mondo: si viene a esistere solo se si partecipa al mercato. La dissoluzione del confine tra identità, desiderio e merce agisce attraverso una privatizzazione dell'esperienza di genere: le disuguaglianze non sono più riconosciute come questioni strutturali, ma vengono lette come fallimenti individuali, di cui riscattarsi riconquistando visibilità attraverso forme di consumo più che di aggregazione e di organizzazione politica. Il “personale” – una categoria cardine del femminismo radicale, che mirava a politicizzare l'esperienza soggettiva – viene così reindirizzato verso la gestione neoliberale del sé, in uno schema autoimprenditoriale in cui l'inclusione sociale è il risultato economico di un investimento privato.

Alla lentezza e all'inadeguatezza del diritto rispetto a processi culturali dinamici e in continuo fermento, inadeguatezza che riguarda altresì gli spazi della negoziazione delle identità (quelli del diritto vengono percepiti come alti e altri), corrisponde la riduzione drastica dello spazio pubblico del politico. Il processo di affermazione del sé finisce per riguardare il sé individuale, attraverso il riconoscimento in una categoria che nasce da un processo di autonomia semantica ma viene immediatamente intercettata dal mercato e riconosciuta come bisogno.

6. Conclusioni

Esiste una coscienza *queer*? Questa domanda pone in stretta correlazione l'elemento di classe con l'orientamento sessuale, l'identità di ge-

²⁴ Goffman propone un ragionamento su come il percorso di affermazione del sé sia da intendersi anche come una trasformazione “da uno stato di biasimo a quello di chi è riuscito a correggerlo” (accettazione), con un alto rischio di vittimizzazione (E. GOFFMAN, *Stigma. L'identità negata*, Bari, 1970).

nere e, per estensione, con modi di vivere (e di intendere le relazioni sociali ed economiche) diversi da quelli prescritti dall'eteronormatività, avversi alle forme di mercato e divisione del lavoro in cui la famiglia nucleare prospera e si riproduce. La risposta a questa domanda è no, se la coscienza collettiva concerne esclusivamente la classe, appunto, e non guarda anche all'identità come a un modo di produzione. Se invece, come suggerisce Zappino, guardassimo all'eterosessualità come a un modo di produzione da sovvertire, e se le persone *queer* scegliessero di rigettare il mercato quale luogo per l'emancipazione (e l'assimilazione)²⁵, allora sarebbe più facile per loro individuare una coscienza collettiva. Se le forze produttive (le persone *queer* come lavoratori e consumatori) entreranno in conflitto con i rapporti di produzione (intendendo come controllo dei mezzi di produzione non soltanto la proprietà ma anche le forme di controllo esercitate sulla produzione del soggetto), su queste linee trasversali di demarcazione sarà possibile addivenire a un'urgenza comune a tutte le nuove identità.

Al contrario, il moltiplicarsi delle stesse si rivelerà come il vano tentativo di correre più veloce del mercato: ogni spinta sovversiva che non guardi agli orientamenti sessuali anche quali modi di produzione rischia di essere fagocitata dal sistema capitalistico, che la vedrà come il configurarsi di un nuovo e più specifico *target* di consumatori potenziali. La soluzione sarebbe piuttosto rallentare: è la lentezza il nemico della produttività, l'unico elemento in grado di sabotare la macchina. Con il costo sociale ed economico dell'esclusione, o la rivendicazione collettiva del *pride* come sciopero.

²⁵ Questo passaggio implica un'ingiusta forma di iper-responsabilizzazione e di colpevolizzazione delle soggettività vulnerabili, tipiche dello schema neoliberale; tuttavia, è da considerarsi indispensabile all'attivazione del conflitto.

ABOLIZIONISMO FEMMINISTA E CRITICA ALL'IDEA DI SANZIONE

Camilla Caselli

«È possibile, quando non si tratta della propria lingua madre, possedere, conoscere e sentire (in quest'ordine) più parole che parlano di guerra che parole che parlano di amore? La guerra costituisce una situazione eccezionale; L'amore è, il più delle volte, un'abitudine. Non so come chiamare questo piatto, questa pentola, questa padella, come li chiameresti tu. Mi vedrai chiamare il piccolo piattino sotto la tazza da caffè un petit plat quando si tratta di souscoupe, o è soustasse? Chi lo sa. Ma conosco bene questa granata. Conosco bene il nome e la categoria di ciascuno dei carri armati»
(Elizabeth Duval, *Excepción*)

1. Lo stato dell'arte della ricerca in ambito abolizionista femminista: gli scogli

Come nota Angela Davis,

[q]uasi ovunque, abolire il carcere appare semplicemente impensabile e inverosimile. Gli abolizionisti vengono liquidati come utopisti e idealisti le cui idee sono, nel migliore dei casi, irrealistiche e impraticabili e, nel peggiore, sconcertanti e insensate¹.

Indagare, invece, quali sono le pratiche che quotidianamente vengono adottate da persone che si definiscono abolizioniste può essere uno strumento per mettere in discussione la critica per cui l'abolizionismo

¹ A. DAVIS, *Aboliamo le prigioni? Contro il carcere, la discriminazione, la violenza del capitale*, Roma, 2022.

sia esclusivamente un obiettivo lontano a cui tendere e che difficilmente vedremo realizzato coi nostri occhi.

È possibile individuare diverse ragioni per cui l'abolizionismo carcerario femminista risulti un tema ancora poco studiato.

Esso è presentato come una posizione minoritaria nel panorama politico e accademico, spesso percepita, proprio come osserva Davis, come utopica. Questo ne limita la diffusione e lo studio, soprattutto in contesti dove il diritto alla sicurezza diventa la priorità politica dominante.

In secondo luogo, il femminismo mainstream (soprattutto quello bianco e occidentale) ha trascurato le analisi intersezionali. Di conseguenza la conoscenza prodotta da donne nere, indigene, *queer* o provenienti dal Sud globale – spesso protagoniste dell'abolizionismo femminista – è stata storicamente poco considerata. Ciò ha ridotto la circolazione e la legittimità di tali saperi, che invece si fondano proprio su queste intersezioni di discriminazioni e, conseguentemente, di lotte.

In terzo luogo, negli ultimi decenni, ha preso piede il c.d. femminismo punitivo², che vede nella detenzione e nel sistema giuridico-penale strumenti primari e imprescindibili di tutela delle donne, per esempio contro la violenza domestica o sessuale. Questo approccio, avallato dalle istituzioni³, ha oscurato prospettive abolizioniste (penso in particolare alle posizioni di Angela Davis, Ruth Wilson Gilmore o Mariame Kaba) che invece criticano la violenza strutturale del sistema stesso e che si trovano in ambiti militanti o accademici di nicchia senza possibilità concreta di diventare politiche pubbliche applicabili su larga scala. Associazioni come *INCITE! Women of Color Against Violence*, *Generation5* e *Young Women's Empowerment Project* (YWEP) hanno messo

² Tamar Pitch descrive il femminismo punitivo come «le mobilitazioni che, richiamandosi al femminismo e alla difesa delle donne, si fanno protagoniste di richieste di criminalizzazione (introduzione di nuovi reati negli ordinamenti giuridici) e/o di aumento delle pene per reati già esistenti»: T. PITCH, *Il malinteso della vittima. Una lettura femminista della cultura punitiva*, Torino, 2022.

³ Milly Virgilio, in un recente contributo sul blog di Studi sulla questione criminale, parla a tal proposito, in modo particolarmente eloquente, di “cattivismo legislativo”. Il contributo è consultabile al seguente link: <https://studiquestionecriminale.wordpress.com/2025/03/10/nominare-il-femminicidio-non-in-nostro-nome/>.

in luce con forza le contraddizioni insite in queste strategie, offrendo una prospettiva alternativa basata sulla giustizia trasformativa⁴.

In primo luogo, sebbene gli interventi delle forze dell'ordine possano talvolta scoraggiare episodi isolati di violenza, l'efficacia sistemica della criminalizzazione resta fortemente discutibile. Per esempio, gli arresti obbligatori nei casi di violenza domestica, invece che proteggere realmente le vittime, hanno prodotto un paradosso: da un lato, hanno contribuito a ridurre gli omicidi di partner violenti da parte delle donne che agivano per autodifesa; dall'altro, non hanno diminuito in modo significativo gli omicidi di donne da parte dei loro aggressori.

In secondo luogo, l'approccio penalizzante ha colpito in modo sproporzionato donne già marginalizzate per ragioni razziali, economiche o sociali. In numerosi casi, le forze dell'ordine hanno arrestato le vittime anziché i perpetratori della violenza e le donne senza documenti che denunciano abusi rischiano l'espulsione, e le donne che si difendono dai propri aggressori vengono condannate a pene severe⁵. A ciò si aggiunge un effetto sistemico: il dirottamento di fondi pubblici verso carceri e forze dell'ordine ha sottratto risorse vitali ai servizi di supporto, come i centri antiviolenza, l'assistenza sociale e l'edilizia popolare, esponendo maggiormente le donne al rischio di ritrovarsi senza alternative.

In terzo luogo, l'aumento della popolazione carceraria maschile non ha prodotto una diminuzione dei tassi di violenza sessuale e domestica. Al contrario, ha favorito l'espansione del complesso carcerario-industriale, con una crescita vertiginosa del numero di donne – in particolare donne di colore – incarcerate. Le stesse carceri, inoltre, perpetuano forme estreme di violenza sistemica: suicidi, abusi sessuali, negligenza sanitaria e violenze fisiche sono ampiamente documentati ma spesso

⁴ Per un riferimento alle conseguenze, di cui do conto di seguito brevemente, del fatto che il movimento antiviolenza mainstream si sia affidato sempre più al sistema giudiziario penale come approccio in prima linea per porre fine alla violenza contro le donne, si veda lo *Statement on Gender Violence and the Prison Industrial Complex* (2001) consultabile al seguente link: <https://incite-national.org/incite-critical-resistance-statement/>.

⁵ Ne sono un esempio i case studies che sono riportati in M. KABA, *We Do This 'Til We Free Us. Abolitionist Organizing and Transforming Justice*, Chicago (IL), 2021 e in D. PURNELL, *Come sono diventata abolizionista. Polizia, proteste e libertà*, Roma, 2023.

ignorati nel discorso pubblico. In questo senso, il sistema giudiziario penale si configura non come soluzione alla violenza, ma come un ulteriore strumento di dominio e oppressione.

In quarto luogo, la crescente dipendenza delle associazioni a tutela delle vittime dai finanziamenti statali ha favorito un processo di professionalizzazione che lo ha allontanato dalle sue radici militanti e comunitarie. Tale trasformazione ha determinato una rottura con altri movimenti di giustizia sociale, isolando il femminismo antiviolenza dalle lotte più ampie contro il razzismo, il colonialismo e la repressione statale. Questo isolamento ha compromesso la capacità del movimento di costruire alleanze e ha limitato la sua forza trasformativa.

Infine, il ricorso sistematico allo Stato per cercare giustizia ha avuto l'effetto di disinnescare le capacità collettive delle donne e delle comunità di rispondere alla violenza. Invece di rafforzare l'autonomia e l'autorganizzazione delle *survivors*⁶, questo modello ha generato senso di

⁶ Nel lessico dei movimenti femministi, e in particolare nel femminismo abolizionista, la scelta delle parole non è mai neutrale. Uno degli snodi linguistici più significativi in questo ambito riguarda la distinzione tra il termine *vittima* e quello di *survivor*. Questa dicotomia si è sviluppata nel corso dei decenni a partire dagli anni Settanta e riflette trasformazioni profonde nella concezione della soggettività femminile, della violenza di genere e delle forme di resistenza e riconoscimento.

Durante la seconda ondata femminista, negli anni Sessanta e Settanta, il termine *vittima* veniva usato per denunciare la realtà concreta e diffusa della violenza maschile contro le donne: dallo stupro alla violenza domestica, dalla tratta alla prostituzione. Il suo impiego era spesso funzionale a rompere il silenzio istituzionale e sociale su queste forme di oppressione, rendendo visibile un fenomeno che sembrava normale. Tuttavia, già in questa fase si inizia a percepire il rischio insito nell'etichetta di "vittima": essa tende a fissare l'identità della donna nel danno subito, a ridurla a un oggetto passivo della violenza, privandola di *agency*, ovvero della capacità di agire, reagire e trasformare la propria esperienza. È proprio in risposta a questa impasse che, a partire dagli anni Ottanta, e in dialogo con gli sviluppi della psicologia del trauma e della clinica del PTSD (Disturbo da Stress Post-Traumatico), comincia ad affermarsi il termine *sopravvissuta*. In opere come J.L. HERMAN, *Trauma and Recovery*, New York, 1992, le donne che hanno subito violenza sessuale vengono descritte non più solo come vittime, ma come soggetti che intraprendono un percorso complesso di resistenza, sopravvivenza e rielaborazione del trauma. L'accento si sposta dalla ferita ricevuta alla forza dimostrata nel sopravvivere a essa. Nel corso degli anni Novanta e Duemila, il termine *survivor* viene sempre più adottato anche in ambiti extraclinici e in contesti politici, in particolare da parte del femminismo abolizionista, che si oppone alla normalizzazione della

impotenza e alienazione, riducendo l'azione contro la violenza a un atto individuale: la denuncia alla polizia. Si è così perso lo slancio per costruire risposte comunitarie, collettive e trasformative, che affrontino le radici strutturali della violenza.

Alla luce di queste criticità, *INCITE!* e le altre associazioni propongono la giustizia trasformativa come approccio alternativo e sistemico. Essa non solo cerca di fermare la violenza interpersonale, ma si propone anche di trasformare le condizioni sociali e politiche che la rendono

prostituzione come “lavoro sessuale”. Donne fuoriuscite da situazioni di prostituzione e tratta iniziano a rivendicare per sé il titolo di “sopravvissute”, in opposizione sia alla narrativa vittimizzante che le descrive come corpi passivi da salvare, sia alla retorica neoliberale del *sex work* come scelta individuale. “Sopravvissuta” diventa, così, una categoria epistemica e non solo descrittiva: chi è sopravvissuta ha il diritto e vuole parlare, testimoniare, denunciare. Allo stesso tempo, questa riconfigurazione linguistica non è esente da tensioni. Alcune studiose contemporanee hanno criticato la polarizzazione tra *vittima* e *sopravvissuta*, notando come essa rischi di costruire nuove rigidità. Se “vittima” può implicare passività, “sopravvissuta” può invece imporre un’immagine di forza, resilienza e autonomia che non tutte le persone riescono o vogliono incarnare. Per molte, il dolore non è ancora trasformabile in resistenza, e il trauma non è ancora rielaborabile come esperienza di crescita. Da questa consapevolezza emergono approcci più sfumati, che riconoscono la possibilità di una coesistenza tra condizione vittimaria e percorsi di sopravvivenza, senza forzare né la passività né la forza come unico paradigma identitario.

La storia della dicotomia tra *vittima* e *survivor* è anche la storia di un conflitto simbolico su come nominare e riconoscere l’esperienza della violenza di genere. Nel femminismo abolizionista, la scelta del termine *survivor* è profondamente politica: essa rompe con una narrazione assistenzialista, riafferma la soggettività delle donne e pone le basi per una critica radicale alle strutture di potere che alimentano lo sfruttamento sessuale. Ma come ogni costruzione linguistica e politica, anche questa distinzione deve restare aperta alla complessità delle esperienze individuali, evitando di diventare un altro schema normativo che riduce, invece di liberare. Ho scelto, dunque, di conformarmi alla scelta abolizionista di utilizzare la parola *survivor*, ma di sottolineare – usando le virgolette – l’attenzione che ritengo sia necessario porre al dibattito che negli anni ha caratterizzato la sua preferenza alla parola *vittima*. Per una ricostruzione critica e aggiornata sul dibattito si veda da ultima L.J. BOWER, *Is ‘Victim-Survivor’ Our Imperfect Alternative to Describing People with Lived Experience of Sexual Violence? A Feminist Symbolic Interactionist Analysis, Considering How Ethnicity, Gender, and Disability Interact with Language Choice*, in *Violence Against Women*, 2025.

possibile, ponendo al centro l'autonomia delle comunità, la responsabilità collettiva e la costruzione di sistemi di cura e supporto reciproco.

Chi sostiene la necessità di superare il sistema carcerario è frequentemente accusato di trascurare i diritti e i bisogni delle vittime. Tale retorica contribuisce a ostacolare un confronto approfondito e critico sull'efficacia e sull'equità del sistema penale, in particolare quando le proposte si collocano nell'ambito di un femminismo che mira più alla responsabilizzazione che alla punizione delle persone criminalizzate.

Nonostante questi elementi che limitano la risonanza su larga scala delle posizioni abolizioniste, la produzione teorica e la militanza quotidiana, non solo negli Stati Uniti ma anche in Europa e in particolare in Italia, sta vivendo un periodo florido e particolarmente arricchente per il dibattito, non solo in campo penale, ma anche e soprattutto nel panorama femminista. Come osserva Giulia De Rocco, la questione cruciale in questo momento sta nel non confondere «il bisogno del carcere con il bisogno di sentirsi protett* e con il desiderio di uno spazio per esprimere la rabbia per i torti subiti»⁷. Cercare di districare questo disordine con risposte e pratiche femministe è un lavoro impegnativo, ma che non può, a mio avviso, non andare in una direzione abolizionista. Uno dei conflitti più complessi dentro cui stare in questo panorama è

l'intersezione fra la legittima richiesta di giustizia e la necessaria tenuta garantista del sistema penale. La vicenda di Giulia [Cecchetti] è diventata emblematica e ogni elemento processuale è stato caricato di significati collettivi. Ma è legittimo chiedere a una sentenza – per sua natura tecnica e circoscritta – di svolgere una funzione pedagogica o simbolica? [...] resta aperta la domanda: quale poteva essere una sentenza “giusta”? Cosa la rende “giusta” (e per chi)? E quali sono i reali ed efficaci strumenti di contrasto della violenza che oggi hanno a disposizione le donne?⁸

⁷ G. DE ROCCO, *Aboliamo il carcere. Immaginare un futuro senza prigionieri*, Torino, 2025, 33.

⁸ V. VERDOLINI, *Le motivazioni della sentenza Turetta e il femminismo punitivo*, in *Lucy sulla cultura*, 2025, consultabile al seguente link: <https://lucysullacultura.com/le-motivazioni-della-sentenza-turetta-e-il-femminismo-punitivo/>.

Per concludere, una nota metodologica. In questo saggio ho scelto di adottare un linguaggio il più possibile aderente alle rivendicazioni del femminismo abolizionista. Tale linguaggio, per scelta politica delle attiviste e dei collettivi che animano questo movimento, è spesso semplice, diretto e accessibile, pensato per parlare a tutti e tutte e non solo a un'élite accademica. Questa scelta stilistica non risponde solo a un criterio di chiarezza espositiva, ma intende essere coerente con una pratica politica che mira all'accoglienza, alla condivisione e alla costruzione collettiva di saperi. All'interno del testo, ho cercato inoltre di trasporre in forma teorica alcuni casi pratici ed esperienze riportate nella letteratura di riferimento, con l'intento di individuare quei principi ricorrenti che sembrano accomunare molte delle pratiche abolizioniste femministe. Questo processo di astrazione non mira a ridurre la complessità o a cancellare le differenze, ma a rendere visibile la trama di connessioni che lega esperienze locali a visioni politiche globali, affinché il discorso abolizionista possa essere riconosciuto come pratica concreta, situata e replicabile.

2. Lo stato dell'arte della ricerca in ambito abolizionista femminista: le nuove frontiere

Per individuare i punti salienti delle posizioni abolizioniste carcerarie è necessario inquadrare il carcere, secondo la prospettiva filosofico-giuridica, come strumento sanzionatorio in senso negativo.

Norberto Bobbio afferma che in senso meno tecnico e più generale il termine sanzione viene usato, nella teoria generale del diritto e nelle discipline giuridiche particolari, per indicare alcune misure predisposte dallo stesso ordinamento giuridico per rafforzare l'osservanza delle proprie norme ed eventualmente porre rimedio agli effetti dell'inosservanza⁹. L'ordinamento giuridico pone in essere queste misure proprio al fine di conservare se stesso ed essere effettivo. La restaurazione dell'ordine turbato, il ristabilimento dell'equilibrio avvengono per opera o

⁹ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 1977, 46.

mediante un'iniziativa dello stesso gruppo sociale a cui interessa la conservazione del sistema.

La critica al concetto di sanzione nella filosofia del diritto coinvolge diverse prospettive. In generale, essa si concentra sul ruolo e sulla validità della sanzione come strumento per garantire il rispetto della legge e promuovere l'ordine sociale, sia in senso negativo sia in senso positivo. Nel primo caso, quello negativo, si apre la questione della pena, nel secondo, quello positivo, dei premi.

Concentrando l'attenzione sul primo aspetto, obiettivo dell'analisi è tentare di proporre una sintesi delle critiche al concetto di sanzione negativa ricorrendo alle tesi abolizioniste femministe, precisando che né abolizionismo né femminismo sono concetti statici e delineano piuttosto pratiche, metodologie e politiche plurali. Accanto a questo strumentario, come ha scritto Mari Matsuda, ciò che è importante fare è porsi sempre l'altra domanda: cioè, indagare le relazioni di dominazione ovvie e meno ovvie e, quando le abbiamo trovate, prendere atto che queste forme di subordinazione non si presentano mai da sole. Ecco che entra in gioco il concetto di intersezionalità delle discriminazioni e, conseguentemente, delle lotte.

Dopo aver indicato gli strumenti del femminismo abolizionista e intersezionale come lenti per procedere con l'analisi, vorrei individuare quattro possibili profili di indagine.

2.1. La critica alla sanzione negativa come strumento di mantenimento dell'ordine sociale escludente

In primo luogo, la critica alla sanzione negativa è relativa all'uso della coercizione e della minaccia di conseguenze negative anziché del ricorso alla moralità o all'etica. Questo solleva dubbi sulla capacità della stessa di promuovere il comportamento moralmente corretto e sulla sua efficacia nel creare un reale senso di giustizia, che inglobi necessariamente i concetti di uguaglianza di genere, antirazzismo, antiabilismo e così via. Il femminismo abolizionista si spinge a criticare la forma che assume l'ordine sociale odierno, il quale implica una gerarchia tra soggetti paradigmatici che possiamo identificare come uomini, bianchi, eterosessuali, cisgender e proprietari/borghesi. Tale ordine sociale è ciò

che deve essere conservato attraverso l'imposizione di sanzioni e in particolare attraverso la segregazione e la neutralizzazione di determinati soggetti che minano la stabilità di questa gerarchia. Ripensare alla articolazione dell'ordine sociale e verificare l'effettività dei principi su cui si poggia (democrazia, tutela dei diritti, uguaglianza formale e sostanziale per esempio) è uno spazio di indagine dei collettivi femministi abolizionisti che sta alla base delle loro azioni concrete verso l'abolizione delle prigioni perché permette di inserire questa rivendicazione in un disegno più complesso di smantellamento di quelle geometrie di potere che vedono gran parte della popolazione subire ingiustizie, violazioni dei diritti e della dignità al fine di preservare un ordine sociale fortemente escludente.

Come osserva la criminologa abolizionista Liat Ben-Moshe, la riabilitazione e il trattamento sono dispositivi che hanno l'obiettivo di rendere le persone perfettamente corrispondenti alla norma: bianchi, proletari, etero, mascolini, abili, sani/razionali. Una pena-educazione concepita in questo modo serve per conformare corpi e vissuti a una norma, ma anche per garantire la riproduzione di strumenti di potere efficaci al sistema¹⁰. Tale critica risuona in altri testi della tradizione degli studi critici sul carcere. In particolare, nel prezioso *Carcere e Fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario* di Dario Melossi e Massimo Pavarini si sottolinea come

[L]a questione di fondo della “disciplina” non ha realmente a che fare con l'insegnamento di capacità utili a lavoratori potenziali, al fine di inserirli in un processo produttivo storicamente dato – come una certa retorica della “risocializzazione” o “riabilitazione” o, per usare il termine italiano, della “rieducazione”, suggerirebbe. La questione di fondo della disciplina è piuttosto, programmaticamente, quella di insegnare la lezione di ciò che potremmo chiamare “inclusione subordinata”, obbedienza¹¹.

¹⁰ L. BEN-MOSHE, *Decarcerating Disability: Deinstitutionalization and Prison Abolition*, Minneapolis (MN), 2020.

¹¹ D. MELOSSI, “*Carcere e Fabbrica*” rivisitato: penalità e critica dell'economia politica tra Marx e Foucault, in *Studi sulla questione criminale*, 1-2/2017, 9-30, 23.

Una declinazione contemporanea della relazione tra sistema penitenziario e mercato capitalistico è descritta perfettamente, nel contesto statunitense dagli anni Novanta del Novecento, con l'espressione *sistema carcerario-industriale* (*prison-industrial complex*), che indica «the overlapping interests of government and industry that use surveillance, policing, and imprisonment as solutions to economic, social and political problems»¹². Tale sistema si configura come una vera e propria infrastruttura economica, che capitalizza sull'incarcerazione di massa e ne promuove la riproduzione sistematica.

Il nucleo di questa dinamica è l'intreccio tra Stato e settore privato. Da un lato, l'aumento vertiginoso della popolazione detenuta – incentivato da politiche repressive come la *war on drugs*, le leggi sulla “tolleranza zero” e la criminalizzazione della povertà – ha generato una crescente domanda di strutture penitenziarie, che è stata in parte soddisfatta mediante la privatizzazione delle carceri. Aziende come la Corrections Corporation of America (oggi CoreCivic) e la GEO Group gestiscono numerosi penitenziari e ricevono fondi pubblici in base al numero di detenuti ospitati. In questo contesto, l'incarcerazione cessa di essere un costo da limitare e diviene un'opportunità di profitto, alimentando un circolo vizioso per cui più detenuti significano maggiori guadagni. A questa logica si accompagna l'emergere di un'economia carceraria più ampia, in cui un largo spettro di industrie – dalla sicurezza alla ristorazione, dalla tecnologia alla costruzione edilizia – beneficia delle commesse legate al sistema penitenziario. In alcuni casi, gli stessi detenuti sono impiegati in attività produttive per aziende private, con salari minimi o addirittura simbolici, configurando una forma di sfruttamento lavorativo che richiama il lavoro forzato a cui erano costretti i detenuti, per la maggior parte neri, post abolizione della schiavitù ma giustificato attraverso il Tredicesimo Emendamento alla Costituzione degli Stati Uniti d'America¹³. È importante sottolineare il ruolo delle lobby carcerarie nel sostenere questo sistema. Attraverso donazioni, campagne di pressione e partecipazione a comitati legislativi, le impre-

¹² <https://criticalresistance.org/mission-vision/not-so-common-language/>.

¹³ Per un approfondimento sul funzionamento della legalizzazione della schiavitù e della servitù involontaria si veda A. DAVIS, *Aboliamo le prigioni? Contro il carcere, la discriminazione, la violenza del capitale*, cit.

se che gestiscono carceri o ne traggono profitto esercitano un'influenza diretta sulle politiche penali, contribuendo al mantenimento e all'espansione dell'incarcerazione come strategia penale dominante. In questo modo «le prigioni sono diventate buchi neri in cui vengono depositati i detriti del capitalismo contemporaneo»¹⁴ e il sistema carcerario-industriale rappresenta un paradigma di governance in cui la gestione della devianza, della povertà e della marginalità non viene affrontata attraverso politiche sociali ed educative, bensì attraverso il contenimento e la repressione istituzionalizzata. Le fila di masse marginalizzate che finiscono nelle maglie di questo sistema si ingrossano sempre di più: alla categoria dei non proprietari di inizio Ottocento ora si affiancano le persone migranti, i non cittadini e tutti quelli che, pur avendo un lavoro e una casa, non riescono a superare la soglia di povertà. La società ora, oltre che dividersi tra proprietari e non-proprietari, possiamo affermare che viaggia a due velocità:

[s]ul binario iperveloce viaggiano i soggetti che soddisfano i requisiti della competizione economica mentre su un binario secondario vengono collocati i soggetti marginali che non riescono a reggere il ritmo o ad entrare nel circolo della competitività¹⁵

e che diventano i candidati perfetti per alimentare il sistema carcerario industriale. Questo non è un sistema penale “rotto”, come fa notare Mariame Kaba¹⁶, ma un preciso progetto politico che ignora, continua Kaba,

che la maggior parte dei danni criminali sono radicati nelle disuguaglianze sociali ed economiche. [...] Naturalmente, un sistema che non affronta mai il perché di un danno non ridimensiona mai il danno stesso. Le gabbie confinano le persone, non le condizioni che hanno facilitato i loro danni o le mentalità che perpetuano la violenza¹⁷.

¹⁴ *Ivi*, 17.

¹⁵ E. SANTORO, *Carcere e società liberale*, Torino, 2004, 132.

¹⁶ M. KABA, *We Do This 'Til We Free Us. Abolitionist Organizing and Transforming Justice*, cit.

¹⁷ *Ivi*, 53.

2.2. *La critica alla funzione generale e special preventiva alla sanzione negativa*

In secondo luogo, la sanzione, spesso vista come deterrente per il comportamento illegale, può essere inefficace o insufficiente nel prevenire il crimine. La prevenzione generale negativa confida nella capacità dissuasiva delle pene in ragione dell'effetto deterrente, con la conseguenza di un progressivo terrorismo sanzionatorio, realizzato mediante il costante inasprimento della pressione penale, per elevare i costi della scelta criminale. In questo processo non si tengono in considerazione altri due fattori fondamentali che disincentivano la commissione dei reati e cioè la certezza e la prontezza dell'applicazione della pena da un lato e dall'altro le condizioni economiche e sociali che influenzano la commissione dei reati. Ritorna il concetto di Complesso carcerario industriale. Un'analisi che riconosce la sussistenza di questa architettura va necessariamente oltre la letterale incarcerazione di singoli corpi considerati sacrificabili e guarda piuttosto a un insieme più ampio di costrizioni crudeli che indeboliscono e controllano intere comunità.

Secondo le femministe abolizioniste riconoscere la relazione tra violenza di Stato e violenza istituzionale e alla luce di ciò impostare la resistenza è una modalità di agire fondativa di questo movimento, che si sostanzia nel fornire sostegno ai *survivors*, nel pretendere l'*accountability* di chi commette violenza, nell'agire a livello locale e internazionale e nel costruire comunità senza smettere di fare fronte alle necessità immediate delle persone detenute. Nel costruire, cioè, un'alternativa all'ideologia egemonica di legge-e-ordine attraverso la quale le prigioni riproducono forme di violenza che proliferano nel mondo libero. Diventa quindi interessante chiedersi se un'alternativa a questa ideologia possa essere la giustizia trasformativa¹⁸.

La pratica della giustizia trasformativa, a cui le posizioni abolizioniste femministe possono portare, come osserva Giusi Palomba,

¹⁸ Per una ricostruzione della nascita e delle evoluzioni contemporanee della giustizia trasformativa si veda, da ultimo, L. RE, *Violenza basata sul genere e "giustizia trasformativa". Un'alternativa al sistema penale*, in *La legislazione penale*, 2024, 1-27.

[è] un ombrello di pratiche, un insieme di filosofie che lavorano in sinergia, una cornice di pensiero o tanti pensieri in progress, una grande utopia in attesa di avverarsi o, anche, una pratica quotidiana attivata già da tanti gruppi¹⁹.

Più in concreto, questa postura prende le mosse non dalla domanda «Cosa abbiamo ora e come possiamo migliorarlo?», ma piuttosto da «Cosa immaginare per noi stessi e per il mondo?». Certo, necessario è partire da dove si è. Infatti, lottare per l'abolizione del carcere non è incompatibile con azioni di supporto alle persone che stanno dentro. Anzi, l'abolizione non può che iniziare dall'alleanza tra chi è detenuto e chi sta fuori, perché è proprio dalle esperienze di chi ha vissuto che gran parte delle rivendicazioni meno riformiste sono state costruite. Tuttavia, uno sguardo al solo qui e ora non è sufficiente. Ogni visione è anche una mappa e il punto di ogni rivoluzione è anche creare, come scrive Kwame Ture²⁰. La mappa abolizionista, come sottolinea, Mariame Kaba, si muove secondo tre direttrici: «rifiuto, cura e collettività. Rifiuto: perché non possiamo collaborare con il complesso industriale carcerario, poiché “solo il male collabora con il male” (June Jordan). Cura: perché “la cura è l'antidoto alla violenza” (Saidiya Hartman). Collettività: perché “tutto ciò che vale è fatto con gli altri” (Moussa Kaba)»²¹. L'idea che l'esperimento abolizionista sia qualcosa di collettivo è centrale nella pratica femminista in questo campo. Verdolini chiude il suo illuminante contributo sulle motivazioni della sentenza Turetta affermando che «[i]l femminismo ha da sempre insegnato a partire da sé, ma oggi occorre partire da un “noi”. Allargare la soggettività politica, costruire nuove pratiche di libertà, generare desideri, essere vive»²². Si esprimono in tal senso anche De Rocco affermando che

¹⁹ G. PALOMBA, *L'abolizionismo è una questione di comunità*, in *Jacobin Italia*, n. 25, 2024, 43-47, 45.

²⁰ L'intervista integrale in cui Kwame Ture si esprime in tal senso può essere consultata al seguente link: <https://americanradioworks.publicradio.org/features/blackspeech/scarmichael-2.html>.

²¹ M. KABA, *We Do This 'Til We Free Us. Abolitionist Organizing and Transforming Justice*, cit., 19, traduzione mia.

²² V. VERDOLINI, *Le motivazioni della sentenza Turetta e il femminismo punitivo*, cit.

l'abolizione delle prigioni è un progetto che riguarda le collettività in relazione alle istituzioni, ma anche il nostro modo di stare nelle relazioni, ma anche un certo modo di occuparci insieme delle nostre interiorità e della materialità delle nostre vite²³,

Leslie Kern che si chiede

come il mio desiderio di sicurezza possa condurre a un incremento della sorveglianza sulle comunità razzializzate. Devo chiedermi come il mio desiderio di “rivendicare” lo spazio urbano possa perpetuare pratiche e discorsi coloniali, che danneggino gli sforzi di altre comunità²⁴

e Giusi Palomba che ne *La trama alternativa* usa la parola comunità ben sessantaquattro volte e solo in chiusura del suo libro sceglie di definirla²⁵.

²³ G. DE ROCCO, *Aboliamo il carcere. Immaginare un futuro senza prigionieri*, cit., 36.

²⁴ L. KERN, *La città femminista. La lotta per lo spazio in un mondo disegnato da uomini*, Milano, 2021, 20.

²⁵ «Ho preso spunto dalle elaborazioni del Bay Area Transformative Justice Collective, o da quelle di generation FIVE, altre volte mi è venuto più facile provare a capire cosa non è comunità. Per esempio, la forma che prende molto spesso nell'ambito dei social media. A volte la associo a un'emersione; comunità come tutto ciò che viene a galla, tutto ciò che affiora nei momenti in cui la vita è più concentrata, intensa: le celebrazioni, gli inizi, le chiusure, le crisi; ma non basta. Davanti alla violenza, comunità è tutto ciò che ne soffre, tutto ciò che si strappa o che perlomeno si stressa o trema; ma non basta. Comunità sono forse le relazioni che risentono dell'impatto, quelle che si rompono; ma ci sono anche gli schieramenti, i pettegolezzi, le battute, tutto ciò che non rimane indifferente, tutto ciò che si attiva e compie tentativi, improvvisa e sbaglia. È un respiro collettivo; ma manca ancora qualcosa. Qual è il passo in più che garantisce che la comunità rivesta quel ruolo propositivo, necessario alla trasformazione, che a volte diamo per implicito nella sua definizione? Che sia quello necessario a disinnescare la violenza, ovvero la decisione di intervenire in uno strappo, di tramare – nella migliore accezione di cospirare, «respirare insieme» – per ripararlo? La comunità, qualunque essa sia, non è sempre immutabile, né sempre presente, né sempre in grado di agire per il bene altrui. Oppure a volte semplicemente non esiste. Invece di romanticizzarla forzatamente all'ombra della sua traduzione inglese, mi rendo conto che insistere a invocarla anche quando non esiste può generare confusione e tristezza» (G. PALOMBA, *La trama alternativa. Sogni e pratiche di giustizia trasformativa contro la violenza di genere*, Roma, 2023, 176, 177).

2.3. La critica agli effetti negativi della detenzione

In terzo luogo, si possono evidenziare gli effetti negativi della punizione, come l'alienazione sociale, la stigmatizzazione e la perdita di opportunità future per gli individui che hanno commesso reati. Questo punto critico si lega necessariamente con la scarsità di risorse che sono riservate alla realizzazione del trattamento in un'ottica rieducativa. In particolare, nell'ambito della pena detentiva Alessandro Baratta ed Erving Goffman parlano di disculturazione e prigionizzazione; fenomeni che determinano maggior vulnerabilità in donne, persone lgbtqi+ e con disabilità che vivono il penitenziario. A tal riguardo l'abolizionismo femminista promuove una strategia che può essere riassunta come segue: *Care not cops*, cioè, distinguere la punizione da forme di cura autentiche, opporre la resistenza al fatto che lo Stato assorba il linguaggio delle comunità che chiedono autodeterminazione e sostegno e traduca le loro richieste in coercizione e repressione.

Quello che ci si chiede, cercando di realizzare la strategia *care not cops*, è: cosa ne sarebbe del sistema penitenziario se ognuno avesse le risorse necessarie per avere una vita bella (per nutrirsi, viaggiare, accedere a tutte le cure necessarie, studiare e stare bene)? Cosa ne sarebbe del carcere se non esistessero i confini e se le categorie di genere non producessero violenza? Trovare risposte a queste domande non è utopico, è piuttosto

una postura. Non esiste un'alternativa alla prigione, ne esistono molte, continuamente, su diversi piani. E hanno due principali direzioni, eredi delle logiche che affiancavano a una cura anche la prevenzione. Da una parte il lavoro per la ridistribuzione delle risorse e delle possibilità, il superamento delle ingiustizie che producono le oppressioni (non solo di classe, ma anche razziali, di genere, di abilità) e le conseguenti strategie (anche disfunzionali ed eterolesive) per resistere. Dall'altra occuparsi davvero di chi agisce violenza, di chi si dispera, di chi non ha consapevolezza e controllo di sé, affinché non perseveri nel procurare e procurarsi sofferenza. Non solo un'alternativa per sostituire il carcere, ma una serie di strategie che disincentivino le cause per cui i reati vengono commessi o le violenze agite. Parlare dell'abolizione del carcere non si-

gnifica quindi solo pensare al superamento degli istituti di detenzione, significa non usare la pena, la punizione come risposta al reato²⁶.

In questa prospettiva, il concetto di guarigione²⁷ assume una centralità teorica e politica radicalmente diversa rispetto alle nozioni di giustizia tradizionali, che fanno leva sui concetti di punizione e retribuzione.

I binomi vittima/carnefice, innocente/colpevole sui quali è costruito il sistema penale, sottendono la logica punitiva che guarda solo alla violenza privata, interpersonale, soggettiva, senza guardare al contesto, alle cause, a quelle strutture di potere di cui le istituzioni e i mercati hanno bisogno per sopravvivere²⁸.

In questa prospettiva, la guarigione non è concepita come un processo individuale, privato o terapeutico in senso stretto, ma come una pratica collettiva, politicamente situata e interdipendente, che mira a riparare il danno e trasformare le condizioni strutturali che rendono possibile la violenza. Malkia Devich Cyril afferma come «la responsabilità non è un qualcosa che una persona può imporre a un'altra, ma che possiamo aiutarci a vicenda a diventare responsabili, sempre entro quei limiti che ci fanno sentire al sicuro»²⁹.

Al posto dell'incarcerazione, che perpetua cicli di trauma, si propone un modello di giustizia che mira alla responsabilità dell'aggressore, al benessere della persona *survivor*, e alla trasformazione delle relazioni e dei contesti comunitari in cui la violenza si manifesta. Guarire non significa dimenticare o assolvere, ma costruire percorsi di riparazione reale, anche laddove le istituzioni statali falliscono o causano ulteriore danno. Significa «diventare persone abilissime ad abitare il conflitto

²⁶ G. DE ROCCO, *Aboliamo il carcere. Immaginare un futuro senza prigionieri*, cit., 18.

²⁷ Per una ricostruzione del concetto di guarigione si vedano in particolare: BELL HOOKS, *Sisters of the yam. Black women and self recovery*, New York, 2015 e M.G. TESFAÛ, *La cura di sé è cura dell'altra: il femminismo nero tra self-care e guarigione*, in M. FRAGNITO, M. TOLA, *Ecologie della cura. Prospettive transfemministe*, Napoli, 2021.

²⁸ G. DE ROCCO, *Aboliamo il carcere. Immaginare un futuro senza prigionieri*, cit., 26.

²⁹ A.M. BROWN, *Per una giustizia trasformativa. Una critica alla cancel culture*, Milano, 2024, 71.

che è una parte sana e naturale dell'essere persone umane e biodiverse»³⁰.

Nel femminismo abolizionista, la guarigione non avviene in isolamento. Le comunità vengono chiamate ad assumersi una parte attiva nel sostenere le persone *survivors* nel contenere la violenza e nel promuovere una cultura della responsabilità. La giustizia trasformativa, in particolare, mette al centro il ruolo delle comunità come spazi di cura e azione. In questo quadro, la guarigione è una pratica politica tanto quanto una necessità emotiva, e implica lo smantellamento delle strutture oppressive – come il razzismo, il patriarcato, la povertà e l'abilismo – che alimentano la violenza istituzionale.

Per molte donne e persone *gender non conforming* colpite dalla violenza, l'intervento dello Stato (polizia, tribunali, carceri) non solo non rappresenta uno strumento di risoluzione delle controversie, ma aggrava i traumi esistenti attraverso, per esempio, la vittimizzazione secondaria. E, dall'altra parte, il carcere è visto non come luogo neutro o risolutivo, ma come spazio di produzione e intensificazione della violenza. Kaba dimostra che l'analisi abolizionista testimonia le connessioni attraverso ogni livello di violenza: la violenza interpersonale, la violenza statale della criminalizzazione e dell'incarcerazione, e ovunque la violenza strutturale razzista, dell'eteropatriarcato e del capitalismo. In questo senso, guarire significa anche sottrarsi all'autorità violenta dello Stato, creando spazi autonomi di ascolto, riparazione e solidarietà.

Come sintetizza Kaba, «la giustizia non è solo ottenere ciò che si vuole da chi ci ha fatto del male, ma trasformare tutto ciò che ha permesso che quel danno accadesse». In questo senso, la guarigione non è la fine del processo, ma il suo centro e spesso si presenta come un percorso lungo che prende il via dal conflitto ma poi se ne distacca.

2.4. La critica costruttiva: riabilitazione, pratiche di community accountability e giustizia trasformativa

In quarto luogo, la critica è costruttiva: l'abolizionismo femminista, infatti, propone e sperimenta alternative al sistema retributivo, come la

³⁰ *Ivi*, 17.

riabilitazione, le pratiche di *community accountability* e l'approccio riparativo, con l'idea che non esista «un elenco finito di cose da fare né una soluzione unica e definitiva ma numerosi strumenti tangibili perché la gente pratici, insieme, ora»³¹.

Una delle realtà più significative e longeve in questo ambito negli Stati Uniti è *INCITE! Women, Gender Non-Conforming, and Trans People of Color Against Violence*. Nel 2000, questo gruppo organizzò la conferenza *The Color of Violence: Violence Against Women of Color* all'Università della California-Santa Cruz, con l'obiettivo di sviluppare strategie per porre fine alla violenza contro le donne di colore, affrontando le molteplici forme di oppressione che subiscono e promuovendo un rinnovamento del movimento antiviolenza. La conferenza, inizialmente pensata come un piccolo incontro, attirò un'enorme partecipazione, rivelando un forte bisogno di un approccio radicale e inclusivo contro la violenza. L'evento segnò una svolta nel movimento, dando voce alle donne di colore e stimolando una rinnovata mobilitazione politica. Da questa esperienza nacque un vero e proprio movimento che da allora ha promosso progetti politici, conferenze ed eventi per mobilitare le donne di colore contro la violenza e per sviluppare nuove strategie di lotta. *INCITE!* si impegna a creare uno spazio sicuro per donne, persone trans e di genere non conforme e di colore concentrando la sua azione politica nella lotta per la liberazione. Sostiene la sovranità dei popoli indigeni, si oppone a tutte le forme di violenza e riconosce lo Stato come il principale organizzatore di tale violenza. Promuove il collegamento tra le lotte contro ogni forma di oppressione, incoraggia la costruzione di coalizioni e modelli creativi di organizzazione comunitaria, e favorisce una leadership orizzontale. *INCITE!* rifiuta fondi statali e federali, e sostiene questi principi sia nelle azioni che nelle pratiche interne delle sue organizzazioni. Credo che questa realtà possa essere un esempio paradigmatico di come tenere insieme teoria e prassi e farle vivere ogni giorno negli spazi di vita quotidiani. Un processo che è carattere tipico del femminismo, ma che non sempre è facile da mettere in atto, soprattutto negli ambienti accademici che attraversiamo ogni giorno.

³¹ A. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, B.E. RICHIE, *Abolizionismo. Femminismo. Adesso*, Roma, 2023, 30.

3. Conclusioni. Giustizia senza esclusione: il femminismo abolizionista in opposizione alla retorica dilagante del *call out*

L'abolizionismo femminista ci invita a ripensare radicalmente la giustizia, a disancorarla dalla vendetta e dalla punizione, per restituirle il significato di pratica collettiva, situata e trasformativa. Lungi dall'essere una proposta utopica, l'abolizionismo si presenta come una postura politica concreta e profondamente intersezionale, che rifiuta l'idea che incarcerare, punire o escludere possano costituire soluzioni reali alla violenza. Come osserva Adrienne Maree Brown,

[L]a strategia emergente propone di impegnarsi per rendere operative le pratiche abolizioniste su piccola scala, di modo che l'abolizionismo e la giustizia trasformativa su larga scala siano più visibili, radicali e possibili³².

Al contrario, come evidenziato nel percorso tracciato da questo saggio, le risposte punitiviste, più che tutelare i soggetti marginalizzati, rafforzano le strutture che generano e riproducono la violenza stessa³³.

In questo quadro, si inserisce una necessaria riflessione critica su pratiche oggi diffuse anche in contesti femministi e progressisti, come il *call out*. Sebbene nato come strumento di denuncia e visibilizzazione di abusi, il *call out* rischia oggi di operare secondo una logica punitiva che si fonda sulla pubblica esposizione del presunto colpevole, sulla sua esclusione dai contesti sociali o politici e sulla richiesta implicita o esplicita di una sanzione esemplare. Si tratta, dunque, di una pratica che, pur mascherandosi da strumento di giustizia trasformativa³⁴, ne

³² A.M. BROWN, *Per una giustizia trasformativa. Una critica alla cancel culture*, cit., 13.

³³ R.W. GILMORE, *Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis, and Opposition in Globalizing California*, Berkeley (CA), 2007.

³⁴ Adrienne Maree Brown si chiede infatti: «perché sembra che crediamo alla punizione, e che ne godiamo? Perché nei nostri movimenti sembra che sempre più spesso non vediamo l'ora di sbranarci a vicenda? E cosa viene messo a rischio da quel *pattern*, da quella sensazione? Perché sembra che, se qualcuno punta il dito contro qualcun altro dicendo "quella persona ha fatto danni!", senza domande o un processo o il tempo di un respiro, lo puniamo collettivamente, riduciamo a brandelli quella persona e chiunque la

tradisce gli intenti emancipatori, riproponendo forme di giudizio, colpevolizzazione e stigmatizzazione che poco si distinguono dalle dinamiche punitive dello Stato e del sistema carcerario³⁵.

L'analisi femminista abolizionista ci educa al fatto che non basta individuare una responsabilità per agire giustizia: è necessario interrogarsi sulle condizioni strutturali che permettono l'emergere del danno, sul contesto relazionale e comunitario in cui esso si manifesta, e sulle possibilità di trasformazione che quel danno può aprire. In questo senso, il *call out* si configura come una risposta semplificata a questioni complesse, una scorciatoia che soddisfa un bisogno di espressione del dolore e della rabbia, ma che non produce riparazione, né tanto meno trasformazione. Al contrario, rischia di inasprire i conflitti, alimentare il sospetto e rafforzare l'isolamento sociale, soprattutto nei confronti di soggetti già marginalizzati. Un approccio realmente femminista e abolizionista non può che rifiutare la logica del nemico, del colpevole da estirpare, del soggetto da escludere. Esso propone pratiche di *accountability* e giustizia trasformativa che rifiutano l'espulsione come strumento di tutela e che, invece, lavorano per costruire spazi relazionali in cui sia possibile riconoscere il danno, assumerne la responsabilità e attivare percorsi di guarigione collettiva.

Essere abolizioniste oggi significa credere, contro l'evidenza *mainstream*, che possiamo costruire relazioni sociali fondate sulla cura e sulla responsabilità reciproca, e non sull'esclusione e sull'annientamento dell'altro. Significa, infine, coltivare una visione del mondo in cui la risposta al conflitto non sia la rimozione, ma la relazione.

difenda? A volte lo facciamo addirittura usando un linguaggio trasformativo: sostenendo che gli daremo spazio per crescere. Queste persone devono sparire dalla circolazione per essere responsabilizzate. Le stiamo umiliando pubblicamente così che imparino a essere migliori» (A.M. BROWN, *Per una giustizia trasformativa. Una critica alla cancel culture*, cit., 45).

³⁵ Cfr. S. AHMED, *Complaint!*, Durham (NC), 2021; A. PHIPPS, *Me, Not You: The Trouble with Mainstream Feminism*, Manchester, 2020.

LA CORTE DI CASSAZIONE CONTRO LO STEREOTIPO DELLA “MADRE MALEVOLA”

Anna De Giuli

1. Introduzione

La letteratura giusfilosofica e, in particolare, quella giusfemminista hanno dedicato una crescente attenzione allo studio delle manifestazioni dell'ingiustizia testimoniale e della stereotipizzazione giudiziaria. Tali fenomeni sono riscontrabili nell'analisi delle ripercussioni relative all'uso della Sindrome di Alienazione Genitoriale (PAS) a livello giudiziario. Alcune recenti pronunce della Corte di Cassazione sembrano aver recepito le critiche mosse dal femminismo giuridico relativamente allo stereotipo della “Madre Malevola”.

Nel prosieguo, si esplicherà il significato dell'espressione “Madre Malevola”, nonché il suo legame con la cosiddetta “Sindrome di Alienazione Genitoriale” (§ 2). In secondo luogo, verranno individuate le critiche mosse dalla letteratura giusfemminista che possono riferirsi allo stereotipo della “Madre Malevola”, evidenziandone il legame con l'ingiustizia testimoniale e la stereotipizzazione giudiziaria (§ 3). Infine, si farà riferimento ad alcune pronunce che evidenziano il contrasto, da parte della Corte di Cassazione, all'uso dello stereotipo della madre malevola nell'argomentazione giudiziale. In tal senso, da un lato, si proporrà un *excursus* sul progressivo rigetto, dal 2013 a oggi, della PAS in sede giudiziaria; dall'altro si ripercorrerà il percorso argomentativo della Corte di Cassazione in un caso relativo a una condanna per calunnia nei confronti di una madre, in relazione a una presunta falsa denuncia di abusi sessuali a danno di un minore (§ 4).

2. Brevi cenni sulla “Madre Malevola” e sulla Sindrome di Alienazione Genitoriale

Quando una donna si trova anche nella condizione di essere madre¹ potrebbe sperimentare, nelle aule di tribunale, l’ascrizione di alcune sindromi al fine di giustificare una determinata condotta – propria, o della prole. Si pensi, per esempio, al Complesso di Medea, alla Sindrome della Madre Malevola (“MMS”, da *Malicious Mother Syndrome*), e alla Sindrome di Alienazione Genitoriale o Parentale (“PAS”, da *Parental Alienation Syndrome*). Ebbene, nella tragedia di Euripide da cui prende origine il cosiddetto “Complesso di Medea”, la protagonista uccide i figli avuti con Giasone, poiché quest’ultimo l’ha abbandonata per sposare un’altra donna, Creusa². In questa narrazione, Medea è una donna vendicativa che, accecata dal dolore e dalla rabbia, giunge a compiere un gesto estremo, togliendo la vita ai propri figli. Sulla MMS e sulla PAS si tornerà a breve, tuttavia è bene evidenziare come vi sia un elemento che accomuna il Complesso di Medea alle altre sindromi menzionate: la strumentalizzazione dei figli e delle figlie per arrecare un danno all’altro genitore che si verifica, in particolar modo, nel caso della rottura del legame coniugale. Inoltre, queste sindromi riproducono alcuni stereotipi di genere, ossia quelli della donna vendicativa e della donna manipolatrice. Mentre il richiamo al Complesso di Medea è possibile riscontrarlo in alcune sentenze che riguardano l’omicidio da parte della madre verso la prole e serve a giustificare il comportamento de-

¹ Specificare che si tratta di una donna-madre, per quanto possa essere ridondante, appare utile al fine di evidenziare che si tratta di sindromi che si dirigono a uno specifico sottogruppo di donne, ossia quello delle madri. Infatti, l’appartenenza di genere è già, in sé, un fattore che dovrebbe mettere in allerta sul rischio di forme di stereotipizzazione giudiziaria. Da un punto di vista metodologico, l’individuazione dello specifico sottogruppo consente di indagare la possibile presenza di narrazioni comuni per le donne-madri in contesti diversi. Come si vedrà, il Complesso di Medea viene utilizzato in contesti giudiziari differenti rispetto alla SMM o alla PAS, eppure ci sono punti in comune tra queste sindromi.

² G.C. DI RENZO ET AL., *La sindrome di “Medea” in epoca perinatale. I conflitti materno-fetali*, in *Rivista Italiana di Ostetricia e Ginecologia*, 29, 2011, 301-309.

viante della madre³, nei contesti di separazione e divorzio conflittuale è più frequente trovare un riferimento alla MMS o alla PAS, dato che la strategia processuale tende a focalizzarsi sulla manipolazione che hanno subito i figli o le figlie. In seguito, verranno esaminate brevemente la MMS e la PAS, dato che sono state oggetto di una recente attenzione da parte della Corte di Cassazione, su cui si tornerà al § 5.

L’idea (*rectius*, stereotipo) della Madre Malevola, cui si fa riferimento in questo lavoro, deriva dall’omonima sindrome. La Madre Malevola è quella che mette i figli e le figlie contro il padre, a seguito di una separazione o divorzio conflittuale. È una donna bugiarda e manipolatrice perché si inventa menzogne sul padre che sono diretta principalmente ai figli e alle figlie (per esempio «Tuo padre non contribuisce al vostro mantenimento» o «Tuo padre mi/ci picchiava»)⁴ al fine di allontanarli dal padre, ma talvolta possono essere dirette anche ad altre persone (per esempio la/il terapeuta in relazione con il comportamento tenuto dal padre verso i figli)⁵. Sebbene la MMS riponga la propria attenzione nella madre, mentre la PAS ha ad oggetto le figlie e i figli, in realtà sono sindromi che si pongono in continuità tra loro. Infatti, in entrambe siamo in presenza di un contesto familiare conflittuale in cui,

³ Per esempio, in relazione con l’uccisione di una neonata ad opera della madre, il contesto di violenza domestica e maltrattamenti (non provato) che viveva la donna poteva rendere più comprensibile l’atto omicida, anche alla luce del Complesso di Medea. Sul punto, nella sentenza del Tribunale di Lecce si afferma: «le propalazioni circa la violenza perpetrata dal C. durante la convivenza, costituirebbero un elemento utile a dare una spiegazione (mediante le categorie richiamate dai tecnici del meccanismo psicologico di negazione della gravidanza o del complesso di Medea) al fatto reato, nel senso di costituirne il movente dal punto di vista della imputata, senza tuttavia influire sulla sua imputabilità (cfr. dichiarazioni del dott. M. all’udienza del 19.04.2023)». Tribunale Lecce, sez. I, sent. n. 1618, 16.06.2023, “Motivi della decisione”.

⁴ I.D. TURKAT, *Divorce related malicious mother syndrome*, in *Journal of Family Violence*, fasc. 10, 3, 1995, 253-264.

⁵ Nell’analisi della *Divorce Related Malicious Mother Syndrome*, Ira Daniel Turkat individua tra i criteri quello del *Involving Others in Malicious Actions* e propone alcuni esempi, tra cui quello del terapeuta: «During a custody battle, a mother lied to a therapist about the father’s behaviour. The therapist, having never spoken with the father, appeared as an “expert” witness to inform the judge that the mother should be the primary residential parent and that the father needed to be in therapy»: I.D. TURKAT, *Divorce related malicious mother syndrome*, cit., 255-256.

attraverso il coinvolgimento dei/lle figli/e, vi sono dinamiche di manipolazione con l'obiettivo di danneggiare l'altro genitore. Si noti che la Sindrome di Alienazione Genitoriale è stata elaborata nel 1987 da Richard Gardner⁶; invece l'espressione "Sindrome della Madre Malevola" è stata coniata posteriormente, nel 1995, da Ira Daniel Turkat⁷. Tuttavia, pare opportuno fare una precisazione relativamente alla formale neutralità rispetto al genere della sindrome elaborata da Gardner. Infatti, Gardner si riferisce a un disturbo dei/lle figli/e che emerge in contesti conflittuali di custodia, in cui si assiste alla manipolazione e al "lavaggio del cervello" della prole da parte del genitore-alienante, che denigra il genitore-alienato⁸. Nonostante l'uso di queste espressioni neutrali, in realtà Gardner afferma in più occasioni che il genitore-alienante è generalmente la madre⁹, e afferma che tra i comportamenti "malevoli" della madre giunge addirittura a strumentalizzare le denunce di abuso sessuale per danneggiare l'ex partner, allontanandolo dai/lle figli/e¹⁰.

⁶ R.A. GARDNER, *The parental alienation syndrome and the differentiation between fabricated and genuine child sex abuse*, Cresskill (NJ), 1987.

⁷ L'iniziale formulazione del 1995 fa esplicito riferimento alla "madre malevola", quella posteriore del 1999 viene resa neutrale rispetto al genere attraverso l'uso di "genitore malevolo". I.D. TURKAT, *Divorce related malicious mother syndrome*, cit.; ID., *Divorce-Related Malicious Parent Syndrome*, in *Journal of Family Violence*, fasc. 14, 1, 1999, 95-97.

⁸ R. GARDNER, *Does DSM-IV Have Equivalents for the Parental Alienation Syndrome (PAS) Diagnosis?*, in *American Journal of Family Therapy*, fasc. 31, 2003, 1-21.

⁹ «From the time I first began seeing PAS patients (in the early 1980s) until the mid-1990s, my observations were that more women than men were likely to be the primary alienators. During that time frame my experience had been that in 85-90 percent of all the cases in which I had been involved, the mother was the alienating parent and the father the alienated parent. And this was the experience of Clawar and Rivlin (1991) who studied hundreds of PAS cases. For simplicity of presentation, then, I often used the term *mother* to refer to the alienator, and the term *father* to refer to the alienated parent»: R. GARDNER, *Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?*, in *The American Journal of Family Therapy*, fasc. 30, 2, 2002, 93-115.

¹⁰ Già nel testo del 1987, Gardner si riferiva allo scenario tipico che si dava in contesti di custodia, in cui la madre accusa il padre di abusi sessuali nei confronti dei/lle figli/e al fine di ottenere l'affidamento esclusivo. «For simplicity of presentation, I will refer to the accuser as the mother and the alleged perpetrator (or the accused) as the father. This is the more common situation. It is important for the reader to recognize,

Sia la MMS che la PAS sono sindromi elaborate pensando principalmente a un determinato genere e una figura genitoriale. È bene evidenziare che nessuna di queste sindromi è stata inclusa nel *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders* (DSM V) della *American Psychological Association* (APA) poiché non sono accettate da parte della comunità scientifica, anche a causa della scarsa attendibilità scientifica e della mancanza di riscontri empirici, e sono, infatti, esempi di pseudoscienza. Tuttavia, tali sindromi hanno fatto ingresso anche nelle aule di tribunale italiane¹¹, e sono state utilizzate per giustificare l'affidamento esclusivo a favore del padre in contesti familiari “conflittuali” – *rectius*, di maltrattamento. Come si vedrà nel prossimo paragrafo, l'accettazione acritica di questo tipo di sindromi fa emergere diverse questioni problematiche.

however, that there are situations (relatively uncommon) in which the father is the accuser and the mother the perpetrator»: R.A. GARDNER, *The parental alienation syndrome and the differentiation between fabricated and genuine child sex abuse*, cit., 108. Vi è un'intera sezione dedicata a *The mother* (124 ss.) nel IV capitolo *Differentiating between fabricated and bona fide sex-abuse allegations in child custody disputes* – non ve ne è uno anche per il padre, appunto perché non lo ritiene il soggetto “tipico” nel formulare questo tipo di accuse.

¹¹ Per esempio, nell'argomentazione del Tribunale di Brescia viene riportata la sintomatologia della PAS, la quale viene riconosciuta e valorizzata nel caso concreto. «Nondimeno, il dott. afferma, in modo condivisibile, che gli otto sintomi che caratterizzerebbero la PAS sono comunque utili “a valutare i punti critici nelle relazioni disfunzionali tra il minore e il genitore rifiutato” (cfr. pag. 9 della relazione del 23 aprile 2018). Si tratta: 1) della campagna di denigrazione, nella quale il bambino mima e scimmiotta i messaggi di disprezzo del genitore alienante; 2) della razionalizzazione debole dell'astio, per cui il bambino spiega le ragioni del suo disagio nel rapporto con il genitore alienato con motivazioni illogiche, insensate o superficiali; 3) della mancanza di ambivalenza. Il genitore rifiutato è descritto dal bambino “Tutto negativo”, mentre l'altro genitore è “tutto positivo”; 4) del fenomeno del pensatore indipendente: il bambino afferma che ha elaborato da solo la campagna di denigrazione del genitore; 5) dell'appoggio automatico al genitore alienante, quale presa di posizione del bambino sempre e solo a favore del genitore alienante; 6) dell'assenza di senso di colpa; 7) degli scenari presi a prestito, ossia affermazioni che non possono ragionevolmente venire da lui direttamente; 8) dell'estensione delle ostilità alla famiglia allargata del genitore rifiutato». Tribunale di Brescia, sez. III civ., sent. n. 815/2019, “Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”, § 5.

3. La critica giusfemminista allo stereotipo della “Madre Malevola”

Orbene, «tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tutela del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena» (Cass. Civ., Sez. I, 8.4.2016, n. 6919). La ricorrente non solo non si è attivata per preservare la relazione padre-figlia, ma, alla luce dei comportamenti descritti, può dirsi che si sia adoperata – in modo più o meno consapevole – per minarne le fondamenta¹².

Nel caso di specie relativo a una separazione personale dei coniugi, il Tribunale di Brescia aveva accolto l'inquadramento diagnostico del c.t.u. nella PAS rispetto alla condotta manifestata dalla figlia consistente nella «pervicace volontà [...] di non vedere il padre»¹³. Si tratta di un caso in cui vi era stata una querela nei confronti del padre per tocco delle parti intime della figlia, anche se tale procedimento era stato archiviato per mancanza di riscontri concreti. Inoltre, la bambina aveva espresso in diverse occasioni di non voler trascorrere tempo insieme al padre. Non si intende entrare nel merito del caso, dato che non si dispone degli elementi per poter compiere detta analisi ed è indubbio che vi possano essere casi dove vi siano problemi di tipo relazionale nella gestione della separazione e della custodia nel caso concreto. Tuttavia, in esso è possibile individuare alcune questioni problematiche che è bene tenere presente. Innanzitutto, il contesto di maltrattamento o di abusi sessuali che può emergere all'interno di un processo che ha ad oggetto una separazione. In secondo luogo, la valutazione del principio di bigenitorialità e del *best interest of the child* in una situazione in cui il figlio o la figlia esprime una chiara volontà nel non stare con uno dei genitori. In terzo luogo, le narrazioni relative alla madre (malevola) e al padre (premuroso) che sono presenti nell'argomentazione giudiziale in questa tipologia di casi. Infine, un altro nodo problematico è rappresentato dalla deferenza nei confronti del sapere degli esperti in questi processi. La critica giusfemminista ha problematizzato questi temi, eviden-

¹² Tribunale di Brescia, sez. III civ., sent. n. 815/2019, “Concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione”, § 5.

¹³ *Ibidem*.

ziando situazioni a livello giudiziario riconducibili a fenomeni di stereotipizzazione giudiziaria e di ingiustizia testimoniale.

Il punto nevralgico della riflessione relativa all’uso di narrazioni sulla madre malevola risiede nel restituire centralità alla presenza di bambini, bambine e adolescenti in contesti di violenza di genere. In relazione a questo tema, Paula Reyes Cano ha condotto un’importante ricerca quantitativa e qualitativa che ha riguardato anche l’analisi di processi per violenza di genere e delle rispettive pronunce in ambito civilistico relative all’affidamento dei figli e delle figlie¹⁴. Ciò che emerge da questo studio è che l’invisibilità della violenza di genere si traduce anche nel mancato riconoscimento di bambini/e come vittime. Questo determina una scarsa (o del tutto assente) protezione nei loro confronti, anche in ragione del “diritto di visita” del padre che consente di mantenere una frequentazione tra padre e figlio/a. Nell’argomentazione giudiziale il “diritto di visita” si lega al superiore interesse del minore nel crescere con entrambi i genitori: un diritto alla bigenitorialità che, però, viene intesa in termini astratti e aprioristici, senza un’analisi delle circostanze che emergono nel caso concreto. Difficilmente, infatti, si potrà giustificare il superiore interesse del minore a mantenere un rapporto con un padre maltrattante o che abusa sessualmente del figlio o della figlia, anche in ragione della protezione dell’integrità psico-fisica di quest’ultimo/a.

Nei processi assistiamo, dunque, all’uso di espressioni come «‘alienazione genitoriale/parentale’, ‘alienazione familiare’, ‘interferenza genitoriale’, ‘ostacolo al contatto’, ‘madre malevola’»¹⁵ che sono legate al riconoscimento, implicito o esplicito, della presunta PAS a livello probatorio e al ruolo della madre nell’allontanare il figlio dal padre. In generale, è stato evidenziato il ricorso all’espedito della “conflittualità familiare” per occultare, non considerare o mascherare una situazione di violenza di genere¹⁶. L’uso di tale pseudosindrome da parte del-

¹⁴ P. REYES CANO, *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2020.

¹⁵ *Ivi*, 182 (traduzione mia).

¹⁶ P. REYES CANO, *El nuevo artefacto para la ocultación de la violencia de género: “la alta conflictividad”*, in *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Protocolo II*, 2022, 253-291.

l'organo giudicante, nonché di argomenti che riprendono la stessa narrativa nel ragionamento giudiziale, è un esempio di stereotipizzazione giudiziaria. In tal senso, la prassi giudiziaria consiste nell'attribuire alle madri in contesti di separazione le caratteristiche della madre malevola, colpevolizzando e responsabilizzando la madre delle carenti relazioni paternofiliali. Allo stesso modo, per quanto riguarda la riflessione sull'ingiustizia epistemica, ciò che rileva in questa sede all'interno di tale dibattito, è l'ingiustizia testimoniale legata all'eccesso di credibilità attribuito a un esperto. Infatti, l'uso da parte di un esperto di una sindrome che, non nemmeno è riconosciuta in dottrina per lo scarso rigore scientifico, genera uno svantaggio nei confronti di un gruppo storicamente discriminato¹⁷. La voce dell'esperto oscura anche la voce (e le richieste) del bambino o della bambina, e questo risulta contrario a quanto segnalato nella Convenzione sui Diritti dell'Infanzia e dell'Adolescenza (artt. 12 e 19) e anche nelle Osservazioni Generali del Comitato delle Nazioni Unite sui diritti del bambino¹⁸.

Già nel 1996, la *American Psychological Association* aveva esplicitato i problemi connessi alla bigenitorialità e alle false accuse della madre nei contesti di violenza di genere, e aveva affermato che:

Although most people believe that fathers should have equal access to their children after the termination of a relationship between the parents, the equal-access option is based on the assumption that the fathers will act in their children's best interests. However, that is a naive assumption in situations where family violence has occurred. Fathers who batter their children's mothers can be expected to use abusive power and control techniques to control the children, too. [...] Some professionals assume that accusations of physical or sexual abuse of children that arise during divorce or custody disputes are likely to be false, but the empirical research to date shows no such increase in false reporting at that time. In many instances, children are frightened about being alone with a father they have seen use violence towards their mother or a father who has abused them. Sometimes children make it clear to the

¹⁷ A. FARANO, *Discussing epistemic injustice: expertise at trial and feminist science*, in *Milan Law Review*, fasc. 4, 2, 2023, 137-150.

¹⁸ Si pensi, in particolare, al *General comment No. 13 (2011): The right of the child to freedom from all forms of violence*.

court that they wish to remain with the mother because they are afraid of the father, but their wishes are ignored¹⁹.

In tal senso, la critica giusfemminista ha evidenziato che gli esperti di medicina legale e quelli psicosociali non tengono conto della violenza di genere nella perizia, per diversi motivi: non dispongono di strumenti metodologici adeguati, non hanno una formazione specifica sulla violenza di genere e non conoscono le conseguenze che ha un contesto di violenza di genere sui figli e sulle figlie²⁰. Queste sono carenze che fanno sì che tali esperti abbiano idee sociali false sugli uomini che commettono violenza di genere, confondendo le conseguenze che ne derivano da situazioni di violenza di genere con tratti di personalità propri della madre. Questo li porta a favorire il padre, in quanto presenta un’immagine più corretta e amichevole al mondo esterno ed è più conciliante negli incontri realizzati con le/i consulenti tecnici (sulla decisione di affidamento), dando maggiore credibilità all’uomo che commette violenza rispetto alla donna e al/la bambino/a che la subiscono. In casi di violenza di genere, dunque, una decisione giudiziale che riconosca il diritto di visita o l’affidamento esclusivo al padre, porta inevitabilmente la madre a vivere un dilemma interiore: da un lato, è obbligata a rispettare la decisione assunta dall’organo giudicante e, dall’altro, si sentirà di dover proteggere il figlio o la figlia²¹. Infine, appare rilevante evidenziare che ci sono diversi studi che contrastano la diffusa credenza sulle donne che denunciano falsamente, alla base dello stereotipo della

¹⁹ Nella «Issue 5: When parents separate after an abusive relationship, shouldn’t fathers have as much right as mothers to be granted physical custody of and visitation rights with their children?»: AMERICAN PSYCHOLOGICAL ASSOCIATION, *Violence and the family: Report of the American Psychological Association Presidential Task Force On Violence And The Family*, Washington (DC), 1996.

²⁰ La formazione, infatti, sembra andare in senso contrario. Infatti, nella ricerca condotta dall’*Asociación de Mujeres Juristas Themis* si evidenzia che l’artefatto della “cogenitorialità” ha portato all’emersione di specifiche figure: P. REYES CANO ET AL., *La coordinación de parentalidad como una nueva forma de violencia institucional*, Ministerio de Igualdad, Madrid, 2025.

²¹ M. CLEMENTE, D. PADILLA-RACERO, *Obey the justice system or protect children? The moral dilemma posed by false parental alienation syndrome*, in *Children and Youth Services Review*, fasc. 120, 2021, 105728.

madre malevola. Infatti, tali ricerche evidenziano come i ‘padri’ compiono false accuse nei confronti delle ex partner in egual o maggior misura rispetto alle ‘madri’²². Non si tratta di fare a gara a chi accusa più falsamente o meno, quel che però preme sottolineare è che mentre nei confronti delle donne-madri il mito della falsa denuncia è molto forte e presente a livello sociale, rispetto agli uomini-padri non vi è tendenzialmente questa associazione.

4. La Corte di Cassazione sull'uso della PAS e sulla narrativa della madre malevola in ambito giudiziario

Come è emerso nel § 2, la MMS e la PAS sono sindromi che sono state elaborate tra gli anni Ottanta e gli anni Novanta e da allora hanno fatto un progressivo ingresso nelle aule di tribunale, – statunitensi ma

²² «Brown (2003, 374) found that while more allegations were made against fathers overall, the numbers of fathers and mothers who made allegations which were assessed to be false were approximately equal, contrary to the stereotype at the heart of parental alienation syndrome that mothers are more likely to make false allegations of abuse against fathers. Similarly, a US study by Johnston et al. (2005, 290) investigating the substantiation of abuse allegations against parents found that overall, allegations against mothers and fathers had virtually identical substantiation rates, indicating that mothers are not more likely to make unfounded reports than fathers. However, this study did not differentiate between allegations which were simply unsubstantiated and those that were maliciously fabricated. Trocme and Bala's (2005, 1334) analysis of over 7000 child maltreatment investigations explored the characteristics associated with intentionally false reports of child abuse and neglect in the context of parental separation. They found that noncustodial parents, most commonly fathers, were more likely to make intentionally false allegations than custodial parents, most commonly mothers (Trocme and Bala 2005, 1342). These results were supported by a subsequent study of similar Canadian data, which also found that deliberately false allegations were uncommon, but were more likely to be made by noncustodial parents, who were usually fathers (Bala et al. 2007, 30). Moloney et al. (2007) detailed review of the literature concluded that deliberately false allegations are relatively uncommon, but may be elevated among certain groups, especially among non-resident fathers. Overall, research suggests that false allegations are not more likely to be made by mothers and may even be more common among fathers»: H. DOUGLAS, E. FELL, *Malicious Reports of Child Maltreatment as Coercive Control: Mothers and Domestic and Family Violence*, in *Journal of Family Violence*, fasc. 35, 8, 2020, 829-839.

anche europee. Tuttavia, la ascientificità di tali sindromi – e, in particolare, della PAS che aveva avuto una maggiore risonanza – ha portato alla progressiva messa in discussione e all’abbandono del suo uso a livello giudiziario, dapprima negli Stati Uniti e, poi, anche in alcuni stati europei. In tal senso, è possibile tracciare un cammino compiuto dalla Corte di Cassazione in relazione all’uso della PAS, e di costrutti affini, in ambito giudiziario. Nel prosieguo, si farà riferimento a cinque pronunce della Corte di Cassazione che compongono questo percorso verso il rigetto della PAS nell’argomentazione giudiziaria. Infine, si concluderà con il richiamo a una recente sentenza del 2023 in cui la Corte di Cassazione analizza in modo chiaro come lo stereotipo della madre malevola e la credenza della denuncia falsa possano influenzare l’organo giudicante nella condanna per calunnia della ex moglie, distorcendo il ragionamento giudiziale a questi preconcetti.

Le pronunce della Corte di Cassazione individuate per la ricostruzione proposta in questa sede sono: la sentenza n. 5847/2013, la n. 7041/2013, la n. 6919/2016, e le ordinanze n. 13217/2021 e 9691/2022.

Innanzitutto, vi sono due sentenze che sono state emesse a distanza di pochi giorni nel 2013. La prima è la sentenza n. 7041/2013 del 6 marzo 2013 in cui la Corte di Cassazione si esprime con riguardo a una c.t.u. che diagnosticava una PAS. In questa occasione, la Corte ripercorre alcune delle critiche alla validità scientifica della PAS che erano state formulate dalla ricorrente²³. Proprio in ragione del fatto che la Corte di appello aveva aderito alla diagnosi del c.t.u. senza argomentare

²³ «Basterà qui ricordare che sono state richiamate le perplessità del mondo accademico internazionale, al punto che il Manuale diagnostico e statistico dei disturbi mentali (DSM) non la riconosce come sindrome o malattia; che si è evidenziato che vari autori spagnoli, all’esito di una ricerca compiuta nel 2008, hanno sottolineato la mancanza di rigore scientifico del concetto di PAS e che, nel 2009, le psicologhe Consuelo Barea e Sonia Vaccaro, la prima spagnola e la seconda argentina, hanno sostenuto, in una pubblicazione del 2009, che la PAS sarebbe un “costrutto pseudo scientifico”. Nell’anno 2010, inoltre, la Asociación Española de Neuropsiquiatria ha posto in evidenza i rischi dell’applicazione, in ambito forense, della PAS, non diversamente da quanto già manifestato nel 2003, in USA, dalla National District Attorneys Association, che in nota informativa sosteneva l’assenza di fondamento della teoria, “in grado di minacciare l’integrità del sistema penale e la sicurezza dei bambini vittima di abusi”». Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 7041, 6 marzo 2013, § 5.2.

nel proprio percorso motivazionale alle critiche relative alla dubbia validità sul piano scientifico della PAS. Nel caso in questione viene, dunque, rilevato un vizio di motivazione proprio per la deferenza della Corte di appello alla diagnosi del c.t.u. La seconda, invece, è la sentenza n. 5847/2013. In essa, la Corte di Cassazione non si esprime relativamente alla (a)scientificità della PAS, però accetta che la Corte di Appello abbia utilizzato quale mezzo di prova valido la relazione della Asl che diagnosticava una PAS. In questo caso, il richiamo alla PAS si ha solo in via incidentale, dato che la Corte di Cassazione, anziché reiterare l'onere argomentativo in capo alla Corte di Appello, richiama altri elementi che avevano fondato una decisione priva di vizi logici. Nonostante il breve richiamo alla PAS presente in quest'ultima sentenza, è parso rilevante segnalare proprio perché è stata emessa due giorni dopo rispetto alla n. 7041/2013, in cui si richiedeva all'organo giudicante in seconda istanza un onere argomentativo maggiore in relazione alla dubbia scientificità della PAS.

Nella sentenza n. 6919/2016 del 8 aprile 2016, la Corte di Cassazione ha rilevato un vizio di motivazione nella sentenza della Corte milanese che non ha considerato i comportamenti della madre in relazione al rapporto padre-figlia. In concreto, il ricorrente aveva sottolineato l'omesso espletamento della PAS da parte della Corte milanese a causa di una "ingiustificata posizione ideologica e negazionista"²⁴ e aveva dedotto la violazione del principio della bigenitorialità. In questa pronuncia, la Corte di Cassazione enuncia il seguente principio:

in tema di affidamento di figli minori, qualora un genitore denunci comportamenti dell'altro genitore, affidatario o collocatario, di allontanamento morale e materiale del figlio da sé, indicati come significativi di una PAS (sindrome di alienazione parentale), ai fini della modifica delle modalità di affidamento, il giudice di merito è tenuto ad accertare la veridicità in fatto dei suddetti comportamenti, utilizzando i comuni mezzi di prova, tipici e specifici della materia, incluse le presunzioni, ed a motivare adeguatamente, a prescindere dal giudizio astratto sulla validità o invalidità scientifica della suddetta patologia, tenuto conto che tra i requisiti di idoneità genitoriale rileva anche la capacità di preservare la continuità delle relazioni parentali con l'altro genitore, a tute-

²⁴ Corte di Cassazione, sez. I, sent. n. 6919, 8 aprile 2016, "Motivi della decisione".

la del diritto del figlio alla bigenitorialità e alla crescita equilibrata e serena²⁵.

In altre parole, la Corte di Cassazione sembrerebbe ritenere che l'irilevanza della valutazione di attendibilità scientifica della PAS, a favore di un'analisi limitata al caso concreto funzionale a far emergere comportamenti ostativi del rapporto di uno dei genitori con il/la figlio/a da parte dell'altro genitore – condotte, queste, indicative di una ridotta idoneità genitoriale.

Invece, di recente la Corte si è espressa in modo difforme rispetto a quest'ultima pronuncia del 2016. Nell'ordinanza n. 13217/2021, del 17 maggio 2021, la Corte di Cassazione evidenzia il controverso fondamento scientifico della MMS e della PAS, affermando che il recepimento acritico della PAS e una valutazione stigmatizzante della madre, che si allontana dal caso concreto, determina la presenza di «un implausibile sillogismo la cui premessa principale è costituita da un ingiustificato severo stigma di comportamenti della madre fondato su un mero postulato»²⁶. Nel caso in questione, le c.t.u. avevano fondato un provvedimento particolarmente incisivo, ossia la decadenza della madre dall'esercizio della responsabilità genitoriale sul figlio minore. Come è stato rilevato, l'affido super esclusivo a favore del padre si era basato, quindi, su un argomento retorico²⁷.

L'ultimo tassello di questo percorso è senz'altro rappresentato dall'ordinanza n. 9691/2022, del 26 gennaio 2022. La rilevanza di questa pronuncia risiede nel fatto che la Corte di Cassazione reitera che il costruito dell'alienazione parentale e ogni suo corollario non possono essere utilizzati nel ragionamento. In particolare, la Corte di Cassazione afferma che il richiamo a questi «non può dirsi legittimo, costituendo il fondamento pseudoscientifico di provvedimenti gravemente incisivi

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Corte di Cassazione, sez. I, ord. n. 13217, 17 maggio 2021, “Svolgimento del processo”.

²⁷ F. MACIOCE, *Il rapporto tra retorica e valore nella attività della giurisprudenza*, in M. MANZIN ET AL. (a cura di), *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 5. Una parola buona. Retorica e valori nella decisione giudiziale*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2024, vol. 84, 57-76.

sulla vita dei minori, in ordine alla decadenza dalla responsabilità genitoriale della madre»²⁸. Nel caso in questione le tre c.t.u. formalmente si riferivano al concetto di “abuso psicologico”, richiamando, però, la terminologia propria della PAS, rilevando

la pervicace ostilità della madre all’instaurazione di un equilibrato e continuativo rapporto del figlio con il padre sia da ascrivere al condizionamento esercitato dalla medesima sul minore, definito altrimenti come patto di lealtà²⁹.

Oltre al riferimento al “patto di lealtà”, ritorna anche l’argomento del «condizionamento che [certe] condott[e] assum[ono] sul minore, coinvolto da anni in una triangolazione conflittuale tra i genitori»³⁰, come segnalato dalla ricorrente. L’ordinanza, quindi, evidenzia un vizio nella motivazione della sentenza nel momento in cui la narrativa della madre malevola opera in termini presuntivi e apodittici che giustificano il fatto che il rifiuto del figlio a incontrare il padre o di non volerlo incontrare nelle frequenze prescritte, senza prendere in considerazione la volontà del ragazzo dodicenne. Nell’argomentazione della Corte di Cassazione emerge come l’ingresso della PAS nel processo attraverso le consulenze tecniche e la deferenza degli organi giudicanti verso gli esperti, porta a trascurare la motivazione in ordine al caso concreto, omettendo o ridimensionando altre risultanze probatorie.

Infine, a seguito di questo breve *excursus* relativo al recepimento della PAS da parte della Corte di Cassazione, pare interessante riportare alcune argomentazioni contenute nella sentenza n. 12066/2023, del 24 novembre 2022, proprio perché si evince la distorsione che comporta lo stereotipo della madre malevola nell’argomentazione giudiziale. In concreto, si tratta di un ricorso avverso la sentenza di secondo grado che aveva confermato la condanna di una donna a un anno di reclusione per calunnia aggravata ai danni dell’ex compagno. La madre aveva, infatti, denunciato violenza sessuale da parte dell’ex partner nei con-

²⁸ Corte di Cassazione, sez. I, ord. n. 9691, 26 gennaio 2022, 28.

²⁹ *Ivi*, 17.

³⁰ *Ivi*, 9.

fronti del figlio, sulla base di quanto il bambino aveva confidato alla madre e ai nonni in più occasioni. Secondo la Corte di Cassazione:

[l]a sentenza, senza esaminare e collocare in un contesto più ampio il rapporto tra [omissis] e il loro bambino, a partire dalla nascita di questi, dal suo abbandono da parte del padre e da quanto riferito dalla donna nella denuncia sporta al Commissariato di [luogo] conclude apoditticamente che [la madre] aveva denunciato falsamente per vendicarsi di non essere stata da lui sposata «in modo da regolarizzare una relazione sentimentale da cui era nata anche una prole», sulla base di una valutazione soggettiva, disancorata da qualsiasi elemento al fatto, comprovata dall'uso dell'avverbio *verosimilmente* e dal non essere stata indicata la fonte di tale asserzione, fino al punto di apparire frutto di un distorto stereotipo culturale³¹.

Nella sentenza di condanna, il ragionamento giudiziale:

a) colloca su un piano di inverosimiglianza che un padre possa abusare del proprio figlio («è davvero inverosimile che abbia addirittura approfittato dell'accompagnamento del figlio per aiutarlo ad urinare nel bagno di un bar per commettere gli abusi denunciati»); b) non prende in considerazione le reiterate rivelazioni di [bambino] e la sua tutela; c) descrive quanto denunciato da [omissis], cioè li ripetuto tocco del pene del piccolo di 4 anni, come «comportamenti genitoriali di assistenza (così come descritti in denuncia) molto comuni per i figli di quella età»³².

E ancora, nel ragionamento si omette il riferimento ad altri elementi:

a) [il padre] aveva rifiutato di vedere il bambino per il suo primo anno di vita; b) [il bambino] aveva rappresentato ai giudici minori di temere quell'uomo; c) il Tribunale per i minorenni di Bari aveva affidato il bambino ai servizi sociali contestando alla donna la sua iper cura proprio dopo la denuncia per violenza sessuale rimasta priva di indagini³³.

³¹ Corte di Cassazione, sez. VI, sent. n. 12066, 24 novembre 2022, “Considerato in diritto”, § 2.

³² *Ibidem*.

³³ *Ivi*, § 4.2.

Infine, i giudici di merito:

hanno erroneamente fondato la sussistenza dell'elemento oggettivo del reato di calunnia, contestato alla ricorrente, non solo su un decreto di archiviazione, cioè su un provvedimento strutturalmente inidoneo ad accertare l'innocenza dell'incolpato che ne è presupposto, ma con un errore logico-giuridico persino ritenendolo un atto idoneo a dimostrare che i fatti non fossero «mai avvenuti»³⁴.

Da questo caso, risulta particolarmente evidente l'effetto distorsivo che può avere lo stereotipo della madre malevola nell'argomentazione giudiziale. In questo senso, la Corte di Cassazione ha evidenziato i salti logici e le omissioni delle risultanze probatorie all'interno del percorso argomentativo condotto dai giudici di merito. Inoltre, è possibile individuare il richiamo alla narrativa della conflittualità nella relazione tra i genitori, che porta a colpevolizzare la donna per essersi opposta agli incontri del bambino con il padre e per non avere favorito il rapporto proprio con colui che riteneva esserne l'abusante.

5. *Conclusion*

Nel corso di questo contributo è stato messo in evidenza come il sapere degli esperti possa costituire una delle modalità attraverso cui uno stereotipo dannoso entra all'interno del processo e venga, poi, recepito e riprodotto nell'argomentazione dell'organo giudicante. In concreto, la riflessione ha riguardato lo stereotipo della madre malevola, in relazione alle pseudosindromi della PAS e della MMS. Sono state poi riprese alcune critiche rivolte all'uso della PAS. In particolare, è emerso come la PAS tenda a occultare il contesto di violenza di genere di cui sono vittime alcune bambine e alcuni bambini, dissimulato attraverso il richiamo a un mero "conflitto" genitoriale. Infine, è stato osservato che la Corte di Cassazione, negli ultimi anni, ha contrastato l'utilizzo dello stereotipo della madre malevola in ambito giudiziario. Ciò è risultato evidente dal rigetto dell'uso della PAS e di qualsiasi altro corollario nel

³⁴ *Ivi*, § 3.2.

contesto processuale, nonché dall’attenzione posta dalla Corte sull’onerargli argomentativo richiesto. Infatti, lo stereotipo della madre malevola rischia di viziare il percorso argomentativo dell’organo giudicante, il quale si allontana dall’analisi del caso concreto e lascia spazio a un giudizio aprioristico e apodittico proprio perché basato su quella visione stereotipata della figura materna.

TRA EGUAGLIANZA E DIFFERENZA

UNA PROSPETTIVA FEMMINISTA SULLA GESTAZIONE PER ALTRI COMMERCIALE

Francesca Miccoli

1. La gestazione per altri: una questione complessa

Nonostante un dibattito ormai più che trentennale, la gestazione per altri (GPA) continua a rappresentare un terreno di confronto – o meglio, scontro – acceso, sia a livello politico che teorico. In Italia, la questione è tornata alla ribalta con la recente modifica della legge 40/2004 sulla procreazione medicalmente assistita, che ha ampliato la perseguibilità del reato di “surrogazione di maternità” anche per le situazioni in cui la pratica è realizzata all’estero da cittadini italiani¹. La modifica ha avuto un forte impatto sul piano giuridico e, soprattutto, su quello simbolico, segnando un irrigidimento della normativa in linea con una politica pubblica sempre più ostile ai diritti riproduttivi² e alle esigenze delle famiglie non convenzionali.

¹ L. 40/2004, art. 12, co. 6, come modificato dalla l. 169/2004. Sarebbe tuttavia improprio – come invece è stato spesso fatto nel dibattito pubblico e mediatico, talvolta in chiave sensazionalistica – parlare di ‘reato universale’. Si definisce ‘reato universale’, infatti, un illecito che può essere perseguito da qualsiasi Stato, indipendentemente dalla nazionalità dell’autore o dal luogo di commissione, in ragione della sua particolare gravità (come i crimini contro l’umanità o la tratta di esseri umani). Nel caso della GPA, invece, la punibilità è limitata ai soli cittadini italiani che vi facciano ricorso all’estero. Inoltre, la gestazione per altri è perfettamente legale – in forma commerciale o altruistica – in diversi ordinamenti, tra cui alcuni Stati degli Stati Uniti, il Canada, il Regno Unito e l’Ucraina: il che rende ancor più problematica una simile estensione extraterritoriale della repressione penale.

² Emblematico il caso degli Stati Uniti. Per una ricostruzione dettagliata, si veda S. MANCINI, *Il canarino nella miniera del liberalismo: i diritti riproduttivi nell’America di Trump*, in *Rivista di BioDiritto*, 2, 2021.

Di particolare interesse da una prospettiva femminista è inoltre il consolidamento di una (ormai non più) ‘strana’ alleanza³ tra forze conservatrici e una parte del femminismo della differenza, ferocemente critica nei confronti della GPA e favorevole alla sua criminalizzazione. Questa alleanza, che potrebbe apparire paradossale a prima vista, trova fondamento in un comune rifiuto della mercificazione del corpo femminile, seppur declinato secondo motivazioni e visioni differenti. Da un lato, infatti, le frange conservatrici promuovono un’idea di famiglia tradizionale e ‘naturale’ che mal si sposa con la promessa di genitorialità non convenzionale che la GPA ha il potenziale di realizzare; dall’altro, le correnti femministe ‘alleanate’ sottolineano la necessità di proteggere il corpo femminile da forme di sfruttamento, opponendosi alla separazione tra funzione riproduttiva e soggettività materna⁴.

Il dibattito politico riflette la lunga e complessa dialettica teorica interna al femminismo, che a sua volta mostra da decenni una profonda spaccatura tra posizioni che vedono nella GPA un rischio di mercificazione e violazione dei corpi delle donne, auspicandone, appunto, la criminalizzazione, e approcci liberali che, invece, ne riconoscono il valore in termini di autonomia e libertà di scelta e, spesso, sostengono la necessità di forme di regolamentazione più che la sua liberalizzazione incontrollata⁵. La vicenda italiana, dunque, non è un’eccezione, ma il caso emblematico di una polarizzazione più ampia che attraversa il dibattito internazionale, sia a livello politico che teorico, dimostrando quanto sia spaccato il femminismo stesso sulla liceità e desiderabilità della pratica.

La complessità teorica corrisponde a un mosaico altrettanto complesso di soggetti, interessi, e diritti. Se, infatti, lo scontro si gioca certamente sul corpo delle donne, delle gestanti che, soprattutto nel caso

³ A. MOMIGLIANO, *When left-wing feminists and conservative Catholics unite*, in *The Atlantic*, 2017, 28 marzo.

⁴ Per una critica recente della gestazione per altri nella prospettiva del pensiero della differenza sessuale, si veda A. CAVARERO, O. GUARALDO, *Donna si nasce (e qualche volta lo si diventa)*, Milano, 2023.

⁵ Per una recente ricostruzione del dibattito giusfemminista sulla gestazione per altri, si veda S. BOICELLI, *La gestazione per altri tra emancipazione e sfruttamento. Prospettive giusfemministe*, in *GenIUS*, 1, 2023.

della GPA transnazionale, si collocano all'incrocio tra diversi assi di oppressione, non bisogna dimenticare che la GPA coinvolge diritti e bisogni profondi connessi alla possibilità di realizzazione della genitorialità biologica⁶ – dimensione nella quale desideri, norme e interessi si intrecciano in modo complesso. Allo stesso modo, è bene non tralasciare i diritti del terzo soggetto della relazione – il bambino o la bambina nata a seguito della GPA, il cui miglior interesse spesso orienta, o dovrebbe orientare, le decisioni dei legislatori e soprattutto delle Corti⁷.

Pensiamo per esempio all'interesse dei genitori intenzionali a vedersi affidata la custodia del minore e attribuita la potestà, che si accompagna frequentemente all'interesse degli stessi a escludere la gestante dalla propria vita familiare. Di contro, vi è l'interesse delle gestanti a essere compensate in cambio del loro lavoro riproduttivo o quantomeno reciprocate; a ricevere adeguato supporto (medico, psicologico, legale) nel corso di tutto il processo; il loro diritto alla riservatezza, alla salute, all'autodeterminazione, all'integrità del corpo – che implicano, per esempio, il diritto di prendere decisioni che riguardano la gravidanza. È evidente come alcuni degli interessi possono potenzialmente entrare in

⁶ Riconoscere che il desiderio di avere figli biologici è diffuso, profondamente radicato e culturalmente potente non implica, di per sé, che tale desiderio sia sufficiente a fondare la legittimità morale della procreazione o a giustificare una pretesa giuridica alla genitorialità biologica. Diversi autori hanno infatti sottolineato come questo desiderio, per quanto comprensibile e largamente condiviso, debba essere sottoposto a scrutinio critico e non possa essere assunto come base normativa autosufficiente. Si vedano, per esempio, C. OVERALL, *Why Have Children? The Ethical Debate*, Cambridge (MA), 2012; M. LIAO, *The Right to Be Loved*, Oxford, 2015.

⁷ Nel contesto italiano si veda, fra le altre pronunce, C. cost. 33/2021, con la quale la Corte ha ribadito «il principio secondo cui in tutte le decisioni relative ai minori di competenza delle pubbliche autorità, compresi i tribunali, deve essere riconosciuto rilievo primario alla salvaguardia dei ‘migliori interessi’ (best interests) o dell’‘interesse superiore’ (intérêt supérieur) del minore» (par. 5.4 del Considerato in diritto) – pur evidenziando la necessità di un bilanciamento con gli altri interessi in gioco e deferendo al legislatore il compito di “adeguare il diritto vigente”. Per il contesto europeo, fermo restando l'ampio margine di apprezzamento che residua in capo agli Stati contraenti, l'ormai consolidata giurisprudenza della Corte EDU afferma la necessità, ex art. 8 CEDU, che i bambini nati mediante GPA, anche negli Stati parte che ne vietino il ricorso, ottengano un riconoscimento giuridico del legame di filiazione con entrambi i genitori intenzionali (*Mennesson v. Francia*, par. 100).

conflitto. Infine, il minore ha interesse a un meccanismo chiaro di attribuzione della potestà genitoriale, che lo preservi da situazioni di incertezza e tuteli il suo diritto alla vita familiare sin dal momento della nascita.

Questa complessità richiede un delicato sforzo per districare i nodi in modo da non recidere nessuno dei fili del mosaico – fuor di metafora, si rende necessario un bilanciamento tra i diritti e gli interessi dei molteplici soggetti coinvolti, senza tuttavia il timore di assumere posizioni critiche o controverse. È evidente, infatti, che non solo in caso di conflitti che non si prestano a forme di mediazione – pensiamo alle dispute sulla custodia tra genitori intenzionali e gestante – ma anche, *ex ante*, al momento della stipulazione dell'accordo, è necessario riferirsi a criteri certi (e giusti) che definiscano la situazione soggettiva delle parti, nonché i requisiti di legittimità dell'accordo stesso e, almeno parzialmente, il suo contenuto.

Tali criteri possono essere diversi se assumiamo una prospettiva più orientata rispettivamente all'interesse del minore, dei genitori intenzionali o delle gestanti. Scrivendo da un posizionamento giusfemminista, dunque, si cercherà di delineare una forma di regolamentazione che, pur nel delicato bilanciamento tra i molteplici diritti dei soggetti coinvolti, ponga al centro i diritti e gli interessi della gestante – nei casi più controversi e ove non sia possibile una forma di conciliazione, anche a discapito dei diritti e degli interessi dei genitori intenzionali. La prospettiva femminista qui adottata si propone inoltre di mediare tra le fazioni più estremiste, conciliando la tutela (e la valorizzazione) della specificità femminile con la salvaguardia della autonomia delle gestanti. Questo significa, da un lato, dare pieno riconoscimento alla gestazione per altri come forma di lavoro riproduttivo, ma dall'altro prendere atto della situazione di asimmetria e vulnerabilità delle gestanti e prevedere una serie di tutele inderogabili a garanzia dei loro diritti.

2. *L'argomento fondato sull'autonomia*

Uno dei principali argomenti a sostegno dell'ammissibilità della gestazione per altri si fonda sul principio dell'autonomia individuale e,

più nello specifico, fa leva su una delle condizioni per l'esercizio dell'autonomia, ossia la *self-ownership* – letteralmente, proprietà o governo di sé – da cui discenderebbe il diritto a disporre del proprio corpo per le finalità e nei modi desiderati. Sia l'idea di autonomia che quella di *self-ownership* – nonché la relazione che esiste tra le stesse – sono soggette a numerose interpretazioni, la cui disamina non è oggetto del presente contributo; sarà sufficiente qui richiamare alcune nozioni chiave, preliminari allo sviluppo della argomentazione a favore della regolamentazione della GPA da una prospettiva femminista che si fondi sull'idea di autonomia, senza tuttavia tralasciare la specificità di genere del lavoro riproduttivo e le potenziali condizioni di sfruttamento dei mercati, soprattutto quelli transnazionali.

In primo luogo, l'ideale libertario di *self-ownership* 'piena' o 'sostanziale', secondo cui questa implicherebbe il pieno controllo sull'utilizzo del proprio corpo (inclusa la alienazione di parti di esso e la prestazione di servizi sessuali e riproduttivi) e sarebbe sovrapponibile all'idea stessa di autonomia, è stato stemperato da interpretazioni più minimaliste. Per esempio, vi è chi sostiene che la proprietà di sé non fondi il diritto (positivo) all'utilizzo del proprio corpo senza restrizioni, ma esclusivamente un diritto (negativo) di non interferenza o integrità del corpo; secondo una diversa interpretazione, non vi sarebbe nessuna 'proprietà' del corpo ma al limite un 'diritto al controllo del proprio corpo'⁸ o una forma di 'proprietà nella persona'⁹. In secondo luogo, tra le varie interpretazioni del concetto di autonomia, si è scelto di riferirsi a quella secondo cui non è sufficiente possedere le condizioni interne dell'autonomia – ossia la capacità di auto-riflessione e la consapevolezza di sé e dei propri valori, tra le altre – per dirsi individui autonomi e capaci di essere 'autori della propria vita', ma è necessario che vi sia la possibilità di scegliere liberamente tra un range di opzioni praticabili¹⁰.

⁸ C. FABRE, *Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, Oxford, 2006.

⁹ D. DICKENSON, *Body Shopping. The Economy Fuelled by Flesh and Blood*, Oxford, 2008; C. PATEMAN, *Self-Ownership and Property in the Person: Democratization and a Tale of Two Concepts*, in *The Journal of Political Philosophy*, 10(1), 2002.

¹⁰ J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, 1986.

Tornando al dibattito sulla GPA, un argomento fondato sull'autonomia e la *self-ownership* imporrebbe di considerarla, tanto nella sua versione altruistica quanto in quella commerciale, come una forma legittima di scelta individuale, esercitata da persone 'proprietarie di sé' e dunque capaci di autodeterminazione – sempre che la scelta avvenga nel rispetto di condizioni di libertà e consapevolezza¹¹. Questo tipo di ragionamento comporta almeno due ordini di conseguenze. In primo luogo, considera ingiustificate le norme che criminalizzano la GPA, poiché in violazione di un fondamentale diritto di libertà; tuttavia, a seconda della sua declinazione, l'argomento fondato sull'autonomia non qualifica necessariamente come illegittime le forme di regolamentazione della GPA che prevedano dei limiti più o meno stringenti alla libertà negoziale delle parti, se tali limitazioni trovano fondamento nella tutela di interessi di egual rango.

In secondo luogo, un argomento fondato sull'autonomia pone le donne (le gestanti) su un piano di eguaglianza formale rispetto alla controparte (i genitori intenzionali), considerando dunque le prime pienamente responsabili per gli obblighi contrattuali assunti. In altre parole, posto che la formazione del consenso sia libera e informata, il contratto, stipulato nell'esercizio dell'autonomia, deve ritenersi eticamente e giuridicamente vincolante; si esclude, dunque, *prima face*, l'esistenza di un diritto al ripensamento della gestante, in quanto quest'ultimo non solo genererebbe una situazione di incertezza, ma minerebbe l'autonomia stessa della donna, inquadrandola alla stregua di un soggetto incapace di assumere impegni vincolanti¹².

Tale prospettiva ha il merito di sottrarre il corpo femminile a una logica paternalista e di restituire alle donne piena capacità di agire anche nell'ambito riproduttivo, storicamente sottratto alla loro sfera di autonomia. Tuttavia, l'idea di proprietà del corpo rischia di rappresentare il

¹¹ Per una recente difesa della gestazione per altri come forma legittima di lavoro riproduttivo fondata sull'idea di autonomia e *self-ownership*, si veda C. STRAEHLE, *Defending Surrogacy as Reproductive Labour*, in A. GHEAUS, C. STRAEHLE, *Debating Surrogacy*, Oxford, 2024. Sulla problematicità dell'argomento della 'libera scelta', si veda A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione. Un punto di vista femminista su libertà e diritto*, Bologna, 2020.

¹² C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992.

soggetto come un'entità disincarnata che *possiede* un corpo, anziché come un essere incarnato, e ciò rende invisibile l'esperienza concreta e situata delle persone, e in particolare delle donne. In altre parole, un approccio proprietario tende a riprodurre una gerarchia tra soggetto (maschile) e corpo (femminile) che ricalca gli stereotipi di genere secondo cui il corpo femminile sarebbe 'meramente naturale' e quindi disponibile, controllabile, vendibile¹³. Inoltre, seppure l'idea di 'proprietà del corpo', nella sua declinazione negativa in termini di non interferenza e integrità, possa offrire strumenti retorici efficaci contro l'ingerenza statale o la criminalizzazione delle scelte sul corpo e le sue funzioni, essa tende a trascurare non solo la materialità delle pratiche ma anche le relazioni economiche in cui tali scelte si collocano, come sarà chiarito in seguito.

Infine, una conseguenza non necessaria ma che spesso discende dall'argomento fondato sull'autonomia e sulla proprietà di sé è quella di considerare la GPA come una forma di lavoro¹⁴; più in generale, secondo tale prospettiva, lo sfruttamento del corpo a fini riproduttivi non sarebbe moralmente diverso dallo sfruttamento del corpo che avviene in altri lavori¹⁵, né tantomeno una attività intrinsecamente degradante; tutt'al più, secondo una versione dell'argomento, sarebbe auspicabile regolamentarla per garantire dignità e diritti alle gestanti, evitando condizioni di clandestinità o abuso e situazioni contingenti di sfruttamento, oltre che garantire un compenso per il servizio prestato.

¹³ D. DICKENSON, *Property in the Body. Feminist Perspectives*, Cambridge, 2007.

¹⁴ C. STRAEHLE, *op. cit.* Qui Straehe sviluppa un argomento a favore della GPA non solo sulla base dell'idea di autonomia e *self-ownership*, ma anche con riferimento alla libertà di scelta in ambito lavorativo. Si veda tuttavia il capitolo di A. GHEAUS, *Women and Children First. A Reply to Straehle* presente nel medesimo volume per una critica di tale 'difesa ibrida'.

¹⁵ Nussbaum, per esempio, pur non facendo riferimento diretto alla *self-ownership*, adotta un'argomentazione analoga nella sua difesa della prostituzione: se tutti/e – a parte le persone molto ricche o disoccupate – vendono quotidianamente, e nei modi più disparati, l'uso del proprio corpo, non vi è nulla di intrinsecamente degradante nel trarre profitto da servizi sessuali (o, nel nostro caso, riproduttivi), purché ciò avvenga in condizioni di rispetto e dignità (M. NUSSBAUM, "Whether from Reason or Prejudice": *Taking Money for Bodily Services*, in *Journal of Legal Studies*, 27, 1998).

3. 'Pregnancy' exceptionalism

In contrapposizione a tale impostazione, molte critiche femministe della GPA si fondano su una concezione 'eccezionalista' del corpo – soprattutto del corpo femminile – e della gravidanza¹⁶. La premessa generale dell'argomento è da rintracciarsi nella 'tesi dell'asimmetria', ossia l'idea secondo cui il lavoro riproduttivo dovrebbe essere considerato in modo critico, in quanto trattare la capacità riproduttiva femminile come una merce è più problematico che trattare altri tipi di lavoro come una merce¹⁷. Tale intuizione appare condivisibile in una prospettiva femminista che prenda sul serio l'ingiustizia di genere e le specificità dei mercati riproduttivi, come si articolerà in seguito; non appare tuttavia condivisibile l'argomento della 'eccezionalità' del corpo (e della gravidanza), così come sostanziato nelle prossime righe.

Secondo l'idea di *body exceptionalism*¹⁸ il corpo avrebbe un valore morale intrinseco diverso rispetto a quello delle altre risorse. Di conseguenza, in aperta contrapposizione rispetto all'idea di *self-ownership*, il corpo non potrebbe mai essere oggetto di proprietà, nessuna parte di esso potrebbe essere legittimamente alienata, e nessun servizio sessuale o riproduttivo venduto – a pena di degradare la natura eccezionale del corpo stesso¹⁹. Nella versione dell'argomento che si è deciso qui di chiamare *pregnancy exceptionalism*, non la natura intrinseca del corpo bensì la natura del lavoro riproduttivo sarebbe diversa da quella di ogni altro tipo di lavoro, poiché la funzione riproduttiva è considerata più essenzialmente e intimamente legata all'identità femminile, al 'senso di

¹⁶ Le critiche femministe alla GPA non esauriscono il novero delle critiche possibili. Qui si è deciso di adottare un approccio giusfemminista e dunque di focalizzarsi sulle possibili conseguenze negative per le gestanti. Di diverso ordine sono le preoccupazioni per il benessere del minore, che assumono varie sfumature sino alla denuncia di una potenziale compravendita di bambini e bambine. Per una prospettiva *child-centred* recente ed equilibrata, si veda A. GHEAUS, *Against Private Surrogacy. A Child-Centred View*, in A. GHEAUS, C. STRAEHLE, *op. cit.*

¹⁷ D. SATZ, *Why Some Things Should Not Be for Sale. The Moral Limits of Markets*, Oxford, 2010, 115.

¹⁸ N. EYAL, *Is the Body Special? Review of Cécile Fabre, Whose Body is it Anyway? Justice and the Integrity of the Person*, in *Utilitas*, 21(2), 2009.

¹⁹ M. SANDEL, *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Market*, London, 2012.

sé' di una donna di quanto lo siano altre capacità produttive²⁰. Dunque la capacità riproduttiva non sarebbe una risorsa alienabile come un'altra, poiché la sua mercificazione intaccherebbe la dignità e l'integrità delle donne.

Una seconda versione dell'argomento fa invece leva sul presunto legame tra la gestante e il feto, che verrebbe corrotto dalla mercificazione del lavoro riproduttivo – senza tuttavia tener conto che non sempre il legame si costituisce, e che un'enfasi eccessiva, fino quasi alla sacralizzazione, del legame gestante-feto non è facilmente conciliabile con un argomento a favore dell'interruzione volontaria di gravidanza²¹. Questa posizione è spesso accompagnata da argomentazioni che sottolineano la specificità del ruolo materno, la necessità di preservare la dignità della donna come portatrice di vita, e il rischio di 'deumanizzazione' e 'scomparsa della madre'²² che deriverebbe dalla pratica della GPA, soprattutto (ma non esclusivamente) nella sua forma commerciale e in particolare quando a intraprenderla sono due uomini.

Entrambe le versioni dell'argomento²³, con la loro enfasi sulla 'specialità' del processo riproduttivo femminile e/o sulla centralità della madre, fondano una pretesa di criminalizzazione della GPA, potenzialmente anche nella sua forma altruistica. Al contrario, come si evidenzierà a breve, preoccupazioni fondate sulle condizioni contingenti di sfruttamento nei mercati della GPA fondano solitamente pretese di criminalizzazione della sola GPA di tipo commerciale. Inoltre, l'idea di *pregnancy exceptionalism* può legittimamente giustificare il diritto al ripensamento della gestante. Vista, infatti, la specificità della gestazione e il suo ruolo costitutivo dell'identità femminile, la gestante che sia malauguratamente incappata nella trappola della GPA può, all'imprevisto insorgere del legame con il feto, esercitare la sua prerogativa di madre e decidere di non consegnare il bambino o la bambina ai genitori intenzionali – anche quando questi abbiano fornito il materiale genetico. Qui emerge il prevalere di una concezione gestazionale della genitorialità

²⁰ C. PATEMAN, *The Sexual Contract*, Stanford, 1988 citato in D. SATZ, *op. cit.*

²¹ D. SATZ, *op. cit.*

²² V. PAZÉ, *Libertà in vendita. Il corpo fra scelta e mercato*, Torino, 2023.

²³ Per un approfondimento, si rimanda a E.S. ANDERSON, *Is Women's Labor a Commodity?*, in *Philosophy & Public Affairs*, 19(1), 1990.

che fa leva, di nuovo, sull'essenzializzazione delle caratteristiche 'naturali' della gestante: il corpo-madre, l'istinto materno, il ruolo primario di cura.

Sebbene, dunque, la prospettiva del *pregnancy exceptionalism* sia potenzialmente animata da una genuina preoccupazione per la dignità e la strumentalizzazione del corpo femminile, questa rischia tuttavia di scivolare in una forma di essenzialismo, per cui la capacità di generare, inclusa la presunta relazione materna che si instaurerebbe con il feto nel corso della gravidanza, viene assunta come elemento costitutivo dell'identità – meglio, della *differenza* – femminile, e dunque o sottratta alla disponibilità individuale o utilizzata come fondamento delle prerogative genitoriali della gestante anche a discapito di un precedente accordo. Una tale posizione non considera tuttavia un contrapposto, ma egualmente rilevante approccio femminista, secondo il quale la funzione riproduttiva rappresenterebbe non già l'essenza femminile quanto il fondamento dell'ingiustizia di genere, e la gravidanza un pesante fardello per le donne – dunque, ben lungi dall'esaltazione del processo gestazionale e del ruolo materno, uno dei principali mezzi per l'emancipazione femminile consisterebbe nel liberarsi una volta per tutte dai doveri riproduttivi e di cura, anche grazie allo sviluppo tecnologico di forme alternative alla gestazione in utero²⁴.

Ciò che dunque si può concludere dalla breve disamina dei due argomenti contrapposti è, secondo la prospettiva qui adottata, la inadeguatezza di entrambi a tutelare i diritti delle donne coinvolte, o che vorrebbero esserlo. Infatti, mentre il paradigma proprietario rischia di ridurre il corpo (e le sue funzioni) a oggetto disponibile anche in circostanze lesive degli interessi delle gestanti, sancendo l'eguaglianza formale tra le parti del contratto senza tener conto del potenziale di sfruttamento dei mercati riproduttivi, al contrario il *pregnancy exceptionalism* rischia di sacralizzare il corpo della gestante, enfatizzando esclusivamente la differenza o specificità femminile senza riconoscere l'auto-

²⁴ Si vedano, tradizionalmente, S. DE BEAUVOIR, *Il secondo sesso*, Milano, 2016 (prima edizione francese 1949); S. FIRESTONE, *The Dialectic of Sex: The Case for Feminist Revolution*, New York, 1970. Per una ricostruzione del dibattito femminista sull'ectogenesi, V. TRIPODI, *The Right and Unfair Aspects of Artificial Womb Technology*, in E. TERRONE, V. TRIPODI, *Being and Value in Technology*, Cham, 2022.

nomia delle donne, e negando a queste la possibilità di disporre della propria capacità riproduttiva anche in presenza di adeguate tutele.

4. Sfruttamento e ingiustizia di genere

È necessario infine introdurre una obiezione alla GPA che mette in guardia contro i rischi concreti di sfruttamento delle gestanti, specie nel caso della sua forma commerciale²⁵, e soprattutto quando questa si svolge all'interno dei mercati transnazionali della fertilità²⁶. Molte esperienze evidenziano infatti come in contesti di disuguaglianza economica, soprattutto nei Paesi del Sud Globale, le donne vengano indotte a offrire servizi riproduttivi per mancanza di alternative valide, in condizioni di vulnerabilità, senza garanzie adeguate, con rischi per la loro salute fisica e psicologica e dunque senza un'effettiva libertà di scelta. Tale critica è condivisibile: prendere atto delle disuguaglianze non solo di genere, ma anche socioeconomiche, all'interno dei mercati di GPA è essenziale in un'ottica intersezionale, e il contrasto al rischio di sfruttamento dovrebbe essere il punto di partenza di ogni regolamentazione equa della GPA – tanto commerciale quanto altruistica – per evitare che la stessa diventi una forma di 'colonialismo riproduttivo' o di sfruttamento che colpisce in modo diseguale e discriminatorio le donne più vulnerabili, perché all'incrocio di più assi di oppressione.

²⁵ Neppure la gestazione per altri di tipo altruistico è esente da criticità. Come appena ricordato, gli argomenti fondati sul *pregnancy exceptionalism* tendono a escluderne la legittimità al pari della sua forma commerciale. Mentre, invece, come si suggerirà a breve, le preoccupazioni legate al potenziale di sfruttamento si rivolgono principalmente alla GPA commerciale, una loro generalizzazione – fino a ricomprendervi considerazioni circa le condizioni strutturali di ingiustizia di genere nelle società patriarcali – possono ben fondare una critica della GPA anche nella sua forma altruistica. Si rimanda in proposito al terzo capitolo di V. PAZÉ, *op. cit.*, che sostiene la necessità di criminalizzare non solo la GPA di tipo commerciale, ma anche quella altruistica, in quanto anch'essa veicolo di dinamiche oppressive celate sotto il linguaggio del dono.

²⁶ Si vedano, tra gli altri, V. PANITCH, *Global Surrogacy: Exploitation to Empowerment*, in *Journal of Global Ethics*, 9(3), 2013; S. WILKINSON, *Exploitation in International Surrogacy Agreements*, in *Journal of Applied Philosophy*, 33(2), 2016.

L'argomento basato sul rischio di sfruttamento ha, infine, una peculiarità che spesso sfugge a un discorso che si presta a essere polarizzato e strumentalizzato. Mentre l'idea di *pregnancy exceptionalism* difende la tesi dell'asimmetria (secondo cui non dovremmo considerare la mercificazione della funzione riproduttiva femminile alla stregua di qualsiasi altro mercato) su basi *essenzialiste* – dunque facendo riferimento alla specificità *intrinseca* del lavoro riproduttivo e all'eccezionalità del legame materno, le preoccupazioni legate allo sfruttamento ammettono che questo possa essere solo *contingente*, ossia dipenda dalle condizioni (sociali, economiche, culturali, giuridiche) di svolgimento della pratica, e non dalla natura della pratica *per sé*²⁷.

L'elemento della contingenza è cruciale in quanto ci permette di difendere una regolamentazione della GPA che mitighi il rischio di sfruttamento, laddove una posizione essenzialista non ammette invece la mercificazione della funzione riproduttiva femminile per nessun motivo e a nessuna condizione. Dunque le preoccupazioni legate al potenziale sfruttamento non negano *tout court* il principio di autonomia, ma evidenziano come il contesto culturale e socioeconomico debba essere tenuto in conto: la scelta della gestante non è mai del tutto libera se non è libera la sua condizione²⁸, se manca l'affrancamento dal dominio di altri soggetti e se ci si trova in una situazione di bisogno rispetto a beni fondamentali e di inadeguatezza delle opzioni di vita praticabili.

Certo, nelle società patriarcali – dove l'ingiustizia di genere è una condizione strutturale – può sembrare paradossale parlare di condizioni di sfruttamento solo contingenti: le donne sono soggetti dominati per via della stessa gerarchia di genere che sorregge l'impalcatura sociale. E tuttavia, questo non esclude (i) che la GPA possa in futuro rappresentare una pratica meno problematica, in società radicalmente diverse da quella attuale, dove l'ingiustizia di genere non rappresenti più una condizione strutturale; (ii) che anche in società patriarcali le donne possano esercitare forme di autodeterminazione sul proprio corpo e sulla funzione riproduttiva, coadiuvate da un deciso intervento del diritto che

²⁷ D. SATZ, *op. cit.*

²⁸ A. FACCHI, O. GIOLO, *op. cit.*, 75.

garantisca tutele reali, limiti stringenti alla contrattazione, diritti inalienabili e un'assistenza completa lungo tutto il processo.

In altre parole, coerentemente con la critica femminista alla distinzione pubblico/privato, è auspicabile spostare il discorso dall'ambito privato – in questo caso il contratto, spazio di oppressione e asservimento, spazio di 'privazione' della libertà stessa sotto le mentite spoglie della libera scelta²⁹ – all'ambito pubblico della regolamentazione giuridica. La critica femminista, infatti, ci ha messe in guardia contro i pericoli del contratto e dell'idea di libera scelta³⁰. Secondo tale prospettiva, l'ingiustizia di genere (strutturale) viene spesso esacerbata dall'utilizzo del contratto, posto che le donne non sempre sono autenticamente libere e dunque nella posizione di poter negoziare termini equi, vista la loro condizione di vulnerabilità e dominio; questo vale a maggior ragione per le gestanti, particolarmente a rischio di sfruttamento e in condizioni di vulnerabilità spesso non solo legata al genere ma anche alla classe e alla provenienza, come già ricordato. E tuttavia, se da un lato non possiamo ignorare l'inadeguatezza dello strumento dell'autonomia privata, dall'altro non dovremmo impattare sul novero già esiguo di opzioni di vita a disposizione delle donne, bensì piuttosto sugli elementi che influiscono sulla loro condizione di libertà. Da qui, la necessità di un massiccio intervento pubblico e di un quadro normativo che disciplini gli aspetti cruciali della pratica a garanzia della sua piena legittimità.

Una posizione intermedia potrebbe allora riconoscere, da un lato, l'importanza di affermare l'autonomia delle gestanti e la legittimità delle scelte riproduttive anche quando esse includano forme di lavoro corporeo retribuito, non in nome di un principio di *self-ownership* piena, bensì come libertà dalla interferenza nelle decisioni che riguardano il modo in cui impiegare il proprio corpo, o tutt'al più in nome di un controllo sulla persona, a condizione che non vengano lesi diritti altrui e il consenso sia espresso liberamente; dall'altro, la necessità di non trascurare i contesti materiali – culturali, sociali, economici – in cui queste scelte si producono, con particolare attenzione alle dinamiche di oppressione di genere.

²⁹ *Ivi*, 36; L. GIANFORMAGGIO, *La soggettività politica delle donne: strategie contro*, in EAD., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, 1995.

³⁰ A. FACCHI, O. GIOLO, *op. cit.*; C. PATEMAN, *op. cit.*

Si configurerebbe così una forma di conciliazione tra eguaglianza e autodeterminazione da un lato, e vulnerabilità e specificità femminile dall'altro – specificità non come *essenza* femminile, bensì come comune esperienza di soggetti dominati a causa del genere. Una tale prospettiva ci permette di rifiutare un approccio essenzialista, ponendo invece al centro una autonomia 'incarnata', che abbia ben presente la materialità dei corpi e le condizioni di ingiustizia di genere. Questo ci autorizza a non abbandonare la tesi della asimmetria, e dunque pone le basi per la legittimità di una regolamentazione della GPA diversa da quella degli altri mercati, superando così false pretese di neutralità che conducono all'assimilazione a valori maschili, e valorizzando la specificità della oppressione femminile, con un approccio tutt'altro che discriminatorio³¹.

5. *Un tentativo di conciliazione*

Una volta evidenziata la complessità del dibattito teorico sulla GPA, anche internamente allo stesso femminismo, si cercherà infine di individuare alcune linee guida per una regolamentazione giuridica della GPA commerciale che sia capace di mediare tra le prospettive sopra richiamate. Il modello di regolamentazione della GPA commerciale qui proposto è femminista, inclusivo e attento alle molteplici dimensioni di questa complessa esperienza. Esso inquadra la donna come soggetto attivo, titolare di diritti fondamentali di autodeterminazione, salute e integrità del corpo; prevede la corresponsione di una retribuzione; tramite il rafforzamento delle tutele, garantisce condizioni di non sfruttamento, ma allo stesso tempo evita ogni riduzione essenzialista o paternalistica.

In primo luogo, una forma equa di regolamentazione della GPA dovrebbe prevedere dei requisiti tanto per le aspiranti gestanti quanto per gli aspiranti genitori intenzionali, nonché una attenta valutazione, caso per caso, della idoneità di tutte le parti coinvolte. Tale valutazione dovrebbe essere condotta da agenzie pubbliche, senza scopo di lucro, co-

³¹ Si vedano L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, donne e diritto*, Bologna, 2005, 216 ss., e C.A. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge (MA), 1989.

stituite da esperti nei settori sanitario, dei servizi sociali, psicologico e giuridico. Le agenzie sarebbero inoltre deputate alla valutazione del contenuto del contratto prima che questo divenga vincolante, nonché alla vigilanza sul corretto svolgimento di ogni fase della procedura e a un ruolo preliminare di mediazione tra le parti in caso di conflitto.

A causa della necessaria limitazione della libertà negoziale delle parti, il contenuto del contratto sarà in gran parte predeterminato. Fra gli aspetti potenzialmente negoziabili vi sono gli aspetti della relazione tra la gestante e il bambino o la bambina. A questo proposito, sarebbe auspicabile che gestante e genitori intenzionali venissero abbinati dalle agenzie sulla base delle loro aspettative circa il grado di partecipazione futura della gestante nella vita del bambino/a. Non bisognerebbe escludere a priori casi di multi-genitorialità o genitorialità allargata, ove si decida di comune accordo che la gestante ricopra un ruolo all'interno della famiglia, seppure non equiparabile a quello genitoriale.

Per concludere, si daranno due brevi notazioni sulla desiderabilità dell'inquadramento della GPA come forma di lavoro retribuito e sulla necessità di due ordini di garanzie per la gestante: l'indisponibilità del diritto di decidere sul proprio corpo in qualsiasi momento e il diritto al ripensamento entro un certo limite di tempo. Accanto a queste, sarebbe anche auspicabile prevedere disincentivi per la c.d. *cross-boarder reproduction* ai danni delle donne del Sud Globale – per esempio, la predisposizione di tabelle tariffarie applicabili a seconda della nazionalità degli aspiranti genitori, così che il compenso delle gestanti non venga determinato sulla base del potere d'acquisto del paese in cui si svolge la pratica, ma sulla base della disponibilità economica dei genitori intenzionali, calcolata, appunto, a partire dalla loro nazionalità di provenienza.

Quale che sia la sua determinazione, il compenso nella GPA appare in ogni caso cruciale per rivendicare un'idea di autodeterminazione 'incarnata', che tenga cioè conto della materialità dei corpi femminili coinvolti. Come ha mostrato la letteratura sul 'biovalore', i mercati della fertilità traggono valore dalla vitalità stessa dei corpi, dai loro processi biologici e, in particolare, dalla capacità generativa dei corpi femminili. Tuttavia, a causa del rifiuto di considerare tali processi come una forma di lavoro, e in assenza di un compenso, il lavoro corporeo delle donne – la fatica, il tempo, il rischio, la trasformazione fisica –

viene spesso invisibilizzato: la donna scompare, ma non i frutti del suo lavoro³². Questo è particolarmente problematico perché si iscrive all'interno di una più generale tendenza a non riconoscere la dignità di *lavoro* alle funzioni di cura e riproduttive tradizionalmente svolte dalle donne. Nel caso specifico, dunque, negare il coinvolgimento attivo, autonomo e materiale delle gestanti rischia di perpetuare stereotipi di genere come quello della donna-vascello o della donna-madre.

Tale postura è ulteriormente aggravata da quelle prospettive che considerano legittima esclusivamente la GPA altruistica, perpetuando così lo stereotipo della donna moralmente obbligata ad aiutare gli altri e naturalmente dedicata alla cura, che rafforza ulteriormente la pressione verso una scelta conforme a ruoli di genere consolidati in una società patriarcale. In questo senso, decidere invece di utilizzare la propria capacità riproduttiva come forma di lavoro retribuito può costituire una rottura rispetto alle norme di genere tradizionali. Non a caso, chi pratica la GPA per motivazioni economiche è spesso oggetto di una stigmatizzazione maggiore rispetto a chi lo fa in nome dell'altruismo.

Questo non significa che si debba escludere del tutto la legittimità della GPA di tipo altruistico: da un lato, sarebbe paternalistico sostenere che non possa mai trattarsi di una scelta autonoma; dall'altro, se la GPA altruistica comporta già un costo simbolico e sociale per le donne che scelgono di aderire ai ruoli di genere tradizionali (cioè un costo di conformità), appare ingiusto imporre anche una penalizzazione normativa che proibisca o delegittimi tale scelta. A maggior ragione, tuttavia, se consideriamo che le donne che invece non si conformano a tali ruoli (scegliendo la GPA per ragioni economiche, come forma di lavoro) subiscono già un costo sociale per la loro 'devianza', escludere il compenso, criminalizzare o disincentivare la forma commerciale della pratica significa – anche in questo caso – raddoppiare gli oneri per le donne, o, in altre parole, sottoporle a una situazione di *double jeopardy*³³. Da qui, la necessità di prevedere un compenso e di incentivare la GPA nella sua forma retribuita.

³² M. COOPER, C. WALDBY *Clinical Labour: Tissue Donors and Research Subjects in the Global Bioeconomy*, Durham, 2014.

³³ G. CAVALIERE, F. CESARANO, *Assisted Reproductive Technologies and Women's Choices: Autonomy, Harm and Gender Socialization*, in *Hypatia*, 2025.

In una prospettiva femminista, infine, la regolamentazione della GPA dovrebbe ribadire l'indisponibilità dei diritti umani delle gestanti: il loro diritto alla salute, alla privacy, all'integrità del corpo, all'autodeterminazione. Di conseguenza, le gestanti avranno sempre, tra gli altri, il diritto di interrompere la gravidanza o di non interromperla contro il parere dei genitori committenti; di rifiutare *screening* o trattamenti; di decidere circa il loro regime alimentare; di rifiutarsi di condividere informazioni sensibili. Questa considerazione è strettamente legata alla garanzia del diritto al ripensamento, che le gestanti dovrebbero essere autorizzate a esercitare in ogni momento durante la gravidanza, ed entro un ragionevole lasso di tempo dopo il parto, nell'ottica del bilanciamento con l'interesse del minore alla certezza dello stato di famiglia. Coerentemente con l'impostazione qui sostenuta, il diritto al ripensamento non trae giustificazione da una visione essenzialista della gravidanza e della maternità, ma dalla considerazione, più volte richiamata, che in una società patriarcale e in potenziali condizioni di assoggettamento non vi è la certezza che la scelta fosse in origine autenticamente libera, quindi dovremmo garantire la possibilità di riformularla. Per mitigare l'effetto della clausola sui genitori intenzionali, questi dovranno sottoscrivere una assicurazione obbligatoria che li risarcisca eventualmente di tutte le somme versate.

Collocandosi a metà strada tra forme di criminalizzazione e liberalizzazione incontrollata, questo modello consente, anzi predilige la GPA commerciale, raccogliendo la sfida di articolare una teoria dell'autonomia 'incarnata' capace di tenere insieme libertà individuale e consapevolezza dei vincoli materiali e delle dinamiche di oppressione che permeano la società – in nome della eguaglianza e autodeterminazione delle donne, e a tutela della loro vulnerabilità e specificità. L'urgenza, a fronte della complessità e delle potenziali conseguenze per le donne coinvolte, è dunque quella di promuovere pratiche regolative che rendano la gestazione per altri un'opzione accessibile, sicura e dignitosa – né sacra, per via della mitizzazione della funzione riproduttiva, né banale, nella sua riduzione a semplice prestazione contrattuale.

AUTODETERMINAZIONE E SESSUALITÀ NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

PROSPETTIVE GIUSFEMMINISTE SUL CONSENSO¹

Martina Millefiorini

1. La disciplina della sessualità nel Codice Zanardelli del 1889

Il primo Codice penale dell'Italia unificata detto 'Zanardelli' promulgato nel 1889² regolava i reati sessuali all'interno del Libro II, Titolo VIII rubricato 'Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie', al Capo I, dall'articolo 331 al 339. Il codice viene considerato la prima legge dell'Italia unificata che tratta questi reati con spirito «liberale»³ in quanto aveva ridotto l'ampia punibilità prevista dalla codicistica precedente e voleva, almeno negli intenti, ridurre l'intromissione statale nella morale sessuale dei cittadini. Il codice ricalcava la disciplina dei reati sessuali introdotta da alcuni codici preunitari come quello toscano o napoletano⁴ e si poneva in contrasto con quella che può essere definita la disciplina sessuale di *ancien régime*. Benché non sia in questa sede possibile approfondire l'intera codificazione preunitaria, è utile tuttavia rintracciare alcune direttive comuni della disciplina in vigore prima del Codice Zanardelli. In linea generale, qualsiasi attività sessuale al di fuori del matrimonio e a fini procreativi era vietata (ecce-

¹ Alcune parti del presente articolo traggono spunto dall'articolo precedentemente scritto dall'autrice: *L'autodeterminazione della libertà sessuale nell'ordinamento italiano. Prospettive sul consenso* apparso presso la rivista *Nomos. Le attualità nel diritto*, 1/2024.

² La promulgazione del Codice avvenne con il r.d. 30 giugno 1889, n. 6133.

³ C. DANUSSO, *Le leggi sullo stupro in Italia dal '700 al codice Rocco*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 106.

⁴ *Ibidem*.

zion fatta per la prostituzione). Nel corso dell'Ottocento la canonistica e le leggi laiche punivano lo 'stupro semplice', ovvero la sola congiunzione carnale con donna nubile 'di onesti costumi' o con donna coniugata⁵. Era prevista un'aggravante qualora la donna fosse consacrata alla vita religiosa, mentre non si configurava reato in tutti i casi in cui la congiunzione carnale fosse condotta con una donna dedita alla prostituzione. Una tale configurazione di 'stupro semplice' trova giustificazione nella tutela che lo Stato accordava all'ordine delle famiglie e alla potestà maritale; inoltre, presumeva la mancanza di qualsivoglia 'volontà' sessuale delle donne, le quali potevano essere solamente (e presuntivamente) oneste oppure entrare nel circuito della prostituzione⁶. La sessualità femminile era strettamente legata alla funzione riproduttiva e al rapporto tra coniugi, in cui il marito vantava poteri sulla moglie e sulla prole. Altre figure di reato erano lo 'stupro qualificato' ovvero quello ove vi fosse la 'seduzione' o *persuasio* della donna attraverso una finta promessa di matrimonio allo scopo di ottenere l'approccio sessuale e lo 'stupro violento' ove elementi qualificanti il reato erano la presenza di violenza o costrizione fisica o minaccia. Le donne erano, pertanto, considerate prive di autonoma volontà sessuale e sempre presuntivamente sedotte dall'uomo. Conseguentemente le pene prevedevano il 'ripristino' della presunta onestà e quello che era considerato l'ordine naturale delle famiglie attraverso l'obbligo a contrarre il matrimonio c.d. 'riparatore'. Diversi codici preunitari, infatti, statuivano che l'uomo fosse condannato a sposare la donna in tutti i casi menzionati o, in alcuni specifici casi, di fornirla della 'dote' in quanto, verosimilmente, non avrebbe più potuto contrarre matrimonio a causa della 'virtù perduta'. A seguito della Rivoluzione francese, la dottrina e i giudici di *civil law* hanno iniziato a interrogarsi su questi reati, sia per i nuovi principi illuministici circolanti in tutta Europa circa l'eguaglianza tra uomini e donne, sia perché questo orientamento sanzionatorio risultava troppo indulgente rispetto a casi di aperta (o meno) malafede finalizzata a ottenere la dote o il matrimonio e che generavano ulteriore

⁵ G. CAZZETTA, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, 1999, 112 ss.

⁶ *Ibidem*.

scompiglio, di natura economico–sociale, alle famiglie⁷. In Italia, Gaetano Filangieri sottolineava, commentando il Codice penale napoletano, come queste misure fossero diventate odiose per la popolazione in quanto non di rado «le fanciulle», spesso in accordo con le famiglie, organizzavano veri e propri complotti e frodi al fine di ottenere il rapporto sessuale che avrebbe condotto al matrimonio o a ricche doti⁸. Filangieri proponeva l'eliminazione dello 'stupro semplice' e di quello 'qualificato' (tramite la 'persuasione') e di mantenere solamente quello 'violento', in modo da garantire il risarcimento alle donne che avessero subito un'ingiusta lesione della loro onestà⁹. Il giurista napoletano indicava come lo stupro violento fosse da ritenersi lesivo non solo dell'onestà ma anche della libertà della persona e, pertanto, doveva essere punito anche lo stupro della prostituta, benché le pene dovessero essere diverse in quanto lo stupro della 'donna onesta' rappresentava una lesione dell'ordine delle famiglie¹⁰. Nel 1779 re Ferdinando IV del Regno di Napoli aboliva i due reati di stupro (semplice e qualificato) e manteneva solamente lo stupro violento imitato, nel corso dell'Ottocento, da altri regni d'Italia¹¹. La dottrina italiana era divisa tra chi riteneva che l'ordinamento non dovesse occuparsi delle questioni morali dei cittadini e chi invece riteneva fosse necessario perseguire l'onestà femminile e l'ordine economico-sociale delle famiglie¹².

Nel contesto di queste discussioni è stato promulgato il Codice Zanardelli del 1889 il quale, benché nel legislatore non vi fosse l'intenzione netta di invadere la sfera sessuale dei cittadini, manteneva lo stupro violento e altri atti sessuali violenti quali baluardi della tutela dell'ordine familiare e della morale sessuale¹³. Il Codice, infatti, distingueva due fattispecie: quella dell'art. 331 c.p. 'violenza carnale' e quella dell'art. 333 c.p. 'atti di libidine violenti', con cui erano punite le condotte agite con violenza e minaccia ai fini della congiunzione carnale e di

⁷ C. DANUSSO, *op. cit.*, 111.

⁸ *Ivi*, 112.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Sul punto si rimanda all'ampia argomentazione in G. CAZZETTA, *op. cit.*, 100 ss.

¹² C. DANUSSO, *op. cit.*, 113.

¹³ *Ibidem*.

altri atti di 'libidine' al di fuori della congiunzione. Il Codice prevedeva, inoltre, all'art. 332 c.p. la violenza carnale mediante abuso d'autorità, di fiducia o di relazioni domestiche e prevedeva due specifiche discipline per le violenze agite su persone minorenni e per l'adulterio. Per quanto il Codice fosse ispirato da ideali illuministici e liberali e perseguisse, almeno negli intenti, la fine dell'intrusione statale nei comportamenti sessuali degli individui, i reati erano rubricati 'Dei delitti contro il buon costume e l'ordine delle famiglie'. Ancora una volta non veniva dato rilievo alla volontà e al consenso delle persone (e in particolare delle donne) nella sessualità e la codificazione tutelava beni di natura pubblica ovvero i buoni costumi sessuali e l'ordine delle famiglie. Come ha sottolineato il giuspenalista Tullio Padovani:

l'interesse collettivo alla continenza sessuale conduceva a rinserrare l'attività sessuale entro due incriminazioni fondamentali, l'una consistente nell'adulterio, l'altra nello stupro: la prima [...] a reprimere le deviazioni sessuali delle donne coniugate, la seconda quelle delle donne nubili¹⁴.

Nella nuova disciplina dello stupro e degli atti di libidine violenti non bastava il semplice dissenso della donna per configurare la fattispecie criminosa, ma la presenza di violenza o minaccia. In tutti gli altri casi, la responsabilità ricadeva sulla donna in quanto l'eventuale insistenza non violenta al dissenso veniva considerata *vis grata puellae* che l'uomo poteva legittimamente utilizzare per ottenere il rapporto sessuale. Non solo, quindi, la volontà sessuale della donna non aveva alcun rilievo, ma le veniva addebitata la complicità con l'uomo in tutti i casi in cui non vi fosse una chiara minaccia o violenza fisica; in questo modo veniva disciplinato il comportamento femminile in quanto evitare ogni situazione di rischio era da considerarsi vera 'prova di onestà'. Le discipline precedenti al Codice Zanardelli presumevano l'assenza di qualsiasi volontà sessuale delle donne a esclusione della sessualità a fini procreativi e/o all'interno del matrimonio rendendole, pertanto, prive e private di qualsiasi responsabilità nella seduzione; la nuova codifi-

¹⁴ T. PADOVANI, *Violenza carnale e tutela della libertà*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 4/1989, 1304.

cazione, invece, soprattutto grazie all'ispirazione dei nuovi ideali illuministici e liberali riconosceva il desiderio sessuale delle donne le quali, tuttavia, dovevano controllarlo e incanalarlo nel matrimonio, rischiando altrimenti di perdere l'onestà al di fuori dei casi previsti dalla legge. Se le concezioni sulla presunta naturalità dell'inferiorità femminile sembravano superate¹⁵ e non riprodotte nella nuova legislazione, la stessa statuiva, tuttavia, la subordinazione delle donne alle famiglie e alla volontà maritale all'interno dell'ordinamento, disciplinandole a orientare la sessualità verso il matrimonio. Un'analoga regolazione è stata riproposta nel Codice Rocco del 1931 che sancisce il disciplinamento giuridico della sessualità fin quasi all'età contemporanea.

2. La sessualità sottoposta alla pubblica morale: la disciplina del Codice Rocco del 1931

Il Codice Rocco del 1931, promulgato¹⁶ in pieno ventennio fascista, riprendeva i contenuti del precedente codice penale. La sistematica dei reati sessuali somigliava a quella del testo abrogato, ovvero all'interno del Libro II, Titolo IX, rubricato 'Della moralità pubblica e del buon costume'. L'unica rivelante novità era che invece dell'ordine delle famiglie, i reati dovevano tutelare la 'moralità pubblica'. Durante la dittatura fascista, l'etica o morale statale veniva fatta coincidere con l'etica del popolo e nel codice è possibile rintracciare in più parti la sovrapposizione tra interesse pubblico e interesse individuale sotto spinta politica e anche dottrina¹⁷. Un'altra importante novità del codice era la rubricazione del Capo I dove erano collocati i reati sessuali, che era intitolata 'Dei delitti contro la libertà sessuale' e da cui si evinceva l'influenza delle elaborazioni dottrinali liberali iniziate in precedenza e

¹⁵ G. DUBY, M. PERROT, *Storia delle donne in Occidente. Vol. 3. Dal Rinascimento all'età moderna*, in N.Z. DAVIS, A. FARGE, *Storia delle donne in Occidente*, Bari, 2006, 53 ss. (v.o. 1996).

¹⁶ Promulgazione con il r.d. 19 ottobre 1930, n. 1398.

¹⁷ S. DI PINTO, "Amore per forza" e diritto penale: dalla violenza carnale alla violenza sessuale, in R. BONSIGNORI (a cura di), *Il Tuo Nome è Donna. Percorsi del femminile tra violenza e rinascita*, Roma, 2014, 14 ss.

continue nel commento al Codice Zanardelli. Il bene giuridico tutelato dai reati diventava, pertanto, la libertà sessuale, come puntualizzava la Relazione Ministeriale al progetto di codice: «la libertà sessuale è tutelata come libera disposizione del proprio corpo ai fini sessuali, entro i limiti del diritto e del costume sociale»¹⁸. Nella Relazione è riportato il parere contrario della Commissione parlamentare al principio di diritto, in quanto i componenti non ritenevano vi fosse una vera libertà sessuale e che, piuttosto, i beni giuridici tutelati fossero l'integrità fisica o beni spirituali come il pudore¹⁹. Ma infine la Commissione accettò la dicitura in quanto non poteva essere negata la libertà di ognuno di disporre del proprio corpo a fini sessuali, anche se veniva riconosciuto il limite della 'moralità pubblica' che rubricava l'intero titolo. I giuspenalisti Fiandaca e Musco hanno sottolineato come l'elaborazione del principio della libertà sessuale fosse eredità della dottrina giuridica liberale che si era sviluppata in Italia e in Europa e che era stata poi frenata dalla nuova dottrina pubblicistica sviluppatasi durante le dittature fascista e nazista²⁰. Invero la nuova disciplina era frutto del compromesso, certamente contraddittorio, tra la tutela del bene individuale – eredità della dottrina liberale – e tutela dei valori dello Stato fascista ove l'interesse individuale doveva comunque entrare nella cornice del più importante interesse pubblico²¹. Le libertà degli individui erano, dunque, vincolate dallo status o dalla funzione a ognuno assegnata dallo Stato e le donne erano chiamate ad alcuni specifici compiti pubblici. La sessualità doveva avere come scopo la procreazione nella famiglia legittima e l'interesse della nazione; inoltre, alle donne era affidato il compito 'pubblico' di rispettare e tutelare la potestà del padre e del marito nella casa, attraverso il lavoro domestico per la cura loro e della prole²². Il nuovo Codice prevedeva la distinzione, ricalcando il testo abrogato, tra il reato di violenza carnale (art. 519 c.p.) e atti di libidine violenti (art. 521 c.p.)

¹⁸ Relazione Ministeriale del Ministro Guardasigilli Rocco al Regio Decreto 19 ottobre 1930 - Anno VIII, n. 1398 (consultazione online).

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale, Volume II, Tomo I, I delitti contro la persona*, Bologna, 2011, 40 ss.

²¹ S. DI PINTO, *op. cit.*, 16.

²² *Ibidem*.

diversi dallo stupro. In entrambi i casi non aveva valore il mero dissenso della persona offesa, ma era necessario provare la violenza o la minaccia. Era prevista la possibilità di estinzione dei reati attraverso il matrimonio 'riparatore' (art. 544 c.p.) ricalcando la precedente disciplina, seppure la finalità fosse diversa: non più la tutela dell'ordine delle famiglie nella società aristocratica e della nuova borghesia ottocentesca, bensì la tutela della pubblica morale (statale) per la quale la società era ordinata in famiglie ove, all'interno, ognuno assolveva un determinato compito per la nazione. Un tale disegno è evidenziato dall'introduzione dei nuovi reati di 'ratto' (rapimento) a fine di matrimonio, a fine di libidine o di persona minore degli anni 14 o inferma (artt. 522-524 c.p.). In questi casi le pene previste erano inferiori rispetto al 'normale' reato di sequestro di persona e, inoltre, era stabilita la circostanza attenuante (art. 525 c.p.) della restituzione spontanea della persona alla famiglia. Ma la più palese dimostrazione della costruzione dell'identità e della sessualità femminile come asservita all'interesse pubblico, piuttosto che all'interesse individuale, era la fissazione della circostanza aggravante di ratto di persona coniugata (art. 523 c.p.) e la non applicazione dei reati di violenza carnale e atti di libidine violenti all'interno dei rapporti di coniugio²³. La libertà sessuale delle donne era, di fatto, confinata all'interno del matrimonio e legata alla riproduzione. Ancora una volta la disciplina giuridica era orientata non tanto a proteggere la sessualità delle donne e l'autonoma volontà sessuale quale bene individuale ma le lesioni delle funzioni pubbliche della sessualità, che potevano essere infrante solamente con un atto minaccioso e violento lesivo dell'ordine familiare/statale. In tutti gli altri casi la responsabilità ricadeva sulle donne, costringendole così a disciplinare il loro comportamento al fine di evitare rischi e di ledere gli interessi pubblici sulla sessualità.

²³ *Ibidem*.

3. Gli interventi della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione sulla disciplina del Codice Rocco dopo l'instaurazione della repubblica

Il Codice Rocco del 1931 è rimasto in vigore anche a seguito dell'avvento della Costituzione repubblicana benché numerose modifiche siano state fatte in più parti per aderire ai nuovi precetti della Carta costituzionale. In materia di reati sessuali una radicale riforma è stata effettuata dalla legge n. 66 del 15 febbraio 1996, di cui tratterà il prossimo paragrafo. Fino a quel momento diversi cambiamenti sono occorsi nella disciplina sulla sessualità con l'impegno della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, seguendo i mutamenti storico-politici e sociali della società italiana che spingevano verso l'eguaglianza giuridica e materiale delle donne. Sotto questo profilo, i movimenti femministi che hanno preso avvio soprattutto dalla fine degli anni Sessanta sono stati fondamentali per il cambiamento culturale, giurisprudenziale e politico che ha condotto alla riforma del 1996 e i successivi avanzamenti. Non è possibile fare una disamina puntuale dei cambiamenti dell'ordinamento in queste direzioni ma verranno presi in considerazione solamente i traguardi più importanti verso il riconoscimento della libertà sessuale quale bene giuridico meritevole di tutela. La costituzionalista Barbara Pezzini ha indicato come la giurisprudenza costituzionale si sia impegnata a più riprese per regolare i rapporti uomo-donna e che la nostra Costituzione, specialmente gli artt. 2 e 3 Cost. debbano essere letti come principi «anti-subordinazione di genere»²⁴. Ovvero non solamente principi che promuovono un'eguaglianza formale, ma che prevedono un 'affrancamento' o liberazione dalla storica subordinazione delle donne, cinte dal potere familiare ed escluse dalla vita pubblica²⁵. È utile quindi citare alcune sentenze importanti, che possono essere considerate pietre miliari dell'interpretazione degli artt. 2 e 3 Cost., orientate verso l'eguaglianza tra uomini e donne. La prima storica sentenza in questo senso è stata la pronuncia della Corte costituzionale del

²⁴ B. PEZZINI, *Tra eguaglianza e differenza: il ruolo della Corte costituzionale nella costruzione del genere*, in *Per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2017, 36.

²⁵ *Ivi*, 37. Sul punto vedi anche M. D'AMICO, *Una parità ambigua. Costituzione e diritti delle donne*, Milano, 2020, 33 ss.

19 dicembre 1968, n. 126, che ha sancito l'incostituzionalità del reato di adulterio femminile, previsto all'art. 559 c.p. del Codice Rocco, che comminava la reclusione fino a un anno alle donne adulate, mentre il marito adultero era punito solamente nel caso del 'concubinato' ex art. 560 c.p., ovvero nel solo caso in cui avesse condotto l'altra donna alla casa coniugale o in altro luogo riconoscibile come abitazione dei soli due 'amanti'. La pronuncia è stata seguita da altre sentenze sulla stessa tematica come la pronuncia della Corte costituzionale del 19 dicembre 1968, n. 127, che ha riconosciuto la pari dignità dei coniugi quale fattore necessario per il mantenimento dell'unità familiare²⁶. E ancora, le sentenze della Corte costituzionale del 23 maggio 1966, n. 46, e quella del 15 dicembre 1967, n. 144, hanno previsto l'obbligo di mantenimento della moglie quale correlativo ai privilegi della potestà maritale, fino ad approdare alla solidarietà economica all'interno del rapporto paritario tra coniugi con la pronuncia del 13 luglio 1970, n. 133. Le novità interpretative della giurisprudenza costituzionale e di legittimità hanno funto da 'apripista' alla riforma del diritto di famiglia (legge n. 151 del 19 maggio 1975) che ha riformulato il principio di unità familiare basandolo non su di un ordine gerarchico ma sulla pari dignità dei coniugi²⁷. La Corte si è pronunciata numerose volte contro le discriminazioni delle donne nel mondo del lavoro, per esempio nella sentenza del 13 maggio 1960, n. 33 ove la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 7 della legge n. 1176 del 17 luglio 1919, che «assumeva il sesso femminile a fondamento di incapacità o di minore capacità per una categoria amplissima di pubblici uffici»²⁸; come anche nella sentenza dell'8 febbraio 1991, n. 61, pronunciandosi contro il licenziamento della lavoratrice madre. Altre importanti riforme degne di menzione sono l'introduzione del divorzio ovvero lo scioglimento per mutuo consenso condizionato da un periodo di separazione dei coniugi (legge n. 898 del 1 dicembre 1970), l'abolizione del citato 'matrimonio riparatore' in caso di violenza sessuale ex art. 544 c.p. e del

²⁶ B. PEZZINI, *op. cit.*, 47.

²⁷ *Ivi*, 60.

²⁸ S. CECCHINI, *Un inciampo nel cammino dell'eguaglianza: la sentenza n. 1/2022 della Corte costituzionale sul reclutamento del personale educativo*, in *Federalismi.it*, n. 18/2022, 101.

‘delitto d’onore’ previsto dall’art. 587 c.p., che comminava una pena inferiore rispetto a quella prevista per l’omicidio nel caso in cui il marito avesse colto in flagrante la moglie nel commettere adulterio; entrambi gli articoli sono stati abrogati dalla legge n. 442 del 5 settembre 1981. L’abolizione del ‘matrimonio riparatore’ è avvenuta dopo il famoso caso di cronaca e la seguente mobilitazione delle donne a sostegno di Franca Viola, una donna siciliana che nel 1965 aveva rifiutato il matrimonio con il suo rapitore iniziando un’importante battaglia legale culminata, a livello politico, con la legge del 1981²⁹. Una ulteriore importante conquista di diritto è stata la legge che regola l’interruzione volontaria della gravidanza (aborto) con la legge n. 194 del 22 maggio 1978.

Dopo questa assai stringata disamina di riforme e pronunce della Corte costituzionale in direzione dell’eguaglianza tra uomini e donne nell’ordinamento giuridico è rilevante constatare l’assenza di modifiche volte alla tutela della libertà sessuale. La disciplina della sessualità del Codice Rocco, con i reati di violenza carnale e atti di libidine violenti, era ancora in vigore. La Corte costituzionale si è espressa solamente *a latere* sulla questione, senza mai pronunciarsi direttamente sulla libertà sessuale né sulla sua tutela. La stessa Corte ha, tuttavia, sancito nella pronuncia del 18 dicembre 1987, n. 561 che la libertà sessuale doveva essere considerata all’interno dell’art. 2 Cost. quale «uno degli essenziali modi di espressione della persona umana»³⁰. Nel caso di specie i giudici avevano riconosciuto la risarcibilità del danno morale in capo a persone offese da violenza sessuale in tempo di guerra. Una parte della dottrina penalistica ha sottolineato come la Corte costituzionale abbia evitato di pronunciarsi sui reati di violenza sessuale per non ricadere in una palese violazione della riserva di legge penale in quanto ne sarebbe scaturita una sentenza manipolativa *in malam partem* della disciplina in

²⁹ B. POZZO, *I diritti delle donne tra diritto privato e diritto pubblico*, in V. JACOMETTI (a cura di), *Prevenzione e contrasto alla violenza contro le donne tra diritto e cultura*, Torino, 2023, 91.

³⁰ Corte cost., sent. n. 561/1987, Considerazioni di diritto n. 2.

vigore³¹. Invero la Corte costituzionale si è pronunciata in modo rilevante sul consenso in ambiti diversi da quelli della sessualità, andando però a influire in modo significativo sulla libertà sessuale e l'autodeterminazione sessuale. La Corte ha infatti affermato il principio del consenso e dell'autodeterminazione nell'ambito della salute combinando gli artt. 2, 13 e 32 Cost. a tutela della pratica del consenso informato e per evitare ingerenze sgradite nell'ambito della salute dei cittadini. Nella sentenza 22 ottobre 1990, n. 471, la Corte ha affermato che il rispetto della persona umana significa il rispetto di tutte le «convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche globali» che definiscono la sua identità³². Nella stessa pronuncia la Corte ha chiarito un orientamento perseguito frammentariamente fino a quel momento, ovvero il rilievo pubblicistico del diritto alla salute declinato come diritto al benessere sia fisico ma anche, in aggiunta, psichico. Così inteso il diritto alla salute significa non solo la non ingerenza dei poteri pubblici nella sfera privata, ma anche il diritto e la libertà di autodeterminarsi quale principio seguito dall'ordinamento per il pieno sviluppo della persona³³. Come sottolineato da Giovanni Marini, questa elaborazione giurisprudenziale stabilisce il principio del consenso e dell'autodeterminazione oltre il solo ambito della salute, facendone un baluardo di tutela della persona valido in tutto l'ordinamento³⁴. L'autodeterminazione non è quindi solamente intesa come 'libertà da', ma anche 'libertà di', libertà che deve essere perseguita dall'ordinamento a tutela dell'art. 2 Cost. Nel parziale silenzio della giurisprudenza costituzionale in materia di libertà sessuale, la dottrina soprattutto penalistica, invece, aveva già dato rilievo alla libertà sessuale depurandola dai riferimenti anacronistici della moralità

³¹ N. ZANON, *Corte costituzionale e norme penali di favore: verso un sindacato sulle scelte politico-criminali?*, in L. ZILLETI, F. OLIVA (a cura di), *Verso un sindacato di legittimità sulle scelte politico-criminali?*, Pisa, 2007, 53 ss.

³² Corte cost., sent. n. 471/1990.

³³ S. ROSSI, *Corpo (atti di disposizione sul)*, in R. SACCO (a cura di), *Digesto delle discipline privatistiche*, Roma, 2012, 232.

³⁴ G. MARINI, *Il consenso*, in S. RODOTÀ, M.C. TALLACHINI (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Milano, 2010, 361.

e del buon costume e considerandola un diritto fondamentale della persona *ex art. 2 Cost.*³⁵.

Ma è stata soprattutto la giurisprudenza di legittimità a plasmare i contenuti del Codice Rocco in direzione di una maggiore attenzione alla tutela della libertà sessuale e al consenso all'attività sessuale. È infatti necessario citare alcune rilevanti sentenze della Corte di Cassazione che hanno pian piano affievolito il concetto di *vis atrox* o forza irresistibile per la configurazione dei reati di violenza carnale e di atti di libidine violenti. La sentenza della Corte di Cassazione del 19 novembre 1965, n. 464³⁶, ha stabilito che per la consumazione del reato di violenza carnale, la violenza poteva essere di qualunque entità purché contrapposta e vincente alla resistenza della persona offesa; se non era più necessario che la violenza fosse 'invincibile', era comunque necessario che ci fosse una 'prova fisica di resistenza' opposta, senza dare (ancora) rilievo al mero dissenso della persona. Il limite minimo dell'oscillazione interpretativa era ancora costituito dalla *vis grata puellae*, di cui alcune pronunce continuavano a escludere la rilevanza penale in quanto forma di violenza 'minore'³⁷. Per citare un esempio, ancora la Suprema Corte stabiliva che per la sussistenza del reato di violenza carnale occorreva «la piena prova di una congiunzione carnale avvenuta non soltanto nel dissenso, ma anche nel vano tentativo di una resistenza effettiva e concreta, sopraffatta dalla violenza dell'agente»³⁸. Questo tipo di interpretazione, come si vedrà, è stata mantenuta dai giudici di legittimità fin quasi ai nostri giorni. Un'altra rilevante pronuncia della Corte di Cassazione è stata quella che ha previsto l'illiceità della violenza sessuale anche all'interno dei rapporti di coniugio³⁹. Altra importante pronuncia è quella che ha allargato la fattispecie anche alla violenza 'impropria', ovvero quella violenza a danno di persona ingannata, inca-

³⁵ G. FIANDACA, *Buon costume: III) Moralità pubblica e buon costume*, in *Enciclopedia Giuridica*, Roma, 1988, 2 ss.

³⁶ Cass. pen. 19 novembre 1965, n. 464.

³⁷ G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, Bologna, 2023, 156.

³⁸ Cass. pen. 19 dicembre 1967, n. 752.

³⁹ Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 1976, n. 12855.

pace o resa coscientemente non in grado di opporre resistenza⁴⁰. I giudici hanno similmente disposto sul caso di alcuni medici che avevano abusato di una paziente non in grado di resistere alla violenza in quanto incosciente⁴¹. Inoltre, gli ermellini hanno stabilito che gli atti “repentini” ovvero tali da non mettere in condizione la persona di resistere erano da considerarsi parimenti atti di libidine violenti anche senza la presenza di immediata resistenza contrapposta⁴². E ancora, la giurisprudenza di legittimità è giunta a riconoscere che alcune situazioni ‘ambientali’ particolarmente coartanti sono sufficienti a configurare il reato di violenza carnale anche senza alcun atto di resistenza evidente da parte della persona offesa⁴³. In quest’ultimo caso preso in esame dai giudici, la violenza era stata riconosciuta nei confronti di una donna che si trovava da sola all’interno di una casa sita in una via isolata ove aveva subito l’aggressione. Gli esempi citati dimostrano come la giurisprudenza avesse già compiuto avanzamenti interpretativi rilevanti in materia di consenso prima delle modifiche introdotte della legge del 1996. Tuttavia, il solo dissenso ancora non veniva valutato ai fini dell’applicazione del reato né tantomeno veniva dato rilievo all’autodeterminazione della sessualità. Cionondimeno, la prova della violenza e della resistenza fisica perdevano centralità, diventando sempre meno rilevanti per la configurazione del reato.

4. L'impatto dei movimenti femministi dalla fine degli anni Sessanta

I movimenti femministi degli anni Settanta e Ottanta hanno fornito un contributo fondamentale ai mutamenti giurisprudenziali e legislativi citati. Dal 1968 irrompevano in Italia e in gran parte dei paesi europei e nordamericani movimenti di donne che hanno portato alla luce la por-

⁴⁰ Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 1986, n. 753.

⁴¹ Cass. pen., 9 aprile 1976, n. 353.

⁴² Cass. pen., sez. III, 3 aprile 1951, n. 1468.

⁴³ Cass. pen., sez. III, 20 gennaio 1986, n. 753.

tata strutturale della violenza di genere⁴⁴. I movimenti femministi non solo denunciavano la disegualianza tra donne e uomini nella sfera pubblica ovvero nella rappresentanza politica e nel mondo del lavoro, ma soprattutto la riproduzione costante di stereotipi e pregiudizi che le riportavano alla subordinazione agli uomini in ogni ambito della vita. Il grande portato di questi movimenti femministi detti della ‘seconda ondata’, per differenziarsi da quelli della ‘prima ondata’ sviluppatasi all’inizio del secolo e che lottavano per l’eguaglianza formale di diritto⁴⁵, è stato lo sviluppo di pratiche di ‘autocoscienza’ e del ‘partire da sé’, ovvero ricostruire l’esperienza individuale rispetto alle narrazioni imposte dall’esterno ovvero dalla narrazione maschile. Ed è soprattutto per quanto riguarda la libertà sessuale e, di contrasto, la violenza sessuale, che i movimenti femministi hanno svelato il disconoscimento della libertà sessuale delle donne a livello privato e, conseguentemente, anche nelle leggi sulla violenza. Carla Lonzi nel noto testo ‘Sputiamo su Hegel’, ha messo in luce come il desiderio sessuale femminile sia stato definito e/o inquinato da quello maschile⁴⁶. Non solo la sessualità femminile, secondo la filosofa, è appiattita alle sue implicazioni riproduttive ma è, inoltre, plasmata dal desiderio erotico maschile⁴⁷. Di conseguenza, la legge penale sulla violenza sessuale può essere letta come l’adeguamento giuridico alla sessualità maschile, che considera normale la soddisfazione dell’uomo senza che abbia valore la volontà sessuale delle donne. La libertà sessuale delle donne non aveva alcun rilievo per il diritto e anche il dissenso non conduceva all’applicazione dei reati di violenza in mancanza di un atto di resistenza. Conseguentemente, per le teoriche femministe la violenza sessuale non era tanto un fatto eccezionale, bensì fenomeno strutturale che si unisce alla violenza e alla subordinazione di genere sistemica. Questo comportava che lo stupro non è da attribuirsi a un unico individuo ‘deviato’, secondo spiegazioni psi-

⁴⁴ LIBRERIA DELLE DONNE DI MILANO, *Non credere di avere diritti. La generazione della libertà femminile nell’idea e nelle vicende di un gruppo di donne*, Torino, 2018, 12 ss.

⁴⁵ L. RE, *Femminismi e diritto: un rapporto controverso*, in O. GIOLO, M. BERNARDINI (a cura di), *Le Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2015, 177 ss.

⁴⁶ C. LONZI, *Sputiamo su Hegel e altri scritti*, Milano, 2023, 24 ss.

⁴⁷ *Ibidem*.

copatologiche e antropologiche, ma un fenomeno diffuso e fondante il sistema sociale⁴⁸. Tali considerazioni hanno condotto una parte del movimento femminista a ritenere il diritto come qualcosa di intrinsecamente maschile e da cui bisogna diffidare rispetto alla possibilità che possa offrire una reale tutela⁴⁹. Un'altra parte del movimento femminista italiano considerava invece la modifica della legge penale vigente un risultato dal significato quanto meno simbolico, se avesse riconosciuto propriamente la libertà sessuale delle donne quale bene giuridico meritevole di tutela. Inoltre, grazie al lavoro di giuriste come la statunitense Catharine MacKinnon si era diffusa l'opinione per cui il processo fosse invece un luogo fondamentale per combattere la violenza di genere⁵⁰. La forza del movimento femminista e la sua influenza nella società italiana è stata particolarmente visibile a seguito di terribili fatti di cronaca come il massacro del Circeo del 1975 e il successivo famoso documentario 'Processo per stupro' del 1979 che ha avuto un'ampia risonanza in Italia. All'interno del documentario sono state riprodotte registrazioni video di numerose udienze di processi per violenza sessuale per rendere noto al pubblico l'atteggiamento dei difensori degli imputati che utilizzavano molti pregiudizi e stereotipi di genere nei confronti delle persone offese al fine di minare la credibilità della denuncia e dimostrare il consenso all'atto. Come sottolineato dalla filosofa e sociologa del diritto italiana Tamar Pitch, nel processo per violenza sessuale la donna si trasforma «da vittima a imputata», in quanto l'atteggiamento processuale tende a minare la credibilità della denuncia attraverso la ricerca di prove sempre più invasive e minuziose per provare il dissenso e la resistenza all'atto⁵¹. La stessa autrice riteneva che il processo e l'intero sistema penale non potessero essere considerati luoghi di tutela per le donne e che, pertanto, la maggior parte delle violenze sessuali rimaneva senza denuncia e senza giustizia⁵². In quegli stessi

⁴⁸ T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di sesso, genere e sessualità*, Milano, 1998, 112 ss.

⁴⁹ L. CIGARINI, *La politica del desiderio e altri scritti*, Nocera inferiore, 2022, 11 ss.

⁵⁰ C. MACKINNON, *Feminism Unmodified. Discourses on life and law*, Boston, 1987, 11 ss.

⁵¹ T. PITCH, *op. cit.*, 120.

⁵² *Ibidem*.

anni all'interno del movimento femminista sono nati i primi centri anti-violenza, luoghi in cui le donne potevano trovare rifugio e supporto in caso di violenze sessuali, domestiche e, in generale, di tutte le violenze di genere. Nel 1979, inoltre, è stata presentata da varie associazioni femministe come l'Unione delle donne italiane (UDI) e il Movimento di liberazione delle donne (MLD) la prima proposta popolare di modifica della legge penale sui reati sessuali.

5. La Riforma del 1996 dei reati contro la violenza sessuale

La proposta popolare di modifica della disciplina dei reati sessuali ha dato avvio a un lungo processo parlamentare che si concluse quasi vent'anni dopo con la legge n. 66 del 15 febbraio 1996 intitolata 'Legge di riforma dei reati contro la violenza sessuale'. È interessante notare come la spinta della società civile al cambiamento della disciplina era accolta anche da larga parte della dottrina penalistica che auspicava una modifica più ampia del Codice Rocco⁵³ come dimostrato, per esempio, dalla formazione della 'Commissione Pagliaro', dal nome di Antonio Pagliaro, professore di diritto penale, a cui il Ministro della Giustizia Giuliano Vassalli (Partito socialista italiano) aveva commissionato un nuovo progetto di Codice penale più aderente ai principi della carta costituzionale⁵⁴. La Commissione iniziò i lavori nel 1988 e propose una bozza di codice nel 1991. All'interno della proposta di codice i reati 'contro la libertà sessuale' (così denominati) prendevano posto all'interno del titolo sui reati 'contro la libertà personale'⁵⁵. Nella relazione introduttiva al progetto era esplicitato che nei:

reati contro la libertà sessuale, essendo opinione maturata che il vero bene offeso non è, come nel codice del 1930, la "moralità pubblica", ma la libertà della persona in ordine alla propria sessualità, la quale li-

⁵³ S. DI PINTO, *op. cit.*, 20.

⁵⁴ *Ibidem*, 20.

⁵⁵ Relazione Commissione Pagliaro, Relazione alla bozza di articolato. Testo del disegno di legge sulla delega legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione di un nuovo Codice penale parte generale e parte speciale, 25 ottobre 1991 (consultazione online).

bietà deve considerarsi offesa – e perciò la nuova denominazione di stupro – in presenza di un “dissenso”, non essendo necessaria la violenza o la minaccia (previste come aggravanti) e, quindi, una previa opposizione attiva (ben potendo essere dissenziente la persona non reagente, es.: perché terrorizzata o per evitare mali più gravi). Ciò al fine di evitare la non punibilità di fatti posti in essere senza violenza o minaccia ma pur sempre contro la volontà della vittima, o gli sforzi giurisprudenziali per ravvisare violenze in realtà non esistenti e così mimetizzare una analogia *in malam partem*⁵⁶.

Il progetto di codice naufragò e la riforma del 1996 non seguì gli orientamenti indicati dalla Commissione. I penalisti Fiandaca e Musco, sin dai loro primi commenti alla riforma hanno sottolineato come questa fosse stata spinta da

[...] un profondo mutamento dei costumi sessuali, frutto del rapido mutamento del modo di vivere e del fenomeno della emancipazione femminile, (che) ha contribuito all'elaborazione di una concezione della sessualità come imprescindibile estrinsecazione della libertà della persona e dei valori ad essa connessi ed ha evidenziato in maniera oltremodo significativa gli effetti dirompenti della violenza sessuale sulla intera personalità della vittima⁵⁷.

Gli autori hanno sottolineato come le innovazioni della riforma, invece, siano state perlopiù simboliche⁵⁸. I delitti contro la libertà sessuale venivano spostati dal titolo ‘sui delitti contro la moralità pubblica e il buon costume’ (IX) al titolo ‘dei delitti contro la libertà personale’ (XII). Questo spostamento ha sancito la libertà sessuale come oggetto di tutela specifica in quanto bene giuridico personale e inviolabile, rompendo la contraddittorietà della formulazione precedente che, seppure avesse già inserito gli articoli all'interno di un apposito capo rubricato ‘delitti contro la libertà sessuale’, li manteneva nel titolo dei delitti contro la moralità pubblica e il buon costume, creando problemi interpretativi nello stabilire quale fosse effettivamente l'oggettività giuridica dei reati sessuali⁵⁹.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 230.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

Il nuovo articolato è composto da nove articoli (609-*bis* - 609 *decies* c.p.). La disciplina della violenza sessuale è ora contenuta interamente all'interno dell'articolo 609-*bis* rubricato 'violenza sessuale', con l'abrogazione della violenza carnale (*ex* art. 519 c.p.) e atti di libidine violenti (*ex* art. 521 c.p.). L'art. 609-*bis* prevede al I comma: «Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni»⁶⁰.

All'interno della dicitura 'atti sessuali' sono ricompresi non solo gli atti di congiunzione (stupro) ma tutti gli altri atti che possano dirsi 'sessuali'. L'unificazione del reato è stata fortemente voluta dai movimenti femministi che avevano denunciato come le donne venissero sottoposte a indagini molto invasive, e che creavano «assurde distinzioni tra le diverse parti del corpo della donna»⁶¹, al fine di comprendere se la violenza ricadesse all'interno della precedente congiunzione carnale o negli atti di libidine violenti in quanto prevedevano pene diverse⁶². Fian-daca e Musco hanno sostenuto che la legge debba essere considerata la tipica «legge manifesto»⁶³ in quanto ha mantenuto l'assetto precedente, fissando la violenza e la minaccia quali elementi tipici della condotta «laddove invece avrebbe dovuto elevare ad oggetto della tutela la libertà in sé, indipendentemente da coartazioni che si traducano nell'uso di violenza o di minacce»⁶⁴. Gli autori hanno aggiunto che:

la riforma non può che considerarsi fallimentare, a dispetto dei tanti trionfalismi che ne hanno accompagnato la nascita. Se si pensa che altri interessi individuali, quale ad esempio l'inviolabilità del domicilio, sono protetti sulla sola base del dissenso, si capisce immediatamente

⁶⁰ La pena attuale è stata aumentata rispetto a quella originariamente prevista dall'art. 13 comma 1 della l. 19 luglio 2019 n. 69.

⁶¹ M. VIRGILIO, *Corpo di donna e legge penale. Ancora sulla legge contro la violenza sessuale*, in *Democrazia e diritto: rivista critica di diritto e giurisprudenza*, n. 1/1996, 11.

⁶² G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto Penale, parte speciale*, cit., 230.

⁶³ *Ivi*, 233.

⁶⁴ *Ivi*, 234.

quanto arretrata sia la tutela di libertà di autodeterminazione sessuale realizzata dalla legge simbolo n. 66 del 1996⁶⁵.

Il resto dell'articolo prevede, al II comma, la violenza sessuale per «induzione»⁶⁶ ovvero la violenza agita approfittando di condizioni di inferiorità fisica o psichica o inganno sulla persona (sostituzione di persona). Al III comma è prevista una riduzione di pena per casi 'di minore gravità'. Novità che possono considerarsi positive sono la genericità delle persone che possono commettere il reato, compreso il coniuge, eliminando ogni dubbio interpretativo che sorgeva con la vecchia formulazione; inoltre, chiunque può essere vittima di reato, comprese le donne che esercitano la prostituzione⁶⁷. Inoltre, la genericità della definizione 'atti sessuali' permette la punibilità non solamente degli atti di congiunzione carnale (stupro), ma tutti quelli che, per rilevanze extra-giuridiche, possano ledere la libertà sessuale della persona⁶⁸. Come sottolineato nel corso del paragrafo, la riforma non ha introdotto i contenuti desiderati dalla società civile e dalla stessa dottrina penalistica. La libertà sessuale delle donne, intesa come autodeterminazione della sfera sessuale e diritto intrinseco e inviolabile della persona non trova ancora pacifica collocazione all'interno del diritto penale. Tamar Pitch ha, tuttavia, affermato che le iniziative intorno alla riforma, compresa la riforma stessa, hanno avuto il grande merito in Italia di porre all'attenzione del femminismo e della società civile il tema del consenso⁶⁹. Se infatti la disposizione è rimasta immutata, la giurisprudenza successiva ha di fatto ampliato, se non addirittura modificato, il significato letterale della disposizione. Inoltre, il tema del consenso ha cominciato a essere oggetto di fecondi dibattiti che ne aumentano la complessità teorica nonché giuridica se lo si inserisce all'interno del sistema penale e ai diritti garantiti all'imputato. Alcuni studiosi di diritto penale hanno iniziato a problematizzare la complessità della comunicazione sugli stati d'animo e sulla stessa sessualità che possono intercorrere, per esempio,

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ivi*, 236.

⁶⁷ *Ivi*, 237.

⁶⁸ *Ivi*, 239.

⁶⁹ T. PITCH, *op. cit.*, 200.

tra *partners*, soprattutto in quei casi in cui non vi sia una evidente cattiva fede da parte dell'agente e nessun particolare segno di 'dissenso reale'⁷⁰. In questi casi la dottrina penalistica quasi all'unanimità sottolinea come nel processo penale debba valere solido il principio dell'*in dubio pro reo* dell'art. 59, IV comma, c.p. che escluderebbe la punibilità⁷¹. E sul punto sembrano calzanti le parole di Pitch quando afferma che «la violenza sessuale, così come viene percepita e vissuta dalle donne, è irriducibile “al” e intraducibile “nel” diritto penale»⁷².

6. *Gli approdi recenti della giurisprudenza italiana e internazionale: l'adesione vacillante al modello di affirmative consent*

A seguito della riforma la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha stravolto la portata dell'articolo accompagnata, inoltre, dalle indicazioni che provengono dalla giurisprudenza internazionale e da alcune convenzioni internazionali recenti. Senza poter compiere una disamina accurata della giurisprudenza di legittimità, è necessario menzionare almeno le pronunce più rilevanti occorse dopo la riforma del 1996. Nella sentenza della Cassazione penale del 21 gennaio 2000, n. 2512⁷³ la Corte ha previsto che il dissenso (espresso sia in forma esplicita che tacita) non deve necessariamente essere ripetuto in modo continuativo nel tempo, ma basta che sia espresso una sola volta per configurare il reato. I giudici hanno stabilito, nella stessa pronuncia, che la persona deve ritenersi non consenziente quando non sia stata messa nelle condizioni di poter esercitare una valida difesa. E ancora, la pronuncia ha previsto che è configurabile la violenza anche nei casi in cui non vi sia stato un annullamento della libertà della persona ma anche nei casi in cui sia stata «minata la libera determinazione all'atto sessuale», ovvero in tutti quei casi in cui le modalità dell'atto non siano state consensua-

⁷⁰ F. MANTOVANI, *Diritto penale. I delitti contro la libertà e l'intangibilità sessuale. Appendice ai delitti contro la persona*, Padova, 1998, 136 ss.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² T. PITCH, *op. cit.*, 176.

⁷³ Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2000, n. 2512.

li⁷⁴. La sentenza della Cassazione penale 24 febbraio 2004, n. 25727⁷⁵ ha previsto che il consenso deve perdurare per l'intera durata del rapporto e qualora il consenso inizialmente prestato venga poi revocato, si ricade nella fattispecie della violenza. Nella nota sentenza sempre della Cassazione penale 19 marzo 2019, n. 20780⁷⁶ gli ermellini hanno stabilito che per la configurazione del reato non è necessario vi sia dissenso espresso, bastando il mancato consenso espresso anche in forma tacita; ovvero quando la persona non abbia attivamente espresso, anche tacitamente, di consentire all'atto. Nella sentenza la Corte ha chiarito che

l'esimente putativa del consenso dell'avente diritto non è configurabile nel delitto di violenza sessuale, in quanto la mancanza del consenso costituisce requisito esplicito della fattispecie e l'errore sul dissenso si sostanzia in un errore inescusabile sulla legge penale⁷⁷.

Quest'ultima interpretazione è stata mantenuta dalla Suprema Corte e ripetuta anche nella recentissima sentenza di Cassazione penale del 10 maggio 2023, n. 19599⁷⁸. Secondo questo importantissimo orientamento, è applicabile il reato di violenza sessuale non solamente quando sia stato opposto dissenso quale 'forma di resistenza' verbale e fattuale ma anche quando non vi sia espresso o tacito consenso fornito dalla persona all'atto sessuale. Questa interpretazione non solo rovescia il significato letterale dell'art. 609-bis, I comma, ma riconosce il consenso all'atto sessuale quale unico bene tutelato nella fattispecie di reato. Con questa pronuncia i giudici dimostrano di non dare rilievo al solo 'dissenso' ma di andare oltre, ponendo come bene giuridico tutelato il consenso e l'autodeterminazione della libertà sessuale, come esplicitato nella stessa sentenza. Sembra, pertanto, che secondo l'interpretazione dei giudici della Suprema Corte, la sessualità non sia semplicemente un'attività che le donne possono consentire o meno, ma un'attività volontaria per la quale è necessario esprimere un consenso in forma espressa o tacita. Una tale interpretazione sembra influenzata dalla de-

⁷⁴ *Ivi*, motivazione in diritto.

⁷⁵ Cass. pen., sez. III, 24 febbraio 2004, n. 25727.

⁷⁶ Cass. pen., sez. III, 19 marzo 2019, n. 20780.

⁷⁷ *Ivi*, motivazione in diritto.

⁷⁸ Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2023, n. 19599.

finizione di consenso inteso come autodeterminazione della persona affermato dalla Corte costituzionale e descritta nei paragrafi precedenti.

Utilizzando termini del femminismo e della dottrina penalistica statunitense sulla violenza sessuale, anche in Italia la giurisprudenza è passata dal riconoscimento del modello ‘no significa no’ (*No means no*) alla fissazione del principio del ‘sì significa sì’ (*Yes means yes*)⁷⁹. Questo modello è definito *affirmative consent* (o *Yes Model*)⁸⁰ ed è stato ormai assunto dalla giurisprudenza di legittimità, anche se esistono ancora pronunce discordanti in seno alla stessa Cassazione, mentre la giurisprudenza di merito ancora non segue in modo uniforme le novità interpretative della Suprema Corte⁸¹. Di recente la Corte di Cassazione ha infatti vacillato rispetto alla posizione espressa nella citata sentenza del 2023. Infatti, nella successiva sentenza del 5 ottobre 2023, n. 8340, i giudici hanno assolto un uomo a seguito di una denuncia per violenza sessuale sostenendo che l’errore sul consenso è un errore sul fatto tale da escludere il dolo⁸². Nella pronuncia i giudici utilizzano argomenti superati dalla precedente giurisprudenza senza dare conto, per esempio, alla condizione di vulnerabilità della persona offesa dopo aver assunto alcolici. La Corte è però tornata sui suoi passi nella recente sentenza 22 novembre 2024, n. 1688 in cui ha ribadito la centralità del consenso ‘affermativo’ in un caso in cui i giudici dei gradi inferiori avevano ritenuto che la persona offesa non reagente fosse da considerarsi consenziente. Gli ermellini hanno, invece, ribadito che non è sufficiente a escludere il dolo che il soggetto attivo affermi di essere caduto in errore poiché la vittima ha opposto un dissenso per lui non comprensibile in

⁷⁹ G. CALETTI, *op. cit.*, 158.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Sul punto vedi G. CALETTI, *Dalla violenza al consenso nei delitti sessuali. Profili storici, comparati e di diritto vivente*, cit., 223-229.

⁸² L. GROSSI, *Approfondimento. La qualificazione del consenso nel delitto di violenza sessuale: la recente sent. 8340/2024 della Corte di Cassazione che ha cambiato l’orientamento finora applicato*, in *Feminist Watch*, Università Roma Tre, 2024, <https://feministwatch-roma3.it/2024/04/08/la-qualificazione-del-consenso-nel-delitto-di-violenza-sessuale-la-recente-sent-8340-2024-della-corte-di-cassazione/>.

quanto, ai fini del riconoscimento dell'irrelevanza penale della condotta, è richiesta l'espressa manifestazione del consenso⁸³.

Il modello di *affirmative consent* è stato di recente acquisito anche dalla giurisprudenza internazionale europea. Storica in questo senso è la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 dicembre 2003, causa 39272/98, *M. C. c. Bulgaria* ove la Corte ha imposto, ai sensi degli artt. 3 e 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) di adottare tutte le misure penali necessarie affinché venga tutelata la libertà di autodeterminazione della libertà sessuale e il consenso alle attività sessuali. In particolare, la Corte ha affermato che devono essere puniti tutti gli atti sessuali con persona dissenziente senza fissare *a priori* le modalità di condotta violenta. Un caposaldo della tutela del consenso è la Convenzione di Istanbul (Consiglio d'Europa) del 2011 'Sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica'⁸⁴ ove all'art. 36 viene specificato al I comma che la Convenzione obbliga le parti ad adottare

misure legislative o di altro tipo necessarie per perseguire penalmente i responsabili dei seguenti comportamenti intenzionali: a) atto sessuale non consensuale con penetrazione vaginale, anale o orale compiuto su un'altra persona con qualsiasi parte del corpo o con un oggetto; b) altri atti sessuali compiuti su una persona senza il suo consenso; c) il fatto di costringere un'altra persona a compiere atti sessuali non consensuali con un terzo.

Il II comma invece, specifica che «il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto». Il medesimo orientamento non è stato riproposto all'interno della recente Direttiva dell'Unione europea 'sulla lotta alla violenza contro le donne

⁸³ M. PELLINI, *Violenza sessuale: la Corte di Cassazione conferma la scelta del modello "affirmativo"*, in *Giurisprudenza penale web*, 4, 2025.

⁸⁴ Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, Istanbul, 11 maggio 2011, Serie dei Trattati del Consiglio d'Europa - n. 210.

e la violenza domestica⁸⁵ del 2024, in cui in più punti viene nominato il consenso, in particolare all'art. 35 rubricato 'Misure specifiche per prevenire lo stupro e promuovere il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali' ove al comma n. 1, par. 2, viene stabilito «il ruolo centrale del consenso nelle relazioni sessuali, che deve essere dato volontariamente quale libera manifestazione della volontà della persona». Il testo finale della Direttiva risulta meno incisivo rispetto alla proposta iniziale in cui, all'art. 5, comma n. 2, veniva specificato che:

Gli Stati membri provvedono affinché per “atto non consensuale” sia inteso l'atto compiuto senza il consenso volontario della donna o senza che la donna sia in grado di esprimere una libera volontà a causa delle sue condizioni fisiche o mentali [...].

E al seguente comma n. 3 veniva esplicitato:

Il consenso deve poter essere revocato in qualsiasi momento nel corso dell'atto. L'assenza di consenso non può essere contestata sulla sola base del silenzio della donna, dell'assenza di resistenza verbale o fisica o del suo comportamento sessuale passato.

Quest'ultimo articolo è stato eliminato dal testo finale della Direttiva in quanto, verosimilmente, avrebbe previsto l'obbligo di ogni Stato membro di inserire il consenso all'interno delle fattispecie penali sulla violenza sessuale⁸⁶.

Il modello di *affirmative consent* è stato adottato da diverse legislazioni europee e internazionali di *common law* e di *civil law*: il codice penale canadese ha fatto proprio il *Yes Model* definendo il consenso come l'accordo volontario prestato mediante parole o azioni in modo da escludere il silenzio o la mera passività come comportamenti sufficienti a dimostrare la volontà di compiere atti sessuali; una formulazione giuridica simile è stata adottata dalle legislazioni in materia di reati sessua-

⁸⁵ Direttiva 2024/1385/EU del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 maggio 2024.

⁸⁶ Il testo finale della Direttiva è stato approvato il 6 febbraio 2024 senza il suddetto art. 5 scatenando polemiche in tutta Europa da parte di molte associazioni femminili e femministe.

li di Svezia e Regno Unito. In Germania, a seguito della riforma del 2016 sono puniti gli atti sessuali senza consenso, cioè commessi ‘contro la volontà riconoscibile’ della persona. E parimenti la *Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual* entrata in vigore in Spagna nel 2022, stabilisce che vi è consenso quando sia manifestato liberamente tramite atti verbali o fatti espliciti. In Italia, invece, è ancora in vigore la disciplina dell’art. 609-*bis* ma la giurisprudenza, come ampiamente argomentato, ha di fatto assunto l’*affirmative model*. Sarebbe senz’altro ben gradita una ulteriore modifica della legge, sia per evitare che formalmente i giudici operino *in malam partem*, come ritiene una parte della dottrina penalistica⁸⁷, sia per aderire ai principi espressi da trattati internazionali vincolanti come la CEDU e la Convenzione di Istanbul (ratificata dall’Italia con la legge n. 77 del 27 giugno 2013). In questo senso sembra rilevante la recente proposta di legge parlamentare presentata in Italia⁸⁸ da un gruppo di deputati, in cui viene richiesta l’introduzione all’interno dell’art. 609-*bis*, I comma, delle parole: «in assenza di consenso». La proposta prevede anche che l’utilizzo di ‘violenza o minaccia’ diventi una delle modalità della condotta (punite al II comma) senza, tuttavia, essere più elementi qualificanti della fattispecie. Con questa formulazione sarebbe cristallizzato anche nella normativa la mancanza di consenso come unico requisito necessario per l’applicazione del reato, rendendo certamente più effettiva la tutela del consenso affermativo.

7. Le problematiche del modello di affirmative consent

Il modello dell’*affirmative consent* nasce negli Stati Uniti nel 1991 all’Antioch College in Ohio grazie alla spinta dei movimenti studenteschi che lo hanno introdotto all’interno dei regolamenti universitari se-

⁸⁷ Sul punto vedi G. CALETTI, *op. cit.*, 242-253.

⁸⁸ Atto Camera: 1693, presentato il 7 febbraio 2024, *Modifica dell’articolo 609-bis del codice penale in materia di violenza sessuale e di libera manifestazione del consenso* (<https://www.camera.it/leg19/126?leg=19&idDocumento=1693>). L’ultima notifica di modifica presso la Commissione Giustizia è datata il 2 aprile 2025. Consultazione online.

guito, successivamente, da altri atenei statunitensi. Il modello è stato oggetto di rinnovato interesse grazie al movimento ‘Me Too’ che ha segnato gli ultimi dieci anni di dibattito negli Stati Uniti e ha condotto, come osservato, a modifiche legislative e giurisprudenziali in diversi paesi. Ma il tema del consenso, sin dagli anni Ottanta ha attivato numerosi dibattiti sia in Italia che negli Stati Uniti mai del tutto sopiti. Le posizioni più rilevanti in Nord America erano quelle del femminismo definito ‘radicale’, di cui una delle massime esponenti nella dottrina giuridica è stata la già citata Catharine MacKinnon. L’autrice, nel suo celebre testo *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law* del 1987 ha descritto la sessualità maschile come fondata sul dominio e la sopraffazione e che, pertanto non sia possibile distinguere chiaramente tra sessualità e violenza⁸⁹. La violenza sessuale è quindi uno degli strumenti con cui le donne vengono controllate e soggiogate dal dominio maschile; tale violenza è stata normalizzata dal diritto determinando la costruzione della sessualità femminile come necessariamente aderente a quella maschile e ha plasmato la concezione del corpo femminile come sempre accessibile al suo piacere. Questo ha dato vita a tutti gli orientamenti legislativi e giurisprudenziali che non considerano l’auto-determinazione sessuale come un principio inviolabile e che normalizzano l’attività sessuale come un qualcosa agita dagli uomini e, al massimo, dissentito dalle donne con la configurazione del reato in caso di resistenza o dissenso. Sempre MacKinnon ritiene che il femminismo abbia avuto la capacità di svelare il dominio maschile pervasivo nella vita delle donne e che sia possibile, quindi, ricostruire il proprio desiderio e determinare il proprio consenso⁹⁰. L’autrice, inoltre, è convinta che il processo sia uno dei luoghi ove il dominio maschile può essere svelato e combattuto⁹¹. MacKinnon riprende dal pensiero marxiano, in particolare la rielaborazione femminista che è stata proposta da Carole Pateman dalla metà degli anni Settanta in critica alle teorie del contratto sociale liberale. Secondo Pateman lo sfruttamento operato sulle donne, nonché il dominio sulle loro vite da parte degli uomini, è il fondamento dello stesso contratto sociale liberale in quanto assicura all’individuo

⁸⁹ C. MACKINNON, *op. cit.*, 11 ss.

⁹⁰ *Ibidem.*

⁹¹ *Ibidem.*

(uomo) la cura fisica e psichica, compresa la sessualità, che le donne forniscono all'interno di un rapporto di subordinazione⁹². MacKinnon sosteneva che non ci potesse essere libero consenso in una condizione di totale dominio e benché abbia supportato il modello di *affirmative consent*, ne ha sottolineato anche i punti oscuri in quanto non è sempre possibile esprimere liberamente il proprio consenso quando le condizioni materiali di vita non lo permettano.

Ad oggi, tuttavia, il fuoco della discussione sembra essersi spostato dall'utilità o meno del modello giuridico di *affirmative consent* – poiché la valorizzazione del consenso negli ordinamenti giuridici è generalmente ritenuto positivo – quanto piuttosto sul suo contenuto e le implicazioni del suo utilizzo. Le critiche possono essere riassunte in tre fondamentali. Il primo rischio è quello di ricreare un processo in cui le donne diventino da «vittime a imputate»⁹³ ovvero siano costrette a dover argomentare e provare le ragioni del dissenso, con il rischio di comportamenti processuali che tendono a metterlo in dubbio sulla base di specificità personali o contestuali. In questo senso i trattati e la giurisprudenza internazionale, in particolare della Corte europea dei diritti dell'uomo, sanzionano il fenomeno della così detta 'vittimizzazione secondaria' nei processi per violenza sessuale. In questa direzione è importante citare la Convenzione di Istanbul del 2011, che agli artt. 15 e 18 impone agli stati di evitare forme di vittimizzazione secondaria. Similmente statuisce la Direttiva europea 2012/29/UE⁹⁴ agli artt. 8, 12 e 18. E ancora, la citata Direttiva europea 1385/2024 impone agli stati di evitare ogni forma di vittimizzazione secondaria agli artt. 16, 21, 25, 36. Tra le più note pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto occorre citare la sentenza del 27 maggio 2021, causa 5671/16, *J.L. c. Italia* che ha condannato l'Italia per le prassi giurisdizionali che ripropongono stereotipi sessisti ed espongono le persone offese a vittimizzazione secondaria. Sul punto si è espressa anche la Corte costituzionale nella pronuncia del 21 febbraio 2018, n. 92, dove i giudici han-

⁹² C. PATEMAN, *Sexual Contract*, Stanford, 1988.

⁹³ T. PITCH, *op. cit.*, 120.

⁹⁴ Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI.

no indicato che la vittimizzazione secondaria consiste in ogni modalità del procedimento che costringe a rivivere i sentimenti di paura, dolore, ansia o vergogna provati al momento della commissione del fatto. Inoltre, ulteriore argomento contro l'*affirmative consent* è quello per cui aumenterebbe il rischio di interpretazioni definite 'punitiviste' da parte dei giudici, che potrebbero avvantaggiare politiche carcerarie che ripropongano le distinzioni di classe e di colore su cui è costruita la pericolosità di determinati gruppi sociali⁹⁵. Infine, questo tipo di modello rischia di diventare fortemente disciplinante la sessualità, imponendo un criterio di valutazione del rischio in capo alle donne alla base della loro condotta sessuale⁹⁶. La stessa MacKinnon si è pronunciata nuovamente in tempi recenti sull'espandersi del modello di *affirmative consent*. L'autrice ha sottolineato come debba considerarsi positiva l'adozione nei codici e nella giurisprudenza del principio, ma dovrebbe aggiungersi una valutazione complessiva della situazione in cui il consenso è stato prestato o meno; inoltre, per MacKinnon non è alla legge penale che va demandata l'eguaglianza tra i generi, piuttosto dovrebbe essere posta a fondamento di tutto il sistema giuridico⁹⁷. MacKinnon, in maniera coerente alle sue posizioni più risalenti, afferma che non è la mancanza di consenso a determinare la violenza sessuale, ma questa discende dalle condizioni di strutturale ineguaglianza tra i generi⁹⁸. In conclusione, secondo l'autrice statunitense, nel processo per stupro la diseguaglianza dovrebbe essere valutata complessivamente per arrivare alla corretta interpretazione del caso concreto. Tutto il sistema giuridico dovrebbe uniformemente provvedere all'eliminazione delle diseguaglianze materiali di genere in modo da riequilibrare l'assetto di potere tra uomini e donne e permettere la piena esplicazione del consenso.

In Italia le posizioni delle teoriche femministe si sono parzialmente discostate dalle elaborazioni statunitensi. La già citata Carla Lonzi ha sottolineato come la sessualità femminile sia stata forgiata dal dominio

⁹⁵ J. HALLEY, *The Move to Affirmative Consent*, in *Journal of Women in Culture and Society*, n. 42, 1, 2016, 123.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ C. MACKINNON, *Rape Redefined*, in *Harvard Law & Policy Review*, 10, 2016, 135.

⁹⁸ *Ibidem*.

maschile⁹⁹. La filosofa, tuttavia, è contraria alla sovrapposizione della sessualità eterosessuale con la violenza. Anche per l'autrice la fine del dominio maschile, che va di pari passo con la fine del sistema economico capitalistico fondato sullo sfruttamento delle soggettività, è la frontiera del possibile in cui finalmente la sessualità sarà vissuta in modo gioioso, tra soggetti senza relazioni gerarchiche che esprimono e praticano i loro desideri¹⁰⁰. Ma l'analisi forse più lucida e comprensiva del problematico rapporto tra consenso e diritto è quello della citata filosofa e sociologa del diritto Tamar Pitch, nel suo celebre testo 'Un diritto per due' pubblicato in Italia nel 1998. L'autrice, che scrive poco dopo l'entrata in vigore della riforma del 1996, dopo averne sottolineato i limiti ivi già espressi, esprime il proprio dissenso circa un'eventuale nuova modifica della legge penale verso il modello di *affirmative consent*. Pitch riconosce subito il rischio del modello di peggiorare il fenomeno della 'vittimizzazione secondaria' e di trasformare, ancora di più, «la vittima in imputata»¹⁰¹. D'altro canto, è necessario ripetere l'affermazione dell'autrice quando indica che «la violenza sessuale, così come viene percepita e vissuta dalle donne, è irriducibile “al” e intraducibile “nel” diritto penale»¹⁰² in quanto il diritto penale non può che fondarsi «sulla base di dicotomie come lecito/illecito, colpevole/vittima e in linea di principio non sopporta ambiguità»¹⁰³. Pitch riconosce la strutturalità della violenza nei rapporti uomo-donna così come riconosciuti da MacKinnon, ma si rifiuta di concepire l'intero assetto dei rapporti eterosessuali come violenti¹⁰⁴. Infine, l'autrice rifiuta ogni tipo di dogmatismo sulla sessualità, indicando che la valutazione circa cosa sia o meno violenza debba essere valutato da ogni singola donna e che possa variare a seconda di molteplici fattori contestuali e personali¹⁰⁵. Inoltre, Pitch mette in guardia dall'idea che esista l'individuo razionale in

⁹⁹ C. LONZI, *op. cit.*, 43.

¹⁰⁰ *Ivi*, 50.

¹⁰¹ T. PITCH, *op. cit.*, 176.

¹⁰² *Ibidem*.

¹⁰³ *Ivi*, 175.

¹⁰⁴ *Ivi*, 170.

¹⁰⁵ *Ivi*, 169.

grado di esprimere sempre e liberamente il proprio consenso, secondo l'autrice

i rapporti tra le persone, e quello tra i sessi in particolare, non sono caratterizzabili come immediatamente trasparenti, come leggibili interamente secondo il paradigma della razionalità rispetto allo scopo, ma viceversa sono intrisi di emozioni, di sentimenti contraddittori, di ambivalenza e di conflitto¹⁰⁶.

E ancora, l'utilizzo di teorie contrattualistiche classiche e moderne ripropone l'assunto per cui

la libertà appartiene a un individuo privo di vincoli [...], e questa libertà si mostra nel momento della scelta [...] la quale, a sua volta è presupposta come razionale, connotando reciprocamente l'individuo che la compie come consapevole, trasparente a sé stesso. Anche qui, la soggettività si suppone senza corpo, e si manifesta precisamente nella capacità astratta di scelta razionale¹⁰⁷.

E ancora: «in un contesto discorsivo siffatto, “autodeterminazione” assume il senso di una capacità astratta, che si manifesta in maniera volontaristica, attribuito di un autore privo di vincoli, dotato di soggettività senza corpo»¹⁰⁸. Infine, l'autrice pone importanti interrogativi: «Chi deve o può essere considerato adulto e responsabile? Come si può essere sicuri che il consenso sia dato liberamente, fuori da costrizioni sociali, economiche, culturali, psicologiche?»¹⁰⁹ e suggerisce anche una risposta: «Se assunto a paradigma, questo criterio (il consenso) finisce per produrre una visione razionalistica e contrattuale dei rapporti, o per essere vanificato dalla “scoperta” che consenso libero non può mai essere dato»¹¹⁰.

¹⁰⁶ *Ivi*, 172.

¹⁰⁷ *Ivi*, 174.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ *Ivi*, 171.

¹¹⁰ *Ivi*, 173.

8. Conclusioni

A conclusione di questo contributo è possibile dire che il consenso è un argomento complesso. Da una parte sono da accogliere le posizioni che spingono verso l'eguaglianza sostanziale tra i generi per raggiungere una piena 'capacità di consentire'. In aggiunta, può essere considerata positiva l'introduzione negli ordinamenti della valutazione del consenso (*affirmative consent*) nei reati di violenza sessuale o la sua acquisizione giurisprudenziale, come avvenuto in Italia. Lo stralcio dell'art. 5 della precedente versione della Direttiva 1385/2024, che vincolava gli stati a considerare il consenso affermativo, può essere considerato un triste 'passo indietro' verso la valorizzazione del principio a livello europeo.

È necessario, tuttavia, valutare i rischi del modello di *affirmative consent* e agire per evitare ogni tipo di condotta giurisdizionale e amministrativa che provochi vittimizzazione secondaria e che scoraggi la persona offesa a denunciare. Infine, il consenso dovrebbe essere considerato dai giudici all'interno dei vari contesti relazionali e ambientali in cui viene prestato, proprio per calarlo all'interno di una relazione complessa, fatta anche di squilibri di potere che la giurisdizione non dovrebbe ignorare. Queste valutazioni sono richieste anche da atti convenzionali vincolanti, come la Convenzione di Istanbul del 2011, che al già menzionato art. 36, II comma, stabilisce: «Il consenso deve essere dato volontariamente, quale libera manifestazione della volontà della persona, e deve essere valutato tenendo conto della situazione e del contesto».

IL MODELLO NEO-PROIBIZIONISTA DI REGOLAZIONE DEL FENOMENO DEL *SEX WORK*: ALCUNI ASPETTI CRITICI

Edoardo Peregalli

1. Introduzione

L'obiettivo di questo intervento consiste nel mettere in luce alcune questioni critiche legate, nello specifico, al modello nordico di regolazione del fenomeno prostituzione.

Prima di affrontare queste tematiche, è necessario porre alcune premesse. Innanzitutto, si è deciso di delimitare il tema al solo *sex work* svolto da lavoratrici femminilizzate¹, in una forma che sia almeno non esclusivamente digitale e con una clientela maschile. È necessario premettere di riconoscere l'importanza e la rilevanza dell'ingente numero di *sex workers* (e, in minor misura, anche di clienti) che si riconoscono in soggettività diverse da quella femminile; si è deciso di seguire la prospettiva assunta prevalentemente dai legislatori neo-abolizionisti, ossia la considerazione della prostituzione come un'istituzione sociale permeata dalla cultura patriarcale, di cui è un elemento fondamentale², intesa prioritariamente come oppressione degli uomini sulle donne.

Una seconda premessa, doverosa nell'accostarmi a una tematica che così tanto si offre a dinamiche oppressive intersezionali, è il punto di vista situato da cui mi ritrovo a trattare questo argomento, in quanto maschio, bianco, cisgender e non *sex worker*. Di conseguenza, l'attitudine con cui mi pongo nell'affrontare questa tematica è prioritariamente

¹ Per "femminilizzate" intendo tutte quelle soggettività che, a prescindere da come si riconoscano, sono trattate come non uomini dalla società, nello specifico dai clienti. Mi sembra necessario non parlare soltanto di donne data l'importanza di altre soggettività non considerate maschili all'interno del fenomeno, soprattutto la prostituzione di persone LGBTQI+.

² C. PATEMAN, *The sexual contract*, Stanford, 1988.

e doverosamente una posizione di ascolto e presa di responsabilità. Peraltro, la criminalizzazione dei clienti permette di mettere in luce alcuni aspetti della maschilità che possono aiutare a comprendere le logiche di socializzazione maschili.

Infine, un'ultima premessa è di carattere prettamente linguistico, ma non può essere trascurata vista l'importanza fondamentale che il linguaggio ricopre, sia nel definire la realtà, sia nel delineare i contorni del dibattito fortemente polarizzato intorno al tema della prostituzione: il neo-abolizionismo (o abolizionismo *tout-court*)³ è il nome dato al modello normativo qui preso in considerazione e fortemente sostenuto dal femminismo radicale, che è la corrente che maggiormente ne rivendica l'efficacia sociale; tuttavia, ritengo fondamentale recepire la posizione critica assunta da varie femministe pro-*sex work*, che definiscono tale modello come neo-proibizionista proprio per mostrarne il carattere criminalizzante nei confronti del cliente tramite l'utilizzo del diritto penale⁴. Una denominazione che viene utilizzata per cercare di non prendere posizione all'interno del dibattito è, invece, quella di modello nordico.

2. Il successo del modello nordico

Prendere in considerazione il modello nordico, sperimentato per la prima volta in Svezia (da qui "nordico"), dove è entrato in vigore nel 1999 tramite la legge *Sexköpslagen*, è estremamente utile per due ragioni. Per prima cosa, è un modello giuridico che ha avuto una rapida e intensa diffusione, venendo nel giro di pochi anni adottato da Norvegia,

³ Ritengo utile tenere distinto il concetto di abolizionismo da quello di neo-abolizionismo in quanto mi sembra utile sottolineare l'apporto fondamentale dato dal secondo, ossia la criminalizzazione del cliente, che nel primo, almeno per come si è imposto nel panorama giuridico e sociale della prima metà del Novecento, non è minimamente considerata.

⁴ G. SERUGHETTI, *Prostituzione: violenza o lavoro? Riflessioni su volontarietà, costrizione e danno nel dibattito sulle alternative politico-normative*, in *AG AboutGender*, v. 8, n. 15, 2019, 164-195.

Islanda, Francia e Irlanda, nonché oltreoceano dal Canada⁵, e la cui adozione è stata suggerita anche dalle istituzioni europee, in primis attraverso una risoluzione del Parlamento europeo del 2014, in cui si

ritiene che un modo di combattere la tratta di donne e ragazze minorenni a fini di sfruttamento sessuale e di rafforzare la parità di genere segua il modello attuato in Svezia, Islanda e Norvegia (il cosiddetto modello nordico), e attualmente in corso di esame in diversi paesi europei, dove il reato è costituito dall'acquisto di servizi sessuali e non dai servizi resi da chi si prostituisce⁶.

A tale risoluzione ne è seguita una molto recente, in cui si rinnova il supporto a tale modello normativo in quanto

i dati provenienti dalla Svezia e da altri paesi mostrano [...] che la prostituzione in strada si è dimezzata quando è stato attuato il modello nordico/di uguaglianza; che in Svezia dal 1995 al 2008 la domanda di prostituzione si è ridotta dal 13,6 % al 7,9 % per effetto dell'attuazione del modello nordico/di uguaglianza; che i dati provenienti dalla Francia dimostrano inoltre che il modello nordico/di uguaglianza porta a risultati positivi⁷.

Il sostegno del Parlamento europeo, come si evince dalle due risoluzioni, ha una base politica, in quanto tale modello viene considerato come un efficace strumento di lotta alla tratta di esseri umani e volto al raggiungimento dell'uguaglianza di genere; inoltre, sembra supportato anche da dati statistici, come evidenziato dalla seconda risoluzione, benché, attraverso una disciplina che criminalizza il cliente, le stime statistiche, già di per sé incerte in una realtà sommersa⁸, risultino anco-

⁵ A. DE NICOLA, *The differing EU Member States' regulations on prostitution and their cross-border implications on women's rights*, studio richiesto dal comitato FEMM del Parlamento europeo, 2021, 22.

⁶ Parlamento europeo, risoluzione del 26 febbraio 2014 su *Sfruttamento sessuale e prostituzione e sulle loro conseguenze per la parità di genere*, punto 29.

⁷ Parlamento europeo, risoluzione del 14 settembre 2023 sulla *Regolamentazione della prostituzione nell'UE: implicazioni transfrontaliere e impatto sull'uguaglianza di genere e sui diritti delle donne*, punto AF.

⁸ E. ABBATECOLA, *Trans-migrazioni: lavoro, sfruttamento e violenza di genere nei mercati globali del sesso*, Torino, 2018, 31.

ra meno affidabili. Tale modello è stato parzialmente seguito anche in Italia, benché non direttamente dal legislatore; infatti, diverse ordinanze delle amministrazioni locali comportano multe per i clienti che sostino con le auto per parlare e negoziare con le prostitute in strada, oltre che, in svariati casi, sanzioni amministrative anche per le prostitute stesse⁹.

Sia da un punto di vista giuridico che da un punto di vista mediatico, il modello neo-abolizionista si è imposto come il riferimento più diffuso, fra quelli moderni, tentando di bilanciare alcune priorità: in primo luogo, l'esigenza di considerare l'importanza del ruolo della prostituzione all'interno delle oppressioni strutturali di genere; in secondo luogo la necessità di contrastare i circuiti di tratta di persone ai fini di sfruttamento sessuale; infine, come richiesto dalle femministe radicali, la pretesa che lo stato non si renda complice dello sfruttamento, delle oppressioni e delle violenze che questo fenomeno comporta per chi vi si ritrova coinvolto¹⁰.

Peraltro, è questo modello giuridico estremamente interessante per ciò che ci dice sul genere maschile: infatti, recepisce le posizioni teoriche di un femminismo radicale anti-prostituzione che considera questo fenomeno come forse la massima espressione delle oppressioni di genere, una pratica con cui gli uomini (intesi come un tutt'uno omogeneo) impongono il proprio riconoscimento in quanto dominatori delle donne e dei loro corpi. Una pietra miliare del "contratto sessuale" cui fa riferimento Carole Pateman¹¹, un'istituzione sociale nel "cuore del capitalismo" di una società patriarcale, come lo definisce Rosa Cobo¹².

Tuttavia, tale modello normativo si offre a diversi spunti e criticità. Specificamente ci si soffermerà su tre punti: le condizioni di sfruttamento a cui vengono sottoposte le prostitute; la visione del cliente che viene presupposta da tale modello e l'impatto sociale su di essi; infine, la funzione simbolica della sanzione ivi adottata.

⁹ G. GAROFALO GEYMONAT, G. SELMI, *Prostituzione e lavoro sessuale in Italia: Oltre le semplificazioni, verso i diritti*, Torino, 2022, 14.

¹⁰ R. COBO BEDIA, *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Madrid, 2017, 91.

¹¹ C. PATEMAN, *op. cit.*

¹² R. COBO BEDIA, *op. cit.*

3. *Il rovesciamento della prospettiva: la responsabilità del cliente*

A una prima impressione, il cambiamento davvero clamoroso di questo modello legislativo è la presenza (finalmente!) del cliente, che, per quanto sia da sempre la controparte necessaria di tale negozio giuridico, è sempre stato invisibile agli occhi dei legislatori precedenti¹³. Del resto, gli occhi di un legislatore patriarcale non possono che essere quelli del cliente, all'interno di un parametro di valutazione e legiferazione prettamente maschile (nel senso che, con gli occhi maschili, è l'altro da sé a venire analizzato, giudicato e disciplinato)¹⁴: ciò potrebbe far pensare (e così è stata rivendicata dalle istituzioni svedesi, per esempio) a una vittoria politica dei movimenti femministi. Questo cambiamento di prospettiva è estremamente importante dal momento che tutti i modelli giuridici precedenti tendevano a responsabilizzare unicamente le prostitute, sia in termini di criminalizzazione sia in termini di regolamentazione, come si evince anche dalla storia italiana prima della legge Merlin, quando sulle lavoratrici venivano addossate tutte le responsabilità, i costi e le sofferenze legate agli obblighi di cure mediche obbligatorie e le restrizioni alla libertà di movimento, in nome dell'ordine pubblico e socio-sanitario¹⁵.

Viene finalmente messa in crisi l'idea che la prostituzione fosse sempre necessariamente esistita in quanto “il lavoro più vecchio del mondo”, una pratica assolutamente “naturale” poiché tale era conside-

¹³ Come spiega S. BELLASSAI, *La mascolinità contemporanea*, Roma, 2004, infatti, la mascolinità è dotata di due caratteristiche fondamentali: invisibilità, dovuta all'impossibilità di vedersi in quanto interiorizzata da ogni struttura sociale, e relazionalità, dovuta alla possibilità di conoscere alcuni tratti distintivi della mascolinità solo attraverso il confronto con le altre soggettività.

¹⁴ Del resto, a partire dall'Età Moderna, lo spazio pubblico, accessibile solo agli uomini, è divenuto il solo spazio politico, relegando, di conseguenza, lo spazio privato alla spoliticizzazione. In questo senso, v. R.L. SEGATO, *La guerra contra las mujeres*, trad. it. di M. Biagiotti, R. Granelli, *La guerra contro le donne*, Napoli, 2023. Non può sorprendere, dunque, che il legislatore, che peraltro ha cominciato a interessarsi della prostituzione soprattutto a partire dal diciottesimo secolo, abbia sempre adottato uno sguardo maschile nell'approcciarsi alla materia.

¹⁵ L. AZARA, *L'uso “politico” del corpo femminile: la legge Merlin tra nostalgia, moralismo ed emancipazione*, Roma, 2017.

rata la pretesa maschile di soddisfare la propria sessualità. Tale concezione della sessualità maschile trova solide radici fin dai tempi di Sant'Agostino, che riteneva la prostituzione un peccato espiabile, un male necessario a scongiurare il pericolo che gli uomini, non potendosi sfogare legalmente, potessero farlo violentemente nei confronti di tutte le donne, incluse quelle perbene¹⁶.

La deresponsabilizzazione della prostituta non può, dunque, che essere considerata un passaggio fondamentale in termini di superamento delle oppressioni di genere; per la verità, tale processo ha avuto inizio già a partire dall'ondata abolizionista (intesa come quella corrente che intendeva, e molto spesso è riuscita, a imporre la chiusura delle case di prostituzione) nata in Inghilterra sulla scorta del pensiero di Josephine Butler e che, nel corso della prima metà del Novecento, si è affermata in quasi tutti i paesi dell'Europa occidentale¹⁷.

Dalla deresponsabilizzazione della prostituta dell'abolizionismo classico, ecco che il neo-abolizionismo compie il passaggio successivo: la responsabilizzazione, e conseguente criminalizzazione, del cliente; così, la prostituta, in quanto vittima e non colpevole, dovrebbe definitivamente essere sollevata dalle responsabilità e dallo stigma sociale che le è stato imposto.

4. *Voci inascoltate: le condizioni delle sex workers*

Se nei propositi del legislatore neo-proibizionista vi è la lotta all'oppressione del genere femminile, e, all'interno di esso, delle persone prostitute¹⁸, già solo osservando i cambiamenti avvenuti in termini di

¹⁶ J. ROSSIAUD, *La prostitution médiévale*, trad. it. di E. Pellizer, *La prostituzione nel Medioevo*, Bari, 1995, 80.

¹⁷ M. GIBSON, *Prostitution and the State in Italy: 1860-1915*, trad. it. di C. Soda, *Stato e prostituzione in Italia: 1860-1915*, Milano, 1995.

¹⁸ Da notare, anche in questo caso, l'importanza determinata assunta dal linguaggio: come ben descrive R. COBO, *op. cit.*, i termini "cliente", "lavoratrice/sex worker" e non solo, fanno parte di uno specifico linguaggio adottato come scelta politica dalle femministe in favore del *sex work*; al contrario, termini come "donne prostitute" e "sfruttatori" vengono adottati dalle femministe radicali antiprostituzione.

condizioni di lavoro delle *sex workers*, il prezzo di questa riforma sembra prevedere il sacrificio di queste ultime. Infatti, bisogna considerare innanzitutto l'atteggiamento infantilizzante con cui viene trattata la vittima che ci si propone di tutelare: la prostituta.

Le prime critiche delle lavoratrici del sesso nascevano proprio dal fatto di non avere visto riconosciuta la propria voce e di non essere considerate titolari di alcuna forma di *agency*¹⁹, come se la scelta di praticare tale professione fosse totalmente vanificata dalla presunzione eteronoma dell'interiorizzazione delle oppressioni di genere²⁰. Si dovrebbe aprire una parentesi legata a cosa sia una scelta libera e cosa no, dibattito che in quest'ambito è sempre stato affrontato, almeno dai legislatori, in termini di separazione fra prostituzione volontaria e coatta, con particolare riferimento ai circuiti di tratta e alla prostituzione minorile, ma che spingerebbe, in questa sede, verso un terreno scivoloso e, soprattutto, eccessivamente lungo e complesso²¹.

In ogni caso, ascoltare le *sex workers* sarebbe stato e continua a essere, oltretutto doveroso, essendo le principali portatrici di interessi in questo ambito, necessario per comprendere l'efficacia nei loro confronti della criminalizzazione²². Se in precedenza il cliente è sempre rimasto invisibile, chi viene invisibilizzato da questa riforma sono proprio le *sex workers*, la cui *agency* non è minimamente considerata nonostante ci si proponga di tutelare proprio loro, vittime delle oppressioni di genere; eppure, la criminalizzazione dei clienti non fa che peggiorare le condizioni di lavoro e di vita: se alcuni di questi vengono effettivamente disincentivati dall'intento di comprare prestazioni sessuali, gli altri diventano strutturalmente più pericolosi per varie ragioni²³.

¹⁹ G. GAROFALO, G. SELMI, *op. cit.*, 139 ss.

²⁰ E. ABBATECOLA, *op. cit.*, peraltro, spiega chiaramente come anche all'interno dei circuiti di tratta vi siano spesso delle decisioni assunte da persone, a volte anche parzialmente coscienti dei rischi, che intendono, tramite essi, giungere in Europa.

²¹ Per un'analisi della libertà di scelta in termini giusfilosofici, invece, v. A. FACCHI, O. GIOLO, *Libera scelta e libera condizione*, Torino, 2020.

²² G. GAROFALO, G. SELMI, *op. cit.*, 139 ss.

²³ M. SMITH, J. MAC, *Revolting prostitutes. The fight for sex workers' rights*, trad. it. di C. Flaminio, *Prostitute in rivolta. La lotta per i diritti delle sex workers*, Napoli, 2022, 244 ss.

In primis, la minore forza contrattuale che assumono le *sex workers* a causa della diminuzione della domanda, che comporta una posizione più debole nelle negoziazioni sui compensi e sulle pratiche da svolgere e una minor capacità di poter imporre al cliente l'utilizzo o meno di contraccettivi; inoltre, i luoghi di lavoro diventano anch'essi più pericolosi, perché le strade sorvegliate dalle forze dell'ordine non possono essere attraversate dai clienti, e, di conseguenza, vengono precluse alle lavoratrici stesse, che sono costrette a spostarsi in luoghi meno visibili; lo stesso vale per chi lavora a casa, dato che le abitazioni vengono sorvegliate e, dunque, diventano inutilizzabili. Ciò, ovviamente, comporta un deterioramento dei rapporti fra la prostituta e le forze dell'ordine, in un contesto in cui sono frequenti i casi di violenza, da quella fisica a quella psicologica, incluso il mancato pagamento della prestazione; infine, sempre a causa della minore visibilità, diventa più complicato lavorare nello stesso luogo di altre *sex workers*, e ciò comporta maggiori difficoltà sia in termini di isolamento lavorativo, sia in termini di potenziale assistenza in caso di scomparsa per tempi eccessivi e sospetti con un cliente, sia, precludendo una dimensione cooperativa fra prostitute, in termini di consigli sull'attività pratica, per esempio, su come approcciare determinate situazioni complesse.

Sembra che, in ultima analisi, una lotta all'oppressione di genere rappresentata dalla prostituzione a partire dalla criminalizzazione dei clienti porti, come contraccolpo, a un accentuarsi dello sfruttamento lavorativo subito da coloro che continuano a prostituirsi.

5. Il cliente come maschio perfettamente socializzato

Spostando l'attenzione sul cliente, l'intenzione del legislatore sembra quella di prevenire la domanda di *sex working* tramite la criminalizzazione di coloro che, devianti, non riescano a controllare gli istinti predatori maschili. Eppure, a mio avviso, anche in questo senso la prospettiva neo-proibizionista produce soprattutto effetti collaterali. Considerando come obiettivo la decostruzione o rielaborazione della maschiilità egemone e violenta, una legislazione che assuma come presupposto un'idea stereotipata del maschile si espone a una duplice critica.

In primo luogo, un errore concettuale è dovuto alla creazione di una distinzione fra i maschi buoni e i maschi cattivi: se l'oppressione di genere fosse determinata solo dalla presenza di alcuni malvagi e perversi, devianti da una sana maschilità, non si tratterebbe di un'oppressione strutturale. Una prospettiva che veda i clienti come dei maschi violenti, diversi degli altri, finisce per creare confusione anche in quei casi in cui i clienti esercitano altri tipi di violenza nei confronti delle prostitute in quanto persone o in quanto controparti di un negozio giuridico: per esempio, per impedire che un cliente non paghi per la prestazione sessuale, la soluzione non può che essere la tutela delle lavoratrici e della loro possibilità di ricorso alle forze dell'ordine e alla giustizia, non la loro invisibilizzazione.

In secondo luogo, l'assunzione di uno stereotipo di maschile impermeabile ai mutamenti socioculturali non considera i motivi che spingono davvero gli uomini a diventare clienti: essi non ricorrono al mercato del sesso a causa di un'innata necessità di dominazione dei corpi, ossia il valore simbolico che tale femminismo radicale, guardando alle oppressioni di genere, associa alla prostituzione; tale desiderio nasce dai processi di socializzazione maschili, che sono costantemente stimolati da immagini, messaggi, pubblicità e desideri indotti, prodotti da un mercato pregno di cultura patriarcale. Ogni persona socializzata come maschio è, infatti, un potenziale cliente²⁴. È proprio su questa socializzazione che sembra necessario intervenire, sul superamento dei miti del *breadwinner* e dell'uomo di successo, del maschio virile il cui valore si misura a partire dal numero di donne avvenenti che lo circondano, del maschio che riconosce la propria virilità sulla base della capacità di dominare l'altro. La *ratio* di questa criminalizzazione difficilmente verrebbe compresa e potrebbe portare più che altro a reazioni depressive (nel migliore dei casi) o revansciste, che, paradossalmente, troverebbero nella prostituta un comodo e disponibile luogo per trovare soluzioni alla fase di transizione che oggi stanno vivendo alcuni uomini in crisi con la propria maschilità²⁵.

²⁴ B. RANEA TRIVIÑO, *Puteros, Hombres, masculinidad y prostitución*, Madrid, 2023, 49.

²⁵ G. SERUGHETTI, *Uomini che pagano le donne. Dalla strada al web, i clienti nel mercato del sesso contemporaneo*, Roma, 2013.

Si aggiunga, poi, che lo smantellamento del *welfare state* prodotto dal passaggio a un'economia neoliberale, da una parte diminuisce per la *sex worker* le condizioni necessarie per compiere scelte più libere possibili tramite la recessione e la progressiva privatizzazione dei diritti fondamentali²⁶, dall'altra causa nell'uomo, insieme alla crescente incapacità di soddisfare le aspettative legate alla propria socializzazione, l'aggravarsi del disorientamento e della crisi identitaria causata dalla progressiva perdita delle certezze (privilegi) di cui ha sempre potuto disporre. Ciò spinge le prime a dover rivendicare come libere delle scelte che potrebbero rimanere vincolate alle oppressioni e alla precarietà, e i secondi a necessitare di luoghi in cui poter fingere che tutto vada avanti come è stato loro insegnato. La continua precarizzazione degli individui, che, intersecata alle oppressioni di genere, porta, ovviamente, a condizioni deteriori per le soggettività femminilizzate, non può risolversi con lo strumento del diritto penale, per lo meno se l'obiettivo è la creazione di condizioni maggiormente egualitarie non al ribasso.

6. Una sanzione politica

Una sanzione come quella adottata dai legislatori neo-proibizionisti, in ultima analisi, pone diverse questioni in merito alle funzioni che dovrebbe svolgere. Che obiettivi si pone?

In primo luogo, non sembra avere una funzione preventiva della pena, in quanto il ricorso alla prostituzione difficilmente verrà riconosciuto dai clienti come una forma di violenza di genere, dato che si tratta di comportamenti appresi come forme di affermazione della propria virilità all'interno dei processi di socializzazione maschili.

In secondo luogo, non sembra neanche rispondere a una funzione rieducativa della pena, in quanto più che porre l'attenzione sulla possibile decostruzione della maschilità egemone, finisce per marginalizzare solo alcuni soggetti, con possibili reazioni aggressive. Senza considerare l'ipotesi di una sanzione detentiva, che spingerebbe dei soggetti so-

²⁶ A. FACCHI, O. GIOLO, *op. cit.*, 87 ss.

cializzati attraverso una maschilità molto spiccata verso una casa degli uomini²⁷, forse la più importante, ossia il carcere, in cui la virilità viene rinforzata anziché rielaborata.

Infine, non sembra tutelare le *sex workers* in quanto vittime, bensì esporle a rischi e sfruttamento superiori; ciò senza nemmeno considerare un fattore di importanza determinante come la frequente mancanza di un permesso di soggiorno nel territorio, che si aggiunge alle molto spesso già precarie situazioni economiche delle lavoratrici.

Tuttalpiù, sembra rispondere soprattutto di una funzione politica della pena, quasi simbolica. Infatti, se da una parte il perseguimento del cliente continua a rimanere estremamente complicato a causa della complicità delle sue vittime, dall'altra, anche qualora avesse successo, i percorsi di reinserimento sociale di questi non sembrano una priorità. Neanche lo stigma che contraddistingue le *sex workers* viene minimamente intaccato, ma, al contrario, la loro vittimizzazione funge da ulteriore dispositivo di sfruttamento.

Peraltro, la parabola intrapresa dal mercato del sesso appare, anche in un fenomeno i cui numeri sono difficilmente calcolabili, in evidente aumento: si sta aprendo a sempre nuovi mercati e nuove forme di *sex work*, con cambiamenti che, essendo sempre più legati al mondo digitale, rispondono a logiche troppo rapide e transnazionali perché un legislatore nazionale possa regolarle efficacemente.

²⁷ D. WELZER-LANG, *Affrontare la violenza domestica maschile su entrambi i fronti*, in *Rivista di filosofia del diritto*, fascicolo 2, 2023, 311.

SEZIONE XI

SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, CONTROLLO SOCIALE
E SOCIETÀ ALGORITMICA

SOCIOLOGIA DEL DIRITTO, CONTROLLO SOCIALE E SOCIETÀ ALGORITMICA

PRESENTAZIONE DEI CONTRIBUTI

Cecilia Blengino, Lorenzo Milazzo

1. Alcuni ritengono che lo sviluppo delle tecnologie algoritmiche e la scoperta, l'estrazione e l'appropriazione del «surplus comportamentale»¹ di cui si nutrono e che ne costituisce la «materia prima»² abbiano dato origine a «un nuovo modo di produzione»³, a «un nuovo sistema di relazioni di classe»⁴ e alle «formazioni ideologiche»⁵ corrispondenti. In breve, a un nuovo tipo di società: «la società degli algoritmi». Altri sostengono, più cautamente, che all'inizio del millennio la «costellazione algoritmica»⁶ sia subentrata a quella «politico-tecnologica della società in rete»⁷ senza tuttavia determinarne il sovvertimento⁸: nella nuova costellazione, secondo Maurizio Ricciardi, insieme alle novità si dovrebbe infatti ravvisare la prosecuzione di processi in atto già da tempo⁹. Del resto, anche chi ritiene che la diffusione delle tecnologie algoritmiche abbia attivato una vera e propria «soglia stori-

¹ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019, 73 ss.

² *Ivi*, 80.

³ J. BURRELL, M. FOURCADE, *The Society of Algorithms*, in *Annual Review of Sociology*, 47, 2021, 216.

⁴ *Ivi*, 215.

⁵ *Ivi*, 216.

⁶ M. RICCIARDI, *Ordine politico e costellazione algoritmica: la tecnologia come progetto d'ordine*, in *Scienza & Politica*, 36, 70, 2024, 15-31.

⁷ *Ivi*, 22.

⁸ *Ivi*, 20.

⁹ *Ibidem*.

ca»¹⁰, constata che esse tendono a proiettare nel futuro e a consolidare – o a «solidificare», come scrive Isabella Consolati¹¹ –, relazioni ineguali di dominio e sfruttamento che provengono generalmente dal passato¹²; rileva che gli algoritmi «si inseriscono [...] dentro a processi di trasformazione che li precedono»¹³; denuncia il rischio che nella critica dei processi ai quali danno luogo si riaffermi, inconsapevolmente o meno,

il canone moderno della politica – centrato sull'individuo sovrano, sull'astratto universalismo della cittadinanza, sul quadro istituzionale e rappresentativo dello Stato e sulla sua presunta autonomia dai rapporti sociali di dominio¹⁴.

Le «tecnologie di governo della povertà»¹⁵, osservava Virginia Eubanks ormai qualche anno fa, «automatizzano l'ineguaglianza», riproducendone e convalidandone le logiche, a maggior ragione quando agli algoritmi impiegati per sorvegliare e punire i poveri è demandata anche l'assunzione di decisioni che incidono più o meno direttamente sui loro diritti e che spesso ne comportano la violazione o il disconoscimento.

Ma è chiaro, in realtà, che la decisione è demandata alla macchina algoritmica soltanto in apparenza, dato che «la quantificazione comporta sempre una serie di scelte tutt'altro che solo “tecniche” circa i criteri

¹⁰ I. CONSOLATI, P. RUDAN, *Politica dell'algoritmo: tecnologie, poteri, teorie*, in *Scienza & Politica*, 36, 70, 2024, 6.

¹¹ I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche. Come gli algoritmi fanno di disfano la storia*, in *Scienza & Politica*, 36, 70, 2024, 98.

¹² Consolati cita al riguardo Carlo Galli per rilevare con lui che «gli algoritmi “sono bloccati nella ripetizione conformistica di ragionamenti che traggono dal passato, che proiettano linearmente nel futuro ipotecendo, nel frattempo, il presente”. La storia, vista dal punto di vista dell'analitica predittiva, sembra essere in un senso molto particolare *magistra vitae*»: I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche*, cit., 84 e C. GALLI, *Democrazia, ultimo atto?*, Torino, 2023, 110-111. Cfr. anche M. AIROLDI, *Teorie e dimensioni del potere algoritmico, tra agency e dominio*, in *Scienza & Politica*, 36, 70, 2024, 54, 59 e P. RUDAN, *Il problema del codice: differenza, identità e riproduzione nell'età degli algoritmi*, in *Scienza & Politica*, 36, 70, 2024, 66.

¹³ I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche*, cit., 95.

¹⁴ I. CONSOLATI, P. RUDAN, *Politica dell'algoritmo*, cit., 6.

¹⁵ V. EUBANKS, *Automating inequality. How high-tech tools profile, police, and punish the poor*, New York, 2018, 9.

di classificazione, i dati rilevanti, gli obiettivi della stessa analisi dei dati»¹⁶, che non sono compiute dalla macchina, per quanto sofisticato possa essere il suo funzionamento, ma da chi la fabbrica e la usa¹⁷.

Le tecnologie algoritmiche, occultando le scelte – non sempre forse del tutto consapevoli – da cui dipendono le loro operazioni, «naturalizzano» le «gerarchie sociali sessiste e razziste»¹⁸ che riproducono e sanciscono e di cui accrescono e moltiplicano gli effetti incorporando «schemi classificatori consolidati nel tempo»¹⁹ e radicati in una modernità giuridica e politica in cui i critici della società algoritmica sembrano, d'altra parte, talora ravvisare un'età tristemente conclusa alla quale, se fosse possibile, varrebbe la pena di tornare.

Alla demonizzazione, non certo immotivata, del «capitalismo della sorveglianza» – che per Zuboff è «capitalismo dell'informazione» passato «al lato oscuro»²⁰ –, corrisponde la celebrazione, assai meno giustificata, delle virtù di un capitalismo dell'informazione, reale o immaginario, capace di resistere alla tentazione di appropriarsi del *surplus* comportamentale degli utenti e di trarne profitto. Mentre il «capitalismo della sorveglianza» saccheggia le nostre vite²¹, ci sottomette e ci riduce all'impotenza²², minaccia la «democrazia»²³, la «società»²⁴ e «il capitalismo stesso»²⁵, «la sacralità dell'individuo»²⁶, «i diritti naturali della sovranità individuale»²⁷, il «libero arbitrio»²⁸ e la «natura umana»²⁹, un

¹⁶ I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche*, cit., 94.

¹⁷ «La tecnologia elettronica», ha scritto Carlo Galli, «è un mulino che macina sé stesso. Automatico. Ma è un mulino che ha padroni, privati e pubblici»: C. GALLI, *op. cit.*, 11. Cfr. M. AIROLDI, *Teorie e dimensioni del potere algoritmico, tra agency e dominio*, cit., 54; A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2021, 47.

¹⁸ P. RUDAN, *Il problema del codice*, cit., 76 e 66. Cfr. M. AIROLDI, *Teorie e dimensioni del potere algoritmico, tra agency e dominio*, cit., 60.

¹⁹ P. RUDAN, *Il problema del codice*, cit., 75.

²⁰ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., 65.

²¹ *Ivi*, 62.

²² *Ivi*, 25.

²³ *Ivi*, 205.

²⁴ *Ivi*, 208.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ivi*, 62.

²⁷ *Ibidem*.

«nuovo capitalismo digitale razionale in linea con le esigenze degli individui e supportato dalle istituzioni democratiche»³⁰, un capitalismo dell'informazione «sano»³¹ e «razionale»³², per Zuboff sarebbe invece «in grado di offrire soluzioni adatte a una terza modernità»³³ mantenendo «tutte le sue promesse di liberazione e sostenendo il nostro desiderio di combattere l'ineguaglianza e l'isolamento», restando «al nostro fianco, assecondando i nostri nuovi bisogni e valori, confermando il nostro innato senso di dignità e rassicurandoci sul fatto di contare qualcosa»³⁴.

Altrettanto vale per la contrapposizione fra contratto e «non-contratto», le cui condizioni sono imposte unilateralmente dalle piattaforme agli utenti³⁵, la quale sembra servire principalmente a eludere la critica all'ideologia delle forme giuridiche borghesi e dei suoi presupposti strutturali, riproponendola nella sua espressione più rassicurante ed elementare:

Il non-contratto desocializza il contratto, fabbricando la certezza e sostituendo con dei processi automatizzati promesse, dialogo, condivisione del significato, risoluzione dei problemi, risoluzione dei conflitti e fiducia: ovvero quella solidarietà e quell'azione umana gradualmente istituzionalizzate nel corso dei millenni proprio nella nozione di “contratto”³⁶.

La sensazione che la critica della società algoritmica abbia, in certi casi, lo scopo implicito di confermare lo stato delle cose offrendone una rappresentazione neutralizzante e assai poco realistica, si acuisce mettendosi in ascolto del coro di voci che da più parti si levano – di nuovo, non certo immotivatamente – per denunciare i rischi della cosiddetta “giustizia digitale”. Si pensi, per esempio, all'apologia del «vecchio

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ivi*, 30.

³⁰ *Ivi*, 63.

³¹ *Ivi*, 241.

³² *Ivi*, 40.

³³ *Ivi*, 241.

³⁴ *Ivi*, 40.

³⁵ Cfr. M. RICCIARDI, *Ordine politico e costellazione algoritmica*, cit., 27.

³⁶ S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., 235.

ordine»³⁷, del «vecchio sistema»³⁸, del «vecchio mondo»³⁹, del «vecchio diritto»⁴⁰ o del «diritto antico»⁴¹ che emerge per contrasto dalla contestazione del «mito della delega alle macchine»⁴² e di una «giustizia “predittiva” [...] senza corti e senza giuristi»⁴³. E si pensi, ancora, all’esaltazione di una pretesa, essenziale *umanità* degli umani della quale avremmo, in realtà, buone ragioni per dubitare⁴⁴; alla difesa dello Stato, e dell’ordine e della pace sociale che lo Stato servirebbe a preservare⁴⁵; all’eterno ritorno del mito della colpevolezza, secondo il quale chi è colpevolizzato «avrebbe potuto agire diversamente nel passato, ma soprattutto [...] potrà agire in altro modo nel futuro»⁴⁶; alla celebrazione del «mistero del rituale»⁴⁷ e della forza simbolica del diritto e del giudizio come «spettacolo vivente»⁴⁸ necessario a rinsaldare il legame sociale e a tenere unita la comunità⁴⁹.

Del resto, scrivono Antoine Garapon e Jean Lassègue,

è molto difficile sottrarsi all’influenza di un mito. La sua natura richiede una critica più profonda di una smentita sociologica, la sua sostituzione con un altro mito, un sospetto ideologico o una mitizzazione del passato [...]. Non si combatte un mito dimostrandone la falsità, ma sta-

³⁷ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 85.

³⁸ *Ivi*, 99.

³⁹ *Ivi*, 221.

⁴⁰ *Ivi*, 232, 236, 238.

⁴¹ *Ivi*, 165, 189, 199.

⁴² *Ivi*, 241 ss.

⁴³ M.R. FERRARESE, *Presentazione dell’edizione italiana*, in A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 12.

⁴⁴ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 277 (cfr. M.R. FERRARESE, *Presentazione dell’edizione italiana*, cit., 17, 19).

⁴⁵ *Ivi*, 258.

⁴⁶ *Ivi*, 275.

⁴⁷ *Ivi*, 154.

⁴⁸ *Ivi*, 270.

⁴⁹ «Il rituale giudiziario, tramite la sua apparente immobilità, permette di integrare l’orrore, di sublimare la violenza e superare i conflitti»: A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 152. Cfr. anche, *ivi*, 55-57, 89-90, 96, 152-153, 183, 252, 257 e M.R. FERRARESE, *Presentazione dell’edizione italiana*, cit., 17 e 23-24.

bilendo una distanza sufficiente a interpretare i fenomeni in altro modo, e ritrovando le motivazioni per continuare la storia dei nostri propri miti⁵⁰.

2. I primi quattro contributi raccolti in questa sezione affrontano alcuni nodi problematici connessi all'ascesa delle tecnologie algoritmiche, delle piattaforme e dell'intelligenza artificiale, con specifico riferimento alle esigenze di tutela dei diritti su cui incidono le operazioni che consentono di compiere e alla possibilità di evitarne l'abuso tramite il diritto. Il quinto avanza il sospetto che la critica alla "giustizia digitale" sia spesso avanzata muovendo dall'accettazione acritica di presupposti fortemente problematici dell'ideologia giuridica tutt'ora prevalente e da una concezione ingenua e irrealistica della "democrazia reale". Il sesto mette in discussione la dottrina liberale classica della moneta così come quella statualista e sovranista. Il settimo e l'ottavo i fondamenti del diritto penale classico, rispettivamente nelle prospettive della giustizia riparativa e della giustizia trasformativa.

La «trasformazione digitale», osserva Michele Martoni, «dà forma a nuovi ambienti di vita»⁵¹ nei quali dobbiamo imparare ad abitare guardandoci dai rischi a cui espongono la nostra autonomia decisionale. L'estrazione e l'analisi di dati comportamentali non serve soltanto a elaborare modelli predittivi ma anche a modificare la percezione della realtà degli utenti e a manipolare le loro scelte «a beneficio degli affari della sorveglianza». La «datificazione» avviene, in genere, con il loro consenso, che d'altra parte spesso è ottenuto tramite tecniche di *design* degli ambienti digitali grazie alle quali «progettisti e sviluppatori di sistemi digitali» inducono occultamente gli utenti ad agire come desiderano i loro committenti senza privarli dell'illusione di compiere liberamente le loro scelte. Benché la materia non sia priva di regolazione, salvo forse per quel che riguarda «l'uso dei *dark pattern* in contesti direttamente o indirettamente destinati a bambini e adolescenti», l'efficacia di tale regolazione appare molto limitata. Una miglior tutela dei diritti e dell'autonomia degli utenti potrebbe essere assicurata favorendo

⁵⁰ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 261.

⁵¹ I riferimenti testuali ai contributi inclusi nella presentazione rinviano ai saggi pubblicati *infra* in questa sezione (nota dei curatori).

l'emersione delle «strategie economiche e di controllo implicite nelle architetture delle piattaforme digitali» e promuovendo la maturazione di una più diffusa consapevolezza delle insidie alle quali siamo esposti negli «ambienti digitali» in cui molte e molti di noi compiono ormai gran parte delle loro attività. L'adozione di adeguate misure educative e di «stili di vita [...] "contro-culturali"» potrebbe del resto favorire, secondo Martoni, l'attivazione di meccanismi di autoregolazione del mercato basati sui «fenomeni del *market punishment*» e della «ricompensa reputazionale» e, conseguentemente, «la diffusione di modelli di *business* maggiormente etici».

Giacomo Pisani constata che le attività delle piattaforme digitali «sfuggono spesso alla capacità di regolazione delle autorità pubbliche» e ritiene che i diritti degli utenti e le loro libertà possano essere efficacemente tutelati solo coinvolgendoli nel governo delle loro operazioni. Pisani rileva che la regolazione di «settori ad alta complessità tecnica» nei quali siano in gioco interessi generali di primaria rilevanza sempre più spesso è demandata ad autorità amministrative indipendenti che potrebbero «legittimare l'esercizio di poteri di tipo tecnocratico, piuttosto che fungere da attori in grado di rilanciare le dinamiche democratiche». Egli auspica, pertanto, che «il rafforzamento» del loro ruolo di tutela e di garanzia dei diritti degli utenti passi «attraverso una democratizzazione della loro modalità di azione» e l'adozione di procedure di «co-regolazione» che coinvolgano gli utenti stessi tramite «formazioni sociali» in grado di rappresentare i molteplici interessi su cui incidono le loro decisioni.

Pisani ritiene che il coinvolgimento «strutturale» di organizzazioni riconosciute e accreditate nei processi deliberativi delle autorità amministrative indipendenti preposte alla regolazione degli impieghi delle tecnologie digitali e algoritmiche potrà consentire, per un verso, di contenere i rischi di «deriva tecnocratica» ai quali per loro natura sono esposte queste autorità e, per altro verso, di conferire agli utenti «potere decisionale [...] sull'infrastrutturazione dello spazio digitale», permettendo loro di partecipare «attivamente alla sua regolazione e alla tutela dei diritti fondamentali».

Sara Pautasso si concentra sui rischi che derivano dall'inserimento nei processi produttivi della «robotica collaborativa» e dei «sistemi in-

telligenti di automazione» così come dall'«incremento dei ritmi lavorativi» che ne consegue, il quale a sua volta può comportare «la compromissione dell'autonomia decisionale del soggetto lavoratore» e «l'erosione delle relazioni intersoggettive all'interno di ambienti lavorativi automatizzati». Nel Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 (*AI Act*), osserva Pautasso, la velocità non è esplicitamente menzionata fra i fattori di rischio connessi a usi impropri dell'intelligenza artificiale. Benché un «riferimento implicito» possa essere desunto dal «principio di trasparenza», poiché «la rapidità con cui i cobot reagiscono ed elaborano dati può superare la capacità umana di comprensione, valutazione critica e reazione consapevole» e può, pertanto, compromettere l'autonomia delle persone con le quali dovrebbero cooperare imponendo ritmi di lavoro che non sono esse stesse a stabilire, secondo Pautasso dovrebbero essere previsti limiti specifici alla velocità operativa dei robot cooperativi al fine di garantire «tempi di reazione e comprensione umana compatibili con il rispetto della dignità e della libertà individuale». L'imposizione di limiti di legge alla velocità dei cobot sembra a Pautasso necessaria anche a impedire che essi diventino strumenti di «controllo implicito» e di valutazione dell'efficienza e della qualità delle prestazioni delle lavoratrici e dei lavoratori. Ciò aggraverebbe ulteriormente gli effetti di «reificazione» a cui sono soggetti privandoli del tempo e delle interazioni necessarie a riflettere criticamente insieme sulla loro condizione ed eventualmente anche a elaborare idonee strategie di resistenza, oltre che a sviluppare «processi di apprendimento condiviso, innovazione e capacità adattive [...] indispensabili in contesti lavorativi sempre più complessi tecnologicamente avanzati».

Matteo Buffa richiama l'attenzione sull'acquisizione, il trattamento e la gestione algoritmica di dati relativi alle «caratteristiche biologiche e comportamentali» di persone migranti e richiedenti protezione internazionale

ai fini del controllo e del governo della mobilità in diverse fasi della gestione dei flussi migratori, così come nelle diverse manifestazioni materiali della frontiera nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea.

La normalizzazione di queste pratiche da parte del diritto dell'Unione, anche alla luce delle novità introdotte dal nuovo Patto sull'immigrazione e l'asilo del maggio del 2024, conferma la scarsa propensione delle istituzioni di governo dell'Unione e dei suoi Stati membri a farsi carico delle esigenze più basilari di tutela dei diritti delle persone migranti e richiedenti asilo o protezione. Benché l'Unione sia dotata di strumenti normativi astrattamente idonei a proteggere anche i «non cittadini» dall'abuso di tecnologie algoritmiche e biometriche, Buffa ravvisa il rischio che la consueta commistione fra questioni migratorie e criminali possa fornire pretesti per privare anche in questo caso le migranti e i migranti di tutele in nome degli imperativi della sicurezza. Ulteriori specifiche preoccupazioni sono destinate inoltre dalla possibilità che i dati biometrici e comportamentali raccolti siano impiegati a fini predittivi e valutativi o addirittura usati per automatizzare la decisione sull'accoglimento o il rigetto delle domande di protezione internazionale.

Pier Giuseppe Puggioni riflette «sulle implicazioni ideologiche [...] del dibattito contemporaneo relativo all'implementazione delle tecnologie algoritmiche in ambito giuridico», gettando le basi per una «critica della critica» del *capitalismo della sorveglianza* e della *giustizia digitale* che rifiuti di contrapporre al terrore insensato dell'apocalisse digitale una altrettanto insensata (e ingiustificata) nostalgia per un presente niente affatto passato, rassegnandosi ad accettare come inevitabile l'alternativa fra «l'esistente stato dell'ordine sociale» e la sua sostituzione con un ordine peggiore.

La critica delle tecnologie algoritmiche, nota Puggioni, sovente accetta acriticamente, quali dati di fatto o valori in sé incontrovertibili, presupposti in realtà fortemente problematici e altamente controversi, come l'idea, per esempio, che gli esseri umani siano dotati, a differenza delle macchine, di «coscienza» e «libero arbitrio» (senza chiarire talora neppure cosa si intenda per l'una e l'altro) o che nelle «democrazie reali» il diritto effettivamente sia espressione dell'autonomia di tutte e tutti o di sistemi di valori ultimi universalmente condivisi.

L'analisi di Antonio Di Stasio si estende ai rapporti che intercorrono «nella tradizione moderna [...] tra denaro, potere politico e diritto». Le «teorie liberali e neoliberali», secondo le quali il denaro sarebbe un mezzo di scambio generato autonomamente dal mercato il cui valore

dovrebbe variare soltanto in base alle sue leggi, occultano la natura politica della moneta rappresentandola come un'«istituzione sociale» spontanea, «neutrale e universale». Le teorie pubblicistiche o stataliste, secondo le quali invece la moneta costituirebbe una «emanazione dello Stato», pur avendo il merito di «ripoliticizzare» il denaro (che la tradizione liberale aveva «depoliticizzato»), tuttavia non riescono a spiegare la circolazione di valute indipendenti da qualsiasi autorità o sistema di governo statale, come il «Bitcoin» o le «monete comunitarie e/o complementari».

Per Di Stasio «la critica marxiana della moneta come capitale» permetterebbe di superare i limiti delle teorie di entrambi i generi, consentendo «di mettere in evidenza la politicità della forma denaro» analizzandola

come dispositivo effettivo di organizzazione della produzione, della distribuzione e della circolazione della ricchezza nel quadro di processi economici e sociali complessivi non riconducibili al primato della sovranità statale.

Claudia Atzeni e Costanza Agnella si interrogano sui fondamenti e i limiti del paradigma penale 'classico' a partire dalle proposte e dalle pratiche della giustizia riparativa e trasformativa.

La giustizia riparativa offre, secondo Claudia Atzeni, l'opportunità di mettere in discussione e riconsiderare criticamente i presupposti del diritto penale contemporaneo, rendendone «evidenti le aporie» e mettendone «in luce le contraddizioni interne, le tensioni irrisolte e i limiti», a cominciare da quello della sua incapacità di soddisfare i «bisogni reali» delle vittime. Atzeni sembra dubitare, tuttavia, che la disciplina organica della giustizia riparativa recentemente introdotta nell'ordinamento giuridico italiano sia coerente con i principi su cui pretende implicitamente di fondarsi e possa valorizzarne appieno le «potenzialità trasformative». Perché i programmi riparativi possano svolgersi e conseguire i loro obiettivi è necessario che la «persona indicata come autore dell'offesa» sia disposta a riconoscere il suo coinvolgimento nei fatti per i quali si procede. Ciò non significa che debba essere disposta anche ad ammettere la sua colpevolezza, ma resta il fatto che, nonostante le cautele adottate dal legislatore, inserendosi nell'alveo della «giustizia

penale tradizionale» la giustizia riparativa impone alla persona accusata scelte che in ogni caso possono aggravare la sua posizione. Atzeni teme, più in generale, che l'enfasi posta sul «riconoscimento della sofferenza della vittima» da una giustizia riparativa organica e complementare al sistema della giustizia penale retributiva possa operare come «una leva punitiva indiretta» riattivando «pur in forme edulcorate, un immaginario della colpa che rimanda a logiche di rivalsa, più che a percorsi di responsabilizzazione autentica».

Più promettente sembra ad Atzeni l'approccio della giustizia trasformativa, la quale «rifiuta [...] anche il vocabolario del diritto penale e della criminologia» e invita a intraprendere «process[i] condivis[i] di consapevolezza, cura e cambiamento» che coinvolgano «l'intera comunità in cui il fatto si è verificato, interrogandola sulle condizioni relazionali e materiali che hanno reso possibile quella forma di violenza».

Costanza Agnella confronta il paradigma della giustizia trasformativa con quello della giustizia attuariale, rilevando che, nonostante le differenze profondissime che intercorrono fra loro, entrambi sono «esplicitamente alternativi a quello classico, basato sull'accertamento della responsabilità personale nel giudizio». La giustizia attuariale si propone di prevenire la commissione di reati riservando trattamenti specifici a soggetti la cui pericolosità è desunta, tramite l'uso di tecnologie algoritmiche, dall'appartenenza a determinati gruppi sociali. Anche quando la profilazione non avvenga esplicitamente sulla base della razza, della classe o del genere, questi fattori «rientrano nella valutazione del rischio attraverso altri elementi», quali «la recidiva, i precedenti contatti con le agenzie del controllo sociale formale», «il livello di istruzione», «l'occupazione», le «condizioni economico-sociali, penalizzando i gruppi già marginalizzati dalle strutture di oppressione» che in questo modo la giustizia attuariale «invisibilizza» e convalida.

A differenza della giustizia attuariale, la giustizia trasformativa intende «superare i sistemi di oppressione che spesso sono alla base sia delle sofferenze delle vittime sia dei modelli tradizionali di punizione dei colpevoli» e che la stessa giustizia riparativa, o almeno, *certa* giustizia riparativa, non si propone di contrastare e finisce talvolta per legittimare, lasciandosi cooptare dagli apparati istituzionali preposti alla loro conservazione. Agnella non ignora, d'altra parte, che i metodi e le

pratiche della giustizia trasformativa presuppongono contesti comunitari fortemente coesi e animati dalla condivisione di specifici valori né, tantomeno, trascura il rischio che, in luogo della pena statale, la giustizia trasformativa ricorra a pene informali i cui effetti possono essere per le persone alle quali sono inflitte altrettanto lesivi e stigmatizzanti.

VIVERE CON I NUMERI, VIVERE COME NUMERI

DESIGN DELLE INTERFACCE, AUTONOMIA LIMITATA E STRATEGIE EDUCATIVE NELL'INFOSFERA

Michele Martoni

1. La trasformazione digitale come fatto sociale

La trasformazione digitale in atto è, prima di tutto, sociale.

Essa dà forma a nuovi ambienti di vita, dimensioni al contempo analogiche e digitali in cui i soggetti agiscono, entrano in relazione e da cui sono interpellati, in un continuo rapporto di circolarità fra azioni e retroazioni.

Antoine Garapon utilizza la categoria maussiana di “fatto sociale totale” proprio con riferimento alla trasformazione indotta dall’impiego massivo delle tecnologie digitali¹. La società non si trasforma in digitale, ma attraversa cambiamenti profondi nelle dinamiche relazionali che la definiscono a tutti i livelli, a causa dell’intermediazione tecnologica.

Luciano Floridi distingue tre tipologie di tecnologie: quelle che migliorano, quelle che accrescono e quelle che re-ontologizzano la realtà in termini informazionali. Queste ultime non si limitano a modificarla, ma la riorganizzano e la re-ingegnerizzano, dando vita a un nuovo modello che egli definisce *Infosfera*².

¹ Il suggerimento si trova in B.G. BELLO, *(In)giustizie digitali. Un itinerario su tecnologie e diritti*, Pisa, 2023, 9. Il richiamo è a M. MAUSS, *Saggio sul dono. Forme e motivo dello scambio nelle società arcaiche*, trad. it. di F. Zannino, con la prefazione di M. Aime, Torino, 2002.

² L. FLORIDI, *La rivoluzione dell'informazione*, Torino, 2010, 12; ID., *Infosfera. Etica e filosofia nell'età dell'informazione*, Torino, 2009, 186.

Ancora Floridi sostiene che da decenni Internet non è più soltanto un sistema di comunicazione ma è la struttura portante di un *habitat* che plasma e che noi abitiamo³.

Sulla stessa linea anche Umberto Galimberti che osserva che la tecnica è aumentata al punto da non essere più uno strumento ma un mondo⁴. Quando un fenomeno aumenta in quantità, dice, produce al contempo un cambiamento qualitativo. Accade così che la tecnica non sia più un mezzo a disposizione dell'uomo, ma divenga un ambiente che pone anch'esso precise condizioni di adattamento.

1.1. Datificazione

L'intermediazione tecnologica implica che ogni azione o altro evento venga trasformato in dato, codificato in termini numerici. Si parla di datificazione⁵. Entrando in rete diveniamo numeri, che agiscono numeri, fra numeri.

Rispetto a questo fenomeno serve porre l'attenzione su due aspetti.

Il primo è che, come osserva Garapon, la codifica digitale rende «omogenei fenomeni molto diversi»⁶. Processore e processato finiscono per condividere la stessa natura. Questo fa sì che dati afferenti a diversi ambiti diventino comparabili, misurabili e correlabili tra loro. Ciò consente, come noto, la deduzione di, e l'accesso a, nuova conoscenza che ha portato allo sviluppo di una florida economia basata sullo sfruttamento dei dati per la profilazione e il confezionamento di servizi personalizzati⁷.

³ L. FLORIDI, *Infosfera*, cit.

⁴ U. GALIMBERTI, *I miti del nostro tempo*, Milano, 2018.

⁵ Si veda, fra gli altri, V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data*, Milano, 2013. Si veda anche V. BARASSI, *I figli dell'algoritmo*, Roma, 2021.

⁶ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, trad. it. di F. Morini, Bologna, 2021, 44.

⁷ Si vedano, fra gli altri, V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *op. cit.*; S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019; V. BARASSI, *op. cit.*

Il secondo aspetto è che, come conseguenza della trasformazione digitale, incidere sui numeri significa potenzialmente esercitare un'influenza su oggetti, fatti, relazioni e agenti.

Si consideri come esempio la *filter bubble* e il sistema di accesso all'informazione. La *filter bubble* è un concetto introdotto da Eli Pariser per descrivere il fenomeno per cui gli algoritmi alla base del funzionamento dei motori di ricerca tendono a selezionare e mostrare contenuti in base ai gusti, interessi e comportamenti dell'utente, raccolti e datificati all'interno dei processi di profilazione⁸. Questo meccanismo, che certamente produce risultati efficienti, ha l'effetto indesiderato di isolare le persone in un ecosistema informativo impermeabile, rinforzando convinzioni preesistenti e limitando l'accesso a prospettive diverse.

La *filter bubble* mostra come la manipolazione dei numeri possa produrre impatti concreti sulla percezione della realtà che viene filtrata secondo tecniche non neutrali, bensì orientate alla massimizzazione dell'attenzione e dell'interazione.

Accettare l'adattamento implica accettare di esporsi a questa forma di potere.

In tale scenario si inserisce l'interessante analisi che Veronica Barassi svolge in *Figli dell'algoritmo*, ove mostra come anche i bambini vengano coinvolti nei processi di datificazione e profilazione algoritmica. Barassi osserva che le identità digitali iniziano a formarsi ancor prima che i soggetti abbiano voce in capitolo: ogni foto condivisa dai genitori, ogni parametro medico raccolto da un'app, ogni attività svolta su una piattaforma educativa contribuisce a costruire un'immagine numerica del bambino, una sorta di gemello digitale che può accompagnarlo, condizionarlo e precederlo nel tempo. Il periodo dell'infanzia si delinea come un territorio di sperimentazione algoritmica, dove le dinamiche di sorveglianza, categorizzazione e predizione diventano parte integrante del processo educativo e di socializzazione⁹.

⁸ E. PARISIER, *Il Filtro*, Milano, 2012. Si veda per un approfondimento C.S. SUNSTEIN, *#Republic: divided democracy in the age of social media*, Princeton, 2017.

⁹ V. BARASSI, *op. cit.* Si vedano anche D. LUPTON, B. WILLIAMSON, *The datafied child: The dataveillance of children and implications for their rights*, in *New Media & Society*, 19, 5, 2017, consultabile in <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1461444816686328> (ultimo accesso 28 aprile 2025); S. LIVINGSTONE, M. STOILOVA, R. NANDA-

Così come per la *filter bubble* siamo di fronte non a una semplice distorsione informativa bensì a una più ampia epistemologia algoritmica, in cui ciò di cui facciamo esperienza dipende da logiche opache di calcolo, interesse economico e controllo sociale.

2. Autonomia e manipolazione nelle scelte mediate dal digitale

L'avvio del processo di datificazione avviene usualmente per il tramite di un atto – implicitamente o esplicitamente – consensuale, per esempio, con l'installazione di un'app, l'iscrizione a un *social network*, l'approvazione di condizioni generali di contratto di servizi *online*, l'impiego di dispositivi personali o domestici.

Tutto questo normalmente implica il consenso alla raccolta di dati personali e al trattamento per finalità di profilazione e classificazione.

In linea di principio, un soggetto quando si trova di fronte alle opzioni offerte da servizi, applicazioni e piattaforme, dovrebbe poter prendere decisioni consapevoli e autonome, basandosi sui propri desideri o sul proprio miglior interesse.

Il punto è che sia le evidenze empiriche che la letteratura scientifica mettono in luce che la capacità di assumere decisioni informate e razionali non può essere presunta. Si pensi, fra gli altri, agli studi di Tversky e Kahneman che hanno indagato le euristiche e le distorsioni che emergono dalle interazioni fra sistema cognitivo impulsivo e sistema cognitivo riflessivo¹⁰. In questo contesto si vedano pure gli studi di Thaler e

GIRI, *Children's data and privacy online: Growing up in a digital age. An evidence review*, London, 2019.

¹⁰ A. TVERSKY, D. KAHNEMAN, *The framing of decisions and the psychology of choice*, in *Science*, 211, 4481, 1981, 453-458. Degli stessi autori si veda anche *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, in *Science*, 185, 4157, 1974, 1124-1131. Si vedano, inoltre, fra gli altri, M. MARTONI, *Un'autonomia ostacolata: limiti cognitivi, incompetenze e design ingannevoli nella trasformazione digitale*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2024, consultabile in <https://riviste.unimi.it/index.php/sociologiadeldiritto/article/view/23283> (ultimo accesso 27 aprile 2025); A. PUNZI, *Ragionevolmente attento ed avveduto. Note sulla responsabilità del consumatore nell'economia della conoscenza*, in AA.VV., *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Milano, 2011, 529-546.

Sunstein sul *nudging* e la recente letteratura sull'economia comportamentale¹¹.

È dunque ingenuo e rischioso affidarsi all'idea che un soggetto possa valutare tutte le possibili opzioni e consapevolmente e autonomamente decidere.

A limitare l'autonomia ci pensa anche la progettazione e lo sviluppo del *design* delle interfacce grafiche, delle *app*, dei servizi e delle piattaforme, in grado di influenzare e manipolare le scelte dell'utente, molte volte sfruttando proprio quei limiti cognitivi di cui ho detto.

2.1. Il design come forma di potere

L'ambiente trasformato digitalmente non è soltanto un mondo tecnico, ma una dimensione in cui chi governa la tecnica stabilisce le regole.

Lessig, in tempi non sospetti, scriveva che il codice è legge, *code is law*, giocando ovviamente sul significato della parola *code*¹².

Nel suo saggio *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, Enrico Maestri evidenzia come il codice informatico stia assumendo un ruolo centrale nella regolazione delle interazioni *online*¹³. Il codice, ovvero il linguaggio con cui vengono scritti i programmi informatici, è in grado di regolare i comportamenti, diventando una vera e propria fonte normativa che determina ciò che è possibile fare all'interno di un sistema digitale.

Se accettiamo l'idea, oggi ampiamente condivisa in ambito teorico, che il codice costituisca una forma di legge capace di stabilire vincoli, abilitazioni e condizioni operative, allora è inevitabile riconoscere che il controllo sul codice determina una forma di potere.

I progettisti e sviluppatori dei sistemi digitali esercitano, attraverso le architetture che disegnano, una funzione normativa profonda: sono loro a definire le impostazioni di *default*, i limiti dell'accesso, i percorsi

¹¹ F. VELLA, *Diritto ed economia comportamentale*, Bologna, 2023.

¹² L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York, 1999. Nel 2006 Lessig ha pubblicato la seconda edizione aggiornata intitolata *Code: Version 2.0*.

¹³ E. MAESTRI, *Lex informatica e diritto. Pratiche sociali, sovranità e fonti nel cyberspazio*, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 1, 2017, 15-28. Si veda anche B. LATOUR, *The culture of technology*, Cambridge, 1991.

di navigazione e persino le modalità con cui l'utente potrà fare esperienza del mondo digitale.

In questo senso, il codice non si limita a supportare le interazioni, bensì le orienta, le modella, talvolta le restringe, sempre le struttura. Esso agisce come un dispositivo semantico e relazionale, in grado di configurare il tipo di relazione che si instaura tra gli individui, e tra questi e l'ambiente tecnologico.

Ne risulta un'interazione dinamica in cui l'essere umano non si limita a utilizzare la tecnologia, ma ne è a sua volta trasformato.

Il *design*, sia nella sua accezione di progetto architettuale del sistema, sia in quella di espressione grafica del modello di interazione, dà forma al percorso che guida l'utente¹⁴.

Più nello specifico, le interfacce grafiche, ossia le rappresentazioni visive che permettono all'utente di interagire con sistemi (piattaforme) digitali, rappresentano la soglia da varcare per entrare nel nuovo *habitat*, sono il luogo di mediazione, la terra di confine fra le ambizioni di profitto del *provider* e lo spazio in cui si esercita l'autonomia dell'utente.

L'interfaccia grafica del servizio nasce immaginata, progettata e infine codificata secondo una certa architettura che conduce a un certo obiettivo. Non è neutrale.

Ne è un esempio il fenomeno ormai noto come *attention economy* che Shoshana Zuboff pone alla base del cosiddetto capitalismo della sorveglianza¹⁵. Si tratta di modelli di *design* e di interazione utente-piattaforma volti a catturare senza soluzione di continuità l'attenzione dell'utente¹⁶.

¹⁴ Sono di estremo interesse i lavori di D.A. NORMAN, in particolare, *The design of everyday things*, New York, 1979; *Emotional design: why we love (or hate) everyday things*, New York, 2004; *The design of everyday things: revised and expanded edition*, New York, 2013.

¹⁵ S. ZUBOFF, *op. cit.*

¹⁶ Si vedano, per ulteriori approfondimenti, P.G. DE LA TORRE, M. PÉREZ-VERDUGO, X.E. BARANDIARAN, *Attention is all they need: Cognitive science and the (techno) political economy of attention in humans and machines*, in <https://arxiv.org/abs/2405.06478> (ultimo accesso 28 aprile 2025); F. MICHEL, F. GANDON, *Pay attention: a call to regulate the attention market and prevent algorithmic emotional governance*, in <https://arxiv.org/abs/2402.16670> (ultimo accesso 28 aprile 2025).

Ci troviamo davanti a quello che Solove indica come il paradosso del consenso, ossia un consenso che non è espressione di piena autonomia ma, come osserva anche Rodotà, che si delinea come la mera risultante di una serie di condizionamenti¹⁷.

Nelle interfacce grafiche questi condizionamenti prendono la forma dei cosiddetti *dark patterns* che sono un'applicazione delle *persuasive technologies* che Floridi qualifica come *technologies of power*¹⁸.

I *dark patterns* vengono sviluppati nell'ambito degli studi sulla cosiddetta *human computer interaction*, ossia quel campo della ricerca che si occupa della progettazione e dell'uso della tecnologia informatica nell'ambito della interazione tra utente e *computer*.

Come abbiamo visto, nel contesto delle tecnologie digitali, il *design* delle interfacce e il codice informatico sottostante giocano un ruolo cruciale nella strutturazione dell'esperienza dell'utente, configurando ciò che è visibile, accessibile e facile da scegliere. Questo processo incide in modo significativo sull'architettura delle decisioni, influenzando comportamenti e orientamenti attraverso la modulazione delle possibilità disponibili e la disposizione degli elementi sullo schermo.

Tali strategie fanno leva sui limiti cognitivi e sulle competenze digitali degli utenti, utilizzando tecniche sottili di orientamento delle scelte che, pur non imponendo direttamente obblighi, esercitano una pressione sulla volontà.

Il *design*, dunque, si configura come una forma di regolazione che opera attraverso la persuasione, la facilitazione e persino la manipolazione, a seconda dell'intensità e delle finalità con cui viene applicato.

In questa cornice, appare illuminante il contributo di Byung-Chul Han, che descrive il soggetto contemporaneo come immerso in un regime informazionale in cui «si crede libero, autentico e creativo»¹⁹, sot-

¹⁷ Si vedano D.J. SOLOVE, *Privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 1880-1903, e, dello stesso autore, *The myth of the privacy paradox*, in *George Washington Law Review*, 89, 1-51, 2021. Si veda, infine, S. RODOTÀ, *Tecnopolitica, la democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Bari-Roma, 1997, 150.

¹⁸ Si veda L. FLORIDI, *Hypersuasion – On AI's persuasive power and how to deal with it*, in *Philosophy & Technology*, 37, 64, 2024, 1-10.

¹⁹ B.-C. HAN, *Infocrazia. Le nostre vite manipolate dalla rete*, Torino, 2023, 4.

toposto a un potere che non si manifesta sotto forma di divieto o comando, ma che si insinua nel quotidiano «sotto forma di convenienza, con stimoli positivi, non con obblighi o doveri». Un potere che non costringe, ma suggerisce, orienta, seduce, e che, come osserva ancora Han, «non ordina, ma sussurra; non comanda, ma sospinge», inducendo il comportamento «con mezzi sottili»²⁰.

Tale configurazione del potere, resa possibile dalla datificazione, dalla profilazione e poi dal codice e dall'interfaccia, contribuisce alla formazione di un ambiente digitale in cui l'autonomia soggettiva viene messa in questione, sostituita da forme di eterodirezione invisibile, che si presentano come libertà ma operano come dispositivi normativi integrati nelle tecnologie quotidiane.

2.2. *Linee guida sui dark pattern, spunti normativi e giurisprudenziali per ulteriori riflessioni*

Le linee guida dello *European Data Protection Board* (EDPB) del 2022 definiscono i *dark pattern* nell'ambito della protezione dei dati personali, come le interfacce, le esperienze utente implementate sulle piattaforme che inducono gli utenti a prendere decisioni non volute e potenzialmente dannose. Si tratta di schemi di progettazione delle interfacce e delle esperienze utente che, con modalità sottili ma incisive, orientano gli utenti verso determinate decisioni²¹.

Il documento individua sei principali categorie di *dark patterns*, illustrando con precisione le diverse strategie adottate. Una tecnica particolarmente diffusa è l'*overloading*, che consiste nel sommergere l'utente con un'eccessiva quantità di opzioni, informazioni o richieste, rendendo arduo per quest'ultimo operare una scelta realmente ponderata. A tal riguardo, è emblematico il fenomeno noto come *privacy maze*, ovvero l'intricata serie di passaggi e richieste che gli utenti devono affrontare,

²⁰ *Ivi*, 10 e 11.

²¹ Si vedano le *Guidelines 03/2022 on deceptive design patterns in social media platform interfaces: how to recognise and avoid them* dello *European Data Protection Board*, disponibili in https://www.edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-032022-deceptive-design-patterns-social-media_en (ultimo accesso 28 aprile 2025).

per esempio quando tentano di cancellare un *account* su una piattaforma *social*.

Un'altra categoria è rappresentata dallo *stirring*, ovvero il ricorso a elementi visivi ed emotivi per influenzare subdolamente le decisioni dell'utente. In questo contesto si colloca la tecnica del *hidden in plain sight*, che prevede l'occultamento di opzioni favorevoli all'utente mediante caratteri di dimensioni ridotte o colori poco visibili, pur mantenendoli tecnicamente accessibili. È una strategia che punta a favorire scelte più vantaggiose per il gestore della piattaforma, a scapito dell'utente.

È importante sottolineare che le tipologie di *dark pattern* variano in funzione del contesto applicativo. In ambito ludico, per esempio, Zagal et al. hanno sviluppato una tassonomia specifica volta a classificare i modelli manipolativi impiegati nei videogiochi²².

Sulla base di tali studi, Gray et al. hanno successivamente proposto una sistematizzazione delle diverse classificazioni²³.

L'innovazione tecnologica, e in particolare l'intelligenza artificiale, sta determinando una rapida evoluzione di questi strumenti. In letteratura si parla di *hyper-persuasion* e di *hyper-nudging*, termini che descrivono interfacce capaci di adattarsi dinamicamente e personalizzare in tempo reale le interazioni sulla base dei comportamenti individuali degli utenti²⁴.

Non sorprende quindi che regolatori e giudici abbiano intensificato la loro attenzione sul fenomeno. Nel gennaio 2019 la *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL), autorità amministrativa indipendente francese competente in materia di dati personali, ha pub-

²² J.P. ZAGAL, S. BJÖRK, C. LEWIS, *Dark patterns in the design of games*, *International Conference on Foundations of Digital Games*, 2013, disponibile in <https://www.semanticscholar.org/paper/Dark-patterns-in-the-design-of-games-Zagal-Björk/19a241378b06d868eb5f6b76027172c3aaca86f4> (ultimo accesso 29 aprile 2025).

²³ C.M. GRAY, Y. KOU, B. BATTLES, J. HOGGATT, A.L. TOOMBS, *The dark (patterns) side of UX design*, in *Proceedings of the 2018 CHI Conference on human factors in computing systems*, 534, 2018, 1-14.

²⁴ Si vedano K. YEUNG, 'Hypernudge': *big data as a mode of regulation by design*, in *Information, Communication & Society*, 20, 1, 2016, 118-136; L. FLORIDI, *Hyper-persuasion – On AI's persuasive power and how to deal with it*, in *Philosophy & Technology*, cit.

blicato un rapporto sull'influenza delle interfacce sull'autonomia decisionale degli utenti²⁵, mentre nel febbraio dello stesso anno il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha adottato una dichiarazione sulle capacità manipolative dei processi algoritmici²⁶.

Le Linee Guida dell'EDPB del marzo 2022 (sopra citate) si inseriscono in un quadro normativo europeo in cui il *Digital Services Act*, il *Digital Markets Act*, il *Data Act* e l'*Artificial Intelligence Act* contengono disposizioni, seppur sintetiche, sui *dark pattern*. A tali strumenti si affiancano il GDPR e la normativa UE sulle pratiche commerciali scorrette, che possono trovare applicazione in presenza di interfacce ingannevoli²⁷.

Va tuttavia segnalato che nella regolamentazione europea risultano ancora limitati o del tutto assenti riferimenti specifici all'uso dei *dark pattern* in contesti direttamente o indirettamente destinati a bambini e adolescenti, nonostante la crescente esposizione di tali fasce d'età a piattaforme digitali.

Anche negli Stati Uniti si osserva una crescente attenzione sul tema. Nel mese di dicembre 2022, per esempio, la Epic Games è stata sanzio-

²⁵ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES (CNIL), *Shaping choices in the digital world. From dark patterns to data protection: the influence of ux/ui design on user empowerment*, IP Reports Innovation and Foresight, 06, gennaio 2019, disponibile in https://www.cnil.fr/sites/cnil/files/2023-06/cnil_ip_report_06_shaping_choices_in_the_digital_world.pdf (ultimo accesso 27 aprile 2025).

²⁶ COUNCIL OF EUROPE, COMMITTEE OF MINISTERS, *Declaration by the Committee of Ministers on the manipulative capabilities of algorithmic processes*, 13 febbraio 2019, disponibile in <https://rm.coe.int/090000168092dd4b> (ultimo accesso 29 aprile 2025).

²⁷ Regolamento (UE) 2022/2065 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Digital Services Act* o *DSA*), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/2065>; Regolamento (UE) 2022/1925 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Digital Market Act* o *DMA*), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2022/1925>; Regolamento (UE) 2023/2854 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Data Act* o *DA*), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2023/2854>; Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio (*Artificial Intelligence Act* o *AI Act*), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689>; Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio (*General Data Protection Regulation* o *GDPR*), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679>; Direttiva 2005/29/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (*Unfair Commercial Practices Directive* o *UCPD*), in <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2005/29/2022-05-28> (ultimo accesso 29 aprile 2025).

nata dalla *Federal Trade Commission* per aver impiegato *design trick* atti a stimolare acquisti su Fortnite, un popolare videogioco particolarmente diffuso tra i minori²⁸. Analogamente, Google ha subito una sanzione per aver utilizzato *dark pattern* al fine di raccogliere dati di localizzazione senza adeguato consenso²⁹.

Diversi contenziosi sono tuttora pendenti presso le corti statunitensi. Il 14 febbraio 2024, solo per citare uno dei più recenti, è stata intentata una causa da alcune amministrazioni pubbliche dinanzi alla *Superior Court of the State of California, County of Los Angeles*, contro le principali piattaforme *social*. Nel procedimento si contesta di aver deliberatamente adottato strategie di *design* finalizzate a creare dipendenza negli utenti e a ridurre la loro autonomia decisionale, con particolare riguardo ai minori.

Il 18 dicembre 2023 la Commissione europea ha comunicato di aver avviato un procedimento formale per violazione del *Digital Services Act* (anche riguardo all'uso di *dark pattern*) nei confronti della piattaforma X³⁰. Il successivo 19 febbraio 2024, la stessa sorte è toccata alla piattaforma Tik Tok³¹.

In ambito nazionale, il Garante italiano per la protezione dei dati personali ha sanzionato Ediscom S.p.A. per l'adozione di modelli di comunicazione ingannevoli nella progettazione delle interfacce dei suoi

²⁸ Per maggiori dettagli si veda <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/12/fortnite-video-game-maker-epic-games-pay-more-half-billion-dollars-over-ftc-allegations>, e anche https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/1923203EpicGamesComplaint.pdf (ultimo accesso 29 aprile 2025).

²⁹ Per un approfondimento si veda <https://oag.dc.gov/release/ag-racine-announces-google-must-pay-95-million> (ultimo accesso 29 aprile 2025). Al seguente link è disponibile una copia del *Settlement Agreement*: <https://oag.dc.gov/sites/default/files/2022-12/2022.12.29%20DC-Google%20Settlement%20Agreement%20%5Bfor%20signature%5D.pdf> (ultimo accesso 29 aprile 2025).

³⁰ Si veda https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/it/ip_23_6709 (ultimo accesso 20 aprile 2025).

³¹ Si veda https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_24_926 (ultimo accesso 20 aprile 2025).

portali, che compromettevano la chiarezza dei processi di iscrizione ai servizi³².

Infine, tra il 29 gennaio e il 2 febbraio 2024, il *Global Privacy Enforcement Network* (GPEN) ha lanciato una vasta indagine conoscitiva (*privacy sweep*) sui modelli ingannevoli di *design* adottati nei siti *web* e nelle applicazioni mobili. Il successivo 9 luglio è stato rilasciato il report *Deceptive Design Patterns* nel quale si afferma che il 97% dei siti *web* e delle *app* esaminati utilizzano almeno un *dark pattern*³³.

3. *Proposte e strategie per un nuovo paradigma*

Siamo di fronte a un fenomeno sul quale l'efficacia della normativa è limitata da diversi fattori, come per esempio: la globalizzazione dei servizi in rete; le diverse sensibilità dei governi rispetto ai diritti; l'azione di potenti *lobby*; l'effetto rete che connota i servizi della società dell'informazione e che può spingere gli utenti, in particolare quelli più giovani, a cercare di ottenere un servizio anche aggirando le misure informatico-giuridiche implementate dal proprio paese di appartenenza; la stessa azione delle tecniche di manipolazione che contribuisce a consolidare singoli comportamenti in stili di vita e, talvolta, in vere e proprie dipendenze.

Preso atto di una situazione di vulnerabilità, dell'esistenza di un interesse economico teso a sfruttarla, e della inefficacia delle norme, ci si domanda quali strumenti si possano introdurre.

Una trasformazione totale come quella in atto richiede un nuovo genere di educazione e sensibilità, la capacità di attuare nuovi stili di vita che possono a ragione definirsi "contro-culturali". Le persone che agiscono civilmente non sono il risultato del caso, ma sono il risultato di

³² Garante per la protezione dei dati personali, *Provvedimento prescrittivo e sanzionatorio nei confronti di Ediscom S.p.A.*, 23 febbraio 2023, n. 9870014, consultabile in <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9870014> (ultimo accesso 28 aprile 2025).

³³ Per il testo integrale del report si veda <https://www.privacyenforcement.net/content/2024-gpen-sweep-deceptive-design-patterns> (ultimo accesso 28 aprile 2025).

un processo educativo; in quest’ottica, insegnare significa «influenzare l’ambiente»³⁴.

A questo proposito la Raccomandazione del Consiglio dell’Unione europea del 22 maggio 2018³⁵ definisce la competenza digitale come la capacità di agire da cittadini responsabili e di partecipare pienamente alla vita civica e sociale, in base alla comprensione delle strutture e dei concetti sociali, economici, giuridici e politici. Essa è certamente un punto essenziale, in particolare ove si estenda alla comprensione delle strutture e dei concetti sociali, economici, giuridici e politici alla base dei processi di trasformazione digitale e datificazione, ma occorre immaginare una strategia composta da più azioni. Anche, e soprattutto, per evitare di far gravare tutto il peso delle responsabilità sulle spalle dell’utente.

3.1. Linee d’azione: design, co-progettazione, trasparenza

Nell’ottica di delineare una possibile strategia d’intervento, vorremmo a questo punto tentare almeno in parte l’individuazione di ambiti e attività da promuovere:

- (i) analisi del *design* delle interfacce: risulta necessario promuovere la ricerca finalizzata a far emergere, attraverso lo studio dei modelli di progettazione, le strategie economiche e di controllo implicite nelle architetture delle piattaforme digitali. In particolare, la diffusione di tali conoscenze all’interno di percorsi educativi potrebbe favorire fenomeni di *market punishment*, trasformando l’incentivo al profitto in un fattore di miglioramento delle pratiche³⁶;

³⁴ K. POPPER, *Cattiva maestra televisione*, Milano, 2019, 69 ss.

³⁵ Raccomandazione del Consiglio del 22 maggio 2018 relativa alle competenze chiave per l’apprendimento permanente (2018/C 189/01), in [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604(01)) (ultimo accesso 20 aprile 2025).

³⁶ Si vedano, fra gli altri, anche A. MATHUR, G. ACAR, M.J. FRIEDMAN, E. LUCHE-RINI, J. MAYER, M. CHETTY, A. NARAYANAN, *Dark patterns at scale: findings from a crawl of 11K shopping websites*, in *Proceedings of the ACM Human-Computer Interaction*, 3, 81, 2019, in <https://arxiv.org/abs/1907.07032> (ultimo accesso 23 aprile 2025).

- (ii) sviluppo di codici e *standard* di progettazione: è auspicabile l'elaborazione di linee guida che tengano conto delle principali tassonomie di *dark pattern* emerse in letteratura e che offrano alternative progettuali fondate sui principi di trasparenza e rispetto dell'autonomia decisionale degli utenti³⁷;
- (iii) introduzione di pratiche di autovalutazione: appare opportuno prevedere la realizzazione di valutazioni d'impatto sui diritti fondamentali degli utenti, con particolare attenzione alle categorie vulnerabili come bambini e adolescenti. A tali valutazioni dovrebbe seguire l'adozione di misure di mitigazione adeguate, analogamente a quanto previsto in materia di protezione dei dati personali³⁸;
- (iv) promozione del *co-design* e del coinvolgimento degli utenti vulnerabili: si raccomanda il coinvolgimento diretto dei minori, ove le condizioni di sicurezza lo consentano, nelle fasi di progettazione e sviluppo delle interfacce. In alternativa, si potrebbe ricorrere a sistemi di intelligenza artificiale addestrati su dati comportamentali anonimizzati, garantendo comunque la partecipazione attiva delle associazioni rappresentative³⁹;
- (v) definizione di meccanismi di ricompensa reputazionale: appare strategico integrare modelli di valorizzazione della reputazione che incentivino pratiche di *design* corrette, incidendo positivamente sui modelli di monetizzazione e contribuendo alla diffusione di modelli di *business* maggiormente etici;
- (vi) sviluppo di strategie educative per una cittadinanza elettronica consapevole: particolare rilievo assume l'implementazione di program-

³⁷ Si veda C.M. GRAY, Y. KOU, B. BATTLES, J. HOGGATT, A.L. TOOMBS, *The dark (patterns) side of UX design*, cit.

³⁸ In questo ambito cfr. art. 35, GDPR. Si vedano anche: Children's Rights Alliance, *Child rights impact assessment tool*, 2024, in <https://childrensrights.ie/wp-content/uploads/2024/10/CRIA-Toolkit.pdf> (ultimo accesso 5 maggio 2025); UNICEF, *Developing global guidance for child rights impact assessments in relation to the digital environment*, aprile 2024, in <https://www.unicef.org/reports/CRIA-responsibletech> (ultimo accesso 5 maggio 2025).

³⁹ Si veda anche S. LIVINGSTONE, A. THIRD, *Children and young people's rights in the digital age: an emerging agenda*, in *New Media & Society*, 2017. Disponibile online in https://eprints.lse.ac.uk/68759/7/Livingstone_Children%20and%20young%20people%20rights_2017_author%20LSERO.pdf (ultimo accesso 20 aprile 2025).

mi educativi volti a promuovere una cittadinanza elettronica critica e consapevole. Tali programmi dovrebbero stimolare il riconoscimento delle trappole presenti negli ambienti digitali e favorire la consapevolezza dei propri limiti cognitivi, quale premessa per l'adozione di strategie di autodifesa efficaci;

- (vii) sostegno all'intervento legislativo: determinate misure – quali l'introduzione di impostazioni predefinite protettive o l'obbligo di sistemi efficaci di verifica dell'età – richiedono un'azione normativa incisiva, risultando difficilmente realizzabili attraverso sole iniziative di autoregolamentazione.

In prospettiva, una strategia strutturata su tali direttrici potrebbe incidere progressivamente sulla domanda di servizi digitali, inducendo dal basso, e secondo le logiche di mercato, una trasformazione del modello capitalistico attualmente fondato sulla sorveglianza.

3.2. Percorsi di educazione alla cittadinanza elettronica

Circa le iniziative rivolte alla promozione dell'educazione alla cittadinanza elettronica, merita attenzione l'esperienza del progetto Insieme nella Rete, avviato circa un decennio fa come iniziativa riconducibile alla terza missione dell'università e attualmente in fase di evoluzione verso ambiti più propriamente di ricerca. Il progetto è finalizzato alla promozione di percorsi educativi orientati alla cittadinanza elettronica, con particolare attenzione allo sviluppo di consapevolezza critica e competenze digitali nei contesti scolastici. Il progetto, nato come un semplice ciclo di incontri, si è progressivamente strutturato fino a coinvolgere tutte le scuole della città di Imola e numerosi istituti dei comuni limitrofi (Borgo Tossignano, Dozza, Castel Guelfo, Castel San Pietro Terme e Medicina), per un totale di 21 scuole di ogni ordine e grado.

Il progetto Insieme nella Rete si distingue per una struttura metodologica partecipativa e multilivello, fondata sull'approccio della *peer education*, che si è rivelato particolarmente efficace nel contesto scolastico. Ogni anno, un gruppo selezionato di studenti delle scuole secondarie di primo e secondo grado prende parte a un percorso formativo strutturato su tematiche centrali quali la protezione dei dati personali, la sicurezza informatica, l'uso consapevole delle tecnologie, il cyberbulli-

smo e, più recentemente, le implicazioni etiche dell'intelligenza artificiale generativa.

Gli studenti formati diventano a loro volta formatori dei propri pari, realizzando interventi educativi nelle classi di appartenenza. Questo modello a cascata consente non solo una più ampia disseminazione dei contenuti, ma anche un coinvolgimento attivo e responsabilizzante dei giovani nel processo di apprendimento.

Al modello della *peer education* si è affiancata, inoltre, una metodologia basata sulla *gamification*, culminata nella progettazione di un gioco di ruolo ideato dagli studenti stessi, ambientato in un mondo *fantasy* privo di violenza, dove i “punti empatia” sostituiscono i tradizionali “punti ferita”, promuovendo così la cooperazione e l'aiuto reciproco. È stata immaginata l'ambientazione, i personaggi giocanti e non giocanti, le schede personaggio con storia, dettagli ed equipaggiamenti.

All'interno del gioco i personaggi devono utilizzare i punteggi abilità per risolvere enigmi attraverso l'intuizione, l'equipaggiamento e la cooperazione con gli altri personaggi coinvolti nell'avventura.

L'obiettivo è stato quello di creare un'esperienza simbolica e diretta delle situazioni complesse e critiche in cui quotidianamente i giovani sono immersi potenziando la cooperazione di gruppo e l'aiuto reciproco. Il tutto attraverso un mondo immaginario interamente realizzato dai ragazzi.

Dal punto di vista istituzionale e territoriale, il progetto Insieme nella Rete rappresenta un esempio virtuoso di collaborazione inter-istituzionale e di governance educativa partecipata.

L'approccio territoriale adottato promuove una rete di corresponsabilità educativa tra scuole, enti locali, famiglie e associazioni, valorizzando le specificità del contesto e favorendo una diffusione capillare delle competenze di cittadinanza elettronica. L'iniziativa si pone quindi in linea con gli obiettivi delle politiche europee e nazionali sull'educazione civica e sulla transizione digitale, contribuendo alla costruzione di un ecosistema formativo permanente e integrato, orientato a sostenere lo sviluppo di una cittadinanza consapevole, critica e attivamente partecipe nell'infosfera.

Infine, merita una breve riflessione l'attività condotta nell'ambito dell'Azione 1.6 del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR),

nella parte dedicata all'orientamento attivo nella transizione scuola-università. In particolare è stata realizzata da alcuni ricercatori del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Urbino una iniziativa dal titolo *Abitare la trasformazione digitale: Competenze di cittadinanza elettronica per libertà e diritti fondamentali*.

Questa azione ha come obiettivo principale il rafforzamento delle politiche di orientamento per accompagnare gli studenti nel passaggio dalla scuola secondaria superiore all'università, con particolare attenzione allo sviluppo delle competenze richieste dal mondo accademico e professionale, in un contesto che sempre più richiede abilità digitali avanzate.

Il progetto *Abitare la trasformazione digitale: Competenze di cittadinanza elettronica per libertà e diritti fondamentali*, si sviluppa attraverso un percorso formativo articolato in cinque lezioni e si propone di formare una classe di *peer educator* capaci di diffondere le competenze relative alla cittadinanza elettronica, alla protezione dei dati e alla sicurezza digitale tra i compagni di scuola.

L'iniziativa mira a fornire agli studenti non solo le conoscenze teoriche necessarie, ma anche le capacità pratiche per affrontare le sfide della vita digitale.

In tal modo, il progetto risponde all'esigenza di orientamento attivo, favorendo lo sviluppo di competenze trasversali.

Il percorso prevede un approccio pratico, dove, dopo una parte introduttiva teorica, gli studenti sono chiamati a rielaborare i contenuti appresi in gruppi di lavoro, per poi realizzare autonomamente una presentazione. L'ultima lezione è dedicata alla valutazione del lavoro svolto, con riflessioni sui contenuti trattati e sulle modalità comunicative adottate dai diversi gruppi. I temi delle prime quattro lezioni riguardano aspetti cruciali della transizione digitale, come la cittadinanza elettronica, la protezione dei dati, l'analisi di contratti con le piattaforme digitali, il contrasto alla disinformazione e il cyberbullismo. Si tratta di tematiche in linea con le competenze digitali previste dal PNRR, utili per orientare gli studenti verso una partecipazione consapevole e sicura all'ambiente digitale.

Come anticipato, uno degli obiettivi del progetto è quello di formare gruppi di studenti capaci di diffondere conoscenza tra i compagni, uti-

lizzando il metodo della *peer education* per creare una rete di sensibilizzazione sul corretto uso delle tecnologie, sulla consapevolezza dei propri diritti digitali e sulla responsabilità nell'ambito della cittadinanza elettronica. Questo approccio non solo contribuisce alla crescita delle competenze tecniche, ma promuove anche una cultura della responsabilità e della sicurezza.

4. Breve nota conclusiva

Il percorso di riflessione avviato in questo contributo non si esaurisce nella ricognizione teorica o nell'analisi normativa, ma intende porsi come apertura, o almeno come invito, a uno sguardo capace di tenere insieme la complessità tecnica e l'istanza educativa che attraversano il vivere contemporaneo. L'infosfera non è soltanto il nuovo ambiente dell'agire, ma è ormai l'ambiente del pensare, del formarsi e del relazionarsi. In essa, la strutturazione digitale dell'esperienza non è un evento neutro, ma un processo antropologico, che modella possibilità, relazioni e significati.

In questo quadro, il diritto non può essere impiegato soltanto in funzione repressiva, ma deve riacquistare un respiro progettuale, capace di dialogare con i linguaggi del *design*, della formazione, dell'etica applicata. È qui che si apre uno spazio fecondo per la ricerca giuridica: non tanto nella rincorsa alle innovazioni tecnologiche, quanto nella capacità di contribuire alla loro comprensione e, per quanto possibile, al loro orientamento. Ciò richiede un rinnovato impegno interdisciplinare, in cui il diritto sia strumento per custodire la misura e la forma della convivenza, anche – e soprattutto – nei contesti digitali.

La prospettiva che emerge è quella di un'educazione alla cittadinanza elettronica che non sia solo trasmissione di competenze tecniche, ma esercizio critico di consapevolezza. Educare a “vivere con i numeri”, senza essere ridotti a “vivere come numeri”, significa accompagnare alla lettura degli strumenti digitali una capacità di discernimento culturale, giuridico e sociale. Ciò chiama in causa non soltanto la scuola, ma l'intero ecosistema formativo, comprese le famiglie, le istituzioni, i media, le comunità territoriali.

In ultima istanza, la sfida che si profila non è solo quella di comprendere le tecnologie, ma di immaginare – e rendere possibile – un diverso modo di abitare la tecnica. Una postura che non nega la potenza del digitale, ma ne reclama la destinazione: quella di uno strumento al servizio della dignità umana e della giustizia sociale.

UN MODELLO DI “AMMINISTRAZIONE CONDIVISA” PER L’ECONOMIA DIGITALE

Giacomo Pisani

1. Introduzione

Obiettivo di questo contributo è indagare alcune sfide connesse con la regolazione delle piattaforme digitali, a partire dall’esigenza di valorizzare il ruolo delle istituzioni pubbliche e degli utenti. Le piattaforme digitali governano oggi le relazioni fra milioni di utenti, strutturando, attraverso l’uso di algoritmi opachi, dei veri e propri campi di potere, che sfuggono spesso alla capacità di regolazione delle autorità pubbliche.

In questo quadro, un’importanza sempre maggiore, nell’ambito della regolazione del digitale, la stanno assumendo le autorità amministrative indipendenti: l’espansione del loro potere di regolazione rispetto a settori investiti dall’impatto del digitale presenta dei problemi inediti, in cui è implicato il rapporto fra diritto, relazioni sociali e giustizia.

Metteremo in evidenza alcuni rischi di questo fenomeno, connessi innanzitutto col fatto che tali autorità possano imboccare delle derive tecnocratiche, in assenza di una revisione in senso pluralistico dei loro modelli decisionali e di governance. A partire da una discussione delle principali sfide che si presentano oggi all’interno di questo scenario, messo in relazione con il quadro normativo delineato dalla *data protection law*, proveremo a indicare una possibile prospettiva per favorire il rilancio dei principi democratici: quella di un canale di co-regolazione, in cui autorità amministrative indipendenti e utenti possano collaborare alla definizione di un quadro di regole per l’orizzonte digitale.

La disciplina europea sulla protezione dei dati personali ha da tempo superato la concezione passiva del soggetto sottesa dal diritto alla privacy, relegando però l’utente a un ruolo per lo più reattivo, in grado di agire esclusivamente “a valle” dei trattamenti algoritmici messi in moto dalle piattaforme digitali. Si tratta, piuttosto, di riconoscere all’utente

dei canali di partecipazione all'interno della regolazione del digitale, in cui anche gli interessi collettivi implicati nelle relazioni algoritmiche possano essere adeguatamente rappresentati.

La prospettiva di una revisione in senso collaborativo dei modelli di azione delle autorità amministrative indipendenti può favorire al contempo un maggiore potere decisionale in mano agli utenti. Sarà questo l'asse del ragionamento che svilupperemo nel presente contributo.

2. Autorità amministrative indipendenti e regolazione pubblica

Il ruolo delle autorità amministrative indipendenti nei settori interessati dall'evoluzione del digitale è da tempo oggetto di dibattito, in particolare in ambito amministrativo. A essere discussa è stata soprattutto la ripartizione delle competenze fra le autorità esistenti, in relazione agli interessi e ai beni giuridici coinvolti, nonché i problemi che esse si trovano ad affrontare di fronte alla rapida evoluzione del digitale¹. L'attività svolta dalle autorità amministrative indipendenti, sempre più centrale nei paesi occidentali, apre ulteriori questioni, che attengono alle attuali sfide regolative poste dalla moltiplicazione delle piattaforme digitali e dall'uso che queste fanno dei dati degli utenti.

Come è stato notato, sempre più spesso le piattaforme assumono il ruolo di regolatori privati², riproducendo funzioni e caratteri tipici dei regolatori pubblici³. Esse definiscono, attraverso l'uso di infrastrutture

¹ Per restare solo al contesto italiano si vedano, fra gli altri, B. RABAI, *I big data nell'ecosistema digitale: tra libertà economiche e tutela dei diritti fondamentali*, in *Amministrare*, 47, 3, 2017; A. PERRUCCI, *Big Data all'ecosistema digitale. Dinamiche tecnologiche e di mercato e ruolo delle politiche pubbliche*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 18, 1, 2019, 61 ss.; L. CALIFANO, *La protezione dei dati personali e il ruolo del Garante in ambito pubblico*, in *Media Laws*, 1, 2018, 1 ss.

² Per un approfondimento si veda E. MARIQUE, Y. MARIQUE, *Sanctions on digital platforms: beyond the public-private divide*, in *Cambridge International Law Journal*, 8, 2019, 2, 258 ss. L'articolo mostra come le piattaforme esercitino un potere intenso di definizione delle norme e di imposizione delle sanzioni, con una tendenza ad accentrare il potere, che porta a una trasformazione dei confini tra pubblico e privato.

³ Cfr. A. SUNDARARAJAN, *The sharing economy*, Cambridge, 2015.

algoritmiche, le regole che governano le relazioni fra milioni di utenti⁴. L’opacità che caratterizza il funzionamento degli algoritmi, unita alla pervasività delle decisioni automatizzate, mette costantemente a rischio le libertà individuali, reclamando delle possibili strategie per bilanciare tutela dei diritti ed evoluzione tecnologica⁵.

Attraverso le piattaforme digitali, sta avvenendo una *reintermediazione*⁶ di relazioni sociali di vario genere: fra utenti, fra lavoratori e committenti, fra imprese e consumatori, ecc. All’interno dell’economia delle piattaforme, una condizione alla base della creazione del valore economico è la possibilità di controllare i comportamenti attraverso l’immagazzinamento e l’utilizzo dei dati degli utenti. Attraverso la gestione algoritmica dei dati, le piattaforme procedono a *reintermediare* le relazioni sociali⁷, strutturando dei veri e propri campi di potere⁸.

In questo scenario, si assiste a una difficoltà dei poteri pubblici tradizionali nel regolare i mutamenti in atto, ponendosi a tutela dei diritti fondamentali degli utenti. Ciò è dovuto innanzitutto al carattere sovranazionale delle piattaforme digitali, nonché ai profili estremamente tecnici dei problemi coinvolti. Un ruolo di primo piano lo stanno assumendo le autorità amministrative indipendenti, organi pubblici che assumono un ruolo di garanzia, indispensabile ai fini di un bilanciamento dei poteri nell’orizzonte digitale⁹.

⁴ Cfr. L. AMMANNATI, *I “signori” nell’era dell’algoritmo*, in *Diritto pubblico*, 27, 2, 2021, 381 ss.

⁵ L. AMMANNATI, *Verso un diritto delle piattaforme digitali?*, in *Federalismi.it*, 17, 7, 2019, 6.

⁶ Cfr. G. PISANI, *Piattaforme digitali e autodeterminazione. Relazioni sociali, lavoro e diritti al tempo della “governamentalità algoritmica”*, Modena, 2023.

⁷ Cfr. A. ROSENBLAT, L. STARK, *Algorithmic labor and information asymmetries: A case study of Uber’s drivers*, in *International Journal of Communication*, 10, 2016, 3758 ss.

⁸ Per un approfondimento delle questioni teorico-giuridiche implicate, si veda S. PIETROPAOLI, *Da cittadino a user. Capitalismo, democrazia e rivoluzione digitale*, in A. CAVALIERE, G. PRETEROSSO (a cura di), *Capitalismo senza diritti?*, Milano, 2021.

⁹ Mauro Barberis, all’interno del volume *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, assume le autorità amministrative indipendenti come un contro-potere, in grado di opporre, insieme alle corti costituzionali e internazionali, un argine all’espansione delle Big-Tech e alla costante minaccia da esse portata alla democrazia. A partire dalla constatazione delle minacce da oggi apportate dalle piattaforme digitali alla tenuta dei no-

Esempi di autorità amministrative indipendenti, in ambito nazionale, sono l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, CONSOB, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, la Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali, il Garante per la protezione dei dati personali. Tali organismi sono stati creati «per dare una risposta efficace (da più parti indicata come obbligata) alle istanze di una società e di un'economia crescentemente complesse e globali»¹⁰.

Le autorità indipendenti svolgono funzioni legislative, amministrative e giudiziarie insieme. A esse è richiesto di agire al di fuori dei canoni della discrezionalità politica, in una logica di autonomia funzionale. Come è stato efficacemente sintetizzato,

l'indipendenza delle Autorità e le rispettive funzioni sono serventi alla tutela effettiva degli interessi dei cittadini in settori particolarmente delicati dell'ordinamento, e, dunque, dei principi costituzionali che in essi sono direttamente coinvolti¹¹.

Le loro caratteristiche hanno favorito

la progressiva affermazione del modello di governance tramite autorità indipendenti nell'ambito di tutti i Paesi membri dell'Unione europea in settori strategici, economicamente rilevanti e caratterizzati da elevata tecnicità, quali, ad esempio, quello monetario, finanziario, della privacy, energetico, farmaceutico, ecc.¹².

stri assetti democratici, fondati sulla separazione dei poteri, egli riconosce a tali organismi un ruolo decisivo, al fine di tutelare i diritti fondamentali degli utenti. Per un approfondimento si veda M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e giustizia digitale*, Milano-Udine, 2023.

¹⁰ A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 25, 2, 2005, 332.

¹¹ O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e istituzioni politiche: questioni problematiche*, in *Nuove autonomie*, 28, 2, 2019, 231.

¹² G. GIORGINI PIGNATELLO, *Costituzionalismo europeo del digitale e governance dell'infosfera*, in *Ianus Diritto e Finanza, Quaderni 2023*, 121.

Eppure, il rischio è che tali autorità possano legittimare l’esercizio di poteri di tipo tecnocratico, piuttosto che fungere da attori in grado di rilanciare le dinamiche democratiche.

Del resto, quello della legittimità democratica è sempre stato un elemento assai dibattuto, sin dagli albori dello Stato moderno di diritto. Quest’ultimo non è mai stato esente, infatti, da profili di problematicità, inerenti, in particolare, al rapporto tra partecipazione popolare e decisione politica. All’interno dello schema su cui si regge la sovranità moderna, la rappresentanza elettiva costituisce la fonte di legittimazione del potere politico, che trova il proprio momento di più alta espressione nel potere legislativo. In virtù del mandato elettivo il soggetto eletto può decidere politicamente, esprimendo la volontà del popolo intero, la volontà generale. Il fondamento della sovranità moderna è la «rappresentazione dell’unità politica»¹³, laddove le volontà composite dei cittadini vengono sintetizzate all’interno di un unico proponimento, fatto coincidere, artificiosamente, con la decisione del “sovrano” eletto.

In questo modello, la partecipazione è confinata all’espressione della delega elettiva: quest’ultima fornisce al decisore politico un potere pressoché illimitato, eppure forgiato dal crisma dell’universalità. La rappresentazione elettiva ha permesso di saldare, all’interno di un’equazione tutt’altro che scontata, la volontà popolare con un potere politico libero da vincoli di mandato.

Tale modello, infatti, si fonda sul cosiddetto “mandato libero”: la volontà del rappresentante è libera da vincoli con gli interessi dei “rappresentati”. Assumendo i limiti di questo meccanismo, Kelsen si spingeva a etichettare la rappresentanza come una “grossolana finzione”, che garantiva la completa indipendenza degli eletti¹⁴. Su coordinate per certi versi affini, già Weber aveva notato come tale sistema determinasse una divaricazione della rappresentanza politica dalla rappresentanza

¹³ G. DUSO, *Reinventare la democrazia. Dal popolo sovrano all’agire politico dei cittadini*, Milano, 2022.

¹⁴ H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in ID., *La democrazia*, Bologna, 1998, 76.

degli interessi¹⁵, trasformando il Parlamento in luogo di selezione di capi politici.

In effetti, tale schema non ha impedito al potere di esprimere orientamenti illiberali: la legalità formale della decisione politica non costituisce un requisito sufficiente ad arginare l'arbitrarietà del potere entro il perimetro della giustizia sostanziale. Di qui la necessità di limitare in maniera più netta il potere politico, erede del carattere *absolutus* della sovranità di derivazione hobbesiana¹⁶. Tale contraddizione troverà una parziale risoluzione nella stagione costituente del secondo Novecento, quando il potere legislativo verrà vincolato alla rigidità della Costituzione e della giustizia costituzionale¹⁷.

Ciò che qui interessa rilevare è che le autorità amministrative indipendenti rischiano di esasperare alcuni dei limiti segnalati, agendo al di fuori dei circuiti canonici dell'espressione democratica¹⁸ che, nonostante le aporie richiamate, avevano permesso di mediare tra partecipazione e decisione politica. Com'è noto, tali organismi sono chiamati a espri-

¹⁵ M. WEBER, *Economia e società*, Milano, 1999, vol. I, 295. Sul punto, cfr. E. RINALDI, *Divieto di mandato imperativo e disciplina dei gruppi parlamentari*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2017, 133 ss.; M. CUONO, *In principio era il mercato, poi venne la rete. Disintermediazione, libertà, legittimità*, in *Iride*, 28, 2, 2015, 305 ss. Per un approfondimento storico-filosofico dei concetti di mandato libero e mandato vincolato, nell'ambito di un ragionamento più generale sulla crisi della rappresentanza, si veda V. PAZÉ, *Crisi della rappresentanza e mandato imperativo*, in *Teoria politica*, 4, 2014, 277 ss.

¹⁶ A. PINTORE, *Stato di diritto*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2011, 11. Alcune note critiche sulle posizioni che vedono nella filosofia di Hobbes il fondamento di un completo assoggettamento degli individui sono presenti in V. PELUSO, *Autodeterminazione, partecipazione e potere dei dati. Brevi note a partire da Piattaforme digitali e autodeterminazione di Giacomo Pisani*, in *Jura Gentium*, 20, 2, 2023, 138 ss.

¹⁷ Come sintetizza efficacemente Luigi Ferrajoli, «grazie a questa rigidità, la legalità cambia natura: non è più solo condizionante e disciplinante, ma è essa stessa condizionata e disciplinata da vincoli giuridici non più solo formali ma anche sostanziali; non è più semplicemente un prodotto del legislatore ma è anche progettazione costituzionale del diritto da produrre e dunque limite e vincolo, quale diritto sul diritto, al legislatore medesimo» (L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali e democrazia costituzionale*, in *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, 2, 2016, 371).

¹⁸ Cfr. F. ZAMMARTINO, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematici e nuove prospettive*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, 944 ss.

mersi in settori ad alta complessità tecnica, in cui sono al contempo implicati interessi collettivi di rilevanza finanche costituzionale. La necessaria neutralità dell’azione delle autorità indipendenti, in assenza di modelli di deliberazione di carattere pluralistico, rischia di alimentare logiche di legittimazione della decisione di tipo “tecnocratico”¹⁹.

Eppure, gli ambiti di decisione delle autorità indipendenti reclamano valutazioni di carattere non solo tecnico, ma anche politico. A essere coinvolti negli ambiti di pertinenza delle *authorities*, infatti, ci sono interessi collettivi eterogenei, la cui regolazione impone un’attenta valutazione delle condizioni e delle effettive implicazioni di ogni decisione, ben al di là di considerazioni di natura esclusivamente tecnica.

Oltretutto, è innegabile il legame “genetico” delle autorità indipendenti con la politica²⁰, essendo i loro organi direttivi nominati dai vertici politici²¹ e, dunque, esprimendo l’orientamento delle maggioranze elette²². Esse si espongono, quindi, al pericolo di subire in modo irriflesso – riproducendoli a propria volta – alcuni dei limiti vissuti dalla politica all’interno dell’attuale fase storica, in cui l’egemonizzazione della sfera pubblica ad opera delle piattaforme digitali²³ sta erodendo la

¹⁹ Per un approfondimento delle questioni in gioco, si vedano F. DONATI, *Le autorità indipendenti tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2006, 11; A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell’ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2015, 1-2; F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001.

²⁰ Cfr. O. SPATARO, *Autorità amministrative indipendenti e istituzioni politiche: questioni problematiche*, in *Nuove autonomie*, cit.

²¹ Nel contesto italiano, assemblee parlamentari, Camere o Governo.

²² Per un approfondimento delle principali questioni implicate nelle procedure di nomina delle autorità indipendenti si vedano, fra gli altri, E. MARTINELLI, *Autorità indipendenti e politica*, in *Amministrare*, 30, 1-2, 2000; G. MOCAVINI, G. NAPOLITANO, G. BUTTARELLI, R. MORGANTE, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un’analisi empirica delle nomine e dei mandati*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2023, 441 ss.; F. BLANDO, *Questioni di sindacabilità degli atti di nomina delle autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 14, 2009, 1 ss.; M. CLARICH, G. CORSO, V. ZENO ZENCOVICH, *Il sistema delle Autorità indipendenti: problemi e prospettive*, in *Le Autorità amministrative indipendenti*, Roma, 2006, 7 ss.

²³ Cfr. M. CUONO, *In principio era il mercato, poi venne la rete. Disintermediazione, libertà, legittimità*, cit.; G. GIACOMINI, *Verso la neointermediazione. Il potere delle grandi piattaforme digitali e la sfera pubblica*, in *Iride*, 31, 3, 2018, 457 ss.

partecipazione e accentuando spinte illiberali. È stato notato, in questo quadro, come l'uso sapiente delle tecnologie digitali costituisca una fondamentale leva per stabilizzare forme di potere autoritarie²⁴.

Il rafforzamento del ruolo delle autorità indipendenti come soggetto in grado di porsi a garanzia dei diritti degli utenti non può che passare attraverso una democratizzazione della loro modalità d'azione. Le decisioni di questi organismi hanno un impatto determinante sulla vita delle persone, coinvolgendo dimensioni sociali estese ed eterogenee. Perché tali decisioni non siano espressione di una ragione tecnica assunta a norma trascendentale è necessario garantire il confronto fra punti di vista differenti, creando dei canali di partecipazione che favoriscano l'espressione degli utenti, in un'ottica pluralistica.

Un onere decisivo dischiuso da tale prospettiva, di ordine teorico ma con un immediato risvolto anche in termini di politica del diritto, è quello di immaginare dei canali di partecipazione che consentano di moltiplicare gli interessi rappresentati dalle *authorities*. Ciò mette capo a diverse questioni di estrema rilevanza, che necessitano di essere opportunamente discusse, ma che in questa sede possiamo solo accennare.

3. *Un diverso modello di amministrazione*

La possibilità di promuovere il ruolo regolativo delle autorità amministrative indipendenti nell'ambito di un modello che valorizzi, in ottica pluralistica, gli interessi e le posizioni degli utenti, interpella innanzitutto i rapporti fra amministrazione e politica. L'idea di affidare al dialogo fra autorità amministrative indipendenti e cittadini la realizzazione di obiettivi di interesse generale rischia di produrre un corto circuito rispetto all'architettura moderna della sovranità, su cui ancora oggi poggia, nei suoi caratteri essenziali, il nostro ordinamento giuridico.

Un primo interrogativo, assai sfidante, è allora se sia possibile pensare all'amministrazione come dimensione di partecipazione in qualche modo alternativa alla politica, e dunque anche svincolata dalla rappre-

²⁴ G. GIACOMINI, *Perché serve una "innovazione liberale". Limitare le derive autoritarie al tempo della comunicazione digitale*, in *Politica & Società*, 12, 2-3, 2023, 321 ss.

sentanza elettiva. Alcune proposte teoriche in passato hanno già messo in luce il potenziale “istituente” del diritto amministrativo e la sua capacità di veicolare la partecipazione in maniera efficace²⁵. Giorgio Berti e Feliciano Benvenuti²⁶, per esempio, si sono focalizzati sull’amministrazione come luogo in cui potesse realizzarsi una forma più compiuta di democrazia partecipativa²⁷. Negli ultimi anni, Gregorio Arena ha riflettuto su coordinate per molti versi affini, giungendo alla proposta di un modello di amministrazione di carattere collaborativo, denominato “amministrazione condivisa”, già oggetto di sperimentazione a livello locale nel Paese²⁸.

Tali proposte si inseriscono all’interno di un esteso dibattito attorno alle forme di governo partecipativo, nonché all’attualizzazione del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale, che in Italia vanta una lunga e importante tradizione. Nell’ambito della cornice giuridica descritta dal cosiddetto “paradigma sussidiario”, numerose iniziative, in Italia, soprattutto a livello locale, hanno visto protagoniste formazioni sociali collettive e cittadini attivi, che hanno partecipato, in varie forme, al disegno e alla programmazione delle politiche pubbliche.

Le procedure amministrative di tipo sussidiario possono oggi essere interpretate come matrici di partecipazione democratica, a condizione che venga conosciuta piena dignità politica a tali processi, nonché agli

²⁵ Cfr. G. PISANI, *Oltre il confinamento amministrativo del principio di sussidiarietà orizzontale. La sfida politica della solidarietà*, in *Politica del diritto*, 54, 4, 2023, 529 ss.

²⁶ Si vedano, fra gli altri, G. BERTI, *La responsabilità pubblica (Costituzione e amministrazione)*, Padova, 1994; ID., *Sussidiarietà e organizzazione dinamica*, in *Jus*, 2004; F. BENVENUTI, *L’ordinamento repubblicano*, Padova, 1996; ID., *Scritti giuridici*, Milano, 2006.

²⁷ In questa prospettiva teorica riecheggia tra l’altro, una accezione dell’amministrazione precedente al costituzionalismo moderno. Fondamentali, su questo tema, sono le ricerche di Pierangelo Schiera, sull’amministrazione come luogo di organizzazione della vita pubblica. Per un approfondimento, si vedano P. SCHIERA, *Dal potere legale ai poteri globali. Legittimità e misura in politica*, in *Scienza & Politica*, Quaderno n. 1, 2013; ID., *Storia come modernità. Introduzione*, in *Scienza & Politica*, 28, 55, 2016, 9 ss.

²⁸ Per un approfondimento, si veda G. ARENA, *I custodi della bellezza*, Milano, 2020.

esiti che ne derivano. In questa chiave, il livello amministrativo può contribuire ad avvicinare politica e cittadini, costringendo le decisioni politiche a confrontarsi con i bisogni e gli interessi delle persone. Si tratta di una dinamica che può permettere di superare l'astrazione della politica, frutto di quello schema costitutivo della sovranità moderna che abbiamo ripercorso, ancorando la decisione politica all'immanenza delle relazioni sociali.

D'altro canto, preservare l'ancoramento amministrativo del paradigma sussidiario può avere ulteriori vantaggi. Innanzitutto, può favorire un dispiegamento sistematico della partecipazione, all'interno di procedure razionali e indipendenti dall'arbitrio del decisore politico. Infine, può favorire la continuità dei processi collaborativi, indipendentemente dai cambiamenti delle maggioranze elette²⁹.

Ora, è evidente che le autorità amministrative presentano profili di particolarità anche rispetto all'amministrazione tradizionale, operando già, per loro natura, al confine fra amministrazione, giurisdizione e politica: esse non si limitano ad applicare la legge, ma fissano delle regole, vigilando al contempo sulla loro applicazione³⁰. Esse presentano un carattere "ibrido": come è stato notato,

è difficile vedere nell'attività delle *authorities* l'elaborazione di una funzione amministrativa in senso tradizionale, poiché esse, come detto, non si limitano alla realizzazione dell'interesse predeterminato dal legislatore, ma, nella maggior parte dei casi, *concorrono a definirlo*³¹.

La questione fondamentale, da cui si dipana probabilmente una vera e propria pista di ricerca, è relativa a quali possano essere, nell'economia digitale, le procedure che consentano ai cittadini quantomeno di incidere sulle decisioni di tali autorità indipendenti. Lo sviluppo di forme di partecipazione di questo genere può indurre a un più generale ripensamento del ruolo dell'amministrazione, la quale, opportunamente

²⁹ A. SOLA, *I privati nella gestione delle emergenze ambientali: i patti di collaborazione*, in *Ambienteditto.it*, 1, 2019, 1 ss.

³⁰ Cfr. A. PATRONI GRIFFI, *Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento costituzionale: profili problematici di ieri e di oggi*, cit.

³¹ A. RIVIEZZO, *Autorità amministrative indipendenti e ordinamento costituzionale*, cit., 331.

coordinata con la politica e con la rappresentanza tradizionale all’interno di un modello di governance complesso, potrebbe configurarsi come luogo in cui rilanciare il protagonismo degli utenti nella regolazione del digitale.

4. Una proposta di “amministrazione condivisa” per l’economia digitale

L’utente, all’interno del quadro descritto dalla disciplina europea sulla protezione dei dati personali, è tutt’altro che un soggetto passivo. Piuttosto, negli anni si è sviluppato un preciso orientamento della “data protection law”, ben evidente all’interno del GDPR, teso a valorizzare il ruolo dell’utente ai fini della tutela dei suoi dati personali. L’utente è identificato non tanto in “negativo”, mediante il diritto a essere “lasciato in pace”, ma in quanto soggettività attiva, in grado di controllare i propri dati e di opporsi alle azioni che contraddicono la sua autonomia. Si tratta di una declinazione in senso dinamico della privacy, non più appiattita sull’accezione negativa che ha segnato l’origine della categoria³².

Eppure, un elemento di problematicità, che investe l’impostazione della *data protection law*, è riconducibile innanzitutto al carattere individualistico dei diritti e degli strumenti che esso introduce, nonché alla sua focalizzazione quasi esclusiva sul trattamento di dati personali. È difficile, per il singolo utente, percorrere individualmente le possibilità che gli sono messe a disposizione, all’interno di una situazione caratterizzata da una enorme asimmetria di potere, ma anche da estrema opacità. Inoltre, l’impostazione individuale dei diritti richiamati rischia di escludere la dimensione orizzontale del controllo algoritmico: il bersaglio del controllo algoritmico sono sempre gruppi o “classi” di individui, ottenute in base a inferenze statistiche³³. In questo quadro, determinate strategie di monitoraggio e di orientamento possono avere effetti sull’autonomia di un utente anche in assenza di uno specifico tratta-

³² Cfr. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

³³ Cfr. K. CRAWFORD, *Né intelligente né artificiale. Il lato oscuro dell’IA*, Bologna, 2021.

mento sui suoi dati personali: è il caso, per esempio, dei processi di profilazione³⁴.

Infine, gli strumenti resi disponibili dalla disciplina europea hanno un'impostazione spiccatamente "rimediale": essi si propongono di offrire delle soluzioni concrete all'utente laddove un suo diritto o interesse sia già stato violato³⁵. Ma se, come è stato ampiamente dimostrato³⁶, la decifrazione delle infrastrutture algoritmiche su cui poggiano le relazioni di potere messe in moto dalle piattaforme è quasi impossibile da effettuare a posteriori, tali soluzioni rischiano di restare lettera morta. Piuttosto, la subordinazione del trattamento al consenso prestato dall'interessato comporta una responsabilizzazione sproporzionata del singolo individuo, avvantaggiando esclusivamente l'azione delle piattaforme digitali.

In questo quadro, assai più efficaci risultano forme di regolazione che incidano "a monte" sullo sviluppo e sul funzionamento delle applicazioni digitali, costringendo la concreta messa in opera dei trattamenti algoritmici all'interno di sistemi di regole ben definiti e di precise garanzie. Tale funzione regolativa non può essere esercitata da un potere pubblico centralizzato, concepito come *super-partes*. In assenza di modelli di deliberazione di carattere pluralistico, rischia di non essere rap-

³⁴ F.J.Z. BORGESIU, *Strengthening legal protection against discrimination by algorithms and artificial intelligence*, in *The International Journal of Human Rights*, 24, 10, 2020, 1572 ss.

³⁵ Richiamiamo qui la definizione di rimedio contenuta in U. MATTEI, *I rimedi*, in G. ALPA, M. GRAZIADEI, A. GUARNIERI, U. MATTEI, P. MONATERI, *La parte generale del diritto. 2. Il diritto soggettivo*, in R. SACCO (diretto da), *Trattato di diritto civile*, Torino, 2001, 107.

³⁶ Cfr. P.J. VAN DE WAERDT, *Information asymmetries: Recognizing the limits of the GDPR on the data-driven market*, in *Computer Law & Security Review*, 38, 2020, 1 ss. L'incidenza dell'opacità algoritmica sulla possibilità di accordare un consenso informato da parte dell'utente è stata messa in evidenza, tra l'altro, dall'ord. n. 14381/2021 della Cassazione (prima sez. civile), riguardante la cessione dei dati da parte degli utenti a una piattaforma web, in cui viene strutturato un sistema di accreditamento in vista dell'entrata nel mercato del lavoro. A essere messa in discussione è stata la possibilità di prestare un consenso informato, in assenza di una conoscenza adeguata circa le modalità in cui i dati saranno combinati e valutati al fine dell'elaborazione di un ranking. Per un commento all'ordinanza, messa in relazione con l'art. 22 del GDPR, cfr. R. BIN, *L'algoritmo e l'autonomia privata*, in *BioLaw Journal*, 4, 2021, 465 ss.

presentata la complessità degli interessi coinvolti all’interno delle relazioni digitali. La classificazione operata dalle strategie algoritmiche rende gli interessi implicati nelle singole relazioni di potere comuni a una molteplicità di soggetti. È dunque necessario poter garantire adeguata rappresentazione agli interessi collettivi in gioco.

Per questo, fondamentale è garantire il confronto fra punti di vista differenti, valorizzando l’espressione degli utenti all’interno della governance del digitale. L’esigenza di valorizzare la dimensione collettiva nella protezione dei dati è stata messa in evidenza da numerosi studiosi e da differenti angolazioni³⁷. Si è affacciata, in particolare, la possibilità di promuovere in chiave sussidiaria l’azione di formazioni collettive orientate all’interesse generale³⁸, affiancando a queste ultime la presenza di un organismo di garanzia pubblico.

Una prospettiva di co-regolazione, che veda coinvolte le autorità amministrative indipendenti e le formazioni sociali collettive orientate all’interesse generale, può sfociare nello sviluppo di un canale di «amministrazione condivisa»³⁹. In altri termini, tali attori potrebbero confi-

³⁷ Si vedano, fra gli altri, D.J. SOLOVE, *Privacy self-management and the consent dilemma*, in *Harvard Law Review*, 126, 2013, 1880 ss.; M.F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, in *Politica del diritto*, 47, 2016, 4, 637 ss.; A. MANTELERO, *Personal data for decisional purposes in the age of analytics: From an individual to a collective dimension of data protection*, in *Computer Law & Security Review*, 32, 2, 2016, 238 ss.

³⁸ Tra gli altri, in proposito, G. PITRUZZELLA, *La libertà d’informazione nell’era di internet*, in *Media Laws*, 2018, 1, 19 ss.; M.F. DE TULLIO, *La privacy e i big data verso una dimensione costituzionale collettiva*, cit.; G. RESTA, *Governare l’innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, in *Politica del diritto*, 50, 2, 2019, 199 ss.

³⁹ La categoria di «amministrazione condivisa» è stata introdotta da Gregorio Arena all’interno del saggio G. ARENA, *Introduzione all’amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 117-118, 1997, 29 ss. Su tale concetto ha fatto leva, in Italia, lo sviluppo dei cosiddetti “patti di collaborazione”. Indicando un nuovo modello di partecipazione, differente dalla partecipazione prevista dalla legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, i patti di collaborazione si fondano sulla collaborazione fra amministrazione e cittadini, prevedendo un ruolo attivo e responsabile, da parte di questi ultimi, nel perseguimento dell’interesse generale. Per un approfondimento si veda G. PISANI, *L’“amministrazione condivisa” al centro di un nuovo modello di solidarietà*, in *Sociologia del diritto*, 1, 2022, 9 ss.

gurare un rapporto collaborativo finalizzato alla regolazione dell'economia digitale, con particolare attenzione alla realizzazione delle condizioni più idonee alla difesa e all'attuazione dei diritti fondamentali degli utenti.

La complessità dei fattori implicati nella cosiddetta "governamentalità algoritmica" potrebbe richiedere la costituzione di un'autorità amministrativa indipendente che assommi una molteplicità di competenze⁴⁰. Ci sarebbe la necessità, infatti, di far dialogare anche ambiti giuridici differenti, i quali fanno riferimento, in questo momento, ad autorità distinte, tra cui il confronto potrebbe risultare difficoltoso, nella prospettiva di rendere efficace la collaborazione in vista di obiettivi comuni.

Tale autorità avrebbe compiti di regolazione rispetto allo spazio digitale, intervenendo, in particolare, con l'obiettivo di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali della persona. Essa opererebbe, dunque, in collaborazione con le formazioni sociali, nell'ottica di garantire l'adeguata traduzione degli interessi generali da queste identificati entro interventi normativi. Dalla collaborazione fra questi enti deriverebbe un modello collaborativo e plurale, diretto a regolare in senso istituzionale l'infrastrutturazione del web. L'autorità, dunque, dovrebbe avere competenze assai specialistiche e differenziate, vista la necessità di intervenire in settori altamente tecnici.

All'interno di un modello di amministrazione condivisa andrebbe effettuato un riconoscimento preliminare della natura e dell'orientamento delle organizzazioni partecipanti. In questo quadro, dovrebbe essere valorizzato il ruolo di quelle formazioni impegnate nella creazione di condizioni favorevoli alla piena realizzazione della persona, in una prospettiva votata alla generalizzazione delle conquiste sociali, che passi attraverso la traduzione di queste ultime in diritti fondamentali universalmente esigibili.

Il rapporto paritario fra queste formazioni e l'ente pubblico sarebbe giustificato dal comune orientamento delle parti coinvolte nella realizzazione dell'interesse generale. La partecipazione degli attori deve,

⁴⁰ G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit.

dunque, essere condizionata a particolari vincoli, pena la riproduzione di ulteriori asimmetrie di potere. Al centro dell’attività regolativa ci sarebbero, infatti, diritti “indisponibili”, la cui garanzia possa costituire un argine invalicabile, da opporre al potere oggi esercitato dalle piattaforme.

L’autorità amministrativa indipendente potrebbe esercitare, al contempo, la funzione di vigilare sull’orientamento delle formazioni sociali coinvolte, le quali potrebbero avere accesso a un apposito registro, a condizione di rispettare determinati requisiti. In Italia, per esempio, l’accesso al canale di amministrazione condivisa è riservato solo agli enti iscritti al Registro unico nazionale del terzo settore. In particolare, il riconoscimento di ente di terzo settore è riservato a quelle organizzazioni che esercitano in via esclusiva o principale una o più attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche o di utilità sociale⁴¹.

Tra queste rientrano, per esempio, interventi e servizi sociali, interventi e prestazioni sanitarie, attività di formazione e di ricerca, promozione e tutela dei diritti umani, sociali, civili e politici, nonché dei diritti dei consumatori⁴², ecc. Rientrano nel novero degli enti di terzo settore anche le imprese sociali, che includono le cooperative sociali: esse esercitano le attività di interesse generale in forma d’impresa, adottando modalità di gestione responsabili, trasparenti e massimamente inclusive⁴³.

All’interno dello spazio digitale, l’orientamento delle formazioni sociali dovrebbe essere valutato in relazione allo scenario descritto dalla

⁴¹ Per un approfondimento si veda G. PISANI, *L’“amministrazione condivisa” al centro di un nuovo modello di solidarietà*, cit.

⁴² Per un approfondimento, si veda l’articolo 5 del nuovo Codice del terzo settore.

⁴³ Per un approfondimento si veda il d.lgs. n. 112/2017, con cui è stata revisionata la disciplina in materia di impresa sociale, e la legge n. 381/1991, con cui sono state istituite le cooperative sociali. Sulla nozione e sulla disciplina dell’impresa sociale all’interno del nuovo diritto del terzo settore, si veda A. FICI, *L’impresa sociale e le altre imprese del terzo settore*, in *Analisi giuridica dell’economia*, 17, 1, 2018, 19 ss. Per un’analisi dell’evoluzione del concetto di impresa sociale a livello europeo, si vedano G. GALERA, C. BORZAGA, *Social enterprise: An international overview of its conceptual evolution and legal implementation*, in *Social Enterprise Journal*, 5, 3, 2009, 210 ss.; G. GALERA, S. CHIOMENTO, *L’impresa sociale: dai concetti teorici all’applicazione a livello di policy*, in *Impresa sociale*, 1, 2022, 19 ss.

governamentalità algoritmica. Potrebbero avere accesso al canale di amministrazione condivisa, per esempio, quelle organizzazioni impegnate nelle attività di decodificazione delle infrastrutture algoritmiche e nella valutazione d'impatto delle applicazioni digitali, nonché le associazioni a tutela dei consumatori di fronte alle nuove strategie di marketing e di orientamento messe in atto dalle piattaforme di *e-commerce*, e, ancora, le organizzazioni costituite a tutela dei lavoratori⁴⁴.

Tale possibilità dovrebbe essere resa strutturale, all'interno di un canale di collaborazione fra autorità amministrative indipendenti e formazioni sociali, che si configuri come fondamentale istituto giuridico, auspicabilmente a livello europeo⁴⁵. L'estensione delle attività e delle relazioni digitali oltre i limiti geografici, infatti, esige che le risposte giuridiche abbiano una portata sovranazionale per poter risultare efficaci⁴⁶. Ciò, come è stato messo in evidenza, permette di comprendere l'importanza del ruolo che «nella regolazione delle tecnologie informatiche già sta svolgendo il diritto sovranazionale, come quello europeo, idoneo a dare impulso alla produzione di norme nazionali»⁴⁷.

Si articolerebbe, così, una complessa dinamica di democratizzazione delle istituzioni, fondata sul riconoscimento del potere delle persone di

⁴⁴ Tra queste, ci sono organizzazioni non profit come *ProPublica*, lo *European Digital Rights*, l'*Algorithmic Justice League* o l'*AI Now Institute*, impegnate nella decifrazione delle strutture algoritmiche e nel contrasto, anche attraverso azioni giudiziarie, dei trattamenti dei dati che producono discriminazioni o ingiustizie.

⁴⁵ Come afferma Resta, è necessario operare, «in tutte le sedi, perché i processi in atto, i quali sono destinati a regolare segmenti crescenti della vita sociale dell'uomo, siano sottoposti a una logica di controllo democratico, che assicuri un adeguato bilanciamento tra la "funzionalità tecnologica" e la desiderabilità sociale degli scopi perseguiti, e rispetto alla quale la mediazione giuridica svolge un ruolo centrale» (G. RESTA, *Governare l'innovazione tecnologica: decisioni algoritmiche, diritti digitali e principio di uguaglianza*, cit., 233).

⁴⁶ Sulle sfide della sovranità statale di fronte alle dinamiche che caratterizzano lo sviluppo del web, si vedano, fra gli altri, L. CASINI, *Lo Stato nell'era di Google. Frontiere e sfide globali*, Milano, 2020; A. GATTI, *Istituzioni e anarchia nella Rete. I paradigmi tradizionali della sovranità alla prova di Internet*, in *Il Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2019, 711 ss.

⁴⁷ F. FAINI, *Diritto all'esistenza digitale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2019, 93.

contribuire alla costruzione di una società aperta⁴⁸, in cui la possibilità di collaborare a partire dalle proprie specificità individuali, nella sua rinnovata centralità, determini la base per una nuova mediazione fra sovranità pubblica e autodeterminazione individuale e collettiva.

5. Conclusioni

La pervasività delle piattaforme digitali costituisce oggi una perenne minaccia ai diritti fondamentali delle persone. La capacità delle piattaforme di toccare, attraverso strategie manipolative di vario genere, la personalità degli individui, le loro attitudini e le loro scelte, viola i confini di quella sfera “personalissima” di cui i nostri ordinamenti liberali hanno sancito l’“indisponibilità”⁴⁹ a qualsiasi forma di potere direttivo.

Sempre più spesso i modelli predittivi e le raccomandazioni algoritmiche vengono articolati all’interno di complessi sistemi di *soft power*, capaci di orientare l’azione, pur senza prescriverla in maniera unilaterale. Tali dispositivi vengono armonizzati entro logiche di potere dirette alla stimolazione, all’orientamento, ovvero alla riproduzione di un piano d’immanenza improntato alla correzione più che alla coercizione, entro il quale viene celato l’impianto squisitamente normativo dell’azione delle piattaforme.

Basti pensare, per esempio, all’ambito del lavoro mediato da piattaforme, attualmente egemonizzato da strategie di manipolazione algoritmica dei comportamenti, che hanno portato la giurisprudenza ad assumere le nuove frontiere dell’etero-direzione approfondendo il modo in cui quest’ultima si realizza attraverso la configurazione di precisi modelli organizzativi e tecnologici⁵⁰. È stato notato, infatti, come il

⁴⁸ Cfr. F. BENVENUTI *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994.

⁴⁹ Cfr. L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Diritto pubblico*, 16, 1-2, 2010, 141 ss. Come sintetizza Luigi Ferrajoli, «l’indisponibilità dei diritti fondamentali è un corollario della loro forma universale la quale, sottraendoli all’autonomia privata, ne fonda la migliore garanzia rispetto alle dinamiche del mercato» (152).

⁵⁰ Cfr. E. RAIMONDI, *Il lavoro nelle piattaforme digitali e il problema della qualificazione della fattispecie*, in *Labour & Law Issues*, 2, 2, 2019, 57 ss.; M.V. BALLESTRE-

controllo della forza lavoro, sulle piattaforme digitali, avvenga attraverso forme di *algorithmic management*⁵¹.

In questo quadro, preservare i diritti fondamentali dell'utente significa anche promuovere la possibilità di una sua insubordinazione agli imperativi algoritmici. In altri termini, è necessario preservare il diritto all'autodeterminazione della persona, come facoltà di costruire liberamente la propria personalità e di governare le proprie scelte nell'orizzonte digitale. Una restituzione di potere di questo genere può avvenire a condizione di garantire la possibilità all'utente non solo di contestare i trattamenti algoritmici a posteriori, come nell'attuale impostazione della *data protection law*, ma anche a monte, contribuendo alla definizione di un quadro di regole entro cui i diritti fondamentali delle persone siano garantiti.

Tale prospettiva apre all'immaginazione di un canale di co-regolazione in cui le autorità amministrative indipendenti possano collaborare con gli utenti, organizzati all'interno di corpi intermedi, a una nuova forma di governo democratico del web. Agli utenti sarebbe riconosciuto un ruolo regolativo all'interno di un modello di governance plurale in cui sia valorizzato il contributo di diverse formazioni sociali, al fine di una rappresentazione di interessi eterogenei. Si apre, in questo quadro, la sfida di intendere l'ordinamento non più come complesso unitario, all'interno di un unico schema fondato sulla centralità della sovranità pubblica, ma come insieme articolato che contempli la presenza di fonti normative diverse e autonome, aderenti alla pluralità delle forme sociali.

Gli utenti avrebbero la possibilità di accedere a un canale di amministrazione condivisa, attraverso la mediazione di organizzazioni collettive, in cui possa avvenire il confronto e la sintesi fra posizioni differenti, al fine di giungere all'identificazione di bisogni e interessi collettivi o diffusi, nonché all'elaborazione di istanze e obiettivi condivisi, verso cui possa convergere l'attività regolativa.

RO, *La dicotomia autonomia/subordinazione. Uno sguardo in prospettiva*, in *Labour & Law Issues*, 6, 2, 2020.

⁵¹ Cfr. G. GAUDIO, *Algorithmic Management, poteri datoriali e oneri della prova: alla ricerca della verità materiale che si cela dietro l'algoritmo*, in *Labour & Law Issues*, 6, 2, 2020, 21 ss.; A. ROSENBLAT, *Uberland. How algorithms are rewriting the rules of work*, Oakland, 2018.

L’introduzione di un canale di co-regolazione, entro il quale autorità amministrative indipendenti e utenti possano collaborare alla definizione di un quadro di regole adatto ad affermare la centralità dei diritti fondamentali nell’orizzonte digitale, può avere un duplice effetto. Da un lato può porre le basi per una pluralizzazione delle modalità di decisione e di governance delle *authorities*, sottraendole al rischio di una deriva tecnocratica. Dall’altro, può dare la possibilità all’utente di acquisire potere decisionale in merito all’infrastrutturazione dello spazio digitale, partecipando attivamente alla sua regolazione e alla tutela dei diritti fondamentali.

In questo senso, tale proposta assume una più ampia rilevanza in un’ottica di democratizzazione del digitale, inserendosi in una prospettiva di costituzionalismo “dal basso”, che sfida il destino dell’era digitale.

UOMO, MACCHINA, CONTROLLO SOCIALE

LA VELOCITÀ COME FATTORE DETERMINANTE DELLA QUARTA RIVOLUZIONE INDUSTRIALE

Sara Pautasso

1. Premessa

Nel contesto industriale contemporaneo, le aziende stanno investendo sempre di più nelle tecnologie di automazione e nella robotica con l'obiettivo di mettere a disposizione sistemi versatili, capaci di operare in contesti che non si limitano alla sola produzione industriale. Un esempio significativo è rappresentato dai «cobot», ossia robot collaborativi ideati per affiancare in modo dinamico gli esseri umani, offrendo benefici in termini di velocità, efficienza e sicurezza e originando nuovi valori connessi all'introduzione della robotica collaborativa nei luoghi di lavoro. Progettati per operare in sinergia con l'uomo, i cobot non solo costituiscono un progresso tecnologico, in quanto utilizzano tecnologie avanzate di intelligenza artificiale per eseguire una varietà di compiti, ma rappresentano anche un'opportunità per riflettere sul futuro della nostra coesistenza con le macchine¹. L'adozione della robotica collaborativa nelle piccole e medie imprese porta con sé la sfida di integrare le macchine nei flussi di lavoro esistenti, richiedendo, da una parte, una formazione adeguata dei dipendenti e, dall'altra, la creazione di nuove procedure operative per bilanciare l'implementazione della tecnologia con la capacità di adattamento dei lavoratori. L'ipotesi di fondo è che

¹ L'EU-OSHA ha individuato otto ambiti applicativi della robotica collaborativa nei contesti lavorativi europei, tra cui: automazione della gestione degli effluenti zootecnici, produzione nelle segherie, linee di assemblaggio industriale, cucitura nell'industria automobilistica, pallettizzazione e de-pallettizzazione, automazione intelligente nella siderurgia, robotica avanzata nella produzione plastica e nella diagnostica medica. Si veda: <https://osha.europa.eu/en>.

l'incremento dei ritmi lavorativi, favorito e normalizzato dall'introduzione di sistemi intelligenti di automazione, rischi di produrre un duplice effetto. Da un lato, la compromissione dell'autonomia decisionale del soggetto lavoratore, costretto a reagire in tempo reale a stimoli predefiniti e a flussi informativi ad alta intensità. Dall'altro, l'erosione delle relazioni intersoggettive all'interno di ambienti lavorativi automatizzati. In questa prospettiva, il presente contributo si propone di esplorare criticamente il regolamento (UE) 2024/1689 sull'intelligenza artificiale (*AI Act*), il quale, come è noto, adotta una classificazione dei sistemi di intelligenza artificiale basata su una struttura piramidale del rischio². Tuttavia, all'interno di questa piramide regolativa, il parametro della velocità – inteso come rapidità dei processi decisionali automatizzati, capacità di reazione e adattamento dei sistemi AI – non viene esplicitamente riconosciuto come fattore autonomo di rischio.

Questo appare problematico se si considera che l'eccessiva velocità può compromettere le capacità umane di comprensione, valutazione critica e reazione, con effetti potenzialmente lesivi della dignità, dell'autonomia e della libertà individuale. Di conseguenza, sarebbe opportuno proporre una revisione dell'attuale quadro regolativo, inserendo la velocità tra i parametri di rischio, in modo analogo a quanto già avviene, per esempio, per la trasparenza, la robustezza e l'affidabilità degli strumenti di intelligenza artificiale. Una tale integrazione sarebbe necessaria ad assicurare che l'interazione uomo-macchina resti compatibile con il rispetto dei diritti fondamentali, imponendo requisiti specifici (per esempio, limiti massimi di velocità operativa o meccanismi di rallentamento controllato) nei contesti ad alto rischio di alienazione, manipolazione o perdita di *agency* da parte degli individui coinvolti. Con *agency* si intende la capacità dell'individuo di agire in modo consapevole, deliberato e autonomo all'interno di un determinato contesto, esercitando un controllo significativo sulle proprie decisioni e sulle conseguenze delle proprie azioni. La perdita di *agency*, pertanto, non

² La piramide del rischio si articola in quattro livelli: rischio inaccettabile (sistemi vietati), rischio elevato (sistemi sottoposti a requisiti stringenti di conformità), rischio limitato (sistemi soggetti a obblighi minimi di trasparenza) e rischio minimo o nullo (sistemi generalmente esenti da obblighi specifici). Si veda il sito web: <https://eur-lex.europa.eu/legal.content>.

riguarda soltanto l'autonomia decisionale in senso astratto, ma implica il rischio che la persona venga ridotta a mero ingranaggio passivo all'interno di sistemi automatizzati, incapace di riconoscere, valutare o contrastare le dinamiche che la influenzano. Preservare l'*agency* significa dunque garantire che l'essere umano resti soggetto e non oggetto nell'interazione con la macchina.

Attraverso una prospettiva interdisciplinare, che integra l'etica e la riflessione filosofica sul diritto, il presente contributo si concentra su tre aspetti principali. Anzitutto, su una valutazione critica dell'efficacia degli strumenti normativi emergenti, in particolare dell'*AI Act*, nella tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori. Secondariamente, sull'analisi delle implicazioni etico-giuridiche dell'automazione collaborativa, con particolare attenzione alla dimensione temporale del lavoro e al rischio che la standardizzazione dei ritmi operativi si traduca in nuove forme di controllo sociale, riducendo l'autonomia e il benessere dei lavoratori. Infine, sulla proposta di un approccio regolativo alternativo, ispirato all'etica della cura, che riconosca il valore della relazionalità nei luoghi di lavoro ad alta automazione.

La tesi che il presente contributo avanza è che il governo giuridico della tecnologia debba fondarsi non solo su criteri di sicurezza e trasparenza, ma anche su una visione antropocentrica del lavoro, in grado di salvaguardare la dimensione relazionale all'interno di ambienti fortemente automatizzati. Garantire una regolazione della velocità è allora fondamentale affinché le macchine possano adattare il ritmo di lavoro alle capacità e alle esigenze dei lavoratori. Riguardo a quest'ultimo aspetto, ci confronteremo altresì con una domanda che questo contributo cercherà di affrontare sotto molteplici aspetti e implicazioni: e se la collaborazione con le macchine potesse aiutarci a rendere l'umano più «umano» anziché contribuire a svilirne ulteriormente l'umanità?

2. Riflessioni sulla velocità a partire dal regolamento europeo sull'intelligenza artificiale (AI Act)

L'adozione del regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 giugno 2024, operativo dal 1° agosto 2024,

rappresenta un passaggio normativo di primaria rilevanza nel tentativo di disciplinare in modo organico l'intelligenza artificiale nell'ambito dell'Unione europea. In un contesto segnato dall'accelerazione tecnologica e dall'integrazione pervasiva dei sistemi di IA nei processi produttivi e decisionali, il regolamento persegue l'obiettivo di coniugare l'innovazione con la tutela dei diritti fondamentali e dei principi democratici. L'art. 28 del regolamento esplicita con chiarezza i rischi associati all'impiego improprio dell'IA, richiamando l'attenzione sui pericoli che tali pratiche comportano rispetto alla dignità umana, alla libertà individuale, all'uguaglianza sostanziale, nonché alla protezione dei dati personali e dei diritti dei minori. È utile richiamare integralmente il passo, che recita:

L'AI presenta, accanto a molti utilizzi benefici, la possibilità di essere utilizzata impropriamente e di fornire strumenti nuovi e potenti per pratiche di *manipolazione*, *sfruttamento* e *controllo sociale*. Tali pratiche sono particolarmente dannose e abusive e dovrebbero essere vietate poiché sono contrarie ai valori dell'Unione relativi al rispetto della dignità umana, alla libertà, all'uguaglianza, alla democrazia e allo Stato di diritto e ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta, compresi il diritto alla non discriminazione, alla protezione dei dati e alla vita privata e i diritti dei minori³.

Alla luce di tali premesse, si impone una riflessione critica sul ruolo dei cobot, al fine di valutare se il loro impiego nelle dinamiche lavorative contemporanee sia realmente conforme alla promozione dei valori sanciti dall'ordinamento europeo, oppure se, al contrario, essi contribuiscono a configurare nuove forme di sorveglianza, oppressione e sfruttamento. Sebbene il regolamento sull'intelligenza artificiale non

³ L'art. 29 chiarisce ulteriormente quanto riportato nell'art. 28: «Le tecniche di manipolazione basate sull'IA possono essere utilizzate per *persuadere* le persone ad adottare comportamenti indesiderati o per indurle con l'inganno a prendere decisioni in modo da *sovertirne e pregiudicarne l'autonomia, il processo decisionale e la libera scelta*. L'immissione sul mercato, la messa in servizio o l'uso di determinati sistemi di IA con l'obiettivo o l'effetto di distorcere materialmente il comportamento umano, con il rischio di causare danni significativi, in particolare aventi *effetti negativi* sufficientemente importanti sulla *salute fisica, psicologica* o sugli interessi finanziari, sono particolarmente pericolosi e dovrebbero pertanto essere vietati [...]» (corsivi miei).

menzioni esplicitamente la «velocità» tra i fattori di rischio, è possibile rintracciare un riferimento implicito al concetto nel principio di trasparenza, il quale richiede una piena intelligibilità dei processi decisionali automatizzati e, di conseguenza, anche delle dinamiche temporali che li governano. Una velocità operativa che pregiudichi la possibilità di comprensione e controllo da parte dell'utente rischia di compromettere il diritto alla consapevolezza e alla partecipazione informata nei processi decisionali, generando effetti negativi sul benessere lavorativo e, più in generale, sulla qualità della vita democratica. Infatti, la rapidità con cui i cobot reagiscono ed elaborano dati può superare la capacità umana di comprensione, valutazione critica e reazione consapevole, erodendo il principio di autodeterminazione dell'individuo⁴.

In questo senso, la velocità non è un semplice dato tecnico, bensì un fattore strutturale di potenziale opacità, suscettibile di generare condizioni di controllo non immediatamente percepibili⁵. Detto altrimenti: in mancanza di un adeguato contenimento normativo della velocità operativa, il rischio è che la stessa idea di controllo umano significativo venga svuotata di efficacia e resa incompatibile con i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Diventa, allora, necessario chiedersi se la velocità possa, in alcuni casi, configurarsi come un parametro di rischio autonomo, richiedendo una regolamentazione

⁴ Le norme ISO 10218, ISO/TS 15066, Direttiva 2006/42/CE, EN 50100 e ANSI/RIA R15.06 stabiliscono requisiti di sicurezza per l'uso dei cobot, comprese le velocità di movimento e le distanze di sicurezza. Queste norme si focalizzano principalmente su aspetti tecnici per garantire che i robot, inclusi i cobot, funzionino in modo sicuro e affidabile. Tuttavia, ci sono implicazioni etiche indirette che rischiano di non essere prese adeguatamente in considerazione. Per esempio, la norma ISO/TS 15066 stabilisce che, in presenza di un operatore umano all'interno dello spazio di lavoro collaborativo, la velocità massima del sistema robotico non debba superare gli 0,25 metri al secondo. Sebbene tale limite non appaia di per sé eccessivo, esso può comunque contribuire a una forma di pressione implicita. L'interiorizzazione di tale aspettativa da parte del lavoratore può tradursi in un adattamento progressivo ai tempi e alle logiche dell'automazione, con effetti potenzialmente lesivi dell'autonomia soggettiva. Per questo, ci sembra opportuno sviluppare anche una riflessione etica al di fuori del contesto normativo diretto.

⁵ A. HOLZINGER, K. ZATLOUKAL, H. MÜLLER, *Is human oversight to AI systems still possible?*, in *New Biotechnology*, 85, 2025, 59-62.

specifica volta a garantire tempi di reazione e comprensione umana compatibili con il rispetto della dignità e della libertà individuale⁶. In tal senso, la rapidità delle operazioni rischia non solo di pregiudicare la possibilità concreta di comprensione, ma anche di incidere sul piano della responsabilità giuridica e morale⁷.

In altre parole, se nella collaborazione uomo-macchina, le capacità dei cobot e quelle degli esseri umani si pongono in relazione reciproca, tendendo a integrarsi e a completarsi, il rischio è quello della comparazione/competizione. Ossia: se il cobot è percepito come superiore in termini di velocità ed efficienza, l'operatore umano rischia di essere visto – e di percepirsi – come maggiormente lento e inefficiente⁸. Pertanto, anche in assenza di una pressione esplicita da parte dei datori di lavoro, la velocità operativa dei cobot potrebbe generare una forma di controllo implicito, basata su un'aspettativa interiorizzata di efficienza.

Tale dinamica genera un rischio latente che compromette non solo la salute fisica e psicologica dei lavoratori, ma anche la qualità delle relazioni interpersonali e la capacità di cooperare efficacemente in contesti collettivi, aumentando il rischio di stress e *burnout*⁹. A questo proposito, la *European Agency for Safety & Health at Work* (2019) ha identificato diversi fattori di rischio psicosociale che emergono nel momento

⁶ Tale dinamica si realizza sfruttando la capacità delle tecnologie di uniformare i comportamenti umani ai modelli operativi propri delle macchine. Si pensi, per esempio, alle aspettative e alle pressioni psicologiche che scaturiscono dalla necessità di eguagliare le prestazioni dei cobot. Questo fenomeno può essere interpretato come una forma di sfruttamento implicito, in cui gli operatori sono indotti ad aumentare l'intensità del proprio lavoro, a ridurre i tempi di pausa e ad accelerare i ritmi operativi nel tentativo di mantenere una produttività comparabile a quella delle macchine.

⁷ E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, trad. it. di G. Carlotti, Milano, 2015.

⁸ J. WALLACE, *Getting collaborative robots to work: A study of ethics emerging during the implementation of cobots*, in *Paladyn Journal of Behavioral Robotics*, 2021.

⁹ Il Testo Unico sulla Sicurezza sul Lavoro in Italia, d.lgs. 81/2008, include disposizioni specifiche per l'ergonomia e la prevenzione dei rischi associati a movimenti ripetitivi. Inoltre, la Direttiva 89/391/CEE stabilisce gli obblighi per i datori di lavoro di garantire un ambiente di lavoro sicuro e salubre e prevenire rischi professionali. Esistono anche leggi specifiche per affrontare i disturbi muscolo-scheletrici derivanti da posture scorrette, come il regolamento sui *Disturbi Muscolo-Scheletrici dell'Unione europea*, che si concentra su prevenzione e gestione di queste condizioni.

in cui le persone devono adattarsi al ritmo e alle modalità di lavoro dei robot. Nello specifico, l'agenzia evidenzia come l'esigenza degli operatori umani di mantenere una continuità operativa con robot altamente specializzati ed efficienti possa produrre effetti negativi sulla loro salute mentale¹⁰, amplificati dalla continua svalutazione delle conoscenze acquisite¹¹. L'adattamento umano alla velocità tecnologica pone allora diverse sfide. Da un lato, la necessità del lavoratore di mantenere livelli alti di attenzione in tempi sempre più compressi può generare serie difficoltà nel trovare un equilibrio tra efficienza e benessere personale. Dall'altro, emerge una sfida fisica: il corpo umano ha limiti biologici che non possono essere superati dalla semplice volontà, e ciò può portare a sovraccarichi fisici e mentali.

A ciò dobbiamo aggiungere che i cobot possono comportare effetti negativi anche sulla qualità della vita lavorativa, in quanto trasformano l'ambiente di lavoro in uno spazio altamente impersonale. Lavorare accanto a macchine autonome riduce inevitabilmente le occasioni di socializzazione tra i dipendenti, minando lo sviluppo di rapporti di fiducia e di supporto reciproco¹², fondamentali per il benessere lavorativo. Ciò ha implicazioni importanti proprio per quanto riguarda il «controllo sociale», poiché la velocità potrebbe diventare un mezzo attraverso cui le aziende e le organizzazioni impongono un certo ordine, man-

¹⁰ European Agency for Safety and Health at Work, *OSH and the Future of Work: benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces*, 2019: <https://osha.europa.eu/en/publications/osh-and-future-work-benefits-and-risks-artificial-intelligence-tools-workplaces/view>.

¹¹ M. ISCERI, R. LUPPI, *L'impatto dell'intelligenza artificiale nella sostituzione dei lavoratori: riflessioni a margine di una ricerca*, in *Lav. Dir. Eu.*, 1, 2022, 4-7. Gli autori suggeriscono che la ridefinizione della struttura del contratto collettivo di lavoro potrebbe rappresentare una strategia significativa. Un contratto collettivo ibrido, che combini elementi di contrattazione collettiva e individuale, come la gestione degli orari di lavoro, potrebbe rispondere in modo più flessibile alle esigenze di un contesto lavorativo in trasformazione. Questo approccio potrebbe facilitare una maggiore personalizzazione delle condizioni di lavoro e una migliore integrazione delle nuove tecnologie nell'ambiente lavorativo.

¹² J.D. LEE, N. MORAY, *Trust, control strategies and allocation of function in human-machine systems*, in *Ergonomics*, 35, 1992, 1243-1270.

tenendo i lavoratori in uno stato di adattamento alle macchine, senza il tempo o lo spazio per riflettere o resistere¹³.

Peraltro, l'impiego sempre più frequente di sistemi di monitoraggio automatizzati nel contesto lavorativo permette alle aziende di instaurare un controllo pervasivo dei dipendenti¹⁴. Attraverso il loro utilizzo, i datori di lavoro possono monitorare in tempo reale le prestazioni degli operatori in modo da identificare eventuali cali di produttività o errori, influenzandone significativamente il comportamento, sia in modo diretto che indiretto¹⁵. Come osserva Hong, la sorveglianza pervasiva realizzata attraverso il monitoraggio delle attività lavorative può generare una condizione di *inter-passività*, nella quale le scelte individuali vengono progressivamente marginalizzate, riducendosi all'accettazione o al

¹³ Tra le molteplici formule impiegate per raffigurare la società tecnocratica e le sue principali tendenze di sviluppo, ne troviamo una particolarmente incisiva: la «dromosfera», in P. VIRILIO, *Velocità e politica. Saggio di dromologia*, trad. it. di L. Sardi-Luisi, Milano, 1981. Questo neologismo coglie al meglio l'intreccio di tecnologia e velocità e gli effetti dell'automazione e dell'accelerazione sulle pratiche quotidiane e sul vivere «sociale». Utilizzato per descrivere la fusione tra tecnologia e velocità che caratterizza la società contemporanea, questo neologismo è in grado di esprimere come la velocità non sia solo un fattore tecnico o meccanico, ma una forza determinante che modella il nostro vivere quotidiano e ridisegna le strutture di potere e di controllo. L'integrazione dei cobot riflette questo fenomeno: i robot collaborativi sono progettati per ottimizzare e accelerare i processi lavorativi, realizzando così quella compenetrazione tra tecnologia e rapidità che costituisce l'essenza stessa della dromosfera.

¹⁴ L'utilizzo di sistemi automatizzati di monitoraggio impone ai datori di lavoro un'attenta valutazione circa gli adempimenti normativi richiesti. Si veda, per esempio, il «decreto trasparenza» (d.lgs. 27 giugno 2022, n. 104) e, nello specifico, l'art. 4, comma 1, lett. *b* del provvedimento, con cui è stato inserito il nuovo articolo 1-*bis* all'interno del d.lgs. 152/1997; l'art. 26 del «decreto lavoro» (d.lgs. 4 maggio 2023, n. 48); il reg. Generale sulla Protezione dei Dati (GDPR) - reg. (UE) 2016/679.

¹⁵ S.R. FLETCHER, P. WEBB, *Industrial robot ethics: The challenges of closer human collaboration in future manufacturing systems*, in *A World with Robots*, 2017, 159-169. Si pensi, per esempio, alle catene di montaggio automatizzate, nelle quali il ritmo della macchina impone il ritmo del lavoro umano, limitando la possibilità di pause o rallentamenti. Questo può portare i lavoratori a sentirsi obbligati a mantenere un ritmo di lavoro elevato per stare al passo con le macchine, aumentando lo stress e riducendo la qualità della vita lavorativa.

rifiuto di decisioni predefinite dalle macchine¹⁶. Più precisamente, il concetto di *inter-passività* descrive l'incapacità dell'operatore di appropriarsi autenticamente della tecnologia, trovandosi a subire un contesto non scelto, ma semplicemente accettato o rifiutato, senza la possibilità di incidere significativamente sui processi produttivi. Di conseguenza, l'*inter-passività* risulta strettamente connessa al potere reificante dell'apparato tecnologico, in quanto non riconosce il valore singolare del contributo umano¹⁷.

Ricapitolando: sebbene il termine «velocità» non sia esplicitamente menzionato nell'*AI Act*, la mancata regolazione di tale parametro solleva rilevanti questioni etiche concernenti l'autonomia degli operatori. Se la velocità operativa non viene adeguatamente calibrata rispetto alle capacità e ai limiti umani, essa rischia non solo di compromettere il benessere psico-fisico dei lavoratori, ma anche di incentivare una competizione malsana e stressante tra esseri umani e macchine. Tale situazione, come si vedrà nel paragrafo successivo, può tradursi in un vuoto di responsabilità, configurando quel rischio già delineato da Wiener di «affidare la propria responsabilità al vento e vedersela tornare indietro fra i turbini della tempesta»¹⁸.

3. *Motivi e obiettivi dell'AI Act*

Quali disposizioni dovrebbe includere l'*AI Act* per prevenire e contrastare le pratiche di «manipolazione, sfruttamento e controllo socia-

¹⁶ S.H. HONG, *Subjunctive and interpassive knowing in the surveillance society*, in *Media and Communication*, 3, 2025, 63-76.

¹⁷ *Ibidem*. Nell'*inter-passività*, la tecnologia consente al lavoratore di evitare il peso emotivo e decisionale di certe azioni. Per esempio, un lavoratore che affida una parte significativa del proprio lavoro a un robot può sentirsi sollevato dalla responsabilità di dover prendere decisioni importanti. Allo stesso tempo, però, questa delega porta a una progressiva «de-responsabilizzazione», a causa della quale l'individuo perde il controllo diretto del proprio ambiente e delle proprie azioni. Il potere reificante della tecnologia è dunque profondamente connesso all'*inter-passività*, poiché trasforma il soggetto umano in un «oggetto», riducendo la sua capacità di agire autonomamente.

¹⁸ N. WIENER, *Introduzione alla cibernetica. L'uso umano degli esseri umani*, trad. it. di D. Persiani, Torino, 1966, 226.

le», nonché per scongiurare la creazione di condizioni di rischio derivante dalla velocità? Come abbiamo brevemente accennato, l'*AI Act* si propone di regolamentare lo sviluppo, la diffusione e l'utilizzo dei sistemi di intelligenza artificiale nel rispetto dei diritti fondamentali e dei valori dell'Unione europea. In particolare, l'art. 1 del regolamento stabilisce che il suo scopo è quello di:

Promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (la «Carta»), compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione nonché promuovere l'innovazione.

Tale disposizione evidenzia la volontà del legislatore europeo di promuovere uno sviluppo tecnologico che adotti un approccio antropocentrico all'intelligenza artificiale, ponendo l'essere umano al centro dei processi di progettazione, implementazione e utilizzo delle tecnologie emergenti¹⁹.

¹⁹ A tal proposito, il Capo IV del regolamento introduce una serie di obblighi specifici per i fornitori di sistemi di intelligenza artificiale, attribuendo particolare rilievo al principio di trasparenza. In base a tale principio, i fornitori devono assicurare che le informazioni relative al funzionamento, alle caratteristiche e ai rischi dei sistemi siano fornite in modo chiaro, preciso e accessibile agli utenti e alle parti interessate. La trasparenza, dunque, assume un ruolo fondamentale non solo quale garanzia di *accountability*, ma anche come strumento di tutela dei diritti fondamentali. Applicando il principio di trasparenza al caso specifico dei cobot, emerge la necessità che anche le informazioni relative alla velocità operativa siano rese comprensibili e prontamente accessibili ai lavoratori. Ciò risulta essenziale per assicurare che i lavoratori siano pienamente consapevoli degli effetti che l'operatività dei cobot – specialmente in termini di velocità ed efficienza – può generare sul loro benessere psicofisico e sulla qualità delle relazioni interpersonali all'interno dell'ambiente di lavoro. In altre parole, il rispetto dell'obbligo di trasparenza, applicato al settore dei cobot, non deve limitarsi a una comunicazione tecnica delle prestazioni dei sistemi, ma deve tradursi in un impegno effettivo a promuovere condizioni di lavoro che tutelino integralmente la persona umana, evitando derive di competizione tra lavoratori e macchine e salvaguardando, al contempo, la dimensione relazionale e comunitaria del lavoro.

Al punto 1.1. *Motivi e obiettivi della proposta* dell'*AI Act*, si legge che il regolamento contribuisce all'obiettivo di rendere l'Europa «un leader mondiale nello sviluppo di un'IA sicura, affidabile ed *etica*, come affermato dal Consiglio europeo»²⁰ e di garantire la «tutela dei principi etici, come specificamente richiesto dal Parlamento europeo»²¹. Dobbiamo, tuttavia, interrogarci criticamente su quali valori etici siano effettivamente impliciti nella progettazione dei cobot. Infatti, nell'attuale contesto socio-economico, il richiamo all'«etica» sembra essere onnipresente ma, in molti casi, utilizzato più come strategia di *marketing* che come guida reale per il comportamento responsabile. Numerose aziende e organizzazioni adottano infatti riferimenti all'etica come strategia di costruzione di un'immagine positiva, senza che ciò si traduca in un reale impegno per l'applicazione di principi etici sostanziali. In tale prospettiva, l'etica rischia di ridursi a una semplice «etichetta», priva di incidenza reale sui processi decisionali e progettuali²². Per evitare che il riferimento all'etica si riduca a uno slogan vuoto e privo di efficacia normativa, risulta imprescindibile analizzare in che modo i criteri adottati nella progettazione dei cobot – come la velocità operativa e l'efficienza produttiva – possano compromettere il benessere dei lavoratori.

In questa prospettiva, migliorare un cobot non significa esclusivamente potenziarne le capacità tecnologiche e ottimizzarne i processi produttivi, ma implica anche un perfezionamento dell'interazione tra la macchina e l'utente, promuovendo la fiducia e la familiarità operativa e relazionale del lavoratore con il dispositivo²³. In tal senso – come sottolinea Batya Friedman – «i valori emergono dagli strumenti che co-

²⁰ Riunione straordinaria del Consiglio europeo (1 e 2 ottobre 2020) – Conclusioni, EUCO 13/20, 2020, pag. 6.

²¹ Risoluzione del Parlamento europeo del 20 ottobre 2020 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti il quadro relativo agli aspetti etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate (2020/2012 - INL).

²² A. FABRIS, *Etiche applicate. Una guida*, Roma, 2018.

²³ J.D. LEE, N. MORAY, *Trust, self-confidence, and adaptation to automation*, in *International Journal of Human-Computer Studies*, 40, 1994, 153-184; J.D. LEE, K.A. SEE, *Trust in automation: Designing for appropriate reliance*, in *Human Factors*, 46, 2004, 50-80.

struiamo e dal modo in cui scegliamo di usarli»²⁴. Friedman mette in luce la complessità di articolare e tradurre i valori morali in pratiche progettuali concrete. La sfida di tradurre tali valori in processi concreti richiede un impegno costante affinché la tecnologia non si limiti a rispondere a esigenze funzionali, ma rispetti e promuova principi etici fondamentali²⁵. Si tratta, dunque, di delineare un percorso capace di trasformare la logica aziendale della convenienza in un'opportunità di valorizzazione reciproca. Considerare l'effettiva convenienza dell'impresa nel promuovere modalità relazionali fondate sulla fiducia e sul rispetto dell'alterità appare cruciale non solo per il miglioramento del clima lavorativo, ma anche per il benessere individuale dei dipendenti. In particolare, in settori caratterizzati da elevata mobilità del personale e da una continua esigenza di aggiornamento delle competenze, investire nelle relazioni umane potrebbe non solo migliorare l'ambiente di lavoro, ma anche ridurre il tasso di *turnover*.

Come vedremo nel prossimo paragrafo, una valutazione etica dell'efficacia del regolamento europeo richiede di considerare anche le problematiche connesse al rischio di reificazione dell'essere umano e all'applicazione di profili stereotipati ai singoli lavoratori. Tali dinamiche emergono quando gli individui vengono ridotti a meri ingranaggi di un sistema produttivo che valorizza esclusivamente *performance* misurabili, come, per esempio, la rapidità di esecuzione, trascurando la complessità e l'unicità proprie di ogni soggetto umano.

4. Proposte per un approccio regolativo della robotica collaborativa centrato sulla persona

Di fronte ai rischi associati alla reificazione dei lavoratori, diventa cruciale, come osservano Ursula Plesner ed Emil Husted, prevenire la rarefazione delle relazioni interpersonali, sia nei rapporti orizzontali tra

²⁴ B. FRIEDMAN, *Value-sensitive design*, in *Interactions*, 6, 1996, 16-23 (traduzione mia).

²⁵ Anche il *design* tecnologico, per esempio, non è una dimensione neutra, ma un processo intrinsecamente etico, in cui ogni scelta tecnica incide sulla configurazione di valori morali e sociali.

colleghi sia nei rapporti verticali con i responsabili aziendali²⁶. Il terreno dell'inter-soggettività risulta fondamentale per la costruzione di team di lavoro solidali. In questo stesso spazio relazionale si alimenta il capitale sociale di un'azienda, risorsa essenziale che – come osserva Gabriele Blasutig – include: la fiducia interpersonale, la condivisione di valori, il senso di appartenenza, il sostegno reciproco e la motivazione a cooperare e a contribuire attivamente all'azione collettiva dell'organizzazione²⁷.

Per mantenere il corretto equilibrio tra l'adozione delle tecnologie e il rispetto del tessuto relazionale dell'azienda, è fondamentale garantire il valore delle interazioni personali, essenziali per un ambiente di lavoro coeso e collaborativo. Si tratta, allora, di riconoscere che la velocità non è un valore neutro: essa modifica le condizioni dell'agire lavorativo e rischia di minare le basi stesse della socialità organizzativa. Per questa ragione, un'adozione responsabile delle tecnologie dovrebbe prevedere esplicitamente strategie di salvaguardia delle interazioni umane, promuovendo tempi e spazi dedicati a mantenere vivo quel «terreno inter-soggettivo» fondamentale per una buona coesione organizzativa²⁸. È allora necessario ripartire da un modello etico d'impresa, fondato sul mantenimento delle relazioni tra i dipendenti, indispensabili per il con-

²⁶ U. PLESNER, E. HUSTED, *L'organizzazione digitale*, trad. it. di A. Bruni, Bologna, 2022, 166.

²⁷ G. BLASUTIG, *L'intelligenza artificiale nelle organizzazioni e la prospettiva della collaborazione uomo-macchina*, in *Poliarchie*, 5, 2022, 201.

²⁸ Emblematico è il caso analizzato da Wallace di un saldatore che, in un'azienda artigiana, minaccia le dimissioni in seguito alla prospettiva dell'introduzione di un cobot. La sua opposizione non si riduce a una resistenza al cambiamento, ma riflette una profonda preoccupazione per la perdita di significato e riconoscimento connessa alla propria attività. Il gesto tecnico, affinato nel tempo e ripetuto con cura, non è percepito come un'operazione meccanica, bensì come espressione di competenza e identità professionale. In tale contesto, la paura della velocità e dell'efficienza automatizzata evidenzia una carenza di formazione e di accompagnamento nella transizione: il problema non è solo tecnico, ma culturale e relazionale. Nelle piccole e medie imprese, dove la coesione interna e il senso di appartenenza sono determinanti, ignorare queste dinamiche rischia di trasformare l'innovazione in un trauma. Per questo, una politica di integrazione tecnologica efficace deve prevedere processi partecipativi e percorsi formativi orientati al riconoscimento del sapere esperto e alla valorizzazione della soggettività lavorativa. Si veda J. WALLACE, *op. cit.*

solidamento di un capitale sociale solido all'interno delle organizzazioni. Infatti, come sottolineato dalla Teoria delle comunità di pratica, le relazioni interpersonali autentiche sono il terreno fertile su cui si sviluppano processi di apprendimento condiviso, innovazione e capacità adattive, elementi imprescindibili in contesti lavorativi sempre più complessi e tecnologicamente avanzati²⁹.

Possiamo, allora, affermare che l'*AI Act* rappresenta indubbiamente una base solida per l'integrazione dei cobot negli ambienti di lavoro, garantendo che l'adozione delle tecnologie emergenti avvenga nel rispetto dei diritti fondamentali e nella promozione di un contesto lavorativo sicuro ed equo. Tuttavia, sebbene il regolamento sancisca principi essenziali quali la trasparenza e la tutela dei diritti dei lavoratori, esso non affronta in modo specifico l'impatto che la velocità esercita sulle dinamiche relazionali all'interno degli spazi lavorativi. Per prevenire il rischio di una rarefazione delle interazioni, sarebbe auspicabile che l'*AI Act* introducesse misure e principi progettuali esplicitamente orientati alla cura delle relazioni interpersonali.

Ripensare lo spazio lavorativo in chiave relazionale implica la costruzione di ambienti più umani, capaci di rispondere alle esigenze dei singoli lavoratori, valorizzandone la complessità e riconoscendone le vulnerabilità. In tale prospettiva, la robotica collaborativa dovrebbe essere concepita non soltanto come un mezzo per incrementare l'efficien-

²⁹ E. WENGER, *Comunità di pratica. Apprendimento, significato e identità*, trad. it. di R. Merlini, Milano, 2006. Il concetto di Comunità di pratica (CdP) è stato elaborato da Étienne Wenger, il quale definisce tali comunità come «gruppi di persone che condividono un interesse per qualcosa che fanno e imparano a farlo meglio mentre interagiscono regolarmente». Secondo Wenger, una CdP si caratterizza per tre elementi distintivi. In primo luogo, essa si costituisce attorno a un dominio di conoscenza o interesse condiviso, che conferisce coerenza e identità alla comunità stessa. In secondo luogo, una CdP presuppone l'esistenza di una comunità: i membri interagiscono regolarmente, imparano reciprocamente, condividono esperienze e costruiscono legami di collaborazione. In terzo luogo, una CdP si distingue per la creazione di una pratica condivisa, ovvero l'elaborazione progressiva di un repertorio comune di risorse, norme, procedure, strumenti, narrazioni e soluzioni a problemi ricorrenti. Tale pratica rappresenta il patrimonio esperienziale e operativo della comunità, continuamente arricchito attraverso l'interazione tra i membri.

za produttiva, ma come uno strumento finalizzato a sostenere e supportare ogni individuo, con particolare attenzione ai soggetti più fragili.

Rivalutare l'ambiente lavorativo alla luce della nostra intrinseca vulnerabilità, fragilità e corporeità significa prevedere l'implementazione obbligatoria di dispositivi di rallentamento strategico, che garantiscano «pause temporali» nelle dinamiche di collaborazione uomo-macchina. Questo approccio muove dalla consapevolezza che l'essere umano è un essere temporale e incarnato, la cui capacità di deliberazione è strutturalmente legata a ritmi cognitivi, emozionali e corporei non comprimibili oltre una certa soglia senza pregiudicarne l'umanità stessa. Un esempio virtuoso di questa integrazione è rappresentato dal progetto MindBot, un cobot concepito per adattarsi alle capacità cognitive ed emotive del singolo lavoratore, con particolare attenzione alla salute mentale³⁰. MindBot è, infatti, pensato per essere utilizzato anche da soggetti con diagnosi di disturbo dello spettro autistico, favorendo un ambiente di lavoro inclusivo e rispettoso della diversità dei ritmi cognitivi. In questa prospettiva, la ricerca che si va conducendo – e che auspichiamo venga assunta come direttrice prioritaria dalla comunità scientifica – mira a promuovere una robotica collaborativa ispirata all'etica della cura, ossia fondata sull'inclusione e sulla tutela delle vulnerabilità umane. Sostenere questa linea di ricerca significa non solo mi-

³⁰ Progettato dall'Istituto Scientifico Eugenio Medea, MindBot, *Mental Health Promotion of Cobot Workers in Industry 4.0*, si inserisce nel progetto europeo Horizon 2020, sviluppato nell'ambito della robotica collaborativa. MindBot è progettato per monitorare lo stato mentale degli utenti attraverso sensori e modelli di intelligenza artificiale che rilevano segnali di stress, affaticamento o disagio emotivo. Particolarmente rilevante è la capacità di MindBot di operare anche in contesti ad alta vulnerabilità, come nel caso di soggetti con diagnosi di disturbo dello spettro autistico. Tuttavia, se da un lato questo tipo di tracciamento si propone di promuovere il benessere psichico sul luogo di lavoro, dall'altro solleva interrogativi non trascurabili: fino a che punto è legittimo affidare a una macchina il rilevamento di stati interiori così complessi? L'uso di dispositivi in grado di interpretare automaticamente stati mentali suscita perplessità circa il trattamento dei dati, l'autonomia decisionale del lavoratore e la possibile deriva verso nuove forme di sorveglianza. Si veda il sito dell'applicativo: <https://emedea.it/news-it/487-horizon-2020-i-risultati-del-progetto-mindbot-il-cobot-che-riduce-lo-stress-del-lavoratore>.

gliorare l'accettabilità sociale delle tecnologie collaborative, ma anche riaffermare una concezione relazionale dell'umano.

Un ultimo aspetto da considerare riguarda il coinvolgimento attivo dei lavoratori nei processi decisionali riguardanti l'introduzione della robotica collaborativa negli spazi lavorativi. Soltanto un approccio autenticamente partecipativo può garantire che le soluzioni adottate corrispondano ai bisogni concreti dei lavoratori. In tal senso, Marco Isceri e Fabio Macioce evidenziano il ruolo strategico delle organizzazioni sindacali nella mitigazione dei rischi connessi all'introduzione di nuove tecnologie. Il sindacato, infatti, non dovrebbe limitarsi a una partecipazione formale, ma dovrebbe essere pienamente integrato nei processi decisionali, prendendo parte, per esempio, alla fase di test delle procedure informatizzate, per verificare preventivamente la conformità delle prestazioni del software robotico agli accordi stipulati³¹.

In questo quadro, l'ascesa del *welfare* aziendale assume un'importanza strategica: esso non si limita a sostenere il benessere economico dei dipendenti, ma contribuisce alla loro realizzazione complessiva, promuovendo una partecipazione consapevole e attiva alla vita aziendale. Le imprese sono pertanto chiamate a ripensare in modo continuo e dinamico il ruolo del *welfare* aziendale, elaborando risposte adeguate ai nuovi bisogni e ai rischi sociali emergenti, che i tradizionali strumenti di protezione non sono più in grado di affrontare efficacemente³².

In definitiva – come opportunamente osserva Ilario Belloni – sebbene oggi si invochino frequentemente l'«etica» e il «diritto» come parole d'ordine volte a legittimare l'impiego dell'intelligenza artificiale, mediante la formalizzazione di principi quali la «trasparenza» o la «robustezza», permane il rischio che tali richiami si traducano in una mera giustificazione acritica delle tecnologie. Lungi dall'assumere un ruolo puramente strumentale di legittimazione, il diritto e l'etica dovrebbero invece attrarre l'intelligenza artificiale entro il proprio orizzonte normativo e riflessivo, mirando a coglierne l'essenza oltre l'apparenza tecni-

³¹ M. ISCERI, F. MACIOCE, *Innovazione tecnologica e fiducia nei luoghi di lavoro. Problemi e prospettive giuridiche*, in D. ROBASTO (a cura di), *Robot e cobot nell'impresa e nella scuola*, Milano, 2022, 25-34.

³² *Ivi*, 32.

ca³³. Come sottolinea ancora Belloni, si tratta di sostituire alla mera curiosità tecnica nei confronti delle macchine una forma di attenzione consapevole e interrogativa, capace di ricondurre l'innovazione tecnologica entro una prospettiva autenticamente umana³⁴.

5. Conclusioni

In conclusione, la discussione sull'integrazione dei cobot non dovrebbe limitarsi a considerare come queste macchine possano essere inserite efficacemente nei processi organizzativi per migliorare la produttività, ma dovrebbe focalizzarsi su come rafforzare le relazioni tra i dipendenti, promuovere la crescita personale e garantire condizioni di lavoro rispettose della persona. Tra i vantaggi derivanti dall'uso dei cobot vi è certamente la possibilità di esonerare l'essere umano da compiti ripetitivi e pericolosi, riducendo le mansioni alienanti e rendendo il lavoro più accessibile; tuttavia, questo non è sufficiente a garantire una qualità del lavoro conforme ai principi della dignità e della libertà individuale. La collaborazione tra umani e cobot dovrebbe essere concepita non come una semplice ripartizione funzionale dei compiti, ma come un'occasione per liberare il potenziale umano, facilitare le relazioni interpersonali e preservare la capacità critica e creativa dei lavoratori.

In quest'ottica, la progettazione dei cobot deve evitare di assumere posture operative rigide, assertive e prescrittive, che finirebbero per imporre ritmi e modelli di comportamento. I cobot dovrebbero, piuttosto, agire come strumenti adattivi, capaci di riconoscere la diversità delle competenze, dei tempi e delle esigenze umane. In risposta alla domanda iniziale, si può affermare che i cobot possono effettivamente migliorare l'esperienza lavorativa, a patto che siano progettati per valorizzare le differenze umane, anziché uniformare comportamenti e prestazioni. A tal fine, l'*AI Act* dovrebbe riconoscere la velocità operativa come parametro di rischio autonomo, imponendo limiti compatibili con la com-

³³ I. BELLONI, *Una "macchina curiosa". Prime osservazioni su diritto, etica e intelligenza artificiale a partire da un celebre racconto*, in *Ordines*, 2, 2023, 82-84.

³⁴ *Ibidem*.

prensione, il giudizio e l'intervento umano. Valutare e regolamentare la velocità non significa solo distinguere l'umano dalla macchina, ma anche orientare lo sviluppo tecnologico a sostegno delle dinamiche relazionali, sociali ed etiche che definiscono l'esistenza umana.

DATI BIOMETRICI, MIGRAZIONI E PROTEZIONE INTERNAZIONALE

TRA FINALITÀ ANFIBIE E DUALI DEL CONTROLLO SOCIALE NELLA SOCIETÀ ALGORITMICA

Matteo Buffa

I. Premessa

L'Unione europea ha raggiunto, nel 2024, un accordo definito come un “nuovo patto in materia di migrazione e asilo”: con un complesso di misure comuni gli Stati membri intendono attuare riforme rilevanti nel settore della protezione internazionale e della migrazione per fronteggiare una nuova “crisi”. A quanto noto, guardando al complesso dei testi normativi di diritto derivato che compongono le nuove disposizioni, tale risultato sarà perseguito con diversi strumenti. In primo luogo, tramite una tensione a un'ulteriore uniformazione dei criteri per l'inclusione ai fini del riconoscimento della protezione internazionale a livello europeo. Ciò, tanto nella forma dello status di rifugiato che di protezione sussidiaria e, pertanto, di converso, sui “margin” della protezione nazionale e/o al rigetto della domanda, tanto più se in tempi celeri. Si aggiungono, infatti, procedure accelerate in frontiera, anche al fine di aumentare la possibilità di rimpatrio immediato e la progressiva “esternalizzazione” delle relative procedure; il nuovo patto, ancora, affianca un insieme di disposizioni volte al rafforzamento del c.d. *constructive refoulement*¹, in particolare, attraverso la raccolta di (nuovi) set di dati

¹ Espressione con cui la dottrina, progressivamente, si è riferita alle misure che costituiscono e, in qualche modo, co-costruiscono *refoulement* a partire dall'auspicato effetto di disincentivazione della partenza dai paesi di origine o di transito costringendo così, però, le persone a rimanere in contesti spesso connotati da conflitti, violazioni dei diritti e persecuzioni. È opinione di chi scrive che la definizione, (con)tesa, di un elenco di paesi di origine sicura al fine di applicare una serie di accelerazioni (sulla base di

biometrici, lo sconfinamento della detenzione amministrativa a fini identificativi ed espulsivi (tra i primi esperimenti in questa direzione, si registra quello che discende dall'accordo tra Italia e Albania e che, da ultimo, ha consentito di rivedere il centro di Gjader in termini di CPR con decreto-legge n. 37 del 2025).

Esaminando i testi consolidati degli atti normativi europei che sono stati di recente approvati sappiamo che l'applicazione del "nuovo" sistema Eurodac comprenderà non solo una banca dati per il rilevamento fotodattiloscopico, ma anche un nuovo sistema di raccolta dei dati biometrici (immagini di volti, occhi e dati "comportamentali"). Tali dati saranno oggetto di una raccolta e di una lettura almeno "dual use": essi potranno infatti essere utili sia nel contesto della registrazione delle domande di protezione internazionale e della loro valutazione che al fine di identificare, rintracciare, rimpatriare migranti (irregolari) nonché al fine di indagare e perseguire possibili terroristi e/o criminali.

Nello spazio di libertà sicurezza e giustizia dell'Unione europea, dopo il *General Data Protection Regulation* (Regolamento n. 679 del 2016), anche la c.d. direttiva *Network Information Security II*, n. 2555 del 2022, ha sottolineato la necessità di una migliore e maggiore attenzione nel garantire i diritti delle persone come oggetto di primaria considerazione nel contesto della *cybersecurity* e delle infrastrutture critiche, considerato il *non-rights based approach* della normativa, cui l'*AI Act* (Regolamento n. 1689 del 2024) tenta, in qualche modo, di fare fronte. In questa direzione le dichiarazioni del Garante europeo della protezione dei dati hanno esplicitato forti preoccupazioni. Al centro di esse, soprattutto, le operazioni di Europol per giustificare la raccolta il trattamento e la gestione dei dati biometrici sui richiedenti asilo, tra controlli e funzioni di polizia, di difficile conciliazione con i limiti e i divieti di cui all'art. 9 del GDPR e la possibilità di applicazione di quelli che il regolamento definisce i diritti degli interessati e che vedono nel diritto di accesso il presupposto più rilevante. A nuove tecnologie bio-

semplificazioni valutative) e, da ultimo, persino deportazioni in paesi terzi, sia volta alle stesse finalità e idonea a produrre lo stesso carico di effetti. Sull'utilizzo del termine deportazione, ovvero rimpatrio, espulsione e rimozione, rinvio alla premessa di G. CAMPESI, E. DE ROBERTIS, F. OZIOSI, *Rimpatri forzati e pratiche di monitoraggio. Uno studio empirico*, Pisa, 2025.

metriche si affiancano, ancora, dispositivi che guardano all'intelligenza artificiale come strumento possibile per l'automazione della valutazione delle domande di asilo e, persino, della possibilità di raccogliere e formalizzarle. Ancora più rilevanti, infine, le raccolte di dati biometrici e comportamentali, dalle finalità anfibe, per i migranti e le persone richiedenti protezione internazionale più vulnerabili, tra cui figurano anche (e soprattutto) le persone minorenni che, già a partire dai sei anni di età, saranno soggette a tali procedure. Si tratta di circostanze che raccontano di un uso, e di una posizione, più che duale di queste tecnologie e di un nuovo controllo sociale biometrico(n) nella "società algoritmica" dei nostri giorni².

2. Introduzione

In questo scritto ho deciso di dedicare la mia attenzione a come le recenti politiche migratorie europee e italiane, in particolare a partire dal cosiddetto *Nuovo patto sulle migrazioni e l'asilo* dell'Unione europea, abbiano contribuito alla costruzione di nuove architetture di sorveglianza e controllo. Ritengo che queste nuove architetture possano definirsi, come per altro l'ho definito altrove, nel loro complesso, come un *Biometricon*³. Quest'ultima espressione intende mettere in luce alcune assonanze con il celebre *Panopticon* benthamiano⁴ (e il successivo mo-

² Il riferimento è al titolo della sessione dedicata a questo tema nell'ambito del convegno nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto che si è svolto a Trento nel settembre del 2024.

³ M. BUFFA, *The "Biometric_on": on the (dual) use of biometric data in migration and international protection in Europe*, in S. MARTINELLI, P. PERRI, C. PONCIBÒ (eds.), *Product liability: platforms, internet of things and artificial intelligence*, di prossima pubblicazione. Da questo contributo sono tratte alcune delle considerazioni che ho svolto in occasione del già richiamato convegno nazionale della Società Italiana di Filosofia del Diritto (SIFD) così come nel presente elaborato.

⁴ Informatica giuridica e sicurezza informatica, quanto più se all'incontro sempre più frequente con la filosofia e la sociologia del diritto (e della devianza), hanno dato spazio a interessanti riflessioni sul tema della sorveglianza panottica, secondo il più classico modello carcerario teorizzato da Jeremy Bentham nel 1791 e le critiche che, a questo modello disciplinare e, in qualche modo, sociale, erano state proposte da

dello del *Synopticon*, secondo il termine coniato in letteratura in occasione e a partire dell'emergenza pandemica). Si tratta di modelli pervasivi e manifesti di controllo e disciplina del potere. Tali modellizzazioni della sorveglianza non rinunciano alla concessione di una certa porzione di autonomia nell'instillare in ciascuno la consapevolezza di una condizione di visibilità permanente e di auto – appunto – disciplina che alcune tecniche di controllo sociale sono in grado di definire nell'umano. In questo senso, il *Biometricon* – ancora in costruzione allo scopo della gestione (costantemente) emergenziale dei flussi migratori e delle frontiere – è possibile a partire da una sempre maggiore diffusione di strumenti di cattura delle immagini e di tecnologie IoT (*Internet of Things*). La moltiplicazione e la mobilità degli sguardi e degli strumenti e, pertanto, degli spazi di visibilità, sembra – al momento – non aver inciso in modo apprezzabile, come vedremo, sui numeri che descrivono i flussi migratori più recenti. Questi strumenti, sempre più utilizzati anche come vere e proprie armi nel contesto dei diversi conflitti armati internazionali che interessano l'attuale panorama geopolitico, sono caratterizzati da una moltiplicazione potenzialmente infinita (e dalla continua mobilità) tanto dei confini quanto dei dispositivi di cattura e degli spazi di visibilità innovativi che sono idonei a creare, sia dalla raccolta e del successivo possibile utilizzo dei dati personali dei migranti, anche biometrici, per diverse finalità. I dati vengono raccolti ai fini del controllo e del governo della mobilità in diverse fasi della gestione dei flussi migratori, così come nelle diverse manifestazioni materiali della frontiera nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione euro-

M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, Torino, 2014; ID., *Nascita della clinica. Una archeologia dello sguardo medico*, Milano, 1998; ID., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Milano, 2015. Ancora, nello iato già evidenziato da Heidegger tra tecnica e tecnologia, si inserisce una possibile rilettura sinoptica, come nella restituzione che di tale modellizzazione di sorveglianza si ha nell'opera di E. MAESTRI, *Lex informatica. Diritto, persona e potere nell'età del cyberspazio*, Napoli, 2015, dove nel quarto capitolo viene proposto un passaggio interessante dal titolo «dal Panopticon al Synopticon», cioè a dire la sorveglianza dei pochi da parte dei più. Tale modello, già teorizzato da Thomas Mathiesen alla fine degli anni Novanta, è stato poi riproposto da alcune autrici e alcuni autori rispetto alla rilettura critica dell'esperienza pandemica del Covid-19 e dei dispositivi che diverse autorità statali hanno adottato per contenerne la diffusione.

pea. Ancora, questi dati prendono corpo e spazio nelle derive costruite nella progressiva esternalizzazione delle procedure, comprese quelle relative al diritto alla protezione internazionale e alla detenzione amministrativa a fini identificativi ed espulsivi, verso Paesi terzi (talvolta definiti dalle autorità nazionali come “sicuri”). Il complesso di questi elementi pone delle questioni sia con riferimento alla registrazione dei dati, alla loro raccolta, così come nella loro conservazione, a partire da problemi connessi al diritto alla riservatezza e, nello specifico, alla compatibilità con la disciplina del GDPR. In tale conformità convive, con una *compliance* che possiamo definire normativa⁵ una, invece, maggiormente legata all’*accountability* delle procedure e delle prassi in uso, tanto più quando queste hanno a che vedere con i diritti umani. Questa dimensione deve essere valutata con particolare riguardo ai dati sensibili pertinenti alla protezione internazionale, nonché ai dati sui soggetti vulnerabili. L’identificazione dei migranti in termini di soggetti vulnerabili consente, infatti, il venire meno di una serie di trattamenti caratterizzati da una sensibile diminuzione delle garanzie anche se talvolta in momenti molto avanzati della gestione del flusso migratorio, come testimoniato nell’ambito degli accadimenti riguardanti il trasferimento in Albania di soggetti provenienti dai c.d. paesi terzi sicuri, mai convalidati dalla magistratura competente. Vengono raccolti, del pari, dati di minore rilevanza che – a ben vedere – pertengono tutto sommato ancora al livello dell’esistenza umana e possono essere compresi nel generale diritto alla riservatezza. Eppure, tali elementi raccolti non possono sottrarsi al possibile uso quantomeno duplice, ma certamente molteplice che guarda alla sicurezza nazionale e internazionale, così come alle difficoltà relative al pieno e consapevole controllo da parte dei migranti dei propri dati, nonché all’intervento e all’esercizio dei relativi diritti quali soggetti interessati. Da ultimo, infine, la stessa condizione

⁵ Di recente ho lavorato su un modello possibile per risignificare la *compliance*, dalle “ontologie” alle epistemologie, grazie alla mia partecipazione al progetto SERICS (*SECURITY and RIGHTS in CYBER SPACE*) come ricercatore in Filosofia del Diritto presso l’Università degli Studi di Milano. Mi permetto di rinviare a M. BUFFA, *Resignifying compliance between ontologies and epistemologies of law*, in L. WONG, M. SAEKI, J. ARAUJO, C. AYORA, A. BERNASCONI, M. BUFFA, S. CASTANO, P. FETTKE, H.G. FILL (eds.), *Advances in Conceptual Modeling*, Cham, 2024.

di persona richiedente protezione internazionale è stata ritenuta sufficiente alla mancata convalida del trattenimento fuori dai confini nazionali, in Albania, da parte della Corte d'Appello di Roma nell'aprile del 2025.

3. Sorvegliare, punire, rimpatriare

Come nelle raffigurazioni più classiche delle epistemi foucaultiane, lo scopo profondo dell'ultimo e (solo in ordine di tempo) nuovo patto che l'Unione europea ha recentemente raggiunto in tema di migrazione e asilo sembra essere quello della sorveglianza e del controllo. Questo patto, a ben vedere, costituito da un complesso di nuovi atti di diritto derivato dell'Unione che si affianca ai nuovi progetti del 2025 in tema di rimpatri europei⁶, dovrebbe essere una risposta a una (nuova) crisi migratoria in Europa. Se guardiamo al portale dati dell'UNHCR dedicato alla situazione del Mediterraneo possiamo accedere ai numeri degli arrivi e ai paesi di origine più comuni dei flussi migratori più recenti, potendo osservare come, dal punto di vista quantitativo, così come da quello qualitativo sia difficile definirla davvero una "crisi".

Poco meno di duecentomila arrivi nel 2024 in tutta Europa. 46.000 circa in Italia. Saranno, in tutto, 199.400 circa gli arrivi in Europa, per la maggior parte via mare, per il 2024, 30.000 persone circa nel primo trimestre del 2025, 38.424 secondo i dati più recenti disponibili a chiusura del primo quadrimestre di quest'anno (con dati aggiornati al 27 aprile 2025)⁷. Non arriveranno, in Italia, oltre 66.617 persone nel 2024 e nemmeno 15.000 si contano nel primo quadrimestre del 2025. Se, inoltre, ancora relevantissimi si confermano gli attraversamenti delle frontiere blu dell'Europa, meno evidenti sembrano gli attraversamenti delle frontiere terrestri in Europa (poco meno di 2000, cioè 1903, su un

⁶ Per la proposta della Commissione europea su questo tema, si vedano le informazioni disponibili al seguente collegamento https://italy.representation.ec.europa.eu/notizie-ed-eventi/notizie/la-commissione-propone-un-nuovo-sistema-europeo-comune-di-rimpatrio-2025-03-11_it.

⁷ <https://data.unhcr.org/en/situations/europe-sea-arrivals> (ultimo accesso 30 aprile 2025).

complesso di quasi quarantamila arrivi registrati nel primo quadrimestre del 2025). Sempre eccessivo, invece, appare il numero delle vittime o delle persone scomparse nelle tratte migratorie tanto più se rapportato ai numeri dei soggetti in arrivo, ma anche a partire dall'inesorabile *crimmigration*⁸ nel contesto italo-europeo. Numeri eccessivi che, pur privi in astratto di un corrispettivo di soglia accettabile, costituiscono una stima di decessi al ribasso, che racconta – tra l'altro – di un generale disinvestimento complessivo nelle attività SAR⁹ da parte dell'Unione e degli Stati Membri. Dal 2015 a oggi, infatti, sono 27.863 le persone morte, o comunque scomparse, nel Mediterraneo.

Dalla grande crisi migratoria europea del 2015, con più di un milione di migranti giunti in Europa, al 2024, con nemmeno un quinto del totale della crisi in argomento, si sono attraversati momenti geopolitici diversi che, nella gestione dei flussi migratori, hanno sempre mantenuto quale variabile indipendente il trattenimento attraverso (nuove) strutture dedicate. Erano *hub* già con la commissione Juncker e saranno definiti nuovamente come tali nel 2025, all'indomani della presentazione di un disegno di legge europea per un regolamento comune sui rimpatri. Concentratori (di dati, dalle scienze informatiche, di umani, dalle scienze sociali che, talvolta silenti, osservano la progressiva esternalizzazione del confinamento dei migranti presso paesi terzi). Ancora una volta, i dati disponibili forniscono un quadro complessivo in grado di raccontare uno scenario peculiare. Con la cosiddetta grande crisi migratoria europea del 2015, l'arrivo di più di un milione di migranti in UE ha comportato la necessità di misure speciali ed eccezionali. Negli anni successivi si è assistito a una progressiva diminuzione degli arrivi riconducibile a diverse cause, nello specifico, anche se non esclusiva-

⁸ Si tratta dell'intersezione terminologica tra *crime* e *migration*, a sottolineare quanto il diritto penale e il diritto dell'immigrazione si siano ormai sovrapposti sia a livello nazionale che europeo nella gestione delle migrazioni. Tra gli altri contributi su questo tema rinvio ai saggi contenuti nel volume G.L. GATTA, V. MITSILEGAS, S. ZIRULLIA (eds.), *Controlling immigration through criminal law. European and comparative perspectives on crimmigration*, Oxford, 2021.

⁹ Acronimo che indica le attività di ricerca e soccorso in mare (*Search And Rescue*) sempre più rare e contese nell'area del Mediterraneo e che, di recente, con le riforme del 2025, sono state limitate a ulteriori frontiere blu, interessando cioè il cielo (e gli eventuali velivoli deputati al pattugliamento aeromobile) oltre al mare.

mente, ai diversi accordi sottoscritti tra Europa e Turchia, Italia e Libia e, più di recente, con Albania, Tunisia ed Egitto, alla progressiva esternalizzazione delle frontiere anche nella fase di valutazione delle domande di asilo e in quella relativa all'esecuzione dei rimpatri. Con una nuova serie di misure comuni, oggi, gli Stati membri saranno in grado di raggiungere riforme rilevanti nel campo della protezione internazionale e della migrazione. Questo risultato sarà possibile anche attraverso la raccolta di (nuovi) set di dati biometrici.

Se il “nuovo” patto guarda a una “nuova” crisi che non è propriamente nuova, in effetti, anche il patto non è propriamente un patto. Si tratta, piuttosto, di un insieme di atti legislativi (per la maggior parte regolamenti direttamente applicabili negli Stati membri). Un complesso di misure urgenti ed eccezionali la cui emergenza, però, consente il rinvio dell'applicazione al 2026.

La radiografia dell'accordo ci mostra un'ossatura articolata e progressiva, costituita soprattutto da fonti direttamente applicabili di diritto derivato, in particolare da: a) un Regolamento sulla gestione dell'asilo e della migrazione; b) un Regolamento che affronta le situazioni di crisi e di forza maggiore nel settore della migrazione e dell'asilo (che modifica il regolamento 2021/1147); c) un Regolamento che modifica i regolamenti (UE) 2019/816 e (UE) 2019/818 allo scopo di introdurre lo *screening* dei cittadini di paesi terzi alle frontiere esterne; d) un Regolamento che istituisce una procedura di rimpatrio alla frontiera e modifica il regolamento (UE) 2021/1148; e) un Regolamento istitutivo del *database* Eurodac II; f) una nuova direttiva qualifica per armonizzare (ulteriormente) lo status di rifugiato in tutta l'Unione al fine di aumentare la certezza del diritto e la trasparenza; g) una Direttiva sulle condizioni di accoglienza; h) un accordo quadro sulle procedure comuni per il reinsediamento e l'ammissione umanitaria di persone particolarmente vulnerabili che hanno diritto a ricevere lo status di rifugiato o di protezione sussidiaria nell'UE. Il complesso di questi atti, adottati nel maggio del 2024 dal Consiglio dell'UE, mira sia alla migliore “gestione” dei flussi migratori nei rapporti tra gli Stati Membri, così come all'esigenza di (ri)affrontare situazioni di crisi e di forza maggiore nell'ambito delle migrazioni e della protezione internazionale. In questa duplice direzione, guardando senza imbarazzi alla necessità di introdurre nuovi

controlli di identità dei cittadini non europei alle frontiere esterne (e alla progressiva esternalizzazione di tali frontiere verso altri Paesi terzi) il patto, come nelle comunicazioni istituzionali, intende:

alleggerire l'onere che grava sui paesi dell'UE in cui arriva la maggior parte dei migranti; offrire un quadro più equo ed efficiente per la registrazione e la gestione delle domande di asilo; contribuire a ridurre i movimenti secondari.

Proseguendo nella lettura, però, emergono 4 pilastri¹⁰: 1) il rafforzamento delle frontiere esterne attraverso maggiore rigore dei controlli (identificazione sicurezza e salute) con nuove procedure di frontiera per le persone richiedenti asilo («si applicherà ai richiedenti asilo che probabilmente non necessitano di protezione, che inducono in errore le autorità o che costituiscono un rischio per la sicurezza. A coloro che non possono beneficiare della protezione internazionale sarà applicata una procedura di rimpatrio efficiente con sostegno alla reintegrazione») con la previsione, poi, della possibilità di adottare protocolli di crisi e procedure standard di azione in caso di emergenze; 2) procedure (più) rapide ed efficaci con la previsione di norme chiare per prevenire abusi; 3) un sistema efficace di solidarietà e responsabilità (tra gli stati membri) e, in ultimo, ma non per importanza; 4) «integrare la migrazione nei partenariati internazionali». Una formulazione interessante, quest'ultima, tesa di fatto a evitare le partenze dai paesi di origine o di transito, così come a consentire la creazione di nuovi partenariati con paesi terzi e Nazioni Unite per il contrasto al traffico di migranti, cooperando per le riammissioni nei paesi di origine (prioritari) promuovendo percorsi legali.

Si introducono, poi, nuove procedure di rimpatrio (e respingimento) grazie al rafforzamento di Eurodac, nuove regole comuni per armonizzare il riconoscimento della protezione internazionale e l'accoglienza, nonché dei resti della protezione per motivi umanitari e l'individuazione delle vulnerabilità.

¹⁰ https://home-affairs.ec.europa.eu/policies/migration-and-asylum/pact-migration-and-asylum_it?prefLang=it.

L'accordo definisce, di fatto, un nuovo perimetro di sicurezza, biometrico, rafforzato da Frontex e altri soggetti terzi cui affidare la gestione delle frontiere esterne, dando vita a nuove forme e tecnologie del controllo sociale della società algoritmica¹¹, tese a sorvegliare, punire e rimpatriare.

L'elemento della punizione, in particolare, sembra ultroneo (ancorché non del tutto nuovo) nella gestione dei flussi migratori in Europa e nel mondo, soprattutto guardando alla commistione della privazione della libertà personale per via amministrativa (il trattenimento) e alle misure cui questi soggetti sono sottoposti (i trattamenti) spesso non dissimili a quelli dedicati a coloro che vengono privati della libertà per la commissione di fatti penalmente rilevanti, quasi che l'immaginario collettivo avesse sempre più bisogno di quelle che Foucault avrebbe definito compensazione eterotopiche.

4. Definizioni biometriche on migration: tra AI, identità e identificazione

Guardando alle possibili definizioni di biometria, esse si rivelano plurime poiché provenienti tanto dalle norme degli standard ISO/IEC quanto dalla legislazione rilevante dell'UE, in particolare dal Regolamento generale sulla protezione dei dati (di seguito anche solo GDPR) e dal Regolamento 1689/2024, il cosiddetto *AI Act*, recentemente approvato dal Parlamento e dal Consiglio dell'Unione europea.

Secondo la fonte ISO/IEC 2382-37:2017¹² possiamo definire biometrico:

[...] il riconoscimento automatizzato di individui sulla base delle loro caratteristiche biologiche e comportamentali [...] La caratteristica biometrica è una caratteristica biologica e comportamentale di un indivi-

¹¹ ASGI ha, recentemente, definito le conseguenze che discendono dal Decreto-legge n. 37 del 28 marzo 2025 come un «laboratorio autoritario». Si veda il commento disponibile al collegamento seguente: <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/albania-dl-37-2025-laboratorio-autoritario/>.

¹² ISO/IEC 2382-37:2017. La citazione qui presentata è tratta dal vocabolario dello standard, in particolare con riguardo alle voci *Biometria* e *Caratteristiche biometriche*.

duo da cui possono essere estratte caratteristiche biometriche distintive e ripetibili ai fini del riconoscimento biometrico.

Si tratta di una definizione in qualche modo involuta e problematica che, però, è utile a perimetrare il campo di interesse anche ai fini del presente contributo.

Secondo l'art. 4 del GDPR:

Per dati biometrici si intendono i dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica, che consentono o confermano l'identificazione univoca di detta persona fisica, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici. Inoltre, gli indicatori biometrici sono informazioni che codificano una rappresentazione della composizione biologica unica di una persona¹³.

Da tutte queste definizioni possiamo trarre, nel complesso, che il riconoscimento automatico (e sicuro), nello spazio che intercorre tra identità (univoca, quasi matematica) e identificazione (seppure desiderata come certa, sicura, immediata, operazione umana e, come tale, aperta a possibili imprecisioni ed errori) dei soggetti, costituisce l'esigenza primaria della raccolta di dati biometrici dei non cittadini nell'UE. Ciò, in particolare, se pensiamo a quanto l'autenticazione univoca, anche attraverso più e diversi fattori di autenticazione (tra cui, anche, quello biometrico, digitale, vocale, facciale, espressivo) possa assumere un ruolo di garanzia (spesso "economica" e/o di accesso a servizi dedicati) differente per cittadine/i dell'Unione. Il riconoscimento biometrico destinato alle persone non cittadine dell'Unione, nella distanza che si crea tra identità e identificazione, produce il perseguimento di un insieme di finalità più che duali nelle politiche migratorie europee.

¹³ Manuale sulla protezione dei dati dell'OIM, 2010, disponibile in libero accesso al seguente link <https://publications.iom.int/books/iom-data-protection-manual> che esemplifica, tra gli altri dati rilevanti, impronte digitali, scansioni della retina o scansioni vocali. La rilevanza di questa fonte, oltre a corrispondere a quella dell'organizzazione che ne è autrice (l'Organizzazione Intergovernativa per le Migrazioni) riguarda anche il momento della sua pubblicazione, decisamente precedente all'emanazione del GDPR e alla sua entrata in vigore, anticipando molti ambiti di interesse che saranno, poi, regolati nel 2018 dall'Unione.

Da questo punto di vista, inoltre, interessante è l'enfasi che il Manuale di protezione dei dati dell'OIM pone sul fatto che gli indicatori, o identificatori biometrici, siano in qualche misura “pezzi”, si potrebbe dire anche “brani”, di informazioni. Per loro “natura”, quindi, si tratta di dati incompleti che, pertanto, necessitano di essere combinati con altri dati per consentire di poter poi procedere all'identificazione di un soggetto. Tali dati, cioè, devono essere letti e inseriti all'interno di un sistema più complesso, di un codice, in grado di rappresentare una persona. In questo senso il codice di un soggetto è certamente costituito dall'insieme del timbro vocale, dalla costituzione della retina oculare, dalla consistenza delle impronte digitali, ma certamente da molti altri elementi che rendono unica non “una”, ma *quella* persona. Un tempo, forse, si sarebbe potuto aggiungere l'aggettivo “irripetibile”: oggi, a partire da un uso meno sconsiderato di alcuni termini quando consci delle nuove possibilità che discendono dalle tecnologie disponibili nella riproduzione dei caratteri e, di conseguenza, delle persone che ne sono portatrici, alcune parole sembrano sbiadite e prive di un reale corrispettivo. In ogni caso, l'idea che i dati biometrici “codifichino” una persona trova in quell'attività di “codifica” la necessità di uno spazio, anche piuttosto ampio, per l'interpretazione di questi dati e non solo per il loro incrocio matematico. Ancora, tale espressione rimanda alla variabilità dell'interpretazione che può discendere dalle differenti caratteristiche (e finalità) del soggetto interprete, del margine di errore¹⁴.

Di recente, poi, l'Unione europea si è occupata della biometria nell'incontro con l'intelligenza artificiale nell'ambito del regolamento noto come *AI Act*. Da un lato, l'Unione, già nel considerando 132, riconosce la necessità di determinate precauzioni e di un'attenzione particolare e specifica ad alcune questioni:

Le persone fisiche dovrebbero in particolare essere informate quando interagiscono con un sistema di IA, a meno che tale interazione non sia evidente dal punto di vista di una persona fisica ragionevolmente in-

¹⁴ Sempre in questa direzione, ma con destinazioni differenti, mi sono sembrate promettenti le riflessioni condotte verso le “epistemologie informatiche” in luogo delle ontologie, già citate in precedenza, si veda a questo proposito M. BUFFA, *Resignifying compliance between ontologies and epistemologies of law*, cit.

formata, attenta e avveduta, tenendo conto delle circostanze e del contesto di utilizzo. Nell'attuazione di tale obbligo, si dovrebbe tenere conto delle caratteristiche delle persone fisiche appartenenti a gruppi vulnerabili a causa della loro età o disabilità nella misura in cui il sistema di IA è destinato a interagire anche con tali gruppi. Le persone fisiche dovrebbero inoltre ricevere una notifica quando sono esposte a sistemi di IA che, durante l'elaborazione dei loro dati biometrici, possano identificare o dedurre le emozioni o le intenzioni di tali persone o assegnarle a categorie specifiche. Tali categorie specifiche possono riguardare aspetti quali genere, età, colore dei capelli, colore degli occhi, tatuaggi, tratti personali, origine etnica, preferenze e interessi personali. Tali informazioni e notifiche dovrebbero essere fornite in formati accessibili alle persone con disabilità¹⁵.

I sistemi di intelligenza artificiale, guardando al testo della normativa europea, saranno in grado non solo di isolare, definire e raccogliere dati relativi all'aspetto esteriore, ma anche le emozioni a fini identificativi e valutativi, così come le intenzioni dei soggetti (a partire da un complesso di dati relativi ai loro atteggiamenti comportamentali). Come e quanto questi dati possano essere utilizzati e come potranno essere interpretati (anche "tra" le culture, in particolare, mentre scrivo, penso alla variabilità del concetto di timore e delle sue manifestazioni interne ed esterne rispetto al soggetto agente e ai suoi comportamenti per manifestarlo ovvero alle eventuali modalità che possono costituire, eventualmente, un tentativo di celarlo) resta affidato alle prassi e ai loro sviluppi nei diversi contesti degli Stati membri. Rispetto all'utilizzo e alla tutela dei dati, però, non possiamo dimenticare anche gli Stati terzi dove, pur rimanendo le funzioni valutative affidate alle autorità amministrative e giurisdizionali nazionali, come nel caso della collaborazione del protocollo italo-albanese, le interviste si svolgeranno da remoto, ma

¹⁵ In seguito al considerando 159 si afferma che «Ciascuna autorità di vigilanza del mercato per i sistemi di IA ad alto rischio nel settore della biometria elencati in un allegato al presente regolamento, nella misura in cui tali sistemi sono utilizzati per fini di applicazione della legge, gestione della migrazione, dell'asilo e del controllo delle frontiere o per l'amministrazione della giustizia e dei processi democratici, dovrebbe disporre di poteri investigativi e correttivi efficaci, tra cui almeno il potere di ottenere l'accesso a tutti i dati personali trattati e a tutte le informazioni necessarie per l'esecuzione dei propri compiti. Le autorità di vigilanza del mercato dovrebbero essere in grado di esercitare i propri poteri in modo completamente indipendente».

almeno in parte in luoghi terzi rispetto al territorio dell'UE e alle sue garanzie, ai suoi garanti.

Si prevede, altresì, la creazione di sistemi di categorizzazione biometrica e di identificazione biometrica remota, distinguendo i sistemi operanti in tempo reale (e in loco, sul posto) dai sistemi operanti da remoto (che richiamano, pertanto, almeno un altrove).

In effetti, l'articolo 5, comma 1 lettera g) del Regolamento stabilisce e definisce:

[vietata l']immissione sul mercato, la messa in servizio per tale scopo specifico o l'uso di sistemi di categorizzazione biometrica che classifichino individualmente le persone fisiche sulla base dei loro dati biometrici al fine di trarre inferenze o deduzioni sulla razza, le opinioni politiche, l'appartenenza sindacale, le convinzioni religiose o filosofiche, la vita sessuale o l'orientamento sessuale; tale divieto non riguarda l'etichettatura o il filtraggio di set di dati biometrici acquisiti legalmente, come le immagini, sulla base di dati biometrici o la categorizzazione di dati biometrici nell'ambito dell'applicazione della legge.

Naturalmente, ciò sembrerebbe in grado di proteggere, nello specifico, le persone che cercano protezione internazionale, volendo considerare implicito il riferimento all'articolo 9 del GDPR (ma temendo che tale considerazione possa non essere trasversale a tutte le autorità precedenti). E in effetti, a ben vedere, le eccezioni a tale divieto sono previste subito dopo, quando il regolamento, alla successiva lettera h), afferma che:

L'uso di sistemi di identificazione biometrica remota "in tempo reale" in spazi accessibili al pubblico per scopi di applicazione della legge, a meno che e nella misura in cui tale uso sia strettamente necessario per uno dei seguenti obiettivi:

- (i) la ricerca mirata di specifiche vittime di rapimento, tratta di esseri umani o sfruttamento sessuale di esseri umani, nonché la ricerca di persone scomparse;

- (ii) la prevenzione di una minaccia specifica, sostanziale e imminente alla vita o all'integrità fisica di persone fisiche o di una minaccia reale e attuale o reale e prevedibile di un attacco terroristico;
- (iii) l'ubicazione o l'identificazione di una persona sospettata¹⁶ di aver commesso un reato, ai fini dello svolgimento di un'indagine penale, o dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una sanzione penale per i reati elencati nell'allegato II, punibili nello Stato membro interessato con una pena detentiva o una misura di sicurezza privative della libertà di durata massima non inferiore a quattro anni.

È in questa anfibia coesistenza del trattamento delle questioni migratorie e di quello relativo alla valutazione delle domande di protezione internazionale, in cui spesso si sommano misure determinate dal sospetto della possibile commissione di reati di grave allarme sociale, che si determinano esigenze contraddittorie e di difficile conciliazione, se non nell'equilibrio tra beni giuridici fondamentali. Ai sensi del medesimo articolo, tuttavia, la decisione in merito all'attivazione di tali sistemi

¹⁶ Particolarmente rilevante è la logica del sospetto rispetto all'attivazione di questa previsione. A ben vedere, però, il successivo articolo 26, paragrafo 10, del Regolamento, stabilisce che: «Fatta salva la direttiva (UE) 2016/680, nell'ambito di un'indagine per la ricerca mirata di una persona sospettata o condannata per aver commesso un reato, l'utilizzatore di un sistema di IA ad alto rischio per l'identificazione biometrica a distanza richiede l'autorizzazione, ex ante o senza indebito ritardo ed entro 48 ore, da un'autorità giudiziaria o amministrativa la cui decisione è vincolante e soggetta a controllo giurisdizionale, per l'uso di tale sistema, tranne quando è utilizzato per l'identificazione iniziale di un potenziale sospettato sulla base di fatti oggettivi e verificabili direttamente collegati al reato. Qualsiasi uso è limitato a quanto strettamente necessario per l'indagine di un reato specifico. Qualora l'autorizzazione richiesta ai sensi del primo comma venga respinta, l'uso del sistema di identificazione biometrica a distanza collegato a tale autorizzazione richiesta è interrotto con effetto immediato e i dati personali relativi all'uso del sistema di IA ad alto rischio per il quale è stata richiesta l'autorizzazione sono cancellati». Sebbene quest'ultima previsione consenta alcune considerazioni apprezzabili rispetto alle finalità a tutela di beni giuridici rilevanti, si deve osservare come, nel procedimento penale, i fatti spesso non siano oggettivi e verificabili nemmeno in fasi molto successive a quelle delle indagini. Inoltre, le operazioni in commento, tanto più se applicate a vulnerabili e/o richiedenti asilo, rischiano di violare la riservatezza dei dati, anche sensibili, senza poter accedere a rimedi efficaci e con una particolare riduzione delle garanzie previste da parte dell'ordinamento giuridico italiano ed europeo.

di controllo resta prerogativa (discrezionale) dello Stato membro. Allo stesso modo, in effetti, valgono pari preoccupazioni per un utilizzo possibile dell'incrocio dei dati raccolti ai fini di una profilazione rilevante nell'ambito del *Refugee status determination process* (RSDP) nel c.d. ragionamento di "inclusione" nella protezione internazionale, con ricadute determinanti tanto nelle tecniche di intervista, ma – ancor di più – nel processo di *evidence assessment*, come teso alla valutazione degli elementi di prova, sempre più abitati da dispositivi elettronici e dai dati ivi contenuti. Ciò sia perché questi *device* si trovano nel possesso delle persone richiedenti asilo, che perché raccolti, archiviati e analizzati tramite dispositivi in uso alle autorità degli Stati sovrani a difesa del proprio territorio e dagli attraversamenti non autorizzati dello stesso.

5. *Biometrie: tra inclusione ed esclusione nel refugee status determination process*

È almeno intuibile che i dati biometrici possano trovare applicazione in tutte le fasi della gestione dei processi migratori e soprattutto nella delicata fase di valutazione di inclusione nella protezione internazionale. Rispetto a questa, in particolare, mi riferisco, in primo luogo, alla manifestazione della volontà, alla registrazione della domanda, alla valutazione della richiesta, così come alla delicata fase, sempre collegiale (tanto in sede amministrativa che giurisdizionale) di decisione delle domande di protezione internazionale. Sappiamo che tutte queste fasi vedono come presupposto fondamentale, anche ai fini delle garanzie di non respingimento, così come per il buon funzionamento delle previsioni del regolamento di Dublino, la corretta identificazione e l'inserimento nelle banche dati Eurodac (in Europa) e nel sistema AFIS (in Italia) dei dati raccolti al momento dello sbarco o, comunque, nell'attraversamento delle frontiere. Sappiamo, inoltre, che queste fasi sono particolarmente delicate e dibattute e, spesso, al centro delle diverse agende europee che si sono susseguite negli anni, non tanto (come ci si aspetterebbe) al fine primario di garantire i diritti fondamentali dei migranti e dei richiedenti protezione internazionale, quanto piuttosto riservando la solidarietà ai rapporti tra entità sovrane. In questo senso il

fine dichiarato è stato sempre quello di ripartire tra gli Stati membri la competenza delle autorità nazionali chiamate a decidere sulle domande di protezione internazionale e, di conseguenza, anche a farsi carico dell'accoglienza (e dei relativi costi e oneri accessori) dei richiedenti asilo sui rispettivi territori nazionali. Quale unico contrappeso vincolante viene fatto salvo il ricorso all'Unità Dublino e, eventualmente, l'applicazione della cosiddetta "clausola umanitaria", al tramonto infruttuoso di tutti gli strumenti che, dal 2015, hanno tentato riallocazioni ponderate – tramite l'istituto della *relocation* – tra Stati di "primo arrivo" e altri Stati membri dell'Unione europea.

Come è noto, ai fini della c.d. "inclusione" dei richiedenti asilo, guardando ai requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale secondo la metodologia dell'UNHCR¹⁷ e dell'EUAA¹⁸, è necessario valutare l'effettiva sussistenza di determinati indicatori ai fini del riconoscimento dello status di rifugiato (o di protezione sussidiaria). Si tratta di una valutazione che comprende quella della credibilità delle informazioni fornite (spesso limitate alle dichiarazioni delle persone richiedenti e, solo talvolta, attinenti a una dimensione documentale) e degli elementi disponibili, la loro coerenza (interna ed esterna) e la loro verosimiglianza.

Il motivo dell'opportunità di una particolare attenzione e tutela dei "motivi" tradizionalmente Convenzionali già dal 1951, presidiati – non a caso – proprio dall'art. 9¹⁹ del GDPR, con specifici soggetti/richie-

¹⁷ Per quanto riguarda l'approccio e la metodologia di determinazione dello status di rifugiato e di protezione sussidiaria, o inclusione, dell'UNHCR, invito a fare riferimento alla seguente pagina: <https://www.unhcr.org/what-we-do/protect-human-rights/protection/refugee-status-determination>.

¹⁸ Ho già fatto riferimento all'Agenzia dell'Unione europea per l'asilo (già Ufficio europeo di Sostegno per l'Asilo, EASO) e alla metodologia per l'inclusione nelle operazioni di determinazione dell'inclusione nella protezione internazionale che sono sintetizzate come di seguito all'indirizzo: https://euaa.europa.eu/sites/default/files/publications/EASO-Practical-Guide-for-international-protection_EN.pdf.

¹⁹ Il divieto del trattamento di dati personali che siano idonei a rivelare l'origine razziale o etnica, le opinioni politiche, le convinzioni religiose o filosofiche, o l'appartenenza sindacale, nonché il trattamento di dati genetici, dati biometrici intesi a identificare in modo univoco una persona fisica, dati relativi alla salute o alla vita sessuale o all'orientamento sessuale della persona sembra trovare una coincidenza esplicita con i

denti protezione internazionale, è facilmente intuibile: in queste circostanze ci troviamo in presenza del timore più grande tra quelli possibili (e, sempre, fondato), ovvero la possibilità di risalire all'identità di un individuo dalle dichiarazioni rese, la possibilità (conseguente) per il persecutore di porre in essere (nuove) persecuzioni (talvolta ancora possibili anche lontano dal Paese di origine, nazionalità e provenienza, prendendo di mira la famiglia dei richiedenti o direttamente la persona in argomento) una volta individuato (e identificato) il soggetto in questione. Questa considerazione va poi coniugata con la spesso nota vulnerabilità dei sistemi delle pubbliche amministrazioni, almeno in Italia e, più in generale, in Europa e nel mondo, cui ormai sono affidate una serie di informazioni sensibili e, del pari, caratterizzate dalle interoperabilità talvolta ancora oscure tra le banche dati in uso alle autorità e rispetto alle finalità perseguite. La memoria di un sistema che adotta categorie e immagini per stabilire origini e destini degli esseri umani sembra, in effetti, una pericolosa e inutile rievocazione di un passato che ci auguriamo non ritorni mai più. È quindi chiaro che la raccolta di dati biometrici (comunque aggiuntivi a quelli già agli atti e raccolti nel sistema Eurodac) è volta, in sostanza, a rispettare la ripartizione delle competenze tra Stati membri nella gestione dei migranti accolti e nel mantenimento di efficaci divieti di reingresso e duplicazioni di identità, senza poter escludere, però, che il complesso di quelle informazioni possa essere raccolto e utilizzato nella procedura finalizzata all'inclusione nella protezione internazionale. In definitiva, la semplificazione biometrica troverebbe un qualche "alveo di senso", rimanendo nella logica anfibia del sospetto, solo per quanto riguarda i profili di esclusione dalla protezione internazionale e, pertanto, troverebbe un'applicazione minima. In effetti, a tale finalità, si procederebbe solo per i casi in cui la raccolta, la conservazione, l'utilizzo di tali dati dovesse rivolgersi a quei soggetti per cui il ragionamento di inclusione nella protezione internazionale si sarebbe concluso positivamente (e non indistintamente

dati più rilevanti attinenti a fatti materiali della vita delle persone richiedenti protezione internazionale, con la possibilità di un collegamento ai dati biometrici del richiedente cui conseguono particolari vulnerabilità (umane quanto informatiche se riferite ai sistemi chiamati a registrarle e trattarle), e questo costituisce un nuovo possibile fondato timore per chiedere asilo come richiesto dalle disposizioni della Convenzione di Ginevra.

per tutte le persone richiedenti asilo in Europa, riducendo così grandemente il campione di interesse). La nuova versione di Eurodac includerà dati personali e biometrici, in parte già contenuti anche a livello nazionale italiano nel sistema AFIS – *Automatic Fingerprinting and Identification System* – e le autorità potranno raccogliere dati sui migranti abbassando l'età di identificazione da 14 a 6 anni. Rispetto a questa soglia permangono enormi dubbi sull'efficacia, e forse ancora prima sull'effettiva possibilità e plausibilità di implementazione, di un metodo *child friendly* nel raccogliere tali in fase di sbarco, attraversamento dei confini comunque determinato e, pertanto, nella c.d. fase transfrontaliera.

Ancora e parimenti, l'abbassamento dell'età è finalizzato (anche) a consentire segnalazioni di sicurezza di coloro che potrebbero rappresentare una “minaccia” per la sicurezza nazionale e internazionale. In questo senso le dichiarazioni del Garante europeo della protezione dei dati hanno evidenziato preoccupazioni sui rischi legali nelle garanzie previste dal GDPR guardando alle operazioni di Europol e la gestione dei dati biometrici dei soggetti richiedenti asilo, tanto più se riferite a persone (ulteriormente) vulnerabili in quanto minorenni. In effetti, dobbiamo considerare che in alcuni Stati membri (tra cui l'Italia) i minori non sono considerati migranti irregolari e non possono essere espulsi, tanto più se ciò possa essere contrario al loro *best interest*, ma questa previsione non è costante nelle legislazioni “europee” (visto il prossimo coinvolgimento di Stati terzi rispetto a quelli dell'UE nella gestione dei flussi migratori) e nemmeno nelle prassi. Sappiamo infatti che la giurisprudenza della CEDU ha spesso intercettato usi contrari alla legge, alle convenzioni internazionali e, più in generale, al rispetto dei diritti umani anche di soggetti vulnerabili. Con sentenza del 23 novembre 2023 (causa A. T. e altri contro Italia), la Corte europea dei Diritti dell'Uomo ha condannato l'Italia per la violazione dell'art. 3 della CEDU conseguente alla detenzione illegale di minori stranieri non accompagnati presso l'*hotspot* di Taranto. La “nemesi del diritto”, come (si veda *infra*) ineguale distribuzione di spazi e diritti, ha trovato una chiara attuazione nelle condotte in violazione dell'art. 5, paragrafi 1, 2 e 4 della Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo, per aver utilizzato trattamenti inumani e degradanti nella predisposizione delle misure di accoglienza a danno di minorenni (art. 3 CEDU), per non aver nominato un

tutore o per non aver fornito loro alcuna informazione sulla possibilità di accedere a rimedi giurisdizionali a tutela della propria condizione (art. 13 CEDU, in relazione all'art. 3). Un'altra pronuncia che qui sembra rilevante ricordare perché ancora relativa alla gestione dei flussi migratori all'incontro con i diritti dei minori migranti nella prassi, che richiama – tra le altre – precedenti decisioni che hanno definito le vertenze Khlaifia e altri contro Italia del 15 dicembre 2016, Darboe e Camara c. Italia, del 21 luglio 2022, e J. A. e altri contro Italia del 30 giugno 2023, è il recente caso M.A. contro Italia, n. 70583/17, del 31 agosto 2023, in cui la registrata permanenza di una minore sola (non accompagnata) in un centro per migranti adulti costituisce una violazione rilevante dell'art. 3 della CEDU, tanto più quando – come nel caso di specie – la stessa vedeva su di sé la somma (o, se si vuole, l'intersezione) di più condizioni di vulnerabilità in quanto già vittima di violenza sessuale.

6. Dual use securitario: la visibilità permanente nel biometrico come governo delle frontiere

Come già evocato a più riprese, è noto che in Europa sono attualmente in uso diversi strumenti volti alla raccolta di dati che dovranno confluire in database destinati al governo delle frontiere e dei flussi migratori intenzionati ad attraversarle. L'interoperabilità di tali sistemi, così come delle funzioni svolte e delle finalità perseguite resta un elemento da chiarire che, però, l'ampiezza consentita di questo contributo non consente di approfondire in modo adeguato e specifico. Sembra, però, importante poter sottolineare almeno che i controlli, tra cui l'identificazione, la raccolta di dati biometrici, i controlli sanitari e di sicurezza, possono essere finalizzati all'accesso alle cure sanitarie di emergenza e ai trattamenti essenziali a tutela della salute, all'identificazione dei minori non accompagnati che hanno sempre il diritto di presentare domanda di protezione internazionale (come, per altro, dovrebbe essere consentito anche gli adulti); ancora, all'accesso alla procedura di asilo o, eventualmente, a quella di rimpatrio (volontario).

Per prevenire gli abusi dovrebbe essere garantito un meccanismo di monitoraggio indipendente dei diritti fondamentali in ogni Stato membro. Rispetto a questo sappiamo che la storia recente europea si è già confrontata con abusi nella prima fase di attuazione dell'approccio *Hotspot*. L'utilizzo di quest'ultimo era, ancora una volta, finalizzato a soddisfare, in primo luogo, l'esigenza di registrazione e inserimento in database di tutti i dati relativi ai migranti nel sistema Eurodac al fine di evitare l'elusione delle c.d. regole di Dublino dovuta alla mancanza di identificazione per consentire ai soggetti appena arrivati di spostarsi oltre i paesi di primo arrivo. Inoltre, la Commissione europea guidata da Juncker aveva richiesto, nel 2015, di poter procedere a un "primo" esame distintivo tra possibili richiedenti protezione internazionale e migranti irregolari a cui far seguire, per l'ultima categoria di soggetti, l'immediato rimpatrio. In questa direzione, le recenti riforme hanno previsto in Italia la possibilità per le commissioni territoriali di adottare il c.d. provvedimento unico (o unificato) che, unitamente al rigetto della domanda di p. i., provvede a comminare l'espulsione al destinatario. L'unione tra nuovi strumenti biometrici, peraltro, deve essere letta in concomitanza con il fatto che la progressiva "esternalizzazione"²⁰ delle frontiere e delle procedure di asilo e di detenzione amministrativa (ove l'accordo tra Italia e Albania appare, di fatto, solo una mera anticipazione degli obiettivi perseguiti dalle politiche migratorie dell'UE in questi anni) pone seri problemi, ancora, di *compliance* e di rispetto della riservatezza anche nelle operazioni di polizia interforze e, necessariamente, internazionali, di accesso ai dati e rispetto all'attivazione dei diritti collegati da parte dei soggetti interessati²¹.

Rispetto a questa casistica, circa un anno fa, vale a dire nell'aprile 2024, l'Autorità greca per la protezione dei dati (DPA) ha comminato

²⁰ Si sostiene si tratti di una esternalizzazione impropria o comunque in senso atecnico, permanendo la competenza dell'autorità amministrativa e giurisdizionale italiana sulla privazione della libertà dei migranti irregolari in Albania.

²¹ Penso, in particolare, agli articoli del GDPR che prevedono tra gli altri il diritto per gli interessati all'accesso, alla cancellazione, all'oblio dei propri dati, che oltre a dover essere oggetto di esatta informativa dovrebbero poter essere invocati e applicati da tutte e da tutti a prescindere dalla nazionalità e in qualsiasi fase della domanda di protezione internazionale ove ne ricorrano i presupposti.

una sanzione inedita, sia per qualità che per quantità, pari a 175.000 euro, al Ministero dell'asilo e della migrazione ellenico. La multa ha avuto a oggetto i sistemi di gestione delle frontiere e delle strutture di accoglienza Kentauros e Hyperion, gestiti dal Ministero in parola. Guardando alle informazioni disponibili, anche a distanza di un anno, si tratta della multa più alta mai imposta a un ente pubblico greco dall'Autorità per la protezione dei dati a causa di violazioni del GDPR.

Kentauros, il cui nome sembra evocare identità multiple o quantomeno trine, in ogni caso, più che duali, è un sistema di sorveglianza spiegato nelle strutture di accoglienza e alloggio per richiedenti asilo in Grecia. Il suo scopo (dichiarato) è gestire la sicurezza elettronica e fisica attorno e all'interno degli spazi dedicati all'accoglienza di migranti e richiedenti asilo. Tale sistema è composto da diversi strumenti e tecnologie innovative, tra cui telecamere, droni e algoritmi di analisi comportamentale basati sull'intelligenza artificiale. Dall'altro lato, Hyperion è un sistema di sorveglianza utilizzato come strumento principale per controllare l'ingresso e l'uscita dalle strutture di accoglienza grazie alla raccolta, l'utilizzo e l'elaborazione di dati biometrici. Il Ministero ellenico per l'asilo e la migrazione non è riuscito a condurre una valutazione d'impatto sulla protezione dei dati (DPIA) completa e coerente in conformità con i principi di protezione dei dati *by design* e *by default*, precedente alla implementazione e all'operatività dei sistemi. Secondo la decisione dell'autorità di protezione dei dati locale, ciò costituisce una violazione degli articoli 25 e 35 del GDPR, punita pertanto con una sanzione di 100.000 euro. Inoltre, la comunicazione e la cooperazione con il Ministero dell'asilo sono state molto difficili per l'Autorità garante per la protezione dei dati. I documenti presentati all'autorità contenevano, infatti, informazioni poco chiare, talvolta incomplete, confuse e contraddittorie. Il Ministero, per altro, si rifiutava di esibire i contratti con i responsabili del trattamento dei dati adducendo motivi di segretezza. In questo contesto, poi, il Ministero ellenico non è riuscito a fornire chiarimenti sulle attività di elaborazione dei dati svolte nell'operatività di Kentauros, in particolare per quanto riguarda le sue funzioni automatizzate e l'interoperabilità di entrambi i sistemi con altri database pubblici, compresi quelli gestiti dalla Polizia ellenica in materia penale. Per tutti questi motivi, l'amministrazione ellenica è stata quindi

multata con ulteriori 75.000 euro per violazione dell'articolo 31 del GDPR. La "natura" più che duale si conferma anche nella denominazione di Hyperion²², tratto forse dalla tetralogia dei romanzi di fantascienza di Dan Simmons, è un sistema su cui più rapporti si sono concentrati di recente, come quello intitolato *Beyond walls and fences* che si sofferma sulla sorveglianza digitale dei confini dell'UE²³. Come è stato evidenziato in alcuni contributi recenti²⁴, diverse sono state le ap-

²² Come osservato da CILD (Coalizione Italiana Libertà e Diritti civili) sul proprio sito: «Il sistema "Hyperion" impiega i dati biometrici per monitorare la mobilità in entrata e in uscita dal Centro. Come denunciano diverse organizzazioni, l'utilizzo di questa infrastruttura lede i diritti fondamentali sia di chi vive che di chi lavora nel Centro e sull'isola: c'è una scarsa trasparenza rispetto alla raccolta e alla condivisione di dati – compresi quelli biometrici – e l'uso pervasivo di droni e telecamere solleva gravi preoccupazioni in merito alla violazione della privacy. Anche i bambini residenti sull'isola – come accade anche a Leros – sono soggetti a perquisizioni rientrando dalla scuola. Ciò nonostante, il sistema dei Centri chiusi ad accesso controllato funge da modello per il nuovo patto europeo Migrazione e Asilo che entrerà in funzione dal 2026. La distopica detenzione vissuta dai richiedenti asilo sull'isola di Samos rientra tra quelle che vengono definite le politiche di "smart borders" dell'Unione europea, che da diverso tempo punta a rendere più efficiente e automatizzato il tracciamento delle persone che attraversano le frontiere interne ed esterne. L'efficienziazione delle frontiere si intreccia con gli obiettivi politici degli undici atti legislativi del Patto migrazione e asilo. Lo scopo è chiaro: da un lato reprimere la mobilità alle frontiere esterne, dall'altro limitare e sorvegliare i movimenti secondari dei richiedenti asilo attraverso le frontiere interne all'Unione. Ciò a discapito della tutela della privacy e dei principi di non discriminazione». Per il contributo completo anche in relazione alle tecnologie in uso e alle ambiguità dell'utilizzo di esse quali alternative alla detenzione si veda il commento disponibile al collegamento seguente <https://cild.eu/blog/2025/03/10/tecnologie-e-detenzione-la-sorveglianza-delle-persone-migranti-in-europa/>.

²³ Si veda https://ecre.org/wp-content/uploads/2024/07/ECRE-PICUM_Study_BMVI.pdf.

²⁴ «Si tratta di questioni – e applicazioni – futuribili ma già sperimentate, seppur in ambiti e per finalità limitati. Si pensi, per esempio, al progetto iBorderCtrl (Intelligent Portable Control System), che ha l'obiettivo di consentire controlli di frontiera più celebri e accurati su cittadini extra-europei che vogliano fare ingresso sul territorio europeo. All'interno di tale sistema, si prevede l'utilizzo di dispositivi quali il Face Matching Tool (FMT), che esegue il riconoscimento facciale durante le fasi di pre-registrazione e di attraversamento delle frontiere, e l'Hidden Human Detection Tool (HHD), basato su un algoritmo che esegue, controlla e valuta l'intervista svolta prima della registrazione mettendo in sequenza una serie di domande poste ai viaggiatori da un avatar, al fine di misurare la probabilità di contenuto falso o ingannevole nelle interviste attraverso

plicazioni sperimentali in uso tanto rispetto ai confini, per aumentare la celerità, pervasività e accuratezza dei controlli quanto, una volta attraversate le frontiere, per valutare una serie di aspetti, tra cui la credibilità delle motivazioni del movimento migratorio e, specularmente, dell'eventuale (purché *verosimile*) bisogno di protezione internazionale²⁵.

7. Conclusioni

L'insieme delle misure cui abbiamo guardato nelle nuove architetture di sorveglianza digitale europea in corso di edificazione ci ricorda che l'attenzione ai diritti umani resta una necessità primaria ancorché spesso non prevalente. Come ho già osservato in lavori precedenti²⁶, se è vero che il *nomos* è «la forma immediata in cui si rende spazialmente visibile l'ordine politico e sociale delle persone», la sua assenza, ovvero la possibilità della sua sospensione, certamente rivelano altrettanto. Riferire il *nomos* alla disponibilità di uno spazio, anche immateriale, come quello costruito con le nuove tecnologie che qui si sono brevemente commentate, ci ricorda il legame profondo, già osservato da Schmitt, tra *Ordnung* e *Ortung*, nonché le possibili distanze tra forma e forza del diritto nelle distanze tra tecniche e tecnologie. Le conseguenze che sono generate in queste distanze, tra ordinamento e luogo, quanto nel *come* (anche tecnico-tecnologico) che le caratterizza, si generano l'una in funzione dell'altro(ve). È la privazione di questo spazio, in quanto ap-

l'analisi dei micro gesti non verbali degli intervistati» (S. PENASA, *Smart borders or invisible walls? L'utilizzo di sistemi intelligenti al confine tra politiche migratorie e garanzie per gli stranieri*, ADiM Blog, 2022, 4).

²⁵ Come si legge nella scheda sintetica Secure External Borders dell'UE rispetto alle misure in via di attivazione con il nuovo patto migrazioni e asilo che rispecchia la dualità di cui anche al titolo del contributo di cui alla nota precedente: «The border procedure will be mandatory for asylum applicants who are *unlikely* to be in need of international protection, mislead the authorities or present a security risk. For those who are proven not to be in need of protection and who don't have the right to stay, efficient returns will take place and support with reintegration into their home countries will be provided».

²⁶ M. BUFFA, *Trattenuti e trattamenti. Esistenze e spazi nella nemesis del diritto*, Verona, 2023, 33 ss.

partenente a un luogo e, in qualche misura, a un sistema giuridico e tecnico non sovrapponibile, a rendere nemesiache le nuove sperimentazioni di detenzione amministrativa e di deportazione fuori dai confini unionali, così come ogni altro strumento eccezionale nella governance delle migrazioni internazionali, quando la loro conseguenza immediata è la distribuzione ineguale di spazi e diritti, talvolta, in violazione di principi fondamentali del diritto internazionale. Penso, in particolare, al *non-refoulement* e alla progressiva esternalizzazione delle procedure di detenzione amministrativa in Paesi terzi (per migranti e richiedenti asilo provenienti da paesi terzi sicuri, qualsiasi cosa questo voglia dire, considerato il conflitto istituzionale ancora in atto proprio su tale definizione) e alla richiesta di protezione internazionale come unica possibilità di disattivazione di questa dinamica geopolitica ancora da chiarire.

Sorvegliare, punire, rimpatriare. Ancora, “e-liminare”, cioè allontanare, espellere, (ri)spingere, fuori dai confini, verso aree di extraterritorialità giuridica e, quindi, verso spazi anomici e di nemesi, in modo accelerato, veloce, sicuro.

In questo perimetro complesso ho trovato rilevanti le tesi che hanno gettato le basi per configurare la nozione di a-legalità²⁷, perché questa mi pare destinata a incontrare quella di nemesi, nel controllo sociale biometrico in una società algoritmica. In particolare, mi sembra pertinente evidenziare che Lindahl ha descritto “origini a-legali dell’illegalità”, nella costruzione di perimetri definitivi e di “confini” originari, nella chiusura che dà luogo a una collettività, ma anche a un’alterità collettiva che, in qualche misura, rappresenta ancora un’identità (e non, di nuovo, una mera identificazione), personale e spaziale, l’altro e l’altrove, un “estraniamiento” che attraverso atti normativi produce linee di frattura, vale a dire confini-frontiere giuridici che “includono escludendo ed escludono includendo”.

Il *Biometricon* si inserisce perfettamente in questi riferimenti eterotopici, utilizzando il divario tra tecnica e tecnologia a favore della distribuzione ineguale nello spazio e nel diritto, come ho già osservato altrove:

²⁷ Si veda H. LINDAHL, *Linee di frattura della globalizzazione. Ordine legale e politiche dell’a-legalità*, Milano, 2017, 241 ss.

L'atto di trattenere esistenze all'interno di spazi fisici di inclusione ed esclusione sociale sembra essere determinato proprio dai movimenti, spesso caratterizzati dalle direzioni più imprevedibili e inarrestabili, delle popolazioni che abitano il nostro mondo²⁸

che ne varcano i confini, geografici, politici, giuridici e che, pertanto, non possono “passare inosservati”, dovendo anzi sapere di essere guardati, in ogni momento. Emerge, in fondo, l'iridescenza consapevole di nuovi paradigmi di sorveglianza delle frontiere così come della visibilità biometrica. Quello che rende il *Biometricon* differente dai modelli precedentemente isolati, non è la sua mimesi, ma è la sua pervasività senza (anzi oltre i) confini. Ancora, la sua moltiplicazione e mobilità nella (ri)produzione potenzialmente infinita del controllo. Alla visibilità permanente si aggiunge un movimento inedito e incontrollabile, tanto dei dati quanto dei dispositivi utili a raccogliarli, e l'autopoiesi continua a partire da memorie e interoperabilità tra sistemi cui è molto difficile risalire. Finalità almeno duali e ambivalenti e un “controllo del controllo” alquanto difficile e lontano, tanto più per i soggetti vulnerabili. L'operatività di queste architetture immateriali di sorveglianza è infatti volta non solo a una identificazione univoca, ma anche valutativa, tanto nella ricezione quanto nella valutazione delle domande di protezione internazionale, necessaria a riequilibrare meccanismi di solidarietà (spesso riservata ad abitare soltanto il “tra” dei rapporti degli Stati membri dell'Unione europea) così come a intensificare forme di esternalizzazione che si servono di trattenimenti e respingimenti per ri-disegnare nuove grammatiche di confinamento e *refoulement*.

²⁸ M. BUFFA, *Trattenuti e trattamenti*, cit., 74.

TECNICA, MITOLOGIA, DEMOCRAZIA

PER UNA CRITICA DEL DISCORSO GIURIDICO SULL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE

Pier Giuseppe Puggioni

1. Potere e mitologie: l'intelligenza artificiale nel dibattito giuridico

Che il sapere tecnico incida sui rapporti sociali, in generale, e sulle relazioni di potere, in particolare, è una constatazione tanto risalente quanto problematica¹. L'idea che la tecnica possa insinuarsi nei rapporti sociali e nelle relazioni di potere, tanto da trasformarli, apparve chiara a

¹ La questione costituisce, del resto, un punto cruciale del dibattito filosofico del Novecento. Non è naturalmente possibile dar conto esaustivamente della vastissima letteratura in merito, i cui temi fondamentali si ritrovano in gran parte in classici quali W. BENJAMIN, *L'opera d'arte nell'epoca della sua riproducibilità tecnica* (1936), trad. it. di E. Filippini, a cura di C. Cases e P. Pullega, Torino, 1991; J. ORTEGA Y GASSET, *Meditazione sulla tecnica*, trad. it. di R. Manzocco, in ID., *Meditazione sulla tecnica e altri saggi su scienza e filosofia*, a cura di L. Taddio, Milano-Udine, 2011, 33-97; M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica* (1954), in ID., *Saggi e discorsi*, trad. it. di G. Vattimo, Milano, 1991, 5-27; G. ANDERS, *L'uomo è antiquato. 1. Considerazioni sull'anima nell'epoca della seconda rivoluzione industriale* (1956), trad. it. di L. Dalla-piccola, Torino, 2003; ID., *L'uomo è antiquato. 2. Sulla distruzione della vita nell'epoca della terza rivoluzione industriale* (1980), trad. it. di M.A. Mori, Torino, 2003. Per una discussione recente che muove da queste opere in una prospettiva filosofico-giuridica, si veda il fascicolo dedicato a *Tecnologia, potere e diritto: uno sguardo storico-filosofico* in *Diacronia*, 1, 2023, in particolare: S. PIETROPAOLI, *Potenza della tecnica, potere del diritto. Lezioni dal Novecento sulla lotta della scienza giuridica con la perfezione della tecnica*, 95-114; F.H. LLANO ALONSO, *Del hombre auroral a la parábola del Centauro ontológico: la Meditación de la Técnica desde la perspectiva raciovitalista de José Ortega y Gasset*, 161-188; S. VANTIN, *L'uomo è antiquato? Responsabilità, tecnica e norma nella riflessione di Günther Anders*, 189-217. Per una ricostruzione della riflessione filosofica in epoca moderna relativa alla tecnologia, può essere invece utile il rinvio a P. ROSSI, *I filosofi e le macchine (1400-1700)*, Milano, 1971.

Karl Marx, il quale come è noto riteneva che lo sviluppo di nuove tecniche – o tecnologie² – produttive giochi un ruolo decisivo nella costruzione dell'umano come essere sociale, dacché il mutamento tecnologico è capace di rendere possibile o, al contrario, obsoleta una determinata visione del mondo e della prassi sociale.

Riflettendo a partire dall'epica e dall'arte greca e dal loro rapporto con la mitologia, Marx si domandava:

È possibile la concezione della natura e dei rapporti sociali che sta alla base della fantasia greca, e perciò dell'[arte] greca, con le filatrici automatiche, le ferrovie, le locomotive e il telegrafo? Che ne è di Vulcano a petto di *Roberts e Co.*, di Giove al fronte al parafulmine, di Ermete di fronte al *Crédit mobilier*? Ogni mitologia vince, domina e plasma le forze della natura nell'immaginazione e mediante l'immaginazione: essa svanisce quindi quando si giunge al dominio effettivo su quelle forze. Che cosa diventa la Fama di fronte a *Printinghousesquare*? [...] è possibile Achille con la polvere da sparo e il piombo? O, in generale, l'*Iliade* con il torchio tipografico o addirittura con la macchina a stampa? Con la pressa del tipografo non scompaiono necessariamente il canto, le saghe, la Musa, e quindi le condizioni necessarie della poesia epica?³

Lo sviluppo tecnico, che si esprime per esempio con l'avvento delle filatrici, delle ferrovie, della polvere da sparo, e così via, appare dunque in Marx una componente essenziale, se non addirittura fondativa, della costruzione della «concezione della natura e dei rapporti sociali» propria della modernità, in particolare del modo di produzione capitalistico. A ben vedere, questo processo di superamento comporta che alle mitologie preesistenti se ne sostituiscano di nuove, innestandosi sulle «concezioni» dei rapporti materiali emerse dallo sviluppo produttivo. In questo senso, la *mitologia* sembra nella sostanza corrispondere alle

² D'altronde, in ogni modo di produzione, ma in particolare in quello capitalistico, è «il grado di sviluppo e di applicabilità tecnologica della scienza» a determinare, insieme ad altri fattori, la «forza produttiva del lavoro» (K. MARX, *Il capitale*, trad. it. di D. Cantimori, vol. I, Roma, 1980, 72). Sulla distinzione fra tecnica e tecnologia in Marx, nonché sulla valenza politica della seconda, cfr. M. RICCIARDI, *Ordine politico e costellazione algoritmica: la tecnologia come progetto d'ordine*, in *Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine*, 36, 70, 2024, 15.

³ K. MARX, *Per la critica dell'economia politica* (1859), trad. it. di E. Cantimori Mezzomonti, a cura di M. Dobb, Roma, 1969, 198-199.

«forme ideologiche» – nella dimensione artistica, religiosa, ma anche, come è noto, in quella giuridica – che conferiscono ai rapporti sociali un determinato assetto, stabilendo, per esempio, le caratteristiche formali della proprietà⁴. Tanto il processo di «oggettivazione» del lavoro nel suo prodotto, che innesca l'alienazione o espropriazione dell'umano⁵, quanto l'applicazione effettiva di macchine e tecnologie sarebbero dunque tipi di *relazioni* cui presiede una mitologia che le rende parte integrante della coscienza sociale⁶.

Se l'impiego funzionale degli strumenti tecnologici diviene parte della costruzione e perpetuazione della società⁷, e dunque procede in-

⁴ Ciò appare evidente dalla celebre prefazione allo stesso testo: *ivi*, 5.

⁵ In questo consistono la «svalorizzazione del mondo umano» e l'«annullamento dell'operaio» descritti nel primo dei manoscritti giovanili: cfr. K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, trad. it. di N. Bobbio, Torino, 1949, 68. Il processo di alienazione trova, poi, una sua proiezione nel fenomeno del «feticismo» sulla merce, in forza del quale nel rapporto fra i prodotti del lavoro il modo di produzione maschera una relazione sociale tra persone (cfr. ID., *Il capitale*, cit., 105).

⁶ È appunto Marx a sottolineare, in polemica con Proudhon, che «l'applicazione attuale delle macchine è una delle relazioni del nostro sistema economico attuale, ma il modo con cui le macchine vengono utilizzate è qualcosa di totalmente diverso dalle macchine medesime», sicché – si può inferire – dei molti possibili usi di una macchina il sistema di relazioni esistente seleziona quello più funzionale alla propria riproduzione (K. MARX, *Lettera a Annenkov* (1846), trad. it. di M. Montinari, in K. MARX, F. ENGELS, *La concezione materialistica della storia*, a cura di N. Merker, Roma, 2016, 138). In questo senso, si è recentemente sottolineato, «la tecnica è il mezzo attraverso il quale agiscono le potenze reali», in quanto è «moltiplicatore di forze politiche», nonché «indispensabile strumento di gestione delle contraddizioni» (C. GALLI, *Democrazia: ultimo atto?*, Torino, 2023, 99).

⁷ Come sintetizza Éric Sadin, «non solo la tecnica non è neutra – è ridicolo pensarla! – [...] ma costituisce, ora più che mai, nel suo divenire prevalente, il supporto di schemi organizzativi che, nascondendosi dietro un lessico pomposo, sono chiamati a disciplinare la società seguendo un'efficienza continuamente amplificata dalla facoltà di auto-apprendimento di cui sono dotati i sistemi nutriti di “principi educativi” destinati – non c'è da dubitarne, soprattutto se sono impregnati di “regole etiche” definite dal mondo social-liberista – ad amministrare sempre meglio le situazioni umane» (É. SADIN, *Critica della ragione artificiale. Una difesa dell'umanità*, trad. it. di F. Bononi, Roma, 2019, 43). Altrove, lo stesso Sadin parla dell'intelligenza artificiale come «potenza ingiuntiva» o «potere ingiuntivo», in quanto idonea a incidere sulla dimensione normativa dell'interazione sociale (*ivi*, 12; cfr. sul punto S. VANTIN, *Alcune osservazio-*

sieme alla produzione delle forme politiche e giuridiche, appare chiaro che il manifestarsi di tecnologie inedite possa, a certe condizioni, mettere in questione l'ordine esistente, al punto da far discutere se sia opportuno bandirne l'uso in tutto o in parte. Può essere utile, allora, riflettere sulle implicazioni ideologiche – o, come si è accennato, mitologiche – del dibattito contemporaneo relativo all'implementazione delle tecnologie algoritmiche in ambito giuridico, soffermandosi su alcuni degli argomenti critici offerti in merito dalla letteratura.

L'intervento delle tecnologie informatiche che impiegano *machine learning*, specialmente nella forma del *deep learning*⁸, ha già sconvolto lo scenario sociale ed economico del nostro tempo, catturando altresì l'attenzione dei giuristi, molti dei quali pongono in evidenza gravi e urgenti rischi ricollegabili alle possibili implementazioni dell'IA nel settore giuridico⁹. Il pericolo viene avvertito in misura prevalente di fronte allo sviluppo, ancora in gran parte ipotetico, della cosiddetta *Artificial General Intelligence (AGI)*, detta anche *strong AI* per distinguer-

ni su normatività e concetto di diritto tra intelligenza artificiale e algoritmizzazione del mondo, in *GenIUS. Rivista di studi giuridici sull'orientamento sessuale e l'identità di genere*, 1, 2022, 48).

⁸ Quando ci si riferisce alle tecnologie algoritmiche nel contesto della rivoluzione digitale, generalmente l'attenzione della letteratura si dirige verso una specifica famiglia di algoritmi: quella del *machine learning*, per la peculiarità del suo funzionamento – che prevede una funzione di apprendimento corredata da un criterio per valutare la qualità dell'apprendimento stesso –, di cui il *deep learning* rappresenta una categoria speciale, la cui struttura è caratterizzata da una molteplicità degli strati (*layers*) nei quali si svolgono le operazioni sui dati. Per un'introduzione ai profili tecnici del *machine learning* e del *deep learning*, pare utile il rinvio a J.G. CARBONELL, R.S. MICHALSKI, T.M. MITCHELL, *An overview of machine learning*, in R.S. MICHALSKI, J.G. CARBONELL, T.M. MITCHELL (eds.), *Machine learning. An artificial intelligence approach*, Berlin, 1984, 3-24, nonché ad I. GOODFELLOW, Y. BENGIO, A. COURVILLE, *Deep Learning*, Cambridge (MA), 2016, 1-26.

⁹ La letteratura che pone in evidenza simili problemi è, come noto, vastissima: in Italia è stata la scienza giuridica costituzionalistica ad aprire uno dei dibattiti più importanti in materia: si vedano, per esempio, A. D'ALOIA, *Il diritto verso "il mondo nuovo". Le sfide dell'Intelligenza Artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 3-31; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*, in *Rivista di BioDiritto*, 1, 2019, 63-89; C. CASONATO, *Costituzione e intelligenza artificiale*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 2 speciale, 711-725.

la dai modelli *weak* o *narrow* ormai familiari nella nostra esperienza, che consisterebbe in un modello capace di replicare il funzionamento cognitivo del cervello umano e di assumere decisioni complesse¹⁰.

Le perplessità che l'ipotesi dell'AGI solleva nel dibattito contemporaneo investono molteplici dimensioni, a partire da quella antropologica o antropogenetica: secondo alcuni, lo sviluppo delle tecnologie digitali potrebbe comportare un rischio per gli esseri umani, che verrebbero degradati «a uno status di meri soggetti passivi» all'inverarsi della cosiddetta *singularità tecnologica*¹¹. Altri invece sostengono che lo sviluppo autonomo delle macchine algoritmiche e dell'intelligenza artificiale condurrebbe a un punto di svolta nell'ordine dei significati proprio del politico, consistente in una trasformazione del concetto di sovranità, non più fondata sulle categorie moderne dell'autorità e della paura, ma costruita sull'«onniscienza» e sull'«onnipresenza» di chi controlla tec-

¹⁰ Sul concetto di *strong AI* si vedano S.J. RUSSEL, P. NORVIG, *Artificial intelligence. A modern approach*, Prentice Hall Englewood Cliffs (NJ), 1995, 29; G.W. NG, W.C. LEUNG, *Strong artificial intelligence and consciousness*, in *Journal of Artificial Intelligence and Consciousness*, 7, 1, 2020, 63-72; per una riflessione sulle potenzialità politiche e giuridiche dell'AGI, cfr. E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, 44, 3, 2020, 3345-3368, in particolare 3348; sul tema, mi permetto di rinviare a P.G. PUGGIONI, *Ragioni tecniche e teoriche dell'alterità. Una questione sull'attitudine 'politica' dell'intelligenza artificiale*, in *DPCE Online*, 44, 3, 2020, 3469-3474.

¹¹ Cfr. F.H. LLANO ALONSO, *L'etica dell'Intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, in *Ragion pratica*, 57, 2021, 327-347, in particolare 333; si vedano però anche Id., *Singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens*, in R.D. VALDÍVIA JIMÉNEZ, J. GARRIDO MARTÍN, F.H. LLANO ALONSO (coord.), *Inteligencia artificial y Filosofía del derecho*, Murcia, 2022, 189-215. Sul concetto di *singularità tecnologica* si rinvia al testo capitale di R. KURZWEIL, *The Singularity is near. When humans transcend biology*, London, 2005. Prendendo le mosse da tale categoria, che allude all'ipotesi dell'IA capace di migliorare esponenzialmente senza l'intervento umano e di autoriprodursi, alcuni hanno proposto la tesi della *singularità giuridica*, riferendosi con tale espressione a un momento storico in cui il diritto perderebbe ogni grado di incertezza grazie all'implementazione tecnologica: B. ALARIE, *The path of the law. Towards legal singularity*, in *The University of Toronto Law Journal*, 66, 4, 2016, 443-455, in particolare 453-454; cfr. sul punto L. MARCHETTONI, *Far accadere il futuro*, in *I-lex. Rivista di Scienze giuridiche, scienze cognitive e Intelligenza Artificiale*, 17, 1, 2024, 41-52.

nologie dell'informazione che appaiono, al contempo, dotate di sempre maggiore autonomia¹².

Alla crisi delle categorie proprie del diritto e della politica sembrano perciò opporre resistenza gran parte della scienza giuridica e della bioetica. È tuttavia possibile notare come tale polemica appaia segnata da importanti precomprensioni mitologiche: si tende infatti ad assumere una separazione concettuale fra gli istituti giuridici e i rapporti reali che ne formano il presupposto. Proprio in virtù di tale separazione – in un certo senso, un autentico *strappo* – rispetto agli interessi particolari, contingenti e situati che vengono protetti dal diritto, gli ordinamenti giuridici esistenti sembrano potersi proporre come garanzia irrinunciabile di interessi e valori universali¹³.

Schiacciato fra la prospettiva della conservazione dell'ordine giuridico, da una parte, e quella delle trasformazioni prospettabili a partire dallo sviluppo tecnologico-digitale, dall'altra, emerge allora il tema della libertà dell'umano come essere sociale, che corrisponde al problema dell'alienazione. Vale la pena, in particolare, domandarsi se, nel denunciare i rischi legati all'incedere dell'IA, le stesse critiche avanzate da parte della cultura giuridica contemporanea non tendano a consacra-

¹² A questo riguardo, É. SADIN, *op. cit.*, 145-146, parla di «potere-kairos» per alludere a una forma di potere differente dalla sua consueta manifestazione moderna. Anche Zuboff, nella sua celeberrima opera sul capitalismo della sorveglianza, delinea una nuova forma di potere detto «strumentalizzante (*instrumentarianism*)» (S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, trad. it. di P. Bassotti, Roma, 2019, 369-392). Il problema dell'autonomia dell'IA viene in rilievo in molteplici campi, da quello dell'*autonomous driving* (cfr. S. SCAGLIARINI (a cura di), *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, 2019) a quello dei c.d. *AI crimes*, in cui la questione verte sul grado di accettabilità dell'indipendenza dell'algoritmo dall'intervento umano (cfr. T.C. KING, N. AGGARWAL, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Artificial intelligence crime: An interdisciplinary analysis of foreseeable threats and solutions*, in *Science and Engineering Ethics*, 26, 2020, 89-120).

¹³ Con una celebre formula, del resto, lo stesso Marx osservava come «l'illusione» propria della dottrina giuridica moderna risiedesse nella tendenza a pensare lo Stato (*Staat*) e la legge (*Gesetz*) come frutto di una «volontà libera», in quanto «strappata (*losgerissenen*) alla sua base reale» (F. ENGELS, K. MARX, *Ideologia tedesca*², 1845-1846, trad. it. di F. Codino, a cura di C. Luporini, Roma, 1975, 67; cfr. K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, cit., 5).

re l'esistente stato dell'ordine sociale, con il risultato di lasciarlo intatto anche nelle sue contraddizioni.

In quest'ottica sembra possibile analizzare una parte della letteratura scientifica, e in particolare della letteratura giuridica e bioetica, che propone di limitare e circoscrivere l'utilizzo delle tecnologie algoritmiche al fine di garantire determinati valori costituzionali. Molte osservazioni critiche tendono a individuare nell'impiego dell'intelligenza artificiale delle ragioni di incompatibilità non soltanto rispetto all'ordinamento giuridico positivo, ma anche in rapporto ad alcuni assunti di ordine etico od ontologico, che paiono muovere da premesse problematiche. Si cercherà, quindi, di leggere tali assunti ponendo in evidenza le mitologie giuridiche a essi sottese, onde mostrare come la cosiddetta «quarta rivoluzione», che tocca l'esistenza dell'essere umano al livello della sua coscienza sociale e della coscienza di sé nel mondo¹⁴, possa comprendersi all'interno di un movimento dialettico nel quale le istituzioni vigenti procedono in direzione regressiva rispetto a tale mutamento, presentando così lo sviluppo tecnologico stesso come uno dei campi in cui si gioca il conflitto sociale¹⁵.

¹⁴ Si è infatti sostenuto che l'avvento del digitale e dell'intelligenza artificiale rappresenta una rivoluzione esattamente nel modo in cui l'umano comprende se stesso in relazione al mondo (*revolution in self-understanding*): si veda L. FLORIDI, *The Fourth Revolution. How the infosphere is reshaping human reality*, Oxford, 2014, 87-100. Del resto, decenni or sono si sosteneva che «la nuova società tecnologica, che è quella in possesso dei computer, dell'intelligenza artificiale, dei satelliti artificiali e dell'energia atomica» fosse già «una società in cui l'uomo ha subito una trasformazione radicale, ossia una versa e propria mutazione antropologica» (V. FROSINI, *Informatica, diritto e società*, Milano, 1992, 318; cfr. ID., *L'uomo artificiale*, Milano, 1986).

¹⁵ Si è notato, infatti, che contraddizioni e i conflitti a livello politico e giuridico non mancano di presentarsi malgrado l'apparente abbondanza e non-rivalità che, in termini economici, caratterizzerebbero i «beni informazionali» (U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Torino, 2014, xxii). Alcune letture osservano che la cibernetica, ossia la scienza dalla quale gli studi sull'intelligenza artificiale traggono origine, incorporerebbe il medesimo principio della dialettica marxista quale «scienza di tutti i meccanismi autoregolatori» presenti in natura e delle loro «contraddizioni» (J. GUILLAUMAUD, *Cybernétique et matérialisme dialectique*, Paris, 1965, 175; in merito si veda V. FROSINI, *Informatica, diritto e società*, cit., 71), non essendo tuttavia chiaro se la «meccanica dialettica» ricostruita dall'autore sia intesa

2. Gli algoritmi alla prova dell'«essenziale umanità» e l'argomento 'democratico'

La riflessione di ispirazione marxista non ignora le implicazioni della produzione e della diffusione delle tecnologie di IA, sebbene chi ha preso in esame le problematiche della cosiddetta politica algoritmica si sia concentrato sulle forme di potere che si dispiegano attraverso tali strumenti, che si prestano a promuovere istanze neoliberiste¹⁶. Tuttavia, può essere utile indagare in questa prospettiva la stessa riflessione giuridica che guarda con sospetto l'impiego dell'IA nel settore giuridico per via dei gravi rischi che esso potrebbe comportare. È infatti possibile riscontrare in alcune tipologie di argomenti degli specifici preconcetti, che sembrano dare per scontato un determinato assetto dei rapporti sociali e tendono, di conseguenza, a difendere quel medesimo assetto da una certa implementazione dei sistemi di intelligenza artificiale, offrendo in molti casi una rappresentazione idealizzata del presente. In questa sede – è opportuno precisarlo – non si intende promuovere un impiego dell'IA nel settore giuridico privo di limitazioni e regole, né affermare che le obiezioni della letteratura critica sul punto siano del tutto irragionevoli, specialmente se riferite a un uso evidentemente deplorabile della tecnologia. Si cercherà, piuttosto, di porre in rilievo le implicazioni problematiche degli argomenti offerti dalla dottrina contemporanea, nei quali pare spesso annidarsi un'apologia dell'esistente.

in riferimento a una totalità di stampo idealistico o, come pare più plausibile, in un senso meramente meccanicistico e deterministico.

¹⁶ In questo senso, per Consolati gli algoritmi vanno intesi politicamente in relazione alla «svolta neoliberale» assunta dalla politica globale: cfr. I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche. Come gli algoritmi fanno e dis fanno la storia*, in *Scienza&Politica: per una storia delle dottrine*, 36, 70, 2024, 83-99, in particolare 94; si veda anche EAD., *Storia concettuale e tecnologia*, in *Atti e Rassegna Tecnica*, 76, 1-2-3, 2022, 26-31. Molto simile, peraltro, è la prospettiva d'indagine a cui si ispira il testo di S. ZUBOFF, *op. cit.*, *passim*, per la quale tuttavia il capitalismo della sorveglianza travolge l'ordine liberale in virtù della novità senza precedenti (*unprecedented*) del proprio *modus operandi*. Per una più recente analisi in chiave marxista del rapporto fra intelligenza artificiale, Big Data e capitalismo, si veda N. WALTON, B. SHANKAR NAYAK, *Rethinking of marxist perspectives on big data, artificial intelligence (AI) and capitalist economic development*, in *Technological Forecasting & Social Change*, 166, 2021, 1-8.

Gli argomenti di cui, in questa sede, si cercherà di dar conto hanno prevalentemente a che fare con la polemica sull'impiego di algoritmi di *machine learning* nella produzione e nell'applicazione di norme giuridiche¹⁷. Il dibattito in merito prende le mosse da alcune proposte, o ipotesi, avanzate in dottrina circa la possibilità di affidare a sistemi di IA una parte più o meno rilevante delle procedure volte a produrre decisioni giuridiche in campo legislativo o in campo giurisdizionale relativamente a specifici settori, come quello tributario o quello penale¹⁸.

Come è noto, la prospettiva di un coinvolgimento dell'intelligenza artificiale nello svolgimento di operazioni decisionali ha destato perplessità fin da almeno gli anni Sessanta e Settanta del secolo scorso¹⁹.

¹⁷ Ad alcuni ordini di critiche tentano di rispondere A. AIDID, B. ALARIE, *The legal singularity. How artificial intelligence can make law*, Toronto, 2023, 93-117, proponendo tuttavia – poiché tale è l'obiettivo degli autori – alcune osservazioni a difesa della c.d. singolarità giuridica.

¹⁸ In certi casi il dibattito si è soffermato largamente, visto il clamore suscitato da vicende piuttosto note, come il caso del programma 'COMPAS', relativo alla decisione algoritmica circa il rischio di recidivanza dei condannati (sul punto, cfr. la sent. Wisconsin Supreme Court, *State v. Loomis*, case 2015AP17-CR, 13 July 2016, in *Harvard Law Review*, 130, 2017, 1530-1537); J. ANGWIN, J. LARSON, *Bias in criminal risk scores is mathematically inevitable*, in *ProPublica.org*, 30 December 2016; A. SIMONCINI, *op. cit.*, 71; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, in *DPCE Online*, 44, 3, 2020, 3369-3390, in particolare 3377; F.G. PIZZETTI, *La Costituzione e l'uso in sede giudiziaria delle neuroscienze (e dell'intelligenza artificiale): spunti di riflessione*, in *Rivista di BioDiritto*, 2019, n. 2 speciale, 697-710. Meno nota, ma comunque dirompente, è la proposta, elaborata nel settore tributario, di affidare ad algoritmi di *machine learning* non soltanto l'applicazione di alcune regole sull'accertamento e la riscossione delle imposte sul reddito, ma anche l'elaborazione e la produzione delle norme atte a colmare le lacune e le fragilità del sistema fiscale: sul punto, cfr. B. ALARIE, *The path of the law*, cit., 452.

¹⁹ Cfr. N. WIENER, *God & Golem, Inc. A comment on certain points where cybernetics impinges on religion*, Cambridge (MA), 1965, 71-85; J. WEIZENBAUM, *Computer power and human reason. From judgment to calculation*, New York, 1976, 277; sul punto si veda C. MARKOU, L. HANDS, 'Capacitas ex machina': *Are computerised assessments of mental capacity a 'red line' or benchmark for AI?*, in C. MARKOU, S. DEAKIN (eds.), *Is Law Computable?*, Oxford, 2020, 237-283. Fra gli interventi specificamente dedicati, nel dibattito contemporaneo, al tema dell'implementazione dell'IA in sede legislativa, cfr. A. AIDID, B. ALARIE, *The legal singularity. How artificial intelligence can make law*, cit., 175-181.

Alla capacità di autoapprendimento, della quale il *machine learning* e il *deep learning* rappresentano tecniche di realizzazione ormai diffuse, si associano tutta una serie di problemi, dall'opacità che caratterizza l'*iter* decisionale di alcune tipologie di macchine²⁰ al rischio che l'esito di tale processo sia viziato all'origine dalla presenza di *bias* nella selezione dei dati con cui la macchina viene allenata²¹. A questo riguardo, gli strumenti normativi proposti per arginare il rischio di pregiudizi derivanti dall'impiego dell'IA fanno perno sul principio di trasparenza, dal quale vengono fatte discendere l'esigenza di spiegabilità (*explainability*) delle decisioni e di tracciabilità del funzionamento²².

Molte delle obiezioni formulate in relazione all'ipotetico inserimento di sistemi artificiali nei procedimenti finalizzati a decidere sulla posizione giuridica di un individuo o nella formazione delle leggi fanno perno su premesse e considerazioni molto simili fra loro, la qual cosa rende tali argomenti raggruppabili in almeno tre categorie: quelli che

²⁰ Sotto questo profilo, è esemplare l'analisi di F. PASQUALE, *The black box society. The secret algorithms that control money and information*, Cambridge (MA), 2015; si vedano anche W. KNIGHT, *The dark secret at the heart of AI*, in *MIT Technology Review*, April 11, 2017, disponibile presso <https://www.technologyreview.com>; F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, 415-436, in particolare 427.

²¹ Cfr. Z. OBERMEYER, B. POWERS, C. VOGELI, S. MULLAINATHAN, *Dissecting racial bias in an algorithm used to manage the health of population*, in *Science*, Oct. 25, 2019, 447-453; P.T. KIM, *Data-driven discrimination at work*, in *William & Mary Law Review*, 58, 3, 2017, 857-936; C. CASTRO, *What's wrong with machine bias*, in *Ergo*, 6, 15, 2019, 405-426; S. VANTIN, *Il diritto antidiscriminatorio nell'era digitale*, Milano, 2021, 91-111.

²² È questa, del resto, la linea adottata dal considerando 27 dell'*Artificial Intelligence Act* (regolamento 2024/1689/EU). Per una discussione sulla spiegabilità – o esplicabilità – delle decisioni assunte dall'IA, si vedano A. SANTOSUOSSO, *Intelligenza artificiale e diritto. Perché le tecnologie di IA sono una grande opportunità per il diritto*, Milano, 2020, 101-107; Id., *Intelligenza artificiale, conoscenze neuroscientifiche e decisioni giuridiche*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 1, 2021, 175-192; E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa*, cit., 3360-3365; C. CASONATO, *Intelligenza artificiale e giustizia: potenzialità e rischi*, cit., 3381-3383; P. KELLER, A. DRAKE, *Exclusivity and paternalism in the public governance of explainable AI*, in *Computer Law & Security Review*, 40, 2021, 1-4; L. FLORIDI, *The ethics of artificial intelligence. Principles, challenges, and opportunities*, trad. it. di M. Durante, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, 100-101 e 153-158.

muovono dal concetto di coscienza, quelli che fanno leva sull'idea dei diritti umani e quelli che vertono sul principio democratico²³. In questa sede si prenderà in esame principalmente quest'ultima classe di argomenti, ma occorre almeno un cenno alle altre due in quanto strettamente connesse a essa.

Il primo gruppo di obiezioni pone al centro la distinzione tra l'agire umano e la cosiddetta *agency* artificiale, elevando a criterio discriminante l'assunto che l'umano possieda talune proprietà quali il pensiero, la riflessività, la coscienza di sé²⁴, o la libertà dell'arbitrio, le quali sarebbero ontologicamente precluse ai sistemi di intelligenza artificiale²⁵. Questo argomento non sembra, tuttavia, fare i conti con la problematicità di categorie come quella di coscienza o quella di libertà²⁶, dalle

²³ La tassonomia degli argomenti qui proposta è già stata avanzata in una precedente riflessione sull'impiego dell'intelligenza artificiale nell'ambito delle decisioni giudiziali sull'infermità mentale: P.G. PUGGIONI, *Il giudice e l'estraneo. Spigolature su intelligenza artificiale, giudizio e soggettività*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, 2021, 3 speciale, 575-589.

²⁴ Il filone dottrinario che propone questo genere di argomenti sembra valersi di obiezioni simili a quelle rivolte da John Searle alla teoria che Alan Turing aveva proposto nel celeberrimo saggio A. TURING, *Macchine calcolatrici e intelligenza*, trad. it. di G. Lolli e N. Dazzi, in ID., *Intelligenza meccanica*, a cura di G. Lolli, Torino, 1994, 121-157. Secondo Searle, in particolare, la categoria dell'intelletto non sarebbe applicabile alle macchine, dotate semplicemente di un insieme di «processi formali» che si limitano a riprodurre, per imitazione, la struttura della mente umana, ma non potrebbero riproporne la funzionalità (cfr. J.R. SEARLE, *Minds, brains, and programs*, in *The Behavioral and Brain Sciences*, 3, 1980, 417-457).

²⁵ Cfr. A. BERTOLINI, *Robots and liability. Justifying a change in perspective*, in F. BATTAGLIA, N. MUKERJI, J. NIDA-RÜMELIN (eds.), *Rethinking responsibility in science and technology*, Pisa, 2014, 143-166, in particolare 146; C. MARKOU, L. HANDS, *'Capacitas ex machina': Are computerised assessments of mental capacity a 'red line' or benchmark for AI?*, cit., 276; L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 185; si veda tuttavia L. FLORIDI, J.W. SANDERS, *On the morality of artificial agents*, in *Minds and Machines*, 14, 3, 2004, 349-379, in cui si appoggia la configurabilità, a certe condizioni, di una *agency* morale per gli agenti artificiali.

²⁶ Il dibattito sul libero arbitrio come presupposto della responsabilità morale e giuridica è, come noto, di lungo corso. Tra le opere più rilevanti, cfr. D. PEREBOOM, *Living without free will*, Cambridge, 2003, nonché il dibattito D.C. DENNETT, G.D. CARUSO, *A ognuno quel che si merita. Sul libero arbitrio*, trad. it. di S. Colloca, Milano, 2022. Per un'introduzione al tema, cfr. M. DE CARO, *Azione*, Bologna, 2008, 55-56; M. DE CARO,

quali fa dipendere una proprietà essenziale dell'umano, atta a distinguere ontologicamente dal robot o dal programma.

Anche l'argomento dei diritti umani procede da questo stesso assunto ontologico, osservando che l'utilizzo incontrollato delle tecnologie algoritmiche rischia di violare determinate prerogative giuridiche garantite costituzionalmente all'essere umano²⁷. In molti casi appare tuttavia lecito domandarsi se il contenuto dei diritti umani tutelati da molti ordinamenti nazionali, nonché a livello sovranazionale, non sia a sua volta determinato dall'egemonia di alcuni interessi economico-finanziari²⁸, per i quali la diffusione non regolamentata dell'IA potrebbe rappresentare un problema²⁹.

Delle tre categorie di argomenti sopra menzionate, la più controversa dal punto di vista teorico-giuridico è quella che ruota attorno al con-

A. LAVAZZA, *Free will as an illusion: Ethical and epistemological consequences of an alleged revolutionary truth*, in *Social Epistemology Review and Reply Collective*, 3, 12, 2014, 40-50.

²⁷ Si vedano, per esempio, D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza Artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0? Potenzialità, rischi e sfide della rivoluzione tecnologica in atto*, in *Federalismi.it*, 3, 2019, 1-23, in particolare 20; F.G. PIZZETTI, *La Costituzione e l'uso in sede giudiziaria delle neuroscienze*, cit., 701; E. STRADELLA, *La regolazione della Robotica e dell'Intelligenza artificiale: il dibattito, le proposte, le prospettive. Alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista di diritto dei media*, 1, 2019, 76; F.H. LLANO ALONSO, *L'etica dell'Intelligenza artificiale nel quadro giuridico dell'Unione europea*, cit., 331-334.

²⁸ Per esempio, l'ordine giuridico dell'Unione europea viene talvolta qualificato come una proiezione istituzionale (una sorta di comitato d'affari) di oligarchie capitalistiche contemporanee: il dibattito in merito è notoriamente vasto, per cui si rinvia anzitutto al testo di M. RYNER, A. CAFRUNY, *The European Union and global capitalism*, London, 2016. Sulla tendenza dell'Unione europea a sussumere nell'orizzonte capitalista anche altre forme di produzione presenti sul continente, nonché a riplasmare categorie politico-giuridiche come quella di democrazia, si vedano C. KONSTANTINIDIS, *Capitalism in green disguise: The political economy of organic farming in the European Union*, in *Review of Radical Political Economics*, 50, 4, 2018, 830-852; C. WIESNER, *Capitalism, democracy, and the European Union*, in *Comparative governance and politics*, 10, 3-4, 2016, 219-239.

²⁹ Si è sostenuto, per esempio, che la disciplina del diritto alla privacy non può essere «elevata a risposta universale al problema della datificazione», potendo in alcuni casi addirittura ostacolare l'accesso a risorse e benefici per alcune categorie di individui (cfr. I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche*, cit., 98).

cetto di democrazia. Parte della dottrina giuridica sembra, infatti, sostenere che lo svolgimento di funzioni, quali la legislazione e la giurisdizione, idonee a incidere sulla posizione degli esseri umani nell'ordinamento debba essere affidato a individui appartenenti allo stesso gruppo sociale in quanto ciò sarebbe coerente con il principio democratico, che verrebbe invece violato da una normazione di matrice algoritmica³⁰. È interessante, peraltro, notare come i fautori di questo argomento tendano a erodere la distinzione fra potere legislativo e potere giudiziario, riferendo a entrambi un requisito di legittimazione democratica, laddove invece altra letteratura testimonia come il problema del diritto 'algoritmico' si articoli diversamente nel discorso sull'applicazione delle norme e in quello sulla produzione³¹.

³⁰ Il dibattito in merito è, come noto, assai ampio: si ricordano anzitutto B.J. KOOPS, *Criteria for normative technology. An essay on the acceptability of 'code as law' in light of democratic and constitutional values*, in R. BROWNSWORD, K. YEUNG (eds.), *Regulating technologies. Legal futures, regulatory frames and technological fixes*, Oxford, 2008, 157-174; P. NEMITZ, *Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence*, in *Philosophical Transactions of the Royal Society*, 2018, 1-14, disponibile presso <https://royalsocietypublishing.org/>; D. HELBING, B.S. FREY, G. GIGERENZER, E. HAFEN, M. HAGNER, Y. HOFSTETTER, J. VAN DEN HOVEN, R.V. ZICARI, A. ZWITTER, *Will democracy survive big data and artificial intelligence?*, in D. HELBING (ed.), *Towards digital enlightenment. Essays on the dark and light sides of the digital revolution*, Cham, 2019, 73-98.

³¹ Se infatti, per esempio, il tema della giustizia predittiva tocca il problema della certezza e della prevedibilità delle conseguenze giuridiche della condotta umana, che viene in rilievo soprattutto nel contesto dell'applicazione delle norme positive (cfr. F. DONATI, *Intelligenza artificiale e giustizia*, cit., 417; T. GRECO, *Per un diritto che "non serve". La cultura giuridica e le sfide della tecnologia* (2020), in Id., *L'orizzonte del giurista. Saggi per una filosofia del diritto 'aperta'*, Torino, 2023, 225-230, in particolare 229), la questione della legislazione algoritmica – in molti casi pensata come elaborazione di microdirettive – inciderebbe invece sulle caratteristiche tradizionalmente attribuite alla legge, come la generalità e l'astrattezza (cfr. A. GARAPON, J. LASÈGUE, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà* (2018), trad. it. di F. Morini, a cura di M.R. Ferrarese, Bologna, 2021, 189 ss.). Va detto che la distinzione classica fra legislazione e giurisdizione, seppur tuttora dominante nella scienza e nella teoria del diritto, è stata autorevolmente messa in discussione in passato: Schmitt, per esempio, sembra accorpare la sentenza del giudice a una decisione politica, che produce essa stessa la norma da applicare (cfr. C. SCHMITT, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale* (1912), trad. it. e cura di E. Castrucci, Milano, 2016,

A questo riguardo, Antoine Garapon e Jean Lassègue mostrano dubbi sulla bontà del «mito» secondo cui, mentre la democrazia si basa su un «regime di indeterminazione», la tecnica reintrodurrebbe la «certezza» nelle decisioni politiche³²: le decisioni algoritmiche, sembra potersi evincere, non parrebbero dunque veramente in grado di superare il discorso democratico nella storia. Altri studi osservano, invece, che il giudizio sulle categorie giuridiche – le quali sono costrutti normativi per definizione – esigerebbe un requisito *essenziale* di umanità: tale «essenziale umanità» comporterebbe la necessità di affidare operazioni decisionali a membri della stessa «comunità» di coloro ai quali i singoli provvedimenti sarebbero destinati, giacché soltanto costoro potrebbero comprendere i valori implicati in ogni decisione giuridica³³.

Si avanzano, pertanto, soluzioni che variano dallo sviluppo di strategie atte a garantire *by design* il rispetto dei canoni democratici da parte dell'IA³⁴ alla prospettazione di un impiego del *machine learning* in via meramente sussidiaria agli organi dello Stato: a quest'ultimo ambito di ipotesi fanno capo, per un verso, le possibilità applicative di simili strumenti nei procedimenti legislativi – per esempio valorizzando tec-

125); la distinzione si perde anche in Kelsen, per il quale – è noto – la sentenza del giudice *produce* vere e proprie norme individuali che innovano l'ordinamento, sicché «l'applicazione del diritto è contemporaneamente produzione di diritto» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1960), trad. it. di M.G. Losano, Torino, 1966, 265). Sul punto sia consentito il rinvio a P.G. PUGGIONI, *Il giudizio sulle leggi e le ragioni del politico. Le rime obbligate tra legittimità costituzionale e positivismo giuridico*, in E. MALFATTI, V. MESSERINI, R. ROMBOLI, E. ROSSI, A. SPERTI (a cura di), *Ricordando Alessandro Pizzorusso. Verso una nuova "stagione" dei rapporti tra Corte costituzionale e legislatore?*, Pisa, 2023, 211-220.

³² A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*, 170.

³³ C. MARKOU, L. HANDS, *'Capacitas ex machina': Are computerised assessments of mental capacity a 'red line' or benchmark for AI?*, cit., 283, che se ne occupano in rapporto alla dichiarazione giudiziale dell'infermità mentale.

³⁴ Cfr. P. NEMITZ, *Constitutional democracy and technology*, cit., 10-13. In questa prospettiva, notano alcuni, il diritto parrebbe limitarsi a dettare un quadro normativo di riferimento per la produzione dei sistemi di IA, che dovrebbero così incorporare nella propria architettura i principi costituzionali: cfr. F. DE VANNA, *The construction of a normative framework for technology-driven innovations: A legal theory perspective*, in E. CARPANELLI, N. LAZZERINI (eds.), *Use and misuse of new technologies*, Cham, 2019, 187-208, in particolare 203.

niche di partecipazione collettiva alle decisioni politiche, come il cosiddetto *crowdsourcing*³⁵ –, nonché, dall'altro lato, le ipotesi di potenziamento delle decisioni giudiziarie attraverso l'utilizzo dell'IA non soltanto per la ricognizione di dati sulla casistica e sulla giurisprudenza, ma anche per la generazione di *output* dal contenuto normativo basati su una prognosi del corso degli eventi (da qui sorge la prospettiva, alquanto dibattuta, della giustizia predittiva)³⁶.

3. (segue) Alcune obiezioni su umanità e democrazia

L'argomento democratico si mostra un argine potenzialmente molto efficace per scongiurare i rischi di un'incontrollata proliferazione del modello delle decisioni algoritmiche. Come tuttavia si è anticipato, vari profili di quest'ordine di idee destano perplessità da un punto di vista logico-giuridico. Anzitutto, non è chiaro se i sostenitori di quest'argomento facciano i conti con il difetto di legittimazione democratica di alcuni organi costituzionalmente preposti alla produzione giuridica: si pensi non soltanto alle norme sul reclutamento tecnico-giuridico dei magistrati vigenti in molti Paesi, ma anche al fatto che spesso il giudice, per decidere, si avvale largamente del parere di organismi e di sog-

³⁵ Si tratta della raccolta massiccia di opinioni o di idee di singoli attraverso l'utilizzo di procedure aperte *online*, che consentirebbe di alimentare la partecipazione democratica nella misura in cui la grande quantità di dati raccolti venisse processata da sistemi algoritmici (cfr. E. STRADELLA, *AI, tecnologie innovative e produzione normativa: potenzialità e rischi*, cit., 3353-3367, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici in merito).

³⁶ La questione è, come noto, assai complessa e non può essere trattata con sufficienza in questa sede. Il problema che la letteratura sembra segnalare in merito è (almeno duplice): per un verso, si discute di quale possa essere una possibile soluzione di equilibrio fra l'ausilio dell'intelligenza artificiale e l'opportunità di preservare il ruolo fondamentale del giudice nel processo decisionale, interrogandosi, per altro verso, su come il significato del dispositivo giuridico potrebbe mutare in un tale scenario: per tutti, cfr. A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *La giustizia digitale*, cit., 171-188.

getti, quali i consulenti tecnici e i periti, la cui nomina è del tutto sganciata dal circuito democratico-elettorale³⁷.

Va inoltre osservato che la letteratura in esame tende a impiegare il *concetto* di democrazia in un senso indeterminato o, comunque, senza problematizzarne il contenuto³⁸. In alcuni casi, l'appello al principio democratico viene giustificato tramite il richiamo alla *riflessività* delle decisioni giuridiche, che comporterebbe la possibilità di discutere collettivamente sui valori e sui principi coinvolti in ogni opzione normativa. Per esempio, in riferimento alle pronunce giudiziali sull'infermità mentale (*mental capacity*), Markou e Hands affermano:

To maintain legitimacy as reasoned applications of the law, capacity determinations must be explicitly reflective and aware of the underlying concepts and values at stake, so that proper democratic debate can be had about how capacity assessments are undertaken. Anyone assessing capacity – including courts – must thus be both aware of the values of the person under assessment and also reflexively self-aware of their own values³⁹.

L'umanità del giudizio – quella che gli stessi autori ritengono «essenziale (*essential humanity*)» nell'applicazione del diritto – parrebbe qui definita a partire dalla capacità di riflettere e acquistare consapevolezza dei valori coinvolti in una decisione (*reflexivity*)⁴⁰. Quest'ultima, peraltro, viene indicata come requisito imprescindibile di ogni «dibatti-

³⁷ Sul rapporto fra consulenza tecnica e decisione del giudice si veda almeno A. SCARPA, *Il ruolo delle scienze nel processo civile*, in *Giustizia civile*, 2, 2017, 341-359.

³⁸ Per esempio, in D. LESLIE, C. BURR, M. AITKEN, J. COWLS, M. KATELL, M. BRIGGS, *Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a primer*, Strasbourg, 2021, 17, gli autori sembrano limitarsi a un generico riferimento a «processi di decisione democratici (*democratic decision-making processes*)», non essendo del tutto chiara la relazione che dovrebbe intercorrere tra democrazia e l'«autonomia» alla quale il *Primer* fa riferimento ad altro riguardo. Considerazioni analoghe sembrano poter valere per il concetto di «comunità» che menzionano Markou e Hands (v. *supra*, par. 2), la cui vaghezza non rende chiaro a quale raggruppamento si faccia riferimento, se cioè ci si rivolga alla specie umana, allo Stato nazionale, o ad altri gruppi particolari.

³⁹ C. MARKOU, L. HANDS, *op. cit.*, 277.

⁴⁰ *Ivi*, 282-283.

to democratico in senso proprio (*proper democratic debate*)», la cui concreta possibilità è, a ben vedere, a sua volta uno dei presupposti che devono ricorrere affinché le decisioni sull'infermità mentale possano «mantenersi legittime quali applicazioni ragionate del diritto».

Non è chiaro, tuttavia, se tale osservazione assuma che il dibattito democratico sia *di per sé* caratterizzato dal fatto che ciascun partecipante – e ciascun decisore, anche il giudice – rifletta effettivamente sui propri valori e su quelli «della persona sottoposta al giudizio», ponendosi dunque il rischio che tale processo di riflessione si arresti con un giudizio performato dall'intelligenza artificiale. Si afferma, del resto, che la capacità di *ragionamento* propria degli «esseri umani» sia per vocazione democratica, mentre la rigidità del codice informatico, priva di riflessività, sarebbe «semplicemente antidemocratica»⁴¹.

Va però notato che la tesi secondo cui le decisioni democratiche presupporrebbero, per definizione, la consapevolezza dei valori – specialmente dei valori altrui – è tutt'altro che ovvia, così come non è affatto scontato ritenere che la sentenza giudiziale si *legittimi* in forza del riferimento ai valori etico-politici dei membri della comunità, piuttosto che alle norme positive che ne regolano l'emanazione. In questo contesto, allora, la democrazia appare intesa non tanto in senso procedurale, ossia come una struttura di governo in cui ciascun individuo sia chiamato a concorrere – o ad acconsentire – alla produzione delle norme di cui è destinatario⁴², quanto piuttosto come insieme valori e di contenuti

⁴¹ P. NEMITZ, *op. cit.*, 9.

⁴² Come è noto, infatti, anche laddove gli individui non abbiano effettiva possibilità di acconsentire o dissentire rispetto alle singole norme, l'espedito che tende a salvare la garanzia dell'autonomia in un regime democratico consiste nel riferire il consenso individuale alla costituzione nel suo complesso e, con essa, alle procedure tramite le quali le norme vengono formate. È su questa base, per esempio, che Rousseau poté giustificare il principio di maggioranza come norma della costituzione civile alla quale si aderisce tramite il patto sociale (cfr. J.J. ROUSSEAU, *Il contratto sociale* (1762), trad. it. di M. Garin, a cura di T. Magri, Roma-Bari, 1997, 156-157). In modo abbastanza simile, Kelsen sostenne che la forma democratica sorgerebbe dal consenso unanime, per poi progredire soltanto grazie al principio di maggioranza (cfr. H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia* (1920), trad. it. e cura di A. Carrino, Torino, 2012, 8). Per Bobbio, invece, il regime democratico consisterebbe essenzialmente nell'insieme di regole rela-

sostanziali condivisi. Questi ultimi, non a caso, si risolvono nel richiamo a valori marcatamente liberali – inclusi i «diritti umani» e il *rule of law*⁴³ – che vengono presentati come universalmente validi, senza che in alcun modo se ne valorizzino gli aspetti controversi.

Un argomento siffatto finisce, quindi, per proporre una sostanziale apologia del modello democratico eurocentrico e capitalistico⁴⁴, che si tende a concepire come «il frutto di una tappa irreversibile»⁴⁵. È un modello nel quale alcuni membri della comunità prendono decisioni che dispiegano effetti su tutti gli altri membri, in riferimento alle quali non si vede come poter assicurare che i primi si rappresentino i valori dei secondi. Se il concetto di democrazia viene così assunto nella sua dimensione *paradossale*, in cui le decisioni politiche risultano autonome per alcuni ed eteronome per altri⁴⁶, allora forse davvero l'intelligenza artificiale potrebbe esprimersi al suo interno come strumento di amplificazione della divisione fra chi concorre a porre le norme e chi di fatto è chiamato a obbedire⁴⁷.

tive a procedure e soggetti tramite cui assumere decisioni collettive (cfr. N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia* (1984), Torino, 1995, 4).

⁴³ Cfr. per esempio D. LESLIE, C. BURR, M. AITKEN, J. COWLS, M. KATELL, M. BRIGGS, *op. cit.*, 13, in cui non a caso si reitera il riferimento a «human rights, democracy, and the rule of law».

⁴⁴ Come noto, non è infatti diretta contro la democrazia *tout court*, bensì contro il parlamentarismo – o democrazia capitalistica – la denuncia avanzata dal marxismo: cfr. K. MARX, «La guerra civile in Francia»: *Indirizzo al consiglio generale dell'Associazione internazionale dei lavoratori*, in ID., *Scritti sulla Comune di Parigi*, trad. it. di P. Flores d'Arcais e L. Maitan, a cura di P. Flores d'Arcais, Roma, 1971, 51.

⁴⁵ A. GARAPON, J. LASSÈGUE, *op. cit.*, 170.

⁴⁶ Si tratta di qualcosa di simile a quanto Honig riassume con il concetto di «paradosso della politica (*paradox of politics*)», o «paradosso della fondazione (*paradox of founding*)», riferendosi alla circostanza per cui in un ordinamento democratico la costruzione (cioè la definizione) del *popolo* implica un atto di decisione per definizione eteronomo (cfr. B. HONIG, *Between decision and deliberation: political paradox in democratic theory*, in *The American Political Science Review*, 101, 1, 2007, 1-17).

⁴⁷ Si è infatti sostenuto che l'impiego delle tecnologie algoritmiche, ove funzionalizzato agli interessi economici dominanti, produrrebbe un effetto amplificatorio sulle disuguaglianze già presenti nella società (si parla infatti di «disuguaglianze aumentate»: cfr. R. PIROSA, *I dilemmi della tecnoregolazione: uno sguardo critico*, in TH. CASADEI, S. PIETROPAOLI (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche. Questioni di informatica*

4. *A proposito di prassi sociale e trasformazioni del diritto nell'epoca della rivoluzione algoritmica*

L'argomento democratico e gli altri argomenti offerti dalla letteratura bioetica e giuridica tendono a promuovere un certo direzionamento del fenomeno dell'implementazione dell'IA, procedendo tuttavia da una serie di assunti problematici. La critica tenta, infatti, di distinguere fra un impiego 'buono' e 'giusto' di tali tecnologie, e uno 'cattivo' e 'ingiusto', sulla base di criteri etico-giuridici che non sembrano volersi mettere in discussione. I pericoli sopra ricordati, relativi alle conseguenze antropogenetiche e politico-sociali dell'implementazione dell'IA, sembrano talvolta venire assunti come punto di partenza, e non già come risultato, del ragionamento. Così procedendo, tuttavia, si rischia di trascurare alcune importanti implicazioni storico-politiche di questa riflessione, nelle sue premesse e nelle sue conclusioni.

La premessa taciuta risiede in primo luogo nella sottesa convinzione che l'ordinamento giuridico – e in particolare l'ordinamento giuridico dello Stato – rappresenti un attore neutrale all'interno del conflitto sociale, sia esso inteso nella dimensione materiale dell'opposizione fra capitale e lavoro, ovvero quale contrasto fra interessi e valori di altra natura⁴⁸. Al contrario, lo Stato e il diritto ben possono intendersi quali istanziazioni di *alcune* delle forze in campo che, proprio come lo sviluppo e l'impiego delle tecnologie, vengono informate dal (e contribuiscono a informare il) sistema dei rapporti materiali⁴⁹. È dunque anzitutto

giuridica, prospettive istituzionali e sfide sociali, Milano, 2023, 275-286, in particolare 284).

⁴⁸ Sull'ingenuità che risiede nella tesi per cui lo Stato rappresenterebbe un potere neutro nel quale le classi oppresse possano trovare la libertà e l'emancipazione si speso- ro già non soltanto K. MARX, *Kritik des Gothaer Programms* (1875), trad. it. di G. Sgrò, *Critica del programma di Gotha*, a cura di R. Massari, Bolsena (VT), 2008, 70-87, e V.I. LENIN, *Stato e rivoluzione* (1917), trad. it. di V. Gerratana e M. Prospero, Roma, 2017, 185-203, ma anche, nel contesto del socialismo riformista britannico, H.J. LASKI, *The decline of liberalism. L.T. Hobhouse Memorial Trust Lectures, No. 10*, London, 1940.

⁴⁹ Si tratta di un'obiezione in buona parte simile a quella mossa dai detrattori della cosiddetta teoria economica della conoscenza, secondo la quale l'informatizzazione e l'impiego delle tecnologie emergenti tenderebbero a condurre la società contemporanea

to nella credenza nella neutralità dell'ordinamento che potrebbe adombrarsi, se si vuole, la componente mitologico-ideologica degli argomenti presi in esame.

Nondimeno, lo sgomento della dottrina di fronte alla novità della rivoluzione tecnologica è sensato e per molti versi comprensibile: in particolare, sembra potersi condividere la tesi secondo cui il futuro profili una trasformazione del diritto – inteso nel suo complesso, come fenomeno sociale – legata all'incedere delle tecnologie algoritmiche⁵⁰. La possibilità di una tale trasformazione non può infatti escludersi, nella misura in cui si ammetta che l'ordine giuridico possiede una conformazione contingente e situata nella storia, suscettibile di mutare, divenire altro da sé e decostruirsi. In questa prospettiva, inoltre, il mutamento della sfera giuridica è idoneo a incidere esso stesso sull'assetto dei rapporti sociali: se infatti di decostruzione si vuol parlare, questa potrà dirsi tale se investe la totalità della prassi sociale, nella quale ordine giuri-

verso l'estinzione del capitalismo in virtù di un mutamento di paradigma nel processo sociale di produzione (si veda, per esempio, A. GORZ, *Capitalisme, Socialisme, Écologie*, Paris, 1991), senza tuttavia avvedersi di come un tale processo coinvolga e tenda a sussumere le stesse tecnologie nel proprio orizzonte (cfr. A. SOMMA, *Diritto e capitalismo. Leggi dello Stato e leggi del mercato nella costruzione della soggettività neoliberale*, in M.G. BERNARDINI, O. GIOLO (a cura di), *Teorie critiche del diritto*, Pisa, 2017, 295-316, in particolare 309-310) Si è, per esempio, osservato che le tecnologie digitali potenziano, e non ostacolano, il funzionamento del mercato in conformità ad alcuni assunti tipici dell'economia politica, rendendo «concretamente realizzabile l'idea di provvidenza associata alla metafora smithiana della mano invisibile» (C. FORMENTI, *La variante populista. Lotta di classe nel neoliberismo*, Roma, 2016, 129).

⁵⁰ Sulle prospettive di mutamento che le nuove tecnologie importano nel modo di intendere la normatività e il diritto, si ricordano F. DE VANNA, *The construction of a normative framework for technology-driven innovations*, cit., 193-200; T. GRECO, *Per un diritto che "non serve"*, cit., 230; S. PIETROPAOLI, *Fine del diritto? L'intelligenza artificiale e il futuro del giurista*, in S. DORIGO (a cura di), *Il ragionamento giuridico nell'era dell'intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 107-118; S. VANTIN, *Alcune osservazioni su normatività e concetto di diritto tra intelligenza artificiale e algoritmizzazione del mondo*, cit., 51-55; TH. CASADEI, S. PIETROPAOLI, *Intelligenza artificiale: fine o confine del diritto?*, in ID. (a cura di), *Diritto e tecnologie informatiche*, Milano, 2021, 219-232.

dico e sistema di produzione si determinano e si sostengono a vicenda in quanto parte di un unico processo⁵¹.

In questo processo di trasformazione, dunque, anche il fenomeno dello sviluppo tecnologico fa la sua parte, rompendo alcuni schemi concettuali consolidati nella scienza del diritto come, per esempio, quelli della responsabilità civile e penale⁵². Del resto, è anche nella messa in discussione delle categorie giuridiche che risiede la possibilità di trasformazione della vita in senso economico-materiale. Non sembra un caso che si sia cercato di interpretare l'interazione fra esseri umani e tecnologie algoritmiche cogliendo la portata dirompente del mutamento degli «ambienti fisici e concettuali» che essa è capace di indurre, nei termini della dialettica hegeliana tra signoria e servitù⁵³. Proprio in questi termini, infatti, può leggersi il tipo di rivolgimento che la rivoluzione

⁵¹ Il rapporto reciproco fra struttura e sovrastruttura trova una celebre formulazione nella teoria del «blocco storico» di A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, a cura di V. Gerratana, vol. II, Torino, 1977, Q. 8, § 182, 1051-1052 (cfr. H. PORTELLI, *Gramsci e il blocco storico*, Bari, 1976; G. COSPITO, *Il ritmo del pensiero. Per una lettura diacronica dei 'Quaderni del carcere' di Gramsci*, Napoli, 2011, 218 ss.; N. MATTEUCCI, *Antonio Gramsci e la filosofia della prassi*, Milano, 1977, 48 ss.; C. CALABRÒ, *Storia e rivoluzione. Saggio su Antonio Gramsci*, Pisa, 2012, 92 ss.). Già nel 1890, del resto, a Engels appariva «evidente» l'incidenza degli elementi sovrastrutturali sulla struttura economica della società e la «azione reciproca» di queste forze (F. ENGELS, *Lettera a Schmidt* (1890), trad. it. di F. Gerratana e A.A. Santucci, in K. MARX, F. ENGELS, *La concezione materialistica della storia*, cit., 193; cfr. ID., *Lettera a Bloch* (1890), trad. it. di F. Gerratana e A.A. Santucci, in K. MARX, F. ENGELS, *La concezione materialistica*, cit., 185-186). A partire dalle riflessioni engelsiane sarà Althusser a proporre il concetto di «surdeterminazione» delle sovrastrutture rispetto ai rapporti materiali (L. ALTHUSSER, *Pour Marx* (1965), trad. it. di F. Madoia, a cura di C. Luporini, *Per Marx*, Roma, 1967, 81).

⁵² È interessante notare come, infatti, una vastissima letteratura si sia occupata del mutamento dei paradigmi della responsabilità giuridica di fronte all'implementazione dell'IA (a parte i contributi già citati, si vedano L. COPPINI, *Robotica e intelligenza artificiale: questioni di responsabilità civile*, in *Politica del diritto*, 59, 4, 2018, 713-740; A. BERTOLINI, F. EPISCOPO, *The Expert Group's Report on liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies: a critical assessment*, in *European Journal of Risk Regulation*, 12, 3, 2021, 644-659). I meccanismi di imputazione della responsabilità, si può infatti sostenere, rappresentano uno dei principali dispositivi di conservazione dello stato di distribuzione della ricchezza materiale.

⁵³ L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., 62.

tecnologica esprime, almeno potenzialmente: si tratta del rivolgimento della relazione *ontologica* fra una soggettività autocosciente, che rappresenta il perno su cui operano il conferimento di un senso all'oggettività e il suo svolgimento, e un'istanza altra che, da mera determinazione negativa del soggetto dal quale è dominata, diviene nel processo dialettico coscienza autonoma⁵⁴.

A fronte di questo rivolgimento, che racchiude *in nuce* i tratti di una rivoluzione dotata di implicazioni tanto politiche quanto materiali, oltreché concettuali⁵⁵, la cultura giuridica contemporanea sembra tenere (più o meno consapevolmente) un atteggiamento nella sostanza oppositivo, ancorché non reazionario, nella misura in cui finisce per adattare i caratteri e le istituzioni dell'ordinamento giuridico allo sviluppo tecnico-scientifico, con l'effetto di conservare la struttura dei rapporti capitalistici a fronte dei mutamenti che intervengono nella vita materiale⁵⁶. A venire messa in discussione, infatti, è anzitutto l'idea che il diritto rappresenti di per sé una composizione degli interessi in gioco, ossia

⁵⁴ Cfr. G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes* (1807), trad. it. e cura di V. Cicerò, *Fenomenologia dello spirito*, Firenze-Milano, 2017, 283-287.

⁵⁵ Marx distinse la rivoluzione materiale e politica, chiamandola «rivoluzione radicale», da quella «soltanto politica», che «lascia in piedi i pilastri della casa», nelle conclusioni di K. MARX, *Aus der Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie* (1843), trad. it. di G. Della Volpe, N. Merker, R. Panzieri, *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico* (1843), a cura di U. Cerroni, Roma, 1950, 170; cfr. A. BURGIO, *Il sogno di una cosa. Per Marx*, Roma, 2018, 456-459.

⁵⁶ Utile, a questo riguardo, appare la distinzione che Laski istituisce fra le categorie della reazione e della controrivoluzione, secondo la quale, mentre i reazionari sono «nostalgici delle strutture antiche», i controrivoluzionari si mostrerebbero «pronti ad impiegare le ultime tecniche della scienza moderna e tutte le potenzialità sperimentali del sistema istituzionale», con il fine di «adattare la società capitalista alle condizioni della tecnologia moderna, di un mercato mondiale e di una divisione del lavoro che ha reso inevitabile l'organizzazione collettivista delle relazioni sociali» (H.J. LASKI, *Reflections on the revolution of our time*, George Allen & Unwin, London 1943, 252). Sul tema della controrivoluzione nel marxismo, si veda K. MARX, F. ENGELS, *Revolution und Konterrevolution in Deutschland* (1896), trad. it. di P. Togliatti, *Rivoluzione e controrivoluzione in Germania*, Roma, 1949; V.I. LENIN, *Per una valutazione della rivoluzione russa* (1908), trad. it. di I. Ambrogio, in ID., *Opere complete*, vol. XV, Roma, 1967, 44-55, in particolare 50. Per un'analisi, si veda J. SALEM, *Sull'idea di rivoluzione in Lenin*, in *Quaderni Materialisti*, 5, 2006, 205-221.

quell'assunto che giustifica la bontà dell'ordine esistente⁵⁷, alla quale sembra opporsi una diversa rappresentazione – anch'essa, come la prima, sostenuta da un assunto mitologico – della normatività per cui il modello giuridico esistente sarebbe invece profondamente inserito nel conflitto.

Il mutamento dell'ordine si darebbe, perciò, a partire dalla dialettica fra le rappresentazioni che danno corpo a differenti modi di intendere la società. In questa prospettiva, la questione delle applicazioni delle tecnologie algoritmiche può essere utile a far luce sul problematico rapporto fra le capacità di adattamento, assorbimento e sussunzione del sistema produttivo capitalistico⁵⁸, da una parte, e la capacità dell'individuo di mettere in moto un processo di liberazione o riappropriazione della propria coscienza all'interno di un tale sistema.

Il problema si sposta, allora, sul piano delle possibilità concrete per una prassi trasformatrice diretta a tale riappropriazione, poiché, se per un verso è vero che l'impiego dell'IA rischia di rafforzare un ordine dei rapporti sociali votato al predominio dell'*enterprise* finanziaria e dei colossi multinazionali del capitale⁵⁹, per altro verso si può dubitare che l'attivazione degli strumenti giuridici suggerita da molti per controllare simili tecnologie sia destinata a sortire il promesso effetto emancipatorio dell'umano. Se vuole darsi spazio al processo per la riappropriazione della libertà dell'individuo, diventa necessario riconoscere che il

⁵⁷ Si tratta di un'idea che, ancora una volta, ben può dirsi mitologica. Già Labriola, per esempio, collocava la mitologia alla base della rappresentazione ideologica del diritto borghese, estrinsecazione dell'ordinamento economico capitalistico moderno, come ragione universale e fattore decisivo dell'evoluzione sociale (cfr. A. LABRIOLA, *Del materialismo storico. Delucidazione preliminare*, in ID., *Saggi sul materialismo storico*, a cura di A.A. Santucci, Roma 2019, 139-140).

⁵⁸ L'assorbimento delle tecnologie nella logica del mercato e del denaro era quanto lo stesso Norbert Wiener temeva potesse accadere già con le «nuove potenzialità» offerte dalle macchine sperimentali di metà Novecento (N. WIENER, *Cybernetics, or control and communication in the animal and the machine* (1948), ed. by D. Hill and S. Mitter, Cambridge (MA), 2019, 40).

⁵⁹ Sotto questo profilo, come è noto, il dibattito fa perno sulla categoria del «capitalismo della sorveglianza», che per Zuboff opera attraverso lo strumento tecnologico digitale come «mezzo di modifica del comportamento» (S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza*, cit., 217).

rischio di un suo annichilimento può palesarsi non soltanto in virtù del dispiegamento di algoritmi decisionali capaci di determinare gli schemi dell'azione stessa⁶⁰, ma anche attraverso la costituzionalizzazione di un certo modo di impiegare tali tecnologie per decidere sui rapporti sociali. Queste dinamiche esigono di essere riconosciute in quanto segnano il contesto storico in cui l'individuo agisce, nonché le condizioni di possibilità della prassi sociale attraverso cui la riappropriazione di sé può essere cercata⁶¹.

⁶⁰ Cfr., sul punto, quanto osserva I. CONSOLATI, *Discipline algoritmiche*, cit., 97.

⁶¹ La prassi è del resto il mezzo tramite cui, secondo una nota cifra del discorso marxista classico, dovrebbe avvenire il «passaggio» dal regno della necessità della produzione materiale al regno della libertà: cfr. K. MARX, *Il capitale*, III.2, cit., 933; F. ENGELS, *Anti-Dühring* (1878), trad. it. di G. de Caria, *Antidühring*, a cura di V. Gerratana, Roma, 1971, 302; A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, II, Q. 11, § 62, cit., 1487. Alcuni autori hanno declinato il «salto» verso il regno della libertà come un «processo lento, complesso e duro», costantemente «orientato verso qualcosa di qualitativamente nuovo» (G. LUKÁCS, *Geschichte und Klassenbewußtsein* (1922), trad. it. di G. Piana, *Storia e coscienza di classe*, a cura di M. Spinella, Milano, 1973, 311).

IL DENARO TRA POTERE E DIRITTO

TRE PARADIGMI A CONFRONTO

*Antonio Di Stasio*¹

1. Introduzione

In questo contributo ci concentreremo sul confronto di tre paradigmi fondamentali nella tradizione moderna attorno al rapporto tra denaro, potere politico e diritto. Come vedremo, l'intreccio di questi tre nodi è stato recentemente posto al centro di una serie di studi interni alla sociologia del diritto. In questo quadro, l'obiettivo del contributo consisterà nel far emergere il nesso tra specifiche modalità di concepire la natura e le funzioni della moneta e gli effetti che queste hanno sull'organizzazione sociale e il ruolo del diritto. L'analisi di questo nesso ci consentirà di cogliere il denaro come un campo di battaglia tra differenti concezioni teoriche ognuna delle quali implica differenti modalità di regolazione e di governo monetario. A questo proposito, Christine Desan² ha recentemente insistito sulla moneta come *costruzione socio-giuridica* mettendo in evidenza le differenti configurazioni storiche che hanno caratterizzato le modificazioni della forma monetaria in rapporto alle più complessive trasformazioni della società moderna, delle modalità produttive e delle pratiche istituzionali di regolazione monetaria.

¹ Questo contributo si inserisce nell'ambito del Progetto PRIN 2022 *One Too Many Monies. Alternative Digital Currencies and the Future of Money* (Codice del progetto: P2022P3JPN), finanziato dal Ministero dell'Università e della Ricerca.

² C. DESAN, *Making money: coin, currency, and the coming of capitalism*, Oxford, 2014, 1-23.

Nelle teorie liberali e neoliberali, che vanno da John Locke a Friedrich von Hayek³, il denaro è concepito come una merce tra le altre, la cui genesi andrebbe ricercata principalmente nella sua funzione di mezzo neutrale e universale di scambio, utile a lubrificare la circolazione dei beni e dei servizi superando il problema, tipico delle economie di baratto, della doppia coincidenza dei bisogni⁴. In questa prospettiva, il funzionamento del denaro è visto come conforme alle leggi autopoietiche del mercato⁵. In quest'ottica, il denaro viene concepito come *emanazione del mercato*: come una evoluzione lineare che va dalle economie di baratto all'economia monetaria. Ne segue che il diritto dovrà riconoscere la forma monetaria come un'istituzione sociale che obbedisce a leggi economiche autonome, distinte e separabili da quelle derivanti dall'autorità statale.

Recentemente, all'egemonia di tale concezione ha fatto da contraltare un ritorno in forza della concezione pubblicistica del denaro. Teorie sviluppatesi nell'alveo della cosiddetta *Modern Monetary Theory*⁶ hanno proposto una concezione della moneta del tutto alternativa: come istituzione politica ed *emanazione dello Stato*. Come vedremo, questo approccio, lungi dall'essere una scoperta recente, è parte di una lunga tradizione del pensiero monetario che risale a figure come quella di Johann Gottlieb Fichte, Georg Friedrich Knapp, Max Weber e, in parte, John Maynard Keynes⁷. Contrariamente all'idea che la moneta nasca come mezzo di scambio e che storicamente abbia seguito un'evoluzione lineare dalle economie di baratto alle contemporanee economie creditizie, i teorici della moneta statale enfatizzano la funzione di unità di conto stabilita deliberatamente da un'autorità politica. Perciò stesso la moneta non solo non andrebbe mai considerata come un'istituzione

³ Per una ricostruzione storica e teorica del nesso che collega la teoria del denaro lockiana a quella neoliberale, si veda: S. EICH, *Teoria politica del denaro*, Bologna, 2023.

⁴ Cfr. C. Menger, *Geld*, in *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Jena, 1892.

⁵ Cfr. F. Hayek, *Law, legislation and liberty. Rules and order*, London, 1973.

⁶ Sono ormai numerose le pubblicazioni in linea con questo approccio, per tutti si veda: S. Kelton, *Il mito del deficit*, Roma, 2020.

⁷ Questi autori in letteratura sono stati spesso identificati con la cosiddetta teoria cartalista del denaro. Per un approfondimento, si veda: S. Eich, *op. cit.*

neutrale, ma va intesa come uno strumento politico che può essere utilizzato per organizzare la società secondo sistemi di razionalità altamente differenziati tra loro.

Tuttavia, sebbene il secondo paradigma abbia il merito di mettere in evidenza la natura politica del denaro e la sua base storico-istituzionale, resta aperto il problema di come siano stati possibili dei sistemi di scambio e di governance extra-statuale sul piano internazionale. Infatti, una delle caratteristiche distintive della moneta consiste esattamente nel fatto che essa non ha un territorio di riferimento circoscritto, è la base infrastrutturale stessa che rende possibile il mercato mondiale. Come scrive Pistor:

while control over land and territory have effectively been separated into a world of private property rights on one hand, and public domestic and international law governing territory and territorial borders on the other, money cannot be neatly parsed in this fashion. In short, public and private moneys are part of an integrated, hierarchical money system, both domestically and globally⁸.

Dal punto di vista storico la formazione di un sistema creditizio internazionale si è accompagnata alla formazione della *lex mercatoria* ben prima della genesi degli Stati sovrani in senso moderno⁹. D'altra parte, un'altra delle ragioni per le quali gli studi sulla moneta si sono moltiplicati da punti di vista assai eterogenei consiste nella proliferazione di differenti monete spesso sganciate da qualsiasi autorità pubblica; si pensi al Bitcoin, ma anche alle monete complementari e/o comunitarie e a esperimenti come quello di Libra, tentato da Meta e volto a creare una moneta privata globale agganciata a una delle più grandi piattaforme del digitale¹⁰.

La tesi che in questo contributo si sosterrà è che i limiti legati al sovranoismo monetario vanno rintracciati nel fatto che, se nella concezione tradizionale della moneta di tipo liberale vi è la tendenza a universaliz-

⁸ K. PISTOR, *From territorial to monetary sovereignty*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 18, 2, 2017, 496.

⁹ Cfr. F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 2010.

¹⁰ Sul punto si veda: I. PUPOLIZIO, *From Libra to Diem. The pursuit of a global private currency*, in *Global Jurist*, 22, 2, 2022, 281-306.

zare le leggi del mercato e a rappresentare il denaro come un mero mezzo di scambio neutrale, in questi approcci la storicizzazione e la politicizzazione monetaria vengono operate a fronte di una speculare destoricizzazione della sovranità statale. La critica marxiana della moneta come capitale, ossia come rapporto sociale improntato sulla forma valore-plusvalore, da un lato, consente di mettere in evidenza la politicità della forma denaro, dall'altra però permette di analizzarla come "astrazione reale", ovvero come dispositivo effettivo di organizzazione della produzione, della distribuzione e della circolazione della ricchezza nel quadro di processi economici e sociali complessivi non riconducibili al primato della sovranità statale. Il denaro in Marx emerge come quel rapporto sociale a partire dal quale i rapporti di comando e obbedienza divengono storicamente comprensibili nel modo di produzione capitalistico. Stato e mercato, lungi dall'essere un presupposto astorico, assumono una configurazione adeguata all'esercizio del potere monetario.

2. La depoliticizzazione del denaro

In uno dei suoi lavori più influenti, la *Filosofia del denaro*¹¹, Georg Simmel caratterizza la moneta come la massima espressione della forma di vita moderna. Secondo Simmel, il denaro incarna un rapporto sociale impersonale che si sviluppa su due piani distinti: da un lato, funge da strumento che converte ogni qualità in quantità, rendendo tutti gli oggetti scambiabili e comparabili tra loro attraverso un rapporto quantitativo; dall'altro, rappresenta la forma più alta di reificazione nei rapporti sociali. Nella logica dell'economia monetaria di mercato, i legami sociali vengono 'cosificati', e la mediazione attraverso lo scambio di merce contro denaro diventa il principio dominante nell'organizzazione delle relazioni sociali. In tal modo, la forma monetaria sostituisce i legami comunitari con un sistema di interdipendenza impersonale basata sulla divisione del lavoro. Nella tradizione classica del liberalismo politico queste caratteristiche sono state spesso enfatizzate: il denaro, in quanto espressione del libero mercato, è concepito come un'istituzione

¹¹ G. SIMMEL, *Philosophie des Geldes*, Leipzig, 1900.

sociale fondamentale, la cui caratteristica distintiva risiederebbe nel fatto che esso garantisce un ordine sociale svincolato da rapporti di dipendenza personale di tipo gerarchico. Come mezzo sociale aperto, privo di uno scopo predeterminato, il denaro consente di eludere la concezione hobbesiana e schmittiana secondo cui, affinché possa esistere uno stato civile, è necessario che vi sia un centro del potere e della decisione. Il denaro rappresenterebbe, da questo punto di vista, la migliore manifestazione di una forma di cooperazione sociale che non richiede una volontà ordinante: è sufficiente che gli individui abbiano fiducia reciproca nel fatto che una certa moneta possa fungere da mezzo di scambio universale per confrontare tutte le merci e scambiarle. Il calcolo economico, quando basato su un equivalente generale, consente di illuminare un principio di organizzazione sociale capace di generare le condizioni affinché individui appartenenti a culture e contesti altamente eterogenei tra loro possano entrare in un rapporto pacifico. A tal proposito è nota la tesi che Kant sostenne in *Per la pace perpetua* secondo la quale il commercio mondiale era da considerarsi il miglior sistema per prevenire i conflitti bellici tra nazioni e dare una base effettiva al cosmopolitismo:

Come da un lato la natura sapientemente separa i popoli, che la volontà di ogni Stato, anche secondo principi del diritto internazionale, tenderebbe ad unificare sotto di sé con l'astuzia o con la forza, così d'altro canto essa unisce popoli che l'idea del diritto cosmopolitico non garantirebbe contro la violenza e la guerra con l'attrattiva del reciproco tornaconto. È lo *spirito commerciale* che non può accordarsi con la guerra e che prima o dopo si impadronisce d'ogni popolo. E poiché di tutte le forze concorrenti (come mezzi) a costituire il potere dello Stato, *la forza del denaro* potrebbe essere la più sicura, così crediamo che gli Stati sono spinti (non certo da motivi morali) a promuovere la nobile pace e, quando la guerra minaccia di scoppiare nel mondo, a impedirla mediante compromessi, come se gli Stati fossero a tale scopo uniti da alleanze permanenti¹².

Alla radice di questa visione del denaro e del mercato vi è l'idea che il potere economico dei privati e il potere politico degli Stati apparten-

¹² I. KANT, *Per la pace perpetua*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, 1956, 314.

gano a due logiche sociali tra esse separate¹³. L'idea che il denaro emerga spontaneamente dalle relazioni di mercato come strumento neutro di scambio e che, in quanto tale, debba esistere al di fuori del controllo politico, emerge all'interno di un contesto storico ben preciso.

Locke, nel XVII secolo, fu il primo a elaborare una concezione del denaro strettamente connessa alla teoria politica liberale. La sua concezione del denaro è particolarmente interessante, poiché già in quel periodo conteneva una prescrizione precisa riguardo alla funzione della Banca Centrale d'Inghilterra come emittente della moneta sovrana. Come ben evidenziato da Felix Martin¹⁴, la visione economica sviluppata da Locke e, segnatamente, la sua teoria monetaria, si fonda su una specifica filosofia del linguaggio che funge da premessa generale alle sue argomentazioni sulla teoria del valore.

Com'è noto, Locke distingue le idee in due categorie principali: convenzionali e sostanziali¹⁵. Le prime sono costruzioni arbitrarie della fantasia umana, poiché non si riferiscono a fenomeni naturali empiricamente verificabili. Le seconde, invece, corrispondono a entità esterne alla mente, risultando tanto più precise quanto più l'immagine mentale associata al significato riflette fedelmente il fenomeno che intende rappresentare. Secondo Locke, per ridurre l'instabilità linguistica, ogni significante deve essere associato a un'idea chiara e distinta, ovvero a un'immagine mentale condivisa dalla comunità linguistica¹⁶. Se le idee sostanziali hanno un riferimento oggettivo, le idee convenzionali sono per loro natura esposte a forte instabilità: il loro significato può variare e può essere interpretato di volta in volta soggettivamente distorcendone il significato condiviso. Se l'idea di "gatto", data una certa definizione, può essere verificata empiricamente confrontandola con la percezione dell'animale a cui si fa riferimento utilizzando quel significante, lo stesso non si può dire con la definizione di "contratto" o di "pro-

¹³ Per una disamina critica della differenziazione e dell'intreccio tra il potere delle armi e il potere del denaro si veda: I. PUPOLIZIO, *Le metamorfosi del denaro. Dal tesoro alla moneta elettronica*, in *Sociologia del diritto*, 2, 2022, 9-41.

¹⁴ F. MARTIN, *Money. The unauthorised biography*, New York, 2013. Si veda in particolare l'ottavo capitolo.

¹⁵ J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, Torino, 1971, 501-502.

¹⁶ *Ivi*, 471.

prietà”, in quanto questi non sono cosa separata dalla definizione sociale loro attribuita, sono appunto idee convenzionali.

Eppure, quest’ultime sono alla base della cooperazione e dell’interazione sociale. La specificità antropologica va rinvenuta esattamente nella facoltà di elaborare idee convenzionali. Pur essendo intrinsecamente esposte alla fluttuazione di significato, delle idee convenzionali non si può fare a meno per cooperare socialmente; ne segue che bisogna ridurre al minimo la loro instabilità ancorandole, per quanto possibile, a un significato uniforme che, per quanto possa conservare un intrinseco tasso di instabilità, risulti chiaro e distinto. Per Locke, promesse e patti, alla base di qualsiasi relazione contrattuale e di proprietà, per essere rispettati necessitano di forme linguistiche stabili: in grado di essere chiaramente riconoscibili da tutti così da salvarli da mistificazioni e distorsioni che minerebbero la fiducia sociale¹⁷.

Allo stesso modo il denaro deve esprimersi in un metalinguaggio in termini di valore di scambio in grado di legare stabilizzare la fiducia nel futuro. Il denaro è anzitutto una proprietà privata che va difesa tanto dalla manomissione privata¹⁸ quanto dalla manomissione pubblica, allorché il sovrano decida di disancorare il valore nominale della moneta dal suo valore intrinseco¹⁹. Una eccessiva fluttuazione del valore della moneta renderebbe i patti commerciali e le promesse di pagamento ai creditori altamente instabili, facendo venire meno la base fiduciaria sulla quale poggiano il commercio e le relazioni creditizie. Per questa ragione, sebbene Locke riconosca una base convenzionale nella scelta del mezzo di scambio da utilizzare come metro di misura e mezzo di pagamento, considera il valore dei beni una caratteristica intrinseca. Se il mezzo con cui si decide di misurare il valore delle cose è di carattere

¹⁷ Sull’importanza di questo aspetto si veda: S. EICH, *Teoria politica del denaro*, Bologna, 2023, 143-164.

¹⁸ All’epoca era pratica diffusa la tosatura delle monete in metallo prezioso. La coniazione monetaria garantiva un valore nominale che doveva corrispondere al peso in oro, argento o rame delle monete, ma tosandone i bordi era possibile estrarre piccole quantità di metallo continuando a utilizzare la moneta come mezzo di pagamento al suo valore nominale. Questa pratica secondo Locke era alla base di una distorsione fondamentale della moneta il cui effetto non poteva che risolversi in una sfiducia generale nei confronti del sistema monetario in quanto tale e nella crisi monetaria.

¹⁹ S. EICH, *op. cit.*, 143-150.

convenzionale (la moneta), il valore, cioè la grandezza delle cose considerata in sé, va intesa come una dimensione oggettiva, qualcosa di intrinseco, che non dipende dalla volontà umana – così come la lunghezza di un oggetto qualsiasi non dipende dal sistema di misurazione adottato (metro, yarda, piede, ecc.) né tantomeno dalla volontà di chi procede alla misurazione.

In questa operazione abbiamo quello che Stefan Eich ha definito un processo di *depoliticizzazione del denaro*. Un punto sul quale in seguito, pur facendo a meno di una teoria del valore oggettiva come quella proposta da Locke, insisteranno gran parte dei teorici neoclassici²⁰ e neoliberali²¹.

A questo proposito un punto di rottura storicamente significativo sarà lo sganciamento del dollaro dall'oro. A partire dalla decisione presa da Nixon nell'estate del 1971, la moneta *fiat*, ovvero una moneta del tutto sganciata da qualsiasi riferimento a una merce sottostante²², ha spiazzato qualsiasi teoria che faccia derivare la stabilità monetaria dalla preservazione del suo valore intrinseco. Ciò però non ha comportato affatto una ripoliticizzazione del denaro. Ed è proprio su questo punto che diventa storicamente significativa la teoria neoliberale e ordoliberal (soprattutto in Europa) per comprendere come si è riconfigurata la governance monetaria negli ultimi decenni.

Massimo Amato nella sua ricostruzione storica del rapporto tra moneta e credito ha sottolineato come l'avvento delle banconote abbia separato sin da subito la quantità di mezzi di pagamento dalla quantità di riserve auree disponibili nel caveau delle banche centrali. Secondo Amato, questa contraddizione è al cuore stesso della prima fondazione della Banca d'Inghilterra:

²⁰ C. Menger, *op. cit.*

²¹ Il testo classico nell'approccio neoliberale è il seguente: M. Friedman, A.J. Schwartz, *A monetary history of the United States. 1867-1960*, Princeton, 1987.

²² Seppur con interruzioni sistematiche, fino al 1971, almeno dal punto di vista formale le banconote (a quel tempo il dollaro) rappresentavano un titolo al portatore: chiunque poteva convertirle in oro presentandosi presso la Fed. Per un approfondimento sul punto si veda: M. Ferrarese, *Promesse mancate. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario*, Bologna, 2017, 63-110.

se, infatti, le note dovessero essere redimibili in moneta contante allora la banca non potrebbe emettere proprio nulla, dal momento che il suo capitale è stato interamente prestato allo Stato un istante dopo il suo conferimento alla Banca. Questa è, per esempio, la posizione di Locke, e non a caso dato il suo integralismo metallista. L'altra ipotesi, ossia quella di un'emissione pari al capitale, ma indipendente dal fatto che esso sia stato prestato, fa delle banconote uno strumento monetario *che non ha un controvalore garantito nelle riserve metalliche*. Il *modus operandi* della banca, fin dai primi mesi, ci deve far propendere per questa seconda interpretazione, ma al prezzo di dover ammettere che la copertura delle banconote non è mai garantita in metallo²³.

Le tesi di Locke, sebbene si presentassero come analisi descrittive rispetto a ciò che il denaro è, in effetti erano un insieme di prescrizioni basate su giudizi di valore che designavano ciò che il denaro *doveva essere*. E infatti in Hayek e Mises, e soprattutto nell'ordoliberalismo tedesco, la dimensione normativa delle loro teorie del denaro diventa esplicita²⁴.

Oltre all'avvento della moneta *fiat*, nel Novecento si assistette all'affermazione generalizzata di quello che alcuni economisti definiscono il modo bancario di emettere denaro. Una modalità di creazione del denaro che consiste nell'immissione di mezzi di pagamento nel circuito economico tramite prestiti, la quale, a ben vedere, ha una storia ben più risalente²⁵. Anche le banche private, lungi dal funzionare come mere intermediarie tra risparmiatori e investitori, prima attraverso il meccanismo della riserva frazionaria, successivamente agganciandosi direttamente all'emissione delle banche centrali, emettono denaro senza che questo corrisponda a riserve auree della stessa dimensione. Schumpeter ha definito questo meccanismo con il concetto di moneta creditizia: la principale funzione degli istituti di credito consisteva, e consiste tutt'oggi, nel creare moneta per prestarla a soggetti privati – e pubblici –

²³ M. AMATO, *Le radici di una fede. Per una storia del rapporto fra moneta e credito in Occidente*, Milano, 2008, 178.

²⁴ Sul punto si veda: M. DE CAROLIS, *Il rovescio della libertà. Tramonto del neoliberalismo e disagio della civiltà*, Macerata, 2017, 48-59.

²⁵ Cfr. J. SCHUMPETER, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung: Eine Untersuchung über Unternehmervergewinn, Kapital, Kredit, Zins und den Konjunkturzyklus*, Leipzig, 1911.

che si impegnano a restituirne in una quantità maggiore entro un lasso di tempo prestabilito in sede contrattuale con lo stesso istituto di credito. Anche in questo caso il denaro non è affare politico, nel senso che la sua emissione e distribuzione non viene a dipendere da una deliberata decisione politica; dipende dalla “credibilità” del soggetto debitore, cioè dalla sua capacità di mantenere la promessa di restituire il denaro preso a prestito; ovvero dalla sua capacità di fare un uso “produttivo” del denaro investendolo in attività imprenditoriali o di garantire tale prestito con redditi o beni patrimoniali già acquisiti. La mercificazione del denaro in questo caso non è quindi legata al suo ancoraggio a una merce specifica – metalli preziosi –, ma al suo uso creditizio vincolato all’investimento produttivo di capitale. Il punto diventa quindi evitare ogni altra forma di emissione.

La specificità della cosiddetta governance neoliberale, come mostrato dalle ricerche di Christine Desan²⁶ e Omar Chessa²⁷, è consistita nell’ampliare questo sistema di accesso al denaro anche agli Stati²⁸. Come sottolinea Chessa, la governance monetaria che si è andata strutturando a partire dagli anni Ottanta ha trasformato le costituzioni europee in costituzioni finanziarie nel quadro delle quali ogni Stato è condizionato al controllo della spesa pubblica affinché sia proporzionale alle entrate fiscali. Lo Stato, come qualsiasi altro soggetto privato, può finanziarsi attraverso l’indebitamento sul mercato finanziario; il rendimento del suo debito dipenderà anche in questo caso dalla “credibilità” dell’istituzione stessa. Come sottolineato da Maria Rosaria Ferrarese, la separazione della banca centrale dal tesoro, quindi la sua sostanziale indipendenza, è stata certamente uno dei punti di svolta nella configurazione della governance neoliberale perché ha vincolato gli Stati ad avere accesso al credito quasi esclusivamente nei mercati finanziari²⁹. Una configurazione che ha trovato il suo punto apicale nell’egemonia della cosiddetta analisi economica del diritto che, come mostrato dalle

²⁶ C. DESAN, *op. cit.*

²⁷ O. CHESSA, *La Costituzione monetaria. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2017.

²⁸ Fatta eccezione per gli Stati Uniti, i quali, emettendo l’unità di conto internazionale, godono di quello che è stato chiamato un “privilegio esorbitante”.

²⁹ M. FERRARESE, *op. cit.*, 151-157.

analisi di Pierre Dardot e Christian Laval³⁰, assieme all'affermazione del *New Public Management*³¹, fa del calcolo economico e dell'abbattimento dei cosiddetti "costi di transazione" il principio di organizzazione fondamentale delle istituzioni pubbliche e sociali. Tale principio poggia sull'assunto secondo il quale il diritto dovrebbe essere adattato in modo tale da avere come sua unica misura di riferimento l'efficienza economica, ovvero la costruzione di un ordine istituzionale continuamente adattato alla massimizzazione del rapporto tra costi e benefici, cioè all'ottimizzazione delle condizioni di accumulazione di capitale. In quest'ottica si parla di adattamento poiché, come abbiamo visto già in Locke, le relazioni di mercato vengono intese come forme sociali di cooperazione e coordinamento che dispongono di leggi proprie, universali e astratte, le quali non sono il risultato di deliberate decisioni pubbliche, bensì espressione di meccanismi di autoregolazione irriducibili a una programmazione autocosciente.

3. Sovranismo monetario

A partire dalla crisi del 2008, l'idea del denaro come strumento neutrale ha mostrato segni di forte crisi a seguito della moltiplicazione delle cosiddette *politiche monetarie non convenzionali*, inizialmente adottate dalla Fed per salvare il sistema bancario e le istituzioni finanziarie,

³⁰ P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Paris, 2009.

³¹ Il *New Public Management* è un approccio alla gestione dei settori pubblici che si è affermato a partire dagli anni Ottanta. Tra i suoi obiettivi principali vi è l'omologazione dei sistemi di valutazione, efficienza e organizzazione delle istituzioni pubbliche a quelle tipiche delle imprese private basate sul primato del calcolo economico. Dardot e Laval, riprendendo l'analisi foucaultiana, hanno insistito molto sul passaggio dalla centralità dell'*homo legalis* all'*homo oeconomicus*. La svolta neoliberale non è consistita soltanto nell'accelerazione dei processi di privatizzazione di servizi pubblici cruciali come la sanità e l'istruzione, ma nella modificazione radicale dell'organizzazione stessa delle istituzioni pubbliche. Il calcolo economico è così divenuto un principio generale di efficienza che ha progressivamente acquisito un carattere prioritario rispetto alla garanzia e alla tutela dei diritti fondamentali anche quando formalmente alcuni servizi continuano a essere garantiti dallo Stato.

e successivamente dalla Bce con il *Quantitative Easing*, in risposta alla crisi dei debiti sovrani e alla stagnazione³². Queste politiche sono state replicate da numerose banche centrali globali per far fronte alla moltiplicazione delle crisi più recenti – oltre alla già citata crisi finanziaria del 2008, si pensi alla crisi del debito sovrano del 2011-13, all’incremento delle catastrofi ambientali, alla crisi pandemica e alle recenti crisi geopolitiche. Il che ha aperto la strada a studi, teorie e movimenti sociali come *Occupy Wall Street* che hanno rilanciato la discussione attorno a una rinnovata politicizzazione del denaro.

In questo contesto, un secondo paradigma, che attraversa le teorie moderne del denaro e che sinteticamente potremmo definire “sovrani-smo monetario”, è stato ripreso da numerosi autori. L’idea al centro di questo approccio consiste nel considerare il denaro come una creazione statutale. Autori come Fichte, Knapp, Weber e, in parte, Keynes insistono sul fatto che esso vada inteso storicamente e logicamente come un’istituzione pubblica. Storicamente, in quanto la genesi del denaro non andrebbe ricercata in una spontanea fiducia tra soggetti privati in un unico mezzo di scambio, ma come il risultato dell’imposizione legale di un’unità di conto. Logicamente, perché lo scambio non può essere operato senza che vi sia un comune criterio di misurazione con il quale comparare valori d’uso eterogenei tra loro.

³² Le politiche monetarie non convenzionali costituiscono un insieme di strumenti adottati dalle banche centrali, come la Bce o la Fed, in contesti in cui le tradizionali leve di politica monetaria, quali la modifica dei tassi d’interesse, risultano inefficaci. Una delle principali forme di politica monetaria non convenzionale è il *quantitative easing*, che consiste nell’acquisto massiccio di titoli di Stato o di altri strumenti finanziari da parte della banca centrale, al fine di aumentare la liquidità nel sistema bancario, abbassare i tassi d’interesse a lungo termine e incentivare l’erogazione del credito e gli investimenti. Un altro strumento rilevante è il *forward guidance*, ossia una strategia di comunicazione mediante la quale l’autorità monetaria fornisce indicazioni circa l’orientamento futuro della politica monetaria, influenzando così le aspettative degli operatori economici, delle famiglie e delle imprese. A ciò si aggiunge l’introduzione di *tassi di interesse negativi* sui depositi delle banche commerciali presso la banca centrale, con l’intento di disincentivare la detenzione di riserve e promuovere una maggiore propensione al prestito. Infine, le *operazioni mirate di rifinanziamento a lungo termine* rappresentano una forma di finanziamento agevolato a lungo termine concesso alle banche, subordinato all’impegno di queste ultime a destinare le risorse ottenute al sostegno del credito verso l’economia reale, in particolare nei confronti di famiglie e imprese.

Il monopolio della forza legittima garantisce al decisore pubblico di imporre la moneta sovrana come metro di misura generale tramite l'imposizione del pagamento delle imposte³³. È questa l'idea alla base delle teorie che fanno del denaro una emanazione dello Stato e non del mercato. Al mito dell'evoluzione lineare che conduce dalle economie di baratto alle economie monetarie, i teorici della moneta sovrana sostituiscono un'altra genesi: la moneta nasce come *emanazione dello Stato*. Il monopolio della decisione e della forza legittima appare qui il presupposto della costituzione dell'unità di conto.

Una sistematizzazione radicale del sovranismo monetario possiamo trovarla in Fichte e Knapp, non a caso due autori che hanno insistito sui vantaggi della moneta *fiat* rispetto alla moneta metallica. In particolare, Fichte sosteneva che il contratto sociale all'interno di una nazione poteva davvero compiersi soltanto svincolando lo Stato da qualsiasi vincolo esterno. Anzitutto dalla dipendenza dell'afflusso di metalli preziosi dall'estero con le conseguenti tensioni internazionali nella corsa all'oro e all'argento che caratterizzavano le avventure coloniali dell'epoca e i principali conflitti bellici. La moneta *fiat* avrebbe consentito di avere uno standard di misura autoreferenziale e dei mezzi di pagamento utilizzabili soltanto all'interno della propria nazione sulla base di un modello economico di tipo autarchico e nazionalista:

uno stato commerciale chiuso, i cui cittadini non hanno alcun diretto rapporto con gli stranieri, può assolutamente far moneta di ciò che vuole, purché dichiari che accetterà in pagamento soltanto la moneta da esso fabbricata e nessun'altra³⁴.

Nella prospettiva di Fichte il denaro non ha una sostanza in sé, esso nasce *ex-nihilo* per volontà politica del sovrano. Il suo valore è instabile proprio perché bisogna prenderne sul serio la natura profondamente convenzionale. Locke aveva certo ragione quando sosteneva che la stabilità monetaria doveva essere il principale obiettivo di qualsiasi teoria del denaro, ma nell'ottica fichtiana aveva torto nel cercarla in un valore

³³ S. KELTON, *op. cit.*, 50-53.

³⁴ J.G. FICHTE, *Lo Stato secondo ragione o lo Stato commerciale chiuso*, Milano, 2016, 73.

intrinseco alla moneta metallica. È soltanto lo Stato che può garantire la stabilità del valore monetario come emanazione di una legge fondamentale a garanzia del contratto sociale. Scrive Fichte, poiché

il valore della moneta rispetto alle merci non ha altra garanzia che la pubblica opinione, il loro rapporto è oscillante e mutevole come l'opinione stessa [...]. La moneta territoriale da noi descritta [...] presenterebbe ben altra garanzia, perché dovrebbe essere legge fondamentale dello Stato, di ricevere il denaro emesso sempre per lo stesso valore rispetto alle merci, e così anche tra i cittadini³⁵.

Per Fichte, la quantità di denaro in circolazione doveva trovare il suo limite soltanto nella quantità di beni prodotti all'interno della nazione. Con il graduale accrescimento delle merci e della massa del valore complessivo, lo Stato può emettere più denaro in modo tale da fornire i mezzi di pagamento necessari alla loro corretta circolazione così da tenere in equilibrio la proporzione tra moneta e beni, quindi i prezzi stabili nel tempo.

Agli inizi del XX secolo Knapp in *Staatliche Theorie des Geldes*³⁶ rilancerà l'impostazione fichtiana contro le teorie metalliste del denaro e sosterrà la cosiddetta teoria "cartalista" del denaro. Le monete metalliche (come quelle d'oro o d'argento) avevano ormai ceduto il passo alla moneta fiduciaria, un passaggio che secondo Knapp rivelava la "vera" natura del denaro, anche delle stesse monete metalliche, le quali in determinate fasi storiche avevano funzionato da moneta ufficiale. Ciò rappresentava la prova che, anche quando la moneta ha un valore materiale intrinseco, come nel caso dell'oro o di altri metalli preziosi, la sua funzione di equivalente generale deriva dal riconoscimento legale che la individua come mezzo di pagamento ufficiale. Senza il riconoscimento dell'autorità statale, il denaro non potrebbe essere considerato tale. Knapp insiste ancora sulla moneta *fiat* rimarcando il fatto che si tratta di una «moneta senza valore intrinseco». L'obbligo di accettare una determinata valuta come pagamento di debiti è, quindi, una funzione primaria del diritto pubblico.

³⁵ *Ivi*, 106.

³⁶ G.F. KNAPP, *Staatliche Theorie des Geldes*, Monaco di Baviera-Lipsia, 1905.

Weber sarà molto influenzato da questa impostazione e lo stesso Keynes ne riprenderà alcuni assunti fondamentali, al punto che nel *Trattato sulla moneta* nel 1930 scriveva che «ogni moneta di paesi civili [...] è senza discussione legata allo Stato»³⁷. Trovandosi in un contesto storico travagliato da pesanti tensioni geopolitiche che sfociarono in due guerre mondiali, Keynes riformulò lo stesso problema che aveva posto Fichte. Il mercato mondiale, al contrario delle speranze kantiane, lungi dal determinare una convergenza di interessi tra le potenze internazionali che avrebbe reso improbabili i conflitti bellici, lasciato all'instabilità finanziaria, al predominio della rendita, alle asimmetrie commerciali tra esportatori e importatori e a quelle finanziarie tra creditori e debitori, poteva diventare il vettore di fratture internazionali e di divisioni sociali interne tra capitale e lavoro. Scrive Keynes:

In un'economia soggetta a contratti in moneta e con abitudini più o meno fisse per un periodo di tempo rilevante, nella quale il volume della circolazione interna e il tasso interno di interesse sono determinati in primo luogo dalla bilancia dei pagamenti, come erano in Gran Bretagna prima della guerra del 1914-18, non vi è [...] alcun mezzo ortodosso a disposizione dell'autorità per evitare la disoccupazione all'interno, se non la lotta per ottenere un'eccedenza di esportazioni di merci e un'eccedenza di importazioni del metallo monetario, a spese dei propri vicini. Non si è mai escogitato nella storia un metodo altrettanto efficace, quanto il sistema aureo internazionale [...], affinché il vantaggio di ciascun paese venisse messo in contrasto con quello dei suoi vicini. Esso ha fatto sì che la prosperità interna di un paese dipendesse direttamente dalla concorrenza per la conquista dei mercati e per il possesso dei metalli preziosi. Quando, per felice accidente, l'offerta di oro e di argento nuovo era relativamente abbondante, la lotta ne poteva risultare relativamente attenuata. Ma con l'aumento della ricchezza e con la discesa della propensione al consumo, essa ha mostrato una tendenza a divenire sempre maggiormente accanita³⁸.

Dal punto di vista geopolitico, ciò significò che la competizione delle varie nazioni per la conquista dei sempre più esigui 'spazi esterni' arrivò a degenerare in una gigantesca contrapposizione di interessi eco-

³⁷ J.M. KEYNES, *Trattato sulla moneta*, Milano, 1979, 18.

³⁸ J.M. KEYNES, *Teoria generale dell'occupazione, dell'interesse e della moneta*, Torino, 2017, 542.

nomici e geopolitici che non tardò a esplodere in due guerre mondiali. Dal lato economico-finanziario, la lunga stagnazione rese gli investimenti sempre più rischiosi, per cui il prezzo del denaro salì enormemente stimolando un legame molto stretto tra imperialismo, centralizzazioni monopolistiche ed egemonia della finanza. L'alto costo della moneta non faceva altro che sottrarre denaro dagli investimenti in produzione industriale e incanalarli verso la rendita finanziaria derivante dalla messa a valore del capitale monetario. Occorreva dunque abbandonare le vecchie dottrine del *laissez-faire* e considerare lo Stato come attore centrale nella riorganizzazione sociale e produttiva. Questo fu possibile tramite tre strategie che storicamente si intersecarono tra loro e che Keynes sistematizzò nella sua teoria monetaria della produzione: 1) il controllo del tasso di interesse, così da stimolare gli investimenti in capitale industriale e da avviare 'l'eutanasia del rentier'; 2) l'uso del debito pubblico per generare domanda effettiva interna ai singoli paesi; 3) una distribuzione dei redditi più equa in modo da favorire un livello di consumo di massa. Nella *Teoria Generale*, sintetizzando assieme questi tre punti, lo stesso Keynes si esprimeva così:

è la politica di un tasso autonomo di interesse, non vincolato da preoccupazioni internazionali, e di un programma nazionale di investimento diretto ad un ottimo di occupazione interna che è doppiamente benedetta, nel senso che aiuta noi medesimi e i nostri vicini al tempo stesso. È il perseguimento simultaneo di questa politica da parte di tutti i paesi assieme che è atto a restaurare nel campo internazionale la salute e la forza economica, siano queste misurate dal livello di occupazione interna, o dal volume del commercio internazionale³⁹.

Queste politiche dovevano rispondere a due esigenze primarie. La prima rispondeva all'esigenza di aprire un nuovo orizzonte di crescita entro il quale la classe operaia potesse compensare le rinunce del presente con una rinnovata aspettativa rispetto ai vantaggi che nel futuro avrebbe ottenuto con la progressiva integrazione al consumo di massa. La seconda consisteva nella necessità di ristrutturare il modo di produrre moneta alla luce di una nuova fase produttiva, quale era quella fordista, sempre più centrata sulla produzione di larga scala, la quale era or-

³⁹ *Ivi*, 543.

mai incompatibile con i vincoli di una risorsa scarsa come l'oro e richiedeva una creazione continua di moneta fiduciaria sotto l'egida statale. Lo Stato doveva farsi carico della generazione di tali finanziamenti monetari, così che, da un lato, avrebbe potuto garantire un'integrazione crescente della socializzazione delle condizioni infrastrutturali, morali e culturali alla produzione fordista, dall'altro, proprio la costruzione di infrastrutture pubbliche, avrebbe garantito la creazione di una quantità di redditi in grado di funzionare da sbocco per la produzione industriale. A differenza del nazionalismo monetario di Fichte, Keynes coniugava una visione cartalista del denaro con l'esigenza di una regolazione internazionale del commercio:

se le nazioni possono imparare a crearsi una situazione di piena occupazione mediante la propria politica interna [...], non è più necessario che forze economiche importanti siano rivolte al fine di contrapporre l'interesse di un paese a quello dei suoi vicini. Sarebbero sempre possibili la divisione internazionale del lavoro e i prestiti internazionali, a condizioni appropriate. Ma non esisterebbe più un motivo urgente perché un paese si trovi costretto a svendere le sue merci in un altro o a respingere le offerte del suo vicino, non perché ciò fosse necessario a metterlo in grado di pagare ciò che esso desiderasse acquistare, ma con lo scopo esplicito di sconvolgere l'equilibrio dei pagamenti in modo da volgere la bilancia commerciale a proprio favore. Il mercato internazionale invece di essere quello che è attualmente, un disperato espediente per preservare l'occupazione interna forzando vendite di merci sui mercati stranieri e restringendo gli acquisti [...] sarebbe uno scambio volontario e senza impedimenti di merci e servizi in condizioni di vantaggio reciproco⁴⁰.

Qui il discorso di Keynes tocca la sua punta, al contempo, più alta e più idealistica, allorché, da un lato, si svincola da ogni nazionalismo monetario auspicando la formazione di un mercato mondiale equilibrato, dall'altro, allude al superamento completo di ogni imperialismo commerciale così da evitare una sistematica territoriale delle ricchezze. In ogni caso però la riforma monetaria proposta da Keynes non mette in discussione le radici della sua formazione nel principio dell'accumulazione di capitale. Principio che non è proprio soltanto della finanza spe-

⁴⁰ *Ivi*, 576.

culativa, ma anche della logica del profitto industriale⁴¹. E infatti, sebbene la produzione statuale di moneta finalizzata al pieno impiego sia stata, a partire dal *New Deal* rooseveltiano fino alla fine degli anni Settanta, la modalità egemone di regolazione sociale almeno nei paesi dell'Europa occidentale, le condizioni auspiccate nell'ultima parte del passo che abbiamo appena citato, non si sono mai realizzate davvero. L'idea keynesiana di una moneta internazionale come il *Bancor* alludeva alla possibilità di mediare la conflittualità di classe immediatamente a livello mondiale, senza riprodurre una gerarchizzazione della divisione internazionale del lavoro; ma lo stesso Keynes toccò con mano le resistenze politiche che gli si contrapposero. Nei trattati di Bretton Woods la sua proposta venne archiviata dai conservatori, i quali riaffermarono il dollaro come moneta internazionale di riferimento per la riconfigurazione di una gerarchia monetaria nella quale gli squilibri commerciali e finanziari erano destinati a ricostruirsi. L'indebitamento pubblico delle nazioni venne incardinato entro limiti stabiliti, di volta in volta, sulla base di un sistema di governance internazionale in cui gli Stati Uniti avrebbero definitivamente sostituito il Regno Unito nel controllo della valuta internazionale⁴². La svolta del 1971 che abbiamo richiamato precedentemente fece il resto avviando quel processo di sussunzione finanziaria che abbiamo descritto precedentemente e che si accompagnò a una serie di trasformazioni produttive, come la rivoluzione informatica e la centralità dell'economia della conoscenza, nelle quali, con l'esplosione della proprietà intellettuale e l'estrazione dei dati, il confine tra profitto e rendita diventava sempre più sfumato fino a raggiungere i livelli parossistici segnalati oggi da numerosi autori⁴³.

Spesso il fallimento della proposta di Keynes è stato attribuito alla disparità di forze in campo tra gli Stati Uniti e la Gran Bretagna alla fine della Seconda guerra mondiale. Tuttavia, è lecito ipotizzare che gli squilibri commerciali e finanziari non siano da attribuire a fattori con-

⁴¹ Sulla critica della separazione tra economia speculativa ed economia reale si veda: C. MARAZZI, *Finanza bruciata*, Bellinzona, 2009.

⁴² Per un'analisi dettagliata della transizione egemonica si veda: G. ARRIGHI, *Il lungo XX secolo. Denaro, potere e le origini del nostro tempo*, Milano, 2014.

⁴³ Sull'erosione dei confini tra profitto e rendita su tutti si veda: C. VERCELLONE, *The becoming rent of profit?*, in *Knowledge Cultures*, 1, 2, 2013, 194-207.

tingenti, ma a una logica intrinseca al principio di accumulazione del capitale basato sul noto schema marxiano D-M-D' (denaro-merce-più denaro) nel quale l'accumulazione di denaro tramite denaro appare il fondamento stesso del modo di produzione capitalistico e il nucleo dell'instabilità sociale e geopolitica.

4. *La moneta come capitale*

In Marx il denaro è capitale, ovvero un rapporto sociale che si distingue radicalmente dai modi di produzione precedenti. Mentre questi ultimi si basavano su rapporti di dipendenza personale, il modo di produzione capitalistico si basa su rapporti sociali caratterizzati da indipendenza personale e dipendenza materiale tra proprietari e non proprietari. In questo Marx è paradossalmente vicino a Locke: il denaro nella sua configurazione capitalistica è l'espressione più elevata della proprietà privata; ma denaro e proprietà sono forme storiche, non invarianti antropologiche. La critica marxiana del diritto, specialmente quando legata al metodo marxiano dell'astrazione come in Pašukanis⁴⁴, insiste sulla dimensione storica del diritto moderno, sulla sua connessione con la forma merce: «come la ricchezza della società capitalistica prende la forma di una enorme accumulazione di merci, così la stessa società si presenta simile a una interminabile catena di rapporti giuridici»⁴⁵. Libertà, uguaglianza, proprietà e Bentham, nelle parole di Marx, sono costruzioni legate all'organizzazione della società monetaria di mercato capitalista.

La libertà si presenta in due modi: come emancipazione dalle relazioni di dipendenza personale (tipiche delle società premoderne), ma anche come dipendenza materiale di coloro che non dispongono dei mezzi di produzione e dipendono dal denaro altrui per poter realizzare la propria sussistenza. L'uguaglianza si configura come uguaglianza

⁴⁴ Per un approfondimento su ciò che si intende per metodo dell'astrazione e sulla sua centralità nella critica marxiana del diritto, si veda: A. AMENDOLA, *The Abolition of Law or Law of the Common(s)?: Pašukanis and the Revolution*, in *South Atlantic Quarterly*, 116, 4, 2017, 707-725.

⁴⁵ E.B. PAŠUKANIS, *La teoria generale del diritto e il marxismo*, Milano, 2022, 97.

formale delle volontà degli individui, a prescindere dalle loro condizioni materiali, si presenta quindi come eguaglianza tra diseguali. La proprietà come accumulazione di denaro e mezzi di produzione, da un lato, e come proprietà del proprio corpo (forza lavoro), dall'altro. E Bentham come soggettivazione legata alla primazia del calcolo economico e del lavoro come misura della ricchezza sociale.

In questo senso, per Pašukanis, le astrazioni giuridiche, come quelle economiche per Marx, non sono semplici astrazioni intellettuali, non sono schemi di interpretazione della realtà, ma astrazioni reali: processi di organizzazione delle relazioni sociali che hanno una loro effettività irriducibile alla dimensione statuale. La libertà giuridica della forza lavoro e la sua eguaglianza nei confronti del capitalista non è semplicemente una mistificazione delle disparità materiali, è la forma inerente alla divisione sociale del lavoro, sia in senso orizzontale – ognuno produce separatamente – sia in senso verticale – la divisione di classe. I due aspetti sono l'uno il rovescio dell'altro.

Nelle teorie statuali della moneta abbiamo visto che lo Stato assume una funzione preminente rispetto al denaro. In Marx, al contrario, per comprendere i rapporti di comando e obbedienza nel modo di produzione capitalista è necessario analizzare il denaro e la forma merce, non la genesi dello Stato. Il monopolio della decisione politica e la facoltà di imporre tributi e imposte, alla base dell'istituzione di un'unica unità di conto omogenea in un determinato territorio, non si genera nel vuoto. L'accumulazione della forza necessaria a determinare tale processo di monopolizzazione è da ritrovare storicamente e logicamente nei processi di accumulazione di capitale. Storicamente, la nascita della moneta creditizia e della borghesia precede, assieme alla *lex mercatoria*, la genesi dello Stato moderno col suo processo di monopolizzazione della decisione della forza legittima⁴⁶. Logicamente, perché, se si prescinde dall'analisi dalle premesse storico-materiali che hanno messo un certo soggetto nelle condizioni di esercitare potere nei rapporti sociali dati, non resta altra strada che una fondazione mitologica e metafisica del concetto di sovranità come quelle proposte dalle teorie contrattualiste. Di contro:

⁴⁶ Cfr. F. GALGANO, *op. cit.*

La definizione formale dei concetti di territorio dello Stato, di popolazione, di potere riflette non solo l'ideologia, ma la creazione obiettiva di una sfera reale di dominio centralizzato e, quindi, in primo luogo, la creazione di una reale organizzazione amministrativa, finanziaria, militare, con il corrispondente apparato umano e materiale⁴⁷.

Nell'approccio liberale la moneta è neutra perché si suppone che esistano proprietari tra loro indipendenti che, producendo separatamente valori d'uso, si incontrano sul mercato per scambiarsi beni e servizi secondo una relazione contrattuale basata sull'uguaglianza. L'insistenza marxiana sulla dipendenza materiale mette invece in evidenza che esistono delle precondizioni sociali necessarie alla produzione di quella merce particolare che è la forza lavoro. La separazione non è solo orizzontale – divisione del lavoro – ma è anzitutto verticale – divisione di classe. L'asimmetria materiale di partenza è la base a partire dalla quale diventa successivamente possibile comprendere la ragione per la quale la forza lavoro produce più valore di quello a essa riconosciuto sotto forma di salario. In Marx quindi non vi è una teoria generale del denaro, staccata dalle condizioni storiche dei rapporti di produzione, ma una teoria della moneta come capitale che si autovalorizza. In altri termini, la moneta in quanto capitale, come il diritto, non è né mezzo neutrale né puro strumento politico: è forma dei rapporti sociali basati sull'estrazione di plusvalore sotto forma di rendita o di profitto.

Per comprendere la critica marxiana alla moneta come mezzo neutrale e come strumento statale è utile fare riferimento al primo capitolo dei *Grundrisse*, in cui Marx polemizza nei confronti della proposta di Darimon, un economista proudhoniano. La Francia degli anni Cinquanta dell'Ottocento stava attraversando una grave crisi finanziaria e monetaria, che aveva ripercussioni a livello globale. In tale contesto, si rendeva necessario interrogarsi sulle cause profonde di questa crisi e sulla natura stessa della moneta. Nel 1856, Darimon pubblicò un'opera intitolata *De la Réforme des Banques* nella quale suggeriva di sostituire la moneta metallica con delle cedole che certificassero l'orario di lavoro effettivo di ogni lavoratore così da eliminare ogni possibilità di pluslavoro. Apparentemente una proposta radicale nei confronti dello sfrut-

⁴⁷ E.B. PAŠUKANIS, *op. cit.*, 88.

tamento di classe. Tuttavia, per Marx, il problema di fondo consisteva nell'impostazione stessa della critica: l'idea che a partire dalla riforma del denaro come mezzo della circolazione si possa dare una modifica generale del modo di produzione:

Espresso in termini generali, il problema sarebbe: è possibile rivoluzionare i rapporti di produzione esistenti e i rapporti di distribuzione ad essi corrispondenti mediante una trasformazione dello strumento di circolazione – trasformando, cioè, l'organizzazione della circolazione? Inoltre: è possibile intraprendere una simile trasformazione della circolazione senza toccare gli attuali rapporti di produzione e i rapporti sociali che poggiano su di essi?⁴⁸

Per i proudhoniani, tale trasformazione sarebbe possibile a condizione che tutte le merci vengano convertite in denaro. Il privilegio conferito all'oro deve essere abolito, sostituendo il denaro tradizionale con delle cedole che attestino il tempo di lavoro effettivamente prestato. In questo modo, ogni lavoro concreto diventerebbe immediatamente produttivo di un equivalente generale. La cedola, infatti, conferirebbe il diritto di prelevare dalla ricchezza sociale una porzione di valori d'uso, in perfetta corrispondenza con la quantità di tempo impiegato nella produzione. In sostanza, modificando il mezzo di scambio, si risolverebbero i problemi legati alla circolazione monetaria e, di conseguenza, si eliminerebbero le iniquità che caratterizzano la distribuzione dei redditi tra capitale e lavoro.

Secondo Marx invece l'impostazione proudhoniana risulta del tutto incoerente, poiché confonde gli effetti con le cause. La moneta, in quanto connettore sociale, svolge un ruolo performativo nella circolazione. È attraverso lo scambio che si determina la dimensione sociale di una produzione privata (sia la forma che il contenuto del valore); è in questo contesto che si stabilisce anche il tempo sociale di un lavoro (cioè, la grandezza del valore). «Ciò che determina il valore – non è il tempo di lavoro incorporato nei prodotti, bensì il tempo di lavoro attualmente necessario»⁴⁹. Laddove per 'attualmente' Marx intende il

⁴⁸ K. MARX, *Grundrisse*, Torino, 1976, 52.

⁴⁹ *Ivi*, 62.

lavoro socialmente necessario alla produzione del bene nel momento della compravendita.

La certificazione di questo tempo nella fase di produzione non solo non risolverebbe il problema delle fluttuazioni monetarie, ma ne accentuerebbe gli effetti. Infatti, la cedola di lavoro, indipendentemente dalla quantità di lavoro che andrebbe a registrare, e al di là della sua natura metallica o fiduciaria, subirebbe le stesse variazioni di una qualsiasi altra moneta. L'unione tra produzione e circolazione, cioè tra lavoro socializzato e realizzazione del valore sul mercato, è costitutivo del modo di produzione capitalistico. Ciò non significa che la moneta non possa essere trasformata, ma essa deve agganciarsi alla modificazione dei rapporti produttivi.

Proseguendo nelle pagine di questo primo capitolo – e poi in quelle del secondo, dove l'analisi sulla moneta-capitale viene definita meglio – vediamo che a un certo punto Marx si impegna nell'identificazione di quella specificità che contraddistingue il modo di produzione capitalistico dalle forme sociali premoderne. E subito diventa chiaro che, sebbene riconosca la peculiarità che il denaro acquista nelle relazioni sociali, in quanto rappresentante generale della ricchezza, fa scaturire questo carattere dalla *funzione di comando* che il denaro assume.

Nelle società premoderne il denaro esisteva, ma il mercato era soltanto una, e non la più importante, delle modalità attraverso cui i soggetti potevano far circolare i prodotti e beneficiarne. L'ordine sociale poggiava su rapporti di obbligazioni personali in cui il denaro non era lo strumento centrale. Per esempio, nel sistema feudale ogni individuo aveva uno status che lo definiva, per nascita, signore feudale, vassallo, servo della gleba e così via. Questo sistema gerarchico implicava una serie di obbligazioni reciproche per cui i rapporti di dipendenza personale costringevano i servi a lavorare per i signori cui appartenevano, e, allo stesso tempo, questi ultimi concedevano loro i beni necessari alla riproduzione. Diversamente, nel modo di produzione capitalistico, il denaro si presenta come mezzo di mediazione sociale per l'accesso ai mezzi di sussistenza e, più in generale, tende a inglobare tutti i valori d'uso disponibili. Una trasformazione che, Marx lo sottolinea più e più volte, trova una specifica genesi storica nella *separazione* (accumulazione originaria) dei lavoratori dalle condizioni necessarie a provvedere

autonomamente alla soddisfazione della riproduzione. È l'erosione di questa autonomia la chiave di volta della trasformazione qualitativa del denaro:

Il denaro [...] che originariamente si presentava come un mezzo per promuovere la produzione, diventa un rapporto estraneo ai produttori. Nella stessa proporzione in cui i produttori diventano dipendenti dallo scambio, questo sembra diventare indipendente da loro, e sembra crescere l'abisso tra il prodotto in quanto tale e il prodotto in quanto valore di scambio⁵⁰.

Il processo di privatizzazione della ricchezza sociale tende ad approfondire lo spossessamento delle condizioni necessarie alla autonoma soddisfazione dei propri bisogni. Più precisamente, questa divisione originaria, si esprime nella condizione di indigenza: nell'impossibilità di accedere ai mezzi necessari alla riproduzione della propria vita senza passare per un salario (diretto o indiretto). Pertanto

il concetto di *lavoratore libero* implica già che egli è povero: virtualmente povero. Per le sue condizioni economiche egli è una pura *capacità lavorativa vivente*, dunque provvisto anche di bisogni vitali. Indigenza in tutti i sensi, che non esiste oggettivamente come capacità lavorativa, si dà realizzarsi come tale. Se il capitalista non ha bisogno del suo lavoro eccedente, egli [l'operaio] non può svolgere il suo lavoro necessario; non può produrre i suoi mezzi di sussistenza. Né può poi ottenerli attraverso lo scambio –, ma, se li ottiene, è solo perché una minima parte del reddito va a lui sotto forma di elemosina⁵¹.

Su queste basi Antonio Negri in *Marx oltre Marx*⁵² sottolinea che la forma plusvalore, come dissimmetria strutturale della forma valore, diventa preminente: solo così si può iniziare a comprendere quel processo di sussunzione che si basa sulla produzione di capitale a mezzo di capitale: D-M-D'. In questa forma «il denaro si presenta non soltanto come mezzo, e neppure come misura, bensì come fine a se stesso»⁵³; e

⁵⁰ *Ivi*, 80.

⁵¹ *Ivi*, 600-601.

⁵² A. NEGRI, *Marx oltre Marx*, Milano, 1979.

⁵³ K. MARX, *op. cit.*, 155.

diventa tale perché, la tendenziale trasformazione di tutta la ricchezza in merce, la sua sottomissione al regime della proprietà privata, è il rovescio del processo di proletarianizzazione; ovvero, del processo di separazione della forza lavoro dalle condizioni necessarie e sufficienti alla propria autonomia produttiva e politica. Due aspetti inseparabili.

Questa è condizione storica che spiega l'ampliamento della moneta come capitale, il suo divenire mezzo di un comando che accresce nel tempo le condizioni per perpetuarsi e approfondirsi:

Il denaro, nella misura in cui ora esiste già *in sé* come capitale, è quindi semplicemente un *titolo sul lavoro futuro* (nuovo). Materialmente esso esiste soltanto come *denaro*. Il valore eccedente, l'incremento di *lavoro materializzato*, in quanto esiste per sé, è *denaro*; ma il denaro è ora già *in sé* già capitale, e come tale è un *titolo su nuovo lavoro*. Qui il capitale entra già più in rapporto solo col lavoro esistente, ma anche con quello futuro.

In questo passo troviamo quelli che per Marx sono i tratti essenziali della *moneta moderna* nella sua logica capitalistica. Il denaro come capitale è un processo di separazione dalla nuova ricchezza socialmente prodotta, e in quanto tale diventa titolo sul lavoro futuro, ovvero possibilità accresciuta di comando sulla forza lavoro. Inoltre, come rapporto sociale, la sua esistenza materiale è indifferente, qualsiasi mezzo (oro, banconote, ecc.) può fungere da rappresentante di questo rapporto.

L'appropriazione passata di lavoro altrui appare ora come la semplice condizione per la nuova appropriazione di lavoro altrui; oppure, il fatto che un nuovo lavoro altrui in forma oggettiva (materiale), sotto forma di valori esistenti, si trovi in sua proprietà, appare come condizione perché egli possa nuovamente appropriarsi di capacità lavorative *viventi*, e per ciò di lavoro eccedente, di lavoro senza equivalente⁵⁴.

L'obiettivo primario che attraversa l'indagine marxiana è allora quello di spiegare la formazione delle condizioni che rendono l'ordine sociale moderno effettivo, ossia la formazione storica di *specifici rapporti di comando e obbedienza*. Si tratta di comprendere le condizioni di fondo che, in un contesto come quello moderno, caratterizzato dal-

⁵⁴ *Ivi*, 434-435.

l'eguaglianza e dalla libertà giuridica, permettono la produzione e riproduzione di rapporti sociali nei quali una minoranza, quella capitalistica, ha il potere di decidere cosa produrre, per quali ragioni, secondo quali ritmi e chi può partecipare al processo produttivo. Ossia, una minoranza assume strutturalmente il controllo sulla rigenerazione complessiva della società e acquista una posizione di comando rispetto all'uso e all'accesso della ricchezza prodotta.

Negri è stato certamente il primo a cogliere e sistematizzare tale preminenza della teoria del plusvalore quando scrive:

Il terreno d'analisi è dunque politico. La teoria del plusvalore potrà essere costruita solo a partire dal fatto che lo sfruttamento organizza la società politica, che di questa costituisce il fondamento. Nell'affrontare il tema del denaro come capitale – e nell'avviare, conseguentemente, l'analisi del processo di produzione – Marx assume il comando come materia del denaro⁵⁵.

Sulla scorta dell'interpretazione di Negri, possiamo affermare che la teoria marxiana non solo costituisce una critica a Smith e Ricardo, ma è, forse, ancor più una critica radicale a Hobbes. Se essa si concentra principalmente sulla critica dell'economia politica, ciò è dovuto a una questione di metodo: a differenza dell'impostazione astrattamente contrattualista di Hobbes, Marx fa discendere la genesi dello Stato dalle condizioni materiali che rendono possibili i rapporti di dipendenza tra i soggetti. Lo Stato non è concepito come un'entità che trascende i rapporti di produzione, ma come un momento, necessario e cruciale, di questi stessi rapporti. Le configurazioni storiche che assumono le istituzioni politiche devono quindi essere integrate all'interno della legge del plusvalore, la quale rappresenta l'espressione fondamentale del comando di classe.

Come afferma Negri: «l'attacco sul denaro dei *Grundrisse* apre ed anticipa le tonalità generali del cammino teorico che porta dalla critica del denaro alla critica del potere»⁵⁶. Se Marx inizia dalla critica al denaro, invece di partire da una genesi astratta dello Stato o del mercato, è

⁵⁵ A. NEGRI, *op. cit.*, 70.

⁵⁶ *Ivi*, 51.

perché in esso si esprime la forma generale del comando come astrazione reale nella società moderna, fungendo da nucleo per il potere economico e politico.

BREVI NOTE SULLA GIUSTIZIA RIPARATIVA NELL'ERA DEL *PANPENALISMO*

Claudia Atzeni

I. Giustizia riparativa e panpenalismo

In tempi segnati da una crescente centralità del diritto penale quale strumento simbolico e operativo di governo delle paure collettive, la giustizia riparativa si staglia come un possibile ripensamento del conflitto e della responsabilità¹. L'era del *panpenalismo*², in cui ogni frattura sociale tende a essere letta e trattata attraverso la lente punitiva, svela una iperinflazione del penale all'interno del legame giuridico: una saturazione che, lungi dal rispondere in modo efficace alle esigenze di sicurezza e coesione, rischia di riprodurre e irrigidire logiche escludenti, binarie e retributive³. In questo contesto, la giustizia riparativa – pur

¹ M. BOUCHARD, F. FIORENTIN, *La giustizia riparativa*, Milano, 2024; V. BONINI (a cura di), *La giustizia riparativa nel d.lgs. n. 150/2022*, Torino, 2024; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole, metodi*, Torino, 2017; E. MATTEVI, *Una giustizia più riparativa*, Napoli, 2017; H. ZEHR, *Changing lenses. Restorative justice for our time*, Harrisonburg-Kitchener, 1990; G. MANNOZZI, *La giustizia senza spada*, Milano, 2003; L. WALGRAVE (ed.), *Restorative justice and the law*, London, 2003.

² Termine con cui può intendersi «la tendenza dell'autorità pubblica e della classe politica a proporre risposte giudiziarie e sanzioni penali a tutte quelle contraddizioni sociali e forme di trasgressione e di devianza che determinano ansie collettive. Una tendenza che si traduce nell'introduzione di nuovi reati – una fattispecie penale per ogni sussulto emotivo della comunità – nell'innalzamento delle pene previste e nel ricorso al carcere» (L. MANCONI, *La cura penale*, in *La Repubblica*, 15.09.2023).

³ A. GARAPON, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, 2007. Si vedano anche gli spunti offerti da J.D. CESANO, *La politica criminale argentina: ultime immagini del naufragio?*, in *Studi sulla questione criminale*, 4, 3, 2009, 31-56.

nella pluralità di modelli teorici⁴ e pratiche applicative – invita a un ripensamento che interpella tanto la filosofia del diritto quanto la teoria della pena: da una parte, essa sollecita una diversa concezione della giustizia, non più fondata sull’antagonismo tra reo e vittima, ma sulla ricomposizione relazionale⁵ e sulla responsabilizzazione consapevole degli attori coinvolti; dall’altra, essa rende evidenti le aporie del diritto penale contemporaneo, mettendone in discussione le pretese universalistiche e la sua crescente performatività politica. In altri termini, nel mettere in luce le contraddizioni interne, le tensioni irrisolte e i limiti del diritto penale odierno, la giustizia riparativa esorterebbe a riconsiderare in profondità il modo in cui il diritto affronta il conflitto, mettendo in discussione l’idea, oggi sempre più radicata, secondo cui ogni danno inferto debba necessariamente essere affrontato attraverso la punizione, e mostrando come la risposta penale tradizionale spesso fallisca nel cogliere il bisogno reale di chi ha subito un torto.

La giustizia riparativa risponderebbe, così, a un duplice bisogno: quello di proporsi come strumento di ripristino della convivenza sociale, attraverso cui la persona indicata come autore dell’offesa salderebbe il proprio debito con la società, ricucendo, nei limiti del possibile, un patto cui essa sarebbe venuta meno attraverso il compimento del crimine; quello di agevolare un affrancamento da un’idea meramente punitiva del diritto penale, anche in ragione dei limiti in cui i sistemi *carcerocentrici* incorrono soprattutto in ordine all’inadeguatezza della giustizia punitiva nel tutelare le vittime di reato rispetto, in particolare, al soddisfacimento dei bisogni riparativi delle stesse. Benché non in via esclusiva, è proprio quest’ultimo versante a trovare maggiore concretizzazione nel sistema di giustizia riparativa, in grado di offrire alle vittime l’occasione di ricevere una riparazione – simbolica o materiale – da parte di colui/colei che sia accusato di aver inferto il danno. Un modello di giustizia desiderabile, dunque, poiché non soltanto interpella la struttura stessa del diritto penale, svelandone l’inadeguatezza nel rispondere al

⁴ M.L. LAGALLA, *La “coercizione senza coercizione” delle buone ragioni: il cuore della giustizia riparativa?*, in *Milan Law Review*, 5, 1, 2024, 48-64.

⁵ J.J. LLEWELLYN, *Restorative justice: Thinking relationally about justice*, in J. DOWNIE, J.J. LLEWELLYN (eds.), *Being relational: Reflections on relational theory and health law*, Vancouver, 2011, 89-108.

bisogno di riconoscimento e riparazione che emerge dall'esperienza concreta del danno, ma evidenzia altresì la distanza crescente tra l'irrigidimento sanzionatorio e la domanda effettiva di giustizia delle persone coinvolte. La giustizia riparativa, proprio perché non fondata sull'idea di una pena da infliggere ma su una responsabilità da assumere in forma relazionale, romperebbe l'autoreferenzialità del paradigma punitivo e lo libererebbe, ove possibile, dalla sua strumentalizzazione politica, rifiutando la riduzione del diritto penale a strumento di rassicurazione simbolica e di governo delle emozioni collettive. In tal senso, essa non soltanto dischiuderebbe uno spazio per il ripensamento critico della pena, ma sottrarrebbe altresì il conflitto alla logica binaria del danno e della vendetta, restituendolo a una dimensione trasformativa piuttosto che limitarlo a una logica di opposizione tra chi ha offeso e chi è stato offeso.

A partire da tali premesse, il presente contributo intende interrogare criticamente l'attuazione concreta della giustizia riparativa nell'ordinamento italiano, con particolare riferimento al d.lgs. n. 150/2022 (c.d. riforma Cartabia) che ha introdotto, per la prima volta, una disciplina organica in materia. Sebbene la riforma rappresenti un passo significativo verso il riconoscimento istituzionale della giustizia riparativa, essa solleva tuttavia alcune questioni problematiche che meritano attenzione⁶. In primo luogo, si rileva il rischio che, nell'applicazione concreta dei percorsi riparativi, si produca una asimmetria tra la posizione della vittima e quella della persona indicata come autore dell'offesa, in contrasto con il principio – espressamente sancito all'art. 43 del d.lgs. n. 150/2022 – dell'equa considerazione degli interessi di entrambe le parti coinvolte.

⁶ Sono diversi gli aspetti della giustizia riparativa – su cui il presente contributo non può soffermarsi – sottoposti a revisione critica: il problema di una eventuale “vittimizzazione secondaria”; la possibilità che la persona accusata o condannata si serva del programma riparativo non per reale convinzione ma per accedere a benefici; il rischio che i metodi riparativi siano impiegati puramente a scopo di deflazione. Si vedano L. COMINELLI, *Vittima, mediazione e riparazione. La giustizia riparativa tra Scilla e Cariddi*, in *Notizie di POLITEIA*, 40, 155, 2024, 95-103; C. AGNELLA, *Riparare o trasformare? Modelli di giustizia relazionale nel campo della penalità*, in *L'Ircocervo*, 23, 2, 2024, soprattutto da 14 a 17; G. MOSCONI, *La giustizia riparativa tra funzionalità del diritto penale e alternativa di paradigmi*, in *Antigone. Semestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 16, 2, 2021, 123-158.

Tale squilibrio, anche quando non intenzionale, rischia di compromettere l'effettiva neutralità dello spazio riparativo, riducendone la portata e il valore di riconoscimento reciproco. In secondo luogo, nella configurazione offerta dalla riforma, la giustizia riparativa sembra iscriversi in un modello che, pur dichiarandosi volto alla ricomposizione relazionale del conflitto, finisce per accentuare in modo sbilanciato il bisogno della vittima, al punto da rischiare una torsione funzionale dell'intero percorso riparativo. Ne risulta una limitazione strutturale della sua potenzialità trasformativa, sia in rapporto alla cultura giuridica dominante, ancora fortemente centrata sulla retribuzione e sulla deterrenza, sia rispetto all'immaginario sociale che circonda il crimine e la figura dell'autore/autrice del reato. Le possibili frizioni tra i principi ispiratori della giustizia riparativa e la loro traduzione normativa costituiscono, dunque, il terreno su cui si muove la riflessione proposta.

2. Il modello della giustizia riparativa nella c.d. riforma Cartabia. Possibili profili critici

Il sistema di giustizia riparativa viene sovente presentato come paradigma di giustizia a sé stante e autonomo⁷, tuttavia suscettibile di instaurare un rapporto di complementarità con la giustizia penale tradizionale⁸.

Si tratta di un «sistema non contenzioso di trattamento dei conflitti»⁹, che «svolge funzioni dialogico-conciliative»¹⁰ e che favorisce «la costruzione di itinerari di giustizia liberi dalle caratteristiche violente

⁷ G.L. GATTA, *La giustizia riparativa: una sfida del nostro tempo*, in *Sistema Penale*, 10, 2024, 55. La giustizia riparativa è stata definita come «un paradigma giuridico davvero del tutto peculiare, qualificato, a ragione, rivoluzionario»: R. BARTOLI, *Una giustizia senza violenza, né stato, né diritto. Ancora sul paradigma giuridico della giustizia riparativa*, in *Sistema Penale*, 28.07.2023, 1.

⁸ V. BONINI, *Giustizia della forza e giustizia del dialogo tra punizione e riparazione*, in *Ordines*, 1, 2024, 326.

⁹ L. COMINELLI, *op. cit.*, 96.

¹⁰ F. BIONDO, F. PARISI, *Pena, riparazione compensativa e giustizia riparativa. Spunti di riflessione a partire da due casi studio*, in *Il Foro Italiano*, 5, 2024, 197.

tipiche del sistema penale»¹¹. La giustizia riparativa viene definita, per questo, «giustizia senza spada»¹².

Per delinearne i profili definitivi, possiamo ormai fare riferimento al titolo IV del d.lgs. n. 150/2022, che offre una disciplina organica della materia all'interno del panorama italiano. L'art. 42 lett. *a* definisce come giustizia riparativa

ogni programma che consente alla vittima del reato, alla persona indicata come autore dell'offesa e ad altri soggetti appartenenti alla comunità di partecipare liberamente, in modo consensuale, attivo e volontario, alla risoluzione di questioni derivanti dal reato, con l'aiuto di un terzo imparziale, adeguatamente formato, denominato mediatore.

Il programma di giustizia riparativa è accessibile, *ex art.* 44.1, senza preclusioni in relazione alla fattispecie di reato o alla sua gravità; può essere attivato, *ex art.* 44.2, in ogni stato e grado del procedimento penale e anche oltre i limiti della sfera processuale (per esempio nella fase esecutiva della pena o della misura di sicurezza o successivamente all'esecuzione delle stesse, nonché in altre circostanze che vedremo a breve); può essere disposto anche d'ufficio – *ex art.* 129-*bis* c.p.p., introdotto dalla riforma Cartabia – dall'autorità giudiziaria: dal giudice con ordinanza o dal pubblico ministero con decreto motivato. L'obiettivo di tali programmi si definisce come «esito riparativo» e si sostanzia, *ex art.* 42 lett. *e*, in «qualunque accordo [...] volto alla riparazione dell'offesa e idoneo a rappresentare l'avvenuto riconoscimento reciproco e la possibilità di ricostituire la relazione tra i partecipanti».

I principi e le ragioni che sottendono all'incontro riparativo sono diversi; come rilevato, «il retroterra culturale e l'orizzonte assiologico che paiono averne ispirato la disciplina organica apprestata nell'ambito della recente riforma Cartabia»¹³ possono essere dedotti già dagli

obiettivi di fondo perseguiti con i programmi di GR, che secondo l'art. 43 consistono nel tendere a promuovere «il riconoscimento della

¹¹ V. BONINI, *op. cit.*, 326.

¹² G. MANNOZZI, *op. cit.*

¹³ G. FIANDACA, *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, in *Sistema penale*, 10, 2023, 145.

vittima del reato, la responsabilizzazione della persona indicata come autore dell'offesa e la ricostruzione dei legami con la comunità»¹⁴.

Più in generale, la riforma Cartabia trova ispirazione nelle carte internazionali che si sono occupate di *restorative justice* e nei documenti nazionali che a esse si sono rifatti o hanno dato attuazione, fra cui spiccano i *Basic Principles on the Use of the Restorative Justice in Criminal Matters*, elaborati dalle Nazioni Unite il 4 luglio 2002 e la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2012/29/UE. Benché vi siano delle differenze tra i vari ambiti, il *leitmotiv* dei documenti anzi citati è rappresentato dalla necessità di giungere a una

lettura relazionale del fenomeno criminoso, inteso primariamente come un conflitto che provoca la rottura di aspettative sociali simbolicamente condivise. Il reato non dovrebbe più essere considerato soltanto un illecito commesso contro la società, o un comportamento che incrina l'ordine costituito – e che richiede una pena da espiare – bensì come una condotta intrinsecamente dannosa e offensiva, che può provocare alle vittime privazioni, sofferenze, dolore e persino la morte e che richiede, da parte del reo, principalmente l'attivazione di forme di riparazione del danno provocato¹⁵.

In questo senso, l'azione riparativa

è da intendersi non già in una prospettiva compensatoria e di indennizzo, ma come un'attivazione che assume l'irreparabilità intrinseca di ogni gesto di ingiustizia (di per sé ineliminabile) e rilancia, al contempo, la possibilità di progettare un agire responsabile per il futuro. Attraverso i programmi di giustizia riparativa non si ripara dunque il danno, ma si progettano (preferibilmente in spazi nuovamente aperti alla relazione diretta fra le parti) azioni consapevoli e responsabili verso l'altro,

¹⁴ *Ivi*, 145.

¹⁵ A. CERETTI, F. DI CIÒ, G. MANNOZZI, *Giustizia riparativa e mediazione penale: esperienze e pratiche a confronto*, in F. SCAPARRO (a cura di), *Il coraggio di mediare. Contesti, teorie e pratiche di risoluzioni alternative delle controversie*, Milano, 2001, 307.

che possano ridare significato, laddove possibile, ai legami fiduciari fra le persone¹⁶.

Sebbene tali considerazioni non esauriscano il contenuto della riforma Cartabia, esse consentono di porre l'attenzione su alcuni profili – tra loro strettamente connessi – che risultano meritevoli di approfondimento.

Un primo profilo problematico riguarda il rischio che, nei percorsi di giustizia riparativa, si determini una significativa disparità tra la posizione assunta dalla vittima e quella della persona indicata come autore dell'offesa, in potenziale contrasto con il principio dell'equa considerazione degli interessi di entrambe le parti, sancito espressamente dall'art. 43 del d.lgs. n. 150/2022. A tale rischio contribuisce, in modo non secondario, l'assetto definitorio adottato dal legislatore italiano, che si discosta sensibilmente dalle formulazioni sovranazionali. In particolare, l'ampliamento della nozione di vittima e l'introduzione della figura della «persona indicata come autore dell'offesa» – anziché la più consueta qualifica di autore del reato – segnano un passaggio decisivo nell'architettura della giustizia riparativa: le definizioni dei soggetti che possono accedere ai programmi di giustizia riparativa sono, infatti, del tutto peculiari e hanno contribuito a cementificare l'idea per cui la giustizia riparativa si atteggi a modello parallelo rispetto a quello della giustizia penale.

Questa scelta lessicale, motivata dalla necessità di salvaguardare la presunzione di non colpevolezza fino a sentenza definitiva, consente l'accesso ai programmi riparativi anche a soggetti non ancora condannati, o persino non ancora formalmente imputati¹⁷. Tuttavia, tale apertu-

¹⁶ MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, STATI GENERALI DELL'ESECUZIONE PENALE (Giustizia riparativa, mediazione e tutela delle vittime del reato), *La giustizia riparativa. Profili definitori; tipologia e caratteristiche dei programmi di giustizia riparativa*, 05.02.2016, 3.

¹⁷ Può accedere al programma riparativo non soltanto la persona che sia stata condannata in via definitiva, ma anche la persona che sia indicata come responsabile del danno inferto prima della proposizione della querela. Rientra in tale nuova definizione anche la persona sottoposta a indagini preliminari, l'imputato, la persona nei confronti della quale sia intervenuta una pronuncia di non luogo a procedere o di non doversi procedere o per intervenuta causa estintiva del reato.

ra solleva interrogativi strutturali circa le condizioni di attivazione del percorso riparativo: se è vero che l'art. 43 esclude l'obbligo di un riconoscimento dei fatti come condizione di accesso, è altrettanto vero che l'effettività del processo riparativo esige, quantomeno, un riconoscimento reciproco dei ruoli e delle posizioni di partenza. In particolare, il riconoscimento della vittima come tale – che costituisce tanto la premessa quanto il fine del percorso – rischia di implicare, in via di fatto, una forma implicita di ammissione di responsabilità da parte di chi venga coinvolto nel programma come persona “indicata” quale autore dell'offesa. Benché l'art. 51 del d.lgs. n. 150/2022 sancisca l'inutilizzabilità nel procedimento penale e nella fase dell'esecuzione delle «dichiarazioni rese e [del]le informazioni acquisite nel corso del programma»¹⁸ e nonostante l'obbligo di riservatezza – non esente da eccezioni – cui soggiace la figura del mediatore, non può non considerarsi che la persona accusata possa «non saper opporre determinazione sufficiente, nel timore di surrettizie e striscianti valutazioni *in malam partem* che il giudice colleghi al diniego di accedere al percorso riparativo»¹⁹ o, ancora, che

la valutazione del giudice che asseconi l'esperienza riparativa possa determinare un pregiudizio dell'imparzialità del giudice e della presunzione di non colpevolezza, rispetto ai quali non è dato alcun rimedio processuale²⁰.

In questo senso, si comprende perché le fonti sovranazionali, pur nella loro apertura, subordinino l'accesso ai programmi riparativi al riconoscimento dei fatti essenziali da parte dell'autore del reato: l'art. 12, lett. c della Direttiva 2012/29/UE, per esempio, individua esplicitamente tale condizione. Anche al di là di una ammissione piena di colpevolezza, la partecipazione attiva al percorso richiede una assunzione di responsabilità almeno sul piano fattuale. In mancanza di ciò, l'intera costruzione del dialogo riparativo rischia di appoggiarsi su una

¹⁸ V. BONINI, *Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del d.lgs. 150/2022*, in *Sistema Penale*, 24.11.2023, 16.

¹⁹ *Ivi*, 26.

²⁰ *Ibidem*.

verità presunta e un riconoscimento unilaterale, sbilanciando il rapporto tra le parti e compromettendo la dimensione orizzontale che dovrebbe caratterizzare lo spazio riparativo. Se, cioè, il presunto «autore del reato dovrà ammettere, se non la propria responsabilità, la propria condotta dal punto di vista fattuale», il realizzarsi dell'esito riparativo – o anche la semplice adesione al percorso da parte della persona indicata – rischia di tradursi in una «pesante ipoteca sull'accertamento della responsabilità» in sede penale²¹, generando un cortocircuito tra giustizia riparativa e giustizia penale e indebolendo la pretesa autonomia della prima. In tal modo, il paradigma riparativo corre il rischio di erodere la propria differenza specifica, riassorbito nel solco di una logica che, pur dichiarando il superamento della centralità della colpa, ne mantiene le premesse implicite.

A questo profilo si ricollega, immediatamente, un ulteriore aspetto che aggrava il rischio di porre la persona indicata come autore dell'offesa in una posizione di disparità rispetto alla vittima e, allo stesso tempo, inficia l'idea che il programma riparatorio sia autonomo.

Come accennato, l'art. 129-*bis* c.p.p., introdotto dalla riforma Cartabia, stabilisce che l'Autorità giudiziaria (il pubblico ministero nella fase delle indagini preliminari e il giudice procedente nelle altre fasi) ha il potere di inviare autore (o supposto tale) e vittima del reato presso il Centro per la giustizia riparativa ai fini dello svolgimento del programma riparativo. Tale circostanza ha sollevato delle perplessità in ordine a un possibile contrasto con i principi di cui all'art. 43 – tra cui soprattutto la volontarietà della partecipazione e il consenso – e anche rispetto a quanto stabilito dagli artt. 57-58, circa la valutazione da parte dell'autorità giudiziaria in ordine alla relazione del programma riparativo che quest'ultima riceverà dal mediatore. Come è stato acutamente osservato, tale previsione,

giustificata dall'intento di stimolare un'attenzione riparativa che ancora manca di una diffusa base culturale – è difficile da conciliare con le architetture della *restorative justice*, che si fondano sul pilastro consensuale (respingendo *ab imis* inneschi riparativi che presentino caratteri di

²¹ E.A.A. DEI-CAS, *Qualche considerazione in tema di giustizia riparativa nell'ambito della legge delega Cartabia*, in *Archivio penale*, 3, 2021, 16.

coattività); inoltre essa ha suscitato perplessità anche sul versante processuale, ove l'*input* giudiziale può rivelarsi strumento che altera il libero processo decisionale delle parti, anticipando altresì una valutazione di ascrizione del fatto che potrebbe incrinare il bene dell'imparzialità del giudice²².

Tale meccanismo di attivazione del percorso riparativo da parte dell'autorità giudiziaria, ancorché formalmente volto a promuovere una cultura della riparazione ancora fragile nel contesto nazionale, introduce un margine di eteronomia che rischia di compromettere la genuinità del consenso e l'autenticità della partecipazione, entrambe condizioni imprescindibili per l'avvio di un dialogo riparativo effettivo. Il principio di volontarietà, più volte richiamato tanto a livello sovranazionale quanto dalla normativa interna, non può essere ridotto a un dato meramente formale, né tantomeno retrocesso a una clausola procedurale subordinata all'iniziativa del giudice o del pubblico ministero. Esso costituisce, al contrario, il fondamento etico-politico della giustizia riparativa quale spazio di riconoscimento reciproco, nel quale ogni coazione – anche solo simbolica – rischia di alterare il fragile equilibrio tra le parti.

In questo quadro, l'intervento del giudice come promotore del percorso riparativo può essere percepito – soprattutto dalla persona indicata come autore dell'offesa – non come un'apertura di senso, ma come un'anticipazione giudicante, una forma implicita di invito alla responsabilizzazione, se non alla colpevolizzazione, sganciata da ogni accertamento formale. In tal modo, il confine tra sollecitazione e pressione si fa incerto, e con esso anche quello tra giustizia riparativa e logiche di gestione del conflitto penale, che si vorrebbero superate.

Nel tentativo di arginare le critiche, è stato sostenuto che il riconoscimento dei fatti essenziali da parte della persona indicata come autore dell'offesa non avrebbe natura giudiziaria né valore cognitivo, ma esclusivamente relazionale: non riguarderebbe gli elementi strutturali del reato, bensì l'apertura verso l'altro in quanto partecipe della stessa esperienza²³. Tale ricostruzione, seppure di rilievo, solleva tuttavia del-

²² V. BONINI, *Giustizia riparativa e garanzie nelle architetture del d.lgs. 150/2022*, cit., 26.

²³ *Ivi*, 27.

le riserve, ove ci si concentri non soltanto sulla autorità, bensì sugli stessi soggetti coinvolti nel programma riparativo: i medesimi che, in un momento successivo, potrebbero trovarsi dinanzi all'autorità giudiziaria. Assumere che essi siano in grado di distinguere nettamente – tanto sul piano concettuale quanto su quello emotivo – tra riconoscimento fattuale e ammissione di responsabilità, tra esperienza riparativa e giudizio penale, significa attribuire loro un livello di consapevolezza e una cultura giuridica tutt'altro che scontati. Nella dimensione concreta dell'incontro riparativo, soprattutto per effetto del coinvolgimento emotivo, il confine tra il riconoscimento dei fatti e l'assunzione di responsabilità risulta inevitabilmente poroso: dove inizia e dove finisce, infatti, la responsabilità di fronte alla narrazione dell'altro? La pretesa neutralità di tale distinzione, lungi dal tutelare la persona coinvolta, rischia di produrre effetti ambigui, tanto più se si considera che l'intero processo si svolge sotto l'egida dell'autorità giudiziaria.

3. *La giustizia riparativa tra sistema penale e trasformazione sociale*

Una ulteriore tensione potrebbe ascriversi all'influenza che gli aspetti psichici ed emotivi della vittima inevitabilmente esercitano nei punti in cui giustizia riparativa e giustizia penale si innestano e che rischia di rovesciare, a maggior ragione in un contesto di populismo penale²⁴, gli interessi principali dell'amministrazione della giustizia.

Obiettivo primario del diritto penale è la tutela dell'ordine sociale. Gli sviluppi della teoria del bene giuridico²⁵, che si consolida a partire dal XIX secolo, alimentano l'idea per cui il diritto penale debba proteggere il sistema normativo nel suo complesso, piuttosto che la singola vittima. Il reato viene considerato non soltanto come una lesione diretta a un individuo, ma come una violazione dell'ordine giuridico nel suo

²⁴ A. NAVA TOVAR, *Populismo punitivo. Critica del discorso penale moderno*, Roma, 2024; J. PRATT, *Penal Populism*, London-New York, 2007; A.E. BOTTOMS, *The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing*, in C. CLARKSON, R. MORGAN (eds.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, 1995, 17-49.

²⁵ F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, Milano, 1973, 4 ss.

complesso, di modo che il concetto di bene giuridico assume un valore socialmente rilevante che il diritto mira a proteggere. I principi cardine del diritto penale, primo fra tutti quello di legalità, impongono che le norme penali siano chiare, prevedibili e basate su criteri oggettivi, di modo che l'ordinamento possa, da un lato, stabilire quali azioni debbano essere punite dallo Stato e, dall'altro, ridurre il rischio di arbitrarietà o soggettività nella loro definizione e applicazione. La vittima, in questa prospettiva, viene vista come portatrice occasionale del bene giuridico leso e non come la destinataria diretta della protezione del diritto penale. La pubblicità intrinsecamente connessa alla funzione penale rende il diritto indifferente alla reazione al dolore o alla sofferenza della vittima, dovendo esso, piuttosto, tutelare quegli interessi che la società ritiene meritevoli di protezione.

È soprattutto il superamento dell'idea di vendetta privata che alimenta il bisogno della costruzione razionale del sistema penale²⁶: la vendetta

ha origine a seguito dell'esperienza di un danno subito; ed il suo scopo è quello di rin vigorire il “sentimento di sé”, indebolito e avvilito dal danno subito [e] risponde meglio a questo scopo se è diretta contro l'aggressore stesso²⁷.

Nata proprio «per combattere la vendetta, inizialmente disciplinata attraverso la sanzione dei delitti privati e poi sublimata nella pena pubblica»²⁸, la pena supera tale idea, benché conservi «tuttora elementi vendicativi»²⁹ che trovano proprio nel paradigma vittimario³⁰ uno dei loro principali veicoli.

Questa impostazione, che ha progressivamente escluso la vittima dal centro della scena penale, corrisponde a un preciso disegno razionale di

²⁶ G. FIANDACA, *Punizione*, Bologna, 2024.

²⁷ E. WESTERMARCK, *L'essenza della vendetta*, in P. DI LUCIA, L. MANCINI (a cura di), *La giustizia vendicativa*, Pisa, 2015, 15.

²⁸ J.L. GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale*, in *Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza*, Università degli Studi di Trento, 2015, 90.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Si vedano: T. PITCH, *Il malinteso della vittima. Una lettura femminista della cultura punitiva*, Torino, 2022; D. GIGLIOLI, *Critica della vittima*, Milano, 2024.

depersonalizzazione del conflitto, volto a neutralizzare ogni residuo vendicativo. Tuttavia, nei percorsi di giustizia riparativa si assiste a un tentativo opposto: quello di riconoscere alla vittima un ruolo attivo e centrale, restituendole ascolto, riconoscimento e spazio di parola. Se da un lato questo mutamento risponde a esigenze etiche e relazionali importanti, dall'altro lato il rischio è che la centralità della vittima venga assunta in modo tale da risemantizzare la pena stessa, recuperando tratti simbolici tipici della vendetta pubblica. Lo schema della giustizia riparativa, pur dichiarandosi antitetico nei propri fini, rischia, così, di registrare un recupero dell'idea di vendetta pubblica proprio in ragione della centralità assunta dalla posizione di vittima nel programma riparativo³¹.

Se è vero che le modalità di risposta al delitto in chiave riparativa, compositiva o riconciliativa rappresentano una costante antropologica alternativa alla reazione punitiva³², è altrettanto vero che le forme assunte da tale risposta sono storicamente contingenti e variabili. Non si tratta, dunque, di negare la legittimità del paradigma riparativo, ma di interrogarne la declinazione contemporanea, soprattutto nel suo rapporto con il sistema penale vigente.

In questo senso, più che alla complementarità tra giustizia riparativa e diritto penale, è interessante guardare al legame con la finalità rieducativa della pena³³. Occorre infatti chiedersi – come è stato autorevolmente rilevato – se «l'interazione dialogica tra autore e vittima del reato rappresenti un modello alternativo a quello prefigurato dal principio di rieducatività della pena, o una componente strumentale, finalizzata a motivarne le ragioni»³⁴. I rapporti tra rieducazione e giustizia riparativa appaiono, in effetti, più ambigui e complessi di quanto possa sembrare³⁵: se, da un lato, si riconosce alla giustizia riparativa una funzione

³¹ B.N. WALLER, *Beyond the retributive system*, in E. SHAW, D. PEREBOOM, G.D. CARUSO (eds.), *Free will skepticism in law and society. Challenging retributive justice*, Cambridge, 2019, 73-96.

³² G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *op. cit.*, 90 ss.

³³ G. FIANDACA, *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, cit., 136.

³⁴ V. MONGILLO, *Crisi immanente e centralità contingente del "penale" tra potere e diritto*, in C. PIERGALINI, G. MANNOZZI, C. SOTIS, C. PERINI, M. SCOLETTA, F. CONSULICH (a cura di), *Studi in onore di Carlo Enrico Paliero*, I, Milano, 2022, 214.

³⁵ G. FIANDACA, *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, cit.; F. BIONDO, F. PARISI, *op. cit.*, 197.

potenzialmente trasformativa, dall'altro, essa sembra piuttosto accompagnare la pena, ponendosi come uno strumento ulteriore al servizio del suo fine rieducativo. Sono significative, sotto questo aspetto, le riflessioni di Giovanni Fiandaca: rieducare continua a significare – secondo l'impostazione tuttora dominante in dottrina – sviluppare nell'autore del reato «l'attitudine a tenere comportamenti conformi alla legalità e, dunque a non ricadere nel delitto»³⁶. È una definizione che può sollevare riserve, ma che appare coerente con lo spirito della Costituzione. La domanda cruciale, allora, è quale visione della società e del rapporto tra individuo e comunità sottenda il modello attuale di giustizia riparativa. A ben vedere, quest'ultima sembra ispirarsi a un'impostazione irenica e a-conflittuale, di matrice religioso-comunitarista, che interpreta il reato come frattura da ricomporre attraverso il dialogo e la riconciliazione³⁷. Si tratta di una concezione “umanistica” della riparazione, che va oltre il risarcimento materiale del danno e mira alla pacificazione tra offensore e offeso, o addirittura tra l'offensore e l'intera comunità.

Tale visione, tuttavia, rischia di trascurare le dinamiche strutturali e conflittuali insite in ogni società e, con esse, la funzione essenzialmente pubblica del diritto penale. L'inserimento del paradigma riparativo all'interno del processo penale non può dunque prescindere da un'attenta riflessione sui suoi presupposti antropologici e culturali, sulle sue implicazioni normative e sulle sue conseguenze simboliche. Altrimenti, più che strumento di giustizia, esso rischia di diventare dispositivo di riconfigurazione emotiva del conflitto penale, con effetti potenzialmente distorsivi sia sulla funzione della pena che sulla tutela dell'imputato.

In questo sta forse la grande discrasia tra giustizia riparativa e giustizia trasformativa³⁸, un modello di giustizia sviluppatosi negli Stati Uniti³⁹ a partire dagli anni Novanta, in contesti collettivi segnati da pratiche di resistenza sociale condotte soprattutto da soggettività marginalizzate. La *transformative justice* si propone come risposta radicale ai

³⁶ G. FIANDACA, *Considerazioni su rieducazione e riparazione*, cit., 140.

³⁷ *Ivi*, 146.

³⁸ A.J. NOCELLA II, M. SEIS, J. SCHANTZ (a cura di), *Contemporary anarchist criminology: Against authoritarianism and punishment*, New York, 2018.

³⁹ L. RE, *Violenza basata sul genere e “giustizia trasformativa”*. Un'alternativa al sistema penale?, in *La legislazione penale*, 09.07.2024, 1-27.

limiti del sistema penale, non solo sul piano istituzionale ma anche su quello epistemologico. A differenza della giustizia riparativa che, pur muovendosi al di fuori della logica retributiva, tende a conservare un riferimento implicito al paradigma giuridico e alle categorie normative tradizionali, l'approccio trasformativo rifiuta anche il vocabolario del diritto penale e della criminologia, privilegiando termini come "danno", "abuso" o "violenza" per descrivere le dinamiche lesive⁴⁰. Al centro di questi percorsi non vi è tanto la riparazione dell'illecito in quanto tale, piuttosto un processo condiviso di consapevolezza, cura e cambiamento: l'intervento trasformativo, infatti, non si esaurisce nel rapporto tra persona lesa e persona responsabile della lesione, bensì coinvolge l'intera comunità in cui il fatto si è verificato, interrogandola sulle condizioni relazionali e materiali che hanno reso possibile quella forma di violenza. L'intento è generare un processo di trasformazione profonda, appunto, tanto dei legami sociali quanto delle strutture di potere; possibilità che può darsi soltanto affrontando le radici sistemiche dell'oppressione. In questa prospettiva, l'ingiustizia non coincide con il singolo evento traumatico, ma viene letta come espressione di un contesto strutturale segnato da disuguaglianze e rapporti di dominio. La responsabilizzazione, dunque, non si limita all'individuo che ha agito l'abuso, ma convoca l'intero tessuto sociale, sollecitandolo a ripensare le proprie forme di convivenza e le gerarchie che le attraversano.

Un potere trasformativo di cui la giustizia riparativa sembra non godere, né rispetto al sistema punitivo, né in relazione all'approccio che la società – che pure essa chiama in causa nel processo di riparazione – sviluppa in ordine al crimine e alla reità, poiché quando essa

opera da *insider* [integra] le finalità della pena attraverso una complessiva orientazione personalistica della reazione anti-criminosa, più vicina alle esigenze delle vittime e della comunità concretamente offese dal reato⁴¹

⁴⁰ Si veda C. AGNELLA, *op. cit.*, cui si rinvia anche per le riflessioni intorno ai profili di complessità del modello trasformativo.

⁴¹ F. BIONDO, F. PARISI, *op. cit.*, 198.

piuttosto che alla comunità nel suo insieme. In questo senso

la giustizia riparativa o restaurativa ritorna al momento precedente in cui quel danno è stato inferto. La persona che ha rubato porgerà le sue scuse, e la persona derubata potrà anche accettarle, ma alla fine di quel processo, verranno ristabilite le condizioni di partenza⁴².

Si tratta di forme alternative di giustizia, senz'altro, che rendono condivisibili le osservazioni di chi ritiene che

la codificazione e la cooptazione nel sistema di giustizia ufficiale di un metodo alternativo e non aggiudicativo è sempre un'operazione delicata, che rischia di rompere equilibri consolidati, e di subordinare un procedimento originariamente libero e volontario a logiche burocratiche. Ogniquale si tenta di assoggettare la prassi informale della mediazione a strettoie e controlli burocratici, si rischia di sminuirne il valore aggiunto e inficiarne le potenzialità⁴³.

Forse solo se collocata fuori dal sistema, la giustizia riparativa può «da *outsider* [...] mutare le coordinate essenziali attraverso le quali la collettività si rapporta al problema della collettività»⁴⁴.

4. Conclusioni

Per quanto la riforma Cartabia sia perfettibile, alcuni nodi restano stretti anche dopo l'intervento del d.lgs. n. 164/2024 (c.d. correttivo Cartabia). Gli intenti che il legislatore ha inteso perseguire sembrano non essere sufficienti a far sì che la giustizia riparativa assurga «a segnale di un cambio di rotta rispetto al c.d. “penale-spazza” degli anni precedenti»⁴⁵ e che si propone come «uno strumento lontano – anzi, quasi antitetico – rispetto al populismo penale, in voga negli ultimi anni, il quale funge da propellente verso inasprimenti sanzionatori». Al contrario, così come sinora concepita, essa rinvigorisce l'idea di pena

⁴² G. PALOMBA, *La trama alternativa*, Roma, 2023, 204.

⁴³ L. COMINELLI, *op. cit.*, 99.

⁴⁴ F. BIONDO, F. PARISI, *op. cit.*, 198.

⁴⁵ E.A.A. DEI-CAS, *op. cit.*, 3.

come riparazione e simbolo, con il rischio, concreto, che non sia la giustizia riparativa a innestarsi nella giustizia penale, bensì il contrario: la riparazione, invocata in ragione del legame che sussiste fra (presunto) reo e vittima, si fa aspettativa del gruppo sociale nella sua interezza, di modo che anche la riparazione, al pari della pena, operi «come un medium simbolico-comunicativo, come una forma di linguaggio che, mescolando emozioni e valutazioni morali, serve a riaffermare agli occhi dei cittadini la validità delle norme etico-sociali violate»⁴⁶. Ciò non soltanto limita un approccio autenticamente non stigmatizzante alla sanzione del crimine e alla risoluzione del conflitto sociale, quanto rende fallibile il tentativo di coinvolgere le comunità locali nel processo decisionale in ambito penale.

Il riconoscimento della sofferenza della vittima, che dovrebbe essere uno snodo essenziale del processo di ricostruzione del legame, rischia così di essere trasformato in una leva punitiva indiretta, in cui il desiderio – anche solo simbolico – di compensazione assume tratti affini a quelli della risposta retributiva che la giustizia riparativa intende superare. In questa prospettiva, l'istanza riparativa sembra talvolta riattivare, pur in forme edulcorate, un immaginario della colpa che rimanda a logiche di rivalsa, più che a percorsi di responsabilizzazione autentica. Al contempo, nonostante il richiamo – presente nel testo normativo – alla dimensione comunitaria del processo di riparazione, la società appare coinvolta come spettatrice più che come soggetto attivo di trasformazione.

D'altra parte, la giustizia riparativa potrebbe costituire un mezzo che consenta di

evitare che le vittime, sempre più al centro dell'attenzione dei media e della politica criminale, pensino di poter trovare soddisfazione solo attraverso pene sempre più severe e torsioni dei principi del diritto penale liberale. Contro questo rischio, che purtroppo si è già in gran parte concretizzato nell'attuale temperie penal-populista, la giustizia riparativa

⁴⁶ C. ATZENI, *L'uso populista del diritto tra etica pubblica e controllo sociale*, in *Ordines*, 1, 2024, 337.

può rivelarsi un efficace antidoto. C'è però una grande operazione culturale da compiere⁴⁷.

Pur tra ambiguità e rischi, resta allora uno spazio da presidiare: quello di un uso consapevole e critico della giustizia riparativa come terreno di sperimentazione sociale, capace – almeno in potenza – di riattivare pratiche di ascolto, riconoscimento e responsabilizzazione che sfuggano alla logica binaria del punire o assolvere. Se accompagnata da un adeguato investimento formativo e culturale, essa può ancora rappresentare un punto di frizione costruttiva dentro un sistema penale che fatica a farsi davvero giusto.

⁴⁷ G.L. GATTA, *op. cit.*, 59-60.

DAL MODELLO ATTUARIALE AL MODELLO TRASFORMATIVO

RIFLESSIONI SU PERICOLOSITÀ E COMUNITÀ NEL CAMPO PENALE IN MUTAMENTO

Costanza Agnella

I. Introduzione

Alcune prospettive che si sono affermate nel campo della penalità negli ultimi decenni testimoniano una crisi del paradigma della giustizia liberale classica. Il funzionamento della giustizia penale, che formalmente poggia sulle garanzie previste per l'accusato e sull'uguaglianza di fronte alla legge, è da tempo oggetto delle ricerche criminologiche critiche sulla selettività del processo di criminalizzazione. Infatti, dagli albori dell'affermazione della scuola classica del diritto penale il contestuale sviluppo del carcere disciplinare ha svolto la funzione latente di differenziare tra i soggetti considerati pericolosi per l'ordine sociale – i detenuti – e la società esterna¹. Come messo in luce dal filone del revisionismo storiografico sulla nascita della prigione², ben presto il diritto penale è stato colonizzato dal potere disciplinare³, che ha prodotto una

¹ Questo passaggio è oggetto di approfondita analisi nella nota opera di Michel Foucault, cfr. M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, trad. it. di A. Tarchetti, Torino, 2014.

² Cfr. anche M. IGNATIEFF, *Le origini del penitenziario: sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, trad. it. di G.P. Garavaglia, Milano, 1982; D. MELOSSI, M. PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, Bologna, 2018; D. ROTHMAN, *The discovery of the asylum. Social order and disorder in the New Republic*, New York, 2002.

³ M. FOUCAULT, *op. cit.*, 251; su questo processo di colonizzazione cfr. anche G. CAMPESI, "L'individuo pericoloso", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2008, 121-141; C. SARZOTTI, *Sapere giuridico. Tra diritto di sovranità e prati-*

delinquenza marginale, tipica delle classi subalterne della società⁴. La nascita del penitenziario si è accompagnata all'affermazione di saperi su criminalità e delinquenza⁵, di cui l'antropologia criminale diverrà una delle principali espressioni. Tuttavia, in passato gli elementi divergenti rispetto al paradigma della giustizia penale classica erano tendenzialmente latenti, non erano formalmente riconosciuti e auspicati dagli ordinamenti giuridici. Con la crisi dell'ideale riabilitativo connesso alla sanzione penale, promosso soprattutto negli anni Settanta del secolo scorso nel più ampio complesso delle politiche del *welfare state*⁶, un significativo aumento del ricorso alla carcerazione si è diffuso nei Paesi del Nord globale, a cominciare dal contesto statunitense. Questo fenomeno si è intrecciato, con premesse e conseguenze differenti, allo sviluppo di paradigmi esplicitamente alternativi a quello classico, basato sull'accertamento della responsabilità personale nel giudizio. Alcuni di questi paradigmi presentano significative criticità in termini di tutela dei diritti, specialmente di soggetti e gruppi marginalizzati. Altri approcci alternativi alla giustizia penale classica si oppongono a questa tendenza proprio a partire dalla prospettiva delle soggettività marginalizzate, offrendo preziosi elementi per guardare criticamente al sistema penale.

Attraverso un confronto tra due modelli rappresentativi di queste tendenze, il modello della giustizia attuariale e il modello della giustizia trasformativa, verranno messi in luce problemi e potenzialità delle evoluzioni in atto nel campo della penalità contemporanea.

che disciplinari nel pensiero di Michel Foucault, in *Sociologia del diritto*, 18, 2, 1991, 43-80.

⁴ M. FOUCAULT, *op. cit.*, 300.

⁵ *Ivi*, 31.

⁶ In Italia lo smantellamento dello Stato sociale, per quanto sia avvenuto in modo meno radicale rispetto ai Paesi anglosassoni, ha comunque determinato una svolta repressiva nel sistema penale, cfr. C. SARZOTTI, *Le 'nuove' funzioni del carcere nella società del controllo*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica del sistema penale e penitenziario*, 4, 2-3, 2009, 208-228; ID., *Il campo giuridico del penitenziario. Appunti per una ricostruzione*, in E. SANTORO (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Torino, 2010, 181-238.

2. Il modello attuariale

A partire dagli anni Settanta e Ottanta del secolo scorso si è affacciato sul campo penale il modello della giustizia attuariale⁷, che ha avuto fortuna soprattutto nel contesto anglosassone⁸. Questo approccio presenta numerosi elementi distonici rispetto ai principi della giustizia penale classica, per quanto sia riuscito a inserirsi nei suoi meccanismi.

La giustizia attuariale deve essere inquadrata all'interno del processo di affermazione della *risk society* che ha portato con sé profondi mu-

⁷ La letteratura critica sulla giustizia attuariale in campo penale è ormai molto ampia: a titolo esemplificativo cfr. M.M. FEELEY, J. SIMON, *The new penology: Notes on the emerging strategy of corrections and its implications*, in *Criminology*, 30, 4, 1992, 449-474; *IID.*, *Actuarial justice: The emerging new criminal law*, in D. NELKEN (a cura di), *The futures of criminology*, London, 1994, 173-201; P. O'MALLEY, *Crime and the risk society*, Aldershot, 1998; G.S. RIGAKOS, *Risk society and actuarial criminology*, in *Canadian Journal of Criminology*, 41, 2, 137-150; J. SIMON, *The ideological effects of actuarial practices*, in *Law & Society Review*, 22, 4, 1988, 771-800; per una ricognizione più recente cfr. G. ROTHCHILD-ELYASSI, J. KOEHLER, J. SIMON, *Actuarial justice*, in M. DEFLEM, *The handbook of social control*, Hoboken, 2019, 194-206.

⁸ Le pratiche della giustizia attuariale che si sono affermate nel contesto italiano non sembrano essere espressione di un modello votato all'efficienza. Esse appaiono piuttosto procedure impiegate per rispondere a specifiche disfunzioni del sistema della giustizia. Cfr. G. TORRENTE, *New Public Management e organizzazione giudiziaria: la prospettiva dei magistrati*, in *Questione giustizia. Trimestrale promosso da Magistratura democratica*, 4, 2023, 86-92. Per alcune ricerche empiriche sull'organizzazione giudiziaria in Italia che si sono occupate anche delle pratiche attuariali all'opera nella giustizia penale cfr. P.A. ALLEGRI, *L'implementazione della sorveglianza elettronica ed i suoi effetti sull'espansione del controllo penale. Uno studio di caso delle sezioni GIP e GUP dei Tribunali di Torino e Reggio Calabria*, in *Studi sulla questione criminale*, 3, 2019, 67-88; C. BLENGINO, G. TORRENTE, *Nuovo management pubblico e crimini di impresa: il caso della procura di Torino*, in *Studi sulla questione criminale*, 1, 2013, 75-94; A. COTTINO, C. SARZOTTI (a cura di), *Diritto, uguaglianza e giustizia penale. Atti del Convegno internazionale (Torino, 21-22 aprile 1995)*, Torino, 1995; G. DI FEDERICO, M. FABRI, D. CARNEVALI, F. CONTINI, *Organizzazione e gestione degli uffici giudiziari. Il caso di una procura della Repubblica presso il tribunale*, Milano, 1994; G. MOSCONI, D. PADOVAN (a cura di), *La fabbrica dei delinquenti. Processo penale e meccanismi sociali di costruzione del condannato*, Torino, 2005; C. SARZOTTI, *Processi di selezione del crimine. Procure della Repubblica e organizzazione giudiziaria*, Milano, 2007.

tamenti culturali e sociali⁹, anche nel campo penale. Nella società del rischio, infatti, il reato viene considerato un *normal social fact*¹⁰ su cui occorre intervenire con azioni preventive piuttosto che retributive, «in una concezione proattiva e anticipatrice delle funzioni del diritto»¹¹. È questo il contenuto essenziale della *new penology*¹², una corrente criminologica che pone l'attenzione sulla prevenzione del reato da perseguire tramite processi di incapacitazione e di neutralizzazione dei soggetti considerati pericolosi. La pericolosità di cui si occupa il modello attuariale non è tuttavia la pericolosità di un soggetto specifico, come negli approcci positivistico-correzionalisti¹³, ma è la pericolosità di specifici gruppi sociali, individuati tramite calcoli probabilistici e strumenti tecnologici¹⁴. Riducendo la discrezionalità dell'operatore del diritto, la giustizia attuariale adotta nell'ambito del processo, ma anche dell'esecuzione penale, strumenti algoritmici e dati socio-anagrafici per prevedere quali gruppi sociali *rischiano* statisticamente di commettere reati basando la condanna, o la concessione di una misura alternativa, sulla valutazione di questo rischio.

⁹ Sulle caratteristiche della *risk society* cfr. in particolare U. BECK, *Risk society: Towards a new modernity*, London, 1992; D. LYON, *The electronic eye: The rise of surveillance society*, Minneapolis, 1994; J. SIMON, *The emergence of a risk society: Insurance, law, and the state*, in *Socialist Review*, 95, 1987, 61-89.

¹⁰ D. GARLAND, *The limits of the sovereign state: Strategies of crime control in contemporary society*, in *The British Journal of Criminology*, 36, 4, 1996, 446.

¹¹ A. AMENDOLA, *Persona e soggetto giuridico nello Stato di prevenzione*, in *Filosofia politica*, 3, 2007, 417.

¹² M.M. FEELEY, J. SIMON, *The new penology*, cit.

¹³ Anche se le teorie della scuola dell'antropologia criminale di Cesare Lombroso hanno in generale influenzato le teorie della difesa sociale, per un'analisi critica cfr. M. SOZZO, *Difesa sociale*, in R. BRANDIMARTE, P. CHIANTERA-STUTTE, P. DI VITTORIO, O. MARZOCCA, O. ROMANO, A. RUSSO, A. SIMONE, *Lessico di biopolitica*, Roma, 2006, 107-111. L'approccio del positivismo criminologico, tuttavia, appare distante dalle tecnologie attuariali: queste ultime non sono interessate alle cause del crimine, ma solo alla prevenzione del rischio, spostando l'attenzione «dall'individuo alle popolazioni», T. PITCH, *La società della prevenzione*, Roma, 2006, 116.

¹⁴ Per una recente rassegna degli strumenti di *risk assessment* cfr. L. PULITO, *Algoritmi predittivi e valutazioni prognostiche per la sostituzione della pena nella prospettiva della symbiotic artificial intelligence*, in *L'Ircocervo*, 23, 1, 2024, 252-272.

Nell'ambito del modello attuariale, dunque, le funzioni tradizionali della pena vengono deformate¹⁵. In un contesto in cui la finalità principale è quella di *gestire* la devianza con strategie manageriali, qualsiasi istanza rieducativa viene inglobata all'interno del paradigma attuariale: come ha affermato Massimo Pavarini,

il trattamento, la terapia e l'aiuto diventano risorse utili per garantire il governo della questione criminale ai livelli di compatibilità del sistema della giustizia penale. Risorse utili, per differenziare le popolazioni devianti in ragione del rischio criminale, per incapacitare selettivamente i più pericolosi, per articolare lo spettro custodiale, per economizzare risorse¹⁶.

Il modello della giustizia attuariale si iscrive nelle tecnologie di gestione biopolitica delle popolazioni¹⁷, costruite attorno a un rischio indefinibile e fluido, che nella realtà viene calato in uno specifico contesto sociale, politico, economico, dunque anche riempito di significati diversi¹⁸. Inoltre, nella società del rischio la normalizzazione disciplinare che gestisce i soggetti tramite il disciplinamento dei corpi subisce un mutamento: la gestione della vita non passa più direttamente per i corpi, ma per le statistiche sulle popolazioni¹⁹, anche se le conseguenze reali di questa gestione ricadono comunque sui corpi²⁰.

¹⁵ M. PAVARINI, *Della penologia fondamentalista*, in *Iride*, 1, 2001, 87-101.

¹⁶ *Ivi*, 91.

¹⁷ Sul rapporto tra giustizia attuariale e biopotere cfr. G. ROTHSCILD, J. KOEHLER, J. SIMON, *op. cit.*, 199. Sulle evoluzioni più recenti del rapporto tra tecnologie algoritmiche e gestione governamentale delle popolazioni cfr. F. CHICCHI, *L'infrastruttura della società automatica: governamentalità algoritmica e capitalismo digitale*, in V. BORGHI, E. LEONARDI (a cura di), *Il sociale messo in forma. Le infrastrutture come cose, processi e logiche della vita collettiva*, Napoli-Salerno, 2024, 149-165; A. ROUVROY, *La governamentalità algoritmica: radicalizzazione e strategia immunitaria del capitalismo e del neoliberalismo?*, in *La Deleuziana*, 3, 2016, 30-36; A. ROUVROY, T. BERNS, *Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation?*, in *Réseaux*, 177, 1, 2013, 163-196.

¹⁸ K. HANNAH-MOFFAT, *Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty*, in *Punishment & Society*, 7, 1, 2005, 30-31.

¹⁹ J. SIMON, *The ideological effects of actuarial practices*, cit., 774.

²⁰ Cfr. G. AMENDOLA, *op. cit.*, 417-419.

Molteplici sono le critiche mosse a questi strumenti, sia di carattere etico-politico sia di carattere *tecnico*²¹.

Questo approccio è stato criticato soprattutto poiché produce strategie di *profiling*, discriminatorie sulla base di alcune categorie concettuali, come razza, classe, genere e altre caratteristiche²². Queste strategie contribuiscono infatti a marginalizzare gruppi sociali già strutturalmente marginalizzati nella società.

Rispetto alle persone razzializzate, molti strumenti attuariali hanno eliminato i riferimenti espliciti alla razza nelle valutazioni predittive sul *rischio* della delinquenza, ma la discriminazione razziale si manifesta in altri elementi che vengono inclusi nella valutazione del rischio: lo stato di disoccupazione, la recidiva, i precedenti contatti con le agenzie del controllo sociale formale, come le forze dell'ordine²³. Dunque, all'interno degli strumenti di valutazione del rischio si riproducono i medesimi dispositivi di categorizzazione tipici del processo di criminalizzazione, che tuttavia nelle pratiche attuariali vengono cristallizzati all'interno di categorie formalizzate a priori.

Per quanto concerne la categoria di genere, essa più frequentemente viene inserita nelle tecnologie attuariali come elemento di valutazione, ponendo dei problemi significativi. Nell'ambito del giudizio, la variabile di genere potrebbe penalizzare il genere maschile²⁴, anche perché nelle statistiche sulla criminalità e sulla detenzione gli uomini sono molto più presenti delle donne²⁵. D'altra parte, gli strumenti attuariali

²¹ Per alcune sintesi cfr. K. HANNAH-MOFFAT, *Actuarial sentencing: An unsettled proposition*, in *Justice Quarterly*, 30, 2, 2013, 270-296; B. NETTER, *Using group statistics to sentence individual criminals: An ethical and statistical critique of the Virginia Risk Assessment Program*, in *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 97, 3, 2007, 699-729.

²² Cfr. per esempio B.E. HARCOURT, *Against prediction: Profiling, policing, and punishing in an actuarial age*, Chicago, 2008; S.B. STARR, *Evidence-based sentencing and the scientific rationalization of discrimination*, in *Stanford Law Review*, 66, 2014, 803-872; M. TONRY, *Legal and ethical issues in the prediction of recidivism*, in *Federal Sentencing Reporter*, 26, 3, 2014, 167-176.

²³ B. NETTER, *op. cit.*

²⁴ M. TONRY, *op. cit.*, 170.

²⁵ Cfr. per esempio, ASSOCIAZIONE ANTIGONE, *Dalla parte di Antigone. Primo rapporto sulle donne detenute in Italia*, Roma, 2023.

utilizzano dati statistici relativi a una popolazione detenuta prevalentemente maschile, dunque la loro applicazione nei confronti delle donne è particolarmente incerta²⁶. Nell'ambito dell'esecuzione penale delle donne gli strumenti attuariali mostrano poi delle criticità molto rilevanti. Per esempio, in una ricerca condotta all'interno degli istituti penitenziari canadesi è stata rilevata una tendenza a prevedere i comportamenti rischiosi delle donne sovrapponendo *rischi* e *bisogni* delle detenute²⁷. Combinando strumenti di previsione statistica e un'impostazione disciplinare più tradizionale, centrata sul trattamento individualizzato, il sistema canadese tenderebbe a riprodurre un concetto *genderizzato* di rischio, con il supporto – e la giustificazione ideologica – dei nuovi strumenti attuariali²⁸.

Il concetto di rischio viene dunque riempito di significati culturali diversi confermando sia la sua aleatorietà sia la sua portata stigmatizzante. Infatti, anche se in molti casi gli ordinamenti non utilizzano esplicitamente le categorie di genere o di razza nel *risk assessment*, il genere, la razzializzazione, la classe, che fanno parte dell'esperienza reale delle soggettività, rientrano nella valutazione del rischio attraverso altri elementi. Gli strumenti attuariali si basano infatti spesso sul livello di istruzione, sull'occupazione, sulle condizioni economico-sociali, penalizzando i gruppi sociali già marginalizzati dalle strutture di oppressione. Anche la recidiva non può essere considerata un elemento *neutro*²⁹: le dinamiche che conducono taluni soggetti a commettere un reato possono essere intrise di genere, razza e classe, così come lo sono i processi di criminalizzazione che portano alcuni soggetti e non altri a entrare più facilmente in contatto con la giustizia penale. Il modello attuariale rischia insomma di cristallizzare gli autori di reato all'interno di categorie standardizzate, che invisibilizzano i sistemi di oppressione – come il razzismo, il sessismo e il classismo – all'interno dei quali tali categorie vengono elaborate e operano.

²⁶ K. HANNAH-MOFFAT, *Actuarial sentencing*, cit., 279.

²⁷ K. HANNAH-MOFFAT, *Moral agent or actuarial subject: Risk and Canadian women's imprisonment*, in *Theoretical Criminology*, 3, 1, 1999, 71-94; EAD., *Criminogenic needs and the transformative risk subject*, cit.

²⁸ K. HANNAH-MOFFAT, *Moral agent or actuarial subject*, cit., 72-73.

²⁹ K. HANNAH-MOFFAT, *Actuarial sentencing*, cit., 283.

3. Il modello trasformativo

Negli anni Novanta del secolo scorso, come reazione al fenomeno della *mass incarceration*³⁰, le comunità razzializzate degli Stati Uniti hanno avviato nuove pratiche e riflessioni sulla giustizia, critiche rispetto ai modelli *mainstream*. Il modello della giustizia trasformativa si è sviluppato nelle pratiche sperimentate dall'attivismo delle comunità BIPOC (*Black, Indigenous and People of Color*)³¹, confrontandosi con l'approccio teorico dell'abolizionismo penale e penitenziario, del femminismo e della *critical race theory*³², intrecciandosi anche con la criminologia anarchica³³.

³⁰ Sul fenomeno esiste un'ampia letteratura. A titolo esemplificativo cfr. D. GARLAND, *Mass imprisonment: social causes and consequences*, London, 2001.

³¹ Per alcune ricognizioni delle pratiche trasformative cfr. A.Y. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, B.E. RICHIE, *Abolizionismo. Femminismo. Adesso*, trad. it. di A. Martinese, Roma, 2023; C. CHEN, J. DULANI, L. LAKSHMI PIEPZNA-SAMARASINHA (a cura di), *The Revolution starts at home. Confronting intimate violence within activist communities*, Chico, 2016; E. DIXON, L. LAKSHMI PIEPZNA-SAMARASINHA (a cura di), *Beyond survivals. Strategies and stories from the transformative justice movement*, Chico, 2020.

³² L'intersezione tra questi approcci in rapporto al modello trasformativo è sintetizzata all'interno di A.Y. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, B.E. RICHIE, *op. cit.* Sul rapporto tra giustizia trasformativa e abolizionismo femminista cfr. anche P. CULLORS, *Abolition and reparations. Histories of resistance, transformative justice and Accountability*, in *Harvard Law Review*, 132, 6, 2019, 1684-1694; M.E. KIM, *From carceral feminism to transformative justice: Women-of-color feminism and alternatives to incarceration*, in *Journal of Ethnic & Cultural Diversity in Social Work*, 27, 3, 2018, 219-233; I. NAFSTAD, *Police abolition and transformative justice in the footsteps of Thomas Mathiesen's penal abolition*, in *Justice, Power and Resistance*, 7, 2, 2024, 148-167; B.E. RICHIE, V. KALEI KANUHA, K.M. MARTENSEN, *Colluding with and resisting the State: Organizing against gender violence in the U.S.*, in *Feminist Criminology*, 16, 3, 2021, 247-265; G. RICORDEAU, *Pour elles toutes*, Montréal, 2019.

³³ Le riflessioni della criminologia anarchica contribuiscono alla critica radicale delle agenzie del controllo sociale formale dell'apparato statale promossa dall'approccio trasformativo, cfr. E.L. KELLY, *Philly stands up: Inside the politics and poetics of transformative justice and community accountability in sexual assault situations*, in *Social Justice*, 37, 4, 2011-2012, 44-57; L. MAGNANI, *From prison abolition to transformative justice*, in A.J. NOCELLA II, M. SEIS, J. SCHANTZ (a cura di), *Contemporary anarchist criminology: Against authoritarianism and punishment*, New York, 2018, 73-

L'approccio trasformativo trae origine dalle riflessioni intersezionali del femminismo nero rispetto al razzismo, al sessismo e al classismo delle agenzie del controllo sociale di tipo formale³⁴. Il femminismo nero e in generale BIPOC è infatti connotato da una significativa componente abolizionista che critica radicalmente le risposte istituzionali alla questione criminale. Il femminismo abolizionista ha sviluppato, in questo senso, un approccio critico sia nei confronti del femminismo sia nei confronti dell'abolizionismo. Infatti, se per l'approccio della criminologia critica il processo di criminalizzazione è selettivo, la pretesa, condivisa dal femminismo *carcerario* o *punitivo*, di utilizzare il sistema penale per contrastare l'oppressione di genere è fallimentare, poiché tale sistema è a sua volta oppressivo³⁵. È infatti classista e razzista, poiché le persone povere e razzializzate entrano più frequentemente nelle maglie del processo di criminalizzazione. Ma è anche genderizzato: diverse analisi hanno individuato un parallelismo tra la violenza istituzionale del carcere – e in generale del sistema penale – e le pratiche violente

83; A.J. NOCELLA II, *An overview of the history and theory of transformative justice*, in *Peace & Conflict Review*, 6, 2011, n. 1, 1-10.

³⁴ Tra le elaborazioni più rilevanti del femminismo nero abolizionista spiccano gli scritti di Angela Davis, in cui vengono ricostruiti i collegamenti tra razzismo istituzionale, criminalizzazione delle persone nere, violenza di genere e schiavitù, cfr. A.Y. DAVIS, *Donne, razza e classe*, trad. it. di M. Moïse, A. Prunetti, Roma, 2018; EAD., *Aboliamo le prigioni? Contro il carcere, la discriminazione, la violenza del capitale*, trad. it. di G. Lupi, Roma, 2022.

³⁵ Sul femminismo carcerario cfr. E. BERNSTEIN, *Carceral politics as gender justice? The 'traffic in women' and neoliberal circuits of crime, sex, and rights*, in *Theory and society*, 41, 2012, 233-259; M.E. KIM, *Anti-carceral feminism: The contradictions of progress and the possibilities of counter-hegemonic struggle*, in *Affilia*, 35, 3, 2020, 309-326; A. TERWIEL, *What is carceral feminism?*, in *Political Theory*, 48, 4, 2020, 421-442; E. WHALLEY, C. HACKETT, *Carceral feminisms: The abolitionist project and undoing dominant feminisms*, in *Contemporary Justice Review*, 20, 4, 2017, 456-473. In Italia si è analogamente parlato di femminismo punitivo, cfr. T. PITCH, *Editoriale*, in *Studi sulla questione criminale*, 11, 2, 2016, 7-8; EAD., *Il malinteso della vittima*, Torino, 2022, 53 ss.; L. RE, *Violenza basata sul genere e 'giustizia trasformativa'. Un'alternativa al sistema penale?*, in *La legislazione penale*, 2024, 14 ss. e, da ultimo, V. VERDOLINI, *Le motivazioni della sentenza Turetta e il femminismo punitivo*, in *Lucy sulla cultura*, <https://lucysullacultura.com/le-motivazioni-della-sentenza-turetta-e-il-femminismo-punitivo/>.

agite nello spazio privato, come la violenza basata sul genere. In questo senso, sulla relazione tra violenza pubblica e violenza privata, Orsetta Giolo ha considerato:

un tempo la forza-violenza pubblica e la forza-violenza privata erano intese come connesse: entrambe erano infatti legittimate sul piano giuridico proprio in ragione dell'esistenza del regime del patriarcato, che prevedeva la titolarità maschile e della violenza pubblica e di quella privata. Ora, dato che la seconda forma di violenza, quella privata, non è più legittimata, è andata perdendosi la consapevolezza del suo nesso con la prima³⁶.

Le riflessioni sulla giustizia trasformativa tematizzano questo nesso³⁷. Il sistema penale produce infatti identità maschili e femminili fisse, costituite dal genere³⁸. La criminalizzazione è prevalentemente maschile, ma le donne che entrano nel processo di criminalizzazione vivono forme di marginalizzazione particolarmente problematiche³⁹. Le femministe abolizioniste si occupano inoltre dei complessi vissuti delle

³⁶ O. GIOLO, *Oltre la critica. Appunti per una contemporanea teoria femminista del diritto*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 15, 2, 2015, 76.

³⁷ Mettendo a fuoco i parallelismi tra il carcere disciplinare e le pratiche disciplinari esercitate dal partner abusante nei casi di violenza di genere: sorveglianza e controllo costante, violenze fisiche, psicologiche, economiche, interruzioni delle relazioni con il mondo esterno, cfr. A.Y. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, B.E. RICHIE, *op. cit.*, 135 ss. e 217 ss.; S. LA VARCO, *Reimagining the violence against women act from a transformative justice perspective: Decarceration and financial reparations for criminalized survivors of sexual and gender-based violence*, in *New York University Law Review*, 98 3, 2023, 912-961.

³⁸ Cfr. M. BOSWORTH, *Engendering resistance. Agency and power in women's prison*, Hampshire, 1999; D.M. BRITTON, *Gendered organizational logic: Policy and practice in men's and women's prisons*, in *Gender & Society*, 11, 6, 1997, 796-818; C. SHAYLOR, E. MEINERS, *Resisting gendered carceral landscapes*, in B. CARLTON, M. SEGRAVE (a cura di), *Women exiting prison*, London-New York, 2013, 181-199; J. THOMAS, *Gendered control in prisons: The difference difference makes*, in B.H. ZAITZOW, J. THOMAS (a cura di), *Women in prison: Gender and social control*, Boulder (CO), 2003, 1-20.

³⁹ K.W. CRENSHAW, *From private violence to mass incarceration: Thinking intersectionally about women, race, and social control*, in *UCLA Law Review*, 59, 6, 2012, 1418-1473.

donne che subiscono le conseguenze negative della criminalizzazione degli uomini⁴⁰, in quanto principali protagoniste della sfera della riproduzione sociale⁴¹. Sotto il profilo della violenza basata sul genere, il femminismo abolizionista ha mosso critiche serrate ai processi di vittimizzazione secondaria subiti dalle donne vittime della violenza basata sul genere quando entrano in contatto con le istituzioni penali, svelando ancora una volta il carattere sessista di queste ultime⁴².

D'altro canto, le prospettive della giustizia trasformativa interrogano criticamente anche l'abolizionismo penale: praticando una giustizia alternativa al modello penale classico, intendono prendersi cura delle persone che hanno subito un'offesa o una violenza⁴³. Questo aspetto accomuna la giustizia trasformativa a un altro modello, quello riparativo. Questi due modelli presentano molteplici elementi in comune, ma anche alcune differenze, soprattutto per come si stanno attualmente delineando⁴⁴. In generale, l'approccio della *transformative justice* mira a trasformare i rapporti sociali proponendosi di superare i sistemi di oppressione che spesso sono alla base sia delle sofferenze delle vittime sia dei modelli tradizionali di punizione dei colpevoli. Questa necessità trasformativa non fa necessariamente parte dell'approccio riparativo, anche se molte riflessioni sulla giustizia riparativa provengono dalla

⁴⁰ A.Y. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, B.E. RICHIE, *op. cit.*, 67.

⁴¹ C. ARRUZZA, T. BHATTACHARYA, N. FRASER, *Feminism for the 99%. A Manifesto*, London-Brooklyn, 2019, 68.

⁴² Cfr., per esempio, N.D. PHILLIPS, N. CHAGNON, 'Six months is a joke': *Carceral feminism and penal populism in the wake of the Stanford sexual assault case*, in *Feminist criminology*, 15, 1, 2020, 47-69; T. PITCH, *Un diritto per due. La costruzione giuridica di genere, sesso e sessualità*, Milano, 1998, 152. Sulla criminalizzazione delle donne sopravvissute alla violenza basata sul genere cfr. K. DERR, A.J. HATTERY, E. SMITH, *Help or harm? Criminalizing intimate partner violence and feminist abolitionist frames*, in *Violence Against Women*, 31, 6-7, 2025, 1670-1687; S.P. JORDAN, E. THUMA, A.A. BIRRU, D. WILSON, R. RALSTON, N. CUMPIAN, J. HANKINS, *Disrupting the abuse-prison nexus: The gendered violence of prosecution and abolitionist feminist approaches to social care work*, in *Social Sciences*, 14, 2025, 1-17.

⁴³ Si possono richiamare le pratiche che ricadono sotto l'etichetta *Care not cops*, cfr. A.Y. DAVIS, G. DENT, E.R. MEINERS, B.E. RICHIE, *op. cit.*, 88 ss.

⁴⁴ Per un confronto tra questi due modelli mi permetto di rimandare a C. AGNELLA, *Riparare o trasformare? Modelli di giustizia relazionale nel campo della penality*, in *L'Ircocervo*, 23, 2, 2024, 9-28.

criminologia critica⁴⁵, illuminando il potenziale trasformativo della giustizia riparativa⁴⁶.

La giustizia trasformativa appare caratterizzata da un posizionamento antiistituzionale, nelle pratiche come nel linguaggio. Infatti, rifiuta il concetto di reato, utilizzando parole ed espressioni differenti, come *harm*, *abuse* o *violence*. Oppure ancora, per riferirsi alla persona che nella prospettiva del diritto penale ha commesso un reato, l'espressione *person who has caused harm* o altre analoghe⁴⁷. Anche il concetto di vittima viene problematizzato dall'approccio trasformativo, in linea con le prospettive del femminismo abolizionista. Il paradigma vittimario⁴⁸ viene criticato poiché riduce l'ingiustizia al momento specifico della violenza: l'obiettivo è di illuminare la dimensione strutturale dell'oppressione che ha prodotto quella specifica violenza. Quest'ultima viene ricondotta alle strutture di oppressione sistemica – patriarcato, razzi-

⁴⁵ Cfr. N. CHRISTIE, *Conflicts as property*, in *British Journal of Criminology*, 17, 1, 1977, 1-15. Per alcune riflessioni sul rapporto tra criminologia critica, abolizionismo penale, mediazione penale e giustizia riparativa cfr. anche C. CUNNEEN, *La giustizia riparativa al vaglio della criminologia critica*, in *Studi sulla questione criminale*, 4, 1, 2009, 41-58; G. FRANZOSO, *La sfida della giustizia riparativa. Normativa, questioni aperte e prospettive*, Milano, 2025; G. MANNOZZI, G.A. LODIGIANI, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017, 63 ss.; F. VIANELLO, *I luoghi della mediazione. Ipotesi sui conflitti e prospettive per la prevenzione*, in *Antigone. Quadrimestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 3, 2, 2008, 65 ss.; cfr. G. MOSCONI, *La giustizia riparativa tra funzionalità del diritto penale e alternativa di paradigmi*, in *Antigone. Semestrale di critica al sistema penale e penitenziario*, 16, 2, 2021, 123-158 e il recente ID., *Decostruire la pena. Per una proposta abolizionista*, Milano, 2024.

⁴⁶ Sul potenziale trasformativo della giustizia riparativa cfr. J.J. LLEWELLYN, *Transforming restorative justice*, in *The International Journal of Restorative Justice*, 4, 1, 2021, 374-395; M. ROSSNER, H. TAYLOR, *The transformative potential of restorative justice: What the mainstream can learn from the margins*, in *Annual Review of Criminology*, 7, 2024, 357-381; J. TURNER, *Race, gender and restorative justice: Ten gifts of a critical race feminist approach*, in *Richmond Public Interest Law Review*, 23, 2020, 267-296.

⁴⁷ E.L. KELLY, *op. cit.*, 49.

⁴⁸ Sul paradigma vittimario molto è stato scritto in ambito socio-giuridico e filosofico-giuridico, a titolo esemplificativo cfr. D. GARLAND, *La cultura del controllo. Crimine e ordine sociale nel mondo contemporaneo*, trad. it. di A. Ceretti, F. Gibellini, Milano, 2007; D. GIGLIOLI, *Critica della vittima. Un esperimento con l'etica*, Roma, 2014; T. PITCH, *Il malinteso della vittima*, cit.

simo, classismo – all’opera nella società. I processi trasformativi vengono infatti sperimentati spesso in caso di violenza basata sul genere o di abuso e violenza sulle persone minori di età, con l’obiettivo di intraprendere un percorso di trasformazione nella comunità in cui quell’abuso o quella violenza si sono manifestati. Si intende, in questo senso, attivare un processo di *accountability* – o di responsabilizzazione – della persona che ha agito la violenza⁴⁹. Allo stesso tempo, la critica del paradigma vittimario emerge anche nelle parole utilizzate per riferirsi alla persona che ha subito la violenza o l’abuso: scegliendo parole ed espressioni come *survivor* o persona sopravvissuta alla violenza o all’abuso, provenienti dall’attivismo femminista, chi pratica la giustizia trasformativa si impegna a non appiattire la persona sullo *status* di vittima⁵⁰.

La dimensione comunitaria della giustizia trasformativa interroga rispetto alla possibilità di applicarla al di fuori di specifici contesti, ove l’adesione spontanea e libera a questi percorsi è motivata da un orizzonte valoriale comune. La giustizia trasformativa nasce e cresce in contesti di attivismo, di impegno per una qualche forma di giustizia sociale⁵¹. Il potenziale trasformativo è significativo in questi casi, anche se difficilmente estensibile al di fuori della comunità. Il percorso trasformativo può essere complesso per i soggetti coinvolti, così come per la comunità, dunque la dimensione consensuale è essenziale. Per la persona che ha subito una violenza, la possibilità di sottrarsi al percorso è una parte necessaria della consensualità. Per la persona che ha agito violenza, peraltro, il percorso trasformativo potrebbe risolversi in una sanzione di

⁴⁹ G. PALOMBA, *La trama alternativa. Sogni e pratiche di giustizia trasformativa contro la violenza di genere*, Roma, 2023, 200.

⁵⁰ *Ivi*, 141; il termine *survivor* è utilizzato anche in CRITICAL RESISTANCE AND INCITE!, *Statement on gender violence and the prison-industrial complex*, in *Social Justice*, 30, 3, 2003, 141-150.

⁵¹ L’obiettivo di molti percorsi sperimentati nelle comunità di attivismo è infatti quello di decostruire le dinamiche di oppressione che si manifestano anche nei gruppi sociali impegnati nel contrasto al patriarcato o ad altre strutture di oppressione. Questo è il caso, per esempio, del percorso trasformativo avviato nel contesto della città di Barcellona, al centro del testo di G. PALOMBA, *op. cit.*

tipo informale, come l'esclusione dalla comunità di riferimento o la riprovazione sociale⁵².

Inoltre, la postura antiistituzionale della giustizia trasformativa è stata problematizzata rispetto al rischio di deresponsabilizzazione delle istituzioni statali nelle politiche, non necessariamente penali, di contrasto alla violenza basata sul genere⁵³.

Al di là dei limiti e delle criticità, il modello trasformativo suscita riflessioni interessanti nel campo della penalità in mutamento, soprattutto nel confronto con il modello attuariale.

4. *Quali sfide per il campo della penalità a partire da questi modelli?*

I due approcci delineati sono molto distanti sul piano teorico e pratico, ma sono accomunati da alcuni elementi che, almeno in apparenza, contrastano con il modello della giustizia penale classica. Entrambi questi modelli si sono affermati nel contesto statunitense successivamente al fenomeno del *mass imprisonment* tipico del *carceral state*. L'incremento della popolazione detenuta si è intrecciato con le politiche di controllo sociale basate sulla pericolosità, che hanno prodotto un utilizzo della sanzione penale come forma di neutralizzazione dei gruppi considerati pericolosi. L'approccio preventivo produce in questo modo strategie di profilazione a cui «non interessano le cause sociali, né le motivazioni profonde del delitto», ma solo «la costruzione di un modello di previsione del comportamento futuro»⁵⁴. E la pericolosità oggetto delle pratiche attuariali coincide con la marginalità: come ha affermato Massimo Pavarini

i criteri di predittività della pericolosità criminale si costruiscono sull'illusione di una predisposizione a delinquere per ragioni di deficit sociale, razziale, culturale ed economico. Paradossalmente essi raggiungono

⁵² Per alcune considerazioni critiche sulla sanzione informale nei percorsi trasformativi cfr. T. PITCH, *Che trasformazione per la giustizia? Tamar Pitch a partire da "La trama alternativa" di Giusi Palomba*, in *Studi sulla Questione Criminale online*, 2023; L. RE, *Violenza basata sul genere e 'giustizia trasformativa'*, cit., 20.

⁵³ *Ivi*, 16 ss.

⁵⁴ T. PITCH, *La società della prevenzione*, cit., 144.

livelli soddisfacenti di predittività “in astratto” in prossimità di una definizione della pericolosità che coincide con quella di problematicità sociale. Come dire che tutti coloro che appartengono a gruppi sociali svantaggiati sono – appunto potenzialmente – pericolosi. *Ergo*: per ottenere effetti apprezzabili si dovrebbe neutralizzare tutta la marginalità sociale⁵⁵.

Diversamente, l’alternativa al sistema penale tradizionale nella giustizia trasformativa viene promossa proprio dai gruppi marginalizzati che hanno sperimentato i primi percorsi trasformativi, oltre ad avere elaborato un bagaglio di riflessioni teoriche su questo approccio. Anche la giustizia trasformativa può essere preventiva, ma rifiutandosi di legare la prevenzione alla repressione delle istituzioni penali:

Transformative justice and community accountability are terms that describe ways to address violence without relying on police or prisons. These approaches often work to prevent violence, to intervene when harm is occurring, to hold people accountable, and to transform individuals and society to build safer communities⁵⁶.

Nei modelli qui sinteticamente delineati è centrale il ruolo della comunità. Nella giustizia attuariale, la comunità non è direttamente protagonista, ma lo diventa nel momento in cui le strategie attuariali vengono iscritte in un sistema di prevenzione del rischio che si estende ben al di là dei confini del diritto penale. Nelle società contemporanee individui e gruppi *privati* sono sempre più invitati alla responsabilizzazione, declinata spesso come auto-responsabilizzazione, con la richiesta di collaborare attivamente alla prevenzione del crimine⁵⁷. Negli ultimi decenni si è verificata una proliferazione degli inviti a tenere comportamenti responsabili, dei moniti a tener conto della videosorveglianza in luoghi pubblici e privati, della formazione di gruppi di cittadini volti alla prevenzione e al controllo di quartiere⁵⁸. Tutti questi elementi rien-

⁵⁵ M. PAVARINI, *Della penologia fondamentalista*, cit., 96.

⁵⁶ E. DIXON, *Building community safety*, in E. DIXON, L. LAKSHMI PIEPZNA-SAMARASINHA (eds.), *Beyond survivals. Strategies and stories from the transformative justice movement*, Chico, 2020, 16.

⁵⁷ D. GARLAND, *The limits of the sovereign state*, cit., 452-455.

⁵⁸ *Ivi*, 450-452.

trano in un ridimensionamento, culturale oltre che concreto, della rilevanza dell'apparato statale nella questione criminale. Ma si collegano altresì a una continua oscillazione tra gruppo e individuo, che se da una parte sposta l'attenzione dall'individuo *criminale* alla popolazione pericolosa, dall'altra nasconde le disuguaglianze e le ingiustizie promuovendo una lettura individualista delle dinamiche sociali⁵⁹. D'altra parte, la comunità che entra in gioco nel modello trasformativo è una comunità molto diversa, che si fonda sulla condivisione di valori comuni, spesso originati dall'impegno sociale e politico per il contrasto alle disuguaglianze e la promozione della giustizia sociale. La comunità, come si accennava *supra*, può rappresentare un limite nelle pratiche trasformative nella misura in cui delimita i confini dell'applicazione del modello alle persone che ne fanno parte; allo stesso tempo, essa costituisce uno spazio in cui sperimentare pratiche di cura che contrastano l'individualismo delle nuove penologie, ma anche della giustizia penale tradizionale. Questa impostazione comunitaria porta con sé, come si è accennato, l'ombra del controllo sociale informale⁶⁰, a cui occorre prestare attenzione.

D'altro canto, un approccio moralizzante si riproduce in modo pregnante nelle politiche preventive della società del rischio, che promuovono valori come «l'autocontrollo e l'indipendenza [...] come virtù civiche»⁶¹. Il discorso moralizzante ruota spesso attorno alla figura della vittima, altro soggetto che ha recentemente fatto ingresso nel campo della penalità⁶². Nella società della prevenzione il ruolo della comunità è significativo poiché in essa i consociati diventano vittime potenziali che devono difendersi: «La vittimizzazione ruota infatti attorno alla nozione di rischio e al problema di come prevenirlo o ridurlo»⁶³. L'altro

⁵⁹ T. PITCH, *La società della prevenzione*, cit., 116.

⁶⁰ T. PITCH, *Che trasformazione per la giustizia?*, cit.

⁶¹ T. PITCH, *La società della prevenzione*, cit., 147.

⁶² L'estromissione della vittima dalla giustizia penale è stata inquadrata come necessaria nell'ambito del processo di sottrazione della punizione alla disposizione privata delle parti che aveva contraddistinto le società premoderne, cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 56, 4, 2013, 1761.

⁶³ T. PITCH, *La società della prevenzione*, cit., 119.

lato della medaglia delle politiche di profilazione, di neutralizzazione e di incapacitazione dei *criminali* potenziali è infatti la sorveglianza – e l'autosorveglianza – imposta alle vittime, che produce un controllo del comportamento costante, direzionato soprattutto verso i corpi femminili, a cui viene imposto di proteggersi oltre che di essere protetti⁶⁴. Come si è visto, anche la giustizia trasformativa si occupa delle persone che hanno subito o che potrebbero subire una violenza o un abuso, con particolare attenzione alla violenza basata sul genere e all'abuso sulle persone minorenni. Infatti, i processi di distribuzione differenziale della vulnerabilità espongono alla violenza alcuni gruppi sociali più di altri, a motivo delle strutture di oppressione – classismo, patriarcato, razzismo – che informano le relazioni sociali⁶⁵. In questo senso, l'impostazione della giustizia trasformativa sembrerebbe in grado di contrastare l'iperresponsabilizzazione della vittima, poiché essa sposta l'attenzione sulla dimensione strutturale dell'oppressione che produce la disuguaglianza. Lo sguardo trasformativo, che procede costantemente dalla situazione particolare ai sistemi di oppressione e viceversa potrebbe facilitare anche la rottura della contrapposizione binaria tra colpevoli e vittime. Infatti, la dicotomia tra soggetti pericolosi e soggetti non pericolosi, che riduce le storie di vita delle persone a un calcolo probabilistico, nell'approccio trasformativo viene decostruita grazie ai contributi delle teorie critiche e dell'abolizionismo che ne informano le pratiche.

Su questa linea, è utile tematizzare un'ulteriore questione: la politicizzazione del modello attuariale e del modello trasformativo. Il discorso attuariale è un discorso apparentemente spolitizzato, che ruota attorno all'asserita neutralità del dato statistico e degli strumenti tecnologici, «a power that operates in the abstract space of statistical tables»⁶⁶. D'altro canto, le strategie attuariali promuovono una politica, una politica che si interseca al liberismo individualista, al governo per contratti, alla marginalizzazione della vulnerabilità sociale, al controllo e al-

⁶⁴ *Ivi*, 120-121.

⁶⁵ Per approfondire cfr. B. CASALINI, *Le teorie femministe contemporanee, dal paradigma della sovranità al paradigma della vulnerabilità*, in M.G. BERNARDINI, B. CASALINI, O. GIOLO, L. RE (a cura di), *Vulnerabilità: etica, politica, diritto*, Roma, 2018, 27-48.

⁶⁶ J. SIMON, *The Ideological Effects of Actuarial Practices*, cit., 798.

l'esclusione dei soggetti vulnerabili⁶⁷. Peraltro, queste politiche si inseriscono senza troppe difficoltà all'interno della giustizia penale classica, di stampo liberale, che sin dalla sua affermazione ruota attorno a un soggetto giuridico moderno fondato sull'eguaglianza formale, che nasconde le disuguaglianze sostanziali: il modello attuariale ne radicalizza le dinamiche escludenti. D'altra parte, la giustizia trasformativa rimette al centro la politicità della marginalità sociale, partendo dalle esperienze delle persone marginalizzate, radicandosi nei gruppi di attivismo politico e sociale. Questo modello offre un bagaglio teorico e pratico di giustizia relazionale che si prende cura delle soggettività marginalizzate, spesso etichettate come pericolose nella giustizia penale in azione, in un contesto sempre più informato da strumenti impersonali di gestione del rischio, che tuttavia producono effetti di marginalizzazione e di normalizzazione su persone in carne e ossa. La lezione abolizionista, unita all'impegno per la trasformazione dei rapporti sociali, potrebbe in questo senso contribuire a un mutamento della cultura giuridica, sia esterna sia interna, in un orizzonte di riduzione dell'approccio punitivo, ma anche di promozione della giustizia sociale.

⁶⁷ T. PITCH, *La società della prevenzione*, cit., 170.

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)
2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)
3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)
4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)
5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)
6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)
7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)
8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)
9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)
10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)
11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)
12. *José Luis Guzmán D'Albora, Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)
14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/116513>)
15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)
16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)
17. *Pensare il diritto pubblico. Liber Amicorum per Giandomenico Falcon* - (a cura di) MAURIZIO MALO, BARBARA MARCHETTI, DARIA DE PRETIS (2015)
18. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del V Convegno biennale Antitrust. Trento, 16-18 aprile 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2015)
19. *From Contract to Registration. An Overview of the Transfer of Immovable Property in Europe* - (Ed. by) ANDREA PRADI (2015) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/140085>)
20. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume II* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2016) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/143369>)
21. *Democrazie e religioni: libertà religiosa, diversità e convivenza nell'Europa del XXI secolo. Atti del convegno nazionale Adec Trento, 22 e 23 ottobre 2015* - (a cura di) ERMINIA CAMASSA (2016)
22. *Modelli di disciplina dell'accoglienza nell'“emergenza immigrazione”. La situazione dei richiedenti asilo dal diritto internazionale a quello regionale* - (a cura di) JENS WOELK, FLAVIO GUELLA, GRACY PELACANI (2016)

23. *Prendersi cura dei beni comuni per uscire dalla crisi. Nuove risorse e nuovi modelli di amministrazione* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI (2016)
24. *Il declino della distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. Atti del IV Congresso nazionale SIRD. Trento, 24-26 settembre 2015* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE GRAZIADEI (2016)
25. *Fiat Intabulatio. Studi in materia di diritto tavolare con una raccolta di normativa* - (a cura di) ANDREA NICOLUSSI, GIANNI SANTUCCI (2016)
26. *Le definizioni nel diritto. Atti delle giornate di studio, 30-31 ottobre 2015* - (a cura di) FULVIO CORTESE, MARTA TOMASI (2016)
27. *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali. Atti del convegno. Trento, 2 e 3 ottobre 2015* - (a cura di) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI (2017)
28. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 2. Multimodality and Reasonableness in Judicial Rhetoric* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/106571>)
29. *Il Giudice di pace e la riforma della magistratura onoraria. Atti del Convegno. Trento, 3-4 dicembre 2015* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/178978>)
30. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GRACY PELACANI (2017)
31. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo. Volume III* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2017) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/184772>)
32. *Carlo Beduschi. Scritti scelti* - (a cura di) LUCA NOGLER, GIANNI SANTUCCI (2017)
33. *Diplomatici. 33 saggi su aspetti giuridici e politici della diplomazia contemporanea* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2018)
34. *Sport e fisco* - (a cura di) ALESSANDRA MAGLIARO (2018)
35. *Legal Conversations Between Italy and Brazil* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, FABIANO LARA (2018)

36. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 3. Multimodal Argumentation, Pluralism and Images in Law* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2018) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/218719>)

37. *Assetti istituzionali e prospettive applicative del private antitrust enforcement nell'Unione europea. Atti del VI convegno biennale antitrust. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6-8 aprile 2017* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2018)

38. *La Direttiva quadro sulle acque (2000/60/CE) e la Direttiva alluvioni (2007/60/CE) dell'Unione europea. Attuazione e interazioni con particolare riferimento all'Italia* - (a cura di) MARIACHIARA ALBERTON, MARCO PERTILE, PAOLO TURRINI (2018)

39. *Saggi di diritto economico e commerciale cinese* - (a cura di) IGNAZIO CASTELLUCCI (2019)

40. *Giustizia riparativa. Responsabilità, partecipazione, riparazione* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2019) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/234755>)

41. *Prevenzione dei sinistri in area valanghiva. Attività sportive, aspetti normativo-regolamentari e gestione del rischio* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, STEFANIA ROSSI (2019)

42. *Pubblica amministrazione e terzo settore. Confini e potenzialità dei nuovi strumenti di collaborazione e sostegno pubblico* - (a cura di) SILVIA PELLIZZARI, ANDREA MAGLIARI (2019)

43. *Il private antitrust enforcement in Italia e nell'Unione europea: scenari applicativi e le prospettive del mercato. Atti del VII Convegno Antitrust di Trento, 11-13 aprile 2019* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2019)

44. *Conciliazione, mediazione e deflazione nel procedimento davanti al giudice di pace. Esperienze euroregionali. Atti del Convegno. Trento, 10 maggio 2019* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/259285>)

45. *Diritto e genere. Temi e questioni* - (a cura di) STEFANIA SCARPONI (2020)

46. *Le parti in mediazione: strumenti e tecniche. Dall'esperienza pratica alla costruzione di un metodo* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2020) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/269082>)
47. *Effettività delle tutele e diritto europeo. Un percorso di ricerca per e con la formazione giudiziaria* - (a cura di) PAOLA IAMICELI (2020)
48. *Infermità mentale, imputabilità e disagio psichico in carcere. Definizioni, accertamento e risposte del sistema penale* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2020)
49. *Le (in)certezze del diritto. Atti delle giornate di studio. 17-18 gennaio 2019* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, MARTA FASAN, CARLA MARIA REALE (2021)
50. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 4. Ragioni ed emozioni nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/296052>)
51. *Comunicare, negoziare e mediare in rete. Atti del Convegno. Trento, 25 settembre 2020* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ (2021) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <http://hdl.handle.net/11572/306972>)
52. *La giurisdizione penale del giudice di pace: un bilancio sui primi vent'anni* - (a cura di) MARCELLO Busetto, GABRIELLA DI PAOLO, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2021)
53. *State and Religion: Agreements, Conventions and Statutes* - (Ed. by) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI, ROBERTO TONIATTI (2021)
54. *Pandemia e gestione responsabile del conflitto. Le alternative alla giurisdizione. Atti del Convegno. Trento, 10 giugno 2021* - (a cura di) ANTONIO CASSATELLA, SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2021)
55. *Il rapporto tra diritto, economia e altri saperi: la rivincita del diritto. Atti della Lectio Magistralis di Guido Calabresi in occasione della chiusura dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 24 ottobre 2019* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)
56. *Il contributo di Pietro Trimarchi all'analisi economica del diritto. Atti del Convegno. Trento, 16-18 dicembre 2020* - (a cura di) GIUSEPPE BELLANTUONO, UMBERTO IZZO (2022)

57. *Le relazioni fra Autonomie speciali e Regioni ordinarie in un contesto di centralismo asimmetrico: le complessità di una dialettica (1970-2020)* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

58. *Giustizia e mediazione. Dati e riflessioni a margine di un progetto pilota* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, ELENA MATTEVI (2022)

59. ANTONIO ARMELLINI - *L'Italia e la carta di Parigi della CSCE per una nuova Europa. Storia di un negoziato (luglio-novembre 1990)*. Introduzione di GIUSEPPE NESI. Postfazione di ETTORE GRECO. Con contributi di STEFANO BALDI, FABIO CRISTIANI, PIER BENEDETTO FRANCESE, NATALINO RONZITTI, PAOLO TRICHILO (2022)

60. *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale. Atti del Convegno. Trento, 21-22 gennaio 2022* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2022)

61. *La specialità nella specialità* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI (2022)

62. *L'amministrazione condivisa* - (a cura di) GREGORIO ARENA, MARCO BOMBARDELLI (2022)

63. *Intelligenza artificiale e processo penale. Indagini, prove, giudizio* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2022)

64. *L'attuazione della procura europea. I nuovi assetti dello spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO, ROSANNA BELFIORE, TOMMASO RAFARACI (2022)

65. *I rapporti tra attori pubblici e attori privati nella gestione dell'immigrazione e dell'asilo* - (a cura di) ELIANA AUGUSTI, SIMONE PENASA, STEFANO ZIRULLA (2022)

66. *Trasporto pubblico locale in fase pandemica e post-pandemica: alla ricerca del diritto alla mobilità in condizioni di sicurezza e di sostenibilità economica. Atti del Seminario. Trento, 5 aprile 2022* - (a cura di) ALESSIO CLARONI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/376915>)

67. *Salute e carcere* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2023)

68. *La responsabilità da reato degli enti nel contesto delle cooperative agricole e vitivinicole. Atti del Convegno. Trento, 2 dicembre 2022* - (a cura di) ALESSANDRO MELCHIONDA, ENRICO PEZZI (2023)

69. *Percorsi interculturali* - (a cura di) CINZIA PICIOCCHI, DAVIDE STRAZZARI (2023) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/384871>)
70. *Il diritto fra prospettiva rimediabile e interpretazione funzionale. Atti delle Lectiones Magistrales di Salvatore Mazzamuto e Mario Barcellona in occasione della inaugurazione dell'anno accademico del Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei. Facoltà di Giurisprudenza. Trento, 6 aprile 2022* - (a cura di) UMBERTO IZZO (2023)
71. *Il principio di autoresponsabilità nella società e nel diritto. Atti del Convegno. Trento, 16 e 17 settembre 2022* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, TERESA PASQUINO, GIANNI SANTUCCI (2023)
72. *Giuristi d'impresa. La lettura del bilancio* - GIANLUCA CHIARIONI (2023)
73. *La riforma Cartabia tra non punibilità e nuove risposte sanzionatorie. Atti del Convegno. Trento, 24 e 25 marzo 2023* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2023)
74. *Il processo di riforma costituzionale cileno 2019-2023. Profili penalistici* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, CARLOS CABEZAS, EMANUELE CORN (2023)
75. *The Making of European Private Law: Changes and Challenges* - (ed. by) LUISA ANTONIOLLI, PAOLA IAMICELI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/401105>)
76. *Il giudice di pace nel quadro delle riforme* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI, TERESA PASQUINO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/404351>)
77. *COVID-19 Litigation. The Role of National and International Courts in Global Health Crises* - (ed. by) PAOLA IAMICELI, FABRIZIO CAFAGGI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/406169>)
78. *Trasformazioni della giustizia. Norme, organizzazione, tecnologie* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO (2024)
79. *Numérique & Environnement. Université d'été franco-italienne, Actes du colloque, 6-8 Juillet 2022, Université de Limoges* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, FULVIO CORTESE, LOUIS DE CARBONNIÈRES, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/409990>)

80. *Trento e la comparazione giuridica: voci, esperienze, riflessioni. Dalla testimonianza di Rodolfo Sacco e Mauro Cappelletti* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, FULVIO CORTESE, ELENA IORIATTI, BARBARA MARCHETTI (2024)

81. *Il ruolo del Consiglio nella forma di governo delle autonomie speciali alpine: valorizzare e innovare* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANFRANCO POSTAL, ROBERTO TONIATTI (2024)

82. *Beni a titolarità collettiva e sfruttamento della risorsa idrica. Il caso della Magnifica Comunità di Fiemme* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, DAMIANO FLORENZANO, FLAVIO GUELLA, GIANFRANCO POSTAL (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/412031>)

83. *Ricerca in sanità e protezione dei dati personali: scenari applicativi e prospettive future. Atti del convegno, Trento 29 settembre 2023* - (a cura di) ELISA CHIZZOLA, PAOLO GUARDA, VERONICA MARONI, LUIGI RUFO (2024)

84. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 5. Una parola buona. Retorica e valori nella decisione giudiziale* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/421390>)

85. *Prospettive di superamento del voto "tradizionale". Modelli di voto alternativi alla prova della compatibilità costituzionale* - (a cura di) ALESSANDRO DE NICOLA, VINCENZO DESANTIS (2024)

86. *Le transizioni e il diritto. Atti delle giornate di studio. 21-22 settembre 2023* - (a cura di) SIMONE FRANCA, ALESSANDRA PORCARI, SERGIO SULMICELLI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/434970>)

87. *Lo studio dei papiri nei rivolgimenti metodologici della romanistica tra il 1860 e il 1960* - (a cura di) CHRISTIAN BALDUS, MASSIMO MIGLIETTA, TOMMASO BEGGIO, FILIPPO BONIN (2024)

88. *Il meccanismo unico di vigilanza: un bilancio dopo i primi dieci anni* - (a cura di) ANDREA MAGLIARI (2024)

89. *Stupefacenti e tossicodipendenza. Trattamento sanzionatorio, carcere e misure alternative* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2024)

90. *Mediare, riparare, conciliare. Giustizia riparativa e consensuale nel procedimento davanti al giudice di pace. Atti del Convegno. Trento, 3 maggio 2024* - (a cura di) SILVANA DALLA BONTÀ, GABRIELE FORNASARI, ELENA MATTEVI (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://iris.unitn.it/handle/11572/441032>)
91. *The teaching of Roman law in the 20th century: challenges and perspectives* - (a cura di) PAUL DU PLESSIS, TOMMASO BEGGIO (2024) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/441270>)
92. *From multiculturalism to interculturalism: law, religious teaching and civic/citizenship education in today's Europe* - (ed. by) DAVIDE STRAZZARI with ROSSELLA BOTTONI, CINZIA PICIOCCHI (2025)
93. *Riparazione e giustizia riparativa nel sistema penale. Teorie, prassi e nuove prospettive. Atti del Convegno. Trento, 20 settembre 2024* - (a cura di) ANTONIA MENGHINI, ELENA MATTEVI (2025)
94. *Disabilità in movimento: percorsi di autodeterminazione* - (a cura di) LUCIA BUSATTA, PAOLO MACCHI, CARLA MARIA REALE (2025)
95. *Indagini e prove nella società digitale. Questioni attuali e prospettive future* - (a cura di) GABRIELLA DI PAOLO, LUCA PRESSACCO (2025)
96. *Il carcere come extrema ratio. Atti del Convegno. Trento, 20 dicembre 2024* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ANTONIA MENGHINI (2025)
97. *Grandi transizioni, vulnerabilità e ruolo del diritto. Les grandes transitions, vulnérabilités et rôle du droit* - (a cura di) LUISA ANTONIOLLI, MONICA CARDILLO, ODILE DELFOUR SAMAMA, FRANTZ MYNARD, CINZIA PICIOCCHI (2025) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/463217>)
98. *La disciplina del whistleblowing e il trattamento di dati personali* - (a cura di) MARCO BOMBARDELLI, SIMONE FRANCA (2025)
99. *Studies on Argumentation & Legal Philosophy / 6. Autonomia e diritto. Soggetti, saperi, poteri* - (a cura di) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2025) (pubblicazione disponibile solo on-line in Accesso Aperto: <https://hdl.handle.net/11572/469414>)

