GIUGNO 2019

d
q

XIX. 2019/1

diritto & questioni pubbliche

SULLA SCIENZA GIURIDICA

XIX. 2019/1

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XVIII, 2019 / 1 (giugno)
RIVISTA DI FILOSOFIA DEL DIRITTO E CULTURA GIURIDICA

COMITATO EDITORIALE
Direzione
Giorgio Maniaci (Università di Palermo), Giorgio Pino (Università di Roma Tre), Aldo Schiavello (Università di Palermo)

REDAZIONE
Marco Brigaglia (coordinamento), Maria Giulia Bernardini, Giulia Borgna, Gaetano Carlizzi, Francesca Ciulla, Arianna Colonna, Maria Ferrara, Dario Ippolito, Fabrizio Mastromartino, Paola Parolari, Giuseppe Rocché, Giulia Sajeva, Matija Žgur

COMITATO SCIENTIFICO
Manuel Atienza (Universidad de Alicante) – Mauro Barberis (Università di Trieste) – Juan Carlos Bayon (Universidad Autónoma de Madrid) – Roberto Bin (Università di Ferrara) – Bruno Celano (Università di Palermo) – Pierluigi Chiassoni (Università di Genova) – Paolo Comanducci (Università di Genova) – Pasquale De Sena (Università Cattolica di Milano) – Enrico Diciotti (Università di Siena) – Jordi Ferrer (Universitat de Girona) – Riccardo Guastini (Università di Genova) – Mario Jori (Università di Milano) – Claudio Luzzati (Università di Milano) – Pierpaolo Marrone (Università di Trieste) – Tecla Mazzarese (Università di Brescia) – Claudio Michelon (University of Edinburgh) – José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Pablo Navarro (Universidad de Córdoba) – Luca Nivarra (Università di Palermo) – François Ost (Université Saint-Louis, Bruxelles) – Gianluigi Palombella (Scuola Superiore S. Anna, Pisa) – Roberto Pardolesi (Università Luiss, Roma) – Baldassare Pastore (Università di Ferrara) – José Luis Pérez Triviño (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Anna Pintore (Università diCagliari) – Luis Prieto Sanchís (Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo) – Cristina Redondo (Università di Genova) – Michel Rosenfeld (Cardozo School of Law, New York) – Giovanni Sartor (Università di Bologna e European University Institute, Firenze) – Marc Van Hoecke (Universiteit Gent) – Josep Maria Vilajosana (Universitat Pompeu Fabra, Barcelona) – Vittorio Villa (Università di Palermo) – Francesco Viola (Università di Palermo) – Giuseppe Zaccaria (Università di Padova) – Gianfrancesco Zanetti (Università di Modena-Reggio Emilia)

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo

www.dirittoequestionipubbliche.it

ISSN 1825-0173

Double-Blind Peer Review

Banche dati: Scopus, Heinonline, Elsevier

Progetto grafico e impaginazione rospeinfrantumi

Tutti i diritti riservati

SULLA SCIENZA GIURIDICA

Diritto & Questioni Pubbliche
XIX 2019/1 (giugno)

MONOGRAFICA

La scienza giuridica oggi: un confronto multidisciplinare

a cura di GIORGIO PINO

Presentazione

I contributi pubblicati in questa sezione monografica di *Diritto & Questioni pubbliche* sono stati originariamente presentati nell'ambito del convegno *La scienza giuridica, tra unità e pluralismo*, svoltosi presso l'Università Roma Tre il 15 febbraio 2019.

Come mostrano i saggi che qui pubblichiamo, è perfino riduttivo affermare che una riflessione sulla scienza giuridica sia di continua attualità. A dire il vero, una simile riflessione è sempre più urgente.

Cominciamo dal perché sia ancora interessante parlare di "scienza giuridica". Qui il pensiero corre a dibattiti che hanno tenuto banco soprattutto tra gli anni '50 e gli anni '80 del secolo scorso, quando fu intensamente discusso l'ideale della scientificità della giurisprudenza (intesa come il lavoro dello studioso del diritto). Quello della scientificità della giurisprudenza era, a dire il vero, un ideale che veniva da lontano, e che vantava un pedigree tanto illustre quanto composito. Per un verso, infatti, rimandava a un certo modo autoreferenziale di concepire lo studio del diritto, inteso come sapere tecnico, perfettamente conchiuso in sé (la "dogmatica", il formalismo...), gelosamente custodito da una casta quasi sacerdotale di esperti e ammantato in un linguaggio astruso e specialistico. Ma per altro verso, ironicamente, l'ideale della scientificità della giurisprudenza rimandava anche a un'esigenza specularmente opposta a quella appena vista: l'esigenza, cioè, di demistificare le fumosità della giurisprudenza tradizionale, di portare lo studio del diritto al passo con i più esigenti, e trasparenti, requisiti epistemologici adottati nelle scienze *tout court* – le scienze naturali. Al giurista che si fosse voluto condurre da scienziato sarebbe spettato solo descrivere il diritto quale di fatto è, e non valutare come il diritto avrebbe dovuto essere, specialmente ove le surrettizie raccomandazioni *de lege* o *de sententia ferenda* venivano spacciate per adiafore descrizioni dell'esistente. In questo secondo senso, la lotta per la scientificità della giurisprudenza non era più una difesa "dall'interno", da parte dei giuristi, delle proprie prerogative e dell'autonomia (ai limiti dell'impenetrabilità) del proprio lavoro, ma era piuttosto un attacco "dall'esterno", condotto soprattutto da parte di filosofi del diritto assai poco deferenti verso la giurisprudenza tradizionale, e che volevano riformare la conoscenza giuridica a tutto vantaggio non solo dell'onestà intellettuale, ma anche di valori come la democrazia, la certezza del diritto, la separazione dei poteri. Potrebbe sembrare strano a chi si accosti superficialmente a queste questioni, ma in definitiva la rivendicazione della avalutatività della scienza giuridica, lungi dall'essere ispirata da uno sterile feticismo per la "purezza" del giurista, era essa stessa una lotta politica.

Questi dibattiti oggi sono quasi del tutto superati. Infatti, soprattutto a partire dagli anni '70, è emersa con prepotenza la dimensione politica della giurisprudenza, che ha affiancato (anche se non soppiantato) la tradizionale aspirazione al tecnicismo e alla "purezza" di una parte dei giuristi. Non solo. È l'idea stessa che la scienza in sé sia scevra da valutazioni, che sia una descrizione oggettiva di dati di realtà, che è progressivamente entrata in crisi anche tra i cultori delle scienze "dure": lasciando così i giuristi (*alcuni* giuristi) da soli a reclamare un'improbabile oggettività che nemmeno le scienze naturali ritengono ormai di avere.

L'ultima puntata di questa storia ha un sapore abbastanza crepuscolare. Tramontati gli ideali del tecnicismo e dell'autonomia (spinta talvolta fino all'autoreferenzialità) della scienza giuridica, i giuristi sembrano ora aver rinunciato anche a qualunque ambizione di egemonia culturale nel gioco tra i tre signori del diritto (giuristi, giudici, legislatori). E, anche se con qualche decennio di ritardo, le placide acque del "riflusso" sono arrivate a bagnare anche la cittadella dei giuristi. La "scienza giuridica", quantomeno quella italiana, sembra adesso schiacciata da un

duplice assedio del presente: il micro-commento all'ultima novella legislativa da una parte, e la celebrazione dei fasti del diritto giurisprudenziale dall'altra.

Di questa perdita di identità, i contributi di Antonio Carratta, Aurelio Gentili e Roberto Pardolesi, che ospitiamo in questo fascicolo, sono un affresco efficace e impietoso.

GIORGIO PINO

LA SCIENZA DEL PROCESSO CIVILE IN ITALIA ALL'INIZIO DEL XXI SECOLO

ANTONIO **CARRATTA**

&dq

La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo

The Science of the Civil Procedure in Italy at the Beginning of the 21st Century

ANTONIO CARRATTA

Professore ordinario di diritto processuale civile, Università Roma Tre.
E-mail: antonio.carratta@uniroma3.it

ABSTRACT

Il lavoro analizza le tendenze della scienza italiana del processo civile all'inizio del XXI secolo, mettendo in evidenza le criticità metodologiche, determinate, in modo particolare, dal policentrismo ordinamentale, dal rafforzamento della prospettiva processuale del diritto, dalla crisi della legalità processuale e dalla predominanza del metodo casistico-induttivo.

The essay analyzes the trends of the science of the civil procedure in Italy at the beginning of the XXI century, highlighting the methodological criticalities, determined, in particular, by the polycentrism of the legal system, by the strengthening of the procedural perspective of the law, by the crisis of procedural legality and by the predominance of the case-based method.

KEYWORDS

scienza del processo, processo civile, principio di effettività, costituzionalizzazione del processo civile, policentrismo ordinamentale, legalità processuale, metodo casistico-induttivo

procedural science, civil procedure, effectiveness principle, constitutionalization of the civil procedure, polycentrism of the legal system, procedural legality, case-based method

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 1 (giugno) | pp. 11-35

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo

ANTONIO CARRATTA

1. *Premessa* – 2. *La scienza del processo civile in Italia nella seconda metà del XX secolo* – 3. *La scienza italiana del processo civile sul finire del secolo scorso* – 4. *L'attuale quadro di riferimento: a) la tendenza "evoluzionista"* – 5. Segue: *b) la tendenza all'effettività della tutela giurisdizionale* – 6. Segue: *c) la tendenza alla "costituzionalizzazione" del processo civile* – 7. *Le novità sul versante metodologico* – 8. *La scienza del processo civile nel contesto ordinamentale policentrico* – 9. *La scienza del processo civile al tempo delle fonti multilivello* – 10. *La riscoperta della prospettiva processuale del diritto* – 11. *L'indebolirsi del principio di legalità processuale* – 12. *La rilevanza del metodo casistico-induttivo* – 13. *Considerazioni conclusive*.

1. *Premessa*

Va chiarito, in via preliminare, che alcune tendenze in atto per la scienza del processo civile trascendono la dimensione del singolo settore disciplinare e si inseriscono, invece, in una dimensione più ampia che interessa l'intera scienza giuridica. È, questa, una conseguenza del fatto che stiamo assistendo in tutti i settori giuridico-disciplinari ad un cambio di impostazione nella scelta dei temi, nel modo di affrontarli, nelle finalità della ricerca, nella costruzione di categorie concettuali adeguate a realtà percepite come nuove.

Peraltro, è ovvio che nel campo delle scienze giuridiche le novità metodologiche affiorano soprattutto nei momenti di crisi e di mutamento della realtà sociale. Nel nostro caso la novità che ci riguarda è a tutti nota ed è rappresentata dalla crisi del quadro giuridico positivista e, di riflesso, dal superamento del metodo positivista di analisi della realtà giuridica[1]. Del resto, lo storico, nel ricostruire il «tratto identitario di un tempo giuridico pos-moderno»[2], registra «lo spostamento dell'asse portante dalla *legge* alla *interpretazione*»[3], osservando come «oggi siamo sempre più distanti dalle sistemazioni di ieri, armoniche coerenti compatte, spesso riposate in codificazioni pensate come durevoli nei tempi lunghi»[4] e come «la produzione giuridica in Italia, ma ugualmente in tutti i paesi di *civil law*, ancorata com'è al monopolio della legge, abbia visto assai incrinato il paradigma della certezza»[5].

Ora, siccome per definizione e per tradizione il fenomeno giuridico manifesta una certa tendenza a presentarsi come fenomeno prevalentemente specialistico, è evidente che la crisi del metodo positivista produce effetti e reazioni diverse a seconda del settore disciplinare preso in considerazione. E dunque, si tratta di comprendere quali siano questi effetti e queste reazioni per la scienza processualistica, che, sebbene sia considerata «la più filosofica tra le discipline

[*] Testo dell'intervento al Convegno *La scienza giuridica tra unità e pluralismo* (Roma, 15 febbraio 2019).

[1] Come osserva VILLA 2013, 387 ss., «quello che accade, a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso, è che il modello epistemologico neopositivistico [...] entra in profonda crisi, una crisi che coinvolge tutta l'impalcatura fondamentale di questa concezione. Uno dei fattori scatenanti di questa crisi è dato dal fatto che entra prepotentemente in campo una costellazione di nuove concezioni, per le quali [...] è più appropriato usare la denominazione, sufficientemente neutra, di concezioni *postpositiviste*» [corsivo nel testo]. V. anche CHIASSONI 2013, 56 ss.; ma già PATTARO 1976, 451 ss.

[2] GROSSI 2018b, 329 ss.

[3] GROSSI 2018b, 334 [corsivo nel testo].

[4] GROSSI 2018b, 336.

[5] GROSSI 2018b, 336.

giuridiche»[6], tradizionalmente si ispira – per riprendere la nota distinzione bobbiana[7] – all'idealtipo del "giurista-custode", attento alla salvaguardia del valore della certezza delle regole, piuttosto che a quello del "giurista-creatore".

2. *La scienza del processo civile in Italia nella seconda metà del XX secolo*

Detto ciò in premessa, va aggiunto che la scienza del diritto processuale civile non ama molto riflettere su se stessa e sulla sua più recente evoluzione. In effetti, sebbene molto sia stato scritto sul periodo aureo di evoluzione della materia, dal finire del XIX secolo agli inizi del XX[8], manca, invece, un'analisi approfondita sull'attuale sviluppo scientifico della materia.

Qualcosa si intravede, in controluce, attraverso la riflessione sui metodi di insegnamento del diritto processuale, che invece hanno anche in tempi recenti riscontrato un certo interesse. In questo caso, si è sottolineato come, quale punto di partenza della riflessione sul *quomodo* dell'insegnamento del diritto processuale, «si riveli fondamentale un'analisi (anche) critica dello stato della ricerca del e sul diritto processuale civile, con un'inevitabile ma nel contempo interessante valutazione diacronica»[9]. Evidenziando, così, un'insuperabile interrelazione fra didattica e metodi della ricerca, ma di fatto prendendo atto che le tendenze che si registrano sul piano della ricerca scientifica vanno a ripercuotersi poi anche sul modo di fare didattica.

Nella seconda metà del secolo scorso, tuttavia, non sono mancati bilanci di fine secolo sull'evoluzione della scienza del processo civile dopo la ricca stagione dei *Patres* del diritto processuale civile degli inizi del '900.

Il riferimento è soprattutto alla relazione che Enrico Allorio tenne nel 1981, parlando al Convegno di Taormina sui *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*[10]. In quel contesto Allorio – continuando il lavoro di analisi dello svolgimento della scienza processuale iniziato oltre trent'anni prima[11] – osservava come, appunto, all'opera dei grandi costruttori del sistema processuale civile aveva fatto seguito una situazione di "maggiore livellamento" – così si espresse – e di «collaborazione forse più egualitaria»[12], attraverso la generazione di coloro che, con una molteplicità di opere monografiche, avevano contribuito a sviluppare e a portare a compimento la costruzione sistematica iniziata dai *Patres*.

«Se il periodo anteriore – egli osservava – era, per così dire, dominato da alcune figure e dalla loro sistematica, la caratteristica e la diversità più notevoli del tempo successivo [...] possono esser colte nell'espandersi della scienza processuale civile italiana per settori»[13].

Quanto al metodo d'indagine seguito dalle nuove generazioni di studiosi del processo civile, Allorio mise in evidenza come, accanto ad una prima, maggioritaria tendenza orientata a proseguire nella «dottrina sistematica dell'anteguerra», andavano emergendo anche indirizzi nuovi «dei quali – egli scriveva – non si potrebbe non dare una valutazione positiva già solo per questa ragione»[14]. Indirizzi nuovi, che venivano soprattutto dalla Scuola pavese di Vittorio

[6] Così GIULIANI 1962, 951 ss.

[7] BOBBIO 2007, 35.

[8] Rinvio, anche per indicazioni, a CARRATTA 2011b, 103 ss. (pubblicato, in una versione più breve, in CARRATTA 2013, 97 ss.). Per altre indicazioni v. la successiva nota 59.

[9] CAVALLINI C. 2018, 451 ss. V. anche FABIANI 2012, 111 ss.; CAPONI 2007, 37 ss.; CAPONI 2003, 127 ss.; TARUFFO 1996, 551 ss.; CHIARLONI 1996, 543 ss.

[10] ALLORIO 1984, 1 ss.

[11] Nella relazione al primo Congresso internazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Firenze, 30 settembre-3 ottobre 1950): ALLORIO 1950, 91 ss. (poi anche in ALLORIO 1957, 183 ss.).

[12] Le parole virgolettate sono di ALLORIO 1984, 2.

[13] ALLORIO 1984, 3.

[14] ALLORIO 1984, 7.

Denti e da quella fiorentina di Mauro Cappelletti, connotati – com'è noto – dalla maggiore attenzione alla Costituzione e alla sua incidenza sul processo civile e dall'importanza assegnata alla "statistica" processuale e alla comparazione giuridica come strumento e metodo di studio dei fenomeni processuali[15].

3. *La scienza italiana del processo civile sul finire del secolo scorso*

All'analisi di Allorio seguì, poi, alla fine degli anni '90, la relazione che Eduardo Grasso tenne al Convegno catanese del 1996 su *La dottrina giuridica italiana alla fine del XX secolo: un bilancio* e nella quale egli evidenziò come il panorama descritto da Allorio appena tre lustri prima apparisse "notevolmente mutato", soprattutto a causa dell'emergere di una «pluralità di orientamenti, o di tendenze in progressione, che segnano una fase, culturalmente complessa, la quale contraddice la visione di Allorio di un appiattimento della ricerca su basi comuni, e, quindi, di un'unità epistemologica di fondo». Orientamenti e tendenze fra i quali non sempre era agevole «segnare con rigore i limiti», né potevano escludersi «reciproche contaminazioni e punti di sostanziale convergenza».

Egli evidenziò, in modo particolare, tre tendenze in atto nella scienza del processo civile degli anni '90 del secolo scorso.

Una prima tendenza individuata era quella "evoluzionista", tesa, cioè, ad affinare o ad aggiustare i "risalenti modelli concettuali" utilizzati dalla dottrina precedente: «una ridefinizione di quei modelli, quasi sempre dovuta non alla influenza di fattori esterni (valori e interessi colti nei mutamenti della società civile), ma piuttosto ad un interiore ripensamento di correnti e formule un tempo recepiti come definitivi e ora sottoposti a revisione critica»[16]. Alla base di questa tendenza vi era, dunque, non tanto l'esigenza di superare in maniera definitiva le "correnti" e le "formule" tradizionali, quanto piuttosto quella di «ammodernare la scienza del processo mediante la rielaborazione di enunciati già considerati intangibili o quasi»[17]: dalla nozione di giurisdizione[18] a quella di competenza funzionale, di azione, di interesse ad agire, di legittimazione *ad causam*, di litisconsorzio necessario.

Una seconda tendenza era quella che dava preminenza concettuale alla "strumentalità del processo" e, come diretta conseguenza, al principio di effettività della tutela apprestata dal processo: l'idea della strumentalità del processo, infatti, «trae la sua naturale origine dalla dicotomia *diritto-azione*; quest'ultima concepita in funzione ancillare rispetto al primo»[19] e propone uno schema di tutela giurisdizionale non come valore ideale di giustizia, ma come effettiva soddisfazione del diritto da tutelare.

Infine, una terza tendenza era quella alla c.d. costituzionalizzazione del processo civile, vale a dire la tendenza ad analizzare gli effetti dell'introduzione della Carta costituzionale sul preesistente sistema processuale e la sua influenza sull'emergere di nuovi principi processuali. In questo caso l'opera dottrinale è stata volta «a razionalizzare e ad individuare le tendenze di sviluppo» della giurisprudenza della Corte costituzionale e i principi ai quali essa si era uniformata oppure a «tracciare proprie linee di orientamento di fronte a norme (costituzionali) fra loro virtualmente contrastanti»[20].

[15] ALLORIO 1984, 7 s.
[16] GRASSO 1997, 385 ss., spec. 387.
[17] GRASSO 1997, 387.
[18] Insieme alla critica agli "eccessi pubblicistici" nella determinazione del suo contenuto (MONTESANO 1992, 1011 ss.).
[19] GRASSO 1997, 389.
[20] GRASSO 1997, 393.

4. *L'attuale quadro di riferimento: a) la tendenza "evoluzionista"*

Negli anni successivi e fino ai giorni nostri quelle tendenze hanno continuato a svilupparsi, com'era, del resto, facilmente prevedibile.

Anzitutto, ha continuato a svilupparsi la tendenza "evoluzionista", con l'obiettivo di attualizzazione dell'armamentario concettuale della dottrina precedente e di "ammodernamento" della scienza del processo anche rispetto a concetti ed enunciati del passato.

Solo per esemplificare, si pensi alle nuove riflessioni sul concetto di giurisdizione[21], o sulla nozione di giudicato e sui suoi limiti oggettivi e soggettivi, sull'oggetto del processo, sulla nozione di interesse ad agire e sulla "meritevolezza" della tutela, sugli istituti della successione nel processo e nel diritto controverso, sui poteri del terzo interventore, sulla nozione di eccezione, sulla contumacia, sulle caratteristiche strutturali e funzionali dell'ampia categoria della tutela sommaria (cautelare e non). E via discorrendo.

Si pensi, ancora, alla rinnovata riflessione intorno al c.d. rapporto giuridico processuale e ai concetti ad esso correlati (presupposti processuali, condizioni dell'azione, *perpetuatio jurisdictionis ac competentiae*) e all'adattamento di essi alla mutata ricostruzione dello stesso rapporto processuale (e del correlato rapporto processuale di impugnazione)[22], di per sé inidoneo ad esprimere la complessità del fenomeno processuale[23]. O si pensi, infine, alla riflessione intorno agli atti processuali e alle loro forme, al diffondersi del c.d. processo civile telematico e alla necessità di adattare ad esso i tradizionali approdi sulle forme e sulla validità degli atti e dei provvedimenti.

In tutti questi casi, certo, si avverte un'imprescindibile istanza di aggiornamento, ammodernamento, rielaborazione del "pensiero antico", perché continui a sgorgare – per parafrasare le parole di Natalino Irti – «dentro la situazione storica»[24]. Ma parimenti si avverte prepotentemente la tendenza all'«enfasi autonomistica, venata di minimalismo artigianale, sulla procedura rimessa in auge, sulla microanalisi compiaciuta e fine a se stessa»[25], inevitabilmente accentuata dall'adesione sempre più diffusa – come vedremo – ad un metodo di analisi casistico-induttivo.

5. Segue: *b) la tendenza all'effettività della tutela giurisdizionale*

Discorso non dissimile vale per la tendenza – direi, classica – a porre al centro della riflessione il principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, correlato alla naturale ricostruzione strumentale della funzione giurisdizionale.

[21] V., in particolare, PICARDI 2007; PICARDI 2011, 5 ss.; CARPI 2016, 811 ss.

[22] Rinvio, in proposito, a CARRATTA 2017c, 1291 ss.

[23] Osserva CONSOLO 2017, 360, che la nozione di rapporto giuridico processuale, «un tempo molto fortunata [...] oggi, quasi al modo di un anacronismo euristico, a molti (ma almeno in parte a torto) sembra un po' troppo generalizzante ed indeterminata (oltre che di trasparente sapore pandettistico e, prima ancora, razional-giusnaturalistico)»; in proposito v. già CONSOLO 1985, 106 ss. e 141 ss.; FAZZALARI 1993, 2; MANDRIOLI, CARRATTA 2017, 38: «la nozione del rapporto giuridico processuale, per quanto in certo senso superata, non può tuttavia essere senz'altro messa da parte, sia perché gli autori, e soprattutto i giudici, sono soliti servirsi ancora di questo strumento concettuale; e sia anche perché con riferimento ad essa è stata elaborata un'altra nozione, tuttora non priva di utilità, ossia la nozione dei presupposti processuali».

[24] IRTI 2002, 1165, il quale osserva che «il metodo può solo nascere dall'intima vicinanza all'oggetto, dal renderlo interno alla nostra stessa temporalità. Non più trattare diritto nuovo con pensiero antico, ma un pensiero nuovo, che tutto sgorga dentro la situazione storica».

[25] Così CONSOLO 2015, 135, il quale evidenzia il differente processo evolutivo, a partire dagli anni '60 del secolo scorso, della letteratura tedesca "abbastanza accorta" nel sottolineare «il rapporto tra garanzie fondamentali, tessitura di senso sostanziale (l'intraducibile accento sul *Sinnzusammenhang* giuridico fra rapporti e quindi cause non tra loro dipendenti) e diritto processuale civile quale "derivata" pratica di quelle costanti». Emblematici, in questo senso, gli esempi di Zeuner, Leipold, Schlosser, Habscheid, Henckel.

Non foss'altro per il fatto che il principio di effettività è principio immanente al sistema[26], il quale – come ebbe modo di rilevare Andrioli nella sua prolusione napoletana del 1958 – «quale vivida stella, irradia luce su tutto il sistema»[27].

Non è un caso, del resto, che proprio il principio di effettività della tutela giurisdizionale, già consacrato nell'art. 24 della nostra Costituzione, sia stato poi riaffermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Del resto, proprio in relazione a questa funzione primaria del processo, non si può non ricordare che la grande attenzione che la scienza processualistica rivolge al tema dell'effettività della tutela giurisdizionale ha mirato in questi anni soprattutto ad evidenziare i limiti che – proprio sul piano dell'effettività – emergono dalla disciplina positiva[28].

Se è vero che, come ci ha insegnato Luigi Mengoni, il giurista non può fare a meno della "fatica del concetto"[29], per il processualista la "fatica" è duplice e si incentra sulla riflessione intorno ai due concetti di effettività e rimedio. Il primo è la misura del secondo, perché serve per qualificare la sua efficacia o la sua riuscita, mettendo in relazione ciò che l'ordinamento assicura al titolare della situazione sostanziale sul piano astratto e ciò che egli riesce ad ottenere in concreto quando sia costretto a ricorrere ai rimedi che l'ordinamento gli mette a disposizione. L'esigenza di effettività nell'attuazione dei diritti nasce dal continuo confronto fra l'ordinamento nella sua astrattezza e generalità e la concretezza dei bisogni di tutela che dal basso «si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»[30].

Semmai, la stessa dottrina del processo non ha potuto non rilevare negli ultimi decenni come, sul versante dell'intervento legislativo, spesso l'attività del legislatore, nel predisporre rimedi processuali nuovi e ispirati dalla volontà di offrire risposte a crescenti bisogni di tutela, non sempre sia stata accompagnata dalla convinzione che il rimedio individuato dovesse assicurare la piena effettività della tutela. Quasi a dimostrazione del fatto che non sempre l'intervento legislativo, che pure sia diretto ad allargare la gamma dei rimedi, poi sia concretamente orientato ad assicurare l'effettività della tutela, come ci si aspetterebbe che facesse.

Abbiamo assistito in molti casi di interventi legislativi, succedutisi nel corso del tempo e diretti a colmare lacune rimediali presenti nel sistema e da tempo denunciate dalla dottrina, all'adozione di soluzioni che, sebbene accrescano la gamma dei rimedi e degli strumenti processuali, non sono in grado di raggiungere anche l'obiettivo di accrescere la tutela effettiva degli interessi coinvolti. E non per errori o per difetti di fattura della norma, che pure talvolta emergono, ma per precise scelte di politica legislativa. Un vero paradosso, direi: il paradosso del rimedio che sulla carta dovrebbe assicurare l'effettività, ma che di fatto, per come congegnato dallo stesso legislatore, riesce a realizzarla "in modiche quantità", limitata e non piena, come invece è nell'essenza stessa del principio di effettività[31].

6. Segue: *c) la tendenza alla "costituzionalizzazione" del processo civile*

Ancor di più si è andata sviluppando in questi anni la tendenza alla "costituzionalizzazione"[32] del processo civile o, per meglio dire, ad una "lettura" costituzionalizzatrice degli istituti

[26] Di «regola fondamentale del processo» parla PICARDI 2010, 16 ss.; in senso analogo, ANDOLINA 2004, 25 s.

[27] ANDRIOLI 2007, 61.

[28] V., in proposito, le considerazioni di GIANFORMAGGIO 1995, 60 ss.

[29] MENGONI 1985b, 8.

[30] GROSSI 2011a, 18.

[31] Rinvio, in proposito, a CARRATTA 2019, 1 ss.

[32] Intendendo per "costituzionalizzazione", evidentemente, quel «processo di trasformazione di un ordinamento al termine del quale esso risulta totalmente "impregnato" dalle norme costituzionali»: così GUASTINI 1998, 185; v. anche GUASTINI 2017, 213 ss.; PINO 2010, 121 ss., il quale osserva come il processo di "costituzionalizzazione"

processuali e all'analisi dell'impatto che sulla loro ricostruzione hanno i principi di derivazione costituzionale[33]. Basti pensare all'enorme rilevanza attribuita al principio del contraddittorio soprattutto nei confronti dell'esercizio dei poteri ufficiosi del giudice o, su altro versante, al c.d. principio della ragionevole durata del processo, ai c.d. principi del giusto processo, al valore del principio di legalità processuale che emerge dal 1° comma dell'art. 111 Cost. E via discorrendo[34].

Non si può ignorare, peraltro, che accanto a queste tre tendenze hanno cominciato a farsi strada filoni di ricerca nuovi, anche se a volte strettamente collegati con esse.

Si pensi al grande tema della c.d. moralizzazione del processo, direttamente collegato sia al principio di effettività, sia a quello della ragionevole durata del processo, e ai collaterali temi del c.d. abuso del processo e del dovere di lealtà e probità delle parti nel processo, con le ineludibili propaggini del dovere di verità per le parti e i loro difensori o, quanto meno, del divieto di mentire[35].

O si pensi ancora all'altro grande tema della funzione della prova nel processo e – in considerazione del carattere tendenzialmente cognitivo della giurisdizione[36] – della stretta correlazione fra decisione «giusta» e accertamento tendenzialmente veritiero dei fatti di causa[37]. O ancora all'attenzione sempre maggiore che anche la dottrina processualcivilistica ha rivolto e rivolge all'incidenza che il processo ed il suo buon funzionamento ha sul corretto funzionamento dell'economia della società[38]. E si pensi, a questo proposito, all'enorme rilevanza che ha assunto la riflessione sulla tutela giurisdizionale collettiva di posizioni giuridiche individuali omogenee o superindividuali.

7. *Le novità sul versante metodologico*

Tutto questo, tuttavia, attiene al merito della riflessione della dottrina processualcivilistica.

Sennonché, trasversale a queste tendenze o filoni di ricerca emerge il problema del metodo, che in questa sede mi pare ancor più rilevante. Intendendo per metodo – per usare la nota definizione di Bobbio – il «complesso dei procedimenti intellettuali richiesti per condurre una ricerca al fine desiderato e proposto»[39] o – per usare l'altrettanto nota definizione di Carnelutti –

dell'ordinamento, intrapreso agli inizi degli anni '60 del XX secolo, «è adesso paradigma dominante nella cultura giuridica italiana: le strategie argomentative ad esso funzionali [...] fanno ormai parte pacificamente della "cassetta degli attrezzi" del giurista».

[33] È, questo, uno dei modi della "costituzionalizzazione" dell'ordinamento, ossia l'"applicazione diretta" delle norme costituzionali nella ricostruzione degli istituti disciplinati dalla legislazione ordinaria. Su questa modalità di "costituzionalizzazione" v., con riferimento al diritto civile, RODOTÀ 1965, 163 ss.; RODOTÀ 1967, 83 ss.; GAMBARO, PARDOLESI 1985, 5 ss.; OPPO 1991, 475 ss.; PATTI 1999, 23 ss.; con riferimento al diritto processuale civile, COMOGLIO 1970, 127 ss.; CAPPELLETTI, VIGORITI 1971, 606 ss.; VIGORITI 1973, 25 ss.; TROCKER 1974, 513 ss.; DENTI 1984, 443 ss.; ANDOLINA, VIGNERA 1997, 97 ss.

[34] Per un discorso più generale v. PINO 2010, 124, il quale, infatti, indica – fra i modi attraverso i quali si arriva all'"applicazione diretta" della Costituzione – quello che porta a considerare la costituzione «come la fonte dei principi informatori dei vari sotto-settori disciplinari – eventualmente effettuando una riconfigurazione, alla luce della Costituzione, di specifici istituti e dei principi settoriali di una certa materia».

[35] CARRATTA 2014, 47 ss. e 491 ss.

[36] FERRAJOLI 2007a, 880 ss., e FERRAJOLI 2007b, 213 ss.; FERRAJOLI 2009a, 3 ss.; FERRAJOLI 2009b, 9 ss., dove il rilievo che le sentenze «sono sempre accertamenti di una violazione, ed esigono quindi una motivazione fondata su argomenti cognitivi in fatto e ri-cognitivi in diritto, dalla cui verità, sia pure approssimativa come è ogni verità empirica, dipende sia la loro *validità* o legittimazione giuridica, sia la loro *giustizia* o legittimazione politica».

[37] Per un discorso più articolato rinvio a CARRATTA 2003, 27 ss., spec. 36 ss.; v. anche TARUFFO 1997, 315 ss., spec. 319 ss.; TARUFFO 2001, 11 ss., spec. 20 ss.; TARUFFO 2006, 476 ss.; CHIARLONI 2004, 11 ss., spec. 31 ss.; CHIARLONI 2008, 129 ss.

[38] V., in particolare, COSTANTINO 2009, 7 ss.; CAPONI 2015, 10 ss.; MARCHESI 2003, 109 ss.

[39] BOBBIO 1968, 602; BOBBIO 1994, 165.

la «via per andare innanzi; [...] per raggiungere la meta»[40]. Vale a dire l'insieme dei procedimenti seguiti per raggiungere determinati obiettivi dall'indagine conoscitiva.

Da questo punto di vista, non si possono non registrare fattori nuovi che, inevitabilmente, vanno ad impattare sul modo attraverso il quale la scienza del processo procede. Nella piena consapevolezza che la posizione assunta sul piano metodologico è in grado di influire sugli stessi risultati della ricerca scientifica.

Il primo di questi fattori nuovi, che, in realtà, è comune all'intera scienza giuridica, riguarda proprio l'approccio con il quale la dottrina processualcivilistica affronta l'analisi degli istituti processuali, essendo costretta a muoversi in un contesto ordinamentale policentrico, nel quale operano – con finalità non sempre coincidenti fra loro – le norme codicistiche, la legislazione speciale, la Costituzione, le norme e i principi sovranazionali e nel quale gli interventi del legislatore ordinario sono del tutto privi di sistematicità.

Il secondo, invece, è una diretta conseguenza del primo ed attiene al modo di interpretare la funzione del processo in generale e di quello civile in particolare nell'attuale momento storico di evoluzione del complessivo ordinamento giuridico, e cioè alla tendenza a fare del processo il centro propulsore dell'intero sistema e ad esaltare la prospettiva processuale del diritto, proprio in conseguenza del venir meno del modello positivista.

Terzo fattore nuovo di rilevanza metodologica mi pare sia l'indebolirsi del principio di legalità processuale e, di riflesso, l'accrescersi della creatività giurisprudenziale proprio sul piano dell'individuazione delle "regole del gioco".

Infine, strettamente legata ai primi tre, va registrata la sempre maggiore predominanza del ruolo della giurisprudenza nella ricostruzione dello *jus positum* e, di conseguenza, la prevalenza del metodo casistico-induttivo anche nell'approccio scientifico ai problemi del processo.

Vediamoli partitamente.

8. *La scienza del processo civile nel contesto ordinamentale policentrico*

In primo luogo, è difficile oggi sostenere che il processualista possa limitarsi ad esaminare e interpretare le disposizioni del codice e sulla base di queste ricostruire un compiuto sistema processuale. Piuttosto, è la riflessione intorno ai principi generali – ordinari, costituzionali e sovranazionali – che offre utili elementi per ricostruire gli istituti processuali e quindi il sistema processuale nel suo complesso.

Osservata da una simile prospettiva, l'attività interpretativa - in funzione normativa, ma sul versante processuale - necessariamente richiede di tener conto anche degli specifici interessi che entrano in gioco con riferimento ad una disposizione processuale da interpretare o che comunque rilevano quando si tratti di sciogliere un'antinomia o di colmare una lacuna normativa o assiologica nella disciplina processuale interna.

La valorizzazione dell'"elemento sistematico", quindi, oggi non può prescindere sia dall'identificazione dei principi generali che sovrintendono all'ordinamento processuale nella sua complessità (ordinario, costituzionale, sovranazionale)[41], sia dalla loro comparazione[42].

[40] CARNELUTTI 1953, 108: «metodo, ch'è una delle tante parole trasparenti, significa via per andare innanzi; si direbbe: per raggiungere la meta».

[41] Osserva BETTI 1971, 312, che "principio" sta ad indicare «qualcosa che si contrappone concettualmente a compimento, a conseguenza che ne discende, e così alla norma compiuta e formulata: è il pensiero, l'idea germinale, il criterio di valutazione, di cui la norma costituisce la messa in opera, calata in una specifica formulazione».

[42] LA CHINA 1978, 411 ss., spec. 413 s., per il quale la «tendenza al sistema nell'interpretazione della norma processuale va vista nel fatto che, a ben guardare, anche la più audace interpretazione innovativa e antischematica e di rottura di norme processuali è pur sempre, sul piano tecnico, una interpretazione di combinato disposto, e cioè di norme con norme, per una migliore integrazione dei rispettivi contenuti»; e dunque, «l'interpretazione della norma

Si tratta di veri e propri criteri di valutazione, in grado di orientare l'interprete; "strumenti" dell'interpretazione, infatti, li definiva Emilio Betti[43]; «meri valori senza fattispecie», invece, li definisce oggi Andrea Proto Pisani[44], che in quanto tali possono supportare da soli la creazione di vere e proprie regole[45].

Ora, il ricorso ai principi nell'interpretazione del diritto processuale civile non costituisce una pratica recente e neppure confinabile ad epoca successiva all'introduzione della Carta costituzionale[46]. E non è certo casuale il fatto che, fra la fine del XVIII e l'inizio del XIX secolo, la dottrina tedesca procedette, sulla scia della pandettistica, proprio alla concettualizzazione (e conseguente dogmatizzazione) dei principi processuali in forma di *Maximen*. Né è certo casuale che oggi si parli – per descrivere la tendenza a creare *jus positum* in via interpretativo-applicativa[47] – di orientamento neo-pandettista[48].

In quest'ottica si comprende bene l'enorme importanza che ha avuto ed ha per il diritto processuale civile la c.d. interpretazione adeguatrice o conforme ai principi della Costituzione o orientata costituzionalmente. Vale a dire l'operazione tendente ad offrire una lettura delle disposizioni processuali esistenti – eventualmente fra loro contrastanti – in modo tale da adeguarle ai valori o principi espressi dalla Carta costituzionale o, sul versante opposto, a colmare nello stesso modo determinate lacune normative o assiologiche.

Basti pensare, a questo proposito, a quanto è avvenuto negli ultimi anni con l'interpretazione adeguatrice di alcune disposizioni processuali che soprattutto la giurisprudenza della Suprema Corte ha condotto al fine di renderle conformi al principio della ragionevole durata del processo, dopo che esso è stato espressamente formulato nel 1999 all'interno dell'art. 111 Cost.[49] Arrivando, in taluni casi, a disapplicare espresse disposizioni perché in contrasto con il principio della ragionevole durata[50] o a riformularle per adeguarle – sul presupposto dell'esistenza di una lacuna assiologica – allo stesso principio[51] o a creare norme inesistenti per colmare lacune normative

processuale [...] non può sfuggire all'inquadramento e diremmo al reticolo delle leggi e, attraverso esse, dei principi generali dell'ordinamento giuridico». V. anche PINO 2011, 19 ss.

[43] BETTI 1971, 325.

[44] PROTO PISANI 2015, 455 ss.

[45] Merita di essere segnalata, tuttavia, la preoccupazione che manifestava già MENGONI 1986, 5 ss., osservando che «non ha avuto seguito la proposta di una "legislazione per principi", del che non è il caso di dolersi se si considera il rischio che una legislazione di tal fatta porti lo Stato di diritto a degenerare in uno Stato giustizialista».

[46] Lo sottolinea PROTO PISANI 2015, 455, osservando che «per un verso la valutatività (l'operare dei valori) nell'interpretazione è fenomeno da sempre esistito, per altro verso dal 1948 in poi (con l'entrata in vigore della Costituzione e poi della legislazione *lato sensu* europea) è di certo quantitativamente (non qualitativamente) aumentato»; nello stesso senso ANDRIOLI 1950, 27 ss.; MANDRIOLI, CARRATTA, 2017, 566 ss.; PANZAROLA 2015a, 680 ss., spec. 681, per il quale «lo studioso del processo civile da sempre è costretto a muoversi su piani diversi e, se è ovviamente guidato dalla regola, nel suo cammino è illuminato dai principi»; PANZAROLA 2015b , 313 ss.; per considerazioni di carattere generale v. anche STÜRNER 2014, 271 ss.

[47] GROSSI 2003, 109 s.: «il vero diritto positivo non è *quello* posto da una autorità legittima, bensì *quello* che l'interpretazione/applicazione immerge nella positività della società e rende sostanzialmente e non solo formalmente positivo. Si valorizza l'interprete come intermediatore, ma in quanto voce della comunità; è pertanto la comunità a essere valorizzata, non più gregge passivo di destinatari di comandi repressivi; è valorizzata l'effettività del consenso presente dei consociati che l'interprete esprime».

[48] NATALE 2016, 8; FERRAJOLI 2016, 16.

[49] V., su questo *trend*, PROTO PISANI 2015, 455 s.; VERDE 2011, 528 ss.; PANZAROLA 2015a, 682 ss.; CONSOLO 2017, 9 s.; CAPONI et al. 2010, 1794 ss.; CAPONI 2009, 380 ss.

[50] V., ad es., Cass., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9741, con riferimento all'art. 334, 2° comma, c.p.c.; Cass., sez. un., 29 aprile 2009, n. 9946, con riferimento alla possibilità della Cassazione di decidere nel merito anche nel caso di cui all'art. 383, 2° comma, c.p.c., che, invece, impone comunque il rinvio al giudice d'appello.

[51] Si pensi, ad es., alla pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione sull'art. 37 c.p.c. (Cass., sez. un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in «Giurisprudenza italiana», con nota di CARRATTA 2009, e in «Rivista di diritto processuale», con nota di RICCI 2009 e di PETRELLA 2009; v. anche COLESANTI 2009).

che avrebbero provocato violazioni del medesimo principio[52]. Tanto da indurre qualcuno a parlare del principio di ragionevole durata da garanzia per la parte contro gli abusi del protrarsi ingiustificato del processo a "*killer* di garanzie"[53].

Né, d'altro canto, è da trascurare – sempre al fine di individuare lo strumentario del processualista, e probabilmente più di quello tedesco e francese, che di quello italiano[54] – l'importanza che assumono i principi affermati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, in un contesto di maggiore stratificazione delle fonti di riferimento per il giudice nazionale[55]. Giungendo, per questa strada, ad un vero e proprio scavalcamento della tradizionale competenza esclusiva degli Stati nella materia processuale[56].

Basti pensare, in proposito, a quali conseguenze ha avuto questa giurisprudenza su istituti tradizionali e centrali del sistema processuale interno: dal giudicato, al ruolo del giudice, alle invalidità processuali, alle impugnazioni, alle prove, alla responsabilità civile dei giudici, al contraddittorio, alla nozione di parte processuale, e via discorrendo[57].

9. *La scienza del processo civile al tempo delle fonti multilivello*

È facile comprendere l'incidenza di questo elemento sul metodo seguito dalla dottrina del processo confrontando la situazione attuale con quella che ha caratterizzato il passato.

Se alla concezione pubblicistica del processo civile, che si sviluppa agli inizi del '900 e che soppianta la precedente idea del processo come "cosa delle parti", si associa la scelta di una scienza processualistica che si pretende debba essere neutrale, meramente tecnica, oggi una scelta di questo tipo non è più proponibile.

Agli inizi del '900 lo Stato italiano unitario, di recente faticosa costruzione, aveva bisogno anche della dottrina processualistica per rafforzarsi e guadagnare una propria identità. E non è certo casuale il fatto che, mentre in precedenza i processualcivilisti guardavano alla dottrina francese, con Chiovenda e i chiovendiani cominciano a guardare con più interesse alla Germania, anch'essa alle prese all'epoca con un processo di unificazione non dissimile da quello che italiano[58]. È la fase del passaggio dal metodo "esegetico" a quello "sistematico" – per usare le parole di Carnelutti[59] – e della costruzione dell'ancora attuale sistema processuale.

Questo metodo domina in quegli anni la dottrina e la manualistica processualcivilistica. In questo contesto la riflessione si muove tutta all'interno del territorio delimitato dalle norme

[52] Si pensi, ad es., alla pronuncia delle Sezioni unite (Cass., sez. un., 22 febbraio 2007, n. 4109, in «Foro italiano», con nota di ORIANI 2007, e in «Rivista di diritto processuale», con nota di ACONE 2007) sulla *translatio judicii* in caso di difetto di giurisdizione, prima che il legislatore intervenisse con l'introduzione dell'art. 59 l. n. 69/2009.

[53] RICCI 2010, 975 ss.

[54] Come nota CONSOLO 2015, 137.

[55] LIPARI 2008, 139 ss.; LIPARI 2013, 1207 ss.; PIZZORUSSO 2011, 166 ss.; CARLASSARE 2008, 541 ss.

[56] Osserva LIPARI 2013, 1219, che uno dei sintomi del «superamento della distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto è dato dal ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dall'indirizzo unificato che essa va, in maniera sempre più incisiva, offrendo alle decisioni dei giudici nazionali».

[57] Per un esauriente quadro d'assieme v. AA.VV. 2011; v. anche, *si vis*, CARRATTA 2015, 1400 ss.

[58] V. anche GROSSI 2000, 71 ss.

[59] CARNELUTTI 1939, 73 ss., il quale, con riferimento al periodo "sistematico" individua due fasi: una prima, nell'ambito della quale vengono elaborate "alcune teorie particolari", come quella di Carlo Lessona sulle prove e quella di Lodovico Mortara sulla giurisdizione, e una seconda fase, quella di Chiovenda, che introduce in Italia per la prima volta i «grandi problemi della scienza del processo: l'autonomia dell'azione, il valore della cosa giudicata, la natura della sentenza, la concezione del processo come rapporto tra soggetti»; CARNELUTTI 1947, 233 ss.; SATTA 1937a, 32 ss.; SATTA 1937b, 276 ss.; CRISTOFOLINI 1937a, 105 ss.; CRISTOFOLINI 1937b, 282 ss.; CALAMANDREI 1947, 113 ss.; TARELLO 1969, 274 ss.; TESORIERE 1972, 1318 ss. e 1576 ss.; CIPRIANI 1991, 47 ss.; v. anche, all'interno di una più ampia analisi storica della scienza giuridica, GROSSI 2000, 42 ss.

statali ed esclude condizionamenti di altra natura, percepiti come elementi di confusione dell'analisi giuridica, che deve risultare il più possibile libera da incrostazioni extragiuridiche o da riferimenti politico-culturali.

Emblematica, da questo punto di vista, è la riflessione che va sviluppandosi in quegli anni, attraverso gli scritti di Franz Klein, sulla funzione sociale del processo[60].

Quest'impostazione della scienza processualcivilistica attraversa anche l'esperienza fascista e perdura fino agli anni '60 del secolo scorso. Del resto, dopo la caduta del fascismo sarà proprio la scelta "neutrale" e tecnica della dottrina dell'epoca anche nel confezionamento del codice di procedura civile del 1940 che consentirà di salvarlo dall'accusa – peraltro, mai sopita[61] – di essere un codice "fascista"[62].

È solo intorno agli anni '60 del secolo scorso che inizierà a farsi strada il modo nuovo di guardare al processo civile, propiziato dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana. Il varo della Costituzione del 1948 e, nel 1950, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, seguite nel 1956 dall'entrata in funzione della Corte costituzionale, sono novità troppo rilevanti per lasciare indenne la dottrina processualcivilistica.

Basti pensare, in proposito, ai saggi raccolti nel 1954 da Calamandrei nel volume *Processo e democrazia* (CALAMANDREI 1954) e gli scritti di Mauro Cappelletti sui rapporti fra processo e Costituzione raccolti nel volume *Processo e ideologie* del 1969 (CAPPELLETTI 1969) e di Vittorio Denti raccolti nel volume *Processo civile e giustizia sociale* del 1971 (DENTI 1971). La novità che irrompe sul proscenio della scienza processualcivilistica è l'idea della stretta connessione fra impostazione ideologica e dottrine formali del diritto processuale civile e delle interferenze fra problemi tecnico-processuali e questioni sociali: «il passaggio dalla concezione del diritto e della giustizia come "mantenimento dell'ordine sociale", a una concezione dinamica del diritto e della giustizia come postulazione di "mutamento sociale"»[63].

Ebbene, si avvia in quegli anni quel fenomeno di "costituzionalizzazione" del processo civile che porterà nel 2001 all'introduzione nella Carta dei c.d. principi del giusto processo, peraltro, secondo molti, già ricavabili dal testo originario della Carta costituzionale.

Siamo passati, dunque, da un metodo tecnico-giuridico e neutrale, a metodi di ricerca della scienza del processo sempre più influenzati e integrati da elementi ulteriori (i principi costituzionali, le questioni sociali, le esigenze socio-politico-culturali dell'integrazione europea)[64].

Al processualista del tempo attuale – novello "*systematis conditor*" di wolffiana memoriap[65] – si richiede, perciò, non solo la conoscenza tecnica dello strumento e degli istituti processuali, ma soprattutto la piena consapevolezza del carattere "politico" del processo e la propensione ad offrire soluzioni tecnico-processuali compatibili con i principi e gli obiettivi della Carta costituzionale e degli impegni sovranazionali, accompagnata da un'attenzione costante ai problemi pratici e organizzativi che riguardano in concreto l'amministrazione della giustizia civile.

[60] Rinvio, in proposito, a CARRATTA 2017a, 87 ss.; CARRATTA 2017b, 579 ss.

[61] V., in particolare, TARELLO 1989, 9 ss.; CIPRIANI 1992, *passim*; CIPRIANI 2006, 5 ss.; CIPRIANI 2007, 90 ss.; MONTELEONE 2003, 575 ss.; CHIZZINI 2014, 155 ss., spec. 158, nt. 51.

[62] V., per tutti, PROTO PISANI 1972, 35 ss.; PROTO PISANI 1999, 713 ss.; PROTO PISANI 2006, 375 ss.; GROSSI 1999, 2 ss.

[63] Così CAPPELLETTI 1978, 1381 ss., spec. 1422 s.

[64] GROSSI 2011b, 31; LIPARI 2018a, 5 ss.; ma v. anche LUZZATI 2009, 23 ss., che parla dell'"illusione della neutralità" e del progressivo passaggio dalla "neutralità" all'"impegno".

[65] WOLFF 1740, § 889, 635: «*Systematis* vero *conditor* est, qui veritates apud alios auctores obvias suoque fini accommodas eligit et inter se connectit. *Systema* enim dicitur veritatum inter se et cum principiis suis connexarum congeries». Sulla figura del processualista "*systematis conditor*" del secolo XVIII v., in particolare, PICARDI 2007, 220 s., che così lo descrive: «lungi dal limitarsi ad una semplice disposizione della materia in ordine logico e chiaro, egli tende a riordinare la molteplicità dei fenomeni processuali sulla base di proposizioni fondamentali. Ormai si va alla ricerca di postulati ordinanti cui riconoscere il valore di "principi" e da cui ricavare *per legitimam consequentiam*, attraverso un ininterrotto filo di ragionamenti, le restanti proposizioni»; PICARDI 1987, 101 ss.; v. anche NÖRR 2013, 25 ss. e qui, anche la premessa di PICARDI 2013, 11 ss.

Come ha sottolineato di recente Nicolò Lipari in un suo saggio sul principio di ragionevolezza come criterio guida delle soluzioni giudiziali,

> «nel momento in cui si riconosce che, nell'operante realtà del diritto, la fonte non preesiste all'enunciato, ma emerge all'esito del procedimento applicativo nella concreta lettura che ne fa il giudice, è evidente che è necessario offrire a quest'ultimo un criterio di orientamento, un indice di valutazione della soluzione proposta che appaia plausibile, condivisibile, appunto ragionevole nell'ottica di una dialettica tra soggetti uguali»[66].

10. *La riscoperta della prospettiva processuale del diritto*

Un secondo fattore di rilevanza metodologica per il processualista è dato – come dicevo – dalla rinnovata prospettiva processuale del diritto.

È inevitabile che, se partiamo dal presupposto che il sistema processuale si ricostruisce attraverso lo *jus positum* che nasce dall'interpretazione e applicazione alla luce dei principi generali (ordinari, costituzionali e sovranazionali), si assista sempre più all'esaltazione della prospettiva processuale del diritto e dunque all'affermarsi di una visione *processo-centrica* dell'intero ordinamento. Non solo «è finito il tempo delle norme scolpite nel marmo», come scriveva Cordero nella Premessa alla sua *Procedura penale*[67], ma l'individuazione stessa di norme che prescinda dall'interpretazione e applicazione è difficile e probabilmente anche inutile.

Di questo la giurisprudenza, peraltro, è pienamente consapevole. È di poco tempo fa una pronuncia delle Sezioni unite della Cassazione nella quale si legge, a chiare lettere, che

> «l'interpretazione giudiziale, pur essendo uno "strumento percettivo e recettivo, non correttivo e/o sostitutivo della *voluntas legis*" (Cass. 14 giugno 2016, n. 12144), consente alla disposizione legislativa di divenire "norma" e di assumere il significato attribuitole dall'interprete tra i diversi e plausibili significati traibili dal testo, secondo le variabili dello spazio e del tempo nel quale il momento esegetico si realizza»[68].

E nella quale ancora si aggiunge che, a differenza di quel che accade laddove ci si rifaccia al metodo sillogistico-deduttivo, la "norma" «non è il presupposto o l'oggetto ma il risultato dell'interpretazione che si alimenta di tecniche discorsive di tipo argomentativo e persuasivo ispirate al principio di ragionevolezza»[69].

Vi è in queste parole l'esplicitazione proprio della prospettiva processuale dell'interpretazione e applicazione del diritto. Prospettiva che, come noto, ha nobilissime origini.

In effetti, nel 1938, ricordando Chiovenda, che era scomparso l'anno prima, sulla *Rivista internazionale di filosofia del diritto*[70], Giuseppe Capograssi, interrogandosi sul fondamento ultimo dell'esperienza giuridica, evidenziò come il processo costituisca il momento più singolare dell'intera esperienza giuridica, poiché in esso si manifestano «tutte le insufficienze le imperfezioni le incompiutezze della vita del diritto»[71].

Ed infatti, quando la parte – per usare le parole dello stesso Capograssi – "entra nel processo", vuole che la sua pretesa, il proprio fine particolare, sia universalmente riconosciuto e questo

[66] LIPARI 2018b, 1427 ss., spec. 1436.
[67] CORDERO 1992, *Premessa*.
[68] Cass., sez. un., 12 febbraio 2019 n. 4135, § 12.3.1 della motivazione.
[69] *Ibid.*
[70] CAPOGRASSI 1959b, 131 ss.
[71] CAPOGRASSI 1959b, 134.

riconoscimento può avvenire solo attraverso il realizzarsi dell'ordinamento giuridico nel caso concreto. In questo, in fondo, è l'essenza del processo: la trasformazione dell'individuale volizione in pretesa riconosciuta di fronte a tutti dall'ordinamento giuridico[72].

Non si tratta, dunque, di procedere con il processo ad un'applicazione della legge generale ed astratta al caso concreto e attraverso ciò annullare le volontà particolari presenti nel processo con una volontà superiore, quanto piuttosto di affermare universalmente il valore giuridico di una volontà particolare o individuale. Proprio per questa ragione, concludeva Capograssi, «il processo è la positiva celebrazione del diritto come valore nel rapporto concreto, vale a dire della legge non come qualcosa da applicare dall'esterno, ma della legge, che dà valore, che conserva, che legittima la volontà particolare»[73]. Consentendo, così, il manifestarsi della «duplicità dell'esperienza giuridica, di ogni ordinamento giuridico e cioè l'unità dell'ordinamento e l'autonomia del singolo soggetto, la inevitabile duplicità che costituisce la struttura stessa di ogni ordinamento giuridico»[74].

Da una simile impostazione deriva che il processo non si risolve in una pura e semplice applicazione della legge generale ed astratta al caso concreto in essa sussunto, come insegnava Chiovenda. Il processo, infatti, non si limita alla ricostruzione del caso concreto, a cui applicare la fattispecie astratta, ma mira all'individuazione della regola del caso particolare e, così operando, esso diventa il necessario completamento dell'opera del legislatore. «Il processo è processo – scrive Capograssi – : appunto un procedere per arrivare a questa trasformazione, di qualcosa che più non esiste e farla esistere di nuovo, e di una legge che è generale, e farla diventare concreta»[75].

Mi sono soffermato su questi passaggi di Capograssi, che danno l'idea di quella che viene comunemente etichettata come la prospettiva processuale del diritto, perché si tratta probabilmente della prospettiva che meglio consente di comprendere lo stato attuale dell'esperienza giuridica. In effetti, nell'ambito di questa prospettiva – chiarisce ancora Capograssi – «tutti i punti dell'esperienza giuridica, tutti i soggetti e tutte le specie di diritti e di poteri, che la compongono, convergono in quella specie di punto di ritrovo che è il processo»[76]. E probabilmente anche da questa consapevolezza nasce la risalente convinzione – già presente in Calamandrei[77], Carnelutti[78], Allorio[79] e Goldschmidt[80] – che, sul piano didattico del diritto processuale, il metodo teorico non deve procedere disgiunto da quello casistico e "clinico".

[72] CAPOGRASSI 1959b, 141 s.
[73] CAPOGRASSI 1959b, 149.
[74] CAPOGRASSI 1959b, 152.
[75] Così CAPOGRASSI 1959a, 51 ss., spec. 59.
[76] CAPOGRASSI 1959b, 147.
[77] CALAMANDREI 1923, 256 ss., spec. 271 ss., il quale – riprendendo e sviluppando le riflessioni del romanista e civilista tedesco ZITELMANN 1920, 20 ss. – osserva: «io credo che tanto per i corsi propedeutici quanto per quelli approfonditi, il metodo di insegnamento normale dovrebbe essere quello della esercitazione»; e ciò in quanto «la Università insegna ad imparare; che non vuol dire fare dotti, ma capaci; che cioè, anche nelle materie giuridiche, l'Università non deve appiccicare in testa agli studenti le soluzioni già preparate degli infiniti casi che la pratica presenta, ma deve educare la loro mente ad affrontare da sé i problemi nuovi e a trovare da sé la soluzione». In proposito v. anche CAPPELLETTI 1974, 53 ss.
[78] CARNELUTTI 1935, 169 ss., spec. 170, il quale sottolinea l'esigenza che anche i corsi di giurisprudenza dovrebbero avere «una forma di insegnamento che corrispond[a], su per giù, all'insegnamento clinico» dei corsi di medicina e tale insegnamento «dovrebbe, appunto, fornire al discente quella somma di cognizioni e di esperienze, che si riferiscono non tanto al *sapere* quanto al *saper fare*» (corsivi nel testo).
[79] ALLORIO 1958, 1326 ss., spec. 1328 ss., il quale, sebbene favorevole alla "clinica del diritto", si esprime criticamente, invece, sulla «riproduzione fittizia del processo nella scuola»; v. anche, a proposito dei metodi dell'insegnamento universitario di Allorio, DE MITA 2013, 26 ss.
[80] GOLDSCHMIDT 1887, 262, il quale invita a promuovere, nell'insegnamento del diritto, la «penetrazione scientifica della teoria attraverso la sua applicazione ai casi pratici».

11. *L'indebolirsi del principio di legalità processuale*

Ma c'è di più. E vengo al terzo fattore di rilevanza metodologica.

La funzione del processo quale "scopritore" o, meglio "generatore" di diritto si rinviene non solo con riferimento al diritto sostanziale, e quindi secondo la visione capograssiana (e sattiana), ma anche con riferimento alla stessa disciplina del processo. In questa visione il processo non solo è il "punto di ritrovo" dell'ordinamento sostanziale – per richiamare le parole di Capograssi –, ma diventa esso stesso "punto di ritrovo" anche dell'ordinamento processuale.

Questa tendenza è ancor più accentuata dalla scelta sempre più diffusa del legislatore italiano, il quale – per venire incontro all'esigenza di adeguare la struttura processuale alla diversa complessità delle controversie da risolvere – sembra voler rinunciare ad una specifica e puntuale disciplina delle forme, termini e modalità dell'attività delle parti e dei poteri del giudice[81]. Scelta che – occorre sottolinearlo – aumenta i rischi di piena discrezionalità, se non di arbitrio, del giudice nell'individuazione delle forme processuali da seguire, essendo noto che, nel modello teorico dello stato di diritto, il principio di legalità ha proprio la funzione di limitare l'arbitrio del potere pubblico, incluso quello giurisdizionale[82].

E basti pensare, a questo proposito, alla fortuna che hanno incontrato presso il nostro legislatore formule semplificatorie della disciplina processuale come quella che consente al giudice – nell'ambito della trattazione del procedimento sommario di cognizione introdotto nel 2009 - di procedere «nel modo che ritiene più opportuno», salvo il rispetto del contraddittorio (art. 702 *ter*, 5° comma, c.p.c.). Con la conseguenza che, anche nella ricostruzione del sistema processuale, è difficile prescindere dallo *jus positum* che ancora una volta nasce dall'interpretazione e dall'applicazione di derivazione giurisprudenziale. Nel contesto di una disciplina processuale appena abbozzata dal legislatore, è inevitabile che il giudice sia, al tempo stesso, "inventore e interprete":

> «non potrà non fare opera di supplenza per colmare le omissioni sempre più numerose (e pesanti per la vita comune della collettività) causate dal silenzio e dalle negligenze di un legislatore sempre più screditato nella coscienza collettiva, né potrà sottrarsi al dovere di intermediazione tra legge vecchia e inadeguata e il nuovo che ribolle nel vivo della società civile»[83],

anche sulla spinta dei principi di derivazione sovranazionale.

A questo si affianca il riconoscimento, anche a livello normativo, di un'efficacia sempre più rilevante delle pronunce dell'organo nomofilattico, soprattutto nel suo più autorevole consesso delle Sezioni unite, un'efficacia quasi vincolante, non solo nei confronti degli stessi giudici componenti dei collegi in Cassazione (art. 374, 3° comma, c.p.c., introdotto nel 2006), ma anche dei giudici di merito (si pensi al "filtro" di inammissibilità del ricorso per cassazione, di cui all'art. 360 *bis*, n. 1, c.p.c., introdotto nel 2009, laddove la sentenza impugnata sia conforme ai precedenti della giurisprudenza del giudice della legittimità).

Tutto ciò – inutile dirlo – a detrimento sia del principio di legalità processuale[84], la cui centralità nel nostro sistema, invece, è confermata anche dall'art. 111 Cost., il quale, nel prevedere che «la giurisdizione si attua secondo le forme del giusto processo regolato dalla legge», evidenzia con grande incisività che il primo elemento che connota il processo "giusto" è nel fatto di essere

[81] Rinvio, in proposito, a CARRATTA 2011a, 239 ss.; CARRATTA 2008, 877 ss., spec. 879 ss.; CARRATTA, 2012b, 1 ss. Nello stesso senso v. anche LANFRANCHI 2001, 1 ss.; PROTO PISANI 2002, 265 ss.; BOVE 2002, 479 ss., spec. 490 ss.; BOVE 2014, 55 ss.; DONZELLI 2015, 942 ss.

[82] FERRAJOLI 2016, 14; CAPPELLETTI 1984, 8.

[83] Così descrive il ruolo del giurista nella realtà "stratificata" e "quindi complessa" della pos-modernità GROSSI 2016, 1149.

[84] CARLASSARE 1992, 11.

"regolato dalla legge", sia del principio, anch'esso di rilevanza costituzionale, della soggezione del giudice solo alla legge (art. 101, 2° comma, Cost.).

Peraltro, questa scelta ideologica del nostro legislatore probabilmente è alla base anche del modo con il quale lo stesso introduce le riforme processuali. Infatti, in molti degli ordinamenti di maggiore rilievo le più importanti riforme organiche del processo civile hanno solitamente avuto un *iter* molto articolato, volto a provocare un ampio e serio dibattito pubblico coinvolgente tutti gli interpreti del processo, le università e la dottrina. Si pensi a quanto è accaduto negli Stati Uniti d'America negli anni '90 del secolo scorso con l'elaborazione degli *Amendments* delle *Federal Rules of Civil Procedure*. O a quanto è accaduto per l'emanazione delle CPR inglesi del 1999 o per l'emanazione della LEC spagnola nel 2000.

Queste modalità, invece, sembrano abbandonate dal nostro legislatore, che preferisce sempre più frequentemente promulgare progetti di riforma, senza alcun serio confronto con la dottrina.

12. *La rilevanza del metodo casistico-induttivo*

Infine, in aggiunta alle altre tre tendenze metodologiche, appare quasi inevitabile che il sistema processuale – sempre che di sistema si voglia continuare a parlare – risulti sempre più ricostruito non sulla base della elaborazione dottrinale e della tradizione scientifica (cioè, puntando sulla validità delle norme), ma attraverso l'interpretazione finalizzata all'applicazione concreta (puntando, cioè, sull'effettività).

Con la conseguenza che la dottrina, anche quando nella scelta dei temi di ricerca si ponga in continuità con il passato, tende a far proprio – anche nell'analisi delle tematiche scientifiche e degli istituti processuali – il metodo tipico della giurisprudenza, il metodo casistico-induttivo, e non più, come nel passato, quello sistematico-dogmatico-deduttivo.

L'effetto più immediato che questo ha sulla dottrina è un ritorno a quella che Carnelutti definiva la «fase delle *teorie particolari*»[85], nella quale, cioè, lo sforzo costruttivo si riduce al singolo istituto o, al più, al singolo settore del sistema processuale, mentre manca del tutto l'architettura scientifica generale, o comunque un impianto concettuale preesistente. Un'esaltazione, in altri termini, del c.d. metodo topico di mengoniana memoria[86], vale a dire del metodo che prescinde dal primato delle astrazioni e dalla logica deduttiva e preferisce procedere per problemi e casi particolari, e dunque alla formazione della norma individuale del diritto. Fino ad arrivare – nelle sue espressioni più scadenti – a quel "'sano' provincialismo scientifico", che si nutre, da un lato, della «costruzione autarchica di concetti dogmatici» e, dall'altro lato, della «microanalisi della giurisprudenza domestica»[87].

Seguendo questa tendenza metodologica lo studio del processo si riduce allo «studio dei *τοποι* o *loci communes*, presso i quali si rinvengono tutti gli argomenti, diversi dalla dimostrazione logico-deduttiva, atti a reggere un discorso che parte, verte e conclude con proposizioni opinabili»[88], vale a dire con proposizioni fondate sulla logica argomentativo-persuasiva: le conclusioni alle quali si perviene seguendo il metodo topico, perciò, sono valide in forza della persuasività degli argomenti di cui si reggono.

E tuttavia, questo non necessariamente dovrebbe indurre a prescindere dalla (ri-)costruzione di un vero e proprio sistema compiuto e univoco. Come ammoniva lucidamente lo stesso Mengoni, infatti, «la topica moderna, intesa come tecnica del pensare per problemi, non solo

[85] CARNELUTTI 1939, 74.

[86] V., in proposito, MENGONI 1985c, 35 ss.; MENGONI 1985a, 79 s.; MENGONI 1989; v. anche FALZEA 2010, 311 ss.; GAVAZZI 1973, 409 ss.; VIEHWEG 1962, 31 ss.; CAVALLA 1992, 720 ss.

[87] Per riprendere le parole di TARUFFO 2002c, 9.

[88] GAVAZZI 1973, 410.

non si oppone al sistema, ma di questo è un elemento di supporto indispensabile»[89]. E come ha osservato più di recente Franco Modugno

> «la topica [...] non può rappresentare l'ultima e decisiva parola nel procedimento per la formazione, l'interpretazione e l'applicazione del diritto, ma se mai la penultima parola, dopo la quale dovrebbe essere ancora possibile per la scienza giuridica ritrovare un valido fondamento logico e un valido metodo costruttivo»[90].

In altri termini, l'abbandono del metodo positivista e di un sistema logico-deduttivo e l'apertura ad un metodo nuovo, del "pensare problematicamente", non necessariamente significa rinunciare alla costruzione di un sistema nuovo e diverso, che tenga conto della casistica per correggere e attenuare le sue rigidità. Nella consapevolezza che – sono ancora parole di Mengoni –

> «la topica non è una tecnica di decisione, ma soltanto una tecnica di formazione di ipotesi di soluzione razionalmente fondate, delle quali occorre poi accertare con altri mezzi la congruenza con la misura del sistema costituito. Questi mezzi sono dati dagli strumenti concettuali-conoscitivi della dogmatica giuridica»[91].

Il "pensare problematicamente", dunque, non è un modo per rinunciare agli strumenti della dogmatica e al sistema, quanto piuttosto una strada per ravvivare e rielaborare l'una e l'altro[92].

Significativa, da questo punto di vista, la vicenda che ha interessato la possibilità che l'istituto del *prospective overruling*, ovvero l'applicabilità solo per il futuro dei mutamenti giurisprudenziali, pure sorto ed elaborato nei sistemi di *common law* e fondato sul vincolo del precedente, trovi applicazione anche nei sistemi di *civil law*[93], senza necessariamente ammettere che anche in questi la giurisprudenza assuma il ruolo di fonte vincolante, ma solo a tutela del "legittimo affidamento" delle parti processuali[94] nell'interpretazione costante di una determinata disposizione processuale[95]. La nostra Cassazione, del resto, ha in più occasioni evidenziato come,

> «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 nomofilattica, senza forti ed apprezzabili ragioni giustificative»[96].

E ciò vale in modo particolare per le norme processuali «per le quali l'esigenza di un adeguato grado di certezza si manifesta con maggiore evidenza»; con la conseguenza che «ove siano compatibili con la lettera della legge due diverse interpretazioni, deve preferirsi quella sulla cui base si sia formata una sufficiente stabilità di applicazione nella giurisprudenza della Corte di cassazione»[97].

[89] MENGONI 1985a, 79 s.
[90] MODUGNO 2017, 1 ss., spec. 31 ss.
[91] MENGONI 1985c, 49.
[92] V. anche ZAGREBELSKY 1992, 181 ss., che parla di rielaborazione dei dogmi giuridici attraverso la "pressione" dei casi concreti; con specifico riferimento al ruolo della dogmatica nella riflessione processualcivilistica, STÜRNER 2014, 271 ss.
[93] V., in particolare, PASSANANTE 2018, 289 ss.; VIGLIONE 2014, 669 ss.; CALZOLAIO 2013, 899 ss.; MATTEI 1996, 158 ss.
[94] Cass., sez. un., 12 febbraio 2019, n. 4135; Cass., sez. un., 9 ottobre 2018, n. 28575; Cass., 27 dicembre 2011, n. 28967; Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144.
[95] V. anche CAPONI 2010, 535 ss.; PUNZI 2011, 1344 ss.; COSTANTINO 2011, 1074 ss.; RUFFINI 2011, 1404 ss.; AULETTA 2011, 2254 ss.; A. BRIGUGLIO 2010, 1174 ss.; VERDE 2012, 6 ss.; VANZ 2012, 1078 ss.; GABOARDI 2017, 451 ss.; PASSANANTE 2018, 289 ss.
[96] Così Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620. Nello stesso senso Cass., sez. un., 6 novembre 2014, n. 23675; Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864; Cass., 13 maggio 2003, n. 7355; Cass., 23 febbraio 1996, n. 1999.
[97] Cass., sez. un., 31 luglio 2012, n. 13620.

13. *Considerazioni conclusive*

È inevitabile che, all'interno di un tale contesto concettuale, il ruolo della scienza processualistica assuma connotazioni del tutto nuove rispetto al passato, dovendo essa acquisire sempre più consapevolezza del fatto che – volente o nolente – il processo, da luogo di interpretazione ed applicazione della legislazione scritta deliberata dal "sovrano politico", è sempre più luogo di "produzione" o "invenzione"[98] del diritto (sia sostanziale, che processuale), in cui insieme alla disposizione legislativa entrano in gioco valori, principi, interessi che, così come informano il concreto agire sociale, parimenti informano l'agire del giudice[99].

Anche per la dottrina processualistica, dunque, il problema attuale non è tanto quello della contrapposizione fra sistema unitario incentrato sulla codificazione e frantumazione (o perdita di "razionalità")[100] dello stesso per effetto della decodificazione e del moltiplicarsi di riti speciali (problema che, peraltro, nel nostro ordinamento continua a rimanere irrisolto)[101]; quanto, piuttosto – preso atto dell'esigenza di far convivere una pluralità di istanze e di interessi provenienti dalla società pluralista –, quello di rielaborare il sistema processuale tradizionale (oramai "frantumato" e sempre più «a pelle di leopardo»)[102] alla luce della molteplicità degli interessi coinvolti e della loro, necessaria, armonica combinazione. Ma non perché il processo civile sia chiamato a svolgere una funzione socio/politica, che ovviamente non gli appartiene, quanto perché solo in questo modo viene assicurata la genuinità delle decisioni giudiziali e la loro «salutare coerenza al divenire sociale»[103].

E questo risultato, stante la intrinseca natura strumentale del processo, può aversi – credo – solo guardando oltre i confini del diritto processuale e riconoscendo che – come ammonisce Taruffo in una raccolta di scritti di qualche anno fa intitolata proprio *Sui confini* – «non di rado ciò che si chiude fuori dal confine, ciò da cui il confine dovrebbe proteggere chi vi si rinchiude, è la realtà dei fenomeni di cui la "scienza rinchiusa" dice di volersi occupare»[104].

[98] «Termine che, usato nel significato dell'*invenire* latino (cercare e reperire), denuncia un'attività senz'altro attiva e impegnativa, senz'altro costruttiva, ma che non ha nulla di *creativo*»: così GROSSI 2018a, 9 ss., spec. 16.

[99] GROSSI 2016, 1135 ss.; GROSSI 2017b.

[100] TARUFFO 2002b, 53 ss.; TARUFFO 2002a, 11 ss.; v. anche PICARDI 2004, 41 ss.; ZAGREBELSKY 2002, 872 ss.; *si vis*, CARRATTA 2005, 67 ss. Per la sottolineatura del fatto che l'inefficienza del sistema processuale italiano abbia concorso a determinare la sua sostanziale marginalizzazione nello scenario europeo v. VARANO 2014, 127.

[101] Nonostante recenti, ambiziosi, ma nei fatti del tutto inutili, tentativi legislativi: per un quadro d'insieme rinvio a CARRATTA 2012a, 9 ss.

[102] TARUFFO 2002b, 56.

[103] GROSSI 2017a, 129.

[104] TARUFFO 2002c, 8.

Riferimenti bibliografici

AA.VV. 2011. *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII Convegno Nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile (Verona, 25-26 settembre 2009)*, Bologna, Bononia University Press.

ACONE M. 2007. *Giurisdizione e* translatio iudicii *aspettando Godot*, in «Rivista di diritto processuale», 62, 6, 2007, 1591 ss.

ALLORIO E. 1950. *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in «Jus», 1, 1950, 91 ss.

ALLORIO E. 1957. *Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale*, in ID., *Problemi di diritto*, III, Milano, Giuffrè, 183 ss.

ALLORIO E. 1958. *Sull'insegnamento universitario e postuniversitario del diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 12, 4, 1958, 1326 ss.

ALLORIO E. 1984. *Gli indirizzi recenti della scienza del processo civile*, in «Rivista di diritto civile», 30, 1, 1984, 1 ss.

ANDOLINA I. 2004. *Processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, in AA.VV., *Studi in memoria di Angelo Bonsignori*, Milano, Giuffrè, 21 ss.

ANDOLINA I., VIGNERA G. 1997. *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli.

ANDRIOLI V. 1950. *La giustizia costituzionale ed i principi di diritto processuale*, in «Rivista di diritto pubblico», 42, 1950, 27 ss.

ANDRIOLI V. 2007. *Progresso del diritto e stasi del processo*, in ID., *Scritti giuridici*, I, Milano, Giuffrè, 61 ss. (ed. or. in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, V, Padova, 1958, 411 ss.).

AULETTA F. 2011. *Irretroattività dell'*overruling, in «Foro italiano», 136, 1, 2011, 2254 ss.

BETTI E. 1971. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2 ed. a cura di G. Crifò, Milano, Giuffrè, 1971 (ed.or. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, Milano, Giuffrè, 1949).

BOBBIO N. 1968. *Metodo*, in *Novissimo Digesto italiano*, X, Torino, UTET, 602 ss.

BOBBIO N. 1994. *Contributi ad un dizionario giuridico*, a cura di R. Guastini, Torino, Giappichelli.

BOBBIO N. 2007. *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.

BOVE M. 2002. *Art. 111 Cost. e «giusto processo civile»*, in «Rivista di diritto processuale», 57, 2, 2002, 479 ss.

BOVE M. 2014. *Tutela sommaria e tutela a cognizione piena: criteri discretivi*, in «Il giusto processo civile», 9, 1, 2014, 55 ss.

BRIGUGLIO A. 2010. *L'*overruling *delle Sezioni Unite sul termine di costituzione dell'opponente a decreto ingiuntivo ed il suo (ovvio e speriamo universalmente condiviso) antidoto*, in «Il giusto processo civile», 5, 4, 2010, 1165 ss.

CALAMANDREI P. 1923. *La Facoltà di Giurisprudenza*, in PASQUALI G., CALAMANDREI P., *L'Università di domani*, Foligno, Campitelli, 256 ss.

CALAMANDREI P. 1947. *Gli studi di diritto processuale in Italia nell'ultimo trentennio*, in ID., *Studi sul processo civile,* V, Padova, CEDAM, 113 ss.

CALAMANDREI P. 1954. *Processo e democrazia*, Padova, CEDAM.

CALZOLAIO E. 2013. *Mutamento giurisprudenziale e* overruling, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», 67, 3, 2013, 899 ss.

CAPOGRASSI G. 1959a. *Giudizio processo scienza verità*, in ID., *Opere*, V, Milano, Giuffrè, 51 ss. (ed. or. in «Rivista di diritto processuale», 5, 1, 1950, 1 ss.).

CAPOGRASSI G. 1959b. *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, in ID., *Opere*, IV, Milano, Giuffrè, 131 ss. (ed. or. in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 3, 1938, 252 ss.).

CAPONI R. 2003. *Scuole di specializzazione per le professioni legali ed insegnamento del diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 57, 1, 2003, 127 ss.

CAPONI R. 2007. *Metodologie pratico-applicative per la didattica del diritto processuale*, in GIULI D., LETTIERI N., PALAZZOLO N., ROSELLI O. (eds.), *Simulazioni interattive per la formazione giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 37 ss.

CAPONI R. 2009. *Quando un principio limita una regola (ragionevole durata del processo e rilevabilità del difetto di giurisdizione)*, in «Corriere giuridico», 26, 3, 2009, 372 ss.

CAPONI R. 2010. Overruling *in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in «Rassegna forense», 43, 3, 2010, 535 ss.

CAPONI R. 2015. Doing Business *come scopo del processo civile?*, in «Foro italiano», 140, 5, 2015, 10 ss.

CAPONI R., DALFINO D., PROTO PISANI A., SCARSELLI G. 2010. *In difesa delle norme processuali*, in «Foro italiano», 1, 2010, 1794 ss.

CAPPELLETTI M. 1969. *Processo e ideologie*, Bologna, il Mulino.

CAPPELLETTI M. 1974. *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università (studi-polemiche-raffronti)*, Milano, Giuffrè.

CAPPELLETTI M. 1978. *Appunti per una fenomenologia della giustizia nel XX secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 32, 4, 1978, 1381 ss.

CAPPELLETTI M. 1984. *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè.

CAPPELLETTI M., VIGORITI V. 1971. *I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano*, in «Rivista di diritto processuale», 26, 4, 1971, 604 ss.

CARLASSARE L. 1992. *Legge (riserva di)*, in *Enciclopedia giuridica*, XVIII, Roma, Treccani, 1 ss.

CARLASSARE L. 2008. *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milano, Giuffrè, 536 ss.

CARNELUTTI F. 1935. *Clinica del diritto*, in «Rivista di diritto processuale civile», 1, 2, 1935, 169 ss.

CARNELUTTI F. 1939. *Metodi e risultati degli studi sul processo in Italia*, in «Foro italiano», 64, 4, 1939, 73 ss.

CARNELUTTI F. 1947. *Scuola italiana del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 1, 1947, 233 ss.

CARNELUTTI F. 1953. *Controversie sul metodo*, in ID., *Discorsi intorno al diritto*, II, Padova, CEDAM, 109 ss.

CARPI F. 2016. *La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 70, 3, 2016, 811 ss.

CARRATTA A. 2003. *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 58, 1, 2003, 27 ss.

CARRATTA A. 2005. *I nuovi riti speciali societari fra «decodificazione» e «sommarizzazione»*, in LANFRANCHI L., CARRATTA A. (eds.), *Davanti al giudice. Studi sul processo societario*, Torino, Giappichelli, 67 ss.

CARRATTA A. 2008. *Processo sommario (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, Milano, Giuffrè, 877 ss.

CARRATTA A. 2009. *Rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione e uso improprio del "giudicato implicito"*, in «Giurisprudenza Italiana», 2009, 1459 ss.

CARRATTA A. 2011a, *Sub artt. 113-114*, in CARRATTA A., TARUFFO M. (eds.), *Poteri del giudice*, Bologna, Zanichelli, 233 ss.

CARRATTA A. 2011b. *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano "Vittorio Scialoja"», Vol. I, 2011, 103 ss.

CARRATTA A. 2012a. *La «semplificazione» dei riti e le nuove modifiche del processo civile*, Torino, Giappichelli.

CARRATTA A. 2012b. *Struttura e funzione dei procedimenti giurisdizionali sommari*, in ID. , *La tutela sommaria in Europa. Studi*, Napoli, Jovene, 1 ss.

CARRATTA A. 2013. *Vittorio Scialoja ed il processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 68, 1, 2013, 97 ss.

CARRATTA A. 2014. *Dovere di verità e completezza nel processo civile (I-II)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 68, 1, 2014, 47 ss. e 491 ss.

CARRATTA A. 2015. *Libertà fondamentali del Trattato dell'Unione Europea e processo civile*, in «Rivista di diritto processuale», 70, 6, 2015, 1400 ss.

CARRATTA A. 2017a. *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in MACARIO F., MILETTI M.N. (eds.), *La funzione sociale del diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, Roma Tre Press, 87 ss.

CARRATTA A. 2017b. *La «funzione sociale» del processo civile, fra XX e XXI secolo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 71, 2, 2017, 579 ss.

CARRATTA A. 2017c, Perpetuatio jurisdictionis *e rapporto giuridico processuale*, in «Rivista di diritto processuale», 72, 4-5, 2017, 1291 ss.

CARRATTA A. 2019. *Tecniche di attuazione dei diritti e principio di effettività*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 74, 1, 2019, 1 ss.

CAVALLA F. 1992. *Topica giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIV, Milano, Giuffrè, 720 ss.

CAVALLINI C. 2018. *Quale insegnamento del diritto processuale?*, in «Rivista di diritto processuale», 73, 2, 2018, 451 ss.

CHIARLONI S. 1996. *Riflessioni minime sull'insegnamento del diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 50, 2, 1996, 543 ss.

CHIARLONI S. 2004, *Relazione tra le parti, i giudici e i difensori*, in «Rivista di diritto processuale», 59, 1, 2004, 11 ss.

CHIARLONI S. 2008. *Giusto processo, garanzie processuali, giustizia della decisione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 62, 1, 2008, 129 ss.

CHIASSONI P. 2013. *Positivismo giuridico*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 56 ss.

CHIZZINI A. 2014. *Correnti del pensiero moderno e poteri del giudice civile nel pensiero di Piero Calamandrei: tre variazioni sul tema*, in ID., *Pensiero e azione nella storia del processo civile. Studi*, Torino, UTET, 141 ss.

CIPRIANI F. 1991. *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, Giuffrè.

CIPRIANI F. 1992. *Il codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

CIPRIANI F. 2006. *Il processo civile nello Stato democratico*, in ID., *Il processo civile nello Stato democratico. Saggi*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 5 ss.

CIPRIANI F. 2007. *Piero Calamandrei e la procedura civile. Miti, leggende, interpretazioni, documenti*, Napoli, ESI.

COLESANTI V. 2009. *Giurisprudenza "creativa" in tema di difetto di giurisdizione*, in «Rivista di diritto processuale», 64, 5, 2009, 1125 ss.

COMOGLIO L.P. 1970. *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, CEDAM.

CONSOLO C. 1985. *Il cumulo condizionale di domande*, I, Padova, CEDAM.

CONSOLO C. 2015. *Ascendenze tra gli stili e i sistemi di diritto processuale civile*, in «Rivista italiana delle scienze giuridiche», 6, 2015, 127 ss.

CONSOLO C. 2017. *Spiegazioni di diritto processuale civile. I. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, Torino, Giappichelli.

CORDERO F. 1992. *Procedura penale*, 2 ed., Milano, Giuffrè.

COSTANTINO G. 2009. *Economia e processo. Contributo alla definizione delle regole processuali nei conflitti economici*, in «Rivista trimestrale di diritto dell'economia», 1, 1, 2009, 7 ss.

COSTANTINO G. 2011. *Il principio di affidamento fra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in «Rivista di diritto processuale», 66, 5, 2011, 1073 ss.

CRISTOFOLINI G. 1937a. *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale civile», 14, 1, 1937, 105 ss.

CRISTOFOLINI G. 1937b. *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale civile», 14, 1, 1937, 282 ss.

DE MITA E. 2013. *Maestri del diritto tributario*, Milano, Giuffrè.

DENTI V. 1971. *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, Edizioni di Comunità.

DENTI V. 1984. *Valori costituzionali e cultura processuale*, in «Rivista di diritto processuale», 34, 2, 1984, 443 ss.

DONZELLI R. 2015. *Sul «giusto processo» civile «regolato dalla legge»*, in «Rivista di diritto processuale», 70, 4-5, 2015, 942 ss.

FABIANI E. 2012. *L'insegnamento del diritto processuale civile fra tradizione e innovazione*, in «Foro italiano», 137, 2, 2012, 111 ss.

FALZEA A. 2010. *La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica. III. Scritti d'occasione*, Milano, Giuffrè, 311 ss.

FAZZALARI E. 1993. *«Processo» e giurisdizione*, in «Rivista di diritto processuale», 48, 1, 1993, 1 ss.

FERRAJOLI L. 2007a. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. I. Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza.

FERRAJOLI L. 2007b. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. II. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.

FERRAJOLI L. 2009a. *Giurisdizione e consenso*, disponibile in: http://www.paroledigiustizia.it/archivio_interventi/intervento1.pdf (consultato il 6 giugno 2019)

FERRAJOLI L. 2009b. *Giurisdizione e consenso*, in «Questione giustizia», 4, 2009, 9 ss.

FERRAJOLI L. 2016. *Contro la giurisprudenza creativa*, in «Questione giustizia», 4, 2016, 13 ss.

GABOARDI M. 2017. *Mutamento del precedente giudiziario e tutela dell'affidamento della parte*, in «Rivista di diritto processuale», 72, 2, 2017, 435 ss.

GAMBARO A., PARDOLESI R. 1985. *L'influenza dei valori costituzionali sul diritto civile*, in PIZZORUSSO A., VARANO V. (eds.), *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, I, Milano, Giuffrè, 5 ss.

GAVAZZI G. 1973. *Topica giuridica*, in *Novissimo digesto italiano*, XIX, Torino, UTET, 409 ss.

GIANFORMAGGIO L. 1995. *La critica morale del diritto: critica esterna o critica interna?*, in ID., *Filosofia e critica del diritto*, Torino, Giappichelli, 60 ss.

GIULIANI A. 1962. *Problemi metodologici nello studio del diritto processuale comparato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 16, 4, 1962, 951 ss.

GOLDSCHMIDT J. 1887. *Rechtsstudium und Prüfungsordnung. Ein Beitrag zur Preussichen und Duetschen Rechtsgeschichte*, Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enfe.

GRASSO E. 1997. *La dottrina del processo civile alla fine del secolo*, in «Rivista di diritto civile», 43, 1, 1997, 385 ss.

GROSSI P. 1999. *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1, 1999, 1 ss.

GROSSI P. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè.

GROSSI P. 2003. *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza.

GROSSI P. 2011a. *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, in ALPA G. (ed.), *Paolo Grossi*, Roma-Bari, Laterza, 19 ss.

GROSSI P. 2011b. *Il diritto nella storia dell'unità d'Italia*, disponibile in: http://www.lincei.it/files/convegni/840_allegatouno.pdf (consultato il 5 giugno 2019).

GROSSI P. 2016. *Il giudice civile. Un interprete?*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 70, 4, 2016, 1135 ss.

GROSSI P. 2017a. *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza.

GROSSI P. 2017b. *La* invenzione *del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, disponibile in: https://www.cortecostituzionale.it/documenti/interventi_presidente/Grossi_Scandicci.pdf (consultato il 5 giugno 2019).

GROSSI P. 2018a. *Della interpretazione come* invenzione *(la riscoperta pos-moderna del ruolo* inventivo *della interpretazione)*, in «Quaderni fiorentini», 47, 2018, 9 ss.

GROSSI P. 2018b. *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in «Quaderni fiorentini», 47, 2018, 329 ss.

GUASTINI R. 1998. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento italiano*, in «Ragion Pratica», 11, 1998, 185 ss.

GUASTINI R. 2017. *La "costituzionalizzazione" dell'ordinamento*, in ID., *Filosofia del diritto. Lezioni*, a cura di V. Velluzzi, Torino, Giappichelli, 213 ss.

IRTI N. 2002. *Nichilismo e metodo giuridico*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 56, 4, 2002, 1159 ss.

LA CHINA S. 1978. *Norma giuridica (dir. proc. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, Giuffrè, 411 ss.

LANFRANCHI L. 2001. *Giusto processo: I) Processo civile*, in *Enciclopedia giuridica*, XV, Roma, Treccani, 1 ss.

LIPARI N. 2008. *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè.

LIPARI N. 2013. *Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 67, 4, 2013, 1207 ss.

LIPARI N. 2018a. *Il diritto civile dalle fonti ai principi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 72, 1, 2018, 5 ss.

LIPARI N. 2018b. *Per un diritto secondo ragione*, in «Rivista di diritto civile», 64, 6, 2018, 1247 ss.

LUZZATI C. 2009. *La politica della legalità. Il ruolo del giurista nell'età contemporanea*, Bologna, il Mulino.

MANDRIOLI C., CARRATTA A. 2017. *Diritto processuale civile*, I, 26 ed., Torino, Giappichelli.

MARCHESI D. 2003. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*, Bologna, il Mulino.

MATTEI U. 1996. *Precedente giudiziario e* stare decisis, in *Digesto delle Discipline privatistiche*, XIV, Torino, UTET, 148 ss.

MENGONI L. 1985a. *Ancora sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 79 ss.

MENGONI L. 1985b. *Prefazione*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 1 ss.

MENGONI L. 1985c. *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in ID., *Diritto e valori*, Bologna, il Mulino, 11 ss. (ed. or. in «Jus», 23, 1, 1976, 3 ss.).

MENGONI L. 1986. *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in «Rivista critica del diritto privato», 4, 1, 1986, 5 ss.

MENGONI L. 1989. *Dogmatica giuridica*, in *Enciclopedia giuridica*, XII, Roma, Treccani, 1 ss.

MODUGNO F. 2017. *Sistema giuridico*, in MENGONI L., MODUGNO F., RIMOLI F., *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, Giappichelli, 1 ss.

MONTELEONE G. 2003. *Principi e ideologia nel processo civile: impressioni di un «revisionista»*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 57, 2, 2003, 575 ss.

MONTESANO L. 1992. *«Pubblico» e «privato» in norme del codice civile sulla tutela giurisdizionale dei diritti*, in «Rivista di diritto processuale», 47, 4, 1992, 1011 ss.

NATALE A. 2016. *Introduzione*, in «Questione giustizia», 4, 2016, 6 ss.

NÖRR K.W. 2013. *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, Roma, Aracne (ed. or. *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1976, trad. it. di C. Foti).

OPPO G. 1991. *Sui principi generali del diritto privato*, in «Rivista di diritto civile», 37, 1, 1991, 475 ss.

ORIANI R. 2007. *È possibile la* «translatio iudicii» *nei rapporti tra giudice ordinario e giudice speciale: divergenze e consonanze tra Corte di cassazione e Corte costituzionale*, in «Foro italiano», 130, 1, 2007, 1013 ss.

PANZAROLA A. 2015a. *Alla ricerca dei* substantialia processus, in «Rivista di diritto processuale», 70, 3, 2015, 680 ss.

PANZAROLA A. 2015b. *I principi nella riflessione di Francesco Carnelutti*, in «Giusto processo civile», 10, 2, 2015, 313 ss.

PASSANANTE L. 2018. *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile*, Torino, Giappichelli.

PATTARO E. 1976. *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in SCARPELLI U. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Edizioni di Comunità, 451 ss.

PATTI S. 1999. *La cultura del diritto civile e la Costituzione*, in ID., *Codificazioni ed evoluzione del diritto privato*, Roma-Bari, Laterza, 23 ss.

PETRELLA V. 2009. *Osservazioni minime in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione e giusto processo*, in «Rivista di diritto processuale, 64, 4, 2009, 1088 ss.

PICARDI N. 1987, *Processo civile (dir. moderno)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVI, Milano, Giuffrè, 101 ss.

PICARDI N. 2004. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 58, 1, 2004, 41 ss.

PICARDI N. 2007. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, Giuffrè.

PICARDI N. 2010. *Manuale del processo civile*, Milano, Giuffrè.

PICARDI N. 2011. *La crisi del monopolio della giurisdizione e la proliferazione delle Corti*, in AA.VV., *Corti europee e giudici nazionali (Atti del XXVII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, Verona, 25-26 settembre 2009)*, Bologna, Bononia University Press, 11 ss.

PICARDI N. 2013. *Nörr e la svolta moderna del diritto processuale*, in NÖRR K.W., *Verso il processo civile moderno. Dal diritto naturale al Novecento*, Roma, Aracne, 11 ss.

PINO G. 2010. *Diritti e interpretazione*, Bologna, il Mulino.

PINO G. 2011. *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in «Ars interpretandi. Annuario di Ermeneutica giuridica», 16, 2011, 16 ss.

PIZZORUSSO A. 2011. *Fonti del diritto. Disposizioni preliminari*, Bologna, Zanichelli.

PROTO PISANI A. 1972. *Il processo civile di cognizione a trent'anni dal codice (Un bilancio e una proposta)*, in «Rivista di diritto processuale», 27, 1, 1972, 35 ss.

PROTO PISANI A. 1999. *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualcivilistica rotta con cinquanta anni di ritardo*, in «Quaderni fiorentini», 28, 1, 1999, 713 ss.

PROTO PISANI A. 2002. *Giusto processo e valore della cognizione piena*, in «Rivista di diritto civile», 48, 2, 2002, 265 ss.

PROTO PISANI A. 2006. *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in «Foro italiano», 129, 5, 2006, 374 ss.

PROTO PISANI A. 2015. *Brevi note in tema di regole e principi*, in «Foro italiano», 140, 5, 2015, 455 ss.

PUNZI C. 2011. *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in «Rivista di diritto processuale», 66, 6, 2011, 1337 ss.

RICCI E.F. 2009. *Le Sezioni Unite cancellano l'art. 37 c.p.c. nella fase di gravame*, in «Rivista di diritto processuale», 64, 4, 2009, 1085 ss.

RICCI E.F. 2010. *Nooo! (La tristissima sorte della ragionevole durata del processo nella giurisprudenza della Cassazione: da garanzia in cerca di attuazione a killer di garanzie)*, in «Rivista di diritto processuale», 65, 4, 2010, 975 ss.

RODOTÀ S. 1965. *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, Giuffrè.

RODOTÀ S. 1967. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, in «Rivista di diritto commerciale», 44, 1, 1967, 83 ss.

RUFFINI G. 2011. *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e giusto processo*, in «Rivista di diritto processuale», 66, 6, 2011, 1390 ss.

SATTA S. 1937a. *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in «Rivista di diritto processuale», 14, 1, 1937, 32 ss.

SATTA S. 1937b. *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, in «Foro italiano», 62, 4, 1937, 276 ss.

STÜRNER R. 2014, *Die Rolle des dogmatischen Denkens im Zivilprozessrecht*, in «Zeitschrift für Zivilprozess», 127, 3, 2014, 271 ss.

TARELLO G. 1969. *La "scuola dell'esegesi" e la sua diffusione in Italia*, in AA.VV., *Scritti per il XL della morte di P.E. Bensa*, Milano, Giuffrè, 240 ss.

TARELLO G. 1989. *Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e ideologica del vigente codice italiano di procedura civile*, in ID., *Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, a cura di R. Guastini, G. Rebuffa, Bologna, il Mulino, 9 ss.

TARUFFO M. 1996. *L'insegnamento del diritto processuale civile*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 50, 2, 1996, 551 ss.

TARUFFO M. 1997. *Idee per una teoria della decisione giusta*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 51, 2, 1997, 315 ss.

TARUFFO M. 2001. *Legalità e giustificazione della creazione giudiziaria del diritto*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 55, 1, 2001, 11 ss.

TARUFFO M. 2002a . *Dimensioni transculturali della giustizia civile*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, il Mulino, 11 ss.

TARUFFO M. 2002b . *Razionalità e crisi della legge processuale*, in ID., *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, il Mulino, 53 ss.

TARUFFO M. 2002c . *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, il Mulino.

TARUFFO M. 2006. *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 60, 2, 2006, 431 ss.

TESORIERE G. 1972. *Appunti per una storia della scienza del processo civile in Italia dall'unificazione ad oggi*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 26, 4, 1972, 1318 ss.

TROCKER N. 1974. *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffrè.

VANZ M.C. 2012. Overruling, *preclusioni e certezza delle regole processuali*, in «Rivista di diritto internazionale privato e processuale», 67, 4, 2012, 1078 ss.

VARANO V. 2014. *Il diritto processuale civile in Europa*, in *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione*, a cura di M. Bussani, in «Annuario di diritto comparato e di studi legislativi», 2014, 125 ss.

VERDE G. 2011. *Il processo civile sotto l'incubo della ragionevole durata*, in «Rivista di diritto processuale», 66, 3, 2011, 505 ss.

VERDE G. 2012. *Mutamento di giurisprudenza e affidamento incolpevole (considerazioni sul difficile rapporto fra giudice e legge)*, in «Rivista di diritto processuale», 67, 1, 2012, 6 ss.

VIEHWEG T. 1962. *Topica e giurisprudenza*, Milano, Giuffrè (ed. or. *Topik und Jurisprudenz*, München, C.H. Beck, 1953, trad. it. di G. Crifò).

VIGLIONE F. 2014. *L'*overruling *nel processo civile italiano: un caso di flusso giuridico controcorrente*, in «Politica del diritto», 4, 2014, 669 ss.

VIGORITI V. 1973. *Garanzie costituzionali del processo civile:* due process of law *e art. 24 Cost.*, Milano, Giuffrè.

VILLA V. 2013. *Il problema della scienza giuridica*, in PINO G., SCHIAVELLO A., VILLA V. (eds.), *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, Giappichelli, 387 ss.

WOLFF C. 1740. *Philosophia rationalis sive logica, methodo scientifica pertractata et ad usum scientiarum atque vitae aptata. Praemittitur discursus praeliminaris de philosophia in genere*, 3 ed., Frankfurt-Leipzig, Officina Libraria Rengeriana.

ZAGREBELSKY G. 1992. *Il diritto mite*, Torino, Einaudi.

ZAGREBELSKY G. 2002. *Diritto per valori, principi o regole? (a proposito della dottrina dei principi di Ronald Dworkin)*, in «Quaderni fiorentini», 31, 2, 2002, 865 ss.

ZITELMANN E. 1920. *Das römische Recht im künftigen Rechtsunterricht*, in «Deutsche Juristen Zeitung», 25, 1920, 22 ss.

LA SCIENZA GIURIDICA DEI CIVILISTI CONTEMPORANEI

AURELIO **GENTILI**

&dq

La scienza giuridica dei civilisti contemporanei

The Contemporary Private Law Lawyers' Legal Science

AURELIO GENTILI

Professore emerito di diritto civile, Università degli Studi Roma Tre.
E-mail: aurelio.gentili@uniroma3.it

ABSTRACT

In questo articolo, l'autore fornisce una breve panorama delle principali scuole di pensiero nel diritto privato italiano contemporaneo. Tracciando dapprima i grandi cambiamenti nel loro oggetto d'indagine, l'autore distingue quattro principali tipi di studiosi contemporanei di diritto civile, cioè i conservatori, i riformatori, i rivoluzionari e i reazionari.

In this paper, the author provides a brief overview of the principal schools of thought in contemporary Italian private law. By first tracing in broad strokes the major changes in their subject matter, the author then distinguishes four major types of contemporary civil law scholars, i.e. the conservators, the reformers, the revolutionaries and the reactionaries.

KEYWORDS

diritto civile, scienza giuridica, dottrine, metodologia, positivismo giuridico

private law, legal science, doctrines, methodology, legal positivism

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La scienza giuridica dei civilisti contemporanei

AURELIO GENTILI

1. *Un paesaggio delle dottrine del diritto civile* – 2. *Ascesa e declino del metodo giuspositivista* – 3. *Civilisti conservatori* – 4. *Civilisti riformatori* – 5. *Civilisti rivoluzionari* – 6. *Civilisti reazionari* – 7. *Unità e pluralismo nella civilistica contemporanea*.

1. *Un paesaggio delle dottrine del diritto civile*

Il paesaggio è notoriamente un genere pittorico minore. Meno noto è che sia un genere laico, che nasce quando l'interesse a celebrare o deprecare cala e prevale la volontà di mostrare le cose come sono. E così qui lo intenderò, cercando di suggerire a chi legge un panorama per quanto possibile fedele degli stili, metodi e tendenze della scienza dei civilisti contemporanei.

C'è però una premessa da fare. Un buon paesaggio della scienza giuridica contemporanea è sì puramente descrittivo. Ma è descrizione di prescrizioni. Per meglio dire: è descrizione di "dottrine" del diritto.

A prima vista non è così: nei giuristi le "teorie" abbondano. E le teorie si presentano come oggettiva descrizione del diritto. Perciò come contributi alla "scienza". Del resto si sa, gli scienziati fabbricano teorie, perché la realtà intorno a loro pone domande. Così quasi in tutti i civilisti quel che nella prima pagina è il problema è nell'ultima una teoria. I loro libri si intitolano spesso "teoria", raramente "dottrina".

È forte il sospetto che tanta abbondanza di "teorie" abbia la banale spiegazione che la burocrazia dell'attività accademica premia l'"originalità". Ma poiché era così anche prima delle riforme sul reclutamento universitario, debbono esserci altre ragioni. Ed è naturale supporle in una aspirazione a quell'*oggettività* che il pensiero comune (ma oggi non la filosofia della scienza) riconosce alle scienze naturali, fatte di teorie. Un'aspirazione comprensibile.

Per il diritto però le cose stanno diversamente. Alla scienza giuridica non può appartenere la stessa oggettività. Non è tanto la realtà quanto il diritto stesso che pone domande: data una disposizione su un caso, *quid juris*? Per rispondere gli autori prospettano "teorie". Ma le vere teorie si propongono come spiegazione scientifica di fenomeni, non come proposta su ciò che dobbiamo pensare di un testo, come invece le dottrine dei giuristi. La scienza dei giuristi perciò non è scienza nello stesso senso. Essi propugnano "teorie" ma a rigore non si tratta quasi mai di vere teorie, cioè di insiemi di proposizioni intese a spiegare una realtà. Per due ragioni.

La prima è che i giuristi a differenza degli altri scienziati *non spiegano, prescrivono*.

Fisici, chimici, astronomi, biologi, elaborano teorie per individuare le cause, illustrare i processi e motivare gli effetti di fenomeni reali. Quel che essi fanno dunque è spiegare. Non è detto che facciano solo questo: anche gli scienziati puri possono avere tendenze ideologiche e quindi fare scienza normativa. Un fisico può essere relativista o invece quantista. Un economista marginalista o invece neoistituzionista. Un economista, per esempio, descriverà quando spiega le cause della stagflazione, ma prescriverà quando indica i modi di superarla. E lo farà secondo il suo credo, neoliberista o keynesiano. Ma comunque farà scienza di fatti.

I giuristi non spiegano. La loro "scienza" (ma si può chiamarla così?) è scienza di norme, non di fatti, ed è scienza normativa, non descrittiva[1]. È *scienza di norme*, che non esistono in natura ma solo nel discorso, come *significati prescrittivi*. Ed è *scienza normativa* perché non dice come le

[1] La questione è esaminata da KALINOWSKI 1982 (ma con conclusioni qui disattese). In tema v. anche KANTOROWICZ 2008; CARRINO 1989; KELSEN 2008; BOBBIO 1994, 335 ss.; BARBERIS 1990, spec. 298 ss.; FERRAJOLI 2007, 43 ss.

cose stanno, ma come debbono stare. Dunque prescrivono: dicono quale debba essere il diritto nel contesto dato.

La seconda è che *manca ai giuristi la realtà* rispetto alla quale costruire teorie.

Uno scienziato puro ha davanti a sé fatti e può constatarli, condurne verifiche, e testare su di essi le proprie ipotesi. In tutti i casi i fatti possono smentirlo. Possono smentirlo quando descrive: Tolomeo sostiene che il sole gira intorno alla terra ma Copernico dimostra che questa è illusione. E possono smentirlo quando prescrive. L'economista dirigista, o liberista, contro la recessione proporrà "più Stato" o "più mercato", ma se l'economia non riprende, vuol dire che la ricetta è sbagliata.

Non così un giurista. Anche volendo, non potrebbe. Perché non è dei fatti che il giurista fa "scienza". Certo, ci sono fatti anche nel diritto, fatti naturali e soprattutto fatti sociali, regolati dalle prescrizioni del diritto. Ma la scienza che se ne occupa come fatti è la sociologia o l'economia. Il giurista si occupa delle prescrizioni, che non si constatano, non si verificano, non servono da test. Le prescrizioni non si possono constatare, si possono solo interpretare[2]. Né delle prescrizioni si possono condurre verifiche: si può tutt'al più verificarne l'effettività, non certo la validità. Né il giurista può testarvi la sua "teoria": nel diritto l'inottemperanza è violazione, non falsificazione.

Privi di una realtà da spiegare i giuristi non propongono dunque teorie ma dottrine. E questo che vale in generale per i giuristi vale ad egual ragione per i civilisti. Anche i civilisti non fabbricano teorie. Fabbricano, come dicevo, dottrine. Un panorama della civilistica è dunque un panorama di dottrine.

Dico "dottrine", al plurale, perché da sempre la civilistica italiana si divide in "scuole"[3]; un tempo fieramente avverse, oggi per fortuna meno contrapposte. Tutte propongono una visione del giusto modo di ricostruire il sistema giuridico delle leggi vigenti: si rivela in questo il loro genere comune. Ciascuna vuol differenziarsi per il punto di vista adottato: e qui starebbe la differenza specifica. Dico "starebbe", perché non sempre in queste "scuole" si trova, oltre la fedeltà al capo, che per lo più si traduce nell'imitazione dei suoi temi e del suo stile, anche una precisa cifra scientifica.

C'è, alla base di questa *unità* che sovrasta una varietà di puro fatto, una ragione storica. Il metodo della civilistica al di là di stili e di accenti è da due secoli, dal tempo cioè delle codificazioni, il metodo positivistico: tener conto del dettato legale, intenderlo, applicarlo. Ma oltre la comune necessità di tener conto della legge, e quanto al modo di intenderla e applicarla, ci sono varianti. In queste risiede il *pluralismo* della civilistica.

Con queste premesse passo a descrivere il panorama.

2. *Ascesa e declino del metodo giuspositivista*

In principio fu l'esegesi. Nati i codici, bisognava analizzarli. E infatti la prima scuola civilistica moderna è stata per ottant'anni l'*Ecole de l'exégèse*[4]. I civilisti italiani, avuto il loro codice, ne hanno riprodotto l'atteggiamento[5].

È noto però che alla fine del XIX secolo hanno concepito una infatuazione per un metodo diverso, nato in Germania come *diritto scientifico*[6], in cui i concetti determinano il "vero" senso

[2] Si è lungamente discusso e tuttora si discute se interpretare sia per sua natura attività cognitiva o valutativa o addirittura creativa. In tema, PINO 2017; GUASTINI 2004, 31 ss.; VELLUZZI 2012, 21 ss.; CHIASSONI 1990,147 ss.; COMANDUCCI, 1999; DICIOTTI 2003; MODUGNO 2012, 43 ss.

[3] Sulle scuole civilistiche v. ALPA 2009; GROSSI 2002; PERLINGIERI 1979; PERLINGIERI, TARTAGLIA POLCINI (eds.) 2013; indicazioni anche in FERRAJOLI 1999.

[4] BONNECASE 1924.

[5] Esempi in PACIFICI MAZZONI 1869-73; BORSARI 1871-81; RICCI 1877-86; GIORGI 1884; LOMONACO 1883-84;

[6] SAVIGNY 1886, par. 14, 68 ss.; PUCHTA 1854, par. XIX, 13.

delle leggi scritte[7]; un metodo che ha preso il nome di *dogmatica*[8].

Esegesi e dogmatica poggiano su un presupposto: che il discorso del giurista parta dal dato normativo. È questo il giuspositivismo[9] teorico, per cui nessuna risposta alla domanda *quid juris* ha senso se non è ricondotta a dati di legge positiva. Da ciò deriva una precisa tecnica di impostazione dei problemi divenuta – come dicevo – caratteristica comune dell'atteggiamento dei civilisti.

Ma il trionfo del positivismo ha condotto il loro metodo ben oltre.

L'identificazione del diritto con la legge ha imposto una cesura tra ciò che è nel dettato legale, ed è diritto, e ciò che non lo è. Ha cioè separato il diritto dall'altra cultura, inducendo *autoreferenzialità*. Prima non era così: se il diritto è in natura, è nella *recta ratio*, è nella morale, questo bagaglio penetra nella riflessione *sub specie juris*. Dopo, sia pure con vaste eccezioni (ieri la giurisprudenza degli interessi, la scuola del diritto libero, il giuspositivismo inclusivo, e oggi la giurisprudenza dei valori, il diritto vivente, la teoria dei diritti umani), ha dominato il positivismo metodologico esclusivo.

Inoltre l'identificazione della legge con il suo testo ha imposto una cesura tra il presunto suo significato proprio e ogni altra possibile lettura. Ha cioè separato il testo legale dal suo contesto culturale, inducendo *formalismo*. Prima non era così: la forma della legge era illuminata dalla sostanza sociale, etica, economica ad essa sottesa. Dopo, ha dominato il positivismo ideologico formalista.

Infine, l'aspirazione ad un diritto scientifico dotato di oggettività, che riproduca il modello scientifico allora trionfante del positivismo, ha imposto di credere le leggi intrinseche ai fatti che esse regolano, che perciò producono effetti rigorosamente determinati da una interna efficienza causale, al modo dei fatti naturali. Dove il senso comune ci dice che gli effetti giuridici dei fatti giuridici dipendono dal discorso del diritto, il positivismo ci dice che il discorso del diritto dipende dagli effetti giuridici dei fatti giuridici.

Il tempo logora. All'inizio del XXI secolo il formalismo autoreferenziale non ha più lo stesso predominio sul metodo dei civilisti. Giuspositivismo ideologico e metodologico tramontano. Ma la tecnica di base, la riconduzione alla disposizione legale, e la convinzione dell'efficienza causale dei fatti giuridici, connotano ancora, sia pure in forme spurie, il filone principale degli studi civilistici. Soprattutto negli studi di limitato respiro il metodo seguito è al fondo di questo genere. Il giuspositivismo teorico sopravvive. Solo che è praticato con poco rigore. D'altronde ci sono per ciò precise giustificazioni.

Il dogmatismo ha ceduto in conseguenza del mutamento della legislazione.

Mutamento quantitativo anzitutto. Costruito sui codici, il dogma ha tenuto finché il diritto privato è più o meno coinciso con i codici. Ma prima la legislazione d'emergenza di guerra, poi la legislazione ideologica del fascismo, quindi la legislazione costituzionale, dopo di ciò l'alluvione di leggi speciali, infine le leggi o addirittura i codici di settore[10], hanno fatto sì che oggi ci sia molto più diritto privato fuori che dentro il codice. E che i dogmi del codice siano impotenti per la legislazione ad esso esterna.

Mutamento qualitativo poi. Principi costituzionali, carte dei diritti, convenzioni internazionali, legislazione comunitaria, all'esterno, leggi provvedimento, leggi-contratto, leggi esemplate sull'effetto economico e non sul concetto giuridico, all'interno, sfuggono completamente ai vecchi dogmi.

[7] SAVIGNY 1886, I, par. 32, 216: «noi riconosciamo la legge nella sua verità, vale a dire in quel modo, nel quale può essere appresa da noi mediante l'applicazione di un processo logico normale»; PUCHTA, 1854, loc. cit.: «Queste [*scilicet*: le leggi] non si fondano sopra una esterna autorità, ma valgono solo in quanto si possono logicamente dedurre dai principi del diritto esistente».

[8] Per la svolta verso l'indirizzo dogmatico in Italia v., tra altri, CHIRONI 1888; GIANTURCO 1901; COVIELLO 1915; SCIALOJA 1933-34; PACCHIONI 1933; FERRARA 1985; BETTI 1994; SANTORO PASSARELLI 1966.

[9] Per il giuspositivismo, e le sue prospettive, ci si rifà qui a BOBBIO 1996.

[10] Un quadro in PINO 2014.

L'autoreferenzialità ha ceduto in conseguenza del mutamento del mondo.

Non si può discutere di biodiritto senza etica e biologia, di mercato senza economia e finanza, di nuove famiglie senza sociologia e morale. I giuristi che sbandieravano il concetto giuridico di questo e di quello si sono accorti che i loro concetti erano solo parole, sui cui significati premeva un mondo.

È discutibile, invece, se la fede nella causalità giuridica abbia ceduto. Sarebbe spontaneo pensare che la tecnica positivistica usuale, la tecnica del fatto considerato dal legislatore che, individuata attraverso un approccio concettuale la norma vigente che lo regola, produce l'effetto previsto, sia caduta in disuso. Invece si sbaglierebbe a credere che il vecchio metodo sia morto e sepolto. Anzi! Agli occhi dei più i fatti giuridici continuano a produrre effetti giuridici, e la risposta del diritto ai problemi della prassi non è tanto una questione di corretta interpretazione del discorso del legislatore quanto una questione di corretta ricognizione della natura giuridica del fatto. Il cognitivismo vacilla, ma resiste.

Non più formalista sebbene tuttora formale, non più autoreferenziale sebbene tuttora dogmatico, non più certo di conoscere l'oggettiva verità del diritto sebbene tuttora intenzionato a riuscirci, il metodo tradizionale positivista continua a caratterizzare il grosso della produzione scientifica. Ma con varianti. La civilistica contemporanea mi pare appunto essere un repertorio dei diversi modi in cui si è reagito agli eccessi del formalismo, al vizio di autoreferenzialità, alle frustrazioni del cognitivismo.

Da questo punto di vista i civilisti contemporanei possono essere distinti in filoni – si intende: con approssimazione – in base al modo in cui reagiscono al logoramento del metodo tradizionale. E di questi ora bisogna dire. Mi pare di ravvisarne quattro: conservatori, riformatori, rivoluzionari, reazionari. Solo per rendere l'idea dell'approccio metodologico, farò qualche sporadico esempio[11].

3. *Civilisti conservatori*

Un primo filone nel pluralismo della civilistica è quello dei giuristi che rientrano tuttora nel metodo tradizionale, ne perpetuano i modi, e quindi potrei chiamarli, per stabilire una nomenclatura, *giuristi conservatori*. Giuristi conservatori in senso letterale, perché appunto, conservano il metodo tradizionale, secondo le sue tradizionali caratteristiche.

Quali esse siano, ho detto: tenere sempre stretto conto del dato normativo. Ma nell'intenderlo è per lo più venuto meno quell'eccesso di formalismo e quella chiusa autoreferenzialità che almeno fino alla metà del XX secolo aveva contrassegnato molti autori (forse non i migliori). Oggi, seppure con prudenza, anche i giuristi che possiamo definire conservatori sono per lo più consci che le parole della legge, da cui partono, recano con sé idee, esigenze, sfondi culturali da cui non si può prescindere. Senza dubbio questo contesto del testo legale è anche fonte di ambiguità ed incertezze. Ma comunque è fonte di profondità e di apertura del metodo da tenere nell'interpretazione.

Metodo a volte praticato egregiamente, e con risultati che sembrano testimoniarne la persi-

[11] Molti altri nomi sarebbe stato possibile qui ricordare, oltre quelli che il lettore troverà richiamati, per i vari indirizzi. Ma non è lo scopo di queste pagine fare un elenco di tutti i giuristi significativi, né tantomeno esprimere avventati e soggettivi giudizi sugli Autori, bensì solo segnalare – anche attraverso qualche esempio – tendenze dottrinali.
Per questo i nomi qui ricordati non sono stati scelti in base al valore intrinseco, ma semplicemente in base alla idoneità ad esemplificare un tipo di approccio metodologico. E con la consapevolezza che diffondersi sui molti possibili nomi avrebbe trasformato il saggio in un catalogo.

stente validità, se la mano è abile, come negli scritti ieri di Salvatore Pugliatti[12], di Rosario Nicolò[13], di Rodolfo Sacco[14], oggi di Vincenzo Roppo[15], o di Antonio Gambaro[16], tanto per fare dei meri esempi tra molti possibili[17]; autori aperti ad altri apporti ma di base tuttora dogmatici.

A volte praticato approssimativamente, solo imbellettato da qualche aggiunta esornativa di citazioni culturali, e sostenuto da una argomentazione non serrata.

Senza giudicare, il confronto suggerisce una considerazione: che il metodo tradizionale si conferma tuttora valido quando chi vi fa ricorso sa immettere nella forma delle categorie consuete anche la sostanza dei problemi, vacuo quando chi lo usa rimastica concetti invecchiati pretendendo che la realtà vi si adegui. Più che il metodo in sé dunque è il modo di servirsene a decidere della validità del discorso.

In questo filone si colloca molta produzione in duplice senso minore, che ignara delle sue criticità riproduce il metodo in modo ingenuo. In quanti saggi l'*incipit* è ancora: "L'articolo tale della legge tale recita..."! Peccato che la commedia sia vecchia.

Ma si sa: se non si può fare giurisprudenza dei concetti si fa giurisprudenza dei concettini.

4. *Civilisti riformatori*

Al logoramento della dogmatica autoreferenziale molti civilisti sentono il bisogno di reagire. Avvertono una insufficienza nel metodo tradizionale, un *vizio di metodo* che richiede un correttivo. Ne conservano allora la tecnica ma rimaneggiata in modo da superarlo.

A questo vizio, a questo logoramento della dogmatica autoreferenziale, reagiscono anzitutto giuristi *riformatori*. Perché non immettere nuovo sangue nelle vecchie vene? Con buona pace del giuspositivismo metodologico. Nessuno di questi indirizzi però mostra allo stato puro il metodo integrativo cui attinge per rafforzare quello tradizionale. E tutti secondo la tecnica consueta tengono stretto conto del dato normativo. Per questo riformatori.

Una prima corrente di riformatori, tutt'altro che unitaria, anzi molto variegata, attinge alla sociologia. Sono i civilisti che accanto al dato positivo fanno incessante appello agli interessi ed al modo in cui questi animano le forme giuridiche. Conservano, con maggiore o minore maestria, la tecnica tradizionale, ma la temperano con una attenta analisi del dato sociale. Solo per far comprendere potrei esemplificare tra i nomi prestigiosi di ieri, per una versione moderata, Pietro Rescigno[18] e, per una versione più avanzata, Stefano Rodotà[19]. Per l'oggi non faccio esempi, perché un qualche tratto di questo tipo è diffusissimo, sia pure con esiti diseguali, presso la maggior parte degli autori.

Una seconda corrente attinge all'ermeneutica filosofica. Del resto l'ermeneutica, con le sue precomprensioni, i suoi circoli ermeneutici, il suo richiamo alla tradizione, si addice tantissimo al modo in cui i civilisti amano argomentare. Vero è che in ambiente civilistico nessuno dei frequentatori di questo approccio può dirsi un ermeneutico puro. Ma sempre a modo di esempio si possono fare nomi, anche prestigiosi, di aderenti. Ieri Luigi Mengoni[20] e Giuseppe Benedetti[21],

[12] PUGLIATTI 2012.
[13] NICOLÒ 1962; NICOLÒ 1978.
[14] SACCO 1975.
[15] ROPPO 2011; ROPPO 2002. Di stampo più tradizionale ROPPO 1989.
[16] GAMBARO 2017.
[17] Non è possibile qui indicare tutti gli Autori – numerosi – che proseguono al meglio la tradizione dogmatica. Indico perciò solo qualche nome che mi pare significativo non solo e non tanto per "qualità" (indubbia) quanto per specifica fedeltà al metodo, sebbene utilizzato con stile personale e innovativo.
[18] RESCIGNO 1977; RESCIGNO 1987.
[19] RODOTÀ 1964; RODOTÀ 1990; RODOTÀ 2015.
[20] MENGONI 1996. Di stampo invece tradizionale, e quindi ascrivibile al filone conservatore MENGONI 1975.

oggi Guido Alpa[22], pur conservando la memoria del metodo classico, se ne discostano più o meno intensamente grazie ad apporti ermeneutici. Ne risulta un approccio in cui si confrontano tutte le visioni del diritto che hanno avuto diffusione nella civilistica. Difficile dire se ciò attinga un metodo. Certo è uno stile.

Rarissimi invece i civilisti che attingano al metodo dell'analisi del linguaggio. Potrei tutt'al più portare ad esempio un illustre giuscommercialista che è anche un civilista, come Floriano D'Alessandro[23]. Oppure dovrei, somma ineleganza, parlare di me[24].

Riformatori più radicali quei civilisti – ed è una quarta corrente – che applicano al diritto il metodo dell'economia. Anche qui nessuna purezza. Del resto, per applicarlo a pieno titolo occorrerebbe essere economisti più che giuristi. Ma non mancano giuristi capaci di interloquire. Tali anzitutto quelli che si rifanno all'analisi economica del diritto. Negli scritti di Pietro Trimarchi[25], di Roberto Pardolesi[26], (tanto per fare dei nomi tra altri che potrei ricordare), l'impostazione è ancora classica ma il criterio della soluzione è di stampo giuseconomico. E tali, in direzione opposta, quelli che avversano la prospettiva neoliberista: un esempio negli scritti di Ugo Mattei[27].

Infine, un certo numero di civilisti, nel resto tradizionali, si applica ad elaborare, e non mutuare dagli specialisti, una "teoria generale del diritto civile" che è una forma di alta dogmatica. Esempi tra vari possono essere taluni lavori più recenti di Umberto Breccia[28] o di Pasquale Femia[29].

La scienza giuridica che risulta da queste tendenze non è altra da quella della tradizione ma certo è diversa dal formalismo autoreferenziale. E già per questo potrebbe essere preferibile. Ma non tocca a me giudicare.

5. *Civilisti rivoluzionari*

Se molti giuristi constatando il logoramento del metodo dogmatico ne conservano pur sempre la tecnica ma la arricchiscono con altri apporti, e per questo li ho chiamati riformatori, alcuni a quel logoramento reagiscono predicando di quella tecnica l'abbandono. Li chiamerò perciò *rivoluzionari*.

Anche qui abbiamo versioni moderate e versioni estreme.

Una versione moderata è negli scritti di Pietro Perlingieri[30]. Sul presupposto che innovazioni socio-economiche e pluralismo delle fonti abbiano reso "aperto" il sistema, viene predicato un primato del diritto sulla legge, ispirato da "valori-guida", che privilegiano non legalità e forma, come nel vecchio metodo sillogistico, ma "legittimità e meritevolezza". Sono i valori della "persona", che hanno riconoscimento nella Costituzione ma prima ancora hanno radici nella cultura della comunità. Il compito del giurista è tradurli in soluzioni applicative, ricostruendo l'ordinamento del caso concreto a partire dai principi. Il che va fatto individuando secondo criteri di "ragionevolezza" la fonte formale ad esso pertinente.

Una versione più radicale è invece negli scritti di Nicola Lipari[31]. Anche per Lipari la decisione sul caso si radica nei valori condivisi. Occorre aprirsi alla sociologia. E ispirarsi a principi generali

[21] BENEDETTI 1999. Di stampo invece tradizionale, e quindi ascrivibile al filone conservatore BENEDETTI 1969.
[22] ALPA 2017. Di stampo invece tradizionale, e quindi ascrivibile al filone conservatore ALPA 1999.
[23] D'ALESSANDRO 1989.
[24] GENTILI 1982; GENTILI 2013; GENTILI 2015.
[25] TRIMARCHI 2017; TRIMARCHI 2010.
[26] PARDOLESI 2010, 123; PARDOLESI et al. 2006. Di stampo più tradizionale PARDOLESI 1979.
[27] MATTEI 2011; MATTEI 2013.
[28] BRECCIA 2019. Di stampo tradizionale invece opere precedenti, come BRECCIA 1991.
[29] FEMIA 2012. Di stampo tradizionale invece opere precedenti, come FEMIA 2004.
[30] PERLINGIERI 1992; PERLINGIERI 2006. Di stampo più tradizionale invece opere precedenti, come PERLINGIERI 1962; PERLINGIERI 1987.
[31] LIPARI 2017; LIPARI 2013. Di stampo tradizionale invece opere precedenti, come LIPARI 1964; LIPARI 1970.

che *non* sono desumibili dal sistema delle norme. La certezza del diritto del resto non deriva dalla "razionalità sussuntiva" ma dalla condivisibilità della soluzione: la vera regola del caso emerge come modello dell'azione collettiva solo quando non vi è più «contrasto tra comportamenti praticati e comportamenti previsti». La legge non può rendere legittimo ciò che non è nel comune sentire. Decisivo in ciò è il ruolo della comunità interpretativa, composta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. Il cui metodo è la ragionevolezza, intesa come accettabilità sociale.

Di nuovo non tocca a me giudicare queste rivoluzioni. Giusto per un minimo di analisi critica direi che la *pars destruens* (pluralismo delle fonti, importanza dei principi, presenza dei valori) è difficilmente contestabile. I giuristi che non ne tengono conto semplicemente parlano di un diritto che non c'è più. La *pars construens*, certamente brillante, indubbiamente accattivante (chi può essere contrario alla ragionevolezza?) pone qualche problema, perché apre ad un certo arbitrio dell'interprete sulla scelta dei valori e dei principi, e sul modo di applicarli, che decidono quale sia il diritto nel caso controverso. E questo è un po' inquietante: se il "diritto" è ciò che è deciso dalla scelta dell'interprete, allora *non* è ciò che decide quella scelta.

Ma forse è solo questione di retto intendimento della dottrina affermata. Che va compresa al di là di certe formule estremiste che la esprimono, da *non* prendere alla lettera: se la soluzione "ragionevole" del caso concreto fosse *sic et simpliciter* quella del "comune sentire", quella che «supera il divario tra comportamenti praticati e previsti», beh...allora si potrebbe legittimamente sostare in seconda fila.

6. *Civilisti reazionari*

Ad ogni rivoluzione segue una reazione. Troviamo così nel panorama che vado dipingendo giuristi *reazionari*. Giuristi, cioè, che in luogo di una fuga in avanti auspicano un ritorno alla purezza del metodo tradizionale.

Lo sono in forma più moderata quei giuristi che, come Carlo Castronovo[32], ancora credono nella validità del positivismo. Lamentano allora l'eclissi del diritto civile, cioè dei concetti e modelli di una tradizione bimillenaria, ne denunciano la progressiva dissolvenza, che giudicano sciagurata, e la imputano a tre cause: a) l'uso che si fa dei principi della Costituzione; b) la giurisprudenza creativa rimedialista; c) il diritto privato europeo come elaborato dalla Corte di giustizia. Di qui una "perdita della neutralità del formalismo pandettistico", la sostituzione alla "sussunzione del fatto nella fattispecie di un apprezzamento di esso alla stregua di un valore", il passaggio da una regolamentazione neutrale, secondo fattispecie scandite dalla legge, a un rimedialismo più vicino ai bisogni, ma non avallato da una distinta scelta legale, a tutto scapito del principio di legalità. Il rimedio suggerito al male è ovvio: il ritorno alla tecnica del positivismo, e il ripristino dei suoi assunti ideologici e metodologici.

Lo sono in forma estrema quei giuristi che al positivismo non credono affatto, ma alle sue alternative meno ancora, e come Natalino Irti[33] predicano un approccio nichilista, più formalista e più autoreferenziale anche del vecchio metodo tradizionale. Punto di partenza è la constatazione che non c'è nessuna verità, nessun fondamento oggettivo alla base del diritto. Esso è interamente consegnato alla volontà che lo pone, qualunque essa sia. Ciò che vi è di oggettivo è soltanto la tecnica del produrre e applicare norme. Inutile appellarsi ai valori come pretesi fondamenti. I valori stessi sono posti dalla volontà che crea diritto. Pretendono di elevarsi a criteri di giudizio, ma né sono oggettivi – perché mera espressione dell'ideologia che guida la volontà che li pone – né sono efficaci – perché i principi, i valori, che chi predomina eleva a

[32] CASTRONOVO 2015. Di stampo più tradizionale opere come CASTRONOVO 1998; CASTRONOVO 2006.
[33] IRTI 2007; IRTI 2005; IRTI 2016. Di stampo più tradizionale opere come IRTI 1996; IRTI 1973.

canoni del sistema, sono norme senza fattispecie, e la decisione che ad essi si ispira non è quindi applicazione di una regola, ma diretta soluzione del conflitto, non predeterminata, e perciò incalcolabile. Se qualcosa resiste, in questo sprofondare nel nulla, è la forma, cioè apparati e procedure, tecniche della produzione, dell'interpretazione e della applicazione del diritto. Forma senza contenuto. Forma per ogni contenuto. Forma come salvagente del giurista sballottato dai marosi dei contenuti.

Come non ho giudicato la rivoluzione non giudicherò la reazione. Non è lo scopo di queste pagine. Riferendomi alle idee e non agli Autori potrei dire che ancora una volta quanto alla *pars construens* riconosco la validità delle critiche, o quanto meno la necessità di tenerne conto: è un fatto che la moltiplicazione delle fonti e la pressione della giurisprudenza abbiano sconvolto il diritto civile come lo conoscevamo. Ed è un fatto che la volontà del legislatore (o del giudice "creativo") sconvolga gli assetti consolidati, e che l'appello a principi e valori renda il diritto incalcolabile.

Delle soluzioni proposte come alternativa dottrinale – tornare indietro, fuggire in avanti – non dirò che questo: a favore del ritorno al neutrale metodo dogmatico sta certamente il vantaggio che offre in termini di oggettività e contro gli arbitri degli interpreti; a favore del riconoscimento del fatto che nel diritto non c'è alcun fondamento oggettivo sta l'incontestabile verità che esso dipende dalla volontà che lo pone. Solo: ma siamo sicuri che il metodo dogmatico fosse *neutrale* e non il travestimento di un'ideologia nell'astrazione? e che l'interprete che lo pratica non possa piegarlo come vuole, sol che sia abbastanza abile? e siamo sicuri che la volontà che pone il diritto sia anch'essa diritto, e non sia semplicemente *politica*, e *non* diritto? e che il diritto non inizi solo *dopo*, con il discorso che razionalizza quella volontà?

7. *Unità e pluralismo nella civilistica contemporanea*

Chi dipinge un paesaggio ritrae il bosco, non le foglie, le case, non i mattoni, il mare, non le gocce. Mi scuso, perciò, ma spero che sarò giustificato, se il panorama è sommario, se i nomi sono solo esempi, se innumerevoli civilisti degni di menzione non sono nominativamente ricordati, se parecchio è rimasto fuori della cornice.

Con i suoi difetti di messa a fuoco, però, questa a me pare la fisionomia della scienza civilistica attuale: unità e pluralismo. Unità perché nessuno abbandona del tutto il metodo tradizionale. Pluralismo perché ciascuno sentendone i limiti cerca oggi un diverso rimedio ai vizi che quel metodo rivela.

Devo sottolineare: *oggi*. Per questo aspetto mi limito a segnalare quello che si può ricavare da un dato biografico che i richiami bibliografici segnalano: basta leggere le loro opere iniziali, tipicamente concettuali, più o meno formali se non formaliste, sapientemente dogmatiche, per constatare che gli odierni giuristi, i reazionari, come i rivoluzionari, come i riformatori, furono tutti da giovani dei ligi positivisti. Che siano dei positivisti delusi?

Come che sia: unità e pluralismo. Ma un pallido pluralismo, perché spesso si fatica un po' a cogliere cosa distingua la scuola di Tizio dalla scuola di Caio. E una stanca unità, perché la coltivino, la riformino, la rivoluzionino, la recuperino come unica salvezza, quasi tutti i civilisti gravitano tuttora intorno alla tecnica del fatto che in base alla norma produce l'effetto.

Che il vizio del metodo sia proprio lì?

Riferimenti bibliografici

ALPA G. 1999. *La responsabilità civile*, Milano, Giuffrè.

ALPA G. 2009. *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, Laterza.

ALPA G. 2017. *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Genova, Marietti.

BARBERIS M. 1990. *Il diritto come discorso e come comportamento*, Torino, Giappichelli.

BENEDETTI G. 1969. *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, Giuffrè.

BENEDETTI G. 1999. *Diritto e linguaggio: variazioni sul diritto muto*, Milano, Giuffrè.

BETTI E. 1994. *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

BOBBIO N. 1994. *Scienza giuridica*, in Id., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, Giappichelli.

BOBBIO N. 1996. *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli.

BONNECASE J. 1924. *L'École de l'exégése en droit civil*, Paris, Boccard.

BORSARI L. 1871-81. *Commentario del codice civile italiano*, I-VI, Torino, Giappichelli.

BRECCIA U. 1991. *Le obbligazioni: caratteri generali, adempimento inadempimento*, Milano, Giuffrè.

BRECCIA U. 2019. *Discorsi sul diritto: appunti per un corso di teoria generale del diritto*, Pisa, Pacini Giuridica.

CARRINO A. (ed.) 1989. *Metodologia della scienza giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

CASTRONOVO C. 1998. *Danno biologico. Un itinerario di diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè.

CASTRONOVO C. 2006. *La nuova responsabilità civile*, Milano, Giuffrè.

CASTRONOVO C. 2015. *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè.

CHIASSONI P. 1990. *L'interpretazione della legge: normativismo semiotico, scetticismo, giochi interpretativi*, in *Studi Tarello*, II, Milano, Giuffrè, 147 ss.

CHIRONI G.P. 1888, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Torino, Barbera.

COMANDUCCI P. 1999. *L'interpretazione delle norme giuridiche. La problematica attuale*, in BESSONE E. (ed.) *Interpretazione e diritto giudiziale*, I, *Regole, modelli, metodi*, Torino, Giappichelli, 1 ss.

COVIELLO N. 1915. *Manuale del diritto civile*, Milano, Società editrice libraria.

D'ALESSANDRO F. 1989. *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam.

DICIOTTI E. 2003. *L'ambigua alternativa tra cognitivismo e scetticismo interpretativo*. Disponibile in www.dispi.unisi.it/sites/st06/files/allegatiparagrafo/22-05-2013/wp45.pdf (consultato il 15 aprile 2019).

FEMIA P. 2004. *Annullamento del contratto e danno da contrattazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

FEMIA P. 2012. *Segni di valore*, in RUGGERI L. (ed.) *Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e influenza sul diritto interno*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

FERRAJOLI L. 1999. *La cultura giuridica nell'Italia del novecento*, Roma-Bari, Laterza.

FERRAJOLI L. 2007. *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I, Roma-Bari, Laterza.

FERRARA F. 1985. *Trattato di diritto civile italiano*, rist. Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

GAMBARO A. 2017. *La proprietà. Beni, proprietà, possesso*, Milano, Giuffrè.

GENTILI A. 1982. *Il contratto simulato. Teorie della simulazione e analisi del linguaggio*, Napoli, Jovene.

GENTILI A. 2013. *Il diritto come discorso*, Milano, Giuffrè.

GENTILI A. 2015. *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I-II, Torino, Giappichelli.

GIANTURCO E. 1901. *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Barbera.

GIORGI G. 1884. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, I-IX, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli.

GROSSI P. 2002. *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè.

GUASTINI R. 2004. *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, Giuffré.

IRTI N. 1973. *Due saggi sul dovere giuridico*, Napoli, Jovene.

IRTI N. 1996. *Testo e contesto*, Padova, Cedam.

IRTI N. 2005. *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza.

IRTI N. 2007. *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, Laterza.

IRTI N. 2016. *Un diritto incalcolabile*, Torino, Giappichelli.

KALINOWSKI G. 1982. *Disputa sulla scienza normativa*, Padova, Cedam.

KANTOROWICZ H.U. 2008. *La lotta per la scienza del diritto*, rist., Sala Bolognese, Arnoldo Forni Editore.

KELSEN H. 2008. *Scienza giuridica e diritto*, Torino, Giappichelli.

LIPARI N. 1964. *Il negozio fiduciario*, Milano, Giuffrè.

LIPARI N. 1970. *Autonomia privata e testamento*, Milano, Giuffrè.

LIPARI N. 2013. *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè.

LIPARI N. 2017. *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, Giuffrè.

LOMONACO L. 1883-84. *Istituzioni di diritto civile italiano*, I-III, Napoli, Jovene.

MATTEI U. 2011. *Beni comuni: un manifesto*, Roma-Bari, Laterza.

MATTEI U. 2013. *Contro riforme*, Torino, Einaudi.

MENGONI L. 1975. *Gli acquisti a non domino*, Milano, Giuffrè.

MENGONI L. 1996. *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè.

MODUGNO F. 2012. *Interpretazione giuridica*, Padova, Cedam.

NICOLÒ R. 1962. *Istituzioni di diritto privato*, Milano, Giuffrè.

NICOLÒ R. 1978. *L'adempimento dell'obbligo altrui*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

PACCHIONI G. 1933. *Dei contratti in generale*, Torino, Giappichelli.

PACIFICI MAZZONI E. 1869-73. *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli.

PARDOLESI R. 1979. *I contratti di distribuzione*, Napoli, Jovene.

PARDOLESI R., COOTER R., MATTEI U., MONATERI P.G., ULEN T. 2006. *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, Bologna, il Mulino.

PARDOLESI R. 2010. *Analisi economica e diritto antitrust*, in BARUCCI P., RABITTI BEDOGNI C. (eds.). *20 anni di antitrust. L'evoluzione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, Torino, Giappichelli,123 ss.

PERLINGIERI P. 1962. *I negozi sui beni futuri.* I. *La compravendita di «cosa futura»*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

PERLINGIERI P. 1979. *Tendenze e metodi della civilistica italiana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.

PERLINGIERI P. 1987. *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

PERLINGIERI P. 1992. *Diritto comunitario e legalità costituzionale: per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

PERLINGIERI P. 2006. *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

PERLINGIERI P., TARTAGLIA POLCINI A. (eds.) 2013. *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.

PINO G. 2014. *Interpretazione e crisi delle fonti*, Modena, Mucchi.

PINO G. 2017. *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in «Rivista di Filosofia del Diritto»., 2013, I, 77 ss.

PUCHTA G.F. 1854. *Corso delle istituzioni*, I, Napoli, Diogene.

PUGLIATTI S. 2012. *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè.

RESCIGNO P. 1977. *Manuale del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene.

RESCIGNO P. 1987. *Persona e comunità*, Padova, Cedam.

RICCI F. 1877-86. *Corso teorico-pratico di diritto civile*, I-IX, Torino, Utet.

RODOTÀ S. 1964. *Il problema della responsabilità civile*, Milano, Giuffrè.

RODOTÀ S. 1990. *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, il Mulino.

RODOTÀ S. 2015. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza.

ROPPO V. 1989. *Contratti standard. Autonomia e controllo nella disciplina dei contratti di impresa*, Milano, Giuffrè.

ROPPO V. 2002. *Il contratto del duemila*, Torino, Giappichelli.

ROPPO V. 2011. *Il contratto*, Milano, Giuffrè.

SACCO R. 1975. *Il contratto*, Torino, Utet.

SANTORO PASSARELLI F. 1996. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene.

SAVIGNY VON F.C. 1886. *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, Einaudi.

SCIALOJA V. 1933-34. *Studi giuridici: Diritto romano*, Roma, Anonima Romana Editoriale.

TRIMARCHI P. 2010. *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, Giuffrè.

TRIMARCHI P. 2017. *La responsabilità civile: atti illeciti, rischio, danni*, Milano, Giuffrè.

VELLUZZI V. 2012. *Tra teoria e dogmatica. Sei studi intorno all'interpretazione*, Pisa, Ets.

DOTTRINA E GIURISPRUDENZA: CONFLITTI, DIALOGHI, MONOLOGHI

ROBERTO **PARDOLESI**

&dq

Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi

Doctrine and Jurisprudence: Conflicts, Dialogues, Monologues

ROBERTO PARDOLESI

Professore ordinario di diritto comparato e di diritto privato, Università LUISS "Guido Carli".
E-mail: rpardole@luiss.it

ABSTRACT

Prendendo le mosse dalla sua esperienza personale e ripercorrendo il cammino dei "tre signori del diritto", l'autore analizza l'involuzione dei rapporti tra dottrina e giurisprudenza. Sullo sfondo il crepuscolo del diritto e uno scontro, quello tra "titani" e "chierici", che, interrotta ogni dialettica, hanno costruito muri di incomunicabilità a suon di assordanti monologhi.

Parting from his own experiences and retracing the path of the three "masters of the law", the author analyses the involution of the relationship between doctrine and jurisprudence. On the basis of the twilight of law and the clash between "titans" and "clerics", with the interruption of any dialectics, walls of incommunicability and deafening monologues have been built.

KEYWORDS

dottrine, giurisprudenza, dialoghi

doctrine, jurisprudence, discourse

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi

ROBERTO PARDOLESI

1. *A mo' d'introduzione* – 2. *Di là dalla modernità* – 3. *L'abdicazione della dottrina* – 4. *Sulla nomofilachia inversa* – 5. *In chiusura: un po' di realismo*.

1. *A mo' d'introduzione*

Chi, con ingenuo entusiasmo (per il quale sono comunque riconoscente), mi ha affidato il compito di scrutinare i rapporti – dialoghi, o monologhi incomunicabili, oppure aperti conflitti? – tra dottrina e giurisprudenza non immaginava di esporsi ad un rischio consistente: quello di attivare una sorta di flusso coscienziale, un soliloquio inarrestabile, alla maniera di Molly Bloom nelle (tante) pagine finali dell'Ulisse joyciano. In effetti, mi si prospettava un rigurgito narrativo prepotente, da caratterizzare comunque in chiave soggettiva: nel tempo, nei luoghi, nel plesso disciplinare di riferimento. E il solo modo di non farsi prendere (troppo) la mano mi sembrava quello di "storicizzare" la mia esperienza personale. Espediente vantaggioso, perché, a dirla tutta, io c'ero; ciò che mi legittimava, con tutti i limiti di una testimonianza individuale, a ricreare in poche battute – quelle che mi sono concesse dalla natura di questo mio intervento in chiave di riduttivo "sguardo dal ponte" – un abbozzo di "com'eravamo" a mo' di presupposto per capire la situazione attuale.

Proprio in relazione a quest'ultimo rilievo, mi sembra peraltro appropriato confessare *ex ante* che non proverò neppure ad essere distaccato ed ecumenico, come forse si converrebbe in siffatte circostanze. Tutt'al contrario, seconderò la mia natura notoriamente settaria e divisiva. Dirò, fuori dai denti, e senza sconti per nessuno, me compreso, come vedo le cose: come andavano allora, al tempo dei luminari della dogmatica – li scandiamo ancora oggi con rispettosa ammirazione, i loro nomi –, che indicavano con sicuro cipiglio la strada da seguire perché il diritto rispondesse alla domanda di giustizia che si levava da un tessuto sociale in (som)movimento: un po' come i grandi clinici, che diagnosticavano la malattia da venti metri di distanza, o di Padre Pio da Pietrelcina, che prefigurava i peccati al solo guardarti; e come vanno al giorno d'oggi, in un'epoca in cui, di là dalla pigrizia dei luoghi comuni, non ci sono più le mezze stagioni e nemmeno i grandi professori. Perché, a tacer d'altro, i tre signori del diritto, come li chiamava Van Caenegem[1], ossia legislatore, dottrinario e giudice, hanno preso vie diverse.

2. *Di là dalla modernità*

La verità è che viviamo in tempi di *post*-diritto[2]. C'è chi si ostina a negarlo, costringendosi, per restare nel solco dell'ortodossia, a chiudere gli occhi; ma i segni della liquefazione del quadro tradizionale emergono prepotentemente ad ogni piè sospinto e provocano reazioni plateali. Capita, così, che si dissezionino – fors'anche troppo sbrigativamente – i resti del diritto privato (dove albergava il cuore della teoria generale, che ora però non batte più)[3]. Se ne denuncia l'eclissi[4], per la progressiva remissività di una dottrina che ha perso – come si vedrà – bussola e ambizioni. Si scopre che la storica tendenza del diritto privato al sovranismo, che sarebbe dovu-

[1] VAN CAENEGEM 1991, *passim*.
[2] Cfr., al riguardo, PARDOLESI, PINO 2017, 113-123.
[3] ZENO-ZENCOVICH 2018, 617 ss.
[4] CASTRONOVO 2015, V.

ta svaporare a colpi di globalizzazione, si colora piuttosto di accenti populistici, inclinando verso la dismissione del bagaglio tecnico in *pro* di un "diritto emozionale"[5].

Più da presso, ma sempre in maniera sin troppo superficiale. A cominciare dal legislatore, che è fuori dal perimetro della mia riflessione: ma non si può fare a meno di evocarlo, perché la sua trasfigurazione – per effetto della diaspora (meglio, esplosione) delle fonti e con l'aggiunta di tanti problemi autoctoni – fa da innesco per gli sviluppi che scrutineremo tra un momento. In estrema sintesi, si è passati dall'implausibile monoliticità di un ideale macroantropo di proverbiale saggezza alla bipolarità di una matrice interna e transnazionale, quanto basta per farlo apparire distopico e in affanno, travolto com'è dal caos organizzato e compromissorio dell'*acquis communautaire*. Nel tempo, come se non bastasse, il quadro si è reso viepiù frammentario. Alle smagliature tradizionali si sono sommate fughe in avanti senza costrutto – si pensi, per fare un esempio impietoso fra i mille che si offrono, all'art. 8*ter* della l. 12 febbraio 2019, n. 12, che detta la definizione di "*smart contract*" (bello? anche no, ma, soprattutto, a che *pro*?[6]) o a capitolazioni orgogliose, come quella consumatasi a ridosso della nuova disciplina della protezione dei dati personali[7]. Sino a far assumere al tutto l'andamento contorto, ispessito e brulicante di certe tele di Bruegel il vecchio. Poco male, si dirà, perché in un contesto di educazione gius-positivistica – quello che un tempo, di fronte al profilarsi di un vuoto di tutela, induceva a invocarne l'intervento –, il legislatore va dove lo porta il cuore (con i soli limiti del controllo di legittimità costituzionale). Cosicché, se gli garba di dire che la responsabilità medica dev'essere extracontrattuale (perché ciò alleggerisce l'esposizione risarcitoria del professionista, nel che sta l'obiettivo di *policy* perseguito)[8], lo farà, irreggimentando senza sforzo quegli stessi interpreti cui, viceversa, competerebbe la scelta di qualificazione. Non è quanto dire che il legislatore può, se vuole, permettersi di affermare – col pieno consenso dei giuristi, che si affanneranno a fornirne la prova con industriose e sagaci argomentazioni – che piove l'acqua per in su: ma poco ci manca.

Questa, riassunta in due battute (di cui mi vergogno apertamente), è la premessa per il collasso degli equilibri fin lì ricevuti. Collasso che si traduce in due fenomeni interconnessi: *a*) l'affrancamento del titano (la giurisprudenza); *b*) il "tradimento dei chierici" (la dottrina). Di qui, l'inaridirsi del dialogo e il montare di monologhi che scongiurano i conflitti a colpi di normalità. Quella della temperie in cui viviamo.

3. *L'abdicazione della dottrina*

Partiamo dal secondo, perché si presta (si fa per dire...) ad un'analisi succinta.

La frammentazione del sistema delle fonti ha messo prima a repentaglio e poi tolto dal giro ogni velleità sistematica: di fronte ad un'elaborazione comunitaria incurante delle coordinate sulle quali si era edificata la struttura concettuale del diritto (privato), trincerarsi dietro i virtuosismi della dogmatica – nel frattempo diventata, per un fenomeno di latente volgarizzazione, patrimonio di tutti – non era più un'opzione significativa. Io c'ero quando il titolo quasi obbligato dei contributi scientifici scandiva la formula: "Autonomia privata e ...": qualunque fosse stato il secondo termine, finanche riferito all'anfratto più minuto della disciplina codicistica, esso avrebbe permesso di ripercorrere nella sua interezza la maestosità severa dell'architettura nego-

[5] MAZZAMUTO 2019.

[6] V., per i ragguagli del caso, PARDOLESI, DAVOLA 2019, parte V, 195 ss.

[7] Il reg. 679/2016 avrebbe dovuto soppiantare il d.lgs. 196/2003: salvo, ovviamente, i molti aggiustamenti – una cinquantina! – che il GDPR richiedeva. Solo che la disciplina a ciò preposta, il d.lgs. 101/2018, ha pensato bene di lasciare in vita il previgente codice della privacy, sia pure sottoponendolo a ogni sorta di chirurgia ricostruttiva. Vero trionfo dei "*complexifiers*".

[8] Mi sia concesso rinviare a PARDOLESI 2017, 261 ss.

ziale. Non che fosse, intendiamoci, il miglior mondo possibile. Non dovrebbe sorprendere, in fondo, il fatto che, in una dimensione giuridica globalizzata, il nostro diritto (ancor più del *civil law* nel suo complesso), appaia, a chi può fare la scelta della disciplina da applicare ai suoi affari, poco appetibile. A voler peccare di malizia, si potrebbe trovare un motivo di soddisfazione in un accadimento comunque opaco come la *Brexit*, perché promette di rendere meno disponibile il diritto inglese, che allo stato vince a mani bassi l'agone competitivo (quattro volte più impiegato di quello francese, pur modificato per risultare concorrenziale, sei volte di quello tedesco; secondo nel *ranking* il diritto svizzero, non pervenuto quello italiano)[9].

Privata del monopolio della dogmatica (e, poi, della dogmatica stessa), la dottrina si sarebbe volta – con un'attenzione che mai c'era stata per l'addietro – all'analisi della giurisprudenza. E sin qui, nella scoperta *à la* Francesco Galgano (ma non posso nascondere la mia parte di responsabilità) del "diritto positivo giurisprudenziale", che sarebbe poi evoluto significativamente nell'espropriativa "dottrina delle corti"[10], c'era una dimensione felicifica di dialogo proficuo. Durata, però, lo spazio di un mattino, per quello che è stato definito il tradimento dei chierici, ossia la pratica abdicazione dell'accademia al ruolo di guida che aveva nel tempo scandito il "successo del giurista"[11].

Il mutamento del quadro complessivo imponeva un cambio di ruolo, che avrebbe imposto: *a*) al *legal scholar* di reinventarsi come scienziato sociale, mettendo in discussione le sue certezze di sedicente sciamano che raccoglie e sintetizza in vena autoreferenziale le istanze che rinvengono dagli altri apporti scientifici e, soprattutto, la compatibilità con l'impegno avvocatesco; *b*) alla facoltà di giurisprudenza di trovare un'anima che le assicurasse un'identità diversa dalla vocazione pragmatica della scuola forense (perché, se il punto è insegnare "come si fa", quest'ultima è decisamente più adatta al compito)[12]. Ciò che non è accaduto. Ecco, allora, che la dottrina, sempre più professionalizzata, è divenuta recessiva, nel segno del disimpegno. Dismesso ogni anelito propulsivo, si è risolta, con animo gregario, a seguire – commentando sin troppo spesso con supina approvazione – gli sviluppi giurisprudenziali. Quel che un tempo, quando tutto mancava, induceva all'appello al legislatore è divenuto invocazione dell'intervento delle sezioni unite della Cassazione. Insomma, c'è un giudice a Berlino, vediamo quel che fa (e, magari, ingraziamocelo...).

Ci s'interrogava, una volta, sulla stessa legittimità dell'idea di giurisprudenza come scienza. Oggi è probabile che non ne valga più la pena, per ragioni diverse da quelle di chi, in passato, obiettava che il diritto vive nelle aule di giustizia.

Il riscatto, ne convengo, è dietro l'angolo. Ma quell'angolo, volendo, può rivelarsi lontano.

4. *Sulla nomofilachia inversa*

Nel frattempo, se così si può dire, la giurisprudenza si andava affrancando dalle pastoie dell'ermeneutica letteralistica. L'evaporazione del sistema comportava, per l'appunto, l'affrancazione del titano, cui si schiudeva l'opportunità di sperimentare formule sempre più innovative, sino all'odierno mantra della "lettura costituzionalmente orientata", che, ragionando su principi a loro volta soggetti a ricostruzione ermeneutica, apre – piaccia o no – a smisurati margini di varianza. Il giudice è uscito dal guscio remissivo di *bouche de la loi*; e ha scoperto che, là fuori, dove si prendono i rischi, non c'era più nessuno. O quasi[13].

E siamo così approdati – il fenomeno è troppo noto perché lo si debba qui enfatizzare – al pro-

[9] Cfr., riassuntivamente – la letteratura empirica ha fornito, negli anni recenti, una messe di contributi al riguardo: EIDENMUELLER 2018.

[10] BERRUTI 2013, 181 ss.

[11] GAMBARO 1983, 85 ss.

[12] Per qualche considerazione più approfondita, v. PARDOLESI, GRANIERI 2013, 1 ss.

[13] GRANIERI, PARDOLESI 2012, 27 ss.

tagonismo muscolare della giurisprudenza, che però, proponendosi quale sola forza autenticamente propulsiva in aree altrimenti dismesse, pone seri problemi di certezza, coerenza, argine all'arbitrarietà che cova come minaccia nell'ombra. Ovvio che, di fronte allo sgretolarsi dei tradizionali punti di riferimento, sia parsa consolatoria, anzi rassicurante la funzione nomofilattica, deputata a garantire la "tenuta" complessiva del fenomeno giuridico nel segno della compostezza finale del responso giudiziale. Salvo poi scoprire che si trattava di una nomofilachia "dinamica", cangiante nel tempo[14]: e, sin qui, tutto bene, posto che il diritto deve ben adattarsi alla mutevole domanda di giustizia che si leva dal tessuto sociale. Più difficile ad accettarsi la nomofilachia a geometria variabile e straniata, che fa capo ai tre organi giurisdizionali di vertice e alimenta ontologie regionali autonome[15] (un esempio per tutti: il concorso di colpa è radicalmente diverso se letto in chiave d'interpretazione dell'art. 1227 c.c. ad opera della Cassazione e di art. 30 cod. proc. amm. nell'ottica del Consiglio di Stato[16]). Ancora più desolante la banalizzazione del ricorso alle sezioni unite nella recente marea montante e inflazionata delle questioni di massima di particolare importanza (di cui, almeno in un certo numero di ipotesi, non si sentirebbe davvero il bisogno, per non parlare di quelle in cui il collegio rimettente di fatto si spoglia della sua funzione istituzionale, ossia di rendere giustizia nel caso concreto[17]) e, per converso, la scomposta dissonanza di taluni *overruling* affannosi e sincopati (è già singolare che due rimessioni sulla medesima questione si succedano a breve intervallo temporale; sgomenta ancor di più, però, il fatto che ne consegua il repentino cambio di rotta delle sezioni unite, a riprova della scarsa tenuta di precedenti la cui vocazione sarebbe quella della persistenza[18]).

Per chiari sintomi, allora, viene profilandosi il declino della funzione nomofilattica (nel suo significato originario) e, forse con maggior precisione, della stessa autorità delle sezioni unite. Non è la prima volta che si assiste alla strenua resistenza, da parte di una singola sezione, sulla propria posizione eterodossa rispetto a quella assunta in passato (magari neppure così lontano) dall'organo deputato a ricompattare il flusso giurisprudenziale.

È, si dirà, il segno della crisi, che tocca anche chi, in frangenti tanto burrascosi, ha saputo imporre la propria impronta. Ma, con ogni probabilità, c'è qualcosa di più: se solo si ha cuore di guardare da presso, si offre la possibilità d'individuare la traccia di una nomofilachia "inversa", se si preferisce dal basso, "*bottom-up*". Come dire, in altri termini, l'omogeneizzazione imposta volta a volta dalla singola sezione, nella piena e orgogliosa consapevolezza dell'orientamento alle conseguenze del proprio decidere.

Di questa strategia si danno esempi di vario tenore (e spessore). A partire dalla "rivoluzione paziente" coltivata da taluni giudici della terza sezione contro il *Diktat* delle c.d. sentenze di San Martino – quattro decisioni a sezioni unite che nel 2008 avevano mirato a ridisegnare in senso comprensivo e unitario la trama del danno non patrimoniale –, con pronunce volta a volta resilienti o intese a saggiare i possibili punti di fragilità dell'ermeneutica anti-esistenzialistica, fino a rovesciare il castello a colpi di decalogo, che, ribadendo un formale ossequio alle pronunce di dieci anni prima, riscrivono il diritto sul punto[19], denunciando, in ultimo, rispetto a un'evoluzione risalente nel segno della coerenza, "il momento di apparente discontinuità" rappresentato dalla posizione delle sezioni unite[20] (quasi a ricordarci che la storia la scrivono i vin-

[14] RORDORF 2017, 123 ss.

[15] V., riassuntivamente, BARONE, PARDOLESI 2018, 133 ss.

[16] Cfr., ancora di recente, Cons. Stato, sez. IV, 9 maggio 2018, n. 2778, in «Foro italiano», III, 2019, 42 ss.

[17] Da un caso del genere ha tratto ispirazione il contributo di PARDOLESI, SASSANI 2019, 235 ss.

[18] Richard Posner, teorizzava, anni fa, l'obsolescenza – più o meno programmata – del precedente; qui, invece, ci troveremmo alle prese con una sua difettosità originaria, che certamente non contribuisce al prestigio del prodotto nomofilattico.

[19] V., *ex plurimis*, PARDOLESI 2018, 1344 ss.

[20] Cass. 31 gennaio 2019, n. 2788, in «Foro italiano», I, 2019, 782 ss., con nota di PALMIERI A. e commento di PONZANELLI, *Dopo San Martino, la Cassazione ci riprova a varare uno statuto del danno alla persona*.

citori...). Per poi passare alla strategia dell'"assalto alla diligenza", che – a differenza di quella precedente – non finge di dimenticare l'art. 374 c.p.c. e, anzi, lo sovraespone, tornando ripetutamente alla carica (nella consapevolezza, sembrerebbe, che chi la dura la vince; anche perché le sezioni unite, come racconta la recente vicenda delle clausole *claims-made*, non fanno più quadrato sui propri pronunciamenti[21]).

L'ultima moda è appunto quella della nomofilachia "giacobina", di cui è chiara espressione, sul versante della responsabilità sanitaria, l'infittirsi della progenie giudiziale seguita alla scelta originaria di imputare al paziente la causa ignota del suo pregiudizio[22]: ventuno pronunce, nell'arco di un anno e mezzo[23], tetragone nel negare il contrasto con le direttive delle sezioni unite, quanto risolute nell'intento di metter l'universo giuridico di fronte al *fait accompli*, ossia la creazione di uno zoccolo duro di giurisprudenza consolidata dal basso (un po' come aveva fatto la prima sezione per scalzare il dogma del mantenimento del tenore di vita come parametro per la computazione dell'assegno divorzile a favore dell'*ex* coniuge debole: cioè, decisioni ripetute in rapida successione e determinate a non rimettere la questione alle sezioni unite, per tema – fondato, come poi si è potuto verificare – ch'esse non avallassero l'approccio proposto e col disegno di contrapporre a trent'anni di giurisprudenza monotonica un cospicuo numero di pronunce diversamente orientate[24]). Insomma, come si diceva, nomofilachia dal basso e giacobina[25], perché butta il cuore oltre l'ostacolo e, quando può, spiana il conflitto con l'espediente di negarlo.

5. *In chiusura: un po' di realismo*

Questo è il tempo in cui viviamo. La giurisprudenza rampante occupa spazi che altri signori del diritto avrebbero dovuto tenere saldamente. E fa bene a comportarsi così, almeno fino a quando chi ora abdica a qualsiasi coinvolgimento di prima linea non saprà recuperare un proprio ruolo o

[21] Si può ricordare, quale caso emblematico di siffatta caducità, quello relativo alle clausole *claims made* nei contratti di assicurazione contro la r.c. la prima decisione delle sezioni unite (Cass. 6 maggio 2016, n. 9140, in «Foro italiano», I, 2016, 2014 ss.) è stata ben presto smentita dalla medesima formazione del Supremo collegio (Cass. 24 settembre 2018, n. 22437, ivi, I, 2018, 3015 ss.). In proposito, pescando in una letteratura davvero alluvionale, v. la recente ricognizione di RIVA 2019, 9 ss.

[22] Cass. 26 luglio 2017, n. 18392, Est. Scoditti, in «Foro italiano», I, 2017, 3358 ss. (annotata da D'AMICO 2018, 1348 ss.; NUCCI 2017, 527 ss.; ZORZIT 2017, 696 ss).

[23] Il *grand arrêt* ha trovato ampio riscontro nelle successive pronunce della terza sezione civile, che si direbbe irremovibile nel portare avanti l'indicata ricostruzione; la progenie è, infatti, ormai fittissima (constano, al momento in cui si scrive, 21 decisioni conformi: Cass., ord. 26 febbraio 2019, n. 5437, in «Foro italiano», I, 2019, 1593 ss.; 17 gennaio 2019, n. 1045, *id.*, *Le banche dati*, archivio *Cassazione civile;* ord. 20 novembre 2018, *id.*, 2019, I, 1593; 2 novembre 2018, n. 29853, 30 ottobre 2018, nn. 27455, 27449, 27447, 27446, tutte *id.*, *Le banche dti*, archivio cit.; sent. 23 ottobre 2018, n. 26700, 20 agosto 2018, n. 20812, entrambe *ibid.*; ord. 13 settembre 2018, n. 22278, e 22 agosto 2018, n. 20905, entrambe *ibid.*; ord. 19 luglio 2018 n. 19204, *ibid.*; 19 luglio 2018, n. 19199, e 13 luglio 2018, n. 18549 *id.*, 2018, I, 3582, con nota di PARDOLESI, SIMONE 2018a, 3582 ss.; ord. 13 luglio 2018, n. 18540, *id.*, *Le banche dati*, archivio cit.; sent. 9 marzo 2018, n. 5641, *id.*, 2018, I, 1579; 15 febbraio 2018, nn. 3704 e 3698, entrambe in *id.*, *Le banche dati*, archivio cit.; 7 dicembre 2017, n. 29315, *id.*, Rep. 2017, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 471; 14 novembre 2017, n. 26824, *id.*, 2018, I, 557, con nota di TASSONE 2018a, 562 ss. ; anche in *Danno e resp.*, 2018, 5, con note PARDOLESI, SIMONE 2018b, 5 ss. e di TASSONE 2018b, 14 ss.: ed è appena il caso di rilevare, per inciso, come, nella sua relazione del 26 gennaio 2019, in «Foro italiano», V, 2019, 168, il Primo presidente della Cassazione, Giovanni Mammone, abbia suggellato la traiettoria in atto, annoverando, fra le pronunce significative del 2018, Cass. n. 5641 e 26700, cit., proprio per aver sostenuto che "è onere del paziente dimostrare l'esistenza del nesso causale, cosicché, ove la causa del danno sia rimasta ignota, la domanda va rigettata").

[24] Storia troppo nota per doverla documentare: basti qui ricordare le opposte visione di CASABURI 2018, 2699 ss, e MACARIO 2018, 3605.

[25] Lo stesso Enrico Scoditti, estensore di Cass. 18372/17, la definisce «nomofilachia preventiva», che guarda «anche verso il futuro, perché esercita la funzione d'indirizzo della giurisprudenza di merito»: *La nomofilachia naturale della Corte di cassazione. A proposito di un recente scritto sulla «deriva della Cassazione»*, scritto in corso di pubblicazione in *Foro it.* (in replica a SASSANI 2019, 43 ss.).

inventarsene uno fresco di conio, in un'accezione consona al contesto in cui si dipana la dinamica in atto del complessivo fenomeno giuridico. La trama di questo nuovo umanesimo giudiziale è, però, difficile a decifrarsi e piena di insidie. Con una sola consapevolezza: che il modo peggiore di gestirle è senz'altro quello di far finta che non esistano.

A mo' di commiato. Può darsi che lo schizzo apprestato in queste pagine sia, oltre che indebitamente riduttivo, ingeneroso. Ma sospetto che l'eccesso di auto-indulgenza (dottrinaria) abbia concorso in maniera determinante al deteriorarsi del quadro. E di questa remissività non voglio essere complice.

Riferimenti bibliografici

BARONE C.M., PARDOLESI R. 2018. *Memorandum sulle tre giurisdizioni superiori – Qualche minimale considerazione conclusiva*, in «Foro italiano», V, 2018, 133 ss.

BERRUTI G.M. 2013. *La dottrina delle corti,* in «Foro italiano», V, 2013, 181 ss.

CASABURI G. 2018. *L'assegno divorzile secondo le sezioni unite della Cassazione: una problematica «terza via»*, in «Foro italiano», I, 2018, 2699 ss.

CASTRONOVO C. 2015. *Eclissi del diritto civile*, Milano, Giuffrè.

D'AMICO G. 2018. *La prova del nesso di causalità «materiale» e il rischio della c.d. «causa ignota» nella responsabilità medica*, in «Foro italiano», I, 2018, 1348 ss.

EIDENMUELLER H. 2018. *Collateral Damage: Brexit's Negative Effects on Regulatory Competition and Legal Innovation in Private Law*. Disponibile in: https://www.ssrn.com (consultato il 26/06/2019).

GAMBARO A. 1983. *Il successo del giurista,* in «Foro italiano», V, 1983, 85 ss.

GRANIERI M., PARDOLESI R. 2012. *Ma i tre signori del diritto sono rimasti in due?*, in «Foro italiano»,V, 2012, 27 ss.

MACARIO F. 2018. *Una decisione anomala e restauratrice delle sezioni unite nell'attribuzione (e determinazione) dell'assegno di divorzio,* in «Foro italiano», I, 2018, 3605 ss.,

MAZZAMUTO S. 2019. *Sovranismo e populismo giuridico,* circolo Diritto e democrazia, nota introduttiva al dibattito pubblico del 7 maggio 2019.

NUCCI R.V. 2017. *La distribuzione degli oneri probatori nella responsabilità medica: «qualificato inadempimento» e prova del nesso causale*, in «Responsabilità medica», 4, 2017, 527 ss.

PARDOLESI R. 2017. *Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria*, in «Danno e responsabilità», 73, 2017, 261 ss.

PARDOLESI R. 2018. *Danno non patrimoniale, uno e bino, nell'ottica della Cassazione, una e terza*, in «Nuova giurisprudenza civile», 9, 2018, 1344 ss.

PARDOLESI R., DAVOLA A. 2019. *"Smart contract": lusinghe ed equivoci dell'innovazione purchessia*, in «Foro Italiano», 2019, 195 ss.

PARDOLESI R., GRANIERI M. 2013. *The Future of Law Professors and Comparative Law*, in «The Digest. National Italian American Bar Association Law Journal», 2013, 1 ss.

PARDOLESI R., PINO G. 2017. *Post-diritto e giudice legislatore. Sulla creatività della giurisprudenza*, in «Foro italiano», 142, 2017, 113 ss.

PARDOLESI R., SASSANI B. 2019. *Bilanciamento tra diritto all'oblio e diritto di cronaca: il mestiere del giudice*, in «Foro italiano», I, 2019, 235 ss.

PARDOLESI R., SIMONE R. 2018a. *Tra discese ardite e risalite: causalità e consenso in campo medico*, in «Foro italiano», 1, 2018, 3582 ss.

PARDOLESI R., SIMONE R. 2018b. *Nesso di causa e responsabilità della struttura sanitaria: indietro tutta*, in «Danno e responsabilità», 5, 2018, 5 ss.

RIVA I. 2019. *L'ultima parola delle Sezioni unite della Cassazione in materia di clausole* claims made, in «Contratto e impresa», 2019, 9 ss.

RORDORF R. 2017. *Pluralità delle giurisdizioni ed unitarietà del diritto vivente: una proposta*, in «Foro italiano», V, 2017, 123 ss.

SASSANI B. 2019. *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici*, in «Rivista di diritto processuale civile», 2019, 43 ss.

B. TASSONE 2018a. *Responsabilità contrattuale, prova del nesso, concause e "più probabile che no"*, in «Foro italiano», 2, 2018, 562 ss.

TASSONE B. 2018b. *Responsabilità contrattuale e inversione della prova del nesso*, in «Danno e responsabilità», 2018, 14 ss.

VAN CAENEGEM R.C. 1991, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè.

ZENO-ZENCOVICH V. 2018. *Autopsia del diritto civile*, in «*Rivista critica del diritto privato*», 2018, 617 ss.

ZORZIT D. 2017. *La Cassazione e la prova del nesso causale: l'inizio di una nuova storia?*, in «Danno e responsabilità», 6, 2017, 696 ss.

STUDI

FOUCAULT NATURALIZZATO: SOGGETTO, ASSOGGETTAMENTO, LIBERTÀ

MARCO **BRIGAGLIA**

&dq

Foucault naturalizzato: soggetto, assoggettamento, libertà

Foucault Naturalized: Subject, Subjection, Freedom

MARCO BRIGAGLIA

Ricercatore di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Palermo, Dipartimento di Giurisprudenza.
E-mail: marco.brigaglia@unipa.it

ABSTRACT

In questo articolo ricostruisco l'evoluzione della concezione del soggetto e dell'assoggettamento di Michel Foucault nel suo aspetto più problematico, e cioè nel suo rapporto con la possibilità, e il valore, della libertà. A metà degli anni settanta, cavalcando l'idea che il soggetto (l'individuo cosciente e razionale) sia il risultato di processi di etero-determinazione sociale – un potere impersonale – Foucault sembrava inclinare verso negazione della possibilità di qualsiasi spazio di libertà del soggetto. Negli anni ottanta, invece, pur tenendo ferma l'idea della etero-determinazione sociale del soggetto, egli insisterà ripetutamente sulla sua compatibilità con una peculiare forma di libertà, che chiamerò "libertà-autorialità". La nuova concezione della libertà-autorialità resterà solo accennata, in osservazioni dense e suggestive, ma molto vaghe e impressionistiche. Ricostruirò il disegno implicito ad esse sotteso, mostrando come le contraddizioni che sembrano affliggerlo si sciolgano se lo si inquadra nella rappresentazione della struttura causale del controllo e della creatività individuale e dei processi di trasmissione ed evoluzione culturale suggerita dalle scienze della mente contemporanee.

In this article, I analyse the evolution of Foucault's conception of subject, subjection, and freedom. In the mid-70s, starting from the idea that subjects (self-conscious and rational individuals) are shaped and constituted by a web of social influences – a sort of impersonal power –, Foucault seemed to conclude against the possibility of subjects being, in some relevant sense, "free". Subjectivity, far from being the condition for freedom, is the vehicle of a deep and inescapable subjection. In his last years, although he maintained the thesis of the subject as product of social influences, he repeatedly insisted on the compatibility of this thesis with the possibility of a peculiar form of freedom, that I call "freedom-as-authoriality". Foucault did not develop the notion of freedom-as-authoriality in a systematic way. He only provided scattered and vague hints. In making explicit the rich and articulated conception which underlies them, I highlight the contradictions to which it seems to be exposed, and I argue that they can be overcome if Foucault's notions are framed in the picture of the causal structure of individual control and creativity, and of cultural transmission and evolution, suggested by the contemporary sciences of the mind-brain.

KEYWORDS

Foucault, soggetto, assoggettamento, libertà, creatività

Foucault, subject, subjection, freedom, creativity

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Foucault naturalizzato: soggetto, assoggettamento, libertà

MARCO BRIGAGLIA

1. *Introduzione* – 2. *Naturalizzare Foucault* – 3. *Soggetto e soggettività* – 4. *Soggettivazione* – 5. *La libertà è una condizione impossibile* – 6. *Libertà-originarietà e libertà-autorialità* – 7. *Libertà e controllo* – 8. *Libertà e creatività* – 9. *Cervelli inventivi e storia culturale* – 10. *Inventività ordinaria e creatività* – 11. *Storia culturale, creatività e libertà secondo Foucault* – 12. *Conclusione.*

1. *Introduzione*

Uno degli aspetti più noti e discussi del pensiero di Michel Foucault riguarda il suo apporto alla cosiddetta "critica del soggetto"[1]. Con questa espressione sono usualmente indicate un insieme di posizioni eterogenee, ma accomunate da uno stesso bersaglio polemico, la "filosofia del soggetto". Anche questa espressione non indica in effetti una posizione filosofica unitaria, ma un'idea molto generica che, a detta dei suoi critici, accomunerebbe gran parte della filosofia continentale almeno a partire da Descartes: l'idea che gli individui siano portatori di un nucleo originario, astorico, immutabile di coscienza e razionalità, attraverso il quale accederebbero a uno spazio di libertà intesa come assoluta auto-determinazione, sottratta al mondo delle relazioni causali, e/o ad uno spazio di verità – fattuali o morali – anch'esse assolute, necessarie, immutabili.

Foucault, si ritiene comunemente, avrebbe contribuito a "sbarazzarsi" (espressione amata da lui e dai suoi epigoni) di questa idea, mostrando come il "soggetto" – l'individuo in quanto sede di coscienza e razionalità – lungi dall'essere un dato astorico, originario, non causato, sarebbe invece un prodotto storico-culturale, risultato di una rete di capillari influenze sociali, storicamente e culturalmente contingenti, che fissano, fin nei tratti più minuti, gli schemi attraverso i quali ci rappresentiamo il mondo e noi stessi, e vincolano così, in modo pervasivo, i nostri spazi di pensiero, di emozione, di azione. Il processo di formazione del soggetto, o "soggettivazione", sottenderebbe, in questo senso, un processo eteronomico di profondo e radicale assoggettamento, attraverso il quale un potere impersonale – la rete di influenze sociali che si producono e replicano al di là delle intenzioni soggettive, e che sono costitutive delle stesse intenzioni soggettive – eserciterebbe la propria presa sui corpi degli individui. I soggetti – gli individui dotati di coscienza e razionalità – sarebbero, in quanto tali, assoggettati[2].

Nelle prossime pagine ricostruirò l'evoluzione della concezione foucaultiana della soggettivazione-assoggettamento nel suo aspetto più problematico, e cioè nel suo rapporto con la possibilità, e il valore, della libertà. Riguardo a questo punto, le idee di Foucault hanno subito una profonda trasformazione. A metà degli anni settanta la sua retorica, cavalcando l'idea della soggettivazione come processo eteronomo, sembrava inclinare verso una radicale – ma, come vedremo, poco stimolante e incoerente – esclusione della sensatezza stessa dell'idea di libertà del soggetto. Negli

[*] Questo articolo riprende, con alcuni aggiustamenti e modifiche, la ricostruzione delle idee di Foucault su soggetto, assoggettamento e libertà sviluppata in BRIGAGLIA 2019, cap. 4, nel quadro di una più ampia disamina della concezione foucaultiana del potere. Ringrazio Bruno Celano, Giulia Sajeva e Alessandro Spena per aver letto e discusso con me diverse versioni del testo.

[1] V. FOUCAULT 2001b [1981], 989. V. anche FOUCAULT 2001b [1976], 147; FOUCAULT 2001b [1978], 590; FOUCAULT 2001b [1984], 1428 ss.; FOUCAULT 2001b [1984], 1450 s. Per inquadramento generale delle radici della critica del soggetto nella filosofia francese novecentesca v. BALIBAR, CASSIN, DE LIBERA 2004.

[2] FOUCAULT 1976, 81.

anni ottanta, a seguito di un faticoso rimodellamento concettuale, pur tenendo ferma l'idea della soggettivazione come processo di etero-determinazione sociale, egli insisterà invece sulla sua compatibilità con una peculiare forma di libertà del soggetto, che chiamerò "libertà-autorialità". La nuova concezione della libertà-autorialità non sarà sviluppata da Foucault in modo esplicito e sistematico. Affiorerà solo a tratti, in osservazioni dense e suggestive, ma anche vaghe, impressionistiche. Proverò, anzitutto, a ricostruire – in modo più preciso e dettagliato rispetto a quanto sinora fatto dai numerosi commentatori di Foucault – il disegno implicito sotteso agli estemporanei suggerimenti di Foucault. In secondo luogo, proverò a mostrare come le contraddizioni in cui le tesi di Foucault apparentemente incorrono si sciolgano facilmente adottando una concezione sufficientemente articolata della struttura causale del controllo e della creatività individuale, e dei processi di trasmissione ed evoluzione culturale.

2. *Naturalizzare Foucault*

Nella ricostruzione delle idee di Foucault mi avvarrò di termini, concetti e modelli sviluppati dalle scienze della mente contemporanee. Trattandosi di una griglia teorica molto diversa da quella usata da Foucault, la sua applicazione richiede un delicato lavoro di traduzione concettuale. Ritengo che si tratti di una traduzione non soltanto lecita, ma anche opportuna, per tre ordini di ragioni.

(1) I modelli teorici più esplicativi e sofisticati della soggettività, coscienza, razionalità e libertà – prima campo di esclusiva e gelosa proprietà del filosofo – provengono oggi dalla ricerca psicologica e neuroscientifica, filtrata e resa accessibile ai non specialisti da una divulgazione scientifica di altissimo livello e filosoficamente avvertita. Se inquadrate in questi modelli, le idee di Foucault guadagnano in intelligibilità e plausibilità.

(2) Il dibattito sulla soggettività, coscienza, razionalità e libertà umana, fino a pochi decenni fa roccaforte del dualismo anti-naturalista, è ormai radicalmente investito dalla rivoluzione neuroscientifica, cui è spesso sotteso un approccio radicalmente monista e naturalista ai fenomeni mentali. Oggi esistono concezioni moniste estremamente sofisticate per le quali "soggettività", "coscienza", "razionalità", "libertà" (e in genere tutto ciò che si può ascrivere alla "mente") non sono altro che organizzazioni complesse del sistema nervoso, integralmente parte della "natura", e studiabili con i metodi delle scienze naturali. La naturalizzazione della soggettività può a prima vista apparire non soltanto estranea all'ambiente culturale in cui si muoveva Foucault, ma anche incompatibile con le sue idee. In fin dei conti, Foucault ribadisce insistentemente che il soggetto non è un prodotto naturale, bensì un prodotto socio-culturale. Ma questa supposta incompatibilità è basata su un fraintendimento piuttosto superficiale di entrambe le posizioni. La mente-cervello delle neuroscienze contemporanee è "natura" nel senso che è riducibile alle dinamiche di un'entità materiale – il sistema nervoso centrale, indissolubilmente connesso al corpo, entrambi parti di un organismo indissolubilmente connesso all'ambiente in cui opera –, il cui funzionamento, pur se largamente imprevedibile, è interamente causale, ed indagabile empiricamente[3]. Ma è un'entità

[3] Faccio riferimento, è il caso di precisarlo, ad una nozione lata di causa, che comprende svariati ruoli causali: cause scatenanti (la scintilla che ha acceso l'incendio) e cause di sfondo, sia predisponenti (la sterpaglia in prossimità della scintilla che ha reso possibile che l'incendio partisse) che supportanti (il vento che ha alimentato l'incendio); cause produttive e cause preventive; cause descritte positivamente (la presenza della sterpaglia) che descritte negativamente (la mancata pulizia della sterpaglia). Preferisco, inoltre, parlare di "causalità" piuttosto che di "determinismo", per due ordini di ragioni. Anzitutto, per lasciare aperta la possibilità di causazioni non deterministiche ma probabilistiche – grossomodo, un evento è causato deterministicamente quando è reso *necessario* dallo stato precedente dell'universo; un evento è causato probabilisticamente quando è reso non necessario, ma *probabile* dallo stato precedente dell'universo. In secondo luogo, perché l'espressione "determinismo" è spesso associata, soprattutto nelle scienze sociali, alla *prevedibilità*. Questo è un errore, perché il determinismo causale non implica

causale estremamente complessa e flessibile, non interamente determinata da fattori genetici ma capace di modellarsi in modi nuovi in risposta agli stimoli ambientali e, in particolare agli stimoli sociali; di costruire le reti di rappresentazioni complesse in cui consistono i più elaborati contenuti culturali, e di trasmetterle ad altre menti-cervello realizzando enormi incrementi di complessità nel corso delle generazioni; di auto-rappresentarsi in modo almeno parzialmente dipendente da variabili culturali. In breve, la mente-cervello è capace di cultura e plasmata dalla cultura. E la cultura è parte della "natura", ossia del mondo delle cause. Foucault, d'altro canto, mostra chiaramente di non intendere l'antitesi fra natura e cultura nei termini del dualismo tra materia e mente, mondo delle cause e mondo sottratto alle dinamiche causali: la mente è un insieme di processi nervosi[4], e le influenze sociali e la trasmissione culturale sono processi causali[5], seppur imprevedibili nelle loro direzioni di fondo. Il naturalismo delle neuroscienze contemporanee e l'anti-naturalismo di Foucault sono molto più compatibili e consonanti di quanto non appaiano a prima vista.

(3) Infine, è proprio dalle scienze della mente, o da filosofi che utilizzano i loro modelli, che sono oggi sferrati gli attacchi più penetranti contro quello che resta – se qualcosa ne resta – di quella fantomatica entità che era la filosofia del soggetto[6] (contro l'idea di libertà come scelta causalmente incondizionata[7], contro il dualismo mente-corpo, contro una rappresentazione idealizzata e assolutizzata della razionalità[8]).

In virtù di tutto ciò, se la critica foucaultiana del soggetto ha ancora qualcosa di importante da dire, è opportuno che lo dica entro – o in modo compatibile con – le griglie teoriche delle scienze della mente contemporanee.

3. *Soggetto e soggettività*

Il "soggetto" (*sujet*) foucaultiano è, in prima approssimazione, e nel senso più lato del termine, un individuo dotato delle funzioni cognitive "superiori" tipiche degli esseri umani adulti, tra cui: la capacità di controllare razionalmente la propria azione, assoggettandola all'esito di processi di ragionamento; la coscienza "riflessiva" (il senso del sé, che include la rappresentazione cosciente di sé come centro di imputazione di desideri, credenze, ragionamenti, giudizi) e la coscienza "autobiografica" (che include la rappresentazione cosciente di sé come entità unitaria che permane nel tempo nonché la memoria di sé nel passato)[9]; la capacità di rappresentarsi gli altri come soggetti, dotati di ragione e coscienza. Queste funzioni cognitive – in sintesi, razionalità e coscienza – costituiscono la "soggettività" (*subjectivité*)[10].

L'idea di fondo di Foucault – che può sembrare una banalità a molti lettori contemporanei, ma che non lo era affatto per l'accademia filosofica continentale di quegli anni – è che le funzioni cognitive che costituiscono la soggettività non operino nel vuoto, e in modo assolutamente

affatto la prevedibilità. Dal punto di vista della prevedibilità, sistemi deterministici altamente complessi possono comportarsi come sistemi non deterministici (cfr. CHURCHLAND 2002, 205 ss.; HOEFER 2016, 4 s.).

4 FOUCAULT 2001a [1967], 647: «[l]'humanité est une espèce dotée d'un système nerveux tel que jusqu'à un certain point elle peut contrôler propre fonctionnement».

5 FOUCAULT 2001a [1968], 682.

6 Cfr., per una sintesi, CHURCHLAND 2002.

7 V. ad es. WEGNER 2002; SUHLER, CHURCHLAND 2009.

8 Per un'introduzione v. SAMUELS, STICH, FAUCHER 2004.

9 Cfr. DAMASIO 2010, cap. 9 ("autobiographical self") e EDELMAN, TONONI 2001, cap. 15 ("higher-order consciousness"). Sul soggetto foucaultiano come individuo capace di auto-rappresentazione cosciente cfr. KELLY 2013, 515 ss.

10 Questo è il senso più lato in cui Foucault parla di "soggetto" e "soggettività". Gli stessi termini, infatti, sono a volte usati in modo più specifico, per riferirsi alla specifica concezione del soggetto e della soggettività imputata, appunto, alla filosofia del soggetto. V. ad es. FOUCAULT 2001b [1984], 1441 ss.

"libero", sottratto a influenze causali. Esse emergono piuttosto da, e possono operare soltanto sulla base di, una struttura mentale soggiacente, in grandissima parte inconscia, che vincola in modo stringente il loro esercizio, e che – come vedremo – è, almeno in gran parte, culturalmente contingente. La chiamerò "sostrato della soggettività"[11].

Foucault sembra concepire il sostrato come il risultato dell'interconnessione e del reciproco adattamento di un insieme di "schemi", in gran parte inconsci, che controllano l'attività mentale dell'individuo e che, soprattutto, preesistono alla deliberazione cosciente, e, al tempo stesso, la abilitano e la vincolano[12]. Di essi non ha mai proposto una classificazione organica. Piuttosto, nelle diverse fasi della sua ricerca, ne è andato evidenziando aspetti diversi, funzionali alle prospettive adottate.

Nella fase "archeologica" degli anni sessanta, in cui l'oggetto principale della sua ricerca era la strutturazione sociale della conoscenza, gli schemi del sostrato erano presi in considerazione prevalentemente in quanto schemi concettuali, epistemici e pratici – griglie di concetti nei cui termini l'individuo si rappresenta il mondo, e parametri (assunti e valori di fondo, modelli e stili di ragionamento, *pattern* inferenziali e argomentativi) sulla base dei quali discrimina cosa accettare come vero e respingere come falso, cosa valutare come buono o cattivo, razionale o irrazionale, cosa considerare obbligatorio, vietato o permesso – funzionanti come struttura implicita – e largamente inaccessibile alla coscienza – nelle cui linee si svolgono le dinamiche della deliberazione cosciente[13].

Nella fase iniziale della sua ricerca sul potere, a metà degli anni settanta, gli schemi del sostrato sono presi in considerazione da Foucault soprattutto in quanto sovraintendono a risposte automatiche, azioni motorie o mentali che si riproducono secondo quegli schemi in modo fluido e immediato, senza l'interposizione di scelte coscienti, riflessioni esplicite, sforzi di attenzione e controllo volontario. Può trattarsi di schemi d'azione semplici e rigidi, meri automatismi. O di schemi d'azione più complessi e articolati, e oggetto di valutazione positiva, le abilità (si pensi all'abilità di costruire frasi grammaticalmente corrette, o di applicare correttamente un concetto). Può trattarsi anche di insiemi integrati di automatismi e abilità, non innati ma appresi attraverso l'esperienza, per imitazione o addestramento: gli habitus. Foucault insisteva molto sull'idea – oggi largamente accettata[14] – che non solo le azioni irriflesse e abitudinarie, ma anche i processi della deliberazione cosciente trovino le loro condizioni di possibilità e vincoli stringenti in uno sfondo di schemi di azione automatica, in larga parte modulati o costruiti da influenze socio-culturali. È ciò che John Searle ha chiamato "abilità di sfondo" (*Background abilities*)[15]. Per rispettare l'enfasi di Foucault sugli aspetti più ripetitivi e impersonali delle reazioni automatiche, è meglio parlare, piuttosto, di uno sfondo di automatismi, includendo in esso tutto lo spettro che va dai meri automatismi, alle abilità, agli habitus. Lo spostamento dell'attenzione dagli schemi concettuali allo sfondo di automatismi comporta sia

[11] C'è, in questa espressione, un gioco di parole. Il termine greco "upokeimenon" (ciò che sta sotto), è, sotto il profilo etimologico, all'origine sia del termine "sostrato", sia del termine "soggetto" (e dei loro equivalenti in latino) – come pure del termine "sostanza". Il gioco di parole è voluto. Per Foucault, la soggettività, intesa come razionalità e coscienza, non è sostanza originaria, ma ha a sua volta un sostrato, è una funzione che «se forme à partir d'un certain nombre de processus qui, eux, ne sont pas de l'ordre de la subjectivité [...] mais plus fondamental et plus originaire que le sujet lui-même» (FOUCAULT 2001b [1978], 590).

[12] V. ad es. FOUCAULT 2001b [1978], 881.

[13] L'obiettivo della fase archeologica era quello di ricostruire schemi concettuali impliciti immanenti a certi contesti storico-culturali (FOUCAULT 2001a [1966], 526; FOUCAULT 2001a [1968], 736; FOUCAULT 1969; FOUCAULT 2001a [1971], 1025 ss.), al fine di mettere in questione l'idea di un soggetto conoscente che potesse esistere indipendentemente da strutture inconsce del pensiero, storicamente e culturalmente contingenti (FOUCAULT 2001a [1968], 712; FOUCAULT 2001a [1969], 802; FOUCAULT 2001a [1969], 873; FOUCAULT 2001a [1970], 881).

[14] BARGH, CHARTRAND 1999; BARGH 2007; KAHNEMAN 2011; HASSIN 2013.

[15] V. soprattutto SEARLE 1995, cap. 6.

un allargamento che un mutamento di prospettiva. Gli schemi concettuali, per come intesi da Foucault, sono parte dello sfondo di automatismi: sono, infatti, schemi adottati in modo automatico, non deliberato, che abilitano e orientano i processi della deliberazione cosciente. Ma lo sfondo di automatismi, per come inteso a metà degli anni settanta, ricomprende non soltanto schemi di tipo cognitivo, ma anche, e per molti versi soprattutto, schemi motori – posture, movimenti, ritmi e sequenze di movimenti – oggetto di manipolazione intenzionale attraverso quelle specifiche tecniche di potere che Foucault chiama "discipline"[16].

Nella fase finale della ricerca di Foucault, centrata sulla "genealogia del soggetto", schemi concettuali, automatismi e abilità saranno invece presi in considerazione soprattutto in quanto costituivi di modalità, storicamente e culturalmente contingenti, di rappresentazione e costruzione del sé. Possiamo parlare di "schemi di soggettivazione". Gli schemi di soggettivazione includono modi generali di concettualizzare la soggettività e assunti tenuti per veri riguardo alla sua natura e struttura (rappresentazioni dei rapporti tra anima e corpo, tra ragioni e passioni, tra coscienza e inconscio), che organizzano il modo in cui si fa esperienza di sé stessi e degli altri. Includono abilità di controllo e di osservazione introspettiva costruite attraverso pratiche organizzate (come l'esame di coscienza, la confessione, la psicanalisi, l'auto-biografia, le pratiche ascetiche)[17]. Includono tipizzazioni di modi d'essere individuali, più o meno rigide e semplicistiche (stereotipi), e spesso cariche di connotazioni valutative, che possono fungere da criteri per la scelta degli atteggiamenti da adottare nei confronti degli altri o per prevedere le loro azioni, da modelli a cui conformarsi o da cui differenziarsi, e in genere da griglia di classificazione dell'umano – che si tratti di stereotipi elaborati nell'ambito di saperi istituzionalizzati (il "folle", il "deviante", il "criminale abituale"), o di stereotipi elaborati entro sottoculture (il "figo" e lo "sfigato", il "vincente" e il "perdente", il "nerd" e l'"hipster")[18].

È importante rimarcare come, secondo Foucault, il sostrato – la struttura mentale risultante dall'interconnessione di schemi concettuali, automatismi, schemi di soggettivazione – non sia un vincolo contingente, che grava e limita un soggetto che esiste indipendentemente da esso. Il sostrato è, piuttosto, *costitutivo* del soggetto. In sua assenza le funzioni cognitive in cui la soggettività consiste non potrebbero in alcun modo esistere ed operare. Ed è proprio l'inerzia e relativa stabilità dei suoi schemi che riesce a dare al soggetto una sufficiente congruenza diacronica, qualcosa come una – spesso multipla – forma costante, orientando lungo le sue linee l'intera vita mentale dell'individuo, incluso l'esercizio delle funzioni cognitive superiori (i suoi desideri, valori, credenze, piani, pattern inferenziali, azioni, abitudini, regole accettate, rappresentazioni di sé e degli altri).

In altri termini, il sostrato è *causa* della soggettività, in almeno due sensi: (a) è la struttura necessaria perché si diano le funzioni cognitive in cui consiste la soggettività; (b) è la struttura che orienta lungo le sue linee l'intera vita mentale dell'individuo, incluso l'esercizio di quelle funzioni cognitive. Il soggetto, nell'esercizio della propria soggettività, è dunque causalmente condizionato dal sostrato – lo spazio dei possibili ragionamenti dell'individuo, e la sua coscienza e rappresentazione di sé, sono vincolati dagli schemi del sostrato.

[16] V. soprattutto FOUCAULT 1975, parte III.

[17] La genealogia del soggetto dell'ultimo Foucault è un tentativo di ricostruzione degli schemi di soggettivazione del mondo antico, con una particolare attenzione a pratiche riflesse di costruzione del sé, che Foucault chiamava "tecniche del sé" (v. soprattutto FOUCAULT 2014 [1980-81]; FOUCAULT 2008 [1981-82]; FOUCAULT 2001c [1982-83]; FOUCAULT 2009 [1984]; FOUCAULT 2001b [1982], 1062 ss.).

[18] Foucault prende in considerazione soprattutto le classificazioni di anomalie psichiche. V. ad es. FOUCAULT 1999 [1974-75], 51 ss. (il "mostro umano", l'"individuo da correggere", il "masturbatore") e FOUCAULT 2001b [1977], 443 ss. (l'"individuo pericoloso"). Cfr. HACKING 2002.

4. *Soggettivazione*

La "soggettivazione" (*subjectivation*) è il processo di formazione del soggetto[19]. Data la concezione del soggetto su esposta, un aspetto decisivo del processo di soggettivazione sarà costituito dalla formazione, interconnessione e reciproco adattamento degli schemi del sostrato.

La concezione che Foucault ha del processo di soggettivazione si può riassumere in tre battute.

(1) *La soggettivazione è un fatto socio-culturale.* Ciò che va determinando la forma della nostra soggettività sono, per lo più, influenze sociali, spontanee – la mente di ciascuno va inferendo e adottando, in modo automatico e incosciente, gli schemi impliciti nei discorsi, atteggiamenti, comportamenti altrui –, o intenzionalmente indotte – qualcuno cerca non di indurre singole azioni altrui, ma di plasmare il sostrato che le orienta: gli schemi concettuali, gli automatismi, gli schemi di soggettivazione. In entrambi i casi, si tratterà di influenze storicamente e localmente mutevoli e contingenti, che produrranno forme di soggettività radicalmente diverse, e in gran parte incommensurabili. Soprattutto, le forme di soggettività saranno culturalmente contingenti: dipendenti dallo sfondo di variabili culturali che caratterizzano l'interazione sociale a cui l'individuo è esposto[20].

(2) *La soggettivazione non è auto-creazione.* La soggettivazione non è un processo di assoluta auto-creazione, attraverso il quale un nucleo originario, incondizionato, di auto-coscienza e razionalità modellerebbe la propria stessa forma. Il motore della soggettivazione non è un embrione di soggetto che, in assoluta libertà (non causato), crea il sostrato che arricchirà la sua soggettività e ne orienterà l'esercizio. Il soggetto non è l'autore originario, ma il prodotto della soggettivazione.

(3) *La soggettivazione non è un fatto "naturale".* La soggettivazione, infine, non è nemmeno un processo prevalentemente "naturale", in due sensi.

In un primo senso, la soggettivazione non è un processo prevalentemente naturale perché non è prevalentemente determinato dall'implementazione di schemi innati e invarianti, parte della nostra stessa costituzione biologica[21]. Qui la natura è, essenzialmente, innatismo genetico. Questo punto richiede un'importante chiarificazione. L'idea che è corretto attribuire a Foucault è che la soggettivazione sia un processo prevalentemente, e non esclusivamente, socio-culturale. L'enfasi che Foucault pone sugli aspetti sociali del processo di soggettivazione non è infatti incompatibile con il riconoscimento di vincoli biologici, schemi innati altamente indeterminati che fissano la cornice di possibilità delle variabili socio-culturali. Foucault potrebbe perfettamente concedere l'esistenza di questi vincoli (e sarebbe bizzarro non concederla), purché si ammetta, appunto, il loro carattere altamente indeterminato[22].

In un secondo senso, la soggettivazione non è un processo prevalentemente naturale perché non è commisurabile ad una "natura umana" intesa come criterio assoluto e originario per discriminare le forme di soggettività corrette o desiderabili. Qui la natura è un vero e proprio criterio normativo. Ma questo criterio normativo, sostiene Foucault, è esso stesso un prodotto socio-culturale, e precisamente uno schema di soggettivazione culturalmente contingente[23].

L'opposizione foucaultiana tra "natura" da un lato, e "società" e "cultura" dall'altro, non va invece intesa in un terzo senso, e cioè come opposizione tra il mondo delle cause e il mondo

[19] FOUCAULT 2001b [1984], 1525.

[20] V. ad es. FOUCAULT 2001b [1984], 1537 s.; FOUCAULT 2001b [1984], 1552. V. già FOUCAULT 2001a [1972], 1241.

[21] Cfr. REVEL 2008, 141 s.

[22] Se a questo lessico naturalizzato si preferisce il gergo filosofico tradizionale, si legga: Foucault può concedere l'esistenza di condizioni "trascendentali" che vincolano le dinamiche socio-culturali dei processi di soggettivazione, purché si riconosca il loro carattere altamente indeterminato e gli si assegni, nei suoi termini, «le moins place possible» (FOUCAULT 2001a [1972], 1241).

[23] V. ad es. FOUCAULT 2001a [1971], 1366 e 1374; FOUCAULT 2001b [1984], 1529. Cfr. PALTRINIERI 2014.

delle relazioni non causali. Al contrario. Foucault mostra chiaramente di intendere i processi socio-culturali come processi causali, sebbene largamente imprevedibili. In questo senso, non vi sarebbe alcuna ragione di contrapporre natura e cultura: la natura, intesa come mondo delle relazioni causali, include non solo i processi causali che si svolgono in assenza di, e indipendentemente da, interazioni sociali e trasmissioni culturali (come i processi geneticamente determinati), ma anche i processi socio-culturali[24]. Questo senso di "natura", oggi piuttosto usuale, non lo era per Foucault, per il quale la "natura" era indissolubilmente associata a immutabilità, invariabilità culturale, innatismo[25].

Riassumendo. Il processo di soggettivazione è un processo di carattere prevalentemente socio-culturale. Il soggetto e la soggettività sono dunque, prevalentemente, prodotti socio-culturali: mutevoli, contingenti (soprattutto culturalmente contingenti), non originari, etero-causati.

5. *La libertà è una condizione impossibile*

Nella tradizione filosofica occidentale è stata molto diffusa e influente una particolare declinazione dell'idea di libertà, riassumibile nelle due seguenti tesi: (a) la libertà è assenza di etero-condizionamenti causali, spazio di incondizionata e originaria auto-determinazione; (b) le scelte prodotte dall'esercizio della propria soggettività – le scelte, cioè, controllate dalle nostre funzioni cognitive superiori (scelte volontarie e consapevoli, avvertite come "proprie", e, soprattutto, guidate da ragionamenti) – sono scelte libere, e cioè non causate. Questa seconda tesi è spesso declinata nel senso che sono scelte veramente libere solo le scelte pienamente razionali, guidate – ma non causate – dalle verità morali e fattuali a cui possiamo accedere attraverso il corretto esercizio delle nostre funzioni cognitive superiori.

In breve, il soggetto – l'individuo razionale e auto-cosciente – ha accesso ad uno spazio di incondizionata e originaria auto-determinazione. È contro questa idea – considerata come uno dei tratti distintivi della c.d. "filosofia del soggetto" – che è rivolta la concezione foucaultiana del soggetto e della soggettivazione delineata nei paragrafi precedenti[26].

Come abbiamo visto, la soggettività è causalmente vincolata dal sostrato. I suoi schemi determinano la forma stessa della nostra razionalità e della nostra auto-coscienza e orientano in profondità i nostri ragionamenti, giudizi e scelte, fissandone stringenti condizioni di possibilità e gradi di probabilità. In sintesi: il sostrato esercita una pervasiva influenza causale sulle nostre scelte.

(Ciò non significa, si badi, che il sostrato sia l'unico fattore che determina la scelta. Esso interagirà, ovviamente, con i fattori ambientali e altri fattori psico-fisici che stimolano e influenzano il processo di scelta. Non significa nemmeno che la conoscenza del sostrato e delle condizioni ambientali e psico-fisiche della scelta possa renderne interamente prevedibili gli esiti. Il sostrato è una struttura causale di estrema complessità, ed estremamente complessa è la sua interazione con circostanze ambientali e psico-fisiche ancora più complesse e immensamente variabili. È impossibile avere una conoscenza completa di tutte queste dinamiche, che assicuri previsioni certe e totalmente accurate. Spesso non sono possibili nemmeno previsioni minimamente attendibili.)

In questo disegno non sembra restare alcun margine di libertà – per quella idea di libertà come incondizionata e originaria auto-determinazione – a valle del sostrato. Il sostrato esercita un vincolo stringente sulle scelte soggettive, interagendo con fattori che non sembrano avere nulla a che fare con la libertà.

[24] Cfr. LeDoux 2002, 20.
[25] V. soprattutto Foucault 2001a [1971], 1339 ss.
[26] V. ad es. Foucault 2001a [1968], 692; Foucault 2001a [1973], 1408, 1415; Foucault 2001b [1984], 1552. Cfr. Revel 2002, 62 s.

Non c'è libertà a valle del sostrato, ma non c'è libertà nemmeno a monte. Secondo Foucault, infatti, gli schemi del sostrato non sono da noi liberamente posti o scelti, bensì plasmati da stimoli sociali la cui presa – come egli cerca con grande acume di mostrare – ci investe fin nei dettagli più intimi e segreti.

Ma se il sostrato vincola in modo stringente i margini di scelta soggettiva senza lasciare spazi di libertà, e se il sostrato è capillarmente plasmato da influenze sociali, l'idea del soggetto come centro di libertà si comprime fino a svanire. Le scelte soggettive, in ultima analisi, sono causate (oltre che da uno sfondo di circostanze ambientali e ulteriori condizioni psico-fisiche) da influenze sociali. La libertà originaria del soggetto si rivela essere un'illusione, un mito, una favola.

È verso questa critica all'idea della libertà originaria del soggetto che Foucault sembra orientarsi a metà degli anni settanta. Essendo interamente costruita e orientata da una rete di influenze sociali che ne vincola l'esistenza fin nei tratti più minuti, la soggettività degli individui, lungi dall'essere lo spazio della libertà individuale, è piuttosto il veicolo della loro profonda, capillare illibertà – del loro assoggettamento. La soggettivazione è, di per sé stessa, assoggettamento. Il soggetto è, in quanto tale, assoggettato[27]. "Potere" (*pouvoir*) è il nome che, in questo quadro concettuale, Foucault dà alla rete delle influenze sociali che, costruendo la soggettività degli individui, al tempo stesso li assoggettano. Un potere impersonale, non intenzionale sia nel suo disegno di insieme che nella grandissima parte delle influenze che lo compongono, e trasversale rispetto ai rapporti di dominazione, in quanto investe sia la soggettività dei dominati che quella dei dominanti. Il soggetto, in qualsiasi situazione sociale si trovi, lungi dall'essere un nucleo di libertà originaria, è il risultato di un potere impersonale, pervasivo, onnipresente, che lo produce, fin nelle sue pieghe più sottili, nel segno di un radicale, essenziale, ineludibile assoggettamento[28].

Ma questa critica all'idea del soggetto libero, apparentemente estrema e provocatoria, e forse per questo seducente[29], è poco plausibile, triviale e incoerente. È poco plausibile perché, come è stato ripetutamente rilevato, appiattisce in una negatività indistinta influenze sociali che ci appaiono, per modalità e per effetti, rilevantemente diverse – alcune costrittive e dannose, altre meno, altre ancora per nulla[30]. È triviale perché l'idea che la soggettivazione degli individui sia un processo in larghissima misura sociale si riduce all'idea che gli individui siano "socializzati" (formati secondo schemi socialmente trasmessi), e questa idea non è, a ben vedere, nulla più che un "elementare luogo comune sociologico"[31]. Infine, e soprattutto, è incoerente con l'intento fortemente pratico (a volte declinato in termini politici, come progetto di azione collettiva) che sembra animare il progetto di Foucault: rendere visibili situazioni, indesiderabili, di assoggettamento spacciate per libertà, rendendo così possibile la loro trasformazione[32]. Ma trasformazione in vista di cosa? La risposta più ovvia sembrerebbe: in vista di una condizione, che si suppone desiderabile, di maggiore libertà. In vista, cioè, di una almeno parziale liberazione[33]. Ma

[27] FOUCAULT 1976, 81. V. anche FOUCAULT 2001b [1982], 1046. Sia l'idea dell'inseparabilità di soggettività e assoggettamento che il gioco di parole che identifica il soggetto con l'assoggettato (*subjectus*) sono comuni a tutta la critica del soggetto, soprattutto di area francese ("sujet", in francese, significa anche "suddito"). Un ampio inquadramento storico si trova in BALIBAR 1994 e BALIBAR, CASSIN, DE LIBERA 2004.

[28] Questa è l'interpretazione più diffusa della concezione foucaultiana del potere, adottata in modo più o meno esplicito dalla maggioranza dei commentatori e considerata, da alcuni (v. ad es. DIGESSER 1992; RILE HAYWARD 2000, 5 ss.; OTERO 2006, 58 ss.; HEYES 2011, spec. 160), uno dei suoi maggiori meriti. Per una ricostruzione complessiva del modo, estremamente ambiguo, in cui Foucault ha usato il termine "pouvoir" mi permetto di rinviare a BRIGAGLIA 2019.

[29] LUKES 2005, 98.

[30] FRASER 1981, 274; TAYLOR CH. 1984, 173 ss.; HONNETH 1985, 182; FRASER 1985, 178 ss.; HABERMAS 1985, 336 s.; GARLAND 1990, 168 ss.; MCCARTHY 1990, spec. 446; ALLEN 2008, 69.

[31] LUKES 2005, 97. V. anche MCCARTHY 1990, 448.

[32] FRASER 1981; FRASER 1983; FRASER 1985, 172 ss.; PHILP 1983; WALZER 1983; HABERMAS 1985, 333 s.; PHILP 1990, 79; DEWS 1992, 360; HINDESS 1996, 152 ss.; PICKETT 1996, 465 s.; PICKETT 1997; RILE HAYWARD 2000, 6.

[33] V. ad es. FOUCAULT 1976, 211.

Foucault sembra escludere qualsiasi possibilità di liberazione.

È anzitutto esclusa la possibilità di liberazione della soggettività, perché la soggettività è, in sé e per sé, assoggettamento. Certamente sono possibili trasformazioni, anche molto profonde, della forma della nostra soggettività, attraverso la trasformazione del sostrato che la costituisce. Ad esempio, è possibile che si sviluppino schemi di soggettivazione diversi, come le identità *queer*, interconnessi a diversi concetti e teorie del corpo, del genere, del sesso, e a diverse regole su come sia appropriato vestirsi, parlare, godere. Ma per quanto profonde possano essere, queste trasformazioni non saranno altro che il transito ad una forma diversa di assoggettamento[34]. In questa prospettiva, non ha alcun senso postulare una forma di soggettività "naturale", che preesiste alle influenze sociali, o in qualche senso "autentica", che trascende le influenze sociali – una scarpetta di Cenerentola dello spirito che, calzata dopo un lungo peregrinare in una storia di paludose determinazioni causali, lo trasfiguri facendogli riconoscere, e così attualizzando, la sua potenza di incondizionata libertà. La zucca non è mai stata carrozza. Il soggetto non è e non può essere altro che un coacervo di processi nervosi plasmati e riplasmati, su una base naturale, dalle influenze sociali e ambientali[35].

Sembra restare solo la possibilità di una liberazione dalla soggettività. Sarebbe una libertà molto diversa dalla libertà-originarietà. Non libertà del soggetto, l'individuo auto-cosciente e razionale, ma libertà del corpo in assenza di soggetto. Vi sono passi in cui Foucault sembra alludere proprio a questo – ad uno spazio di libertà che si apre nella dissoluzione della soggettività[36]. La libertà del delirio, della follia, dell'animalità. La libertà di una materia nervosa priva del controllo coordinato della soggettività – priva del sé, o priva di un sé sufficientemente congruente. Il corpo libero dalla prigione dell'anima[37]. Il corpo come, negli efficaci termini di Judith Butler, «non-normalizable wildness»[38].

Ma è davvero questa la liberazione perseguita? Foucault lo nega[39]. La dissoluzione del soggetto non è l'obiettivo, è piuttosto la condizione limite con la quale confrontarsi, per prendere coscienza della contingenza e fragilità della propria soggettività, e per stimolare la sua trasformazione verso forme di soggettività preferibili. Ma preferibili perché? Si potrebbero dare risposte che tirano in ballo non la libertà, ma altri valori, come l'intensità della felicità o del piacere. Non è però questa la strada che Foucault sembra seguire, almeno non immediatamente. Egli sembra assumere che vi siano forme di soggettività preferibili non soltanto perché più felici o piacevoli, ma anche e soprattutto perché più *libere* – o, meglio sarebbe dire, felici e piacevoli proprio perché più libere. Ma questo è impossibile, perché la soggettività, in sé e per sé considerata, esclude la libertà.

6. *Libertà-originarietà e libertà-autorialità*

Vediamo di ricapitolare quanto sino ad ora sostenuto.

Negli anni settanta Foucault difende una particolare concezione del soggetto e della soggettivazione, la cui tesi fondamentale è che (a) la soggettivazione è un processo socio-culturale, e il soggetto è un prodotto socio-culturale.

[34] Cfr. TAYLOR CH. 1984, 176 ss.

[35] FOUCAULT 2001b [1984], 1529. È proprio questa la differenza che, secondo Foucault, sussisterebbe tra il suo approccio e quello della Scuola di Francoforte, che avrebbe adottato una concezione piuttosto tradizionale del soggetto, intendendolo come identità naturale perduta, da ritrovare attraverso la critica delle strutture che ne causano l'alienazione (FOUCAULT 2001b [1978], 893).

[36] V. soprattutto, oltre a FOUCAULT 1961, FOUCAULT 2001b [1976], 36 s.; FOUCAULT 2001b [1977], 421.

[37] FOUCAULT 1975, 38.

[38] BUTLER 1997, 92.

[39] V. ad es. FOUCAULT 2001b [1976], 77.

Il tenore letterale del suo discorso, inoltre, sembra sottendere l'idea che (b) la libertà del soggetto sia una condizione impossibile. Il soggetto è, in quanto tale, assoggettato, inscritto in una rete capillare di influenze sociali, in gran parte non intenzionali – un potere impersonale – che condizionano in tutto e per tutto i suoi spazi di giudizio e di scelta. La soggettivazione è, in quanto tale, assoggettamento.

Nello stesso tempo, però, Foucault mostra di intendere la propria ricerca come funzionale ad un obiettivo pratico: (c) ottenere una trasformazione della soggettività che sottragga all'assoggettamento; ottenere, dunque, una qualche – sia pur parziale – libertà del soggetto.

Tra la tesi (b) e l'obiettivo (c) vi è un'evidente incoerenza: la tesi (b) rende impossibile, insensato, illusorio l'obiettivo (c).

Nei testi degli ultimi anni[40], Foucault prova a superare questa incoerenza offrendo un'interpretazione del proprio pensiero che comporta una profonda revisione della tesi (b). Il perno di questa revisione è costituito dall'elaborazione – poco più che uno schizzo, in effetti, ma suggestivo e promettente – di una concezione della libertà, che è libertà del soggetto, ma che è alternativa all'idea della libertà come sua assoluta, originaria, incondizionata auto-determinazione, ed è – a suo dire – compatibile con la tesi del soggetto come prodotto socio-culturale.

Sulla base di questa concezione alternativa della libertà, sarebbe possibile distinguere due modalità attraverso le quali può avvenire la produzione socio-culturale del soggetto. Da un lato una modalità positiva, desiderabile: la libertà. D'altro lato una modalità negativa, indesiderabile: l'assoggettamento[41].

La concezione alternativa della libertà proposta da Foucault si può disarticolare in tre tesi: la tesi della libertà come modalità "autoriale" della soggettivazione; la tesi della libertà come etero-causazione; la tesi della libertà come superamento critico della libertà. Vediamo di che si tratta.

(1) *La libertà è diventare autori di sé stessi.* Foucault distingue due modalità in cui può avvenire il processo di soggettivazione: l'elaborazione "attiva", o la formazione meramente "passiva", della propria soggettività, tramite l'elaborazione attiva o la formazione passiva degli schemi del sostrato. È in rapporto a queste due diverse modalità che si definiscono le condizioni di libertà e assoggettamento: un individuo diventerà tanto più libero, e tanto meno assoggettato, quanto più la forma della sua soggettività, il suo "sé", si andrà costituendo attraverso l'elaborazione quanto più attiva degli schemi del sostrato.

I parametri che Foucault sembra prendere in considerazione per graduare la "attività" dell'elaborazione degli schemi del sostrato, e dunque la libertà, sono essenzialmente quattro. (a) Il primo parametro è dato dalla consapevolezza della propria soggettività, che ricomprende la consapevolezza della storicità e contingenza degli schemi del sostrato, la conoscenza esplicita della loro genesi, la capacità di riconoscere forme di soggettività alternative[42]. (b) Il secondo parametro è dato dal controllo della propria soggettività, ossia dalla progettazione e costruzione (e in particolare dalla progettazione e costruzione cosciente) degli schemi del sostrato[43]. (c) Il

[40] V. soprattutto FOUCAULT 2001b [1984], 1527 ss.; FOUCAULT 2001b [1984], 1381 ss.

[41] FOUCAULT 2001b [1984], 1552.

[42] In più passi Foucault mostra di concepire la sua genealogia del soggetto proprio come acquisizione di consapevolezza storica sull'origine della propria forma di soggettività, consapevolezza che costituisce una condizione necessaria per l'elaborazione di forme di soggettività alternative e per l'accesso, in questo modo, a spazi di libertà. V. soprattutto FOUCAULT 2001b [1984], 1393; FOUCAULT 2001b [1984], 1551. Questo obiettivo sembra caratterizzare, sia pure in modo meno articolato, anche le fasi precedenti della ricerca foucaultiana, sia l'archeologia del sapere (v. ad es. FOUCAULT 2001a [1971], 1057 ss.) che la genealogia del potere (v. ad es. FOUCAULT 2012 [1979-80], 75 ss.). Cfr. sul punto CONNOLLY 1985, 368; SIMONS 1995; O'LEARY 2002, spec. cap. 6.

[43] V. FOUCAULT 2009, 85 ss., sulla *enkrateia* classica intesa come dominio di sé, e 97 ss., sull' *askēsis* intesa come esercizio su di sé, allenamento necessario per il dominio di sé, guidato dalla consapevolezza di sé. Sull'*askēsis* v. in generale FOUCAULT 2001c [1981-82], 395 ss. "Ascetismo" diventerà un termine chiave nella nozione foucaultiana della libertà come costruzione attiva del sé (v. FOUCAULT 2001b [1984], 1528; FOUCAULT 2001b [1984], 1389 s.).

terzo parametro è dato dall'invenzione di forme di soggettività diverse, di schemi difformi da quelli immediatamente riconoscibili nel proprio contesto di appartenenza, e in questo senso nuovi, inattesi[44]. (d) Il quarto parametro è dato dal dinamismo, dalla continua messa in discussione, riprogettazione, trasformazione, rinnovamento della propria soggettività[45].

Questa concezione della libertà si può caratterizzare come "autorialità": essere – o meglio diventare – liberi, sottrarsi all'assoggettamento, significa diventare, e continuare a ri-diventare, in una certa misura, autori di sé stessi. La libertà è una pratica di continua riflessione sul sé e costruzione del sé[46].

Non è superfluo sottolineare che la libertà così intesa è una condizione graduale e multidimensionale: si può essere più o meno liberi, in rapporto ad alcuni o a tutti i parametri. Si può, ad esempio, essere molto liberi in rapporto alla consapevolezza della propria soggettività, e poco liberi in rapporto all'invenzione di forme di soggettività nuove, impreviste. Il discrimine tra libertà e assoggettamento è, in questo senso, un discrimine vago, e parzialmente indeterminato (valutazioni diverse dell'importanza dei parametri e della soglia oltre la quale l'elaborazione conta come "sufficientemente" attiva porteranno a determinazioni diverse di cosa conti come libertà e cosa conti come assoggettamento). Non così vago e indeterminato, però, da rendere inservibili i concetti: i parametri della libertà consentono di identificare casi paradigmatici di libertà e assoggettamento, e forniscono criteri intelligibili per discutere e argomentare a fronte di casi dubbi[47].

(2) *La libertà è etero-causazione*. Ma, si potrebbe obiettare, con ciò la contraddizione non è affatto superata: essere autori di sé stessi significa non essere condizionati dagli schemi socialmente appresi. Significa, per l'appunto, essere – in una qualche, apprezzabile misura – liberi dalle influenze sociali. La seconda tesi cerca di rispondere a questa obiezione.

Secondo Foucault, l'elaborazione attiva non soltanto non è libertà da, ma non può che avvenire attraverso, le influenze sociali. Anzitutto, essa può operare solo su schemi comunque ricevuti dal contesto di appartenenza, trovando in essi i limiti delle proprie possibilità: possiamo sviluppare la nostra consapevolezza, progettazione e invenzione solo nelle linee di, e inevitabilmente vincolati da, schemi preesistenti, socialmente trasmessi. In secondo luogo, e soprattutto, la stessa elaborazione attiva non è, in definitiva, che un prodotto sociale: una procedura mentale complessa, resa possibile – di più, radicalmente costituita – da una rete di concetti (un certo concetto di sé come autore di se stesso), valori (un certo valore dato all'essere autore di se stesso) e abilità (un certo modo di mettere in discussione l'immagine di sé, di progettarsi e costruirsi secondo certi nuovi modelli), anch'essi formati attraverso influenze sociali, in parte spontanee, e in parte intenzionalmente indotte (siamo educati a cercare di essere liberi, e ad esserlo in un certo modo)[48]. In questo senso, con un paradosso solo apparente, non si dà libertà se non *attraverso* le influenze sociali: il soggetto libero è un prodotto socio-culturale, e come tale è storicamente e culturalmente contingente[49].

[44] V. ad es. FOUCAULT 2001b [1977], 321; FOUCAULT 2001b [1982], 1554 ss.; FOUCAULT 2001b [1984], 1393.

[45] V. FOUCAULT 2001b [1984], 1391 e 1393. Il più caratteristico elemento di dinamismo su cui Foucault centra la sua attenzione è il *piacere*, la scoperta di nuovi piaceri (FOUCAULT 2001b [1982], 1557; FOUCAULT 2001b [1981], spec. 984; FOUCAULT 2001 [1982], 1352 s.). Sul rapporto fra piacere e libertà in Foucault cfr. LYNCH 2013, spec. 161 ss.; OKSALA 2011, spec. 93 ss.; KOOPMAN 2013, spec. 532 ss.

[46] Cfr. DREYFUS, RABINOW 1986, spec. 117 ss.; CONNOLLY 1983, 334 ss.; BERNSTEIN 1992, 217; SIMONS 1995; SORRENTINO 2008, 190 s.; MCGUSHIN 2011; TAYLOR D. 2011, spec. 180 ss.; KOOPMAN 2013; VACCARO 2015, 72 ss.

[47] Va aggiunto che, sebbene il focus principale di Foucault sia sul lavoro di trasformazione individuale, in certi passi egli mostra di ritenere che il discorso possa allargarsi a processi collettivi intenzionalmente diretti alla trasformazione di schemi e pratiche di relazione sociale (v. ad es. FOUCAULT 2001a [1972], 1208 ss., sulla trasformazione rivoluzionaria dello schema giudiziario; o FOUCAULT 2001b [1984], 1556, sul lavoro di trasformazione, portato avanti nelle comunità gay, delle pratiche sessuali e degli inerenti schemi di relazione).

[48] FOUCAULT 2001b [1984], 1538; FOUCAULT 2001b [1984], 1552.

[49] Cfr. OKSALA 2005, 187 ss.

La libertà a cui Foucault fa riferimento non è dunque una condizione di originaria e incondizionata auto-determinazione del soggetto[50]. È solo un particolare modo in cui si realizza quel processo sociale di costruzione degli individui che è la soggettivazione. L'individuo libero è un prodotto socio-culturale.

(3) *La libertà deve diventare superamento critico della libertà.* Secondo Foucault, infine, il dinamismo della libertà – il rinnovamento della conoscenza, invenzione e progettazione di sé stessi – può incrementarsi fino ad investire la libertà stessa. Infatti, una volta appresi quei particolari schemi (concetti, valori, capacità e abilità) che costituiscono il nostro essere liberi, potremo applicarli riflessivamente, facendoli oggetto di elaborazione attiva: potremo acquistare consapevolezza della storicità e contingenza della forma della nostra libertà – quel concetto e quel valore dell'essere autori di sé stessi, quelle capacità e abilità con cui progettavamo e costruivamo noi stessi –, acquisire un distacco critico da essa, e trasformarla inventando forme di libertà parzialmente diverse. La libertà è una condizione che si auto-incrementa, attraverso la critica e il superamento di sé stessa[51].

Non solo. Questo incremento, si potrebbe aggiungere, è funzionale all'esistenza stessa della libertà. La libertà – questa forma di libertà – è una condizione che, per sua natura, tende facilmente ad appassire, e può mantenersi solo se continuamente rinnovata. Un modo di essere che, in un certo momento, conta come libertà in virtù della sua dirompente innovatività, si trasformerà, in un momento successivo, in assoggettamento in virtù della sua statica persistenza. Se non sono sostenuti da un continuo sforzo di critica e superamento, i processi di soggettivazione tendono verso l'assoggettamento. La libertà è una condizione fragile.

È questa dunque la concezione alternativa della libertà proposta da Foucault: la libertà è una modalità socialmente costruita di elaborazione attiva – e cioè consapevole, controllata, inventiva e dinamica – della propria soggettività. Per semplicità la indicherò da ora in avanti come "libertà-autorialità", e chiamerò invece "libertà-originarietà" la concezione della libertà come originaria e incondizionata auto-determinazione ascritta alla filosofia del soggetto.

Alla luce della contrapposizione della libertà-autorialità alla libertà-originarietà, la nuova concezione foucaultiana della libertà e dell'assoggettamento si può riformulare così.

(a) La soggettivazione è un processo (prevalentemente) socio-culturale, e il soggetto è un prodotto (prevalentemente) socio-culturale, e come tale etero-causato.

(b) La libertà-originarietà è impossibile, ma è possibile una diversa forma di libertà, la libertà-autorialità. La soggettivazione può infatti avvenire secondo due modalità. La prima, negativa e indesiderabile, è l'assoggettamento: la ricezione meramente passiva – spontanea, o intenzionalmente indotta – di schemi sociali. La seconda è invece la libertà-autorialità, una condizione positiva, desiderabile, e che ha senso chiamare "libertà", consistente nell'elaborazione attiva – consapevole, controllata, inventiva e dinamica – di schemi socialmente trasmessi.

(c) Un obiettivo possibile e degno di essere perseguito è l'incremento della libertà-autorialità, e la riduzione dell'assoggettamento[52].

Questa nuova proposta – che Foucault è arrivato soltanto ad accennare – è un notevole passo in avanti. Le facili provocazioni della concezione ultra-radicale sono abbandonate a favore di una teorizzazione della libertà più originale, stimolante, e apparentemente in grado di superarne l'incoerenza, conservandone nello stesso tempo il potenziale critico. Infatti, se da un lato viene abbandonata l'identificazione concettuale, necessaria, tra relazioni sociali e assoggettamento, nulla impedisce di mantenere l'idea – adesso molto plausibile – che l'estensione dell'assoggettamento – la ricezione meramente passiva delle influenze sociali – sia capillare, e molto più estesa di quanto si sia in grado di riconoscere a prima vista, e che la libertà sia una condizione

[50] FOUCAULT 2001b [1984], 1529.
[51] FOUCAULT 2001b [1984], 1394 ss.; FOUCAULT 2001b [1982], 1558; FOUCAULT 2001b [1982], 1094 ss.
[52] V. ad es. FOUCAULT 2001b [1982], 1046.

fragile, che tende a venire meno e che può essere mantenuta solo attraverso uno sforzo continuo di critica e superamento delle forme e assetti del proprio sé.

Si potrebbe però ancora obiettare che in questa nuova concezione l'incoerenza in realtà permane, è soltanto più nascosta. L'incoerenza permane perché la libertà-autorialità, nel modo in cui Foucault la costruisce, collassa nella libertà-originarietà. La libertà-autorialità infatti richiede due peculiari capacità, il controllo di sé e l'invenzione del sé. E queste capacità non possono essere concepite se non in termini di libertà-originarietà[53].

Ma questa obiezione è una petizione di principio. Si basa sulla previa concettualizzazione del controllo e dell'inventività in termini di libertà-originarietà, mentre si danno declinazioni perfettamente intelligibili, sensate e plausibili di entrambe le nozioni che non implicano alcuna forma di libertà-originarietà. Proverò a mostrarlo nei prossimi paragrafi. Sarà un'ottima occasione per arricchire la ricostruzione della libertà-autorialità foucaultiana collocandola all'interno di una rappresentazione più aggiornata della mente-cervello umana, e delle dinamiche della trasmissione culturale.

7. *Libertà e controllo*

Uno dei parametri della libertà-autorialità è costituito dal controllo di sé: la capacità di progettare e plasmare effettivamente aspetti della propria soggettività. Ma, si potrebbe obiettare, senza libertà-originarietà non può esservi vero controllo, ma soltanto apparenza di controllo. Un soggetto X, infatti, ha controllo di una propria azione A – e in particolare di azioni rivolte alla trasformazione di sé – non solo se (i) ha l'intenzione di fare A e questa intenzione causa A nel modo appropriato, ma anche se (ii) la sua intenzione è causata dalla propria stessa volontà, e non da fattori ad essa esterni – cioè, se X è libero nel senso della libertà-originarietà. Se l'intenzione di X di fare A fosse in ultima analisi causata da fattori esterni alla sua volontà, e in particolare da condizionamenti sociali, sarebbero quei fattori – e in particolare quelle strutture di condizionamento sociale – ad avere controllo su A, e non X stesso.

Questa obiezione, però, è solo una petizione di principio. Essa assume infatti una nozione di controllo già declinata nei termini della libertà-originarietà. Ma questa scelta non è necessaria. Sono disponibili declinazioni perfettamente intelligibili, sensate e plausibili del controllo che non implicano in alcun modo la libertà-originarietà. In particolare, il controllo volontario dell'azione può essere inteso, ed è spesso inteso, come una complessa modalità di funzionamento della mente umana (e non solo umana) data dalla formazione di una struttura relativamente stabile – ciò che qui ho chiamato "sostrato della soggettività" – che controlla e dà congruenza diacronica a piani d'azione, anche di lungo periodo, che a loro volta controllano l'azione prevalendo – in una certa misura, e sotto certe condizioni – su reazioni impulsive[54]. Laddove l'azione è prodotta attraverso questa modalità – l'accessibilità alla quale, lo ricordiamo, costituisce uno degli ingredienti che fanno di un individuo un "soggetto" –, lì si dà controllo, anche nel caso in cui quelle strutture di fondo non soltanto operino in modo integralmente causale, ma siano state

[53] HAN 1998, spec. parte III.

[54] V. ad es. la ormai classica costruzione di FRANKFURT 1971. Una versione più aggiornata e sofisticata di questa idea del controllo, cruciale nella costruzione di concezioni "compatibiliste" della libertà, si trova in CHURCHLAND P.S. 2002, 201 ss. V. anche CHURCHLAND P.S. 1981. Va però sottolineato che, se per certi versi la concezione foucaultiana della libertà-autorialità può essere accostata alla famiglia delle concezioni compatibiliste, vi sono, per altri versi, differenze profonde. Il compatibilismo afferma la compatibilità fra determinismo causale e il tipo di libertà *necessaria per l'ascrizione di responsabilità morale* (c.d. *free will*, o libeero arbitrio). Foucault, invece, da un lato sembra riferirsi più alla etero-causazione che al determinismo (v. *supra*, nt. 3, per le differenze fra queste due posizioni); dall'altro lato non sembra minimamente interessato alla questione dell'ascrizione di responsabilità morale. Come vedremo (*infra*, § 12), la libertà-autorialità ha una dimensione molto più estetica che morale.

in misura significativa etero-causate, e in particolare plasmate da condizionamenti sociali. Discorso analogo può farsi rispetto alla nozione di controllo rilevante per la libertà-autorialità foucaultiana. In una mente che, come la mente umana, è capace di costruire rappresentazioni della propria stessa struttura, può svilupparsi un controllo di livello superiore: alcuni degli schemi del sostrato controllano e danno stabilità a piani che hanno ad oggetto non azioni dirette al mondo esterno, ma il rimodellamento di altri schemi del sostrato. Laddove è attivo questo controllo di livello superiore, lì può darsi libertà-autorialità, anche se l'esistenza stessa della capacità di controllo e la specifica direzione che essa assume siano stati in misura significativa etero-causati, e in particolare plasmati da condizionamenti sociali.

Il controllo di sé che caratterizza la libertà-autorialità, dunque, non implica la libertà-originarietà.

8. *Libertà e creatività*

La concezione foucaultiana della libertà-autorialità ha però di fronte a sé uno scoglio ancora più difficile da superare. Un altro dei parametri della libertà-autorialità è costituito infatti dall'invenzione – la costruzione di nuove forme di soggettività (sia pure attraverso la ricombinazione di schemi già dati). Se il controllo può essere declinato in modo compatibile con l'etero-causazione sociale, si potrebbe ancora obiettare, lo stesso non può farsi con l'invenzione. Un'invenzione strettamente condizionata da influenze sociali non è invenzione nel senso più pregnante. L'invenzione nel senso più pregnante, l'invenzione radicale, irriducibile alla meccanica applicazione del già noto, ciò che chiamiamo "creatività", richiede appunto un atto di creazione assolutamente originaria, che sfugga alle maglie degli etero-condizionamenti causali. Per essere davvero autore di sé stesso, il soggetto deve essere creatore di sé stesso, *causa sui*. Se preso sul serio, l'aspetto inventivo della libertà-autorialità diventa così un vero e proprio cavallo di Troia, che fa collassare la supposta concezione alternativa della libertà nell'idea della incondizionata e originaria auto-determinazione del soggetto a cui voleva contrapporsi. La libertà-autorialità non è in ultima analisi diversa dalla libertà-originarietà.

L'obiezione appena formulata si regge sull'assunto che la creatività, l'invenzione irriducibile, non possa essere concepita se non postulando uno spazio di libertà-originarietà. Ma anche questo assunto è una petizione di principio. Sebbene non sia ancora disponibile una teoria scientifica completa, integrata, dettagliata e generalmente accettata della creatività umana, dagli sviluppi delle scienze della mente degli ultimi decenni emergono le linee generali di un modello che spiega, in modo perfettamente intelligibile, anche le forme più radicali di inventività in termini causali, riconoscendo un grandissimo spazio al ruolo di fattori sociali, senza la necessità di postulare alcuno spazio di libertà-originarietà. Questo modello, come tenterò rapidamente di mostrare nelle prossime pagine, si accorda molto bene con le idee di Foucault, suggerendone una ricostruzione più solida e dettagliata.

9. *Cervelli inventivi e storia culturale*

Il cervello umano (e non solo umano) è inventivo perché è in grado di produrre risposte e abilità almeno parzialmente nuove, adatte a situazioni nuove (cosiddetta "plasticità" del cervello)[55]. Le strutture neurali che realizzano la nostra rappresentazione della realtà e il repertorio delle nostre reazioni cognitive e motorie non seguono schemi integralmente e rigidamente programmati a

[55] Cfr. EDELMAN 1987; CHURCHLAND P.M. 1996; CHURCHLAND P.S. 2002, 321 ss.; EDELMAN, TONONI 2001, cap. 7; CHURCHLAND P.M. 2013.

livello genetico, ma sono organizzate in modo da potersi parzialmente rimodellare per effetto delle circostanze corporee e ambientali più svariate, selezionando progressivamente ("apprendendo") nuovi schemi di rappresentazione e di risposta che – quando raggiungeranno un certo livello di probabilità, coerenza e fluidità – daranno vita ad una nuova abilità. Se la capacità di un neonato di succhiare il latte dal seno dipende dall'attivazione di uno schema geneticamente programmato, la capacità di un bambino di succhiare da una cannuccia in modo appropriato dipende da un processo di apprendimento che, guidato da una serie di rinforzi successivi, ha via via ricalibrato la struttura neurale sottostante "inventando" un nuovo schema di discriminazione degli stimoli – la cannuccia – e un nuovo schema motorio – una certa modulazione del succhio.

L'invenzione è potenziata da capacità immaginative. L'apprendimento può essere guidato non solo da situazioni reali e azioni reali, ma anche dalla simulazione mentale (in gran parte automatica e inconscia) di nuovi scenari – elaborati rimontando, verosimilmente secondo certi vincoli, oggetti e proprietà noti – e nuove risposte, che vengono progressivamente selezionate attraverso meccanismi di rinforzo analoghi a quelli operanti per situazioni e risposte reali[56].

L'apprendimento è incrementale, perché ogni nuova abilità può costituire la base per l'elaborazione di abilità ulteriori. La capacità di muovere la mano "inventando" movimenti che vanno al di là di quelli geneticamente codificati può svilupparsi, attraverso una selezione e specializzazione progressiva, nell'apprendimento della nuova abilità di realizzare azioni coordinate prima impossibili, come disegnare. Questa abilità, integrandosi con la capacità di concepire nuove forme iconiche, può generare la "invenzione" di un nuovo segno grafico, la sagoma di un cavallo. Ma l'apprendimento è anche flessibile, perché le abilità apprese possono modificarsi e andare perdute. L'abilità nell'uso di un bastoncino di carbone per tracciare dei segni sulla roccia può inibire la precedente abilità nel tracciare segni con il dito annerito dal carbone. L'abilità nello scrivere con una tastiera può inibire la precedente abilità nello scrivere a penna. E così via.

L'invenzione e l'apprendimento non sono "liberi" nel senso della libertà-originarietà, sottratti alla causalità. In primo luogo, essi sono vincolati – seppur non integralmente e dettagliatamente predefiniti – da schemi preesistenti, innati o appresi, da cui dipende la possibilità e la probabilità di invenzioni e apprendimenti successivi. In secondo luogo, sono essi stessi, verosimilmente, processi interamente causali, operati da quella straordinariamente complessa macchina causale che è il cervello umano (e non solo umano). Causalità non implica però prevedibilità. Tanto più complessi siano i fattori che determinano un evento, e tanto più incompleta e meno accurata sia la conoscenza che ne abbiamo, quanto più l'evento risulterà imprevedibile, o meno accuratamente prevedibile. L'invenzione e l'apprendimento hanno appunto – in virtù della complessità e della nostra limitatissima conoscenza dei meccanismi a cui rispondono – esiti in larga misura imprevedibili.

Le dinamiche dell'invenzione e dell'apprendimento sono enormemente accelerate dalla trasmissione culturale. Ciò è dovuto al fatto che il cervello umano – in virtù soprattutto di grandi capacità imitative – è in grado di ristrutturarsi con impressionante rapidità per replicare abilità complesse esibite da un altro individuo[57]. Nessuno ha creato dal nulla la pittura. Sono stati necessari millenni di incrementi di abilità, distribuiti fra innumerevoli individui, per arrivare ai primi tentativi di rappresentazione pittorica. Ma un singolo individuo, guardando un altro che dipinge, può imparare rapidamente a farlo lui stesso, incorporando nel suo solo cervello un'evoluzione realizzata nel corso dei millenni da innumerevoli cervelli, e può poi incrementare questa abilità, portandola ad un nuovo livello di complessità. L'accelerazione è resa ancora più drammatica, oltre che dalla comunicazione linguistica, dalla divisione del lavoro, che riserva a certi individui il tempo e la protezione sufficiente per l'apprendimento e l'incremento di abilità via via più specializzate, e dall'estensione della cognizione umana a supporti e strumenti extra-

[56] CHURCHLAND P.S. 2002, 80 ss.
[57] V. ad es. i saggi raccolti in HURLEY, CHATER 2005.

corporei (pitture, libri, circuiti elettronici) che permettono di accumulare enormi quantità di informazioni, di elaborarle e di trasmetterle senza bisogno della contestuale presenza fisica.

In questa prospettiva, la storia culturale appare come la rete, di inestricabile complessità, che collega innumerevoli eventi di invenzione, apprendimento e trasmissione, sviluppando abilità che trasformano capacità innate in direzioni immensamente variabili e imprevedibili. La storia culturale è perciò, al tempo stesso e senza contraddizione, causale, innovativa, variabile, imprevedibile.

(1) *Causale.* Ogni evento inventivo è causalmente vincolato dalle invenzioni e trasmissioni culturali precedenti, e costituisce esso stesso un processo causale. Se intendiamo la natura come mondo delle relazioni causali, la storia culturale è interamente parte della storia naturale[58].

(2) *Innovativa.* La storia culturale produce risultati e sviluppi nuovi, non predeterminati dai soli precedenti stadi di sviluppo, ma co-determinati dagli svariati ulteriori fattori che intervengono nei processi di invenzione, apprendimento e trasmissione. L'incremento dell'innovazione può essere così rapido da trasformare profondamente la vita umana nel giro di poche generazioni. L'innovazione è al contempo individuale e collettiva. Se, da un lato, la flessibilità del singolo cervello rende possibile l'invenzione e l'apprendimento di nuove abilità e la loro trasmissione, dall'altro la molteplicità dei cervelli divarica enormemente la possibilità di invenzione, facendo sì che micro-invenzioni individuali si assommino producendo macro-innovazioni collettive. Del resto, l'interazione individuo-collettività creata dalla trasmissione culturale è così forte da essere, per molti versi, indistinzione. Le abilità del cervello individuale e le strutture che le supportano sono – al di là di una base innata – modellate imitando abilità e strutture dei cervelli degli altri. Grandissima parte dell'attività mentale e dell'inventività di ciascuno è costituita e vincolata dall'attività mentale e dalle invenzioni degli altri – in modo non così diverso da come la stessa base innata è costituita e vincolata dalle innumerevoli variazioni genetiche attraversate dalle cellule di altri individui. La mente di ciascuno è – sotto un certo aspetto – la continuazione della mente degli altri.

(3) *Variabile.* La storia culturale produce risultati e sviluppi molto diversi, in virtù dell'estrema variabilità dei fattori che condizionano l'invenzione, l'apprendimento e la trasmissione. Nel corso delle generazioni questa diversità può aumentare enormemente, soprattutto fra gruppi tra cui intercorre una scarsa o nulla trasmissione culturale. (L'estrema variabilità non è incompatibile con l'esistenza di "strati" meno variabili, o addirittura invariati, strutture di fondo condivise da molte o da tutte le culture. Quali siano queste strutture non può essere determinato attraverso una speculazione astratta o la semplice introspezione, ma soltanto attraverso una ricerca empirica i cui risultati, provvisori come quelli di ogni ricerca empirica, andranno volta per volta rivisti in presenza di casi recalcitranti.)

(d) *Imprevedibile.* I fattori che determinano la storia culturale sono così complessi e variabili da rendere impossibile una previsione accurata, e spesso nemmeno una previsione approssimativa, delle sue future dinamiche.

[58] L'approccio naturalistico allo studio della storia culturale ha condotto, negli ultimi cinquant'anni, alla nascita e al rapido sviluppo del concetto di "evoluzione culturale" (*cultural evolution*), tradottosi nell'elaborazione di svariati e sofisticati modelli esplicativi delle dinamiche causali che caratterizzano la trasmissione culturale e la conservazione di certi tratti piuttosto che altri nel corso delle generazioni. Per un'introduzione si vedano LEWENS 2013 e PRINZ 2016. Alcuni dei contributi più influenti sono DAWKINS 1976; CAVALLI-SFORZA, FELDMAN 1981; BOYD, RICHERSON 1985; SPERBER 1996; BLACKMORE 1999. V. anche il recentissimo PRINZ 2014. Nessuno di questi modelli è così ingenuo e antiquato da ricadere in ciò che Foucault stigmatizzava come «mythologie biologique de l'histoire et de la durée» (FOUCAULT 2001a [1970], 1148 s.). Non solo. La preoccupazione fondamentale di Foucault nei confronti di approcci naturalistici riguardava il rischio di rimozione delle discontinuità e dei cambi di paradigma nell'evoluzione culturale. Ebbene, in questi paragrafi sto seguendo un modello di evoluzione culturale, elaborato da Paul Churchland, che riconosce la centralità delle discontinuità e dei cambi di paradigma, di cui dà una plausibile e stimolante spiegazione naturalistica (v. CHURCHLAND P.M. 1996, 271-286; CHURCHLAND P.M. 2013, capp. 4 e 5).

10. *Inventività ordinaria e creatività*

Nel senso in cui ho usato fino ad ora il termine, sono "inventivi" tutti i comportamenti individuali che integrano una modifica, più o meno marcata, dei propri schemi di rappresentazione e di risposta. Un comportamento inventivo è tanto più imitativo, quanto più fedelmente si conforma agli schemi esibiti dai comportamenti altrui, ed è, invece, tanto più innovativo quanto più se ne discosta adottando schemi originali, diversi e irriducibili a quelli a cui è stato esposto nelle interazioni sociali. L'innovazione dipende probabilmente – oltre che dall'esposizione a stimoli ambientali diversi – anche dalla spiccata accelerazione dei processi immaginativi, che può condurre a trasformazioni salienti degli schemi appresi dal contesto, a volte precorrendo linee di sviluppo latenti e stimolandole negli altri.

L'innovazione può, a volte, risultare non soltanto sorprendente e imprevedibile nei suoi esiti, ma anche inspiegabile. Non riusciamo a ripercorrere il processo cognitivo che ha portato all'invenzione, a sussumerlo entro una procedura ripetibile e imitabile (come l'applicazione di una serie di regole). Non riusciamo a capire come l'inventore sia riuscito a pervenire a quel risultato. La splendida parola "fantasia" indica in modo molto efficace la spiccata capacità di innovazione, che produce esiti sorprendenti e inspiegabili. In questo senso, l'innovazione può essere più o meno "fantasiosa".

Non riuscendo a sussumere le sue dinamiche in una storia causale sufficientemente accurata e predittiva, trattiamo spesso l'innovazione, soprattutto se molto fantasiosa, come un processo "libero" nel senso della libertà-originarietà, sottratto alla causalità. Ma questa conclusione è un *non sequitur*. Imprevedibilità e inspiegabilità non implicano non-causalità, potendo appunto dipendere soltanto dalla nostra incapacità di ricostruire i fattori che hanno portato all'invenzione[59]. È verosimile che anche la più sfrenata fantasia funzioni attraverso una disinibizione e accelerazione superiore alla norma di processi immaginativi, in larghissima parte inconsci, riducibili a operazioni neurali interamente causali. Nulla a che vedere con la libertà-originarietà.

Del resto l'innovazione, anche l'innovazione più fantasiosa, non lavora nel vuoto, ma è comunque vincolata da schemi preesistenti, che delimitano gli sviluppi possibili dei processi immaginativi e ne graduano la probabilità.

Spesso, inoltre, innovazione e fantasia non comportano uno stravolgimento radicale degli schemi preesistenti, ma semplicemente una loro originale ricombinazione: un'inattesa mescolanza di stili poetici, l'accostamento di temi filosofici per tradizione incomunicabili, l'applicazione di una certa metodologia scientifica ad un nuovo campo d'indagine, o lo sfoggio di un capo di abbigliamento in situazioni diverse da quelle a cui è convenzionalmente destinato.

Va infine notato che, in assenza di correlati oggettivi dell'innovazione e della fantasia, le distinzioni fra imitazione e innovazione da un lato, e fra gradi di fantasia dall'altro, sono, in grandissima misura, relative all'osservatore.

Le aspettative e il *focus* dell'osservatore influenzano pesantemente la sua percezione di un comportamento come imitativo o innovativo. Quanto maggiore sia la corrispondenza tra il pattern esibito dal comportamento di un soggetto e quello atteso dall'osservatore sulla base della sua conoscenza degli schemi ai quali il soggetto potrebbe essere stato esposto e che potrebbe aver imitato, tanto più quel comportamento gli apparirà imitativo. Quanto più l'osservatore si concentrerà sulla corrispondenza tra il pattern generale esibito dal comportamento del soggetto e lo schema suppostamente imitato, tanto meno noterà aspetti innovativi e quanto più tenderà a interpretare il comportamento in termini imitativi.

Discorso analogo può farsi riguardo alla fantasia. Tanto più ci risulterà facile ripercorrere il processo cognitivo che ha portato all'invenzione, decifrarne la "chiave", quanto meno esso tenderà ad apparirci fantasioso.

[59] CHURCHLAND P.S. 2002, 206.

La distinzione tra imitazione e innovazione ci consente di distinguere – con buona dose di approssimazione – fra due diverse forme e gradi dell'inventività individuale: la inventività ordinaria[60] e la creatività.

La "inventività ordinaria" è l'inventività dispiegata da comportamenti scarsamente innovativi. È una dimensione importante per psicologi e neuroscienziati, perché rivelativa della flessibilità che il cervello umano (e non solo umano) mostra anche in comportamenti banali, ordinari, per nulla sorprendenti. È però molto lontana dalla nozione comune di inventività, che rimanda ad una qualche originalità, fantasia. Sono infatti ordinariamente inventivi anche comportamenti che, consistendo nella pedissequa imitazione o nella trasformazione poco significativa e poco intelligente di schemi molto salienti e diffusi nel contesto di appartenenza, risultano, in quel contesto, del tutto stereotipici e prevedibili. È ordinariamente inventivo persino il conformismo – l'abilità nell'adattare il proprio comportamento alle convenzioni sociali vigenti nel gruppo di appartenenza.

La "creatività" è invece l'inventività dispiegata da comportamenti innovativi, più o meno fantasiosi. (Adotterò di seguito questa espressione, discostandomi però per un aspetto importante dagli usi più diffusi. Generalmente infatti "creatività" ha un'accezione positiva: tende a indicare comportamenti ammirati e apprezzati. Qui considererò invece "creativo" qualsiasi comportamento spiccatamente innovativo e imprevedibile, anche se valutato negativamente, considerato disturbante, aberrante, folle.)

La distinzione tra inventività ordinaria e creatività, così come la distinzione tra diversi gradi di creatività, oltre ad essere sfumate, sono in larga misura relative all'osservatore. La creatività di un comportamento dipende infatti dalla sua innovazione e fantasia. Ma la percezione di un comportamento come innovativo e fantasioso è pesantemente influenzata dalla capacità dell'osservatore di ricostruire la sua genesi, individuando (o credendo di individuare) i processi imitativi o immaginativi seguiti dall'autore.

Se la percezione di innovatività è pesantemente influenzata dalle aspettative e dal *focus* dell'osservatore, alcuni comportamenti che generalmente appaiono spiccatamente innovativi perché esibiscono pattern significativamente difformi da quelli generalmente attesi, potrebbero apparire molto meno innovativi a chi abbia una conoscenza più profonda degli schemi ai quali quel soggetto è stato esposto. Supponiamo ad esempio che Quijote, immerso per anni nella lettura di antichi testi cavallereschi, cominci a seguire i modelli di comportamento proposti da quei testi, ormai obsoleti e irriconoscibili per la gran parte dei suoi contemporanei. I comportamenti di Quijote, che ai più sembreranno, oltreché folli, fortemente innovativi, potranno risultare fortemente imitativi a chi conosca quei testi. Lo stesso può accadere di fronte a comportamenti influenzati da una cultura esotica, o sviluppati all'interno di una sotto-cultura deviante rispetto alla cultura dominante. Un osservatore particolarmente addestrato, sagace e competente può poi riuscire a cogliere somiglianze strutturali profonde tra il comportamento che ad altri appare innovativo e i modelli sociali a cui è stato esposto, e questa somiglianza potrà risultare per lui molto più saliente e rilevante dei dettagli innovativi. (Un lettore esperto può ad esempio riconoscere con facilità gli stilemi appresi da una scuola di scrittura sedicente creativa in un testo che ad un lettore inesperto appare invece genialmente innovativo.) Soprattutto, una migliore conoscenza della storia culturale può permettere di rintracciare somiglianze strutturali profonde, non immediatamente apparenti, tra certi comportamenti innovativi e loro antecedenti in altre epoche, suggerendo così percorsi di trasmissione culturale che hanno contribuito alla loro genesi, e ridimensionando la loro innovatività.

Discorso analogo può farsi riguardo alla fantasia. Un comportamento tenderà ad apparirci tanto meno fantasioso, quanto più facilmente riusciremo a decifrare e ripercorre i processi

[60] Adatto qui la nozione di "creatività ordinaria" a cui fa riferimento Chomsky in FOUCAULT 2001a [1971], 1350.

immaginativi che hanno portato alla sua invenzione, ad esempio ricostruendo la chiave segreta dell'invenzione come applicazione di regole semplici. Supponiamo che Lord Gallymoore sia noto per l'imprevedibile stravaganza del suo abbigliamento, a volte squisito, altre volte stranamente disturbante, alle soglie del cattivo gusto. Un *dandy* rivale, corrompendo il suo valletto, riesce però a scoprire che Lord Gallymoore segue nel vestirsi una regola molto semplice: una serie numerica stabilita attraverso un banale procedimento aleatorio gli indica come selezionare i capi di abbigliamento da comporre dalle pagine di diverse riviste di moda. Ridotto all'applicazione di una regola così meccanica, il comportamento di Lord Gallymoore apparirà probabilmente, per quanto innovativo, molto meno fantasioso. Allo stesso modo, la conoscenza di certe tecniche di invenzione – come certe regole e procedure di composizione poetica – può permettere di ricondurre alla loro applicazione la genesi del comportamento, ridimensionando la sua componente fantasiosa.

Un ultimo aspetto che va sottolineato è una particolare virtù che può associarsi alla creatività, che potremmo chiamare "coraggio della creatività". I comportamenti creativi possono essere accolti dagli altri in modi molto diversi. Possono causare reazioni positive, di apprezzamento. Ma possono anche causare reazioni negative, di disturbo, di avversione, di pressione, a volte persino violenta, alla conformità. Attorno ai comportamenti creativi possono poi insorgere conflitti tra chi cerca di mantenere e promuovere i nuovi comportamenti e chi cerca invece di impedirli. I comportamenti creativi possono infine apparire deliranti: così sconnessi dai nostri schemi da risultare inintelligibili e inassimilabili. Per quanto grande possa essere la sottigliezza nel discriminare in anticipo gli schemi che, seppur fantasiosi e inusuali, saranno accolti o tollerati nel proprio contesto, le variabili in gioco sono troppo complesse per consentire previsioni attendibili. In questo senso, la creatività comporta sempre una certa dose di rischio, il rischio di adottare schemi che provocheranno reazioni negative, censure, resistenze, conflitti. La capacità di assumersi consapevolmente questo rischio è – vista nell'ottica di chi valuta positivamente la creatività – una virtù: una forma di coraggio, il coraggio della creatività.

11. *Storia culturale, creatività e libertà secondo Foucault*

La visione che Foucault ha della storia culturale, del ruolo che in essa riveste la creatività individuale e della libertà-autorialità, si incastona agevolmente nel modello appena tracciato.

Secondo Foucault la storia culturale è causale, innovativa, variabile e imprevedibile. Innovatività e variabilità sono il risultato di una trasformazione collettiva, molto più che della creatività individuale. Ciò in almeno tre sensi.

Anzitutto, la stessa inventività ordinaria, attraverso micro-innovazioni individuali poco salienti, può dar vita a macro-innovazioni nel corso delle generazioni.

In secondo luogo la creatività, anche la più innovativa e fantasiosa, è abilitata e vincolata dagli schemi preesistenti, frutto dell'apporto di innumerevoli cervelli, che condizionano fortemente la probabilità degli esiti inventivi. Un'importante conseguenza di ciò è che, in uno stesso contesto culturale, tenderanno a ricorrere comportamenti creativi analoghi, sia pure in assenza di connessioni causali dirette. Un'altra conseguenza è che, quanto più saremo in grado di notare la somiglianza tra gli schemi esibiti dai comportamenti attuali e passati, quanto più saremo in grado di riconoscere e ripercorrere regole e tecniche a cui si conformano, e quanto più saremo dunque in grado di ricostruirne la genesi imitativa e fantastica, tanto più tenderemo a ridimensionarne la creatività. Uno degli obiettivi della ricerca di Foucault – sia nella fase archeologica che in quella genealogica – è proprio il riconoscimento di somiglianze che lascino intravedere *pattern* di trasmissione culturale, ridimensionando l'apporto creativo dei singoli.

Infine, per produrre grandi innovazioni la creatività dell'individuo deve accordarsi con, riconnettersi a, amplificarsi attraverso, la creatività di altri individui: le grandi innovazioni

avvengono con il concorso della creatività di più individui, e la diffusione dei comportamenti creativi a fasce ancora più ampie attraverso imitazione[61].

È in questo sfondo che si colloca l'idea della libertà-autorialità, e il valore che Foucault le attribuisce.

La libertà-autorialità, come si ricorderà, risulta dall'integrazione di quattro abilità diverse: consapevolezza, controllo, invenzione e dinamismo. Queste abilità non sono né una dotazione innata, né qualcosa che il singolo individuo possa sviluppare da solo nel tempo di una vita. Sono, piuttosto, abilità selezionate progressivamente attraverso una storia culturale più che millenaria, che ha costruito lungo innumerevoli stratificazioni il corpo di conoscenze e di pratiche del sé proprie del soggetto libero, e che sono adesso trasmesse dagli individui che già le posseggono ad altri individui, tramite imitazione o esplicito addestramento. Le abilità costitutive della libertà-autorialità sono inoltre – come qualsiasi altra abilità culturalmente costruita – storicamente contingenti: si sono sviluppate compiutamente in un certo periodo storico, in virtù di una sequenza di invenzioni e trasmissioni culturali di cui si può tracciare una genesi approssimativa. Niente assicura che continueranno ad esistere in futuro.

La libertà-autorialità ha, al tempo stesso, un carattere spiccatamente creativo. L'invenzione che la caratterizza va intesa non nel senso dell'inventività ordinaria, ma nel senso più forte della creatività. Consiste nell'adozione di modi di essere (schemi concettuali, habitus e schemi di soggettivazione) innovativi, difformi e irriducibili a quelli immediatamente riconoscibili nel contesto di appartenenza, e a volte fantasiosi, fortemente innovativi e inspiegabili. Il dinamismo, inoltre, consiste nella persistente attivazione del motore della creatività, trasformando e rinnovando continuamente il proprio modo di essere.

Ma, come abbiamo visto, non vi è alcuna incompatibilità tra il carattere creativo della libertà-autorialità e il suo essere un prodotto socio-culturale. La creatività non è mai assoluta e originaria auto-determinazione. In primo luogo, l'innovazione del proprio modo di essere, anche la più fantasiosa, non lavora nel vuoto, ma è comunque vincolata da schemi preesistenti, scarsamente percepiti perché esotici, antichi, minoritari, o semplicemente perché meno accessibili, più difficili da riconoscere. In secondo luogo, ed è questo l'aspetto più importante, l'incremento stesso dei processi immaginativi che supportano l'innovazione del sé è un prodotto socio-culturale: si sviluppa per lo più attraverso la diffusione di norme sociali che trattano l'originalità come un valore positivo, stimolando i processi immaginativi, e attraverso la trasmissione culturale di tecniche che insegnano come stimolare i processi immaginativi. La libertà si dà entro una cultura della libertà, che traccia gli schemi entro cui la libertà si dispiega.

Secondo Foucault, infine, il dinamismo della libertà-autorialità può incrementarsi fino a diventare superamento critico della propria stessa libertà: acquisto di sempre maggiore consapevolezza degli schemi culturali in cui consiste la propria libertà, assunzione di un atteggiamento di distacco critico, e attivazione di processi immaginativi che rimodellano e innovano quegli schemi. In questo senso, c'è – o meglio, può svilupparsi – un gioco di stimolo reciproco tra conoscenza e libertà-autorialità. La conoscenza ridimensiona la portata della creatività individuale rendendo visibili i pattern culturali che la strutturano, ma al tempo stesso può – sotto certe condizioni – stimolare la creatività individuale, rendendo possibile la rielaborazione e la trasformazione di quei pattern. Il gioco può ripetersi, fino ai limiti delle capacità cognitive e dell'esistenza temporale dell'individuo, e può proseguire nelle generazioni successive.

Sotto certe condizioni, però. La spirale di reciproco stimolo e accrescimento di conoscenza e libertà-autorialità non è qualcosa che possa mai realizzare l'individuo singolo. È, essa stessa, un fenomeno culturale. Richiede una cultura che esalti all'estremo il valore dell'originalità e il coraggio della libertà, nel rischio dello scontro con convenzioni sociali e reazioni negative,

[61] Questo insieme di idee sono espresse nel modo più chiaro in FOUCAULT 2001a [1971], 1352 s.

stimolando così le dinamiche della creatività verso un ritmo esasperato, riottoso, inesausto. In uno dei suoi ultimi e più felici scritti, *What Is Enlightment?*[62], Foucault ricostruisce l'emersione di questa cultura come "illuminismo dandy": la risonanza e il reciproco rafforzamento fra, da un lato, il *sapere aude* dell'*Aufklärung* di Kant, l'incremento instancabile della conoscenza di sé, e, d'altro lato, il "dandysmo" ascetico di Baudelaire, l'imposizione di un controllo serrato sul proprio modo di essere, per fare di sé stessi – il proprio corpo, i propri gesti, i propri pensieri, la propria intera vita – un'opera d'arte originale e continuamente rinnovata[63]. L'illuminismo *dandy* è in questo senso, secondo Foucault, la spirale di reciproco accrescimento tra conoscenza di sé e creazione di sé in cui culmina lo sviluppo della libertà-autorialità[64]. È di questa cultura della libertà che Foucault si sente parte, e a questa forma di libertà che attribuisce valore. *Te ipsum cognoscere atque creare aude*.

L'ultima osservazione riguarda proprio il valore che Foucault è disposto ad attribuire alla libertà-autorialità così intesa. Esso sta tutto nel piacere che essa provoca. La libertà-autorialità non ha valore in quanto prescritta da un principio morale in qualche senso irriducibile alle dinamiche delle proprie turbolenze emotive. La libertà-autorialità vale in quanto attualmente o latentemente desiderata perché in sé stessa piacevole. Il valore della libertà non è null'altro che *passione* della libertà: desiderio, attuale o latente, della libertà in quanto fonte di piacere. Ciò non impedisce che la passione della libertà possa svilupparsi in una rete di atteggiamenti latamente "morali", una "etica" della libertà: approvazione verso chi prova e disapprovazione o disprezzo verso chi non prova la passione della libertà; tentativo di ingenerare negli altri la passione della libertà; codici di appartenenza di gruppo che puntano sulla passione della libertà; codici di regole da seguire per aumentare la propria libertà, o mantenere viva la passione della libertà, e così via. Ma questa etica non ha per Foucault alcuna validità oggettiva: vale solo per chi prova la passione della libertà.

La passione e l'etica della libertà, inoltre, non sono intese come parte della natura umana. Non sono disposizioni innate, inscritte nei nostri geni, né standard trascendenti di valutazione dell'umano. Sono invece sviluppi, culturalmente contingenti, di inclinazioni di base molto più indeterminate. Più precisamente, esse originano dall'incontro di due disposizioni più generali. La prima è un elemento essenziale di ciò che Foucault chiama "ascetismo": il desiderio e il piacere del controllo su sé stessi[65]. La seconda è una disposizione estetica: il piacere e il desiderio dell'innovazione, della sorpresa, del sublime che si spalanca quando sentiamo di oltrepassare un limite – il nostro limite. Un piacere che non è distrutto, ma stimolato, dalla consapevolezza che l'oltrepassamento è sempre funzione della nostra ignoranza.

È a questo secondo elemento che Foucault sembra dare il maggior peso, conferendo così al valore della libertà un carattere fondamentalmente estetico. La disciplina serrata (*l'ascetisme de la liberté*), l'accanita, potenzialmente dolorosa e continuamente rinnovata opera di demolizione e ricostruzione del proprio modo di essere attraverso cui, secondo Foucault, passa il perseguimento della libertà-autorialità (*le travail indefini de la liberté*), non ha il senso della ricerca di una autenticità perduta, né quello della difensiva ricostruzione di un precario equilibro, e neppure quello dell'accrescimento fine a sé stesso del proprio auto-controllo. Il suo senso sta invece nella riaccensione del piacere di scoprire, oltre i tracciati abituali dei nostri percorsi mentali, un paesaggio dalla potenza sconosciuta, da esplorare nell'unico modo possibile: dandogli forma.

[62] FOUCAULT 2001b [1984], 1381-1397. Cfr. DJABALLAH 2013.

[63] FOUCAULT 2001b [1984], 1389 s. V. anche FOUCAULT 2009 [1984], spec. 149 ss.

[64] V. soprattutto FOUCAULT 2001b [1984], 1393.

[65] Sul desiderio e piacere del controllo di sé si vedano in particolare l'analisi della *phusiologia* epicurea (FOUCAULT 2001c [1981-82], 230 ss.), che avrebbe come effetto di instillare negli individui *orgoglio* solo per quello che dipende da sé stessi, e dunque, in ultima analisi, solo per il lavoro di auto-formazione del sé, e l'analisi della *auto-scopia* stoica (FOUCAULT 2001c [1981-82], 295 ss.), che avrebbe come effetto la *felicità* dell'essere libero, autore di se stesso.

12. *Conclusione*

È questo, mi sembra, l'esito finale della riflessione foucaultiana sulla libertà e l'assoggettamento – il disegno tratteggiato da un filo che, spesso sotto traccia, ha attraversato il suo intero discorso. Il mio obiettivo era fare emergere la sua ricchezza, la sua complessità, la sua capacità di sfuggire alla plateale incoerenza che sembra affliggerlo, mostrando al tempo stesso la sua sorprendente consonanza con potenti correnti del pensiero contemporaneo, a prima vista lontanissime dall'ambiente culturale in cui si muoveva Foucault e dall'esoterico e stucchevole gergo in cui i suoi epigoni, troppo spesso, ne costringono l'interpretazione: versioni sofisticate del compatibilismo, sviluppi recentissimi del programma di naturalizzazione dell'epistemologia e, soprattutto, la raffigurazione dell'uomo, della cultura umana e del loro posto nel mondo suggerita dalle scienze delle mente degli ultimi decenni. In queste linee di ricerca, le intuizioni di Foucault trovano una cornice interpretativa capace di farne emergere la profondità, e argomenti capaci di difenderne la coerenza.

Riferimenti bibliografici

ALLEN A. 2008. *The Politics of Ourselves: Power, Autonomy and Gender in Contemporary Critical Theory*, New York, Columbia University Press.

BALIBAR E. 1994. *Subjection and Subjectivation*, in COPJEC J. (ed.), *Supposing the Subject*, London, Verso, 1-15.

BALIBAR E., CASSIN B., DE LIBERA A. 2004. *Sujet*, in CASSIN B. (ed.), *Vocabulaire européen des philosophies. Dictionnaire des intraduisibles*, Paris, Seuil, 1233-1253.

BARGH J.A. (ed.) 2007. *Social Psychology and the Unconscious. The Automaticity of Higher Mental Functions*, New York – Hove, Psychology Press.

BARGH J.A., CHARTRAND T.L. 1999. *The Unbereable Automacity of Being*, in «American Psychologist», 54, 7, 1999, 462-479.

BERNSTEIN R.J. 1992. *Foucault: Critique As a Philosophical Ethos*, in KELLY M. (ed.) 1994, *Critique of Power. Recasting the Foucault/Habermas Debate*, Cambridge (Mass.) - London, The MIT Press, 211-241.

BLACKMORE S.J. 1999. *The Meme Machine*, Oxford, Oxford University Press.

BOYD R., RICHERSON P. 1985. *Culture and the Evolutionary Process*, Chicago, University of Chicago Press.

BRIGAGLIA M. 2019. *Potere. Una Rilettura di Michel Foucault*, Napoli, Editoriale Scientifica.

BUTLER J. 1997. *The Psychic Life of Power. Theories in Subjection*, Stanford, Stanford University Press.

CAVALLI-SFORZA L., FELDMAN M. 1981. *Cultural Transmission and Evolution: A Quantitative Approach*, Princeton, Princeton University Press.

CHURCHLAND P.M. 1996. *The Engine of Reason, the Seat of the Soul. A Philosophical Journey into the Brain*, Cambridge (Mass.) – London, The MIT Press.

CHURCHLAND P.M. 2013. *Plato's Camera. How the Physical Brain Captures a Landscape of Abstract Universals*, Cambridge (Mass.) – London, The MIT Press.

CHURCHLAND P.S. 1981. *Is Determinism Self-Refuting?*, in «Mind», 90, 357, 1981, 99-101.

CHURCHLAND P.S. 2002. *Brain-Wise. Studies in Neurophilosophy*, Cambridge (Mass.)-London, The MIT Press.

CONNOLLY W.E. 1983. *Discipline, Politics, and Ambiguity*, in «Political Theory», 11, 3, 1983, 325-341.

CONNOLLY W.E. 1985. *Taylor, Foucault, and Otherness*, in «Political Theory», 13, 1985, 365-376.

DAMASIO A. 2010. *Self Comes to Mind. Constructing the Conscious Brain*, New York, Pantheon.

DAWKINS R. 1976. *The Selfish Gene*, Oxford, Blackwell.

DEWS P. 1992. *Foucault and the French Tradition oh Historical Epistemology*, in «History of European Ideas», 14, 3, 1992, 347-363.

DIGESSER P. 1992. *The Fourth Face of Power*, in «The Journal of Politics», 54, 4, 1992, 977-1007.

DJABALLAH M. 2013. *Foucault on Kant, Enlightment, and Being Cultural*, in FALZON C., O'LEARY T., SAWICKI J. (eds.), *A Companion to Foucault*, Oxford, Wiley-Blackwell, 264-281.

DREYFUS H.L., RABINOW P. 1982. *Michel Foucault: Beyond Structuralism and Hermeneutics*, Chicago, University of Chicago Press.

EDELMAN G.M. 1987. *Neural Darwinism*, New York, Basic Books.

EDELMAN G.M., TONONI G. 2001. *A Universe of Consciousness. How Matter Becomes Imagination*, New York, Basic Books.

FOUCAULT M. 1961. *Folie et déraison. Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Plon.

FOUCAULT M. 1969. *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT M. 1975. *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT M. 1976. *La volonté de savoir. Histoire de la sexualité I*, Paris, Gallimard.

FOUCAULT M. 1999. *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, Paris, Seuil-Gallimard.

FOUCAULT M. 2001a. *Dits et écrits I. 1954-1975*, a cura di D. Defert e F. Ewald (con la collaborazione di J. Lagrange), Paris, Gallimard.

FOUCAULT M. 2001b. *Dits et écrits II. 1976-1988*, a cura di D. Defert e F. Ewald (con la collaborazione di J. Lagrange), Paris, Gallimard.

FOUCAULT M. 2001c. *L'herméneutique du sujet. Cours au Collège de France. 1981-1982*, Paris, Seuil-Gallimard.

FOUCAULT M. 2008. *Le gouvernement de soi et des autres. Cours au Collège de France. 1982-1983*, Paris, Seuil-Gallimard.

FOUCAULT M. 2009. *Le courage de la verité. Le gouvernement de soi et des autres II. Cours au Collège de France. 1984*, Paris, Seuil-Gallimard.

FOUCAULT M. 2012. *Du gouvernement des vivants. Cours au Collège de France. 1979-1980*, Paris, Seuil-Gallimard.

FOUCAULT M. 2014. *Subectivité et vérité. Cours au Collège de France. 1980-1981*, Paris, Seuil-Gallimard.

FRASER N. 1981. *Foucault on Modern Power: Empirical Insights and Normative Confusions*, in «Praxis International», 3, 1981, 272-287.

FRASER N. 1983. *Foucault's Body Language: A Post-Humanist Political Rhetoric?*, in «Salmagundi», 61, 1983, 55-70.

FRASER N. 1985. *Michel Foucault: A "Young Conservative"?*, in «Ethics», 96, 1985, 165-184.

GARLAND D. 1990. *Punishment and Modern Society: A Study in Social Theory*, Chicago, The University of Chicago Press.

HABERMAS J. 1985. *Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Volrlesungen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag.

HACKING I. 2002. *Making Up People*, in ID., *Historical Ontology*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 99-114.

HAN B. 1998. *L'ontologie manquée de Michel Foucault. Entre l'historique et le trascendental*, Grenoble, Millon.

HASSIN R.R. 2013. *Yes it can. On the Functional Abilities of the Human Unconscious*, in «Perspectives on Psychological Science», 8, 2013, 195-207.

HEYES C.H. 2011. *Subjectivity and Power*, in TAYLOR D. (ed.), *Michel Foucault: Key Concepts*, Durham, Acumen, 159-172.

HINDESS B. 1996. *Discourses of Power. From Hobbes to Foucault*, Cambridge (Mass.), Blackwell.

HOEFER C. 2016. *Causal Determinism*, in ZALTA E.N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponibile in: https://plato.stanford.edu/entries/determinism-causal/ (consultato il 15 marzo 2018).

HONNETH A. 1985. *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*, Frankfurt, Suhrkamp.

HURLEY S., CHATER N. 2005. *Perspectives on Imitation: From Neural Science to Social Science. Volume 2. Imitation, Human Development*, and Culture, Cambridge (Mass.), The MIT Press.

KAHNEMANN D. 2011. *Thinking, Fast and Slow*, London, Penguin.

KELLY M.G.E. 2013. *Foucault, Subjectivity, and Technologies of the Self*, in FALZON C., O'LEARY T., SAWICKI J. (eds.), *A Companion to Foucault*, Oxford, Wiley-Blackwell, 510-525.

KOOPMAN C. 2013. *The Formation and Self-Transformation of the Subject in Foucault's Ethics*, in FALZON C., O'LEARY T., SAWICKI J. (eds.), *A Companion to Foucault*, Oxford, Wiley-Blackwell, 525-543.

LEDOUX J. 2002. *Synaptic Self. How Our Brains Become Who We Are*, New York, Penguin.

LEWENS T. 2013. *Cultural Evolution*, in ZALTA E.N. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponibile in: https://plato.stanford.edu/entries/evolution-cultural/ (consultato il 27 luglio 2017).

LUKES S. 2005. *Power. A Radical View*, 2 ed., Basingstoke, Palgrave Macmillan.

LYNCH R.A. 2013. *Reading The History of Sexuality, Volume 1*, in FALZON C., O'LEARY T., SAWICKI J. (eds.), *A Companion to Foucault*, Oxford, Wiley-Blackwell, 154-171.

MCCARTHY TH. 1990. *The Critique of Impure Reason. Foucault and the Frankfurt School*, in «Political Theory», 18, 3, 1990, 437-469.

MCGUSHIN E. 2011. *Foucault's Theory and Practice of Subjectivity*, in TAYLOR D. (ed.), *Michel Foucault: Key Concepts*, Durham, Acumen, 127-142.

OKSALA J. 2005. *Foucault on Freedom*, Cambridge, Cambridge University Press.

OKSALA J. 2011. *Freedom and Bodies*, in TAYLOR D. (ed.), *Michel Foucault: Key Concepts*, Durham, Acumen, 85-97

O'LEARY T. 2002. *Foucault. The Art of Ethics*, London – New York, Continuum, 2002.

OTERO M. 2006. *La sociologie de Michel Foucault: une critique de la raison impure*, in «Sociologie et sociétés», 38, 2, 2006, 49-72.

PALTRINIERI L. 2014. *Nature*, in (eds.), *The Cambridge Foucault Lexicon*, Cambridge, Cambridge University Press, 308-314.

PHILP M. 1983. *Foucault on Power: A Problem in Radical Translation?*, in «Political Theory», 11, 1, 1983, 29-52.

PHILP M. 1990. *Michel Foucault*, in SKINNER Q. (ed.), *The Return of Grand Theory in the Human Sciences*, Cambridge, Cambridge University Press, 65-81.

PICKETT B.L. 1996. *Foucault and the Politics of Resistance*, in «Polity», 28, 4, 1996, 445-466.

PICKETT B.L. 1997. *Foucaultian Masks and Contested Interpretations*, in «Political Research Quarterly», 50, 4, 1997, 919-937.

PRINZ J. 2014. *Beyond Human Nature. How Culture and Experience Shape the Human Mind*, New York – London, Norton&Company.

PRINZ J. 2016. *Culture and Cognitive Science*, in ZALTA E. (ed.), *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (https://plato.stanford.edu/entries/culture-cogsci/, consultato il 27 luglio 2017).

REVEL J. 2002. *Le vocabulaire de Foucault*, Paris, Ellipses.

REVEL J. 2008. *Identità, natura, vita: tre decostruzioni biopolitiche*, in GALZANIGA M. (ed.), *Foucault oggi*, Milano, Feltrinelli, 134-149.

RILE HAYWARD C. 2000. *De-Facing Power*, Cambridge, Cambridge University Press.

SAMUELS R., STICH S., FAUCHER L. 2004. *Reason and Rationality*, in NIINULOTO I., SINTONEN M., WOLENSKI J. (eds.), *Handbook of Epistemology*, Dordrecht, Kluwer, 1-50.

SEARLE J.R. 1995. *The Construction of Social Reality*, New York, Free Press.

SIMONS J. 1995. *Foucault and the Political*, London, Routledge.

SORRENTINO V. 2008. *Il pensiero politico di Foucault*, Roma, Meltemi.

SPERBER D. 1996. *Explaining Culture*, Oxford, Blackwell.

SUHLER C.L., CHURCHLAND P.S. 2009. *Control: Conscious or Otherwise*, in «Trends in Cognitive Science», 13, 8, 2009, 341-347.

TAYLOR CH. 1984. *Foucault on Freedom and Truth*, in «Political Theory», 12, 2, 1984, 152-183.

TAYLOR D. 2011. *Practices of the Self*, in EAD. (ed.), *Michel Foucault: Key Concepts*, Durham, Acumen, 173-186.

VACCARO S. 2015. *Foucault: dall'etopoiesi all'etopolitica*, in «Materiali foucaultiani», 4, 2015, 7-8, 67-82.

WALZER M. 1983. *The Politics of Michel Foucault*, in «Dissent», 30, 1983, 481-490.

WEGNER D.M. 2002. *The Illusion of Conscious Will*, Cambridge (Mass.), The MIT Press.

DAL «DIRITTO DELLA PAURA» AL «DIRITTO ALLA PAURA»

OMBRETTA **DI GIOVINE**

&dq

Dal «diritto della paura» al «diritto alla paura»

From «Laws of Fear» to «Right to Fear»

OMBRETTA DI GIOVINE

Professoressa ordinaria di diritto penale, Università di Foggia.
E-mail: ombretta.digiovine@unifg.it

ABSTRACT

Dopo aver ricordato l'originaria dimensione hobbesiana del diritto penale e stigmatizzato l'indiscussa strumentalizzazione che della paura fanno le moderne "politiche" criminali, il saggio critica d'altronde anche l'idea che la paura sia semplicemente indotta da imprenditori morali. È noto che nella letteratura scientifica la paura è un'emozione primaria dotata di un'importante funzione ed è pacifico che il crescente disallineamento tra l'evoluzione biologica, da un lato, e quella sociale e tecnologica, dall'altro lato, suggerisce di distinguere tra paure fondate e infondate. Il problema sta però nei limiti delle tradizionali strategie giuridiche di contrasto alla paura (infondata): quanto alla paura del diverso, gli argomenti fondati sull'eguaglianza si espongono alla critica di una possibile eccedenza retorica; quanto alla paura dell'ignoto, non vanno taciuti i rischi di deriva antidemocratica insiti negli approcci giuridici che basano i modelli di "buon governo" della complessità nelle situazioni di incertezza scientifica sull'asserita preminenza assoluta della dimensione umana cognitiva su quella emotiva.

After recalling the original Hobbesian dimension of criminal law and stigmatizing the undisputed exploitation of fear by modern criminal "politics", this essay, on the other hand, also criticizes the idea that fear is simply induced by moral entrepreneurs. It is known that according to scientific literature fear is a primary emotion with an important function and it is common ground that the growing mismatch between biological evolution, on the one hand, and the social and technological one, on the other hand, suggests to distinguish between founded and unfounded fears. The problem, however, lies within the limits of traditional legal strategies to combat (unfounded) fear: about the fear of diversity, arguments based on equality expose themselves to the criticism of a possible rhetorical surplus; about the fear of the unknown, we have to consider risks of anti-democratic drift inherent in the juridical approaches that base the models of "good governance" of complexity in situations of scientific uncertainty on the asserted absolute pre-eminence of the cognitive human dimension over the emotional one.

KEYWORDS

diritto penale, paura, emozioni, principio di precauzione, incertezza scientifica

criminal law, fear, emotions, precautionary principle, scientific uncertainty

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Dal «diritto della paura» al «diritto alla paura»

OMBRETTA DI GIOVINE

1. *Precisazioni preliminari* – 2. *Diritto penale e imprenditori morali della paura* – 2.1. *Da Hobbes al mero simbolismo penale* – 2.2. *Cause e conseguenze della paura* – 2.3. *Strategie di contrasto alla paura* – 3. *La paura come emozione* – 3.1. *Natura della paura* – 3.2. *La paura nelle scienze cognitive e i* mismatches *dell'evoluzione* – 4. *Analisi razionale del rischio e* nudges*?* – 4.1. *Euristiche,* biases *ed emozioni* – 4.2. *Dal diritto della paura …* – 4.3. *… al diritto alla paura* – 4.4. Segue. *La pretesa avalutatività della scienza* – 4.5. Segue. *Il giudizio dell'uomo comune è davvero così fallibile?* – 4.6. *Se manca un accordo su questioni di base, davvero lo Stato deve rinunciare a normare o normare per accordi parzialmente teorizzati?* – 5. *Conclusioni: dall'architettura delle "scelte" a quella degli "ambienti".*

1. *Precisazioni preliminari*

In questo saggio ci proponiamo di indagare i rapporti tra diritto penale e paura, con l'intento di dimostrare che essi sono più ambivalenti di quanto potrebbe sembrare a prima vista. Per contro, l'assai celebrata razionalità di scopo penalistica – sovente invocata come antidoto alla paura – è tanto irreprensibile in astratto quanto in concreto inafferrabile e si rivela, come tale, (almeno dal nostro punto di vista, insopportabilmente) cangiante, a seconda delle preferenze ideologiche di chi, di caso in caso, la difende. Non giungeremo peraltro a conclusioni definitive (che, d'altronde, difficilmente potrebbero essere tratte), ritenendoci già soddisfatti se riusciremo a mettere in luce alcune insidie della posizione dominante. Nello sviluppare il discorso, revocheremo in dubbio la tesi, di vaga assonanza foucaultiana e affatto dominante in ambito penalistico[1], che la domanda di sicurezza sia meramente indotta dai c.d. "imprenditori morali". A fini esemplificativi, ci soffermeremo sulle insidie di alcune recenti «ricette di buon governo» che, in nome di una razionalità tutta calibrata sulla dimensione cognitiva, mirano a contrastare le ritenute, perniciose distorsioni dell'emotività[2].

2. *Diritto penale e imprenditori della paura*

2.1. *Da Hobbes al mero simbolismo penale*

Muoviamo dalle "certezze", avvertendo che, nella rozza visione del giurista positivo, tali certezze rischiano di tradursi in truismi.

La prima ovvietà è che, a meno di negare cittadinanza penale alla prevenzione generale (ma questo non lo fa nemmeno la Corte costituzionale, che opta per una funzione polivalente della pena[3]), il diritto penale non può fare a meno della paura, con la quale vive un rapporto a doppio senso.

Dovrebbe sfruttare la paura che le persone hanno della sanzione allo scopo di esorcizzare la paura dell'imprevedibile. Generare paura per contenerla: per disinnescare, cioè, aggressività e

[1] Di recente, in ambito criminologico, BIANCHETTI 2018.

[2] Già un noto filosofo, parlando di "euristica della paura", ne aveva evidenziato gli effetti benefici, sottolineando come la conoscenza del male ci riesca molto più semplice della conoscenza del bene e ci spinga a porci domande. JONAS 1993, 35.

[3] Tra le altre, C. Cost. sent. 12/1996.

violenza ed assicurare le condizioni per una convivenza sociale pacifica[4]. Sul piano astratto, ad onta delle sue molteplici trasfigurazioni, il diritto penale resta dunque la più hobbesiana tra le branche del diritto. Stante il celeberrimo patto con cui l'individuo cede al Leviatano il suo «*right to everything*» in cambio di sicurezza, il diritto penale è ancor oggi titolato a candidarsi come braccio armato dello Stato[5].

Se a questo livello di astrazione la paura non sembra rappresentare un elemento problematico per il diritto[6], il penalista sa però che le cose nella realtà stanno in un modo molto diverso. Sa che il meccanismo si è da tempo inceppato, e che il diritto penale viene sempre più usato dai decisori politici per finalità altre, se non opposte, a quelle appena enunciate. Vi si ricorre per *alimentare* paura, e quindi diffidenza, in vista di meri obiettivi elettorali[7]: sulla base del presupposto che oramai conti non più la realtà, ma ciò che di questa realtà viene percepito o si intenda far percepire.

Più a fondo, il legislatore penale sembra aver fatto della sicurezza un diritto fondamentale, come tale esigibile, e non più un mero obiettivo, come nel modello hobbesiano[8]. Promettendo "beni" sicurezza, ha piegato quindi spudoratamente il suo intervento a logiche di esclusione.

Ciò è potuto accadere perché le riforme penali sono "a costo o" (da un punto di vista economico, ovviamente, essendo noto che possono essere onerosissime sul piano sociale e disfunzionali all'auto-tenuta del sistema) e perché, ridotto alla sua dimensione di mera repressione poliziesca, il diritto criminale si presta in modo affatto naturale ad interpretare esigenze meramente simbolico-espressive sul piano della comunicazione. Intercetta, e all'uopo amplifica, ansie e paure irrazionali, incanalandole nelle direzioni più funzionali agli scopi perseguiti dalla classe politica dominante (nel breve termine).

Si potrebbero citare numerosissimi esempi di normazione penalistica meramente simbolica o che interpreta, a spese del "reo", le aspettative giustizialiste della collettività, ma il caso più rappresentativo ed attuale di deriva plebiscitaria è offerto dalle riforme legislative della legittima difesa[9], che promettono falsamente a chi è aggredito, in atto o in potenza, una (per fortuna irrealizzabile) immunità non soltanto sostanziale ma anche processuale (lasciano falsamente intendere che un procedimento neppure comincerà), quando costui reagisca – o si vendichi privatamente – all'aggressore.

D'altro canto, va anche precisato che seppur, per ipotesi, i nostri legislatori cominciassero ad usare "onestamente" il diritto penale, la promessa di sicurezza da esso attuabile resterebbe – per dirla con Danilo Zolo – quantomeno "enfatica"[10], in considerazione dei limiti oggettivi di questa

[4] Per tutti, PULITANÒ 2009, 547 ss.

[5] Plurime e diacroniche le varianti di questa idea: vanno da Kierkegaard, che vedeva nella paura il prezzo da pagare alla libertà (KIERKEGAARD 2016) (libertà appunto amministrata dal diritto penale), a Luhmann che ha ravvisato nel diritto uno strumento utile a implementare la fiducia e quindi a ridurre la complessità, generatrice primo di incertezza, insicurezza e quindi di paura nel mondo contemporaneo (LUHMANN 1995), per arrivare alle attuali spiegazioni di psicologia sociale, secondo cui i collettivi sociali fungono da fattori di disinnesco della paura, perché azionano la decisione intuitiva ("regola del pollice") "non rompere le file" (GIGERENZER 2009, 177 ss.). In tale ultima prospettiva, è inutile precisare che il diritto penale, abilissimo com'è a creare omologazione di gruppo, svolgerebbe una naturale – quasi omeopatica – funzione ansiolitica.

[6] Si rinvia ancora alle equilibrate riflessioni di PULITANÒ 2009.

[7] Per tutti, FIANDACA 2013, 97, il quale peraltro riconosce che il diritto penale è per forza di cose, in certa misura, intrinsecamente populistico (102 ss.) e si sofferma piuttosto sulle derive giudiziarie (105 ss.); PALIERO 2016, 1154 ss. Un ampio affresco storico è ora in DONINI 2019.

[8] In tal senso, DONINI 2008, 3559 s. il quale, nello sviluppare il discorso dal punto di vista del cittadino, osserva: «Questi mutamenti [...] sembrano recare in sé l'idea che il diritto alla sicurezza sia come il diritto alla vita, alla libertà o alla proprietà: vale come una pretesa dell'individuo altrettanto che della collettività, ma ha come primo destinatario lo Stato».

[9] ... l'ultima delle quali è stata approvata il 28 marzo 2019.

[10] ZOLO 2011, 62.

branca del diritto: limiti che rappresentano il riflesso delle sacrosante garanzie ad esso consustanziali.

Insomma, la sicurezza promessa dal diritto penale sarebbe per definizione "scarnificata"; avrebbe una dimensione povera e "negativa", la cui pochezza sarebbe esaltata nel confronto con quella, ricca e "positiva", delle concezioni su Welfare e diritti sociali del secolo scorso, astrattamente interpretabili da altre branche del diritto. Il diritto penale difficilmente può quindi risolvere i problemi strutturali da cui genera la paura, poiché tali problemi resterebbero per massima parte legati a gravi situazioni di diseguaglianza sostanziale: lacune che non spetta al diritto penale colmare e che, semmai, il diritto penale può solo aggravare, costretto – com'è, come dovrebbe essere – a presumere, quando impone con la sua autorità regole di comportamento, una cieca ed odiosa parità nelle condizioni individuali di partenza e quindi nella possibilità/facilità di ottemperarvi.

2.2. *Cause e conseguenze della paura*

Proseguendo nella rassegna dei punti fermi, e muovendoci a un livello di specificazione appena superiore, è possibile osservare che, sul piano della genesi, i due principali fattori che generano la paura sono indicati nel "diverso" e/o nell'"ignoto", e che questi fattori sono in parte reciprocamente riducibili (il diverso fa paura in quanto ignoto).

Entrambe le forme di paura cercano una risposta in chiave di "sicurezza": termine che, nel gergo della politica e legislativo, ma prim'ancora comune, mostra un'ampia latitudine semantica[11]. Per un verso, sembra legittimare un'anticipazione della sfera di intervento alla prevenzione del mero pericolo[12]; per altro verso, comprende «aree molto vaste dell'intervento penale: si parla, perciò, di sicurezza del lavoro, del prodotto, dei mercati, dell'ambiente, di sicurezza urbana, di sicurezza informatica, alimentare, e non solo di sicurezza pubblica o dello Stato»[13].

Ciò premesso, la dottrina penale sembra essersi soffermata più sulla paura del diverso che su quella dell'ignoto. Forse perché quest'ultima paura si collega al capitolo dell'incertezza scientifica[14] e genera problematiche le quali, pur essendo tematizzate sempre sotto il lemma "sicurezza", evocano discorsi almeno in apparenza asettici, avalutativi in quanto (ancora in apparenza) "tecnici": come quelli relativi al nesso causale e alla precauzione, sulla quale torneremo nell'ultima parte di questo intervento.

Comunque, sia che riguardi il "diverso", sia che riguardi l'"ignoto", nel dibattito penalistico e criminalistico, la paura è spesso bollata come un'emozione irrazionale e quindi negativa (ciò, a tacer del fatto che il "sentimento" di sicurezza è considerato, al pari di ogni altro sentimento, troppo evanescente per poter assurgere a bene giuridico tutelabile dal diritto penale[15]).

Riconosciutone il fondamento in parte naturale, in genere si insiste sul fatto che essa è strumentalmente indotta, la diversità o il vuoto di conoscenza essendo creati ad arte da strutture di potere per generare o giustificare esclusione. Si pensi al "diverso": negando in capo ad alcune persone o ad alcuni gruppi le caratteristiche dell'umanità, diviene agevole per la classe politica perseguire intenti strategici, e alimentare ad esempio la xenofobia, e così legittimare politiche restrittive in tema d'immigrazione o comunque gravemente lesive dei diritti umani.

[11] BARBERIS 2017, 83 ss.

[12] DONINI 2008, 3558 ss. Nel capitolo della sicurezza sono fatti rientrare interventi legislativi, come quelli sulla "sicurezza urbana", che invero precedono di molto la tutela dei beni finali (PULITANÒ 2009, 553).

[13] DONINI 2008, 3559.

[14] Fondamentali il, seppur datato, PRITTWITZ 1993 e, in Italia PIERGALLINI 2004, 254 ss. Vd. inoltre l'affresco di problematiche tracciato in PERINI 2010. Sull'inadeguatezza dei modelli tradizionali di responsabilità individuale, CENTONZE 2004.

[15] DONINI 2008, 3567 ss. Per una posizione più articolata di quella tradizionale, si rinvia a BACCO 2018.

La paura ha finora ricevuto recensioni prevalentemente negative anche in punto di effetti. In particolare, se ne trovano evidenziati i nessi con l'aggressività: la paura stimola reazioni aggressive e l'aggressività conduce alla guerra[16]; la paura è cattiva.

Non v'è chi non veda quanto un siffatto ragionamento si sposi con tutto il filone penalistico del diritto penale del nemico, teorizzato da Jakobs e spesso usato contro Jakobs per stigmatizzare l'uso dello strumento penale a fini persecutori[17].

Il c.d. *trend* securitario[18] si muove dunque seguendo rigorosamente la linea dell'esclusione[19], e senza lesinare varianti. Si parla di diritto penale de: il nemico-terrorista; il nemico-mafioso; il nemico-immigrato, cui si sono aggiunti il nemico-pedofilo e, più di recente, il nemico-corruttore (pensiamo ad alcune disposizioni contenute nel Codice antimafia). Tutti questi "nemici", e con ogni probabilità qualche altro che in questo momento ci sfugge, "godono" di uno statuto differenziato, ovviamente *in peius*. Dal momento che gli effetti odiosi della disciplina sono sopportati soltanto all'interno di "cerchie", la discriminazione resta invisibile al resto della collettività, che anzi ne trae sollievo psicologico[20].

Se vogliamo, l'effetto forse peggiore della paura è tuttavia quello più pervasivo e meno visibile. Istillata artificialmente nell'animo umano, la paura vi entra in circolo stabilmente: smette di avere una connotazione temporalmente circoscrivibile e/o di legarsi a specifiche situazioni di allerta; si deforma in «sentimento di insicurezza» per trasformarsi in un tratto diffuso, stabile della condizione umana contemporanea[21]. Distaccata da uno specifico oggetto ed "atomizzata"[22], la paura cessa con ciò anche di essere dominabile, il che finisce in un certo senso per legittimare le istituzioni a concentrarsi direttamente sulla gestione della paura, piuttosto che cercare di risolvere problemi concreti, alimentando così un inquietante circolo vizioso. D'altro canto, secondo questa lettura, la paura smetterebbe di rappresentare anche solo occasione di coesione sociale, in quanto ormai individualizzata e come tale «privatizzata» [23].

2.3. *Strategie di contrasto alla paura*

Correlativamente, un accordo di massima regna anche in punto di strategie attuabili per sconfiggere l'uso egemonico della paura.

La strada fin qui più percorsa consiste nel negare la diversità. Sul piano della narrazione, il giurista ha da tempo sperimentato l'enorme forza del principio di eguaglianza che, nel negare le differenze, annulla le condizioni ideologiche che legittimano la differenziazione degli statuti regolativi. Emblematico il dibattito sull'attualità dell'uso della parola "razza" nell'art. 3 della Costituzione, divampato a partire dalla dimostrazione, inoppugnabilmente maturata nell'ambito scientifico della genetica, che le razze non esistono e che quindi il termine "razza" è rimasto vedovo di referente concettuale. L'impossibilità di ancorare al dato bruto la presunta diversità delegittima qualunque politica discriminatoria e, in uno con la progressiva caduta delle frontiere

[16] Al di fuori dell'ambito penalistico, ZOLO 2011, 35 ss.

[17] Per tutti, JAKOBS 2007, 109 ss.; DONINI, PAPA 2007.

[18] La letteratura sul punto è amplissima. Tra gli altri, DONINI, PAVARINI 2011.

[19] ... laddove, per contro, la sicurezza, nella sua accezione liberale, dovrebbe essere sicurezza per tutti. PULITANÒ 2009, 559.

[20] Alla fallace idea che per garantire sicurezza occorra ridurre le libertà e allo strumentale uso giuridico del paradosso per cui più aumenta la sicurezza, più ci si sente insicuri, è dedicato BARBERIS 2017.

[21] Per un'analisi delle specificità di quella forma attuale di "guerra" che è il terrorismo, si rinvia al tagliente DI CESARE 2017.

[22] Parla di "atomizzazione della paura" FUREDI 2014, 74. In realtà, distaccata dal suo oggetto, la paura si volge, piuttosto, in "angoscia".

[23] FUREDI 2014, 79 s. L'autore stila un elenco di «sette regole della paura» (quella riferita è la sesta) che trova una drammatica chiusura nella paura di noi stessi, e cioè dell'umanità.

geografiche, revoca in dubbio la plausibilità di strategie segregazioniste in materia di flussi immigratori[24].

Forse meno battuta è la via, apparentemente opposta, che pone l'accento sulle irriducibili diversità tra individui.

> «Noi crediamo [...] che la sola essenza dell'uomo consista nel fatto che non esiste l'Uomo ma *gli uomini*, tutti diversi e irriducibili a tipi. Il solo universalismo di cui abbia senso parlare s'esprime così: "non vi sono generalizzazioni che si possano fare circa l'uomo come tale, tranne che è un animale molto vario"»[25].

E però, se siamo tutti diversi, nessuno è diverso. La diversità cessa di essere un tratto discriminante, divenendo un filo rosso, un massimo comun divisore dell'umanità[26]. Lettura, questa, cui – azzardiamo – si potrebbe forse legare quella, più celebre, proposta da Martha Nussbaum[27], che fa leva sulle "capacità" di aristotelica memoria. Come noto, alla logica formale dei diritti la pensatrice americana ha infatti concettualmente opposto quella, sostanziale, delle "capacità", come momento di differenza che però accomuna nel risultato del riscatto finale. La politica, quindi, dovrebbe non solo riconoscere diritti, ma aiutare gli individui a sviluppare le capacità necessarie a costruirsi una vita dignitosa[28].

In realtà, sebbene astrattamente opposte, entrambe le soluzioni convergono verso la stessa nobile meta concettuale: ovviamente, affatto condivisibile, ma – va detto – difficile da raggiungere. Entrambe chiamano infatti ad un generico impegno economico e finanziario uno Stato che sappiamo in grave difficoltà, al punto da aver, nella migliore delle ipotesi, privatizzato e delegato le sue funzioni sociali, dandole in *outsourcing*[29]. Soprattutto, mantenendosi a un considerevole livello di astrazione, nulla dicono sul problema pratico, di come concretamente gestire ed eventualmente ri-orientare le paure delle persone. Così facendo, tali strategie si espongono alla nota critica della c.d. "eccedenza retorica", rischiando di alimentare, piuttosto che sedare, risentimenti e timori irrazionali, e di assecondare quindi la penosa deriva politico-istituzionale cui stiamo assistendo.

Nell'impossibilità di attuare politiche di vera integrazione (di fronte al collasso dello Stato sociale, forse nemmeno prospettabili), ci si dovrebbe allora chiedere con onestà se gli appelli accorati alla Ragione[30] siano sufficienti a superare paure (indotte o meno, ma) comunque reali, o se non abbiano piuttosto ragione gli psicologi sociali americani quando, riprendendo consolidate tesi antropologiche, insistono sul fatto che l'*homo*, evolutivamente predisposto alla cooperazione all'interno del gruppo di appartenenza, è invece destinato a rimanere *homini lupus* al di fuori di questo. Il richiamo alla "tribù" ricorre d'altronde con frequenza in quella letteratura ad indicare che l'inno all'eguaglianza funziona finché *ci si riconosce* come uguali, e come, per contro, la

[24] In una prospettiva divulgativa, BARBUJANI 2016. Anche il Consiglio Direttivo dell'Istituto Italiano di Antropologia (ISItA) ha approvato all'unanimità un documento in cui dichiara il superamento del concetto di razza (23 ottobre 2014).

[25] ESCOBAR 1997, 10.

[26] In una società che non può più essere pensata quale «matrice dei comportamenti personali e collettivi» e che va intesa come «luogo di incontri di conflitti e combinazioni tra azione strategica e identità», l'attore sociale «è nel contempo *diverso* da tutti gli altri e, in quanto Soggetto, a tutti *eguale*». TOURAINE 1997, 81 s.

[27] ... e valorizzata anche in CERETTI, CORNELLI 2013, 214 s.

[28] Vd. NUSSBAUM 2007, 93 ss., dove elenca dieci capacità come requisiti centrali di una vita dignitosa: attenenti ai settori della vita, della salute fisica, dell'integrità fisica, dei sensi, immaginazione e pensiero, dei sentimenti, della ragion pratica, dell'appartenenza, delle altre specie, del gioco, del controllo del proprio ambiente.

[29] In fondo, postulare, con Nussbaum, il passaggio dalla dimensione astratta dei diritti a quella della capacità, è lo stesso che auspicare – per dirla con Bobbio – che si smetta di parlare di diritti e si cominci ad attuarli.

[30] ... e all'affermazione – vera, ma che da sola rischia di risolversi in uno *slogan* – che è la paura dei barbari a renderci barbari. TODOROV 2009, 16.

diffidenza verso chi non appartiene alla nostra cerchia di frequentazioni sia un fenomeno naturale, molto antico[31] e come tale difficilmente superabile attraverso la mera astratta proclamazione di nobili ideali.

Anche il giurista che tenga in non cale questo genere di argomento, oggi come oggi, deve poi misurarsi con fenomeni quali le *echo chambers* e con i relativi apparenti paradossi, amplificati (non creati) dalle nuove forme di comunicazione telematica: le quali, pur astrattamente idonee ad assicurare il pluralismo delle idee, finiscono col promuovere canali di comunicazione "dedicati", e cioè con l'incentivare il "confronto" soltanto tra chi la pensa nello stesso modo, vale a dire tra persone che hanno le stesse preferenze, la stessa sensibilità, lo stesso *background* ecc. Il che favorisce radicalizzazioni e polarizzazioni di gruppo[32], creando esclusione, piuttosto che inclusione.

Non sembra dunque un fuor d'opera provare a correggere il tiro imprimendo concretezza al discorso. E, per far questo, potrebbe essere utile fare un passo indietro, tornando sulla "natura" della paura: aspetto cui il dibattito giuridico ha prestato attenzione soltanto in via incidentale.

3. *La paura come emozione*

3.1. *Natura della paura*

Nella letteratura sociologica, filosofica e giuridica sulla paura, questa è appellata talvolta come un'emozione, talaltra come sentimento, essenzialmente allo scopo di sottolineare – come ricordato – che si tratta di un elemento più pervasivo e destrutturante dell'emozione[33]. Altre volte, i termini "emozione" e "sentimento" sono usati in modo fungibile; comunque, quando tracciata, la distinzione è ritenuta di massima[34].

Nel dibattito criminologico ha inoltre avuto molta fortuna il riferimento al "panico morale"[35], che si diffonde per "contagio emotivo": espressioni che sottolineano la dimensione sociale della paura. Ad esempio, Ceretti e Cornelli parlano della paura come di una «*passione collettiva*, intesa come stato affettivo diffuso che si costruisce culturalmente in relazione a una certa idea di società, e come *apparato significante*, che orienta le mentalità e sensibilità e il modo in cui percepiamo ciò che sta intorno a noi»[36], enfatizzando quindi i profili sovraindividuali della paura.

Non mancano tuttavia autorevoli inviti a tenere adeguatamente conto altresì della «dimensione psicologica, emotiva, sentimentale, in una parola "umana"» della paura[37], e questo è ciò che tenteremo di fare di seguito, anche in considerazione della fisionomia incomprimibilmente personalistica del diritto penale, che cioè ruota attorno al singolo e del singolo deve tener conto:

[31] GREENE 2013; HAIDT 2013. Secondo Michael Tomasello sarebbe stata la frammentazione in gruppi culturalmente definiti, indotta dalla pressione demografica, a spingere verso la formazione di sistemi morali. L'Autore nota che l'appartenenza alla "comunità morale" è essenziale ai fini della giustificazione della pratica discriminatoria: «la schiavitù non avrebbe potuto essere giustificata in alcun modo se gli schiavi fossero stati considerati membri della comunità morale». Così, TOMASELLO 2016, 155.

[32] Sul paradosso del pluralismo, per tutti, SUNSTEIN 2017; in Italia, GIACOMINI 2018, 115 ss.

[33] Invero, il sentimento è talvolta definito come la disposizione a provare una certa emozione (o una certa combinazione di emozioni) oppure come il riconoscimento del fatto che si sta provando una certa emozione (PRINZ 2007). Tuttavia, secondo una diversa impostazione (cui va la nostra preferenza), si possano provare sentimenti pur senza esserne coscienti (DAMASIO 2000, 52 s.): dal che la proposta di indicare come sentimento «l'esperienza mentale, privata, di un'emozione e di impiegare il termine "emozione" per designare la collezione di risposte, in parte osservabili pubblicamente» (DAMASIO 2000, 59), in quanto corporee, fisiche.

[34] SVENDSEN 2017, 23.

[35] COHEN 2011.

[36] CERETTI, CORNELLI 2013, 43.

[37] ZOLO 2011, 66.

premettendo che il problema non è la paura in sé e per sé, bensì la paura *infondata*. E anticipando che un problema ancora più grande consiste nel capire quali paure siano infondate e come contrastarle.

3.2. *La paura nelle scienze cognitive e i* mismatches *dell'evoluzione*

Se non altro al limitato scopo di chiarire i termini della questione, può essere allora utile volgere lo sguardo a domini conoscitivi che «di paura se ne intendono», perché la indagano, appunto, in quella che noi consideriamo la sua dimensione più umana, e cioè quella biologica.

Nella prospettiva delle scienze cognitive, ritenuta (ingiustamente, a nostro avviso) riduttiva dalla gran parte dei giuristi, la paura è innanzitutto studiata (soltanto) come un'emozione, peraltro primaria: dunque come qualcosa di "reale" (non solo fenomeno culturale, mera costruzione sociale)[38].

In secondo luogo, essa non è né positiva né negativa; né buona né cattiva. Se proprio volessimo aggettivarla, salvo quanto preciseremo immediatamente di seguito, si sarebbe detta "necessaria" e pertanto "intelligente", ma in un senso rigorosamente evoluzionistico: poiché ha consentito la sopravvivenza degli individui, fungendo da marcatore somatico, e cioè veicolando quelle reazioni fisiche, in termini di conduttanza cutanea, che consentono all'individuo di prendere decisioni veloci (intuitive) in situazioni complesse che, diversamente, chiamerebbero all'impegnativa e forse irrealizzabile ponderazione di un numero elevatissimo di variabili[39].

Mentre scriviamo, non riusciamo a fugare l'immagine di "nasi giuridici" che si arricciano al solo sentir nominare le scienze cognitive. Proviamo allora a rassicurare i costruttivisti, precisando che gli studiosi di tali discipline non hanno mai pensato di risolvere il problema, impostandolo nei banali termini di «tutto è bene quel che è frutto dell'evoluzione». Al contrario.

Per rivelarsi "intelligente" nella prospettiva del breve termine, la paura deve essere fondata, e molti studi scientifici lasciano supporre che da un punto di vista "naturalistico" saremo sempre più preda di paure infondate o che – con parole diverse – le nostre paure si riveleranno sempre meno intelligenti col passare del tempo.

Sempre dalla letteratura di segno evoluzionista apprendiamo infatti il concetto di *mismatch*, vale a dire, di disallineamento evolutivo.

Si guarda con fastidio a chi ricorda ciò che tutti sappiamo, e cioè che nutriamo un'ingiustificata paura di pericoli statisticamente inconsistenti (rettili, topi ecc.) o che proviamo disgusto in situazioni tutto sommato innocue. Tuttavia dovrebbe interessare, perché utile, l'avvertimento che, al contrario, non sentiamo affatto (in senso fisico) i ben maggiori rischi derivanti dall'inquinamento atmosferico, dal surriscaldamento globale o anche solo dall'esposizione della nostra pelle ai raggi solari, visto che questa indifferenza ci porta a sottovalutarli in modo sistematico. L'evoluzione culturale è incomparabilmente più veloce di quella biologica e ciò fa sì che

[38] Accanto al celebre ma divulgativo EKMAN, FRIESEN 2007 (specificamente sulla paura, 71 ss.), vd. PANKSEPP, BIVEN 2014 (sulla paura, 191 ss.). Incidentalmente, uno degli equivoci che più incidono sulla cattiva reputazione delle neuroscienze deriva dal fatto che studiosi, anche raffinati, delle materie umanistiche concentrano (forse, inevitabilmente) la loro attenzione su trattazioni dal taglio divulgativo, in cui il dato si confonde più facilmente con la sua interpretazione. Così capita che sia spesso lamentato l'indebito passaggio dal concreto ad affermazioni di principio. PLAMPER 2018, *passim*.

[39] Un *cult*, seppur datato, è LEDOUX 1998 cui hanno fatto seguito LEDOUX 2002 e LEDOUX 2016 in cui l'autore, proponendo alcune "correzioni" al suo pensiero, riserva l'uso della parola "emozioni", ai *sentimenti consci* (laddove l'amigdala è preposta alla risposta inconscia alle minacce).
Dal punto di vista organico, sono acclarati il ruolo dell'amigdala e dell'ippocampo nella produzione della paura (LEDOUX 2002, 289 ss.), nonché la loro connessione con alcune aree della corteccia prefrontale, la cui attivazione rende più difficile l'espressione della paura. Da tali nessi sono tratte interessanti evidenze a sostegno dei legami tra paura, ansia e facoltà cognitive. LEDOUX 2002, 301 s. Di recente, anche KANDEL 2018, 212 ss.

permangano paure ancestrali infondate, ma che analogo *arousal* non scatti di fronte a rischi meno visibili perché di origine più recente[40].

È appunto il crescente disallineamento tra evoluzione biologica e culturale che – come accennato – rende la paura un'emozione particolarmente fallibile.

A rigore, si dovrebbe desumere che, rispetto al passato, oggi e sempre più in futuro la paura porterà a compiere errori di valutazione, il citato disallineamento essendo destinato ad aumentare, piuttosto che a diminuire.

Come fare, allora, a ricondurre la paura nei binari della "razionalità"?

Nella terza parte di questo intervento, ci soffermeremo su una strategia che si va prepotentemente affermando grazie alla sua linearità e alla sua conseguente efficacia persuasiva: avvertendo sin d'ora che tale strategia tende a spacciarsi per una versione aggiornata e *folk* (come tale, fruibile al largo pubblico) degli appelli al "buon governo" che da sempre percorrono il discorso giuridico e la sua lotta alle emozioni quali (ritenuti) fattori di distorsione della razionalità.

All'interno delle "paure" di rilevanza penalistica, per testare i concetti, ci concentreremo prevalentemente su quella dell'ignoto, *sub specie* di incertezza scientifica: un po' perché più in sintonia con i nostri interessi scientifici; un po' perché pensiamo che su tale paura si addensino le nubi più fosche.

4. *Analisi razionale del rischio e* nudges?

4.1. *Euristiche,* biases *ed emozioni*

Questo il punto di partenza. Della paura si potrebbe, più facilmente che delle altre emozioni, predicare la fondatezza/infondatezza (non così, ad esempio, per la simpatia/empatia, la cui razionalità si rivela, secondo alcuni, solo in una prospettiva temporale di medio/lungo termine e, dal punto di vista geografico, in chiave di cooperazione all'interno del gruppo di appartenenza[41]).

Ciò sarebbe possibile fare passando dalla fallibilità del "percepito" alla concretezza del "reale": per il tramite del ragionamento logico-consequenzialista.

Ecco allora che diviene essenziale «imparare a pensare». E di tale fondamentale obiettivo sembra volersi far carico la psicologia cognitiva.

Risalgono a metà degli anni Settanta del secolo scorso gli scritti – allora pioneristici, oggi forse abusati – di Kahnemann e Tversky secondo cui, imparando appunto a "ragionare", diverrebbe possibile prendere le decisioni giuste, e cioè contrastare le distorsioni sistematiche della conoscenza (*biases*) che nascono da euristiche (disponibilità, rappresentatività, ancoraggio ecc.), e cioè da sistemi di pensiero intuitivi e quindi inconsapevoli, imprecisi e molto fallibili, ma molto più veloci ed economici dei pigri e dispendiosi sistemi di pensiero razionali riflessivi[42].

In questa sede vorremmo tuttavia concentrarci, piuttosto che sui vantaggi, invero indiscutibili, di tali strategie cognitive, sui loro limiti. A tal fine, useremo come banco di prova le tesi del molto

[40] Né resistiamo alla tentazione di richiamare DAMASIO 2018, il quale tenta di dimostrare l'origine biologica della cultura.

[41] GREENE 2013.

[42] Kahneman ha affinato e/o compendiato queste ricerche, ipotizzando l'esistenza di due sistemi: il sistema 1 (razionale) e quello 2 (intuitivo), in un fortunatissimo libro, KAHNEMAN 2012. Tra gli altri testi con gran successo di pubblico, vd. TALEB 2009; GIGERENZER 2015.

Gli insegnamenti della psicologia cognitiva sono prepotentemente penetrati nell'economia (Kahneman è stato insignito del premio Nobel per l'economia anche in riconoscimento dell'opera di Tversky, che nel frattempo era morto) e poi anche nel diritto, promettendo in ogni luogo il ritorno di luce e razionalità. E alla loro diffusione non si è sottratta nemmeno la letteratura penalistica italiana; di recente, vi è ricorso, per "umanizzare" l'agente modello in materia di colpa, CAPUTO 2017, 173 ss.

celebre costituzionalista americano Cass Sunstein, il quale sta appunto ricorrendo da qualche tempo a tali strategie nel diritto, ponendole a fondamento di una linea di pensiero che lo stesso autore definisce paternalismo libertario, allo scopo di rivendicarne la matrice comunque liberale[43].

4.2. *Dal diritto della paura…*

Premesso incidentalmente che Sunstein ha sviluppato le sue posizioni in vari momenti e in numerose sedi e che è stato anche chiamato ad applicarle operativamente a livello governativo[44], qui prenderemo a riferimento un libro giustamente celebre, dal pertinente titolo *Il diritto della paura*[45], in cui l'autore si avvale dei rudimenti della psicologia cognitiva allo specifico scopo di combattere il c.d. «principio di precauzione», in base al quale, in presenza di un rischio scientificamente non misurabile, ci si dovrebbe astenere dalla realizzazione dell'attività che lo genera[46]. Questa la tesi di fondo del libro: la precauzione è spesso presentata come il principale antidoto alle paure della collettività, e tuttavia – avverte Sunstein – il pericolo può essere più… pericoloso del danno.

Perché ne trattiamo? Perché il penalista è sensibile a queste tematiche.

Sebbene in un contesto teorico diverso, ha interiorizzato la consapevolezza che il confine della legittima anticipazione della soglia di intervento penale è rappresentato dalla disponibilità di dati empirici a sostegno dell'esistenza del pericolo[47], e da tempo ha approfondito lo studio della sua fisionomia[48] nonché della sua dimensione costituzionale[49] (non faremo qui differenza tra "pericolo" e "rischio", sebbene le parole spesso assumano accezioni diverse[50]).

Il penalista si è però finora prevalentemente concentrato sui problemi legati alla destrutturazione del tipo legislativo, denunciando come questo abbia cessato di rispondere al paradigma (invero da sempre forse solo ideale) del danno, per realizzare una progressiva anticipazione della tutela, sino ad attestarsi – ai due livelli, di formante legislativo e, forse ancor più, giurisprudenziale – sull'inammissibile soglia della precauzione. A tal proposito, ha rilevato la dubbia compatibilità di quest'ultima (la precauzione) con i principi costituzionali di materialità, di offensività ed anche di colpevolezza[51].

Il profilo che la letteratura penalistica non ci sembra aver mai affrontato – e che rappresenta invece il cuore della tesi di Sunstein – è tuttavia se la precauzione sia assecondabile o meno dal punto di vista della coerenza logica.

Ebbene, mentre la giurisprudenza e forse anche lo studioso di diritto penale sembrano tacitamente assumere che, se non fosse per i rilevati profili di illegittimità costituzionale, la precauzione sarebbe in sé una cosa buona, Sunstein sostiene invece che la precauzione è irrazionale in radice. È cieca, perché, inducendo a regolamentare un dato rischio in modo da azzerarlo o

[43] THALER, SUNSTEIN 2009.

[44] SUNSTEIN 2014, in cui l'autore riferisce delle sue esperienze sotto il Governo Obama, che gli aveva affidato l'incarico di ripensare le regole dell'amministrazione americana, sulla scia di quanto già teorizzato in THALER, SUNSTEIN 2009.

[45] SUNSTEIN 2010.

[46] Il principio di precauzione è generato nell'ambito del diritto dell'Unione Europea e di lì si è presto esteso ad altri settori. Ha una famosa declinazione filosofica in JONAS 1993, 33 ss., che ne fa il *pendant* operativo del suo principio responsabilità.

[47] Per tutti, seppure con riferimento ad uno specifico microsettore, vd. SIRACUSA 2007, in part. 309 ss. Sulle torsioni del pericolo astratto, D'ALESSANDRO 2012.

[48] Classici gli studi di FIANDACA 1987, 49 ss. e di ANGIONI 1994.

[49] MANES 2005.

[50] Per le opportune precisazioni penalistiche, D'ALESSANDRO 2012, 45 ss. e, soprattutto, PERINI 2010, 367 ss., cui si rinvia per una trattazione completa del tema.

[51] La letteratura sul tema è ampia e sostanzialmente convergente. Senza pretese di completezza, CONSORTE 2013; CORN 2013; CASTRONUOVO 2012; MASULLO 2012; MASSARO 2011; FORTI 2006; GIUNTA 2006; RUGA RIVA 2006; PRITTWITZ 2004; STORTONI 2004.

contenerlo il più possibile, comporta quale effetto invisibile il potenziamento di altri pericoli, anche più gravi e tuttavia nemmeno percepiti o comunque sottostimati dalla collettività.

Così, per citare alcuni dei numerosi esempi dibattuti nel libro (tutti di attuale o potenziale rilevanza penalistica): sopravvalutiamo sistematicamente il rischio del DDT, sottovalutando quello per la salute umana, indotto dall'inquinamento organico (da mancato uso del DDT); sopravvalutiamo il rischio degli OGM per l'uomo e per l'ambiente, sottovalutando i rischi per la fame soprattutto nelle zone più povere del mondo; sopravvalutiamo il rischio amianto, sottostimando quello che deriva dall'utilizzazione di ancor più nocive sostanze alternative[52].

A fronte della tendenza sistematica a non considerare i dati statistici (*probability neglect*), nel libro l'autore conclude che i governi abbiano la responsabilità di imprimere un *nudge* ai consociati, per esorcizzare paure infondate e inocularne di fondate. In particolare, nell'*introduzione*, egli così (ma non in quest'ordine) riassume i passaggi essenziali del suo ragionamento.

I governi i quali aspirino ad essere democrazie deliberative non possono passivamente recepire le istanze (e le paure) della collettività, ma devono assumersi l'impegno a decidere in modo ragionato ed argomentato. Devono cioè far affidamento sulla scienza e sulla parola degli esperti, più che sull'opinione dei cittadini[53].

Molte paure della collettività sono infatti infondate – anche Sunstein ricorda che il panico morale si diffonde per contagio emotivo – e non vanno quindi assecondate (casi classici e ricorrenti nella trattazione di Sunstein sono la paura del nucleare e quella, già evocata, degli OGM e del DDT). Altre paure invece andrebbero responsabilmente indotte[54].

Infine, ferma la necessità di «ragionare in modo più approfondito» su alcuni interrogativi attinenti alla missione fondamentale di uno Stato, come, per esempio, «sulla natura e sul significato della vita umana»[55],

> «quando la collettività è divisa sul modo in cui affrontare i rischi legati al cibo geneticamente modificato, o al terrorismo, o ai pesticidi, o al riscaldamento globale, ciò accade perché si registrano differenze in merito ai fatti sottesi a questi rischi, ma anche perché fra le persone esistono differenze che attengono a questioni fondamentali».

Differenze che Sunstein ritiene preferibile eludere:

> «Le democrazie deliberative funzionano meglio se evitano di confrontarsi con i temi di fondo e tentano di ottenere consenso da individui che sono in disaccordo o sono insicuri su come risolvere i temi di fondo. Credo che con riguardo alla paura sia spesso possibile ottenere questo tipo di consenso»[56].

Il presupposto di tale ultima affermazione è che la discussione di temi su cui si registrano forti

[52] SUNSTEIN 2010 (296 ss.) ipotizza tuttavia un limitato ricorso alla precauzione in due casi, e cioè come principio rigorosamente anti-catastrofe (quando cioè si prospettano in potenza eventi catastrofici e sempre che il rischio non sia calcolabile); ai fini della difesa delle libertà civili. Quando il costo per sedare le paure della maggioranza ricade sulle minoranze, il rischio che tali paure si traducano in isteria di massa e dunque il rischio di azioni ingiustificate da parte degli Stati aumentano considerevolmente. E in questi casi l'autore reputa opportuno ricorrere ad un approccio precauzionale, sviluppando principi che "super-proteggano" le libertà e predisponendo un livello di tutela che sopravanzi la protezione che le libertà riceverebbero in un sistema ispirato al bilanciamento caso per caso.

[53] SUNSTEIN 2010, 11 s. e, *amplius*, 172 ss. L'idea ha trovato ulteriore sviluppo nel recente SUNSTEIN 2018.

[54] Sunstein porta l'esempio del fumo di tabacco; dell'esposizione al sole in rapporto ai tumori della pelle e dei rischi dell'inquinamento ambientale. Più scivolosa la sua posizione sul surriscaldamento del pianeta, dove l'autore si mostra sensibile alle implicazioni negative che sull'economia americana avrebbero gli incentivi alle energie pulite e lo smantellamento delle fonti di energia tradizionali, e sostiene che i pericoli del surriscaldamento non siano certi.

[55] SUNSTEIN 2010, 13.

[56] SUNSTEIN 2010, *ibidem*.

divergenze produca polarizzazione di gruppo (altro concetto cui l'autore è molto affezionato), approfondendo, piuttosto che riducendo, il contrasto, sicché, dopo la discussione con l'antagonista, ciascuna parte è ancora un po' più convinta della sua posizione[57]. Da qui la nota tesi dell'autore, secondo cui, in democrazia, è preferibile ricorrere ad accordi teorizzati in modo incompleto. In parole diverse: ad una normazione che taccia su questioni basilari, allo scopo (buono) di produrre convergenza ed omogeneità.

4.3. … *al diritto alla paura*

Le tesi di Sunstein sono coraggiose (anche se tutt'altro che isolate: all'interno del dibattito di filosofia politica americano si colgono numerosi segnali di un progressivo allentamento delle visioni ferocemente liberali sino a poco tempo fa affatto dominanti) e si lasciano apprezzare per il loro pragmatismo. Risultano poi particolarmente accattivanti nel momento attuale, in cui un malinteso concetto di democrazia, intesa come cieca esaltazione di una volontà popolare peraltro artatamente dis- o mal-informata, è pretestuosamente addotto, in senso deresponsabilizzante, a fondamento di politiche decisionali che mirano alla mera auto-perpetrazione del potere oppure al ribaltamento degli assetti esistenti[58]. Soprattutto, come già accennato, sembrano reincarnare, rendendolo finalmente operativo, l'ideale di un diritto illuminato ispirato a una razionalità pura, quasi calcolabile.

Non sorprende, quindi, che riscuotano largo consenso[59].

Pur essendo la posizione di Sunstein nella sostanza condivisibile (come potrebbe essere diversamente?), su di essa aleggiano degli interrogativi: alcuni noti; altri forse meno.

4.4. Segue. *La pretesa avalutatività della scienza*

Muovendo dagli interrogativi noti, si potrebbe innanzitutto dubitare che la scienza sia davvero "dura", così come sottende la rassicurante narrazione di Sunstein. Sappiamo che la riflessione epistemologica della seconda parte del Novecento ha fortemente attenuato l'originario dualismo tra scienze sociali e scienze naturali, assimilando le seconde alle prime (in ciò, invertendo la stringa rispetto alla prima fase della "disputa sul metodo", che aveva tentato di ridurre le scienze umane e sociali a quelle naturali), sulla base di argomenti quali l'impossibilità di espungere lo sfondo teorico dall'osservazione o la non universalità delle condizioni conoscitive: insomma, dell'inesistenza dei c.d. "fatti bruti".

In secondo luogo, siamo certi che le implicazioni giuridiche delle tesi scientifiche (vuoi pure dure) siano incontrovertibili? Anche nei (rari) casi si registri un accordo sulla cornice teorica in cui le ricerche scientifiche sono inserite/da cui generano, nel momento in cui i dati devono essere trasposti e usati nei contesti propriamente giuridici, dovranno essere pur sempre interpretati e orientati in senso assiologico[60]. Il che giustifica la permanenza di fisiologici spazi di discrezionalità valutativa.

Più a fondo e in terzo luogo, la scienza è davvero sempre onesta? Sarebbe miope ignorare quella corrente di pensiero che mette in guardia dai rischi di un sapere scientifico non indipendente[61]. Alla "scienza normale" si sarebbe cioè accostata, e forse si andrebbe sostituendo, una "scienza post-

[57] «Il dibattito in merito ai rischi che hanno basse probabilità di realizzazione tende ad aumentare le preoccupazioni della collettività, anche se è volto ad offrire rassicurazioni. Forse il modo più efficace per ridurre la paura di un rischio a basso indice di inveramento è semplicemente quello di parlare d'altro, lasciando che il tempo faccia il resto». SUNSTEIN 2010, 171.

[58] Un'interessante analisi di queste dinamiche è in GIACOMINI 2018.

[59] Seppur con riferimento ad aspetti particolari, BARBERIS 2017, 125 s.

[60] Ancora FIANDACA 2017, 156 s.

[61] JASANOFF 2001; JASANOFF 2008. In Italia, TALLACCHINI 2012.

normale"[62] che opera nei contesti strettamente legati alla tecnologia e dunque suscettibili di produrre rilevanti ricadute economiche. Contesti i cui livelli di incertezza scientifica sono particolarmente alti, gli interessi in ballo importanti; le decisioni vanno assunte in tempi ristretti e producono effetti non reversibili. Contesti in cui le dinamiche decisionali diventano naturalmente oscure, se non vere e proprie *black boxes*.

Pur con queste precisazioni, teniamo a precisare che, a nostro avviso, il parere esperto resta insostituibile. Ovviamente.

Ciò di cui dubitiamo è che sia per definizione sempre migliore di quello dell'uomo comune. Per meglio dire, è pacifico che l'*expertise* sia dirimente nei contesti tecnici ad elevato grado di specializzazione, e tuttavia emerge in modo sempre più chiaro l'inestricabile intreccio tra *technicalities* e profili morali delle decisioni politiche. Con questa precisazione (e nell'intento di svolgerla), passiamo infine agli interrogativi forse meno indagati nel discorso giuridico-positivo.

4.5. Segue. *Il giudizio dell'uomo comune è davvero così fallibile?*

Come accennato, secondo Sunstein, la paura e conseguentemente la fama di cui gode il suo antidoto-precauzione dipendono da alcune comuni distorsioni cognitive.

Tanto per fare qualche esempio, tali distorsioni sarebbero indotte da: l'euristica della disponibilità (che ingigantisce per esempio la percezione del rischio di trasmissione dell'Aids o quella dei suicidi da parte di adolescenti e, per quel che qui più interessa, l'entità del rischio criminalità); l'avversione alle perdite; il mito della natura benigna (in virtù del quale, per intenderci, sottostimiamo i rischi dei raggi solari o dell'ingestione di sostanze naturali e, correlativamente, sopravvalutiamo i rischi degli OGM); il *System neglect* (la difficoltà di comparare tutte le variabili di una data situazione e cioè le conseguenze sistemiche di un intervento); la già citata tendenza a trascurare le probabilità. Un esempio paradigmatico di *Probability neglect* è proprio quello che incide sulla percezione del rischio di attentati terroristici, sicuramente più viva di quanto sarebbe giustificato alla luce del dato numerico[63].

Invero, il *Probability neglect* sarebbe il padre di tutte le distorsioni della conoscenza, e non per niente è sotto attacco sistematico della psicologia cognitiva – cui il costituzionalista attinge a piene mani – a partire dai citati primi studi di Kahneman e Tversky, i quali misero presto in guardia rispetto alla naturale tendenza umana a trascurare i dati quantitativi[64].

Ora, è chiaro che una riflessione ponderata sull'effettiva consistenza dei rischi è sempre necessaria per evitare errori tanto subdoli quanto diffusi, ed è pure chiaro che l'invito a ragionare in termini logico-consequenziali richiama a una necessaria responsabilizzazione tutti gli strumenti di informazione, che non dovrebbero, in nome dell'*audience*, alimentare paure infondate e, per converso, oscurare o sminuire paure fondate sulla rilevazione oggettiva di rischi (vecchi o nuovi

[62] FUNTOWICZ, RAVETZ 1997.

[63] Sunstein fa l'esempio dell'attacco antrace. Tale attacco fu su base locale, risultò non collegato al terrorismo internazionale e provocò pochissimi decessi (quattro): tuttavia è stato nell'immaginario un attentato gravissimo. Si tratta di un esempio ricorrente. Vd., per esempio, SLOVIC 2010, 287 s.
In genere, gli studi di psicologia cognitiva ben potrebbero confermare la tesi secondo cui tendiamo a sopravvalutare la nocività, in termini di costi umani, del terrorismo islamico rispetto al sacrificio, meno visibile, implicato dalle politiche liberistiche delle potenze occidentali. ZOLO 2011, 79 ss.

[64] Si consideri il seguente caso. *Linda ha 31 anni, è single, estroversa e brillante; è laureata in filosofia; da studentessa si interessava dei problemi di discriminazione e giustizia sociale ed è stata impegnata contro il nucleare. Che cosa è più probabile: che faccia la cassiera in banca oppure che faccia la cassiera in banca e che sia femminista?*
Nel 1983, Kahneman e Tversky rilevavano come l'89% degli intervistati ritenesse più probabile che Linda fosse «una impiegata di banca e femminista», e denunciavano come tale giudizio fosse inficiato da una fallacia della congiunzione; non teneva conto, cioè, del fatto che un insieme formato da un oggetto (impiegata) deve essere necessariamente più esteso di un insieme formato da due oggetti (impiegata e femminista). Ne riferisce KAHNEMAN 2012, 172 ss.

che siano), perché dotati di minore impatto emotivo e quindi di minore *appeal* [65]. Infine, è altrettanto ovvio che tali avvertenze sono vieppiù utili oggi che la percezione dei rischi viene tante volte amplificata/distorta da quello straordinario vettore che è internet (*blog* e *social network*)[66].

Tutto ciò premesso, le impostazioni in oggetto – proprio per il fatto di prediligere un metodo di ragionamento logico-consequenziale – oscurano il fatto che i pericoli non *sempre* sono valutabili in modo oggettivo.

Ribadita la tendenza umana a trascurare il dato quantitativo, si rivelerebbe un errore forse altrettanto pericoloso offuscare del tutto quello qualitativo. Non si discute il fatto che in molte situazioni l'entità del rischio sia calcolabile con una certa facilità e sicurezza: il classico esempio è fornito dal trasporto, dove messe di dati ci spiegano che – ad onta delle nostre contrarie impressioni – i trasporti aerei sono più sicuri di quelli stradali, poiché il numero di incidenti mortali che si verificano nel primo caso è minore del secondo. Si vuole piuttosto evidenziare come ciò non tolga che qualcuno possa legittimamente preferire la morte in un incidente stradale piuttosto che in un incidente aereo.

Ancora, Sunstein sembra ritenere inspiegabile che la propensione a pagare per evitare un rischio non muti significativamente a fronte del variare della probabilità di danno quando tale danno consista in una sofferenza fisica (viceversa, il soggetto è più sensibile al mutamento di probabilità se in gioco è una perdita economica)[67]. Similmente, si sorprende del dato che l'impatto negativo di una campagna informativa la quale evidenziava il nesso causale tra un pesticida e la contrazione di tumori infantili non fosse stato superato a fronte della dimostrazione che le probabilità di tumore erano basse[68].

A rigore, tuttavia, ci si potrebbe sorprendere... della sua sorpresa.

Non si vedono ragioni per cui si debba propendere per un rischio, sebbene statisticamente meno consistente di quanto comunemente si pensi, se esso implica la realizzazione di condizioni esistenziali ritenute troppo sfavorevoli o comunque più sfavorevoli rispetto a quelle implicate dalla soluzione alternativa.

Come dire, matematica e algoritmi sono e restano ciechi a valutazioni qualitative, e queste potrebbero legittimamente prevalere, a livello individuale e collettivo.

Per proporre un altro esempio ricorrente nel dibattito, non c'è dubbio che il rischio di esplosione di una centrale nucleare sia molto basso (e molto inferiore a quanto usualmente percepito), vieppiù se confrontato con il pericolo di malattie prodotte dall'inquinamento indotto dallo sfruttamento delle attuali risorse energetiche. Ma forse, anche qui, non è detto che si debba restare indifferenti al fatto che ai cittadini interessi non soltanto se morire o meno, bensì anche *come* – cioè di che tipo di morte – morire[69].

Analogo discorso potrebbe infine valere a proposito del "rischio criminalità". Sappiamo che la curva della delinquenza pende sempre più verso forme poco visibili di criminalità: decrescono omicidi, furti e rapine, a vantaggio di truffe e reati economici[70]. E conosciamo ormai anche bene le ragioni di questa inversione, in sostanza riconducibili alla spersonalizzazione dei rapporti che

[65] BIANCHETTI 2018.

[66] Istruttivo QUATTROCIOCCHI, VICINI 2016.

[67] SUNSTEIN 2010, 107 s.

[68] SUNSTEIN 2010, 117.

[69] ... come vorrebbe il solito Sunstein, il quale nota con disappunto, ad esempio, che le «radiazioni da scorie nucleari producono indignazione» a differenza dei rischi da radon (causa di tumori polmonari seconda soltanto al fumo), perché più emotivamente connotati. SUNSTEIN 2010, 112.

[70] La parabola storica discendente degli omicidi è tracciata con enfasi dallo psicologo cognitivo PINKER 2013. Per un'articolata analisi criminologica, in Italia, CERETTI, CORNELLI 2016. Secondo una tesi, inoltre, l'ottimistica legge evolutiva della criminalità: «più frode meno violenza» sarebbe contraddetta dall'interposizione della criminalità mafiosa, caratterizzata dalla fungibilità dei mezzi criminosi (essa ricorre indifferentemente al mezzo lecito, al mezzo fraudolento, o al mezzo violento). MANTOVANI 2010, 1003 ss.

caratterizza la seconda tipologia di casi: la distanza dalla vittima contribuisce ad allentare i freni inibitori dell'autore, precludendo l'attivarsi di quell'*arousal* che ci trattiene dal danneggiare il prossimo. Tuttavia, se è pacifico che il legislatore non dovrebbe mai assecondare soltanto la richiesta di sicurezza sul piano personale (come spesso invece fa per finalità evidentemente demagogiche; vd. *supra*) *a discapito* di forme di controllo della legalità economica (altrettanto e più necessarie), d'altro canto, non sarebbe legittimato nemmeno a trascurare il più impellente bisogno psicologico di giustizia che nasce negli individui quando in gioco sia la loro sfera personale, solo perché i danni procurati da forme tradizionali di criminalità sono più tenui.

Non si tratta di nostre considerazioni personali: nell'ambito della stessa psicologia cognitiva si sono da tempo levate voci critiche rispetto alla semplificazione che affligge il "modello" di Kahneman e Tversky. Così, vi è chi loda le euristiche dell'affetto, e revoca in dubbio le conclusioni di Kahnemann e Tversky, cercando di evidenziare i vantaggi, oltre agli svantaggi, delle intuizioni. Si osserva in proposito che l'uomo comune, in alcuni casi, può rivelarsi più competente dell'esperto, perché, a differenza di questo, riesce a distinguere, ad esempio, se a un dato rischio ci si espone volontariamente oppure no; se si tratta di rischi controllabili o meno; se tali rischi sono distribuiti in modo equo o iniquo. Sicché, in definitiva, si ritiene che l'uomo comune possieda una "razionalità rivale" (almeno pari-ordinata) a quella degli esperti[71]. Altri cerca di riscattare le *regole del pollice*[72], e cioè quelle reazioni viscerali (*prendi il meglio*) che farebbero la differenza nello sport (e questo è intuitivo)[73]; in materia economica e finanziaria (dove è dimostrato che le decisioni più redditizie non si fondano tanto su calcoli matematici nelle previsioni dell'andamento dei mercati, quanto su un'ampia componente intuitiva, rendendo con ciò inutile il lavoro degli analisti)[74] e addirittura in medicina[75] (dove l'attuale dibattito penalistico sulle linee guida lascia trasparire quanta preoccupazione stia destando il rischio di svilire la "componente artistica" dell'attività medica[76]). Regole del pollice che si rivelano indispensabili anche nel giudizio penale, che altrimenti – ammettiamolo – potrebbe essere affidato senza soverchie remore ai nascenti, ma già evoluti, sistemi di intelligenza artificiale[77].

[71] SLOVIC 2000, 193 ss.; SLOVIC 2010, 196 ss., dove si confronta con le tesi di Sunstein, il quale replica, a sua volta, in SUNSTEIN 2010, 118 s.
A questa tesi si potrebbe replicare che, ad "esperti" in materie scientifiche e tecnologiche, si potrebbero affiancare soggetti dotati di (diverso) *expertise* in ambito morale. Non siamo in grado di approfondire il punto (anche per difetto delle necessarie competenze teoriche), e tuttavia manifestiamo il sospetto che il dominante pluralismo etico renda quantomeno difficile (dall'esito incerto, variegato e non sindacabile) il ricorso a siffatti "saperi specialistici". È fondamentalmente per questa ragione che l'opinione dell'uomo comune resta (in parte) imprescindibile.

[72] Così le denomina GIGERENZER 2009, *passim*.
Ritornando all'esempio di Linda, ecco come lo commenta tale autore: «Quegli accademici che parlano di fallacia della congiunzione sono convinti che per stabilire se un giudizio è razionale o irrazionale ci si debba basare sulla logica matematica. Ora, nel problema di Linda le sole cose che contano ai fini di una decisione logica del ragionamento razionale sono le parole [...] *e* e *probabile*, che si presume abbiano un solo significato corretto: rispettivamente la E logica (che usiamo, per esempio, negli algoritmi di ricerca) e la probabilità matematica (cioè il confronto fra il numero degli esiti favorevoli e quello degli esiti possibili). Chiamo *cieche al contenuto* queste norme logiche, perché ignorano il contenuto e gli scopi del pensiero. Nella loro rigidezza, le norme logiche dimenticano che l'intelligenza deve operare in un mondo vago, non nella precisione artificiosa di un sistema logico, e deve andare oltre l'informazione ricevuta» (integrandola nelle parti mancanti). GIGERENZER 2009, 94. Ecco perché, secondo Gigerenzer, la risposta della maggioranza al problema di Linda si basa su un'intuizione intelligente (ed inconscia) a livello di conversazione quotidiana, piuttosto che su un errore di ragionamento, come invece vorrebbero farci credere. Ovviamente l'autore non rinnega l'utilità del ragionamento di tipo logico-consequenziale, ma cerca soltanto di contemperarlo con l'intuizione.

[73] GIGERENZER 2009 33 ss.

[74] GIGERENZER 2009, 27 ss.

[75] GIGERENZER 2009, 166 ss.

[76] *Contra*, peraltro, sia consentito rinviare a DI GIOVINE 2017.

[77] Per tutti, GARAPON, LASSÈGUE 2018.

Insomma, *regole del pollice* (intuizione) ed euristiche dell'affetto, secondo questa linea di pensiero, sarebbero irrinunciabili non soltanto nei casi in cui la limitatezza di risorse materiali e temporali costringa ad assumere decisioni veloci e poco ponderate (come ammesso dalla parte più "tradizionalista" della psicologia cognitiva), ma anche quando si possa astrattamente procedere con il metodo della c.d. "partita doppia", e cioè ponderando vantaggi e svantaggi di ogni singola opzione.

In sintesi, in una società democratica e pluralista, va assicurata la scelta più consapevole possibile, ma andrebbe approfondito se sia davvero così giustificato assegnare la preferenza alla tutela da certi rischi piuttosto che altri soltanto perché i primi sono quantitativamente più consistenti.

4.6. *Se manca un accordo su questioni di base, davvero lo Stato deve rinunciare a normare o normare per accordi parzialmente teorizzati?*

Veniamo così all'affermazione forse più opinabile di Sunstein, che rappresenta la diretta conseguenza delle sue premesse. Il costituzionalista liquida come un'ingenuità l'idea che una democrazia possa dirsi davvero deliberativa soltanto se si assume rawlsianamente il compito di coagulare un consenso, e non anche quando deliberatamente eluda la discussione su temi difficili, allo scopo di evitare radicalizzazioni. Ma l'impossibilità di ridurre la valutazione del rischio alla sua sola dimensione quantitativa, sterilizzandone quella assiologica e demandando così la decisione *in toto* agli "esperti", ha come esito obbligato l'impossibilità di prescindere da un confronto con le preferenze soggettive degli interessati. Porta quindi a difendere l'idea tradizionale (per quanto problematica) che di democrazia possa parlarsi solo se la deliberazione si fonda sul dialogo con la collettività, dialogo che deve essere consapevole e quindi preceduto dalla più ampia e responsabile informazione.

Impresa erculea, questa, nella quale agli esperti spetterebbe ovviamente una parte fondamentale, ma non – forse – il ruolo di decisore esclusivo. Richiama insomma, ancora e sempre, alla necessità, innanzitutto, di un impegno *etico* su tutti i fronti. Un "poco", si dirà, che però, nella situazione attuale, sarebbe già "moltissimo"[78].

Ci sia consentito un azzardo finale. In una prospettiva antitetica a quella di Sunstein, che invoca gli «accordi parzialmente teorizzati» per eludere la discussione di aspetti specifici (che spetterebbe agli esperti concretizzare), ci si potrebbe chiedere se non abbiano al contrario ragione quanti evidenziano come, tante volte, i contrasti si sedino proprio nel passaggio dall'astratto al concreto, e cioè nel confronto, dialogico, argomentato, e prima di tutto informato, con la specifica situazione di fatto[79].

5. *Conclusioni: dall'architettura delle "scelte" a quella degli "ambienti"*

Le tesi brevemente discusse costituiscono a nostro avviso un'esemplificazione molto concreta della tensione del diritto verso la c.d. «razionalità di scopo», e illustrano come, in una società sempre più complessa e segnata da una crescente asimmetria informativa, sia facile che il diritto assuma una connotazione paternalista.

Se questo non è un problema per chi, al contrario, ne ha fatto uno *slogan*[80] (e forse nemmeno più per la maggioranza dei pensatori liberali contemporanei), potrebbe esserlo invece per molti

[78] In termini più generali, il valore etico del dubbio è ribadito, ancora di recente e proprio con riferimento ai temi qui trattati, da DI CESARE 2017, 163 ss.

[79] La logica del caso per caso è (da tempo) invocata in materia bioetica. Per tutti, JONSEN, TOULMIN 1988. Volendo, anche DI GIOVINE 2009.

[80] SUNSTEIN 2010, 237 ss.

professori di diritto penale. Il paternalismo, per quanto *soft*, lascia infatti dietro di sé la solita scia di dubbi e inquietudini, sostanzialmente discendenti dal rischio di restringere gli spazi della deliberazione democratica.

È insomma facile convenire sul fatto che il diritto non debba instillare paure infondate o rincorrere falsi timori, casomai creati ad arte da/attraverso media e poteri digitali[81], e che debba per contro rispondere a bisogni oggettivi, desumibili da dati duri, alla cui elaborazione concorra un uso sapiente della matematica e della statistica. Vero ciò, a nostro avviso, andrebbe però anche precisato che non esistono architetture di scelta neutrali e che l'obiettivo realistico da raggiungere è, piuttosto, responsabilizzare chi progetta interventi architettonici a creare migliori ambienti, più semplici, amichevoli e trasparenti[82], tali cioè da consentire la maggiore consapevolezza da parte dei cittadini chiamati (essi, pur sempre) a scegliere.

In chiusura, ci chiediamo allora se nella realizzazione di tale disegno possa trovare risposta anche l'interrogativo iniziale: se cioè la paura – sfrondata dei suoi profili di più manifesta contraddittorietà sul piano cognitivo – possa svolgere, in alcuni casi e in una certa misura, un ruolo positivo, emancipatorio e di riscatto[83].

Più a fondo, in quel contesto si potrebbe inserire una riflessione di carattere generale sulla reale fisionomia della razionalità di scopo, arnese concettuale essenziale al lavoro del penalista, ma alla descrizione della cui fisionomia i bisogni emotivi delle persone, compresi quelli legati alle loro paure, stanno reclamando in misura sempre più pressante (e, a nostro avviso, anche con un certo fondamento) di poter concorrere.

[81] Sul punto, in diritto penale, PALIERO 2006.
[82] Quasi testualmente, MOTTERLINI, GUALA 2015, 191, sebbene con riferimento alle politiche economiche.
[83] Suggestioni in tal senso si trovano in CERETTI, CORNELLI 2013, 35.

Riferimenti bibliografici

ANGIONI F. 1994. *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, Milano, Giuffré.

BACCO F. 2018. *Tra sentimenti ed uguale rispetto: problemi di legittimazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli.

BARBERIS M. 2017. *Non c'è sicurezza senza libertà*, Bologna, il Mulino.

BARBUJANI G. 2016. *Gli africani siamo noi. Alle origini dell'uomo*, Roma-Bari, Laterza.

BIANCHETTI R. 2018. *La paura del crimine. Un'indagine criminologica in tema di* mass media *e politica criminale ai tempi dell'insicurezza*, Milano, Giuffré.

CAPUTO M. 2017. *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, Giappichelli.

CASTRONUOVO D. 2012. *Principio di precauzione e diritto penale. Paradigmi dell'incertezza nella struttura del reato*, Roma, Aracne.

CENTONZE F. 2004. *La normalità dei disastri tecnologici. Il problema del congedo dal diritto penale*, Milano, Giuffré.

CERETTI A., CORNELLI R. 2013. *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli.

CERETTI A., CORNELLI R. 2016. *Omicidi e uccisioni violente nel mondo*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 3, 2016, 1230 ss.

COHEN S. 2011. *Folk Devils and Moral Panic*, London-New York, Routledge Classics (ed.or., *Folk Devils and Moral Panic*, London, MacGibbon and Kee, 1972).

CONSORTE F. 2013. *Tutela penale e principio di precauzione. Profili attuali, problematicità, possibili sviluppi*, Torino, Giappichelli.

CORN E. 2013. *Il principio di precauzione nel diritto penale. Studio sui limiti all'anticipazione della tutela penale*, Torino, Giappichelli.

D'ALESSANDRO F. 2012. *Pericolo astratto e limiti-soglia. Le promesse non mantenute del diritto penale*, Milano, Giuffré.

DAMASIO A.R. 2000. *Emozione e coscienza*, Milano, Adelphi (ed. or. *The Feeling of What Happens. Body and Emotion in the Making of Consciousness*, New York-San Diego- London, Harcourt,1999, trad. it. di S. Frediani).

DAMASIO A.R. 2018. *Lo strano ordine delle cose*, Milano, Adelphi (ed. or. *The Strange Order of Things. Life, Feeling, and the Making of Cultures*, NY, Pantheon Books, 2018, trad. it. di S. Ferraresi).

DI CESARE D. 2017. *Terrore e modernità*, Milano, Einaudi.

DI GIOVINE O. 2009. *Un diritto penale empatico? Diritto penale, bioetica, neuroetica*, Torino, Giappichelli.

DI GIOVINE O. 2017. *Mondi veri e mondi immaginari di Sanità, modelli epistemologici di medicina e sistemi penali*, in «Cassazione Penale», 6, 2017, 2151 ss.

DONINI M. 2008. *Sicurezza e diritto penale*, in «Cassazione Penale», 10, 2008, 3558 ss.

DONINI M. 2019. *Populismo e ragione pubblica. Il post-illuminismo penale tra* lex *e* ius, Modena, Mucchi.

DONINI M., PAPA M. (eds.) 2007. *Diritto penale del nemico. Un dibattito internazionale*, Milano, Giuffré.

DONINI M., PAVARINI M. (eds.) 2011. *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, Bononia University Press, 2011.

EKMAN P., FRIESEN W.V. 2007. *Giù la maschera. Come riconoscere le emozioni dall'espressione del viso*, Firenze, Milano, Giunti (ed. or. *Unmasking the Face. A Guide to Recognizing Emotions from Facial Expressions*, Cambridge, Malor Books, 2003, trad. it. di G. Noferi).

ESCOBAR R. 1997. *Metamorfosi della paura*, Bologna, il Mulino.

FIANDACA G. 1987. *La tipizzazione del pericolo*, in CRS (ed.), *Beni e tecniche della tutela penale. Materiali per la riforma del codice*, Milano, Angeli, 1987, 49 ss.

FIANDACA G. 2013. *Populismo politico e populismo giudiziario*, in «Criminalia», 2013, 95 ss.

FIANDACA G. 2017. *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza.

FUNTOWICZ S., RAVETZ J. 1997. *Environmental Problems, Post-normal Science, and Extended Peer Communities*, in «Études et Recherches sur les Systèmes Agraires et le Développement», 30, 1997, 169 ss., disponibile anche in: https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01231607/document (consultato il 20 aprile 2019).

FORTI G. 2006. *"Accesso" alle informazioni sul rischio e responsabilità: una lettura del principio di precauzione*, in «Criminalia», 1, 2006, 155 ss.

FUREDI F. 2014. *Le regole impalpabili per diffondere la paura*, in BAUMAN Z. (ed.), *Il demone della paura*, Roma-Bari, Laterza, 73 ss.

GARAPON A., LASSÈGUE J. 2018. *Justice Digitale. Révolution graphique et rupture anthropologique*, Paris, Presse Universitaires de France, Humensis.

GIACOMINI G. 2018. *Potere digitale. Come internet sta cambiando la sfera pubblica e la democrazia*, Milano, Meltemi.

GIGERENZER G. 2009. *Decisioni intuitive. Quando si sceglie senza pensarci troppo*, Milano, Cortina (ed. or., *Gut Feelings: The Intelligence of the Uncounscious*, US, Penguin Books, 2007, trad. it. di G. Rigamonti).

GIGERENZER G. 2015. *Imparare a rischiare. Come prendere decisioni giuste*, Milano, Cortina (ed. or., *Risk Savvy. How to make good decisions*, NY, Penguin Press, 2014, trad. it. di G. Rigamonti).

GIUNTA F. 2006. *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in «Criminalia», 1, 2006, 227 ss.

GREENE J. 2013. *Moral Tribes. Emotion, Reason, and the Gap Between Us and Them*, New York, The Penguin Press, 2013.

HAIDT J. 2013. *Menti Tribali. Perché le brave persone si dividono su politica e religione*, Torino, Codice (ed. or., *The Righteous Mind. Why Good People Are Divided by Politics and Religion*, US, Penguin Press, 2012, trad. it. di C. Castiello, M. Cupellaro, P. Marangon, M. Rullo).

JAKOBS G. 2007. *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità*, in GAMBERINI A., ORLANDI R. (eds.), *Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*, Bologna, Monduzzi, 109 ss.

JASANOFF S. 2001. *La scienza davanti ai giudici*, Milano, Giuffré (ed. or. *Science at the Bar: Law, Science and Technology in America*, Cambridge (Mass.)-Lonson, Harvard University Press, Twentieth Century Fund, 1995, trad. it. di M. Graziadei).

JASANOFF S. 2008. *Fabbriche della natura. Biotecnologie e democrazia*, Milano, il Saggiatore (ed. or. *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States*, Princeton, Princeton University Press, 2005, trad. it., di E Gambini, A. Roffi).

JONAS H. 1993. *Il principio responsabilità. Per un'etica della tecnologia*, Torino, Einaudi (ed. or., *Das Prinzip Verantwortung*, Frankfurt am Main, Insel Verlag, 1979, trad. it. di P. Rinaudo).

JONSEN A.R., TOULMIN S. 1988. *The Abuse of Casuistry. A History of Moral Reasoning*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press.

KANDEL E.R. 2018. *La mente alterata. Cosa dicono di noi le anomalie del cervello*, Milano, Cortina (ed. or. *The Disordered Mind. What Unusual Brains Tell Us About Ourselves*, London, Robinson, 2018; trad. it. di G. Guerrerio).

KAHNEMAN D. 2012. *Pensieri lenti e pensieri veloci*, Milano, Mondadori (ed. or., *Thinking, Fast and Slow*, NY, Farrar, Straus & Giroux, 2011, trad. it. di L. Serra).

KIERKEGAARD S. 2016. *Timore e tremore*, Milano, Mondadori (ed. or. *Frygt og Bæven*, Kjøbenhavn, C.A. Reitzel, 1843, trad. di F. Fortini, K. Montanari Guldbrandsen).

LEDOUX J. 1998. *Il cervello emotivo. Alle origini delle emozioni*, 2 ed., Milano, Baldini&Castoldi (ed. or., *The Emotional Brain. The Mysterious Underpinnings of Emotional Life*, New York-London-Toronto-Sidney, Simon&Schuster Paperbacks, 1996, trad. it. di S. Coyaud).

LEDOUX J. 2002. *Il sé sinaptico: come il nostro cervello ci fa diventare quello che siamo*, Milano, Cortina (ed. or. *Synaptic Self: How Our Brains Become What We Are*, NY, Viking Penguin, 2002, trad. it. di M. Longoni, A. Ranieri).

LEDOUX J. 2016. *Ansia, Come il cervello ci aiuta a capirla*, Milano, Cortina (ed. or. *Anxious. Using the Brain to Understand and Treat Fear and Anxiety*, NY, Penguin Books, 2015, trad. it. di G. Guerrerio).

LUHMANN N. 1995. *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, Milano, Giuffrè (ed. or. *Legitimation durch Verfahren*, Neuwied-Berlin, Luchterhand, 1969, trad. it. di A. Febbrajo).

MANES V. 2005. *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, Giappichelli.

MANTOVANI F. 2010. *Insicurezza e controllo della criminalità*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 3, 2010, 1003 ss.

MASSARO A. 2011. *Principio di precauzione e diritto penale:* nihil novi sub sole*? Funzioni e limiti del principio di precauzione* de iure condito *e* condendo, in «Diritto penale contemporaneo», 9 maggio 2011, disponibile in: https://www.penalecontemporaneo.it/d/578-principio-di-precauzione-e-diritto-penale-nihil-novi-sub-sole (consultato il 20 aprile 2019).

MASULLO M.N. 2012. *Colpa e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, ESI.

MOTTERLINI M., GUALA F. 2015. *Mente, mercati, decisioni*, Milano, Egea.

NUSSBAUM M.C. 2007. *Le frontiere della giustizia*, Bologna, il Mulino (ed. or. *Frontiers of Justice*, Cambridge [Mass.], Harvard University Press, 2006, trad. it. di G. Costa e R. Abicca).

PALIERO C.E. 2006. *La maschera e il volto (percezione sociale del crimine ed "effetti penali" dei media)*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 2006, 467 ss.

PALIERO C.E. 2016. *La laicità penale alla sfida del "secolo delle paure"*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 3, 2016, 1154 ss.

PANKSEPP J., BIVEN L. 2014. *Archeologia della mente. Origini neuroevolutive delle emozioni umane*, Milano, Cortina (ed. or. *The Archaeology of Mind. Neuroevolutionary Origins of Human Emotions*, New York-London, W.W. Norton & Company, 2012; trad. it. di C. Sinigaglia).

PERINI C. 2010. *Il concetto di rischio nel diritto penale moderno*, Milano, Giuffré.

PIERGALLINI C. 2004. *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, Giuffré.

PINKER S. 2013. *Il declino della violenza*, Milano, Mondadori (ed. or. *Angels of Our Nature: Why Violence Has Declined*, NY, Penguin Books, 2012; trad. it. di M. Parizzi).

PLAMPER J. 2018. *Storia delle emozioni*, Bologna, il Mulino (ed or. *Geschichte und Gefühl. Grundlagen der Emotions-Geschichte*, München, Siedler Verlag, 2012, trad. it. di S. Leonardi).

PRINZ J.J. 2007. *The Emotional Construction of Morals*, Oxford, Oxford University Press.

PRITTWITZ C. 1993. *Strafrecht und Risiko. Untersuchungen zur Krise von Strafrecht und Kriminalpolitik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt a. M., V. Klostermann.

PRITTWITZ C. 2004. *Società del rischio e diritto penale*, in STORTONI L., FOFFANI L. (eds.), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte*, Milano, Giuffré, 375 ss.

PULITANÒ D. 2009. *Sicurezza e diritto penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 2, 2009, 547 ss.

QUATTROCIOCCHI W., VICINI A. 2016. Misinformation. *Guida alla società dell'informazione e della credulità*, Milano, Angeli.

RUGA RIVA C. 2006. *Principio di precauzione e diritto penale*, in DOLCINI G., PALIERO C.E. (eds.), *Studi in onore di Giorgio Marinucci,* II, Milano, Giuffré, 1754 ss.

SIRACUSA L. 2007. *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, Giuffré.

SLOVIC P. (ed.) 2000. *The Perception of Risk*, New York, Earthscan.

SLOVIC P. (ed.) 2010. *The Feeling of risk. New Perspective on Risk Perception,* New York, Earthscan.

STORTONI L. 2004. *Angoscia tecnologica ed esorcismo penale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale» 1, 2004, 71 ss.

SUNSTEIN C.R. 2010. *Il diritto della paura. Oltre il principio di precauzione*, Bologna, il Mulino (ed. or. *Laws of Fear. Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge [UK], Cambridge University Press, 2005, trad. it. U. Izzo).

SUNSTEIN C.R. 2014. *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, Feltrinelli (ed. or. *Simpler. The Future of Government*, New York-London-Toronto-Sidney-New Delhi, Simon&Schuster Books, 2013, trad. it. di G. Pannofino).

SUNSTEIN C.R. 2017. *#Republic: Divided Democracy in the Age of Social Media*, Princeton-Oxford, Princeton Universiy Press.

SUNSTEIN C.R. 2018. *The Cost-Benefit Revolution*, Cambridge, London, MIT Press.

SVENDSEN L.Fr.H. 2017. *Filosofia della paura. Come, quando e perché la sicurezza è diventata nemica della libertà*, Roma, Lit s.r.l. (ed. or., *Frykt*, Oslo, Universitetsforlaget, 2007, trad. it. di E. Petrarca).

TALEB N.N. 2009. *Il Cigno nero. Come l'improbabile governa la nostra vita*, Milano, il Saggiatore (ed. or., *The Black Swan. The Impact of the Highly Improbable*, New York, Random House, 2007, trad. it. di E. Nifosi).

TALLACCHINI M.C. 2012. *Scienza e diritto: prospettive di co-produzione*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2012, 316 ss.

THALER H.R., SUNSTEIN C.R. 2009. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, Feltrinelli (ed. or., *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, NY, Penguin Books, 2008, trad. it. A. Oliveri).

TODOROV C. 2009. *La paura dei barbari. Oltre lo scontro di civiltà*, Milano, Garzanti (ed or., *La peur des barbares*, Paris, Robert Laffont, 2008, trad. it. di E. Lana).

TOMASELLO M. 2016. *Storia naturale della morale umana*, Milano, Cortina (ed. or., *A Natural History of Human Morality*, Cambridge, Harvard University Press, 2016, trad. it. di S. Parmigiani).

TOURAINE A. 1997. *Eguaglianza e diversità. I nuovi compiti della democrazia*, Roma-Bari, Laterza.

ZOLO D. 2011. *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Milano, Feltrinelli.

DISPUTAS DEL SUBSUELO

J.J. MORESO SOBRE DESACUERDOS INTERPRETATIVOS PROFUNDOS Y PRESUPOSICIONES

DIEGO **DEI VECCHI**

&dq

Disputas del subsuelo
J.J. Moreso sobre desacuerdos interpretativos profundos y presuposiciones

Disputes from Underground
J.J. Moreso on Presuppositions and Deep Interpretative Disagreements

DIEGO DEI VECCHI

Investigador, Universitat de Girona.
E-mail: deivecchidm@gmail.com

ABSTRACT

El presente texto se propone poner en dudas la estrategia mediante la cual Josep Joan Moreso, discutiendo el trabajo de Vittorio Villa, rechaza la posibilidad misma de desacuerdos genuinos, irresolubles y sin culpa. El argumento aquí desarrollado apunta a la concepción que el primero adopta respecto de las *presuposiciones*, sugiriendo que la excesiva amplitud de esa concepción conduce a confundir las auténticas presuposiciones con todo fundamento posible en favor de una afirmación. Esto produce en apariencia una tensión inescapable que socava las bases de la estrategia de rechazo aludida.

The present paper sets out to cast doubt upon J.J. Moreso's strategy for rejecting the possibility of genuine, irresolvable and faultless disagreements in his discussion of Vittorio Villa's view. The argument here advanced targets Moreso's conception of presuppositions, by suggesting that the excessively broad scope of that conception leads to confusing authentic presuppositions with any possible ground in favor of an affirmation. This produces an inescapable tension which undermines the foundations of such a rejection strategy.

KEYWORDS

interpretación, desacuerdo, culpa, presuposiciones, fundamentos

interpretation, disagreement, fault, presuppositions, grounds

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 1 (giugno) | pp. 117-124

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Disputas del subsuelo
J.J. Moreso sobre desacuerdos interpretativos profundos y presuposiciones

DIEGO DEI VECCHI

1. En *Villa sobre los desacuerdos interpretativos. ¿Pueden ser genuinos y sin culpa?* (MORESO 2017) se elabora una doble crítica al pensamiento de Vittorio Villa, en especial a la síntesis que ese pensamiento alcanzó en VILLA (2017). Esta doble crítica se propone socavar, por medio de cada una de sus aristas, a dos de las tesis neurálgicas de la concepción de Villa sobre los desacuerdos interpretativos profundos (DIP), esto es: divergencias particularmente radicales relativas a la atribución de significado a cláusulas constitucionales que reconocen y garantizan derechos fundamentales[1]. La primera de las objeciones *niega* la siguiente tesis:

(TVI) La atribución de significado completo a determinadas cláusulas constitucionales y legales presupone, de manera necesaria, su anclaje en concepciones comprehensivas que producen desacuerdos interpretativos.

Aun cuando, por cierto, el propio Moreso reduce la fuerza de esta negación aclarando que el argumento no debe ser leído como una *refutación*.

La segunda de las aristas de crítica, la más radical, niega la tesis según la cual:

(TVII) los DIP tienen como rasgos necesarios los de ser genuinos, sin culpa e irresolubles.

La primera línea de objeción se cimienta en consideraciones metaéticas y de filosofía moral, a pesar de que Moreso declara no pretender hacer explícitas sus asunciones en estos aspectos, dado lo acotado del contexto de discusión. La segunda línea de objeción, en contraste, se cimienta en consideraciones de filosofía del lenguaje. No es en absoluto novedosa, ni genera ningún tipo de sorpresa, la admirable erudición de Moreso tanto en el campo de la metaética, cuanto en el de la filosofía moral y no menos en el de la filosofía del lenguaje. Este breve texto es una nueva muestra de ello, así como también de la capacidad de exportar tesis y discusiones de esos campos al campo de la filosofía del derecho[2].

En efecto, los dos grupos de cimientos mencionados sostienen un terreno firme sobre cuya base Moreso despliega las dos líneas de objeción pertinentes. Ello así, de todos modos, procurando dejar al margen de la presente discusión cualquier posible desacuerdo entre él y Villa a nivel metaético y en relación con la concepción completa del razonamiento práctico que uno u otra pueda tener. Es decir, al menos en principio, los cimientos habrían de quedar bajo el subsuelo y no ser objeto de controversia.

Así las cosas, tal como Moreso frente a Villa, procuraré dejar de lado esos cimientos subyacentes. Me limitaré pura y exclusivamente a intentar hacer vacilar *el modo* en que se despliegan y conjugan las dos objeciones del primero contra el segundo. Concretamente, sugeriré que hay una posible inconsistencia entre el modo en que se rechaza la primera tesis de Villa (al margen de la ya mencionada cautela) y el modo en que se rechaza la segunda. En otras palabras, intentaré mostrar que la primera tesis de Moreso entra en conflicto con su segunda tesis.

* Este texto fue presentado en el IV Encuentro UPF-UdG de filosofía del derecho, celebrado el 9 de marzo de 2018. Agradezco por sus comentarios y sugerencias a Josep Joan Moreso, Pablo E. Navarro y Pablo A. Rapetti. Agradezco asimismo a un/a dictaminador/a anónimo/a por sus sugerencias.

1 VILLA 2017, 2 s.

2 Véase como ejemplo MORESO 2009.

2. Vamos a la primera objeción. La tesis de Villa, tal como Moreso la presenta, consiste entonces en que atribuir significado completo a determinadas cláusulas constitucionales y legales *presupone*, de manera *necesaria*, un anclaje en concepciones comprehensivas que producen desacuerdos interpretativos profundos. Villa sostiene, efectivamente, que las atribuciones de significado a disposiciones normativas expresivas de derechos fundamentales están informadas en última instancia por concepciones morales globales. Él las denomina *fundamentos* en términos de justificación metaética: «concepciones ético políticas de trasfondo y visiones del mundo comprehensivas»[3]. Sostiene además (y esto es producto de la meta-ética que asume) que si dos de esas concepciones son contrastantes, y si es contrastante también la conclusión atributiva de significado a que conducen, pues estaremos ante un desacuerdo irresoluble, genuino y sin culpa[4].

Ahora bien, esta primera tesis de Villa admite diversas variantes de negación. De modo que la tesis contraria de Moreso puede interpretarse de distintas maneras. Por ejemplo, podría situarse al operador de negación delante de la alusión a la *presuposición* que Villa considera necesaria en la interpretación de cláusulas constitucionales de derechos fundamentales. En esta versión, la objeción rechaza que las atribuciones de significado en cuestión *presupongan necesariamente* concepciones comprehensivas, fundamentos ético políticos de trasfondo. O bien podría situarse al operador delante de la alusión a los *desacuerdos interpretativos*, esto es: rechazando que, aun cuando esas presuposiciones se dieren indefectiblemente, ellas conlleven de modo necesario desacuerdos interpretativos profundos. Estas variantes no son exhaustivas, pero son suficientes para el caso. ¿Cuál es la variante que asume la objeción de Moreso?

Si uno atiende a las razones aducidas, pareciera que se trata de la primera de esas variantes. En efecto, Moreso sostiene que las atribuciones de significado no tienen por qué acarrear consigo *necesariamente* todo el caudal de consideraciones que eventualmente podrían fundamentarlas. De modo que la objeción se materializaría en la siguiente tesis:

(TMI) La atribución de significado completo a determinadas cláusulas constitucionales y legales *no presupone, de manera necesaria,* su anclaje en concepciones comprehensivas que producen desacuerdos interpretativos.

Pero este modo de comprender a la objeción sigue siendo ambiguo: podría interpretarse al menos en dos sentidos. Por un lado, en el sentido de que *no necesariamente existen* presuposiciones tales en cada atribución de significado a las cláusulas constitucionales relevantes, i.e. que no tienen por qué existir en cabeza del intérprete concepciones tales. Por el otro lado, en el sentido de que, aun cuando fuere indefectible la presencia de presuposiciones tales, ellas *no necesariamente han de ponerse en juego* en cada atribución de significado a las cláusulas constitucionales bajo consideración.

Creo que el argumento ofrecido contra Villa solo es pertinente – y habrá que ver si es además exitoso – para probar lo segundo, i.e. que no es necesario que las presuposiciones se pongan en juego en cada interpretación. Pero ni aduce ni muestra que lo no necesario sea *la presencia* misma de concepciones comprehensivas presupuestas. En efecto, el argumento se limita a decir que es posible, al menos en principio, recurriendo a una moralidad del sentido común (y con las cautelas del caso), «tratar de resolver los casos controvertidos con los principios de nivel medio, arguyendo sólo con razones que nadie rechazaría en este contexto»[5]. Para sostener esta tesis se recurre además a las postreras reflexiones de Rawls tendientes a dar espacio al pluralismo razonable asegurando cierta dosis de consenso. Se afirma en este sentido:

> «Y este consenso es algo que solamente podemos obtener restringiendo aquellos argumentos que pueden introducirse en el foro público, porque sólo ellos responden al requisito de la *reciprocidad* [...]

[3] VILLA 2017, 2-5.
[4] VILLA 2017, cap. III.
[5] MORESO 2017.

> dicha doctrina no apela a cuestiones controvertidas que fundan nuestros valores políticos, apela solamente a cuestiones de justicia institucional básica [...]»[6].

De hecho, la posición de Rawls parece presuponer la presencia necesaria de concepciones comprehensivas de fondo, aún cuando asuma que es posible no ponerlas en juego en cada discusión. De modo que lo que se habría logrado es evitar los desacuerdos interpretativos profundos a través de un *consenso o acuerdo* anticipado. Pues ese acuerdo se habría logrado por medio de dejar en el trasfondo, ocultas, a las concepciones comprehensivas que fundamentan – desde cada punto de vista – las atribuciones de significado a las cláusulas constitucionales en juego. Todo esto podría sonar plausible, y en buena medida el texto de Moreso mismo parece apelar a este modo de buscar consensos, dejando en el subsuelo los fundamentos posiblemente controvertibles. Creo, sin embargo, que ello es inconsistente con la concepción de la *presuposición* en la cual se basa el rechazo de la segunda tesis de Villa.

3. Pasemos entonces a esa segunda objeción. Villa sostiene que los desacuerdos interpretativos profundos poseen como rasgos característicos los de ser *genuinos*, *sin culpa* e *irresolubles*. El rechazo de esta tesis se especifica de dos modos:

(TMII$_1$) los desacuerdos genuinos o bien son resolubles o bien no son sin culpa.

(TMII$_2$) todos los desacuerdos genuinos lo son con culpa, y todos los desacuerdos sin culpa no son genuinos[7].

Para Moreso, un desacuerdo es genuino si, y sólo si, hay un *presupuesto* común en el cual situarlo; en el caso contrario, esas divergencias particularmente radicales en la interpretación de cláusulas constitucionales que preocupan a Villa son solo divergencias aparentes, espurias. Una prueba aducida en favor de esto es que, sin presupuesto común, tampoco habría *acuerdo genuino*. Uno de los ejemplos para demostrarlo es el siguiente:

> «... hemos invitado a nuestra colega Samantha a un seminario en nuestro grupo de Barcelona y hemos quedado para cenar con ella en el restaurante *Kafka* a las 20.30 h. Yo le digo a otra colega, Chiara, que nuestro colega José Luis no va a llegar antes de las 21 h. Ella me dice que está de acuerdo conmigo. Pero mientras yo *presupongo* que José Luis está impartiendo una clase de master hasta las 20.30 y no tendrá tiempo de llegar antes, Chiara sabe que José Luis no está en Barcelona, sino en un *workshop* en Princeton. Aún si Chiara y yo aseveramos ambos: 'José Luis no llegará antes de las 21 h' nuestro acuerdo no es un acuerdo genuino, es un acuerdo sólo espurio»[8].

La razón por la que esto se entiende como un acuerdo espurio es que se tienen distintas *presuposiciones*. Para Moreso, mientras Chiara presupone que José Luis está en Princeton, él mismo presupone que José Luis está en el master. Y dado que la primera es verdadera y la segunda falsa, Moreso sostiene que el enunciado por él proferido en el ejemplo *carece de valor de*

[6] MORESO 2017. Resaltado del autor.

[7] Obsérvese que, pareciera, que para Moreso *todo* desacuerdo genuino es con culpa *y* resoluble. Sin embargo, al menos en el trabajo puesto bajo consideración, no hay argumentos en favor de que *si un desacuerdo es genuino, entonces es resoluble*. En este sentido, en ocasiones parece que se da una especie de circularidad a este respecto. Por ejemplo, el desacuerdo entre José Juan y Julia acerca de si los pulpitos están o no sabrosos, siendo el caso que a ambos les gustan los pulpitos (ese *common ground* necesario) parece ser, en efecto, *irresoluble*. Pero no hay razón para concluir *a partir de allí* que se trata de un desacuerdo espurio. Tanto él cuanto su hija pueden estar de acuerdo en todos los hechos (la cantidad de ajo, el grado de cocción, etc.) y seguir estando en desacuerdo por basarse en diversas concepciones sobre la bondad de los pulpitos. Si este desacuerdo se concibe como resoluble o no depende de una concepción meta-estética más abarcativa, o algo por el estilo.

[8] MORESO 2017. Las cursivas me pertenecen.

verdad. Esto así, sobre la base de la postura de STRAWSON (1950), de conformidad con la cual, si las presuposiciones de un enunciado son falsas el enunciado no es falso (como Russell pretendía) sino que carece directamente de valor de verdad. Por ejemplo, si alguien asevera

(6) El actual rey de Francia es calvo[9],

profiere un enunciado carente de valor de verdad, toda vez que es *falsa* la presuposición de conformidad con la cual,

(6') Hay al menos un individuo tal que ese individuo es el rey de Francia.

Paralelamente, en el ejemplo de Moreso, dado que Chiara estaría pronunciando un enunciado verdadero y él mismo uno carente de valor de verdad, no podría haber acuerdo[10].

Sin embargo, creo que esto último resulta problemático, ya que se basa en una identificación injustificada entre *fundamento* y *presuposición* y en un paso engañoso de un uso ordinario y no técnico de "presuposición" a uno técnico y estricto. En este sentido, las presuposiciones *stricto sensu*, a la luz de la discusión citada en el ámbito de la filosofía del lenguaje, se diferencian de los fundamentos. Éstos son el sustento epistémico, i.e. las pruebas de ciertas aserciones o juicios. Aquellas, contrariamente, son elementos de las expresiones *de cuya verdad o falsedad* depende la *verdad o falsedad* (y no la prueba) de la expresión de la que forman parte[11]:

> «... el fenómeno por medio del cual los hablantes marcan lingüísticamente la información que, más que ser parte del contenido proposicional medular del acto de habla, se presupone o se da por sentada»[12].

En el ejemplo traído a colación este no parece ser el caso. La verdad de:

(5) José Luis no llegará antes de las 21 h,

no presupone ni da por sentado nada acerca del *por qué* no llegará. Muchísimo menos *resalta* o *marca* esa información. En efecto, los rasgos salientes que suelen presentar las presuposiciones, y que fungen de test para identificarlas, están ausentes en el ejemplo. En particular, no se da el fenómeno de la *proyección* ni el de imposibilidad de *cancelación* directa.

(i) No hay proyección respecto del sitio en que José Luis esté. En este sentido, de: (5) se *proyectan* (y se prueba por tanto que son presuposiciones) enunciados tales como:

(5') existe una persona llamada José Luis,

(5'') la persona llamada José Luis llegará,

y quizás incluso:

(5''') todavía no son las 21 h.

En contraste, no se *proyecta* (y por tanto no se presupone, no se da por sentado) ni que "José Luis está en Princeton", ni que "José Luis está en el master", ni en ningún otro sitio *específico*.

(ii) No hay problema en cancelar la afirmación concerniente a la presencia de José Luis en el master o en cualquier otro sitio. En este sentido, otra particularidad de las presuposiciones es que cancelarlas directamente torna infeliz al acto de habla (speech act). Por ejemplo, sería extraño decir: "José Luis no llegará antes de las 21 h., pero no existe en el mundo ningún José Luis". Esto prueba, una vez más, que la existencia de una persona llamada José Luis es una presuposición del enunciado en cuestión. En contraste no hay nada extraño en decir que: "José

[9] Utilizo la numeración según se presenta en el texto de Moreso aquí discutido.

[10] Hay un problema adicional, consistente en calificar como verdaderas o falsas a las afirmaciones de futuros contingentes. Sin embargo, dejaré este problema de lado en el presente contexto y trataré a esas afirmaciones como portadoras de valor de verdad, tal como Moreso asume.

[11] SBISÀ 2007, 21. Por cierto, todo esto podría cuestionarse a la luz de alguna clase de *verificacionismo*, pero no parece ser esta la dirección del argumento de Moreso. Cfr. DUMMETT 1996.

[12] BEAVER, GEURTS 2014. Traducción propia.

Luis no llegará antes de las 21 h., pero él no está en Princeton, ni está en el master, ni está en un workshop, etc.". La cancelación directa es plausible, precisamente, porque no hay presuposición.

De hecho, en rigor, (5) es verdadera independientemente de dónde esté José Luis, o de dónde se crea que él está. En particular, es verdadera *a pesar* de que es falso que José Luis está en el master. Y esto no podría pasar si esta última circunstancia estuviere *presupuesta*. De hecho, en la versión strawsoniana de la presuposición, esta última *tiene* que ser verdadera tanto siendo verdadero cuanto siendo falso el enunciado que la contiene:

> «Un enunciado presupone a otro siempre que cuando el primero sea verdadero, el segundo sea verdadero, y cuando la negación del primero sea verdadera, el segundo enunciado sea también verdadero»[13].

Pero en el caso del ejemplo la verdad o falsedad del enunciado en cuestión es completamente independiente de la verdad o falsedad de la presunta presuposición: precisamente porque no hay presuposición en sentido estricto.

En suma, la verdad o falsedad de (5) depende solo de si en efecto José Luis llegará o no antes de las 21 h., independientemente de cómo y desde dónde llegue. En este sentido, el caso que Moreso trae a colación parece ser más bien un ejemplo de aquellos que Gettier utilizaba en su célebre artículo, donde a pesar de la verdad de la proposición sostenida hay cierto tipo de defecto en la justificación o en el modo en que ella sostiene a la conclusión[14]. En este sentido, la creencia de José Juan sobre la imposibilidad de llegada de José Luis a cierto horario es tan verdadera como la de Chiara, al tiempo que *recaen sobre una y la misma proposición* (asumiendo, por cierto, que hablan del mismo José Luis, y que las demás presuposiciones proyectadas coinciden). El único problema es que resulta contraintuitivo decir que José Juan, a diferencia de Chiara, *sabe* que José Luis no llegará antes de las 21. Ello así en virtud de que la justificación que tiene en favor de su creencia verdadera es en algún sentido deficiente. Pero obsérvese que Moreso podría tener incluso buenas razones en favor de su creencia verdadera, razones que justifiquen tener esa creencia aunque de un modo deficiente. Supóngase, por ejemplo, que Moreso infirió (5) luego de mantener una charla con uno de los hijos de José Luis, quien le dijo que él estaba dando clases en el master hasta una hora tal que sería físicamente imposible llegar a *Kafka* a las 21 h. José Juan tendría buenas razones para creer que José Luis está dando clases de master hasta la hora indicada y esto justificaría también la inferencia de (5) y, por tanto, la creencia en la verdad de esta última proposición. En cualquier caso, esta extrañeza no elimina el acuerdo genuino, auténtico, entre Chiara y Moreso acerca de que cómo son o serán las cosas respecto de la llegada de José Luis en lo estrictamente concerniente a (5).

4. Ahora bien, al margen de todo esto, lo más relevante a nuestros efectos es que la peculiar concepción de la *presuposición* que el ejemplo analizado deja entrever termina por anular a la primera de las objeciones de Moreso contra Villa. Recordemos que, a la luz de esa objeción, se niega la necesaria presuposición de concepciones comprehensivas toda vez que se interpretan cláusulas constitucionales de derechos fundamentales. Ello así sobre la base de la afirmación de que la discusión podía suspenderse en principios intermedios sin que esas concepciones *sean sacadas a la luz*, i.e. puestas en discusión. Pero de acuerdo con la concepción de la presuposición expresada en la segunda objeción, cuando proferimos un juicio, *presuponemos* toda creencia que poseamos acerca de sus fundamentos.

[13] BEAVER, GEURTS 2014. Traducción propia.
[14] GETTIER 1963.

En consecuencia, si cada vez que hacemos una aserción o una atribución de significado a una cláusula constitucional, *presuponemos* todo aquello que aceptamos como fundamento suyo, las coincidencias interpretativas a que apela la primera objeción de Moreso no podrán ya ser consideradas genuinos acuerdos o consensos. Pues que las concepciones comprehensivas *no sean puestas en juego*, i.e. el no traerlas a colación o sacarlas a la superficie, no las eliminaría como presupuestos presentes en el trasfondo. Así como ni José Juan ni Chiara explicitan o ponen en juego las razones por las que creen que José Luis no llegará antes de las 21 h., ni el católico ni el liberal lo hacen cuando llegan a la misma conclusión interpretativa respecto de cláusulas constitucionales sobre la base de, por hipótesis, principios intermedios: aunque parezca que estén de acuerdo, en la concepción amplia de Moreso, no lo están. Bajo esta concepción de la presuposición, en uno u otro caso el consenso es espurio. Más: habría de considerarse producto de un acuerdo meramente aparente incluso el trabajo de BEAUCHAMP, CHILDRESS (2013), por cuanto cada autor *presupone* bases justificativas distintas para sus conclusiones putativamente coincidentes.

Para que la primera objeción se torne plausible, tiñendo a estos consensos de autenticidad, es indispensable rechazar esa concepción amplia de la presuposición. Pues en la medida en que la proposición aseverada o la atribución de significado sea la misma, habrá consenso, acuerdo, sin perjuicio de que los fundamentos que eventualmente podrían invocarse fueren divergentes. Pero entonces, al tiempo que la primera objeción de Moreso recobra plausibilidad, la segunda la pierde por completo, al menos a la luz de *este* argumento. De conformidad con él, recordemos, se sostiene que si un laico juzga que

(8) facilitar el fin de la vida de Welby es moralmente correcto

y un católico juzga (en exactamente las mismas circunstancias) que ello es moralmente incorrecto, no hay desacuerdo genuino. Mas esta conclusión es producto exclusivo de la asunción de la concepción amplia de la presuposición, dado que lo que *cancela* el carácter genuino del desacuerdo a la luz del argumento es que el laico y el católico "presuponen" *fundamentos distintos* de modo que discuten sobre cosas diferentes.

En este punto, Moreso aduce como razón adicional para mostrar que no se trata de un desacuerdo genuino que es «comprensible, incluso, que un laico acepte que (8) es falso desde el punto de vista católico y que un católico acepte que (8) es verdadero desde la perspectiva laica»[15]. Una vez más: esto es producto exclusivo también del colapso entre fundamento y presuposición. Por ejemplo, del hecho de que una persona pueda entender que desde el punto de vista de la teoría geocéntrica se sigue, por caso, que

(8') cada planeta del sistema solar es movido por al menos dos esferas de las cuales una es el deferente y la otra es el epiciclo,

no se sigue que cuando esa misma persona niega esta aserción (dado que en realidad acepta al sistema copernicano) no trabe un genuino desacuerdo con quien (aceptación mediante del sistema ptolemaico) la sostiene. El punto es que aquí parece fácil ver cómo el desacuerdo se resolvería y por qué lo calificaríamos como uno culpable[16], mas no hay buenas razones para dudar de su genuinidad. Así, a la luz de este argumento, si los acuerdos a que Moreso alude en su primera objeción son genuinos por poderse llegar a consensos suspendiendo el juicio en las bases comunes y dejando a las concepciones comprehensivas en el trasfondo[17], pues también son genuinos los desacuerdos cuya autenticidad se niega en la segunda objeción.

[15] MORESO 2017.

[16] *Pace* algunas formas de escepticismo más o menos radicales.

[17] Por cierto: uno podría estar de acuerdo sobre una conclusión y pasar a discutir los fundamentos, pero esto es cosa distinta.

5. En suma, el argumento de Moreso nos deja frente un dilema. Si suscribimos la identificación entre fundamento y presuposición de la que se infiere que los desacuerdos interpretativos profundos no son genuinos, entonces la segunda objeción de Moreso puede funcionar; pero no la primera. Pues hay que negar que los acuerdos o consensos alcanzados suspendiendo el juicio en los *principios intermedios* sean casos de acuerdo o consenso genuino, al menos en tanto las concepciones comprehensivas de fondo no se compartan. Por el contrario, si rechazamos la identificación entre fundamento y presuposición para poder entender a estos últimos casos como acuerdos auténticos, entonces la primera objeción de Moreso puede funcionar. Esto es lo más acorde a la visión estándar sobre la presuposición en la filosofía del lenguaje. No obstante, en este segundo caso, la segunda objeción de Moreso pierde toda su plausibilidad: pues toda vez que haya un desacuerdo sobre los resultados interpretativos relativos a las cláusulas constitucionales de derechos fundamentales (y toda vez que no haya error de quienes disputan la interpretación en la aplicación de los principios intermedios eventualmente consensuados) no quedaría más remedio que reconocerlo como desacuerdo genuino. Ello así a pesar de que la disquisición provenga del no compartirse las concepciones comprehensivas de fondo, los *fundamentos metaéticos*, como Villa los llama. Para este último, además, esos desacuerdos serán sin culpa e irresolubles.

Por cierto, que este argumento en particular no funcione no da la razón definitivamente a Villa. En efecto, podría insistirse en que el desacuerdo no es genuino por medio de otros argumentos, o bien concederse que se trata de desacuerdos auténticos, pero que lo son con culpa y/o resolubles. Esto último, en virtud de que, así como hay razones para rechazar la teoría ptolemaica frente a la copernicana, hay razones para aceptar una y no la otra de las concepciones comprehensivas en el trasfondo de la disputa interpretativa. De todos modos, esto llevaría nuestra discusión a un sitio al que no se la quería llevar, esto es: al subsuelo, allí donde están los cimientos que, al menos en principio, no eran objeto de controversia.

Referencias bibliográficas

BEAUCHAMP T.L., CHILDRESS J.F. 2013. *Principles of Biomedical Ethics*, New York-Oxford, Oxford University Press.

BEAVER D.I., GEURTS B. 2014. *Presupposition*, in «The Stanford Encyclopedia of Philosophy», Winter 2014 Edition (Edward N. Zalta Ed.). Disponible en: https://plato.stanford.edu/entries/presupposition/ (consultado el 21/04/2019).

DUMMETT M. 1996. *La base logica della metafisica*, Bologna, il Mulino.

GETTIER E. 1963. *Is justified true belief knowledge?*, in «Analysis», 23, 1963, 121 ss.

MORESO J.J. 2009. *La Constitución: modelo para armar*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons.

MORESO J.J. 2017. *Villa sobre los desacuerdos interpretativos. ¿Pueden ser genuinos y sin culpa?*, in «Diritto & Questioni pubbliche», XVII, 2, 2017, 325 ss.

SBISÀ M. 2007. *Detto non detto: Le forme della comunicazione implicita*, Bari, Laterza.

STRAWSON P.F. 1950. *On Referring*, in «Mind», 59, 235, 1950, 320 ss.

VILLA V. 2017. *Disaccordi interpretativi profondi. Saggio di metagiurisprudenza ricostruttiva*, Torino, Giappichelli.

AUTONOMOUS DRIVING

TRA EVOLUZIONE TECNOLOGICA E QUESTIONI GIURIDICHE

ALESSANDRO **DI ROSA**

&dq

Autonomous driving
Tra evoluzione tecnologica e questioni giuridiche

Autonomous Driving
Between Technological Evolution and Legal Issues

ALESSANDRO DI ROSA

Dottorando di Ricerca presso l'Università degli Studi di Parma (in "Scienze giuridiche") e presso l'Universidad Carlos III de Madrid (in "Estudios Avanzados en Derechos Humanos") in regime di doppia cotutela internazionale.
E-mail: alessandro.dirosa@unipr.it

ABSTRACT

Nell'articolo si affronta il tema delle sfide giuridiche poste dall'*autonomous driving*. Dopo un'introduzione dello stato dell'arte della questione a livello tecnico, si ripercorre il *legal framework* internazionale ed europeo sulla questione, per poi passare all'analisi comparatistica delle esperienze giuridiche di alcuni ordinamenti nazionali (Francia, Svezia, Regno Unito, Germania e Stati Uniti). In particolare, ci si sofferma sul dibattito statunitense per vagliare la possibile applicazione di alcune delle sue categorie e riflessioni all'ordinamento giuridico italiano.

The article analyses some legal challenges of autonomous driving. After an introduction on the technical state-of-the-art, international and European legal frameworks are outlined; then, a comparative analysis of some national legal systems is carried out (France, Sweden, the United Kingdom, Germany and the United States). In particular, the US legal debate allows to make the case for the feasible application of some of its categories and reflections to the Italian legal system.

KEYWORDS

autonomous driving, inquadramento giuridico, questioni giuridiche

autonomous driving, legal framework, legal issues

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Autonomous driving
Tra evoluzione tecnologica e questioni giuridiche

ALESSANDRO DI ROSA

0. *Introduzione* – 1. *La guida automatica: definizioni, stato dell'arte e analisi costi/benefici* – 2. *Il* legal framework *internazionale ed europeo* – 3. *Alcuni esempi di normative nazionali in tema di* autonomous driving – 4. *Il contesto statunitense e il relativo dibattito* – 5. *L'ordinamento italiano: approcci* de jure condito *e* de jure condendo.

0. *Introduzione*

Con l'espressione "guida automatica" (in inglese *autonomous* o *automated driving*) si indica l'utilizzo di tecnologie avanzate volte ad una progressiva automatizzazione della guida di veicoli (*automated vehicles*) che, in una scala che misura tale progressione, possono arrivare a "guidarsi da soli" (*self-driving vehicles*).

Queste tecnologie costituiscono una sfida per il sistema giuridico – oltre che per la riflessione etico-filosofica –, poiché generano domande sulla possibilità di applicare alla guida automatica le norme già esistenti (secondo un approccio *de jure condito*) o, al contrario, sulla necessità di prevedere nuove norme (secondo un approccio *de jure condendo*).

Si tratta di un settore alquanto "inedito" della riflessione giuridica, tant'è che la letteratura che affronta questi temi (soprattutto quella italiana) è ancora piuttosto scarsa. Tuttavia, soprattutto in ambito statunitense (per ragioni che si comprenderanno nel prosieguo), non manca chi ha tentato di dare una prima risposta giuridica al problema, che apre numerosi interrogativi sul *legal framework* in cui si inserisce la questione della guida automatica.

> «Imagine that someone invents a time machine. Does she break the law by using that machine to travel to the past? Whether the new technology is time machines or automated vehicles, the answer is not an automatic yes or no. Instead, that answer requires thoughtful consideration of existing law – and begins with the common law's presumption of legality» (SMITH 2014, 414).

La presunzione di legalità cui spesso ci si richiama nel dibattito statunitense è ciò che consente di iniziare ad occuparsi del problema da un punto di vista giuridico già con una supposizione: che le *driverless cars* siano probabilmente legali negli Stati Uniti (cfr. SMITH 2014).

Nei contesti di *civil law* come quello italiano, al contrario, il principio per cui «[t]here is no principle more essential to liberty, or more deeply imbued in our law, than that what is not

* Questo lavoro è frutto degli incontri conoscitivi, del dialogo e della condivisione di riflessioni nell'ambito di un progetto interdipartimentale di ricerca sui temi dell'*autonomous driving* che unisce competenze ingegneristiche, economiche e giuridiche. Ringrazio, *in primis*, il Prof. Gianfrancesco Zanetti, Direttore del Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità (CRID), per avermi concesso questa opportunità e, soprattutto, per i suoi preziosi consigli. Devo la messa a punto di molte riflessioni al Prof. Simone Scagliarini, membro del Consiglio del CRID, che ringrazio per le sue infinite pazienza e disponibilità. Ringrazio, inoltre, il Prof. Thomas Casadei, membro della Giunta del CRID, per alcuni suggerimenti relativi al testo (e molto altro). Ringrazio poi per il confronto su alcuni aspetti del progetto i Professori Marko Bertogna, Giacomo Cabri, Mirco Marchetti, Giovanni Sartor, Stefano Zunarelli, Chiara Alvisi e Giuseppe Contissa e le Dott.sse Francesca LaGioia e Noemi Maniscalco. Un ringraziamento particolare, poi, lo devo soprattutto a Francesco Amici, oltre che a Maria Barberio e Manuela Tagliani.

prohibited, is permitted»[1], come è noto, non può essere applicato indistintamente a tutte le norme e, soprattutto, a tutti i settori dell'ordinamento.

In questo lavoro preliminare, lungi dal prefiggersi l'obiettivo di fornire una risposta giuridica esaustiva che sia in grado di determinare lo "status di legalità" degli *automated vehicles* nell'ordinamento italiano, si tenterà di trattare la questione dal punto di vista delle sfide che questo nuovo tipo di tecnologia pone al diritto. In particolare, la trattazione tenterà di mettere a fuoco alcune delle risposte che sono state avanzate nel dibattito statunitense e, a fronte della sostanziale mancanza di letteratura italiana sul tema (salvo qualche eccezione), ci si domanderà circa la percorribilità (o meno) della medesima via anche entro l'ordinamento italiano.

A tal fine, si seguirà il seguente schema: dopo aver introdotto il tema della guida automatica sotto un profilo generale, che tiene insieme le considerazioni di rilievo tecnico, lo stato dell'arte e una breve analisi dei suoi costi e benefici (§ 1), si introdurrà il *legal framework* a livello internazionale ed europeo, al fine di un primo inquadramento del problema dal punto di vista giuridico (§ 2); si passeranno in rassegna le esperienze giuridiche di alcuni ordinamenti nazionali, che testimoniano, in alcuni Paesi, l'esistenza di una riflessione e di prime strategie di intervento con strumenti giuridici (§ 3); si riassumeranno brevemente i caratteri del contesto statunitense, con particolare attenzione alla strategia interpretativa prevalente in quel contesto (§ 4); si tenterà di vagliare la possibilità di applicazione dell'impostazione elaborata in seno al dibattito statunitense anche all'interno dell'ordinamento italiano, tenendo tuttavia in considerazione le peculiarità di quest'ultimo, nonché profilando le distinte possibilità cui possono portare una riflessione *de jure condito* e *de jure condendo* (§ 5).

1. *La guida automatica: definizioni, stato dell'arte e analisi costi/benefici*

Per cominciare, è opportuno interrogarsi circa *quali* tecnologie siano oggi raggruppate sotto l'ampia – e per certi versi fuorviante – definizione di "guida automatica". Se, come si diceva in apertura, è possibile distinguere tra un generico concetto di *automated vehicle* e un concetto più ristretto, quello di *self-driving vehicle*, risulta evidente la possibilità di suddividere per livelli il grado di automazione cui un veicolo può essere soggetto.

Nei documenti diffusi dalle amministrazioni pubbliche, nonché nei contributi scientifici che tentano un primo approccio al tema, è invalso il riferimento alla suddivisione in *sei* livelli di automazione della guida (GAETA 2016, 1720; LOSANO 2017, 3; DAVOLA, PARDOLESI 2017, 618)[2], che impiegano tecnologie diverse[3]. Tralasciando il *livello 0*, ovvero "nessuna automazione", è possibile distinguere:

1) un *livello 1*, che indica i sistemi di *driver assistance* cui è consentito, sempre e comunque previa abilitazione da parte del conducente, accelerare e/o frenare (è il caso dei sistemi di *parking assist*);

2) un *livello 2*, di *partial automation*, in cui è il sistema stesso ad accelerare, frenare e/o sterzare, mentre rimangono in capo al conducente tutte le altre attività relative alla guida (si tratta dei sistemi, utilizzati soprattutto nei rettilinei, che permettono al veicolo di seguire il flusso del traffico e la linea divisoria delle corsie);

[1] *United States v. Gourde*, 440 F.3d 1065, 1081 (9th Cir. 2006).

[2] Si veda, a titolo esemplificativo, il documento della Society of Automotive Engineers, *International Standard J3016*, disponibile in: http://www.sae.org/misc/pdfs/automated_driving.pdf (consultato il 31/01/2018).

[3] Per una definizione del tipo di tecnologie impiegate per i diversi livelli, si veda il report (diffuso online) del "Norton Rose Fulbright" law firm, *Autonomous Vehicles. The legal landscape in the US and Germany*, luglio 2016, 1-49, disponibile in: http://www.nortonrosefulbright.com/files/20160726-autonomous-vehicles-the-legal-landscape-in-the-us-and-germany-141559.pdf (consultato il 12/10/2018).

3) un *livello 3*, di *conditional automation*, in cui il sistema svolge tutte le funzioni della guida, ricevendo informazioni dall'ambiente circostante, ma spetta comunque al conducente l'attività di sorveglianza sul corretto funzionamento del sistema, oltre che il calcolo degli imprevisti (si tratta del medesimo sistema del livello 2, con la capacità ulteriore di riconoscere i veicoli ed evitarli);

4) un *livello 4*, di *high automation*, capace, oltre alle funzioni del livello 3, di portare a termine anche eventuali funzioni aggiuntive (ad esempio la guida in condizioni difficili e non previste) sulla base di un calcolo prudenziale del miglior comportamento, anche quando il conducente non interviene (è il caso del sistema, attivato dal conducente, al quale si danno inizialmente parametri quali la velocità massima e la destinazione, senza necessità di monitoraggio costante)[4];

5) un *livello 5*, di *full automation*, in cui il sistema sostituisce completamente il conducente umano[5] (è un'ipotesi considerata ancora "di scuola", poiché non si rinvengono sul mercato veicoli privati in produzione con queste caratteristiche; tuttavia si veda [cfr. *infra*], il riferimento alla *Google Car*).

Tra il livello 2 e il livello 3, come riporta la tassonomia della *Society of Automotive Engineers* (*SAE International*), vi è un vero e proprio spartiacque dal punto di vista ingegneristico: mentre al livello 2 il soggetto che monitora le condizioni di guida e l'ambiente in cui essa si svolge rimane la persona umana, al livello 3 il sistema è capace di operare tale valutazione in forma autonoma[6]; tuttavia, dal punto di vista giuridico, rimane necessario il controllo del conducente (cfr. § 3).

Vi è un ulteriore concetto-chiave che, dal punto di vista giuridico, appare maggiormente rilevante, ovvero quello di *dynamic driving task*: le funzioni di guida dinamiche, che comprendono, oltre a quelle meramente *operative* (accelerare, decelerare, frenare, sterzare), anche quelle *tattiche* (la capacità di rispondere agli eventi e di decidere quando cambiare comportamento). Fino al livello 3, infatti, chi esegue (o monitora l'esecuzione di) queste funzioni è ancora il conducente, la persona umana; a partire dal livello 4, invece, è il sistema di guida automatico, la cui attività diminuisce sempre più fino ad arrivare al livello 5, dove l'automazione è completa e non vi è più alcuna necessità di intervento umano[7].

Allo stato dell'arte, pare possibile affermare una netta linea di demarcazione – anche per quanto riguarda i risultati raggiunti dalla tecnologia ad oggi – tra *semi-autonomous vehicles* e *fully autonomous vehicles* (cfr. WEST 2016, 4-7). Per quanto riguarda i primi, vi sono esempi di veicoli in produzione presso General Motors e Tesla (RANGER 2016)[8]. Pare, invece, che per i secondi bisognerà aspettare ancora qualche anno, anche se il modello famoso in rete di *Google Car* ha annunciato, nel 2017, di essere ormai giunto alla sperimentazione su strada pubblica di un vero e proprio veicolo completamente *self-driving*, che tuttavia non è ancora in produzione[9]. Guardando al futuro, è possibile affermare che nel decennio 2020-2030 le principali case produttrici di automobili giungeranno a mettere sul mercato veicoli con livelli di automazione sempre mag-

[4] Si stima che tecnologie per giungere ad un tale livello di automazione potranno essere prodotte tra il 2020 e il 2024: cfr. il dossier di Susanne Pillath (PILLATH 2016).

[5] Secondo le stime, veicoli con queste caratteristiche saranno sul mercato tra il 2026 e il 2030: cfr. ivi, 5. Cfr. anche BONAVENTURA 2017.

[6] È questa, infatti, la linea di demarcazione tra i livelli 0-2 e i livelli 3-5 accolta dal Parlamento Europeo; cfr. PILLATH 2016, 5.

[7] Cfr. Society of Automotive Engineers, *International Standard J3016*, cit.

[8] Tesla, peraltro, ha dichiarato alla fine del 2016 che tutte le auto che introdurrà sul mercato saranno dotate dei sensori che, nei prossimi anni, serviranno alla guida completamente automatica, cfr. *Tutte le Tesla ora sono predisposte per la guida automatica*, in «Il Post», 20 ottobre 2016, disponibile in: http://www.ilpost.it/2016/10/20/tesla-guida-automatica/ (consultato il 12/10/2018).

[9] Si veda il progetto *Google Car*, dal quale è successivamente nata, nel 2016, l'impresa *Waymo*, sul sito web di quest'ultima: https://waymo.com/journey/.

giori, sbaragliando la concorrenza rappresentata dalle attuali autovetture non automatiche[10]. Il problema, dunque, «non attiene (più) a profili di incertezza in relazione all'*an*, ma esclusivamente riguardo al *quando*» (DAVOLA, PARDOLESI 2017, 617).

In un siffatto scenario, può essere utile avanzare previsioni relative ai vantaggi e agli svantaggi derivanti dall'impiego di tecnologie di guida automatica.

A onor del vero, nella letteratura sull'*autonomous driving* sono preponderanti gli studi e i riferimenti ai benefici che ne derivano, con un'attenzione minore ai costi e agli svantaggi. Inoltre, come si vedrà, si registra una differenza non solo quantitativa, bensì soprattutto qualitativa.

In molti dei contributi che trattano dei vantaggi della guida automatica, pare ineludibile il riferimento, come punto di partenza, agli attuali costi sociali della guida non automatica (ANDERSON et al. 2016, 9-12): ponendo a confronto i due tipi di guida, vi è chi ha evidenziato (dati e grafici alla mano) come la riduzione del numero degli incidenti sia direttamente proporzionale all'aumento dell'impiego di tecnologie di guida automatica (*ivi*, 12-16). Si riduce, insomma, il rischio di incidenti stradali (GAETA 2016, 1719; BUTTI 2016, 436), soprattutto per l'insensibilità all'errore umano (DAVOLA, PARDOLESI 2017, 617), che è causa di numerosissimi incidenti[11]. Alcune stime dimostrano che il rischio di incidenti nel prossimo futuro potrebbe crollare dell'80% (BRODSKY 2016, 852)[12]. Inoltre, si sono diffusi studi che spiegano in che modo i veicoli automatici potranno diminuire il traffico (ANDERSON et al. 2016, 17-25) e, conseguentemente, far risparmiare tempo (BUTTI 2016, 438; CHENEY 2017). Perdipiù, l'introduzione di taxi automatici potrebbe diminuire il numero complessivo di automobili private, con evidenti benefici per l'ambiente[13] (WEST 2016, 9-11; BROSKY 2016, 852).

Vi è, inoltre, chi argomenta a favore della guida automatica sostenendone il più elevato livello di *safety*, sia del veicolo sia delle condizioni di guida e, dunque, delle infrastrutture ad esso destinate (cfr. THOMAS 2014; FAGNANT, KOCKELMAN 2015, 169 s., 173)[14]. In sostanza, tali veicoli paiono paventare la possibilità di un uso che non rechi danni all'utilizzatore e ai terzi utenti della strada (cfr. PAGE, KRAYEM 2017, 14-17)[15]. A testimonianza della convenienza dello sviluppo delle tecnologie di guida automatizzata (supportata da un'analisi comparatistica dei dati; cfr. BLANCO et al. 2016) vi sono, inoltre, alcuni sistemi concernenti specificamente la tutela del conducente che, non solo a livello teorico, paiono incrementarne il livello di *safety* nell'utilizzo[16].

[10] Si veda, sul punto, il report per *RethinkX Sector*, dal titolo, *Rethinking Transportation 2020-2030. The Disruption of Transportation and the Collapse of the Internal-Combustion Vehicles and Oil-Industries*, pubblicato nel maggio del 2017 e disponibile in: https://static1.squarespace.com/static/585c3439be65942f022bbf9b/t/591a2e4be6f2e1c13df930c5/1494888038959/RethinkX+Report_051517.pdf (consultato il 12/10/2018).

[11] L'errore umano, infatti, è stimato costituire circa il 93% delle cause di incidenti stradali, come riportato da Smith nella sua analisi: si veda SMITH 2013. La percentuale è confermata nell'ultimo report di DEKRA, *Rapporto 2017 sulla sicurezza stradale*, 38-39, disponibile in: https://www.dekra-roadsafety.com/media/04archiv/pdf/dekra_evs_report_2017_it_170807.pdf (consultato il 31/01/2018). Inoltre, a livello mondiale, l'Organizzazione Mondiale della Sanità (nel *factsheet* dal titolo *Road Traffic Injuries*, disponibile in: www.who.int/mediacentre/ factsheets/fs358/en, consultato il 12/10/2018) stima che il numero di incidenti stradali mortali sia di 1,25 milioni all'anno. In Italia, solo nel 2014, ne sono avvenuti 3.381, secondo le statistiche ISTAT sugli incidenti stradali in Italia, disponibile in www.istat.it/it/archivio/172481 (consultato il 12/10/2018).

[12] Si veda lo studio diffuso da KPMG International, *Marketplace of Change: Automobile Insurance in the Age of Autonomous Vehicles*, ottobre 2015, 25, disponibile in: https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/pdf/2016/06/id-market-place-of-change-automobile-insurance-in-the-era-of-autonomous-vehicles.pdf (consultato il 12/10/2018).

[13] Cfr. lo studio (richiamato da BRODSKY 2016) comparso una decina d'anni fa, sull'eccessivo inquinamento causato dai veicoli a motore e sulle possibilità di riduzione dello stesso attraverso i veicoli a guida automatica: SHAHEEN, LIPMAN 2007.

[14] Si veda, a tal proposito, la relazione finale di THOMAS 2014. Sullo stesso tema, cfr. FAGNANT, KOCKELMAN 2015, 173.

[15] Per una breve disamina dei punti chiave attorno ai quali si snoda la riflessione sui problemi derivanti dalla guida automatica si veda PAGE, KRAYEM 2017.

[16] Si tratta degli ADAS (*Advanced Driver-Assistant Systems*), alcuni dei quali sono già in commercio, come, ad esempio, le telecamere (con relativi segnali sonori) che assistono nelle operazioni di parcheggio.

Inoltre, il rispetto dell'obbligo di registrazione dei dati (oltre che della loro protezione[17]) metterebbe a disposizione informazioni in base alle quali sarà più facile determinare le dinamiche che hanno portato al verificarsi di un incidente[18]: dati che, peraltro (secondo uno studio condotto attraverso un progetto finanziato dalla Commissione Europea), aumentano i livelli di *awareness* nella guida per timore della sanzione[19].

Da ultimo, le tecnologie di guida automatica, riducendo il necessario grado di intervento e controllo umano, consentirebbero di usufruire della strada anche a soggetti che altrimenti non sarebbero nelle condizioni ideali per la guida, come ad esempio gli anziani (BURKHARDT et al. 1996; HARRISON, RAGLAND 2003; ROSENBLOOM 2001 e 2012; ANDERSON et al. 2016, 16 s.; BUTTI 2016, 438).

Come si è detto in precedenza (v. *supra*), la letteratura in tema di svantaggi della guida automatica differisce da quella sui benefici anche da un punto di vista *qualitativo*. Questo perché essa è maggiormente fondata sul *dubbio*, sull'*incertezza* e sul *rischio* di "technology failure" (ROSENZWEIG, BARTL 2015, 3; MERAT et al. 2014). Certo, non mancano alcuni studi fondati sull'evidenza dei dati e delle prove, come, ad esempio, nel caso di chi argomenta che uno dei maggiori rischi della guida automatica consiste nell'inevitabile calo dell'attenzione del conducente, che, soprattutto nei veicoli semi-automatici, potrebbe comportare conseguenze devastanti derivanti dal mancato intervento in situazioni difficili (MERAT et al. 2014; HAMISH JAMSON et al., 2013; WEYER et al., 2015; ROSENZWEIG, BARTL 2015). Tuttavia, gli studi paiono concentrarsi su possibili accadimenti disastrosi dei quali, tuttavia, non pare dimostrata l'inevitabilità.

Coloro che avanzano previsioni negative in termini di effetti, lo fanno a partire da aspetti economici (come, ad esempio, il rischio di riduzione dei parcheggi pubblici per mancato utilizzo, che condurrebbe al collasso delle finanze municipali; ANDERSON et al. 2016, 39) e/o di giustizia sociale: è il caso di chi ha argomentato a sfavore della guida automatica a partire dalla previsione della riduzione del trasporto pubblico, dei proventi da esso derivanti e della conseguente impennata del trasporto privato (cfr. ARIEFF 2016), il cui rischio è quello di «perpetuate our individualistic car-centered society by starving public transit of riders» (ANDERSON et al. 2016, 39). Una ricaduta connessa all'incentivazione del trasporto privato contro quello pubblico, peraltro, è costituita dalla previsione di possibile perdita di posti di lavoro[20] (anche se, in realtà, si potrebbe parimenti prospettare la creazione di nuovi posti di lavoro in settori differenti: BUTTI 2016, 439).

[17] Sul tema si veda, in particolare, il lavoro del *Working Party on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data*, istituito dalla Direttiva 95/46/EC del Parlamento Europeo e del Consiglio (con riferimento agli artt. 29 e 30). Il gruppo di lavoro, a carattere consultivo ed indipendente, ha il compito di «esaminare ogni questione attinente all'applicazione delle norme nazionali di attuazione» della direttiva e, tra gli altri, anche quello di «consigliare la Commissione in merito a ogni progetto di modifica della [...] direttiva [...] con riguardo al trattamento dei dati personali». Del *Working Party*, in particolare, risulta utile la consultazione del documento *Guidelines on Data Protection Officers (DPOs)*, adottato il 13 dicembre 2016, disponibile in: www.ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=43823 (consultato il 31/01/2018). Il documento potrà risultare di grande aiuto per la definizione delle norme da applicare ai sistemi di gestione dei dati *vehicle-to-vehicle* e *vehicle-to-infrastructure*.

[18] Si veda la definizione di «*accident data recorder*» data dalla Commissione Europea nel documento *Cost-Benefit Assessment and Prioritisation of Vehicle Safety Technologies*, gennaio 2006, disponibile in: https://ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/roadsafety/files/pdf/projects_sources/vehicle_safety_technologies_final_report.pdf (consultato il 12/10/2018).

[19] European Commission, *Vehicle Event Recording based on Intelligent Crash Assessment*, novembre 2006, disponibile al seguente link: https://ec.europa.eu/transport/road_safety/sites/roadsafety/files/pdf/projects_sources/veronica_final_report.pdf (consultato il 12/10/2018).

[20] Cfr. il report diffuso dalla *Morgan Stanley*, intitolato *Autonomous Cars. Self-Driving the New Auto Industry Paradigm*, novembre 2013, 48, disponibile in: https://orfe.princeton.edu/~alaink/SmartDrivingCars/PDFs/Nov2013MORGAN-STANLEY-BLUE-PAPER-AUTONOMOUS-CARS%EF%BC%9A-SELF-DRIVING-THE-NEW-AUTO-INDUSTRY-PARADIGM.pdf (consultato il 12/10/2018).

Sempre sul fronte del rischio, una delle principali preoccupazioni dei giuristi pare essere il possibile *hacking* dei dati (LOSANO 2017, 3; DAVOLA, PARDOLESI 2017, 617). Infatti, va da sé che l'utilizzo di nuove tecnologie di automatizzazione, sempre più precise e pervasive, giunge alla creazione di nuovi tipi di dati, ciò che genera la problematica della possibilità di accesso agli stessi[21]. Dati di questo tipo possono includere la posizione del veicolo, le condizioni del conducente, della strada e delle infrastrutture, la presenza di altri utenti della strada e di altri veicoli (e dei rispettivi conducenti), nonché, più in generale, tutte le attività che normalmente su strada si svolgono in regime (più o meno) di *privacy* – e che, invece, con l'avvento delle *connected cars*, con i loro sistemi di rilevamento del traffico, le connessioni *wireless* e la capacità di fornire informazioni dettagliate sulla posizione dei veicoli in ogni momento e sulle attività svolte dai conducenti, verrebbero poste "in pericolo" (LEE 2013), consentendo un'eccessiva esposizione di dati personali (cfr. GLANCY 2012) rilevanti anche già solo da un punto di vista quantitativo (VAN DEN BOOM 2017, 17-20). Ciò genera la possibilità di interferire con le norme sulla *privacy* degli utenti della strada (FAGNANT, KOCKELMAN 2015, 178; cfr. GILBERT, ZALLONE 2016), portando lo stadio della riflessione sul tema ad un livello ulteriore nel quale parrebbe quasi totalmente inevitabile il suo sacrificio sull'altare della sicurezza. Peraltro, il "mito" del binomio "tecnologia-sicurezza" nel caso dei veicoli a guida automatica porterebbe, secondo alcuni, a ritenere erroneamente che concentrarsi sui benefici significhi «sottostimare svantaggi non prevedibili e di portata ignota» (COSTANTINI, MONTESSORO 2016, 103 s.).

Da ultimo, vi è la questione della tutela della *cybersecurity* contro il furto dei dati (sia personali sia infrastrutturali, con possibilità di causare danni elevati), i cui livelli di rischio sono stimati essere piuttosto elevati[22]. Vi è chi ha sostenuto la possibilità di criptare i dati proprio per prevenire attacchi di questo tipo; e, tuttavia, così facendo si influirebbe negativamente sulla possibilità del loro utilizzo per l'accertamento delle responsabilità da reato (COLLINGWOOD 2017, 37). In sostanza, vi è la necessità di interrogarsi sull'opportunità, da parte di tali sistemi, di conformarsi alle norme sulla protezione dei dati[23] – così come sull'eventualità che anche queste ultime risultino datate: l'ambito della regolazione giuridica del diritto alla riservatezza, d'altronde, com'è noto, si caratterizza per una velocità evolutiva sempre più elevata[24].

Non pare possibile, dunque, quantomeno per il momento, prendere posizione con certezza sulla preponderanza dei *pro* rispetto ai *contro*, anche e proprio per il fatto che questi ultimi sono perlopiù domande e interrogativi che paventano scenari, se non catastrofici, sicuramente negativi, ma non forniscono una comprovata evidenza delle conseguenze. Una cosa, però, pare

[21] Su alcune problematiche relative all'accesso ai dati ai fini dell'*enforcement* delle normative, della determinazione della responsabilità da incidente e della protezione della *privacy* si veda il *policy paper* diffuso dalla National Transport Commission australiana, *Regulatory Reforms for Automated Road Vehicles*, novembre 2016, 63-73, disponibile in: https://www.ntc.gov.au/Media/Reports/(32685218-7895-0E7C-ECF6-55117684E27).pdf (consultato il 12/10/2018).

[22] VALASEK, MILLER 2014. Ringrazio il Professor Mirco Marchetti, del Dipartimento di Ingegneria "Enzo Ferrari" dell'Università di Modena e Reggio Emilia, per alcuni spunti riguardanti la *cybersecurity* con riferimento al settore *automotive*, messi a punto in occasione di una sua lezione seminariale nell'ambito del Corso di Informatica giuridica (tenuto dai Professori Gianfrancesco Zanetti e Thomas Casadei) dell'a.a. 2017/2018, svoltasi presso il Dipartimento di Giurisprudenza il 23 ottobre 2017. Sulla problematica degli attacchi cibernetici ai veicoli rimando a STABILI et al. 2017.

[23] Si veda, ad esempio, la Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 Ottobre 1995 sulla protezione degli individui con riguardo all'utilizzo di dati personali, così come la Direttiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002, che riguarda la protezione della *privacy* nel settore delle comunicazioni elettroniche. Peraltro, la Direttiva del 1995 è stata destinata a trovare applicazione solo fino al 6 maggio 2018, data in cui è entrato in vigore il nuovo Regolamento dell'Unione Europea (2016/679, *General Data Protection Regulation*), il quale sostituisce la direttiva mirando all'uniformità dell'applicazione in tutti i Paesi membri dell'Unione – contrariamente a quanto avveniva dal 1995, dato l'utilizzo dello strumento della direttiva.

[24] Si veda, *ex multis*, RODOTÀ 1997; ID. 2012, 319-333 e 378-426. Da ultimo, inoltre, ne è testimonianza SCAGLIARINI 2017, 49-66. Peraltro, sul tema della necessaria limitazione del diritto alla riservatezza si veda SCAGLIARINI 2013.

piuttosto evidente: i veicoli si trasformeranno «da un oggetto da possedere ad un servizio di cui usufruire» (BUTTI 2016, 439).

Dopo aver introdotto la problematica e averne analizzato gli aspetti principali in termini tecnici e di opportunità, è bene entrare nel vivo della questione più strettamente giuridica, partendo con l'inquadramento del fenomeno nel contesto giuridico internazionale ed europeo.

2. *Il* legal framework *internazionale ed europeo*

Nella ricerca sul *legal framework* in tema di guida automatica a livello internazionale ed europeo, è giocoforza il riferimento alle convenzioni internazionali che regolano il traffico stradale. Si tratta della Convenzione di Ginevra del 1949 e della Convenzione di Vienna del 1968. Quest'ultima, su impulso delle Nazioni Unite, ha avuto l'obiettivo di aggiornare la precedente Convenzione del 1949.

Tutti gli Stati dell'Unione Europea hanno firmato la Convenzione del 1968, salvo che la Spagna e il Regno Unito, pur avendola firmata, non l'hanno ratificata. A livello internazionale, invece, si segnala che non rientrano tra gli Stati firmatari gli Stati Uniti (cfr. *infra*, § 4) e la Cina. Tuttavia, gli Stati Uniti rimangono parte dell'UNECE (*United Nations Economic Commission for Europe*)[25], interlocutore fondamentale per le discussioni e gli emendamenti alla Convenzione del 1968.

In entrambe le convenzioni, le norme sul conducente sono stabilite all'art. 8: l'impianto seguito, sia in quella del 1949[26] sia in quella del 1968[27], è pressoché il medesimo, dal momento che la seconda convenzione non intende semplicemente porsi in relazione di sostituzione con la prima, bensì di aggiornamento, restringendo alcune norme da applicarsi a chi si pone alla guida di autoveicoli. È evidente già nel primo comma di entrambi gli articoli che gli Stati firmatari delle due convenzioni concepivano la guida di un veicolo in maniera non disgiunta dalla presenza di un soggetto *driver*. Sulla base delle date di stipulazione delle convenzioni – e dell'avanzamento tecnologico dell'epoca – è superfluo precisare che non ci si prefigurasse il problema che il guidatore potesse non essere una *persona umana*.

Operando una comparazione tra i commi 5 di entrambi gli articoli, è inoltre possibile affermare che le convenzioni possono ritenersi non violate qualora il guidatore, pur presente, non conduca personalmente tutte le attività relative alla guida ma rimanga pronto a riprendere il controllo del veicolo e ad interagire con esso in caso di problemi – il tutto in correlazione all'obbligo, sancito dal comma 4 della versione del 1968, che i guidatori siano nel possesso delle capacità e delle conoscenze necessarie alla guida del veicolo stesso.

Ad ogni modo, l'obiettivo dei due articoli, sia nel 1949 sia nel 1968, non era tanto quello di proibire la guida automatica, bensì quello di imporre al guidatore il controllo su quei veicoli che possiedono un'autonoma volontà che può influire sulla "guida": gli animali. Si può dire, dunque, che in entrambe le previsioni *non* è individuabile una *ratio* di limitazione della guida automatizzata.

[25] Ulteriore elemento di complessità consiste nel fatto che vi sono anche Stati che, pur essendo parte della Convenzione di Vienna, non hanno accettato le direttive dell'UNECE in tema di standard tecnici per gli autoveicoli. Sul punto, si veda il documento dell'European Transport Safety Council, *Prioritising the Safety Potential of Automated Driving in Europe*, April 2016, disponibile in: http://etsc.eu/wp-content/uploads/ 2016_automated_driving_briefing_final.pdf (consultato il 12/10/2018).

[26] Art. 8 Geneva Convention: «1. Every vehicle or combination of vehicles proceeding as a unit shall have a driver. [...] 5. Drivers shall at all times be able to control their vehicles or guide their animals. When approaching other road users, they shall take such precautions as may be required for the safety of the latter».

[27] Art. 8 Vienna Convention: «1. Every moving vehicle or combination of vehicles shall have a driver. [...] 4. Every driver of a power-driven vehicle shall possess the knowledge and skill necessary for driving the vehicle [...]. [...] 5. Every driver shall at all times be able to control his vehicle or to guide his animals».

Inoltre, l'art. 13 della Convenzione di Vienna – che non vincola il legislatore statunitense – (elemento importante da tenere in considerazione nell'analisi della problematica negli USA, come si vedrà nel § 4) sancisce requisiti ancora più stringenti per la guida[28]: il necessario *controllo* del veicolo al fine di poter in ogni momento condurre le manovre che lo stesso richieda e la possibilità di adeguare la velocità alle condizioni della strada.

È pur vero che, in linea teorica – per il momento – si possono immaginare complessi sistemi ingegneristici di automazione che, con lo scopo di mettere in commercio le *driverless car*, siano in grado di valutare tutte le suddette circostanze. Proprio per rispondere a questa necessità, infatti, nel marzo del 2014 il *Working Party on Road Traffic Safety (WP.1)*, organo intergovernativo responsabile dell'amministrazione delle convenzioni internazionali relative al traffico stradale, ha approvato un emendamento[29] alla Convenzione di Vienna in virtù del quale i sistemi che influenzano la guida dei veicoli, così come altri sistemi che possono essere disabilitati o spenti, saranno considerati legali.

L'emendamento è entrato in vigore il 23 marzo 2016 per tutti gli Stati parte della Convenzione. La più significativa specificazione di tale emendamento consiste nella possibilità, per il guidatore, di *togliere le mani dal volante*: si legittimano i sistemi di guida automatica solo fintanto che consentano a chi è alla guida di spegnerli o riprendere *personalmente* il controllo del veicolo, impedendo manovre pericolose. La bipartizione del nuovo comma 5-*bis* dell'art. 8 della Convenzione di Vienna permette dunque due strade: a) la possibilità di guidare con sistemi di guida automatica a condizione che questi rispettino le regole internazionali (il riferimento implicito è a quelle emanate dall'UNECE); in questo modo, se a livello europeo si giungesse, attraverso le *Regulations* dell'UNECE, all'approvazione di livelli di automazione maggiore[30], il comma 5-*bis* fungerebbe da "clausola aperta", permettendo alla Convenzione di adeguarsi direttamente ad esse; b) l'utilizzo di sistemi di aiuto alla guida a patto che il guidatore sia in ogni momento nella possibilità di riprendere il comando del veicolo o di spegnere il sistema.

Ciò significa che, allo stato dell'arte, per ciò che concerne il rispetto della legalità internazionale, sono giuridicamente ammessi veicoli automatici con un livello di automazione 2 o 3 (al livello 3, infatti, le *dynamic driving task* sono ancora esercitate dal conducente; cfr. *supra*, § 1), ma non di livello 4 o 5 (guida *completamente* automatica, in cui le funzioni dinamiche sono di competenza del veicolo).

[28] Art. 13 Vienna Convention: «1. Every driver of a vehicle shall in all circumstances have his vehicle under control so as to be able to exercise due and proper care and to be at all times in a position to perform all manoeuvres required of him. He shall, when adjusting the speed of his vehicle, pay constant regard to the circumstances, in particular the lie of the land, the state of the road, the condition and load of his vehicle, the weather conditions and the density of traffic, so as to be able to stop his vehicle within his range of forward vision and short of any foreseeable obstruction. He shall slow down and if necessary stop whenever circumstances so require, and particularly when visibility is not good».

[29] Amendment to art. 8.5-bis Vienna Convention: «Vehicle systems which influence the way vehicles are driven shall be deemed to be in conformity with paragraph 5 of this Article and with paragraph 1 of Article 13, when they are in conformity with the conditions of construction, fitting and utilization according to international legal instruments concerning wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted and/or be used on wheeled vehicles. Vehicle systems which influence the way vehicles are driven and are not in conformity with the aforementioned conditions of construction, fitting and utilization, shall be deemed to be in conformity with paragraph 5 of this Article and with paragraph 1 of Article 13, when such systems can be overridden or switched off by the driver».

[30] Per una panoramica sulle *regulations* dell'UNECE incompatibili con la guida automatica si veda LUTZ 2016. Sullo stesso tema, un'analisi delle regole europee è stata pubblicata dal Seventh Framework Programme (GA n. 610990) della Commissione Europea, che ha avviato un progetto (*Companion*) sullo studio del *car platooning*, al punto intitolato *Current State of EU Legislation*, disponibile in: http://www.companion-project.eu/wp-content/uploads/COMPANION-D2.2-Current-state-of-the-EU-legislation.pdf (consultato il 12/10/2018).

Inoltre, si tenga presente che tra le *Regulation* dell'UNECE in tema di requisiti tecnici degli autoveicoli[31] vi è la n. 79, che statuisce che i veicoli con tecnologie che facilitano la guida *non* possono essere utilizzati se non nei rettilinei: il caso di *steering* (l'attività di sterzare, dunque far curvare il veicolo) è consentito solo per un eccesso del 20% del limite di 10 km/h[32]. Pare, dunque, che a livello europeo il rispetto della normativa fermi la questione al livello 3 (il quale, a sua volta, è esperibile in maniera limitata, dato il limite di velocità per lo *steering*). Per le vere e proprie *self-driving car* (livelli 4-5), quindi, è ancora necessario un emendamento alla Convenzione di Vienna che faccia i conti con l'obbligo di ripresa del controllo, determinando fino a che punto questo può essere lasciato nelle mani dell'autoveicolo. L'interpretazione prevalente degli Stati, infatti, è ancora nel senso della necessità di un guidatore *umano* – non, quindi, un automa – anche se non mancano proposte di segno opposto[33]. Per giunta, si rendono altresì necessari interventi di modificazione anche su alcune direttive europee[34].

Peraltro, nell'aprile del 2016 i ministri dei trasporti degli Stati membri dell'Unione Europea hanno sottoscritto la Dichiarazione di Amsterdam, il cui obiettivo è la «*Cooperation in the field of connected and automated driving*»[35]. La Dichiarazione associa gli elementi della guida automatica alla guida connessa[36], laddove per connessione si intende quella inter-automobili e automobili-infrastrutture al fine di ottenere informazioni meteorologiche, sul traffico, sulle condizioni stradali, ecc. In sostanza, l'obiettivo è quello della creazione di sistemi connessi che permettano di sviluppare "strade intelligenti" in cui gli autoveicoli comunicano con la segnaletica stradale, gli enti preposti alla gestione del traffico e una serie di altre infrastrutture al fine di una gestione integrata della circolazione stradale. Oltretutto, il testo presta attenzione anche ai possibili miglioramenti che tramite la guida automatica potrebbero essere apportati in una serie di ambiti, tra cui spiccano quelli relativi alle condizioni dei soggetti vulnerabili[37], come ad esempio gli anziani. Il documento costituisce una dichiarazione di importantissimo rilievo politico, testimoniando la necessità di compiere scelte istituzionali che siano capaci di adeguare l'ordinamento giuridico ai cambiamenti tecnologici nel settore dell'*autonomous driving*.

[31] Un elenco di tutte le *regulations* con i relativi testi è disponibile in: https://globalautoregs.com/rules (consultato il 12/10/2018).

[32] UNECE, *Regulation n. 79, Revision* 2, disponibile in: http://www.unece.org/info/ece-homepage.html (consultato il 12/10/2018). Si noti che ha aderito a questo regolamento anche l'Italia, nel 1989.

[33] Tra esse spicca quella di SMITH 2014.

[34] Ne sono un esempio la Direttiva 2007/46/CE, sull'omologazione dei veicoli e la Direttiva 2014/45/UE, relativa ai controlli tecnici periodici dei veicoli a motore e dei loro rimorchi. Inoltre, auspicabile è un emendamento alla Direttiva 2006/126/CE, che disciplina la patente di guida (che dovrebbe includere nell'esame l'ipotesi del conducente di autovettura automatizzata), oltre che alla Direttiva 2009/103/CE sulle assicurazioni, che potrebbe chiarire alcune questioni relative alla *liability*.

[35] Disponibile in: https://www.regjeringen.no/contentassets/ba7ab6e2a0e14e39baa77f5b76f59d14/2016-04-08-declaration-of-amsterdam---final1400661.pdf (consultato il 12/10/2018).

[36] Per una distinzione tra veicoli *automatici* e veicoli *connessi* in relazione all'*autonomous driving* si veda il GEAR 2030 Discussion Paper della Commissione Europea, *Roadmap on Highly Automated Vehicles*, 1-2, disponibile in: https://circabc.europa.eu/sd/a/a68ddba0-996e-4795-b207-8da58b4ca83e/Discussion%20Paper%C2%A0-%20Roadmap%200n%20Highly%20Automated%20Vehicles%2008-01-2016.pdf (consultato il 12/10/2018).

[37] «These advantages should bring extra flexibility in door-to-door mobility, especially in the field of public transport, also to the benefit of the aging population, vulnerable road users and disabled persons». Gli utenti della strada definiti *vulnerabili* sono, secondo l'indirizzo del Consiglio dell'Unione Europea, «gli utenti della strada non motorizzati, quali pedoni e ciclisti, nonché i motociclisti e le persone con capacità di orientamento o mobilità ridotte» (CUE, doc. 8666/2017, 7). Alcune esperienze testimoniano l'effettiva possibilità di miglioramento della condizione di coloro che risultano "inabili alla guida": è questo il caso dell'esperimento condotto da Google nel 2012, in cui un uomo non vedente fa da tester a un modello di Google Car: Google, "Self-Driving Car Test: Steve Mahan", 28 marzo 2012, video disponibile al link: https://www.youtube.com/watch?v=cdgQpa1pUUE (consultato il 12/10/2018).

L'agenda sulla quale hanno concordato i ministri europei prevede la promozione di un *background* giuridico comune e uniforme a livello internazionale, europeo e nazionale per facilitare l'ingresso del prodotto sul mercato, oltre a tutelare la *cybersecurity*. Tra i compiti assunti dagli Stati membri, vi è quello della cooperazione al fine di modificare la Convenzione di Vienna del 1968 in senso permissivo (anche, si intende, rispetto ai livelli di automazione più elevata), oltre all'impegno per rimuovere le barriere giuridiche della legislazione interna. La Commissione Europea, invece, si assume il compito di adattare la regolamentazione europea per favorire lo sviluppo delle auto a guida automatica[38], garantendo così l'entrata dei sistemi di guida automatica a pieno regime giuridico entro il contesto europeo, oltre all'impulso al finanziamento di progetti di ricerca su questi temi[39] e alla creazione di aree dedicate dove sviluppare la sperimentazione dei veicoli[40]. Quanto proposto risulta in linea con le Conclusioni del Consiglio dell'Unione Europea sulla sicurezza stradale approvate a Bruxelles il 10 maggio 2017, che approva la Dichiarazione di La Valletta del marzo 2017[41].

Si tratta, in sostanza, di documenti che testimoniano l'impegno degli Stati alla regolamentazione della materia. Pertanto, ci si può attendere in un futuro prossimo che siano emanati documenti ulteriori, oltre al fatto che il tema potrebbe raggiungere un livello di attenzione talmente elevato da divenire oggetto di discussione nei Parlamenti sia a livello europeo sia a livello nazionale.

Nonostante ciò, rimane il fatto che, allo stato dell'arte, non si può ancora sostenere che la guida automatica in Europa non incontri difficoltà di natura giuridica che richiedono una specifica revisione delle normative[42].

3. *Alcuni esempi di normative nazionali in tema di* autonomous driving

Nonostante nel *legal framework* internazionale ed europeo si riscontrino aperture che, tuttavia, necessitano ancora di profondi "aggiustamenti", negli ultimi anni si registra una sempre più consistente attività da parte degli Stati volta alla preparazione dell'ordinamento giuridico per l'introduzione dei veicoli a guida automatica. È il caso, per esempio, di: 1) Francia, 2) Svezia, 3) Regno Unito e 4) Germania, oltre che di vari Stati appartenenti agli Stati Uniti, la cui situazione, tuttavia, sarà oggetto di analisi del prossimo paragrafo (*infra*, § 4). Per quanto riguarda la situazione di Francia, Svezia, Regno Unito e Germania, si ritiene interessante una breve analisi delle novità introdotte in relazione alla guida automatica: questa analisi, infatti, lungi dal risolvere con riflessioni comparatistiche le esigenze interne, può risultare utile a

[38] A testimonianza di tale obiettivo si veda il progetto Gear 2030, lanciato dalla Commissione Europea al fine di cooperare con le autorità dei vari Stati responsabili della circolazione stradale nell'analisi delle possibili direttive da emanare per l'armonizzazione giuridica, disponibile in: http://ec.europa.eu/growth/tools-databases/newsroom/cf/itemdetail.cfm?item_id=8507 (consultato il 12/10/2018).

[39] Un esempio del tipo di progetti finanziabili è il progetto AdaptIVe, finanziato dall'Unione Europea nell'ambito del *7th Framework Program for Research and Technological Development* della Commissione Europea. Obiettivo di questo progetto, entro il dicembre del 2016, è stato quello di definire i problemi giuridici della guida automatica sulle strade dell'UE, con una pubblicazione dei risultati finali nel giugno del 2017.

[40] Tra questi, un esempio è il progetto CityMobil2, che ha condotto sperimentazioni su strada a Vantaa (Finlandia), San Sebastián (Spagna), Ouest Lousanne (Svizzera), La Rochelle e Sophia-Antipolis (Francia), Trikala (Grecia), disponibile in: http://www.citymobil2.eu/en/ (consultato il 12/10/2018).

[41] Si veda CUE, doc. 8666/2017 che, in tema di sicurezza stradale, rilevando la necessità di adozione di strategie che permettano di ridurre il numero di incidenti stradali, ricorda che in base al principio di sussidiarietà la sicurezza stradale costituisce responsabilità condivisa tra l'Unione e gli Stati membri, invitandoli a «sostenere la diffusione di veicoli connessi e automatizzati compatibili e interoperabili con comprovati benefici in termini di sicurezza, come indicato nella dichiarazione di Amsterdam» (CUE, doc. 8666/2017, 7).

[42] Cfr., tra gli altri, Swedish Transport Agency, Road and Rail Department, *Autonomous Driving*, Report TSG 2014-1316.

"prendere spunto" dalla modalità con cui i vari Paesi hanno inteso approcciarsi al fenomeno dell'*autonomous driving*.

1) *Francia*. Con una lettera datata 17 marzo 2016, il Ministro dell'Interno e il Segretario di Stato per il trasporto, il mare e la pesca hanno incaricato l'Ispettorato Generale dell'Amministrazione (IGA) e il Consiglio Generale per l'Ambiente e lo Sviluppo Sostenibile (CGEDD) di condurre uno studio volto a facilitare l'introduzione dei veicoli a guida automatica in Francia. Un provvedimento (*ordonnance*) del 3 agosto 2016 ha avviato la regolamentazione della sperimentazione dei veicoli automatizzati su strada pubblica, attualmente in corso di specificazione in vista dell'applicazione, testimoniando l'impegno della Francia nel settore *automotive*[43].

Inoltre, nel febbraio del 2017 l'Ispettorato Generale dell'Amministrazione ha pubblicato un documento (risultato dell'attività di ricerca effettuata nel corso dell'anno precedente) in cui programma un'azione concertata a livello governativo, amministrativo e nei negoziati internazionali al fine di dare impulso allo sviluppo tecnologico e giuridico in modo da facilitare l'ingresso delle auto a guida automatica nel mercato statale[44]. Ciò che risulta di primaria importanza, nel documento diffuso dall'amministrazione statale francese, è l'impegno negli ambiti della ricerca e dello sviluppo delle infrastrutture intelligenti, che consentiranno anche di migliorare il livello di sicurezza delle strade pubbliche.

Per quanto riguarda la legislazione, la Francia sostiene che in materia di responsabilità civile la disciplina nazionale[45] sia sufficientemente flessibile per adattarsi alle modificazioni tecnologiche, mentre la questione della responsabilità penale richieda riflessioni ulteriori. Si tratta, è evidente, di un approccio che ritiene la normativa interna sufficientemente "preparata" ad affrontare le sfide derivanti dall'introduzione dei veicoli a guida automatica.

2) *Svezia*. La Svezia possiede l'*area-testing* per la sicurezza dei *driverless vehicles* più grande al mondo: si trova vicino a Gothenburg, è stata aperta nel 2014 e si estende per più di 200 ettari. Il suo nome è AstaZero (*Active Safety Test Area and Zero*)[46]. Si tratta di un'arena internazionale aperta a produttori, legislatori, operatori e ricercatori da tutto il mondo.

Un workshop del 2014, tenuto dai rappresentanti della *Swedish Transport Agency*, ha chiarito che le attuali norme svedesi consentono di testare veicoli a livello di automazione 3; per i livelli successivi, invece, occorrono modifiche legislative[47]. In sostanza, in Svezia si segue la via della sperimentazione in un contesto non regolamentato: non esiste un vero e proprio atto (legislativo o amministrativo) che definisca i requisiti per i test in tema di *autonomous driving*. Questi test vengono condotti sulla base della normativa vigente per la sperimentazione dei veicoli e la loro immatricolazione, ma non si basano su una dettagliata normativa *ad hoc*.

Per certi versi, la soluzione della Svezia non è troppo dissimile da quella francese (che in chiusura del paragrafo ci si propone di definire): a legislazione mancante, ci si concentra sulla fase della sperimentazione.

[43] Il che era precisamente l'obiettivo del progetto governativo *La Nouvelle France industrielle*, lanciato nel 2015 (https://www.economie.gouv.fr/nouvelle-france-industrielle/accueil, consultato il 31/10/2018).

[44] Inspection Generale de l'administration, Conseil General de l'Environnement et du Developpement Durable, *L'automatisation des véhicules*, n. 16040-R 010629-01, febbraio 2017, disponibile in: http://cgedd.documentation.developpement-durable.gouv.fr/documents/cgedd/010629-01_rapport.pdf (consultato il 12/10/2018).

[45] *Loi Badinter n. 85-677 du 5 juillet 1985*, che porta il nome dell'allora Ministro della Giustizia Robert Badinter.

[46] Sul sito web dedicato è possibile reperire informazioni sulle attività di testing, sulla pista e, più in generale sull'impegno della Svezia nel campo dell'*active safety*. Disponibile in: http://www.astazero.com/active-safety/sweden-and-traffic-safety/ (consultato il 12/10/2018).

[47] VRA: Networking in Automation, *Swedish Workshop on "Automation of the transport system"*, 22nd May 2014, disponibile in: http://vranet.eu/swedish-workshop-on-automation-of-the-transport-system-22052014/ (consultato il 31/01/2018).

3) *Regno Unito*. Nel 2015, il *Department of Transport* del governo inglese pubblica una *review* della regolamentazione riguardante le tecnologie dei veicoli automatizzati in cui riassume gli step principali dell'impegno inglese nel futuro e le problematiche relative all'impiego di tali tecnologie in accordo al diritto interno[48]. Sempre nel 2015, inoltre, il governo pubblica un *Code of Practice*[49] contenente le indicazioni per il *testing* dei veicoli automatici, con l'obiettivo dichiarato di rendere la normativa interna più flessibile di quella degli Stati Uniti. Inoltre, il Regno Unito si era impegnato ad attuare, entro il 2017, una revisione del *legal framework* interno al fine di intervenire per modificarlo, chiarificando i dubbi riguardanti le questioni di *liability* (che per il momento non possono che essere decise con un approccio *case by case*) e di *safety* (statuendo se sia corretto attendersi dai veicoli che operano in modalità automatica uno standard di guida più elevato rispetto a quello umano). Parallelamente, nella propria dichiarazione di intenti, il Regno Unito aggiungeva un impegno a livello internazionale per emendare le Convenzioni sul traffico stradale entro il 2018.

In merito alla posizione del Regno Unito nella comunità internazionale, va ricordato che esso *non* è parte effettiva della Convenzione di Vienna del 1968: come accennato in apertura, infatti, ha firmato la Convenzione, ma non l'ha mai ratificata. Il governo, dunque, si dice legittimato ad autorizzare determinati comportamenti in virtù della mancanza di un vincolo giuridico del Paese con le regole internazionali[50]; nondimeno, non va sottovalutato il fatto che il Regno Unito è comunque parte della Convenzione di Ginevra del 1949, la quale, quantomeno in relazione alle regole in tema di presenza di un guidatore che sia capace di controllare il veicolo, non differisce sul punto rispetto alla successiva.

Per ciò che concerne, più nel dettaglio, il *Code of Practice* del 2015, è bene chiarire che esso *non* integra un atto giuridico che rientra nelle fonti del diritto cui i consociati sono vincolati. Si tratta, più semplicemente, di indicazioni rilasciate dal governo per la sicurezza delle operazioni di *testing* su strada pubblica dei veicoli, le quali possono spontaneamente essere tenute in considerazione da chi intraprenda operazioni di questo tipo; tuttavia, si precisa, la mancata osservanza delle regole del *Code of Practice* potrà costituire elemento sul quale parametrare in giudizio un'eventuale responsabilità per colpa derivante dall'inosservanza di criteri di diligenza. Parimenti, la stretta osservanza delle linee guida *non* esenterà i soggetti dalle eventuali questioni di responsabilità che sorgeranno durante le operazioni.

Da ultimo, nel 2017 giunge in prima lettura alla *House of Commons* un progetto di legge, denominato *Vehicle Technology and Aviation Bill*[51]. Di particolare interesse risulta, nel testo, l'attribuzione della responsabilità da incidente per veicoli a guida completamente automatica in capo agli assicuratori[52]. Tuttavia, nel maggio del 2017, a causa dello scioglimento delle Camere, l'iter del provvedimento è stato interrotto (DAVOLA, PARDOLESI 2017, 622).

Evidentemente, nel caso del Regno Unito si è tentata una via opposta a quella della Svezia e della Francia: il tentativo di emanazione di una legislazione *ad hoc*, così come nel caso della Germania (cfr. *infra*).

[48] UK Government, *The Pathway to Driverless Cars: A Detailed Review of Regulations for Automated Vehicle Technologies*, Department of Transport, February 2015.

[49] UK Government, *The Pathway to Driverless Cars: A Code of Practice for testing*, Department for Transport, 2015.

[50] Ciò ha portato il Regno Unito a dichiarare che, per il momento, non sussistono particolari problematiche giuridiche interne tali da impedire la sperimentazione su strade pubbliche, come riporta il report dell'European Road Transport Research Advisory Council (ERTRAC), *Automated Driving Roadmap*, del 2015 (http://www.ertrac.org/uploads/documentsearch/id38/ERTRAC_Automated-Driving-2015.pdf).

[51] Il testo è disponibile, sul sito del Parlamento del Regno Unito, in: https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/2016-2017/0143/17143.pdf (consultato il 31/01/2018).

[52] Cfr. ivi, *Part I: «Automated Vehicles: Liability of Insurers etc.»*.

Per quanto riguarda la sperimentazione, da ultimo, il Regno Unito, nel 2018, dopo il *Royal Assent* del 19 luglio, ha adottato l'*Automated and Electric Vehicles Act*[53], il quale permette la sperimentazione su strada dei veicoli automatici, statuendo, tra l'altro: la necessità di un'assicurazione obbligatoria per danni alle persone sino ad 1 milione di sterline; l'automatica attribuzione della responsabilità in caso di incidente in capo al proprietario, salvo negligenza del conducente, alterazioni non autorizzate del software o difetto del veicolo.

4) *Germania*. In Germania si registrano numerose ricerche sul tema dell'incremento dell'automazione nei veicoli, come quella del *Federal Highway Research Institute (BASt)*[54], pubblicata nel 2012, che sintetizza le principali questioni relative all'automazione nei veicoli su strada in relazione al *legal framework* tedesco[55]. Questo report, in particolare, spiega che vi sono livelli di automazione attualmente compatibili con la legislazione tedesca; il livello di *full automation* non è tuttavia giuridicamente consentito, quantomeno *prima facie*, per alcune ragioni. In particolare, si segnalano due norme del Codice della Strada tedesco:

1) l'art. 1, che richiede espressamente *attenzione costante e mutuo rispetto* tra i guidatori;

2) la sezione 18, che impone al guidatore, a meno che dimostri che l'incidente non è stato causato per sua colpa, l'obbligo di risarcimento. Quest'obbligo sarebbe di difficile conciliazione con la situazione in cui il soggetto trasportato in un *fully automated vehicle* è legittimato a non prestare attenzione alla guida.

Inoltre, la Germania è tra gli Stati che rilevano il limite dei 10 km/h sancito dall'UNECE per l'attività di *steering* come ostativo ai *completely self-driving vehicles*. Tuttavia, il report sostiene che l'obbligo del guidatore di controllare il veicolo si trova nel codice *solo* per ciò che concerne la *velocità* del veicolo stesso.

In Germania vige una disciplina che autorizza ogni Stato federato a rilasciare esenzioni dai requisiti tecnici sanciti dalle *German Road Traffic Licensing Regulations* per autorizzare un veicolo automatico a circolare su strada pubblica (a condizione che il guidatore sia fisicamente presente, poiché la responsabilità grava completamente in capo a lui). Dopo numerose sperimentazioni ben riuscite, il Ministro dei Trasporti tedesco, nel 2015, ha annunciato che l'autostrada A9 tra Monaco e Berlino sarà messa a regime con le dovute tecnologie che permettono alle *driverless cars* di circolare su strada comunicando con le altre auto e con le infrastrutture della strada.

Nel maggio del 2017, da ultimo, la Germania ha ufficialmente approvato una legge che consente il test delle auto a guida automatica su strada pubblica[56], divenendo il primo Stato europeo a prevedere una disciplina giuridica in tal senso[57]. La legge prevede, in particolare, l'obbligatorietà di utilizzo della "scatola nera" (simile a quella inserita sugli aerei) come tecnologia di raccolta di tutte le informazioni necessarie a ricostruire le dinamiche di movimento del

[53] Le informazioni e il testo del provvedimento sono disponibili sul sito web del Parlamento al link: https://services.parliament.uk/bills/2017-19/automatedandelectricvehicles.html (consultato il 12/10/2018). Ringrazio, in particolare, Isabella Ferrari per il dialogo sul punto e l'aggiornamento *cutting-edge* sulla situazione inglese in sede di una conferenza sul tema svoltasi il 19/09/2018 presso la Fondazione Marco Biagi di Modena.

[54] Bundesantalt Straßenwesen, *Legal Consequences of an Increase in Vehicle Automation*, Part 1, disponibile in: http://bast.opus.hbz-nrw.de/volltexte/2013/723/pdf/Legal_consequences_of_an_increase_in_vehicle_automation.pdf (consultato il 12/10/2018).

[55] Altri (e utili) riferimenti al *legal framework* tedesco, invero precedenti all'approvazione, nel febbraio del 2017, si trovano nel report (diffuso online) "Norton Rose Fulbright" law firm, *Autonomous Vehicles. The Legal Landscape in the US and Germany*, luglio 2016, 1-49, disponibile in: http://www.nortonrosefulbright.com/files/20160726-autonomous-vehicles-the-legal-landscape-in-the-us-and-germany-141559.pdf (consultato il 12/10/2018).

[56] La notizia ufficiale è reperibile sul sito del Parlamento Federale Tedesco (*Bundestag*) al link: https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2017/kw13-de-automatisiertes-fahren/499928 (consultato il 12/10/2018).

[57] In mancanza, per il momento, di una traduzione ufficiale della legge tedesca, si veda la traduzione del progetto di legge pubblicata da LOSANO 2017, 10-24.

veicolo in caso di incidente. Sarà possibile condurre la sperimentazione solo con la presenza fisica di un conducente all'interno dell'autovettura, il quale potrà tuttavia dedicarsi ad altre attività durante il viaggio (fatto salvo l'obbligo, stabilito a livello internazionale, che gli sia possibile riprendere il comando in qualsiasi momento)[58]. Inoltre, si prevede che in caso di incidente la responsabilità segua il criterio dell'attribuzione della responsabilità oggettiva in capo al proprietario del veicolo (secondo la generale disciplina per gli incidenti dovuti al malfunzionamento della vettura) – ciò che ha suscitato l'aspra critica del Presidente dell'Associazione degli Avvocati tedesca, Ulrich Schellenberg, il quale sostiene la necessità della condivisione della responsabilità con le case produttrici[59].

È tuttavia da sottolineare che, al fine dell'adeguamento della normativa interna a tale decisione, è stata richiesta una sospensione degli effetti della legge per due anni (DAVOLA, PARDOLESI 2017, 622).

L'approccio tedesco, dunque, risulta quello maggiormente rivolto verso la statuizione di "nuovo diritto per nuova tecnologia", configurandosi, come si è visto, come il primo Paese europeo ad adottare una vera e propria legislazione in materia.

Avendo brevemente ripercorso alcune delle esperienze giuridiche di alcuni Stati della comunità internazionale in tema di *autonomous driving*, risulta evidente la possibilità di delineare due distinti approcci:

1) Il primo, di tipo *top-down*, che, con parole di Ryan Calo, si potrebbe definire «*eccezionalista*» (CALO 2015, 550-558; corsivi nostri), con riferimento alla necessità di emanazione di leggi nuove per problemi che, in quanto *eccezionali* (che fanno, cioè, eccezione), non riescono ad essere ricompresi entro logiche elaborate prima dell'insorgenza di quegli stessi problemi. Dunque, secondo la logica "eccezionalista", la guida semi-automatica ed automatica, in quanto difficilmente sussumibile entro le norme del diritto già esistente, necessita della statuizione di nuovo diritto. Chiaramente, questo è il caso della Germania, oltre che del Regno Unito;

2) La seconda, di tipo *bottom-up*, che, in opposizione alla definizione di cui sopra, si potrebbe definire *assimilazionista*[60]. Il diritto, in seno a tale approccio, è "elastico", ha la capacità di assorbire i problemi sociali di nuova insorgenza e di fornire risposte nuove ed adeguate anche a problemi che non erano sorti prima dell'introduzione di quelle norme. Francia e Svezia sono un esempio di questo approccio giuridico all'*autonomous driving*.

Abbozzate le linee generali di quelli che si sono definiti approccio *eccezionalista* e *assimilazionista*, è ora il momento di interrogarsi circa l'adesione degli Stati Uniti all'uno o all'altro modello. Gli Stati Uniti, infatti, presentano (come si vedrà a breve) un ordinamento in grado di "assorbire" la questione dell'*autonomous driving* e di darvi risposte giuridiche che, invece, in altri contesti paiono ancora non consentite.

4. *Il contesto statunitense e il relativo dibattito*

Come accennato in apertura, l'approccio statunitense al problema dell'*autonomous driving* è pervaso da una supposizione di fondo: quella, cioè, che il diritto interno sia di per sé sufficiente a risolvere le questioni che possano sorgere a partire dall'introduzione di veicoli automatici (anche

[58] Notizia disponibile in: http://www.ilsole24ore.com/art/notizie/2017-05-19/guida-autonoma-approvata-germania-normativa-i-test-strada-092753.shtml?uuid=AEbRbLPB&refresh_ce=1, 19 maggio 2017 (consultato il 12/10/2018).

[59] Notizia disponibile in: http://www.lastampa.it/2017/05/17/motori/tecnologia/germania-prima-legge-europea-su-guida-autonoma-la-responsabilit-dellautomobilista-sosHWi3JCjGlKxFA9outPM/pagina.html (consultato il 12/10/2018).

[60] A onor del vero, Calo, riprendendo una definizione di Post, definisce questa posizione "unexceptionalism" (POST 2009, 166; CALO 2015, 552). Nella definizione della posizione degli "unexceptionalists", Calo richiama la celebre definizione di Easterbrook del diritto del cyberspazio come «the law of the horse» (cfr. EASTERBROOK 1996). Tuttavia, data la difficoltà di traduzione in italiano del termine "unexceptionalism", oltre che della parziale differenza di contesto in cui il termine è stato impiegato, si preferisce qui adottare il termine "assimilazionismo".

se non mancano critiche in tal senso; cfr. *infra*). Lo scopo di questo paragrafo, dopo aver analizzato il *legal framework* statunitense a livello federale e di alcuni Stati che hanno iniziato ad adottare normative *ad hoc*, è proprio quello di fare luce su tale impostazione.

A livello federale, gli Stati Uniti hanno recentemente iniziato un percorso volto alla statuizione, per via legislativa, di alcune *policies* e regole relative ai veicoli a guida automatica, nonché all'allocazione di ingenti risorse a tal fine. Questo percorso ha portato, nel 2015, all'emanazione di una legge federale, il *Fixing America's Surface Transportation (FAST) Act*[61], entrato in vigore il 4 dicembre 2015, oltre che all'avvio della discussione sull'*Autonomous Vehicle Privacy Protection Act*[62], approdato al Congresso il 2 novembre dello stesso anno e fermo, al momento, in Commissione.

Il *FAST Act*, pur non essendo una legge che intende esplicitamente rispondere alle problematiche di ordine giuridico derivanti dall'*autonomous driving*, testimonia l'impegno del governo federale sul tema. La sezione VI del provvedimento, intitolata *Transportation for Tomorrow Act (2015)*, stabilisce lo stanziamento di risorse pari a 100 milioni di dollari all'anno, per il quinquennio 2016-2020, per finanziare un programma di *Intelligent Transportation Systems Program*, comprensivo di progetti di ricerca e sviluppo, innovazione tecnologica, ristrutturazione dei sistemi stradali e autostradali federali, i quali consentiranno l'introduzione su scala federale delle tecnologie che si prevede saranno utilizzate per la messa in funzione dei veicoli a guida automatica.

Per quanto riguarda, invece, l'*Autonomous Vehicle Privacy Protection Act*, sottotitolato *To protect consumer privacy during the development and use of autonomous vehicle technologies*, del quale non è ancora stato reso disponibile il testo integrale, si tratta di un impegno del Congresso all'emanazione di un atto legislativo volto alla protezione della *privacy* dell'utente nell'uso di tecnologie di guida automatica. Inoltre, esso richiederebbe l'emanazione, da parte del *Comptroller General* degli Stati Uniti, di un report che certifichi l'eventuale prontezza del Dipartimento dei Trasporti a far fronte alle sfide derivanti dall'introduzione dei veicoli a guida automatica.

In sostanza, il *legal framework* statunitense non presenta ancora, a livello federale, una disciplina uniforme di livello generale sugli *autonomous vehicles*[63].

Negli Stati Uniti esiste un'autorità di livello federale (che impone regole a ciascun singolo Stato) denominata *National Highway Traffic Safety Administration* (NHTSA). Si tratta di un'agenzia del Governo statunitense che ha anche il compito di definire gli standard di riferimento per la sicurezza stradale (*Federal Motor Vehicle Safety Standards*) attraverso la promulgazione e l'*enforcement* di atti giuridici (SWANSON 2014, 126-138)[64]. A tali standard sono sottoposti i produttori, importatori e distributori di veicoli all'interno del territorio statunitense. Peraltro, la *NHTSA* nel 2013 ha rilasciato un primo documento di *policies* riguardanti i veicoli automatici il quale, si noti bene, definisce *quattro* livelli di automazione[65] – contrariamente alla prassi europea, che, come accennato in precedenza, ne individua sei (cfr. § 1). Gli standard generali emanati per il traffico stradale dei veicoli negli Stati Uniti «assume but do not expressly require the presence

[61] *Fixing America's Surface Transportation Act*, 19 Stat. 1312 Public Law 114-94-Dec.4, 2015, disponibile in: https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/22 (consultato il 12/10/2018).

[62] *Autonomous Vehicle Privacy Protection Act*, 2015, disponibile in: https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/3876/text (consultato il 12/10/2018).

[63] A titolo esemplificativo, si veda la parte relativa allo studio sul *legal framework* statunitense contenuta nel già citato report *Autonomous Vehicles. The Legal Landscape in the US and Germany*, July 2016, 4, disponibile in: http://www.nortonrosefulbright.com/files/20160726-autonomous-vehicles-the-legal-landscape-in-the-us-and-germany-141559.pdf (consultato il 12/10/2018).

[64] Per una disamina degli standard si veda U.S. Department of Transportation, National Highway Traffic Safety Administration, *Quick Reference Guide (2010 Version) to Federal Motor Vehicle Safety Standards and Regulations*, febbraio 2011, disponibile in: https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.dot.gov/files/fmvss-quickrefguide-hs811439.pdf (consultato il 12/10/2018).

[65] National Highway Traffic Safety Administration, *Preliminary Statement of Policy Concerning Automated Vehicles*, 4-5, disponibile in: http://www.nhtsa.gov/staticfiles/rulemaking/pdf/Automated_Vehicles_Policy.pdf (consultato il 12/10/2018).

of a driver» (SMITH 2014, 458). Ciò, evidentemente, anche in virtù del fatto che gli Stati Uniti, come si è accennato in precedenza, non sono parte della Convenzione di Vienna (e, dunque, non devono sottostare agli stringenti requisiti dell'art. 13).

Negli ultimi anni, un numero sempre crescente di Stati appartenenti agli Stati Uniti ha discusso provvedimenti relativi al tema dell'*automated driving*. In numerosi di essi gli atti proposti sono stati respinti; in altri la discussione è ancora in via di sviluppo, mentre ve ne sono alcuni in cui una vera e propria legislazione è stata adottata. Tra questi, Smith registrava nel 2014 Nevada, Florida e California, ma sono da aggiungersi Tennessee, Michigan e DC[66]. È d'obbligo precisare che nessuna di queste leggi potrebbe porsi in contrasto con la legge federale: dunque si tratta di una normativa suscettibile di modificazione qualora l'autorità federale decidesse di cambiare le regole. Inoltre, si tratta di atti legislativi che, pur definendo anche le condizioni per l'acquisto, la vendita e l'utilizzo da parte di privati, nella maggior parte dei casi si applicano solo al *vehicle testing*[67].

Il Nevada è stato il primo Stato ad introdurre una legislazione che prende in considerazione la guida automatica, nel 2011, fornendo apposita definizione di "veicolo automatico"[68]. Se ne consente la circolazione sulle autostrade nazionali, demandando a un'autorità interna la definizione dei principi di sicurezza da applicarsi a tali veicoli e stabilendo che, ai fini del conseguimento della patente di guida, il conducente *non* sarà tenuto ad esercitare un ruolo necessariamente attivo per tutto il tempo in cui è alla guida del veicolo[69]. Da notare, inoltre, che *non* vengono considerati veicoli a guida automatica quelli che possiedono sistemi di aiuto alla guida (le *semi-driverless cars*)[70]. Inoltre, il Nevada sceglie di definire il *driver* come segue: «[...] the person [who] causes the autonomous vehicle to engage, regardless of whether the person is physically present in the vehicle while it is engaged»[71], lasciando da parte il requisito della *presenza fisica* nel veicolo.

Diverso è il caso della Florida, che nel 2012 adotta un provvedimento di deregolamentazione[72] che lascia ampi margini di permissività (al fine di non imbrigliare l'evoluzione tecnologica[73]), concedendo la possibilità di test su strada senza richiesta di particolari licenze (ma richiedendo il pagamento di una somma piuttosto consistente a titolo di garanzia al *Department of Highway Safety and Motor Vehicles*). Considerazioni piuttosto simili possono essere avanzate anche nel caso della California[74].

[66] Si veda, a tal proposito, la pagina internet gestita dallo *Stanford Center for Internet and Society* intitolata *Automated Driving: Legislative and Regulatory Action*, disponibile in: http://cyberlaw.stanford.edu/wiki/ index.php/ Automated_Driving:_Legislative_and_Regulatory_Action (consultato il 12/10/2018).

[67] Come nel caso del Nevada, dove si può richiedere all'autorità nazionale una licenza di un anno per testare il veicolo su strada pubblica nel rispetto di specifiche condizioni: *Autonomous Vehicle Testing License*, NEV. DMV (January 2012), disponibile in: www.dmvnv.com/pdfforms/obl326.pdf (consultato il 12/10/2018).

[68] «"Autonomous vehicle" means a motor vehicle that uses artificial intelligence, sensors and global positioning system coordinates to drive itself without the active intervention of a human operator», NEV. REV. STAT. § 482A.030 (2011).

[69] Si tratta di una statuizione piuttosto significativa, che rende accessibile il conseguimento della patente a soggetti che "normalmente" verrebbero respinti, nei casi più lievi, ad esempio per problemi legati alla vista e, nei casi più gravi, perché presentano situazioni di disabilità che mal si conciliano con la guida non automatica. Ciò testimonia come, in campo di *policies* per la guida automatica, questa possa migliorare le condizioni di vita di soggetti vulnerabili a causa della loro particolare condizione fisica.

[70] *Adopted Regulation of the Department of Motor Vehicles LCB*, note 534, § 2. File No. *R084-11*, NEV. DMV § 2, disponibile in: www.leg.state.nv.us/register/RegsReviewed/$R084-11_ADOPTED.pdf (consultato il 31/01/2018).

[71] *Ibid*.

[72] H.B. 1207 Fla., 2012 Leg. (Fla. 2012), poi codificato in FLA. STAT. chs. 316, 319 (2013).

[73] Florida Highway Safety and Motor Vehicles, *Autonomous Vehicles Report*, 10th February 2014, disponibile in: http://www.flhsmv.gov/html/HSMVAutonomousVehicleReport2014.pdf (consultato il 12/10/2018).

[74] Si veda l'atto legislativo del Senato californiano Cal. S.B. 1298 (2012), adottato sulla falsariga di quello della Florida. Cfr. California Department of Motor Vehicles, *Testing of Autonomous Vehicles* (disponibile al link: https://www.dmv.ca.gov/portal/dmv/detail/vr/ autonomous/testing).

Il Michigan ha adottato, nel 2016, una vera e propria legge sulle sperimentazioni di guida automatica[75]. Si segnala che, in questa legge, si sancisce che la responsabilità per le operazioni di *testing* – come nel caso del Regno Unito – è assunta completamente dal *produttore*, che assicura tutte le auto partecipanti e, ovviamente, anche i soggetti mandatari ai quali richiede di partecipare come *test driver*.

Da ultimo, è doveroso un richiamo alla normativa del Tennessee, adottata nel 2016[76], ove si fa divieto di proibire «within the jurisdictional boundaries of the political subdivision the use of a motor vehicle equipped with autonomous technology *if the motor vehicle otherwise complies with all safety regulations* of the political subdivision» (corsivi nostri)[77]. In sostanza, in Tennessee vige un vero e proprio *divieto di discriminazione* dei veicoli a guida automatica per il solo fatto che il conducente non è una persona umana, laddove essi rispettino le regole di sicurezza dei veicoli.

Gli Stati Uniti, dunque, presentano un approccio piuttosto variegato che, in prospettiva comparatistica, può essere valutato solo a patto di tenerne in considerazione le peculiarità derivanti, come si è accennato in precedenza, dal diverso contesto giuridico (di *common law*, seppur peculiare) nonché dalla mancata adesione alla Convenzione di Vienna. In sostanza, negli Stati Uniti non è rinvenibile un approccio *top-down*, di previa introduzione ed autorizzazione dei veicoli a guida automatica a livello federale, che consenta agli Stati federati l'emanazione di discipline particolari e ai privati di praticare l'immissione in circolazione di tali veicoli su strada. L'approccio contrario, di tipo *bottom-up*, che pare essere quello seguito dagli Stati Uniti, è dovuto alla validità del principio generale, entro l'ordinamento di *common-law* americano, per cui «what is not prohibited, is permitted». Ciò è testimoniato anche dalle categorie messe in gioco dal dibattito statunitense, che ci si accenna a riportare.

Qual è la ragione che sta dietro questo tipo di approccio? Quali riflessioni sono state avanzate a supporto di un approccio di tipo *bottom-up*, il quale, evidentemente, risolve la questione della legalità dei veicoli automatici in senso positivo?

La riflessione accademica di ambito statunitense in tema di legalità delle auto a guida automatica sembra giungere alla conclusione che esse «are not seamless because it remains unclear how they fit into existing legal and regulatory frameworks» (BRODSKY 2016, 853). Questa assenza di chiarezza, tuttavia, è proprio ciò che permette di "evitare" il problema, confidando che il diritto interno sia sufficiente a risolvere i problemi della guida automatica.

Bryant Walker Smith[78] propone una strategia argomentativa volta a sostenere che le *driverless car* siano "probabilmente" legali negli Stati Uniti (SMITH 2014; BRODSKY 2016, 857-859). Smith, membro dell'*US Department of Transportation Advisory Committee on Automation in Transportation*, è autore di numerose ricerche che, come è prevedibile, hanno finito per condizionare l'approccio governativo statunitense in tema di *autonomous driving*, che, come si è visto, non presenta una regolamentazione di livello federale. Egli si basa su un'impostazione interpretativa della quale, nel paragrafo successivo (§ 5) sarà vagliata l'eventuale applicabilità – o meno – entro l'orizzonte italiano. Non solo: nonostante gli Stati Uniti non abbiano ratificato la Convenzione di Vienna, bensì soltanto quella di Ginevra, egli tenta di sviluppare un'argomentazione che sia compatibile con entrambe le convenzioni, ciò che può risultare d'aiuto a

[75] Senate Bill n. 996, 8 December 2016.

[76] Si veda il Senate Bill n. 1561, 2 May 2016.

[77] Il riferimento è rinvenibile alla pagina web della *Tennessee General Assembly*, disponibile in: http://wapp.capitol.tn.gov/apps/BillInfo/default.aspx?BillNumber=HB1564&GA=109 (consultato il 12/10/2018).

[78] *Assistant Professor* alla *School of Law* e alla *School of Engineering* della *University of California*, oltre che al *Center for Internet and Society* (CIS) della *Stanford Law School* e membro dell'*US Department of Transportation Advisory Committee on Automation in Transportation*, autore di numerose pubblicazioni in tema di nuove tecnologie e, soprattutto, sistemi di guida automatica: ciò lo rende un accreditato esperto di livello internazionale per ciò che concerne la problematica in esame. Si veda la sua pagina web sul sito del CIS: http://cyberlaw.stanford.edu/about/people/bryant-walker-smith (consultato il 12/10/2018).

sostegno delle impostazioni utilizzate in altri Stati parti della Convenzione di Vienna (SWANSON 2014, 1123-1125).

In estrema sintesi, gli argomenti di Smith possono essere schematizzati come segue:

1) è possibile ritenere, a livello interpretativo, che i sistemi di automazione siano conformi alle Convenzioni di Ginevra e Vienna, a partire dall'analisi dei concetti di *driver* e di *control*, i quali, tenendo presente i benefici – nonché le congruenze logiche – di un'interpretazione estensiva, possono divenirne oggetto;

2) adducendo un argomento di scopo (una tipica considerazione di *policy*), Smith dimostra inoltre come ciò, in congruenza con le determinazioni sancite nei Preamboli delle Convenzioni, sia rispettoso anche degli stessi principi cui le Convenzioni stesse si fondano, unendo la *policy* al *principio*; anzi, l'autore dimostra come i principi delle Convenzioni subirebbero un effetto di rafforzamento che non farebbe altro che confermare lo scopo cui un'interpretazione estensiva tende. Si tratta, in questo senso, di una stringente argomentazione di tipo circolare in cui il punto di partenza e il punto di arrivo coincidono, rinvigorendosi l'un l'altro.

Per quanto riguarda il primo punto e, specificamente, la nozione di *driver*, Smith opera una comparazione tra la Convenzione di Ginevra e quella di Vienna[79], rilevando che nella seconda si perde il riferimento al requisito stringente dell'*actual physical control* che invece è requisito fondamentale nella definizione del guidatore data dalla prima (SMITH 2014, 431). Rimane dunque da chiarire se il requisito dell'*actual physical control* debba essere tenuto in considerazione dagli Stati che hanno ratificato anche la seconda Convenzione, dal momento che continuano a rimanere parte della prima. Questo elemento, infatti, potrebbe essere foriero di ulteriori limitazioni relative alla possibilità di legittimazione dei sistemi di guida automatica.

In entrambe le Convenzioni, invece, si rinviene la definizione di *motor vehicle*[80]. Gli Stati che aderiscono alla Convenzione di Vienna, a partire dalla definizione di *driver* e di *motor vehicle*, hanno dibattuto sulla possibilità di applicazione di queste definizioni ai «*driver assistance systems*». L'interpretazione maggioritaria è risultata essere quella adottata dalla Germania, la quale, a partire dalle disposizioni degli artt. 8 e 13 sul controllo del veicolo, stabilisce che i sistemi di assistenza alla guida sono ammissibili entro la Convenzione solamente a condizione che: a) possano essere spenti in qualsiasi momento, permettendo al guidatore di riprendere il controllo del veicolo; b) siano costantemente posti sotto il controllo del guidatore attento, che monitora traffico e altre condizioni di guida.

Smith, tuttavia, rileva come, secondo un'interpretazione diversa, la Convenzione di Vienna non proibisca necessariamente tutti i sistemi di assistenza alla guida che non possono essere disabilitati: ciò deriverebbe da una sfumatura più restrittiva del termine tedesco "*Beherrschen*" rispetto a quello inglese "*control*" (SMITH 2014, 432). La Svizzera e i Paesi Bassi, ad esempio, hanno ribattuto che anche un sistema di assistenza alla guida che regoli la velocità e la posizione del veicolo *non* sarebbe illecito alla luce della Convenzione, perché il guidatore potrebbe ugualmente mantenere una completa capacità di sorveglianza sul medesimo.

[79] Art. 4 Geneva Convention: «"Driver" means any person who drives a vehicle, including cycles, or guides draught, pack or saddle animals or herds or flocks on a road, or who is in actual physical control of the same [...]». Art. 1 Vienna Convention: «"Driver" means any person who drives a motor vehicle or other vehicle (including a cycle), or who guides a cattle, singly or in herds, or flocks, or draught, pack or saddle animals on a road».

[80] Art. 4 Geneva Convention: «"Motor vehicle" means any self-propelled vehicle normally used for the transport of persons or goods upon a road, other than vehicles running on rails or connected to electric conductors. Any State bound by Annex 1 shall exclude from this definition cycles fitted with an auxiliary engine of the type described in that Annex [...]». Art. 1 Vienna Convention: «"Motor vehicle" means any power-driven vehicle which is normally used for carrying persons or goods by road or for drawing, on the road, vehicles used for the carriage of persons or goods. This term embraces trolley-buses, that is to say, vehicles connected to an electric conductor and not rail-borne. It does not cover vehicles, such as agricultural tractors, which are only incidentally used for carrying persons or goods by road or for drawing, on the road, vehicles used for the carriage of persons or goods [...]».

In sostanza, è evidente che una modifica delle Convenzioni che dichiari espressamente quale opzione interpretativa (più o meno permissiva) sia da accogliere entro l'orizzonte normativo internazionale permetterebbe di sciogliere i dubbi circa il livello di automazione attualmente consentito su strada pubblica, oltre che sulla definizione di *driver*[81], nei vari contesti nazionali.

Il secondo punto della riflessione interpretativa di Smith pone l'attenzione sulla definizione di *control*: quello che il conducente deve avere sul mezzo o, se vi sono sistemi di assistenza alla guida, quello che egli è tenuto a dover essere in grado di riprendere in ogni momento sul veicolo. Proprio una definizione interpretativa restrittiva del controllo sul veicolo potrebbe permettere di giungere ad un'interpretazione estensiva delle possibilità di guida semi-automatica.

Citando la definizione data da una corte statunitense nel 2002, Smith definisce il controllo come «nothing less than the power to determine the scope, range, or effect of a given activity»[82]. Se l'art. 4 della Convenzione di Ginevra, nel definire il *driver*, richiede come requisito l'*actual physical control*, significa che esso è qualcosa di più specifico del generico *control* richiesto dall'art. 8, comma 5, che richiede – potremmo dire, in caso di guida semi-automatizzata – che il conducente sia sempre in grado di riprenderne il controllo.

Esiste, poi, anche un doppio senso del verbo inglese "*to drive*": il primo fa riferimento alla guida attiva, il secondo all'essere trasportati. Nella definizione di "controllo", inoltre, Smith adduce anche l'esperienza francese, nella cui traduzione della Convenzione si rinviene l'utilizzo della parola "*contrôle*", che significa "supervisione", piuttosto che di "*direction*", che implica un potere completo (SMITH 2014, 437).

Al di là degli elementi linguistici, se le regole delle Convenzioni sul traffico internazionale valgono non solo per i veicoli ma anche per gli animali, risulta evidente come un potere assoluto di controllare e dirigere qualsiasi movimento dell'animale fuoriesce dall'ambito delle possibilità umane.

La domanda, a questo punto, è la seguente: a che livello di profondità deve esercitarsi il *controllo* del guidatore sull'autoveicolo di cui si pone alla guida? La regola del comma 5 dell'art. 8, per cui il guidatore «shall at all times be able to control his vehicle» non impone – sostiene Smith – che egli debba esercitare tale controllo *in ogni momento*.

> «To assert "that control may not, by definition, include the concept of fixing within its ambit is a bit like saying the volume control on a radio only 'controls' the volume if it is constantly increasing or decreasing the volume"» (SMITH 2014, *ibidem*)[83].

L'esempio della radio, sulla quale si può essere in grado di esercitare un'attività di controllo pur non alzandone e abbassandone costantemente il volume senza soluzione di continuità, conduce all'asserzione per cui le eventuali operazioni di un veicolo automatico senza l'intervento costante del guidatore *non* si porrebbero in contrasto con l'art. 8, comma 5 della Convenzione di Ginevra.

[81] L'assenza di una definizione che tenga in considerazione il problema delle *driverless car*, infatti, dà adito ad alcune interpretazioni inclusive della possibilità di previsione di più guidatori dello stesso veicolo: *driver*, infatti, è «*any* person who drives», cioè *chiunque* (e non la *persona* che guida). A partire da ciò, Smith immagina la possibilità di concepire una guida integrata alla quale compartecipano il sistema di guida automatica e la persona umana. Facendo leva anche sul riconoscimento delle persone giuridiche da parte della CEDU (art. 34) e della Carta di Nizza (art. 42), infatti, si potrebbe, come rileva Smith, sostenere che «le compagnie responsabili del design, della produzione o delle operazioni in atto di un veicolo automatico potrebbero costituire possibili "guidatori" – in senso lato – agli scopi della Convenzione» (traduzione nostra). Per un'analisi dell'argomento, si veda SMITH, 2014, 436.

[82] Axcelis Techs. v. Applied Materials, Inc., 66 U.S.P.Q.2d 1039, No. CIV.A 01- 10029DPW, 2002 WL 31761283, at *6 (D. Mass. Dec. 10, 2002).

[83] Qui Smith cita *Axcelis Techs. v. Applied Materials*, Inc., 66 U.S.P.Q.2d 1039.

In conclusione, Smith prospetta un'interpretazione dell'art. 8 della Convenzione (di Ginevra, ma lo stesso vale per quella di Vienna) *favorevole* alla guida automatica[84] nel caso in cui permanga in capo al conducente la possibilità di riprenderne il controllo. Peraltro, egli non manca di sottolineare che la suddetta interpretazione mira a promuovere la *safety* nel traffico stradale internazionale, in linea con il Preambolo alla Convenzione di Ginevra (e, in realtà, anche di Vienna)[85], per cui proibire, a partire dalla Convenzione, i veicoli automatici risulterebbe «manifestly absurd or unreasonable» (SMITH 2014, 436). Inoltre, l'automazione potrebbe essere indicata come un sistema di *miglioramento* ("*enhancement*"; cfr. KOOPS, PIRNI 2013, 141-146) del controllo umano, piuttosto che come una sua abdicazione, assicurando maggior rispetto delle regole della strada e facilitando le decisioni del conducente in situazioni critiche (sbandamento, rischio di investire un pedone, ecc.)[86].

La linea di Smith, riconosciuto esperto in tema di *autonomous driving* e diritto negli Stati Uniti, è stata seguita da altri nella riflessione accademica, al fine di argomentare a favore della legalità di un'interpretazione estensiva delle convenzioni internazionali, soprattutto a partire dalla compatibilità della stessa con il diritto interno. In particolare, vi è chi ha sostenuto che il *tort law* statunitense sia in grado di sopperire alle mancanze di legislazione specifica sul tema della responsabilità in caso da incidente con automobili a guida automatica (VILLASENOR 2014, 7; GARZA 2012, 583; GRAHAM 2012, 1270). Tuttavia, sempre in seno al dibattito statunitense, non si manca di far notare che coloro che, in una prospettiva *de jure condito*, affermano la legalità delle tecnologie di automatizzazione della guida, lo fanno a partire da argomentazioni che «may work well when applied to *semi-autonomous and autonomous features of regular cars*, but they break down when applied to *fully autonomous vehicles* with artificial intelligence, which may have to make decisions about how to react to circumstances»[87] (BRODSKY 2016, 861; corsivi nostri).

In sostanza, più si avanza sulla linea che porta dal livello 0 al livello 5 di automazione, più, cioè, la *macchina* si sostituisce all'*essere umano*, meno si rende utilizzabile la strategia analogica "assimilazionista" che tende ad inquadrare i problemi insorgenti dall'emersione delle nuove tecnologie entro i vecchi schemi del diritto "*to date*". Al contrario, come si è visto, vi è chi ha proposto di inquadrare lo sviluppo della robotica entro un approccio "eccezionalista", volto alla statuizione di nuovo diritto per nuove tecnologie che presentano problemi nuovi, irrisolvibili entro gli schemi della logica giuridica tradizionale (cfr. § 3).

Contro la linea smithiana, anche negli Stati Uniti vi è chi, preoccupato per i possibili disagi interpretativi derivanti dalla decisione di scaricare sulle corti la statuizione *case-by-case* delle responsabilità da incidente, sostiene l'impossibilità di piena applicazione del principio «what is

[84] Ciò costituisce la base sulla quale egli propone il ragionamento sulla *regolazione giuridica*. Per la sua proposta finalizzata ad *incoraggiare* i governi (elencando le differenti possibili *policies*) nel perseguire questo obiettivo, si veda invece SMITH 2017a.

[85] Introduction to Geneva Convention: «The Contracting States, desirous of promoting the development and safety of international road traffic by establishing certain uniform rules, have agreed upon the following provisions». Lo stesso si può dire per la Convenzione di Vienna, il cui preambolo recita: «The Contracting Parties, desiring to facilitate international road traffic and to increase road safety through the adoption of uniform traffic rules, have agreed upon the following provisions».

[86] «Electronic stability control and antilock brakes increase control by making the vehicle do what the driver wants rather than what she indicates at a critical moment. Higher levels of automation would extend this approach. Under ideal road and traffic conditions, automated vehicles might facilitate uniform compliance with concrete rules of the road: in theory, they would stop at stop signs and yield to pedestrians. And under conditions that are less than ideal, they might facilitate decisions that are more deliberate, proactive, and consistent than those reached spontaneously by humans: Again in theory, they would take the kind of precautions for which they are programmed. These parameters would control such a vehicle's behavior, and a person who directs that vehicle to drive itself (i.e., the driver) would be effectively instructing it to operate under that control», SMITH 2014, 440 s.

[87] Si rimanda, qui, al § 1, dove si è spiegata la distinzione tra i veicoli a guida semi-automatica e quelli a guida automatica completa.

not prohibited, is permitted»: al contrario, sarebbe necessario intervenire a regolare con legge federale i possibili problemi derivanti dall'introduzione di tecnologie di guida automatica (ANDERSON et al. 2016, 129). Secondo questa prospettiva, «a uniform set of vehicle laws may be the best solution for the time being» (BRODSKY 2016, 853).

L'avvento delle auto a guida automatica, quindi, potrebbe segnare un momento fondamentale nel ripensamento della logica dell'attribuzione della responsabilità: è proprio attorno a questo problema, infatti, che ruota il dibattito statunitense (ANDERSON et al. 2016, 111-134; SMITH 2017b, 1-3). Se, infatti, ai livelli di automatizzazione minima (ad esempio quelli relativi ai sistemi di assistenza nel parcheggio o nel controllo della velocità) non si pongono particolari questioni, un aumento del livello di automatizzazione che giunge ad attribuire tutte le funzioni di guida ad un sistema informatico – con la possibilità, per il conducente, di dedicarsi ad attività diverse come leggere, parlare al telefono o lavorare al computer mentre il veicolo è in funzione – necessita di un approfondimento circa le condizioni per l'attribuzione della responsabilità da incidente (LEDERMAN et al. 2016, 5-27; SCHROLL 2015), che a loro volta richiederebbero un ripensamento dei profili assicurativi[88].

Si tratta, in sostanza, di individuare, nella ripartizione dal livello 0 al livello 5 di automazione, il limite oltre il quale la totale attribuzione di responsabilità in capo al conducente (salve eccezioni quali responsabilità del produttore per prodotto difettoso, caso fortuito, forza maggiore, ecc.) non potrebbe più applicarsi[89]. La responsabilità, inoltre, potrebbe essere parametrata (come è stato proposto da qualcuno) sulle diverse combinazioni tra distinti livelli di automazione e tipologia di conducente (e sua concreta possibilità di intervento; cfr. GURNEY 2013)[90], anche se non manca chi sostiene il contrario: da una parte, l'impossibilità di una simile distinzione, con attribuzione della responsabilità in capo al proprietario (DUFFY, HOPKINS 2013); dall'altra, la necessità di scaricare quote sempre maggiori di responsabilità direttamente sul produttore (GRAHAM 2015).

Lungi dal prendere posizione unicamente a favore di una sola delle suddette proposte, la risposta al problema della responsabilità da incidente stradale con veicoli a guida semi-automatica ed automatica – che, peraltro, non costituisce lo scopo del presente contributo – può forse trovarsi in uno studio che prenda in considerazione le diverse componenti della responsabilità nel caso della guida automatica, componendole a seconda dei casi (cfr. BOEGLIN 2015), oltre che nell'*assessment* delle questioni più spinose relative alla responsabilità penale (GOODRICH 2013).

Riassumendo, ciò che è opportuno evidenziare, del dibattito americano, è il fatto che, pur non mancando proposte in senso contrario, in esso è presente una componente sensibilmente *assimilazionista*, che sostiene l'applicabilità delle norme già esistenti ai casi di determinazione della responsabilità da incidente in autoveicolo con guida automatica. A onor del vero, non è assente nel

[88] Sui problemi assicurativi derivanti dall'automatizzazione dei veicoli su strada si veda lo studio diffuso dall'impresa assicuratrice Lloyd's, YEOMANS 2014.

[89] L'individuazione di questo limite è, evidentemente, piuttosto ardua. Si pensi al caso della comunicazione, da parte della NHTSA, a Google che il sistema di guida – e non dunque la persona nell'abitacolo – potrebbe essere considerato l'effettivo *driver* sotto le norme federali (la notizia, datata 10 febbraio 2016, è circolata su *Reuters*: www.reuters.com/article/us-alphabet-autos-selfdriving-exclusive-idUSKCN0VJ00H, ultima consultazione: 12/10/2018). Ciò non impedisce, tuttavia, l'effettivo accertamento dell'attività di supervisione del conducente, che in un caso recente di incidente in Florida è stato ritenuto l'unico responsabile dal National Transport Safety Board in un rapporto preliminare sull'accaduto (si noti, tuttavia, che il NTSB non è un'autorità giudiziaria, per cui si attende un effettivo accertamento in sede di giudizio. La notizia è disponibile in: https://it.businessinsider.com/esce-il-verdetto-sul-primo-incidente-mortale-con-una-tesla-non-e-stata-colpa-dellautopilot/?ref=fbpu&refresh_ce (consultato il 12/10/2018).

[90] È questa la proposta di Gurney, che suddivide i conducenti in quattro tipologie: 1) il *distracted driver*; 2) il guidatore con *diminished capabilities*; 3) il guidatore disabile; 4) l'*attentive driver* (cfr. GURNEY 2013).

dibattito un versante *eccezionalista*; e tuttavia non è questa la posizione che viene seguita a livello governativo negli Stati Uniti, dall'*US Department of Transportation* e dalla NHTSA[91].

Dal momento che gli Stati Uniti sono il contesto entro il quale, negli ultimi dieci anni, è emersa la maggior parte della letteratura sull'*autonomous driving* (la quale, dunque, se non l'unica, è tra le poche reperibili sul tema, condizionando inevitabilmente le riflessioni accademiche anche in altri contesti giuridici), viene da sé domandarsi se le categorie che sono ivi utilizzate possano essere d'aiuto nell'elaborazione, a dottrina e giurisprudenza italiane pressoché silenti sul punto, delle linee fondamentali attorno al quale costruire la riflessione sul diritto italiano.

5. *L'ordinamento italiano: approcci* de jure condito *e* de jure condendo

Per quanto riguarda il caso italiano, si ritiene necessaria una breve analisi del *legal framework* interno, per comprendere appieno i problemi derivanti dalla compatibilità tra le fonti sovranazionali e quelle nazionali in tema di *autonomous driving*, nonché delle specificità dell'ordinamento che permettono di domandarsi *se* e *con quali limiti* si possa tentare un approccio interpretativo simile a quello utilizzato nel dibattito statunitense.

Innanzitutto, l'art. 46 del Codice della Strada risolve un problema interpretativo fondato sul dubbio che, nelle pieghe delle Convenzioni internazionali sul traffico stradale, potesse prospettarsi la possibilità di configurare una guida *nonhuman*[92], che in Italia pare chiaramente esclusa. Tuttavia, recuperando alcune delle suggestioni provenienti dalla riflessione statunitense sui concetti di "guida" e "controllo" (§ 4), occorre definire *cosa* al guidatore *umano* sia o non sia consentito fare. Infatti, nel caso in cui fosse possibile adottare una concezione ampia della guida e del controllo, si potrebbe argomentare che anche un autoveicolo che ha in sé un sistema automatico di guida è in realtà giuridicamente guidato *anche* dall'uomo, se quella persona esercita la propria doverosa attività di supervisione – potendosi applicare anche nel nostro sistema giuridico l'interpretazione paventata negli Stati Uniti. Al contrario, se tale interpretazione fosse ritenuta inapplicabile alle norme sulla circolazione stradale, non rimarrebbe che la strada verso l'emanazione di una normativa *ad hoc*.

A confermare che l'impianto codicistico è fondato su un'evidente presunzione – che affonda le sue radici in una motivazione di ordine storico, dal momento che il codice fu emanato nel 1992, anno in cui i sistemi di *autonomous driving* non rappresentavano ancora un problema giuridico di grande portata –, e cioè che la guida dei veicoli deve necessariamente possedere il carattere *human*, troviamo anche altre disposizioni, come ad esempio l'art. 115, comma 1. Esso, nel determinare la necessità dei requisiti dell'*idoneità psico-fisica* e di *età*[93], pare escludere la

[91] A testimonianza di ciò vi sono i lavori dell'*US Department of Transportation*, reperibili sul sito web: https://www.transportation.gov. Tra questi, in particolare, è importante segnalare i *Rulemaking Reports* e, da ultimo, quello pubblicato nell'ottobre del 2017, ove, al § 65, si legge che la «National Highway Traffic-Safety Administration (NHTSA) seeks comments to identify any unnecessary regulatory barriers to Automated Safety Technologies, and for the testing and compliance certification of motor vehicles with unconventional automated vehicles designs, particularly those that are not equipped with controls for a human driver; e.g., steering wheel, brake or accelerator pedal. Further, NHTSA seeks comments on the research that would be required to remove such barriers. This action will inform subsequent steps in the regulatory process to amend Federal motor vehicle safety standards (FMVSS) and other motor vehicle regulations in order to safely lay a path for innovative automated vehicle designs and technology», ciò che consente di constatare la volontà dell'agenzia federale di rimuovere eventuali barriere interne all'*autonomous driving* di ordine regolamentare, implicitamente affermando, dunque, che non vi è la necessità dell'emanazione di leggi federali di autorizzazione, poiché, come si diceva, l'approccio "assimilazionista" tende a non concepire la questione come eccessivamente problematica per il diritto interno.

[92] Art. 46 Codice della Strada: «"Nozione di veicolo". Ai fini delle norme del presente codice, si intendono per veicoli tutte le macchine di qualsiasi specie, che circolano sulle strade *guidate dall'uomo*» (corsivi nostri).

[93] Art. 115, comma 1, Codice della Strada: «1. Fatte salve le disposizioni specifiche in materia di carta di

possibilità di interpretazioni eccessivamente estensive.

L'aderenza del Codice della Strada alle Convenzioni internazionali, inoltre, è testimoniata sotto più profili: in linea generale, dall'art. 1, rubricato "Principi generali", che al comma 2 sancisce che il rispetto della normativa internazionale e comunitaria in materia[94]; in aggiunta, dall'art. 141[95], che pare configurare un'ipotesi di controllo elaborata in precedenza rispetto al problema della guida automatica ma che ben si concilia con la medesima norma, successiva all'insorgenza del problema, della Convenzione di Vienna.

Per quanto riguarda le finalità generali del codice, si può dire che esse si trovano in totale armonia con quelle del Preambolo delle due Convenzioni[96].

Il richiamo al *rispetto delle normative internazionali e comunitarie in materia*, in parte superfluo, ha tuttavia l'effetto di mettere in luce ancora una volta la volontà del legislatore di uniformarsi alla regolamentazione internazionale.

Tuttavia, si è già visto come anche a livello internazionale le Convenzioni di Ginevra e di Vienna non autorizzino la guida automatica *tout court*, imponendo il limite necessario dell'attività di *overriding* da parte del conducente sul sistema di guida – e finiscano, dunque, per consentire una guida solamente semi-automatica.

Dato il tenore letterale della disposizione dell'art. 46 del Codice della Strada italiano, anche la norma interna testimonia che l'unica interpretazione conforme favorevole ai sistemi di assistenza alla guida eventualmente praticabile è quella suggerita dalla Germania con riferimento agli artt. 8 e 13 della Convenzione di Vienna, ovvero quella in virtù della quale tali sistemi sono consentiti a condizione che: a) possano essere spenti in qualsiasi momento, permettendo al guidatore di riprendere il controllo del veicolo; b) siano costantemente posti sotto il controllo del guidatore attento, che monitora traffico e altre condizioni di guida.

Pare dunque necessario distinguere due situazioni, sulla falsariga della distinzione già effettuata tra *semi-autonomous vehicles* e *fully-autonomous vehicles* (cfr. *supra*, § 1).

Procedere in maniera distinta a seconda dell'ipotesi di partenza permette di semplificare il ragionamento e giungere a conclusioni maggiormente aderenti al diritto italiano. Ciò, innanzitutto, perché dal novero di ciò che può essere oggetto di riflessione circa la conformità al diritto interno deve ritenersi evidentemente escluso il caso della guida completamente automatica. Se si pensa, infatti, che la guida nel Codice della Strada possiede necessariamente il carattere *human*, è giocoforza affermare che, qualora il guidatore non sia più la persona umana, bensì il sistema

qualificazione del conducente, chi guida veicoli o conduce animali *deve essere idoneo per requisiti fisici e psichici* e *aver compiuto*: [...]» (corsivi nostri). L'idoneità *psico-fisica* è ovviamente da ricondursi solo al caso della sorveglianza da parte di *persona umana*. Ciò non significa che il sistema di guida automatica sia categoricamente escluso dall'orizzonte interpretativo, potendosi paventare un'applicazione del requisito a chi, nell'abitacolo del veicolo, è tenuto, secondo la Convenzione di Vienna, a riprenderne il controllo in caso di necessità. Tuttavia, onde evitare di allargare eccessivamente l'interpretazione della norma oltre il suo significato letterale, occorrerebbe, ragionando in una prospettiva *de jure condendo*, prevedere esplicitamente tale possibilità. Ciò vale, in maniera speculare, per il requisito relativo all'*età*.

[94] Art. 1, comma 2, Codice della Strada: «La circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali sulle strade è regolata dalle norme del presente codice e dai provvedimenti emanati in applicazione dei esse, nel rispetto delle normative internazionali e comunitarie in materia».

[95] Art. 141, comma 2, Codice della Strada: «Il conducente *deve sempre conservare il controllo del proprio veicolo* ed essere in grado di compiere tutte le manovre necessarie in condizione di sicurezza, specialmente l'arresto tempestivo del veicolo entro i limiti del suo campo di visibilità e dinanzi a qualsiasi ostacolo prevedibile» (corsivi nostri).

[96] Art. 1 Codice della Strada: «"Principi generali": 1. La *sicurezza delle persone*, nella circolazione stradale, rientra tra le finalità primarie di ordine sociale ed economico perseguite dallo Stato. 2. La circolazione dei pedoni, dei veicoli e degli animali sulle strade è regolata dalle norme del presente codice e dai provvedimenti emanati in applicazione di esse, *nel rispetto delle normative internazionali e comunitarie in materia*. Le norme e i provvedimenti attuativi si ispirano al *principio della sicurezza stradale*, perseguendo gli obiettivi: di *ridurre i costi economici, sociali ed ambientali* derivanti dal traffico veicolare; di *migliorare il livello di qualità della vita* dei cittadini anche attraverso una razionale utilizzazione del territorio; di *migliorare la fluidità della circolazione* [...]» (corsivi nostri).

automatico, molte delle norme pensate per il conducente non sono più applicabili, come ad esempio quelle in materia di responsabilità. Se cambia la modalità di guida pare pacifico che cambi – *resta da individuarsi in che modo* – anche la disciplina della responsabilità (VECERE 2016). In tal caso, infatti, è impensabile l'attribuzione della responsabilità per colpa (presunta) in via preventiva al conducente *ex* art. 2054 c.c., poiché egli non partecipa all'attività di guida e, dunque, non vi è margine di elaborazione di un giudizio di rimprovero nei suoi confronti (DAVOLA, PARDOLESI 2017, 619). Nel caso della guida completamente automatica, si è sostenuto che, dal momento che le macchine non sono qualificabili come *moral agents*, non possono essere responsabili; siccome, tuttavia, il conducente non è colui che svolge l'attività, occorrerà cercare la sussistenza della responsabilità in capo al produttore o al proprietario (BERTOLINI 2013, 227). Ad ogni modo, la riflessione sulla responsabilità da incidente nel caso della guida *fully autonomous* non costituisce lo scopo della presente riflessione, anche se testimonia l'inapplicabilità, per il momento, delle norme sulla circolazione stradale a tali veicoli.

Nel porre la questione dell'eventuale percorribilità della proposta statunitense, fondata sulla presunzione di legalità dei veicoli automatici e, come si è visto, di tipo *assimilazionista*, anche entro l'orizzonte normativo italiano, ci si scontra con un limite oggettivo e invalicabile, che non consente alcuna strategia interpretativa per ciò che concerne la guida *completamente* automatica. Essa, infatti, pare vietata dalla disposizione che sancisce che le norme del codice si applicano ai veicoli guidati dall'uomo e, inoltre, dalla necessaria conformità alla disciplina internazionale in materia, che per il momento non autorizza la guida completamente automatica (livelli 4 e 5).

Occorre, dunque, focalizzare l'attenzione solamente sui veicoli a guida *semi*-automatica, dove l'attività del *condurre* il veicolo è svolta, insieme, dall'uomo e dal sistema di guida automatica.

Per i veicoli a guida semi-automatica, è necessario domandarsi se ad essi siano applicabili le norme del Codice della Strada, nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico italiano. Si tratta, invero, di una questione relativa alla *natura* delle norme sulla circolazione stradale. La percorribilità della via statunitense, infatti, come si è visto, è legata all'applicabilità della presunzione di legalità anche nel nostro ordinamento, la quale, tuttavia, è da modularsi in relazione al *tipo* di norme cui di volta in volta si intenda fare riferimento (di natura civilistica, penalistica, amministrativistica, pubblicistica...).

Infatti, la «norma generale esclusiva [...] in virtù della quale "[t]utto ciò che non è vietato è permesso"», vale solo «nell'ambito del diritto penale. Per contro, nell'ambito del diritto civile» vale «piuttosto una "norma generale inclusiva" [...] ossia il principio che autorizza il giudice ad estendere le norme giuridiche particolari mediante analogia» (GUASTINI 1998, 247-249).

Si badi che, mentre in virtù dell'art. 14 delle Preleggi del Codice Civile l'analogia *non* è consentita in materia penale e in materia di sanzioni amministrative (stante la loro natura afflittiva)[97], essa dovrebbe ritenersi la via applicabile alle restanti norme del codice che non si qualifichino come norme penali o sanzioni amministrative. Parrebbe, in altri termini e *prima facie*, che alla disciplina della circolazione stradale fosse applicabile la presunzione di legalità solamente nella parte in cui essa dispone in materia penale e di sanzioni amministrative. La natura del Codice della Strada, infatti, parrebbe composita, assommando disposizioni riconducibili a diversi rami dell'ordinamento.

Tuttavia, nel silenzio pressoché totale della dottrina e della giurisprudenza sulla questione della natura delle norme sulla circolazione stradale, è intervenuta la Corte Costituzionale, che, nel 2004, includendo la circolazione stradale tra le competenze statali esclusive, la ascrive alla materia dell'*ordine pubblico e sicurezza* prevista dalla lettera h) dell'art. 117, comma 2, Cost., definendola inoltre «funzionale alla tutela dell'incolumità personale», dovendosi ricondurre il

[97] Sull'inapplicabilità dell'analogia non solo in linea generale alle norme penali e alle sanzioni amministrative, bensì con specifico riferimento alle norme sulla circolazione stradale, cfr. TRIDICO 1996, 680.

Codice della Strada alle norme per il «mantenimento dell'ordine pubblico»[98]. Peraltro, che tra le finalità dello Stato rientri la sicurezza delle persone nella circolazione stradale è lo stesso Codice della Strada a sottolinearlo, all'articolo 1, comma 1[99].

Nel qualificare come appartenente alla regolazione dell'ordine pubblico la disciplina del Codice della Strada, infatti, la Corte apre la strada all'applicabilità della presunzione di legalità per ciò che concerne le norme sulla circolazione stradale, come effetto della "sistemazione" della materia entro le norme di natura pubblicistica. Infatti l'assenza di norme sulla guida semi-automatica, nel diritto italiano, consentirebbe di affermare che essa, in quanto non vietata, è permessa, nel senso della statuizione dell'*assenza* di una norma che la vieta.

> «Nel senso forte della parola, "permesso" denota il contenuto di una norma giuridica, mentre, nel senso debole, "permesso" allude piuttosto all'assenza di una norma. Ne segue che una condotta non-vietata è sì "permessa", ma solo in senso debole. E ciò significa precisamente non già che vi sia una norma che qualifichi permessa quella condotta, bensì, all'opposto, che *manca* una norma che la qualifichi vietata» (GUASTINI 1998, 249).

Ma dal momento che, per ciò che concerne l'ordine pubblico, che inerisce il rapporto tra cittadini e Stato, il principio di legalità sancisce l'impossibilità di impedire comportamenti non espressamente vietati dalla legge, deve ritenersi consentita la guida *semi*-automatica, in quanto non contraria ad alcuna delle norme sulla circolazione stradale, delle quali, in virtù della succitata sentenza della Corte Costituzionale, pare potersi ricavare la natura *pubblicistica*.

Appare chiaro, dunque, come la via statunitense, fondata sulla *presunzione di legalità*, risulti mutuabile nell'esperienza giuridica domestica. Ciò non significa, si badi, che sia opportuno fermare la riflessione esclusivamente ad un livello *de jure condito*. È chiaro che, trattandosi di una materia innovativa, si rischierebbe di sovraccaricare eccessivamente il potere giudiziario dell'onere relativo alla risoluzione in via interpretativa dei possibili dubbi derivanti dalla concreta modalità applicativa delle norme che regolano la circolazione stradale ai casi di guida automatica. Come si è già visto, infatti, non è ancora pacifico – vista la scarsità di contributi in dottrina e l'assenza di pronunce giurisprudenziali sul tema –, per esempio, *se* e *a quale livello di automazione* si fermi la responsabilità per danno da circolazione stradale in capo al conducente per cedere il passo, eventualmente, a quella del produttore del sistema di guida automatica. Inoltre, il problema della responsabilità – lungi dal costituire oggetto di riflessione del presente lavoro – è solo uno degli esempi di questioni aperte che l'introduzione degli *automated vehicle* porta con sé nell'ordinamento giuridico.

Pertanto, è evidente che un mero ragionamento *de jure condito* rischierebbe di fermare la riflessione sulla normativa interna (oltre che quella internazionale) ai livelli di automatizzazio-

[98] Corte Costituzionale, n. 428/2004, ove si legge che: «In relazione ai vari profili sotto i quali essa può venire in esame, considerazioni di carattere sistematico inducono a ritenere che la circolazione stradale sia riconducibile, sotto diversi aspetti, a competenze statali esclusive, ai sensi del citato art. 117, secondo comma. In primo luogo, l'*esigenza, connessa alla strutturale pericolosità dei veicoli a motore, di assicurare l'incolumità personale* dei soggetti coinvolti nella loro circolazione (conducenti, trasportati, pedoni) certamente pone problemi di sicurezza, e così rimanda alla lettera h) del secondo comma dell'art. 117, che attribuisce alla competenza statale esclusiva la materia «*ordine pubblico e sicurezza*, ad esclusione della polizia amministrativa locale». [...] In quanto funzionale alla tutela dell'incolumità personale, la disciplina della circolazione stradale mira senza dubbio a prevenire una serie di reati ad essa collegati, come l'omicidio colposo e le lesioni colpose; e pertanto la sua collocazione, sotto questo profilo, nella citata materia non contrasta con la giurisprudenza della Corte che riferisce la «sicurezza» prevista dalla ricordata norma costituzionale all'adozione di misure relative alla prevenzione dei reati ed al *mantenimento dell'ordine pubblico* (sentenze n. 407 del 2002, numeri 6 e 162 del 2004)» (corsivi nostri). La stessa Consulta, peraltro, richiama questo principio nella sentenza 165/2008, nonché nell'ordinanza 247/2005.

[99] Art. 1, comma 1, Codice della Strada, «Principi generali»: «1. La sicurezza delle persone, nella circolazione stradale, rientra tra le finalità primarie di ordine sociale ed economico perseguite dallo Stato».

ne 2 e (quantomeno parzialmente) 3, mentre non permane dubbio circa l'inapplicabilità degli stessi ai livelli 4 e 5, ossia di automatizzazione completa. Al contrario, ragionando entro una prospettiva *de jure condendo*, parrebbe sensato iniziare a pensare all'emanazione di strumenti giuridici *ad hoc* che disciplinino integralmente la materia dell'automazione nella circolazione stradale, ciò che, peraltro, permetterebbe di risolvere anche la questione del divieto di introduzione di veicoli a guida completamente automatica.

In accordo al principio di precauzione, fino alla fine del 2017 è parso sensato immaginare una risposta istituzionale che, quantomeno, consentisse espressamente i test su strada pubblica dei veicoli automatici (in via sperimentale, in attesa di una modificazione del diritto interno che renda possibile la loro introduzione a pieno regime). Proprio alla fine del 2017, appunto, questo processo è stato avviato dalla legge di bilancio per l'anno 2018 (l. 27 dicembre 2017, n. 205), che all'art. 1, comma 72, stanzia 2 milioni di euro, per le annate 2018/2019, per la realizzazione di opere pubbliche che consentano una vera e propria costruzione di *smart road*, nonché per la sperimentazione della guida connessa ed autonoma.

Tale legge ha fornito le basi per l'emanazione del d.m. 28 febbraio 2018, pubblicato in G.U. il 18 aprile 2018, n. 90, il quale, da un lato, agli artt. 1-8 statuisce le regole per la conversione delle strade in *smart road* (e per la creazione *ad hoc* di nuove strade, le quali devono essere create *ab imis* nelle forme delle "strade intelligenti") e, soprattutto, agli artt. 9-20 detta le norme per la sperimentazione dei veicoli automatici su strada.

Si segnalano, in particolare, le seguenti norme: l'art. 9 (che autorizza alla sperimentazione dei veicoli automatici su strada pubblica e statuisce che l'autorizzazione possa essere richiesta dal costruttore del veicolo o da istituti universitari ed «enti pubblici e privati di ricerca che conducono sperimentazioni su veicoli equipaggiati con le tecnologie di automazione della guida»); l'art. 10 (il quale individua come supervisore del veicolo automatico, nelle fasi della sperimentazione, un soggetto che possieda da almeno cinque anni la patente di guida, sul quale ricade la responsabilità delle operazioni); l'art. 11 (il quale, tra le altre cose, si richiama alle norme generali sulla responsabilità da circolazione stradale, che prevedono l'attribuzione di responsabilità per danno in capo al proprietario e agli eventuali soggetti obbligati in solido, oltre a statuire la necessaria idoneità del veicolo a fronteggiare talune situazioni di rischio[100]); l'art. 12 (che elenca le caratteristiche dei sistemi a guida automatica ai fini dell'autorizzazione alla sperimentazione, tra i quali la necessità del rispetto delle regole del Codice della Strada, dell'interazione sicura con gli altri utenti della strada[101], della sempre aperta possibilità di effettuare un passaggio dalla modalità automatica a quella manuale e della tutela dei dati) e l'art. 19 (che obbliga il richiedente a concludere un contratto di assicurazione per la responsabilità

[100] Cfr., in particolare, le lettere d) ed e) del comma 1 dell'art. 11: «[...] d) la capacità del veicolo, in modalità di guida automatica, di gestire le situazioni prevedibili negli scenari di guida tipici degli ambiti stradali e delle condizioni esterne per cui viene chiesto il permesso. In particolare, la documentazione deve evidenziare i metodi di gestione delle particolarità degli scenari, includendo sistemi di controllo del traffico quali rotonde, semafori, segnali, attraversamenti pedonali, lavori in corso; pedoni e oggetti inclusi biciclette, animali, ostacoli, coni; se previsti tra le condizioni esterne per cui è fatta richiesta, tipi di ambiente quali pioggia, neve, ghiaccio, nebbia, polvere, notte; interazioni con veicoli di emergenza, quali pompieri, ambulanze, polizia; e) la idoneità del veicolo, in modalità di guida automatica, per ognuno degli ambiti stradali e delle condizioni esterne per cui si richiede il rilascio dell'autorizzazione, ad attuare una reazione adeguata con riferimento agli scenari di guida tipici di ciascun ambito e, quando non possibile, la possibilità del supervisore del veicolo automatizzato di intervenire tempestivamente e mantenere il veicolo in condizioni di sicurezza in ogni momento nel corso dell'intera durata dell'attività di sperimentazione; particolare attenzione deve essere prestata ad eventuali funzionalità che consentono di viaggiare sincronizzati in convoglio, mantenendo distanze ridotte tra i veicoli, per dimostrarne la sicurezza [...]».

[101] Si segnala l'utilizzo, nel decreto, della terminologia della "vulnerabilità", lett. b), comma 1, art. 12: «[...] b) essere in grado di interagire in sicurezza con tutti i possibili utenti della strada, nell'ambito stradale oggetto dell'autorizzazione, *inclusi gli utenti più deboli e vulnerabili quali persone a mobilità ridotta o con disabilità, bambini, pedoni, ciclisti e motociclisti* [...]» (corsivo nostro).

civile sul veicolo, con «un massimale minimo pari a quattro volte quello previsto per il veicolo utilizzato per la sperimentazione nella sua versione priva delle tecnologie di guida automatica, secondo la normativa vigente»).

In sostanza, anche in Italia ha preso avvio il processo di elaborazione di una risposta giuridica alle questioni dell'*autonomous driving*. Per il momento, l'emanazione di un decreto di autorizzazione alla sperimentazione su strada pubblica costituisce una novità importantissima nel panorama nazionale, che consente all'ordinamento di "tenersi al passo coi tempi" rispetto alle innovazioni tecnologiche. Tuttavia, si segnala che tale normativa non consente ancora l'utilizzo dei veicoli automatici fuori dall'ambito delle sperimentazioni, per il quale occorrerà attendere che le sperimentazioni diano risultati positivi e, soprattutto, che si apra la possibilità di ulteriore modificazione delle regole internazionali sul traffico stradale volta a consentire tale attività.

Per il momento, è possibile affermare che qualche passo da parte dell'ordinamento è stato compiuto nei confronti dei veicoli a guida automatica, che fa presagire la possibilità di un futuro intervento normativo volto a regolare le questioni della guida semi-automatica su strada pubblica in contesti quotidiani, entro una prospettiva, al pari di altri Paesi europei, potenzialmente *eccezionalista*.

6. *Conclusioni*

Dare contezza delle maggiori questioni e sfide, soprattutto di natura giuridica, che l'avvento della guida automatica e semi-automatica porta con sé è un'impresa piuttosto ardua. D'altra parte, fornire una risposta giuridica esaustiva e conclusiva a queste problematiche, come si accennava in apertura, trascende gli obiettivi del presente lavoro.

Piuttosto, il percorso che si è seguito è stato finalizzato all'elaborazione di una possibile riflessione *de jure condendo* e *de jure condito* soprattutto con riferimento all'ordinamento giuridico italiano, dopo aver gettato le basi della riflessione, che, inevitabilmente, affondano le proprie radici in un orizzonte internazionale.

Nel tentativo di apportare maggiore chiarezza alle questioni che si paventano in relazione alla sempre più veloce messa a punto di tecnologie che porteranno, nei prossimi dieci anni, ad una vera e propria rivoluzione nel modo di pensare al rapporto tra gli esseri umani e la circolazione stradale, è emerso come in realtà queste sfuggano ad una certezza definitoria, già in sede di analisi preliminare di costi e benefici (§ 1).

Il riferimento giuridico di respiro internazionale (le Convenzioni di Ginevra e Vienna sul traffico stradale) ha consentito una prima approssimazione allo "status di legalità" dell'*autonomous driving* entro gli ordinamenti aderenti alle convenzioni; e, tuttavia, si è visto che tale status non può che dirsi provvisorio, stanti gli impegni della comunità internazionale ad una modificazione delle norme che consenta non solo la guida semi-automatica (che pare già autorizzata), bensì traghetti il diritto verso una piena ed effettiva autorizzazione e regolazione delle vere e proprie *self-driving car* (§ 2).

Dal confronto con alcune peculiari esperienze nazionali (§ 3) è emersa l'evidenza di due possibilità di approccio alla questione: le cosiddette strategie *assimilazionista* ed *eccezionalista*, che testimoniano la molteplicità di modalità di risoluzione del problema a partire dagli strumenti giuridici.

L'analisi della situazione statunitense e del relativo dibattito (§ 4), imprescindibile se si tiene in considerazione la sua preponderanza su scala internazionale, oltre che il ruolo-guida che gli Stati Uniti hanno assunto in termini di sviluppo di queste tecnologie, ha consentito di mettere a punto un approccio (di tipo, lo si ribadisce, *assimilazionista*) che potesse fungere da termine di paragone per ispirare la possibilità di una riflessione tutta italiana (§ 5) che giungesse, come si è fatto, alla statuizione, da un lato, della probabile *legalità* della guida *semi*-automatica (anche in

virtù di un'interpretazione conforme alle norme internazionali) entro l'ordinamento domestico e, dall'altro, in un'ottica ormai già *de jure condito* (a partire dal 2018), della necessità di strumenti volti all'autorizzazione alla sperimentazione su strada pubblica delle tecnologie di guida *completamente* automatica, nonché all'elaborazione di una prospettiva *de lege ferenda* sull'imprescindibilità di una normativa che consenta l'impiego anche di veicoli *self-driving* sulle strade italiane in contesti quotidiani che esulano dalle sperimentazioni, il quale, per il momento, deve ritenersi escluso.

Data la complessità della struttura del ragionamento – che, va da sé, deriva a sua volta dalla complessità della problematica medesima –, manca all'appello l'indagine di altre dimensioni del problema, come quella relativa alla trattazione (che, forse, necessiterebbe di essere monografica...) della questione della responsabilità (*in primis* civile, ma anche penale) da incidente stradale dovuta all'impiego di veicoli semi-automatici ed automatici, oltre che la riflessione etica che l'utilizzo di queste tecnologie necessariamente comporta. Tuttavia, si è ritenuto che le questioni trattate in questa sede costituissero un compito necessariamente prodromico, dal quale non si esclude che possano scaturire successivi ed ulteriori ragionamenti volti ad includere anche le tematiche non affrontate.

Riferimenti bibliografici

ANDERSON J.M., KALRA N., STANLEY K.D., SORENSEN P., SAMARAS C., OLUWATOLA O.A. 2016. *Autonomous Vehicle Technology: A Guide for Policymakers*, Santa Monica (Cal.), Rand Corporation.

ARIEFF A. 2016. *Driving Sideways*, in «The New York Times», 23 luglio 2016, disponibile in: *https://opinionator.blogs.nytimes.com/2013/07/23/driving-sideways/* (consultato il 24/01/2018).

BERTOLINI A. 2013. *Robot as Products: The Case for a Realistic Analysis of Robotic Applications and Liability Rules*, in «Law, Innovation and Technology», 2, 2013, 214 ss.

BLANCO M., ATWOOD J., RUSSELL S., TRIMBLE T., MCCLAFFERTY J., PEREZ M. 2016. *Automated Vehicle Crash Rate Comparison Using Naturalistic Data*, Final Report from the Virginia Tech Transportation Institute, gennaio 2016, I-77, disponibile in: *http://www.vtti.vt.edu/PDFs/Automated%20Vehicle%20Crash%20Rate%20Comparison%20Using%20Naturalistic%20Data_Final%20Report_20160107.pdf* (consultato il 24/01/2018).

BOEGLIN J. 2015. *The Costs of Self-Driving Cars: Reconciling Freedom and Privacy with Tort Liability in Autonomous Vehicle Regulation*, in «Yale Journal of Law And Technology», 17, 2015, 171 ss.

BONAVENTURA S. 2017. *Guida autonoma e intelligenza artificiale, ecco le tappe*, in «Repubblica.it», 18 maggio 2017, disponibile in: *http://www.repubblica.it/motori/sezioni/attualita/2017/05/18/news/guida_autonoma_entro_5_anni_con_cloud_cognitivo_e_intelligenza_artificiale-165726657/* (consultato il 24/01/2018).

BRODSKY J.S. 2016. *Autonomous Vehicle Regulation: How an Uncertain Legal Landscape May Hit the Brakes on Self-Driving Cars*, in «Berkeley Technology Law Journal», 31, 2016, 851 ss.

BURKHARDT J., BERGER A.M., MCGAVOCK A.T. 2016. The Mobility *Consequences of the Reduction or Cessation of Driving by Older Women*, Women's Travel Issues, Second National Conference Proceedings, Washington D.C.: U.S. Department of Transportation, ottobre 1996, disponibile in http://www.fhwa.dot.gov/ohim/womens/chap22.pdf (consultato il 12/10/2018).

BUTTI L. 2016. *Auto a guida autonoma: sviluppo tecnologico, aspetti legali ed etici, impatto ambientale*, in «Rivista giuridica dell'ambiente», 3/4, 2016, 435 ss.

CALO R. 2015. *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, in «California Law Review», 103, 2015, 513 ss.

CHENEY P. 2017. *How Self-driving Cars Will Ease Traffic Congestion*, in «The Globe and Mail» (online), aggiornato il 25 marzo 2017, disponibile in: *https://www.theglobeandmail.com/globe-drive/culture/commuting/how-self-driving-cars-will-ease-traffic-congestion/article15876882/* (consultato il 24/01/2018).

COLLINGWOOD L. 2017. *Privacy Implications and Liability Issues of Autonomous Vehicles*, in «Information & Communication Technology Law», 26, 2017, 32 ss.

COSTANTINI F., MONTESSORO P.L. 2016. *Il problema della sicurezza tra informatica e diritto: una prospettiva emergente dalle "Smart Cars"*, in «Informatica e diritto», 42, 2016, 95 ss.

DAVOLA A., PARDOLESI R. 2017. *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della r.c. auto ("driverless")?*, in «Danno e responsabilità», 5, 2017, 616 ss.

DUFFY S., HOPKINS J. 2013. *Sit, Stay, Drive: The Future of Autonomous Car Liability*, in «SMU Science and Technology Law Review», 16, 2013, 101 ss.

EASTERBROOK F. 1996. *Cyberspace and the Law of the Horse*, in «The University of Chicago Legal Forum», 216, 1996, 207 ss.

FAGNANT D.J., KOCKELMAN K. 2015. *Preparing a Nation for Autonomous Vehicles: Opportunities, Barriers and Policy Recommendations*, in «Transportation Research», 77, 2015, 167 ss.

GAETA M.C. 2016. *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in «Responsabilità civile e previdenza», 5, 2016, 1718 ss.

GARZA A.P. 2012. *"Look Ma, No Hands!": Wrinkles and Wrecks in the Age of Autonomous Vehicles*, in «New England Law Review», 46, 2012, 581 ss.

GILBERT F., ZALLONE R. 2016. *Connected Cars. Recent Legal Developments*, disponibile in: *http://robots.law.miami.edu/2016/wp-content/uploads/2015/07/GILBERT-ZALLONE-Connected-Cars-REVISED_2016-03-29.pdf* (consultato il 24/01/2018).

GLANCY D. 2012. *Privacy in Autonomous Vehicles*, in «Santa Clara Law Review», 52, 2012, 1171 ss.

GOODRICH J. 2013. *Driving Miss Daisy: An Autonomous Chauffeur System*, in «Houston Law Review», 51, 2013, 265 ss.

GRAHAM K. 2012. *Of Frightened Horses and Autonomous Vehicles: Tort Law and Its Assimilation of Inventions*, in «Santa Clara Law Review», 51, 2012, 101 ss.

GRAHAM R. 2015. *Getting a Handle on Driverless Cars*, in «Solicitors Journal», Supp. (Personal Injury Focus), 159, 2015, 13 ss.

GUASTINI R. 1998. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè.

GURNEY J. 2013. *Sue My Car Not Me: Products Liability and Accidents Involving Autonomous Vehicles*, in «Journal of Law, Technology & Policy», 2013, 247 ss.

HAMISH JAMSON A., MERAT N., CARSTEN O.M.J., LAI F.C.H. 2013. *Behavioural Changes in Drivers Experiencing Highly-Automated Vehicle Control in Varying Traffic Conditions*, in «Transportation Research Part C», 30, 2013, 116 ss.

HARRISON A., RAGLAND D.R. 2003. *Consequences of Driving Reduction or Cessation for Older Adults*, in «Transportation Research Record», 1, 2003, 96 ss.

KOOPS B.J., PIRNI A. 2013. *Ethical and Legal Aspects of Enhancing Human Capabilities through Robotics. Preliminary Considerations*, in «Law, Innovation and Technology», 5, 2013, 141 ss.

LEDERMAN J., GARRETT M., TAYLOR B. 2016. *Fault-y Reasoning: Navigating the Liability Terrain in Intelligent Transportation Systems*, in «Public Works Management & Policy», 21, 2016, 5 ss.

LEE T. 2013. *Self-Driving Cars Are a Privacy Nightmare. And It's Totally Worth It*, in «Washington Post», 21 maggio 2013.

LOSANO M.G. 2017. *Il progetto di legge tedesco sull'auto a guida automatizzata*, in «Diritto dell'Informazione e dell'Informatica», 1, 2017, 1 ss.

LUTZ L.S. 2016. *Automated Vehicles in the EU: Proposals to Amend the Type Approval Framework and Regulation of Driver Conduct*, marzo 2016, disponibile in: *http://www.genre.com/knowledge/publications/cmint16-1-en.html* (consultato il 24/01/2018).

MERAT N., JAMSON A.H., LAI F.C.H., DALY M., CARSTEN O.M.J. 2014. *Transition to Manual; Driver Behaviour when Resuming Control from a Highly Automated Vehicle*, in «Transportation Research Part F», 2014, 274 ss.

PAGE F.D., KRAYEM N.M. 2017. *Are You Ready for Self-Driving Vehicles?*, in «Intellectual Property & Technology Law Journal», 29, 4, 2017, 14 ss.

PILLATH S. 2016, *Automated Vehicles in the EU*, Briefing at the European Parliament, European Parliamentary Research Service (EPRS), PE 537.902, January 2016.

POST D. 2009. *In Search of Jefferson's Moose: Notes on the State of Cyberspace*, Oxford, Oxford University Press.

RANGER S. 2016. *Ford: Self-Driving Cars Are Five Years Away From Changing the World*, ZDNet, 11 maggio 2016, disponibile in: http://www.zdnet.com/article/ford-self-driving-cars-are-five-years-away-from-changing-the-world/ (consultato il 24/01/2019).

RODOTÀ S. 1997. *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari, Laterza.

RODOTÀ S. 2012. *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, Laterza.

ROSENBLOOM S. 2001. *Driving Cessation Among Older People: When Does It Happen and What Impact Does It Have?*, in «Transportation Research Record», 1779, 2001, 93 ss.

ROSENBLOOM S. 2012. *The Travel and Mobility Needs of Older People Now and in the Future*, in COUGHLIN J.F., D'AMBROSIO L.A. (eds.), *Aging America and Transportation: Personal Choices and Public Policy*, New York, Springer, 39 ss.

ROSENZWEIG J., BARTL M. 2015. *A Review and Analysis of Literature on Autonomous Driving*, in «The Making of Innovation» (online), 2015, 1 ss.

SCAGLIARINI S. 2013. *La riservatezza e i suoi limiti. Sul bilanciamento di un diritto preso troppo sul serio*, Roma, Aracne.

SCAGLIARINI S. 2017. *Il tema della* privacy*: virtù e vizi della cultura giuridica*, in «Ars Interpretandi», 1, 2017, 49 ss.

SCHROLL C. 2015. *Splitting the Bill: Creating a National Car Insurance Fund to Pay for Accidents in Autonomous Vehicles*, in «Northwestern University Law Review», 109, 2015, 803 ss.

SHAHEEN S.A., LIPMAN T.E. 2007. *Reducing Greenhouse Emissions and Fuel Consumption*, in «ITSS Research», 31, 2007, 6 ss.

SMITH B.W. 2013. *Human Error as a Cause for Vehicle Crashes*, Center for Internet and Society at Stanford Law School, 18 November 2013, disponibile in: http://cyberlaw.stanford.edu/blog/2013/12/human-error-cause-vehicle-crashes (consultato il 24/01/2018).

SMITH B.W. 2014. *Automated Vehicles Are Probably Legal in the US*, in «Texas A&M Law Review», 1, 2014, 411 ss.

SMITH B.W. 2017a. *How Governments Can Promote Automated Driving*, in «New Mexico Law Review», 47, 2017, 99 ss.

SMITH B.W. 2017b. *Automated Driving and Product Liability*, in «Michigan State Law Review», 1, 2017, 1 ss.

STABILI D., MARCHETTI M., COLAJANNI M. 2017. *Detecting Attacks to Internal Vehicle Networks Through Hamming Distance*, Proceedings of the IEEE 2017 AEIT International Annual Conference – Infrastructures for Energy and ICT (AEIT 2017), Cagliari, Settembre 2017.

SWANSON A. 2014. *"Somebody Grab the Wheel!": State Autonomous Vehicle Legislation and the Road to a National Regime*, in «Marquette Law Review», 97, 2014, 1087 ss.

THOMAS P. 2014. *Driverless Vehicles: From Technology to Policy*, PACTS Conference, svoltasi al Thatcham Research Centre (UK) il 22 ottobre 2014, disponibile in: http://www.pacts.org.uk/wp-content/uploads/sites/2/Pete-Thomas-Conference-Report.pdf (consultato il 24/01/2018).

TRIDICO G. 1996. *Circolazione stradale*, in *Digesto: discipline pubblicistiche*, vol. XI, Torino, UTET, 671 ss.

VALASEK C., MILLER C. 2014. *Adventures in Automotive Networks and Control Units*, IOActive, Comprehensive Information Security (online), 2014, disponibile in https://www.ioactive.com/pdfs/IOActive_Adventures_in_Automotive_Networks_and_Control_Units.pdf (consultato il 12/10/2018).

VAN DEN BOOM F. 2017. *If Autonomous Cars Could Talk*, in «Privacy Laws & Business International», 135, 2017, 17 ss.

VECERE L. 2016. Connecting Car *e* Autonomous Vehicle. *Il fenomeno dell'evoluzione del diritto come conseguenza del cambiamento e dell'innovazione tecnologica*, in «Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti» (online), 2016, disponibile in: *http://www.rivistagiuridica.aci.it/documento/connecting-car-e-autonomous-vehicle.html* (consultato il 24/01/2018).

VILLASENOR J. 2014. *Products Liability and Driverless Cars. Issues and Guiding Principles for Legislation*, disponibile in: *https://www.brookings.edu/research/products-liability-and-driverless-cars-issues-and-guiding-principles-for-legislation/* (consultato il 24/01/2018).

WEST D.M. 2016. *Moving forward: Self-driving vehicles in China, Europe, Japan, Korea, and the United States*, report del Center for Technology Innovation at Brookings, 2016, 1-24, disponibile in: *https://www.brookings.edu/wp-content/uploads/2016/09/driverless-cars-3-ed.pdf* (consultato il 24/01/2019).

WEYER J., FINK R.D., ADELT F. 2015. *Human-machine cooperation in smart cars. An empirical investigation of the loss-of-control thesis*, in «Safety Science», 72, 2015, 199 ss.

YEOMANS G. 2014. *Autonomous Vehicles. Handing Over Control: opportunities and risks for insurance*, 2014, disponibile in: *https://www.lloyds.com/news-and-risk-insight/risk-reports/library/ technology/autonomous-vehicles* (consultato il 24/01/2018).

RIPENSARE LA RAZIONALITÀ

LA CRESCITA DI SIGNIFICATO E I LIMITI DEL FORMALISMO

SUSAN **HAACK**

&dq

Ripensare la razionalità
La crescita di significato e i limiti del formalismo

Reconceptualizing Rationality:
The Growth of Meaning and the Limits of Formalism

SUSAN HAACK

Distinguished Professor in the Humanities, Cooper Senior Scholar in Arts and Sciences, Professor of Philosophy, e Professor of Law alla University of Miami.
E-mail: shaack@law.miami.edu

Traduzione di Fabrizio Esposito

ABSTRACT

Man mano che la nostra conoscenza e la nostra esperienza crescono, i concetti assumono un significato nuovo e più ricco. La filosofia del linguaggio recente (post-Fregeana) hanno prestato poca attenzione a questo fenomeno; e filosofi radicali come Feyerabend e Rorty diedero per scontato che il cambiamento di significato fosse una minaccia alla razionalità. Ma i pensatori nella tradizione pragmatica classica – Peirce nella filosofia della scienza e, più implicitamente, Holmes nella teoria giuridica – riconobbero l'importanza della crescita di significato e capirono come questa potesse contribuire al progresso della scienza e all'adattamento di un sistema giuridico al cambiare delle circostanze. Questo articolo sviluppa queste intuizioni e le illustra con riferimento (1) alla crescita del significato di "DNA" dall'identificazione di "nucleina" alla scoperta di mtDNA quasi un secolo dopo, e (2) alla crescita di significato di "istituzione di una religione" nel Primo Emendamento della Costituzione degli Stati Uniti dalla sua ratifica nel 1791 ad oggi. I modelli di razionalità strettamente formali, conclude, non sono adeguati né al ragionamento scientifico né a quello giuridico.

As our knowledge and our experience grows, concepts take on new and richer meaning. Recent (post-Fregean) philosophers of language have paid little attention to this phenomenon; and radical philosophers like Feyerabend and Rorty took for granted that meaning-change is a threat to rationality. But thinkers in the classical pragmatist tradition – Peirce in philosophy of science and, more implicitly, Holmes in legal theory – recognized the significance of growth of meaning, and understood how it can contribute to the progress of science and to the adaptation of a legal system to changing circumstances. This paper develops these insights, and illustrates them by reference (1) to the growth of meaning of "DNA" from the identification of "nuclein" to the discovery of mtDNA almost a century later, and (2) to the growth of meaning of "the establishment of religion" in the First Amendment to the U.S. Constitution from its ratification in 1791 to the present day. Narrowly formal models of rationality, it concludes, are adequate neither to scientific nor to legal reasoning.

KEYWORDS

significato, logica, Peirce (Charles Sanders), Holmes (Oliver Wendell), scienza, diritto

meaning, logic, Peirce (Charles Sanders), Holmes (Oliver Wendell), science, law

© Haack 2016, 2019 (adattato da Haack 2009a). Tutti i diritti sono riservati.

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 1 (giugno) | pp. 161-179

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Ripensare la razionalità
La crescita di significato e i limiti del formalismo

SUSAN HAACK

0. Introduzione: il logico e il razionale – 1. *La vita del linguaggio* – 2. *La crescita di significato e il progresso della scienza* – 3. *La crescita di significato e l'adattamento dei sistemi giuridici*.

In use and experience, [...] *meaning grows.*
(C.S. Peirce)[1]

0. Introduzione: il logico e il razionale

Quando nelle conversazioni ordinarie le persone descrivono una conclusione, una decisione, una *policy* ecc., come "logica", solitamente non intendono altro se non "che ha senso, che è ragionevole". Ma nel linguaggio della filosofia la parola "logica" è un termine tecnico dal significato più specifico – o, piuttosto, da più significati specifici, al plurale. Per molto tempo, ha significato qualcosa come "teoria di qualsiasi cosa che sia buona nel modo di ragionare", e includeva nel suo ampio campo ciò che Peirce chiamava «teoria dell'indagine» e che oggi sarebbe chiamata "epistemologia"[2]. Ma con la nascita, nel tardo diciannovesimo e primo ventesimo secolo, di nuovi strumenti logici sviluppati da Frege, Peirce, Russell ecc. – che superavano di gran lunga la più antica logica aristotelica per forza espressiva e capacità inferenziale – il campo della parola "logica" è andato gradualmente a restringersi, così che oggi il termine solitamente si riferisce alle teorie del tipo di buon ragionamento che si può catturare sintatticamente, ossia che dipende dalla *forma* piuttosto che dal *contenuto*.

Non sorprende che molti si siano lasciati sedurre dalla supposizione che qualunque cosa razionale o ragionevole debba essere una questione di logica in questo senso nuovo e ristretto. Alcuni hanno proposto modelli logico-formali di inferenza scientifica; altri hanno proposto modelli di ragionamento giuridico logico-formali. Non sorprende neppure che certi filosofi della scienza radicali come Feyerabend, accortisi che nelle teorie scientifiche i significati dei termini teorici mutano e cambiano, abbiano dato per assodato che questa "varianza di significato" sia una minaccia alla razionalità dell'impresa scientifica e che coloro che avanzavano riserve circa "le logiche del diritto" , siano stati similmente tentati di concludere che le decisioni giuridiche debbano essere arbitrarie o soggettive.

Ma equiparare "razionale" e "formale" è stato un punto di partenza erroneo. Come sosterrò qui, mutamenti e cambiamenti di significato sono onnipresenti nei linguaggi naturali (§ 1); ma, piuttosto che impedire la razionalità, a ben vedere vi contribuiscono – sia nelle scienze (§ 2), sia nel diritto (§ 3).

1. *La vita del linguaggio*

Un linguaggio naturale è una cosa organica, vivente[3]. Durante il suo lungo cammino un

* © HAACK 2016, 2019 (adattato da HAACK 2009a). Tutti i diritti sono riservati. Tradotto dall'inglese da Fabrizio Esposito.

[1] PEIRCE 1931-1958, 2.302 c. 1895.

[2] Si vedano, ad esempio, MILL 1970 e DEWEY 1938.

[3] Il punto è illustrato da CRYSTAL 2007 e ABLEY 2007, relativamente alle variazioni dell'inglese a livello regionale (Crystal) e internazionale (Abley).

linguaggio può, come il latino, dare alla luce numerosi e diversi nuovi linguaggi e alla fine cadere in desuetudine e morire[4]. E tutti i linguaggi naturali lentamente – e a volte non così lentamente – mutano, cambiano e si adattano: prendendo in prestito parole da altre lingue e dal lessico specializzato di scienziati, soldati, marinai, avvocati, burocrati, ecc.; adattando metafore una volta vive a nuovi scopi o addomesticandole come comodi *cliché*; sfoggiando nuovi idiomi, parole alla moda, espressioni gergali, frasi a effetto.

L'inglese moderno è intriso di metafore di cui si è dimenticata l'origine marinaresca, come "*taken aback*" (sconcertato, sbigottito), "*three sheets to the wind*" (ubriaco fradicio), "*not enough room to swing a cat*" (angusto), "*scuttlebutt*" (pettegolezzo)[5]; ha preso in prestito dall'arabo numerose delle sue parole scientifiche, da "*alkali*" a "*zenith*"; e ha ereditato parole come "*pajamas*" e "*curry*"[6] come lascito dell'epoca della dominazione britannica in India. Recentemente, sembra che sia diventato accettabile usare "*hopefully*" non solo per modificare un verbo, ma anche, come il tedesco "*höffentlich*", per modificare un'intera frase; e nomi commerciali come "*Xerox*" e "*Google*" sono diventati verbi nel vocabolario di quasi tutti. Nell'inglese americano, solo qualche decennio fa, "*Watergate*" (il nome del palazzo al centro dello scandalo della stagione politica di Nixon) diede origine a "*travelgate*" (lo scandalo concernente l'ufficio viaggi della Casa Bianca), "*Hillarygate*" (lo scandalo concernente il grande successo di Hillary Clinton in borsa), e "*zippergate*" (lo scandalo concernente il Presidente Bill Clinton e Monica Lewinsky).

E ogni anno o giù di lì, mi pare di imbattermi in qualche intrigante cambiamento del significato di certi termini d'interesse filosofico. Alcuni anni fa ho imparato che nell'inglese del diciottesimo secolo la parola "*pragmatist*" significava semplicemente una persona indaffarata; che verso la fine del diciannovesimo secolo aveva finito per indicare un ficcanaso, qualcuno che s'intromette inopportunamente negli affari altrui; e che solo recentemente ha acquisito la sua attuale connotazione di qualcuno che procede mosso dalla convenienza piuttosto che da principi[7]. E l'anno successivo ho imparato che "*integrity*" deriva dal latino "*in*" e "*tangere*", e veicola il significato di non toccato, inviolato o puro; e che in inglese questa parola una volta connotava – come mi hanno detto fanno ancora i suoi più stretti equivalenti in portoghese e, sebbene ora solo con riguardo alla Vergine Maria, in spagnolo – verginità[8].

Il tema di cui sto trattando, la crescita di significato – con cui intendo la circostanza che le parole non solo acquisiscano nuovi significati, ma anche che perdano antiche connotazioni, e il fatto che il conio di nuovi termini o la cooptazione di vecchi serva a esprimere nuovi concetti e nuove distinzioni – è solo un aspetto di quel fenomeno ben più ampio ed enormemente complesso che è l'evoluzione e lo sviluppo dei linguaggi.

Questo tema non ha attratto molta attenzione nella recente filosofia del linguaggio, anche se Donald Davidson vi si avvicinò quando si allontanò dalle aree relativamente civilizzate dei

[4] Second BARBER 2007 metà delle circa 7.000 lingue mondiali sta morendo. Secondo GOMES 2007, tuttavia, vi è una reviviscenza del latino – su internet.

[5] "*Aback*" significa "in posizione tale da prendere il vento con la superficie frontale di una vela quadrata"; quindi "*taken aback*" per essere colto di sorpresa. "*Sheet*" si riferisce "alla corda o catena che regola l'angolo con cui la vela è posizionata in relazione al vento"; quindi "*three sheets to the wind*" per ubriaco. Un gatto a nove code era la frusta con cui i marinai erano fustigati per infrazioni della disciplina navale (chiamato in questo modo perché lasciava ferite che assomigliavano ai graffi di un gatto); quindi "*not enough room to swing a cat*" per luoghi angusti. Lo "*scuttlebutt*" era la botte di acqua fresca da cui bevevano i marinai; quindi "*scuttlebutt*" per pettegolezzo – come, chiacchierare in ufficio vicino al distributore d'acqua. Mi baso su un dizionario standard di inglese americano, MERRIAM-WEBSTER 1991, 43 "*aback*", 1084 "*sheet*", 214 "*cat*", 1057 "*scuttlebutt*".

[6] "*Pajamas*" proviene dall'hindi, che a sua volta deriva dal persiano, "*pă*" (gamba) e "*jăma*" (indumento). MERRIAM-WEBSTER 1991, 847. Madhur Jaffrey suggerisce che "*curry*" possa derivare da "*kari*", una parola tamil che significa "salsa" e che si riferisce anche a una spezia chiamata foglia kari; oppure da "*karhi*", un piatto del nord dell'India fatto con spezie e farina di ceci. JAFFREY 1978, 14-17.

[7] Per i dettagli, si veda HAACK 2005a, 74 s.

[8] Per i dettagli, si veda HAACK 2006.

linguaggi naturali per recarsi nelle terre selvagge delle metafore, dei giochi di parole e dei malapropismi. Questo viaggio, tuttavia, lo ha infine condotto ad annunciare di aver abbandonato non solo il tentativo di estendere ai linguaggi naturali il progetto di irreggimentazione di Tarski, ma anche «la nozione ordinaria di linguaggio» e «le frontiere tra conoscere un linguaggio e conoscere il nostro modo di muoverci nel mondo in generale»; e a concludere che «non c'è nessuna cosa come un linguaggio, non se un linguaggio è qualcosa di simile a ciò che molti filosofi hanno supposto»[9]. Di sicuro: a differenza dei rigorosi ma rigidi linguaggi formali su cui si è concentrato Alfred Tarski, i linguaggi naturali sono straordinariamente ricchi e flessibili – capaci di un particolare tipo di precisione, diversa dalla precisione logica o matematica in quanto mutevole, diffusa, e a volte elusiva, ma non per questo di minor valore. E posto che si tratta inequivocabilmente di linguaggi, la «nozione ordinaria di linguaggio», presa per assodata da quegli "svariati filosofi" cui allude Davidson, era irrimediabilmente procustea.

In passato, la crescita di significato aveva attirato una certa attenzione tra quei filosofi interessati alla giustificazione dei metodi della filosofia del linguaggio. In *A Plea for Excuses* J. L. Austin scrisse che mentre «(c)ertamente [...] il linguaggio ordinario non ha l'ultima parola» sulle questioni filosofiche, «esso *ha* la *prima* parola» perché «il nostro comune bagaglio di vocaboli incorpora tutte le distinzioni che gli uomini hanno ritenuto utile effettuare, e tutte le connessioni che hanno ritenuto utile stabilire, nel corso di molte generazioni». Nell'introduzione di *Individuals*, Peter Strawson sosteneva che, seppur «(f)ino a un certo punto, la fiducia nell'esame ravvicinato dell'uso effettivo delle parole è la migliore e di certo l'unica vera strada in filosofia», in metafisica «la struttura che cerchiamo [...] rimane sommersa»; e, pur concedendo che «alcuni concetti cambiano», sosteneva che vi è un «imponente nucleo centrale del pensiero umano che non ha storia»[10]. Strawson però si concentra su quei concetti centrali che considera immutabili; e Austin non dice chi potrebbe avere la *prossima* parola, dopo che abbiamo attinto alla saggezza delle generazioni precedenti incorporata nel linguaggio ordinario.

Né i filosofi analitici più recenti sembrano aver mostrato molto interesse per la sfida lanciata dal cambiamento di significato. Tuttavia, nella letteratura riguardante i "paradossi di Gettier" ho scoperto che William Rozeboom ha osservato che (quale che sia la saggezza popolare esplicita o implicita in esso) il linguaggio ordinario semplicemente non è adatto a un profondo e sottile lavoro teorico, e che dovremo andare oltre i suoi «presupposti semplicistici e le sue categorie acritiche e a grane grosse»[11]. Pochi sembrano avervi prestato attenzione[12]. Infatti, come ho suggerito in precedenza, il cambiamento di significato sembra aver suscitato principalmente l'interesse di radicali come Paul Feyerabend, che suggeriva che la "varianza di significato" dei termini teoretici destabilizza l'asserita razionalità della scienza[13], e Richard Rorty, il quale sperava in una cultura post-Filosofica letteraria o "poetica" che abbandonasse il progetto di

[9] Sulla metafora, si vedano DAVIDSON 1978 e HAACK 1995. Sui malapropismi, si vedano DAVIDSON 1986 (la citazione è a pp. 445-446) e HACKING 1986.

[10] AUSTIN 1956-1957 (le citazioni sono rispettivamente a pagina 133 e 130). STRAWSON 1952, 9.

[11] ROZEBOOM 1967, 183. I "paradossi di Gettier" sono gli asseriti controesempi alla definizione di conoscenza come credenza vera e giustificata presentati da Edmund Gettier in GETTIER 1963.

[12] Nella Introduzione alla prima edizione di HAACK 2009c [1993], in cui suggerisco che i paradossi di Gettier nascono dal disallineamento tra il concetto categorico di conoscenza e il concetto di giustificazione epistemologica, che è graduale, sostenevo che noi siamo interessati invece a cercare di capire quali sono le determinanti del grado di giustificazione, ossia della qualità dell'evidenza; tuttavia, non perché avessi letto il saggio di Rozeboom, che scoprii solo dopo aver già scritto gran parte del presente saggio. Sviluppai l'argomento in un saggio scritto (e presentato) nel 1983, che tuttavia non è stato pubblicato prima della sua inclusione nella seconda edizione di *Evidence and Inquiry*: HAACK 2009b.

[13] FEYERABEND 1975, capitolo 17, sostiene che «(l)e classi di contenuto di alcune teorie sono incommensurabili nel senso che nessuna delle relazioni logiche abituali [...] gli si applica» (si veda "Analytical Index", 15). (Tuttavia, la tesi di Feyerabend poteva in parte essere che i filosofi della scienza hanno costruito la razionalità in modo troppo ristretto.)

un'accurata rappresentazione del mondo e aspirasse solo all'elaborazione di "ridescrizioni" sempre nuove[14].

La mia tesi invece è che la crescita di significato sia molto più importante di quanto riconosciuto dai filosofi del *mainstream* recente, ma che lungi dall'essere, come supposto dai radicali, invariabilmente un intralcio alla razionalità, possa contribuire alla flessibilità cognitiva richiesta dalla razionalità. Così mi trovo, come al solito, chiaramente al di fuori della moda attuale. Ma, ugualmente spesso, piuttosto vicina ad alcuni elementi della tradizione pragmatista classica; infatti, mutamenti e cambiamenti concettuali sono un tema importante sia negli scritti filosofici di C.S. Peirce sia, seppur più implicitamente, nella teoria del diritto di Oliver Wendell Holmes. Inoltre, nessuno di loro vede questi mutamenti e cambiamenti come una grande minaccia alla razionalità; al contrario, Peirce considera la crescita di significato dei concetti scientifici come essenziale alla ricerca scientifica, e Holmes considera la crescita di significato dei concetti giuridici come parte del processo con cui la *common law* si è evoluta, andando al di là delle proprie origini barbare.

Scrivendo, alla fine degli anni '60 dell'Ottocento che, mentre la nostra conoscenza cresce, i concetti scientifici acquisiscono nuovo significato e perdono vecchie connotazioni, il giovane Peirce osserva che la «(s)cienza sta continuamente acquisendo nuove concezioni». «Quanto più ricca di significato è, oggi, la parola *elettricità* rispetto ai tempi di Franklin», continua; «quanto più ricco di significato è, oggi, il termine *pianeta* rispetto ai tempi (di) Ipparco. Queste parole hanno acquisito informazioni». «(U)omini e parole», conclude, «si istruiscono a vicenda»[15]. Ritorna sul tema quasi vent'anni dopo, scrivendo ora non di concetti scientifico-naturali, ma sociali: «(i) simboli crescono [...]. Un simbolo, una volta in essere, si diffonde tra la gente. Con l'uso e l'esperienza, il suo significato cresce. [...] Parole come *forza, diritto, ricchezza, matrimonio*, trasmettono a noi un significato molto differente di quello che comunicavano ai nostri antenati barbari»[16].

In Peirce, l'insistenza sulla crescita di significato è strettamente connessa con la Massima pragmatica, articolata da lui stesso già nel 1878, in *How to Make Our Ideas Clear*[17] (sebbene egli non fosse ancora pronto a usare la parola "pragmatismo" per iscritto, avendo paura che il nuovo senso filosofico della parola sarebbe stato confuso con il suo significato ordinario di allora, "intromissione indiscreta")[18]. La Massima lega il significato pragmatico, secondo Peirce il terzo e più alto grado di chiarezza, alle conseguenze sperimentali della vera applicazione di un concetto a qualcosa. Nella sua successiva, e più realista formulazione, la Massima dice, in sostanza, che il significato pragmatico di una parola è dato da una lista di condizionali congiuntivi, sulla scia di "se facessi A_1, seguirebbe la conseguenza sperimentale E_1", "se facessi A_2, seguirebbe la conseguenza sperimentale E_2", ..., e così via. Dico "e così via", perché è chiaro che Peirce intende

[14] Si veda ad esempio, RORTY 1982, xlii, xliii, 92: «L'impulso a fare della filosofia la Filosofia è quello di farla diventare la ricerca di qualche vocabolario definitivo che possa essere in qualche modo conosciuto in anticipo»; «(Il pragmatismo) vede la filosofia come un genere letterario [...]. La fisica è un modo di provare a rapportarsi con vari pezzetti di universo; l'etica è una faccenda di provare a rapportarsi con altri pezzetti»; «Il miglior modo di vedere la filosofia è come un tipo di scrittura». Si vedano anche RORTY 1988, 3-22, e RORTY 1989, in RORTY 1991, 9-26.

[15] PEIRCE 1931-1958, 7.587. I curatori scrivono che il materiale su *Consciousness and Language* in cui ciò appare è probabilmente il manoscritto per le Lowell Institute Lectures di Peirce del 1866-1867 (lezioni che, si noti, Holmes ha in parte frequentato. Si veda WIENER 1949, a pagina 75 nell'edizione del 1972). Abbastanza di recente, si noti, la parola "pianeta" ha avuto un cambiamento notevole quando un congresso internazionale di astronomi ha votato per degradare lo status di Plutone a "pianeta nano". Si veda CHANG 2006.

[16] PEIRCE 1931-1958 [1895], 2.302. Recentemente, di certo, anche "matrimonio" ha avuto un cambiamento notevole quando diverse giurisdizioni hanno permesso il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Il caso statunitense di riferimento è *Obergefell v. Hodges*, 135 S.Ct. 2584 (2015).

[17] PEIRCE 1931-1958 [1878], 5.388-5410.

[18] I titoli dei paragrafi «La Massima pragmatica» e «Applicazioni della Massima pragmatica» in *How to Make Our Ideas Clear* (*supra*, nota 16) non sono di Peirce, ma sono stati aggiunti dai curatori dei *Collected Papers*.

la lista come aperta, mutabile e modificabile quando la nostra conoscenza cresce, dato che «gli uomini e le parole si istruiscono a vicenda».

La Massima pragmatica aveva due scopi, uno critico, l'altro costruttivo: mostrare che certi dibattiti nella metafisica tradizionale o, come la chiama Peirce, metafisica "ontologica", sono (pragmaticamente) senza significato[19]; e per spiegare il significato (pragmatico) di concetti "duri" o "intellettuali" in generale. Peirce si affida alla Massima quando sostiene che la disputa tra cattolici e protestanti sulla dottrina della transustanziazione è pragmaticamente priva di significato, e quando spiega concetti filosofici come verità e realtà[20]. Di grande rilievo per il mio attuale scopo, in un mirabile passaggio del 1902, egli applica questo «precetto che è più adoperabile di una definizione» per chiarire il significato pragmatico di "litio" (il nome di un elemento chimico identificato per la prima volta nel 1818): «se si cerca tra i minerali che sono vitrei, traslucenti, grigi o bianchi, molto duri, friabili, e insolubili, capaci di dare un tono porporino a una fiamma non luminosa, se si tritura (*sic*) questo minerale con calce o veleno secco per topi e poi si fonde, esso può essere parzialmente dissolto in acido muriatico, [...]»[21] ecc., ecc. – la sua lista di condizionali continua per buona parte di un capoverso – questo è il litio. Oggi la lista sarebbe ancor più lunga, giacché sono state trovate molte proprietà del litio utili nell'industria, nella medicina, ecc.[22].

Sennonché, il mio argomento qui dipenderà non tanto dall'utilizzabilità della Massima pragmatica quanto dalla differenza tra l'avere una comprensione meramente verbale di un concetto scientifico e l'avere una salda presa conoscitiva di ciò che implica, differenza su cui la distinzione di Peirce dei tre gradi di chiarezza attira la nostra attenzione. E il mio argomento non sarà del tutto generale, ma si concentrerà specificatamente sui vocaboli della scienza e del diritto. Sia i concetti scientifici sia quelli giuridici crescono, anche se in modi e per ragioni piuttosto differenti; e questo spiega in parte perché approcci meramente formali e sintattici in filosofia della scienza e in filosofia del diritto sono inadeguati. Lungi dal minare l'aspirazione delle scienze di poter scoprire qualcosa su com'è il mondo, la crescita di significato può contribuire al progresso verso tale obiettivo; e, lungi dal rivelare che le decisioni giuridiche sono sempre arbitrarie e capricciose, la crescita di significato può aiutare il diritto ad adattarsi in modo razionale ai cambiamenti delle circostanze sociali.

2. *La crescita di significato e il progresso della scienza*

"Razionale" e i suoi affini sono scivolosi e ambigui, a dirne poco[23]; così devo spiegare che quando parlo di "razionalità della scienza" non voglio suggerire che vi sia uno speciale Metodo scientifico, un modo (o modi) di inferire o una procedura (o procedure) di ricerca usata da tutti gli scienziati e solo dagli scienziati, e che spiega il successo delle scienze. Piuttosto – nel corso di secoli di attività, e utilizzando una vasta gamma di strumenti di osservazione, tecniche di controllo sperimentale, modelli, metafore, procedure matematiche e statistiche, programmi per

[19] Tuttavia, non come il successivo Principio di verificazione, volto a mostrare che tutta la metafisica è errata. Si veda PEIRCE 1931-1958 [1905], 5.423; si veda anche HAACK 2007a. (L'uso di "ontologico" da parte di Peirce in questo contesto è potenzialmente fuorviante; non dev'essere inteso come implicante che egli ritenesse illegittime le domande ontologiche in generale – tutt'altro.)

[20] PEIRCE 1931-1958 [1878], 5.405-10.

[21] PEIRCE 1931-1958 [1902], 2.330. Si noti che Peirce aveva una formazione in chimica, e aveva lavorato come scienziato per la maggior parte della propria vita.

[22] «Versa il litio nel vetro fuso e ne esce più leggero e forte. Aggiungi il litio al cemento e si indurisce più velocemente. Il litio uccide le alghe, toglie il diossido di carbonio dall'aria nelle navicelle spaziali e mette il succo nelle batterie degli orologi da polso». MILLER 1994 (la citazione è tratta da A.1). Il litio è usato anche nel trattamento della sindrome maniaco depressiva.

[23] Si veda HAACK 1995, in ID. 1998, 142 ss.

computer ecc., tutti in costante evoluzione – le scienze hanno gradualmente raffinato e amplificato metodi, procedure e modi di inferire di fondo, a cui si affidano tutti i ricercatori empirici seri. Il mio riferimento alla razionalità della scienza non è neppure volto a suggerire che, a ogni passo, la scienza avanzi sempre o inevitabilmente. Il progresso della scienza è discontinuo e irregolare: la scienza nel suo complesso, o questa o quella parte di essa, può avanzare con sorprendente rapidità, o avanzare solo con disarmante lentezza, o stagnare, o addirittura regredire. La scienza è un'impresa umana e, come tutte le imprese umane, intrinsecamente imperfetta. Tuttavia, è un'impresa razionale in quanto aspira a scoprire (parte del)la verità sul mondo e, al suo apice, si muove in modo da poter, e a volte riuscire ad, avere successo.

Per la maggior parte del periodo che va dalla metà alla fine del ventesimo secolo, molti filosofi della scienza *mainstream* sembrano aver dato per assodato che ciò che rende la scienza razionale dev'essere esplicabile esclusivamente in termini logici in senso stretto, ossia formali e sintatticamente caratterizzabili. Le molte e varie filosofie della scienza deduttiviste, induttiviste, confermazioniste, probabiliste, bayesiane, teorico-decisionali ecc. di tale epoca testimoniano il potere di quest'idea; e lo stesso fanno i critici che, vedendo che questi modelli logici hanno fallito, saltano prontamente alla conclusione che, dopotutto, la scienza non sia realmente un'impresa razionale, ma una sorta di inganno giocatoci dalla fiducia nell'intelletto. Tuttavia, l'idea era sbagliata. In altra sede, ho sostenuto ciò diffusamente[24]; in questa sede, mi limiterò a sottolineare che il paradosso del "blerde" di Nelson Goodman già indicava in maniera inequivocabile tale conclusione[25]. "Tutti gli smeraldi sono verdi" ha esattamente la stessa *forma* di "Tutti gli smeraldi sono blerdi"; così se la prima è supportata[26] dall'evidenza empirica che abbiamo accumulato finora, e la seconda non lo è, la ragione di questa differenza deve trovarsi nel *contenuto* delle due affermazioni. Carl Hempel riconobbe questo già nel 1964, quando scrisse nel suo *Postscript on Confirmation* che «la ricerca di criteri meramente sintattici di [...] conferma presuppone che le ipotesi in questione siano formulate in termini che permettono una proiezione; e *tali termini non possono essere individuati ricorrendo solamente a strumenti sintattici*»[27].

Sebbene il paradosso di Goodman evidenzi una conclusione vera e importante, la soluzione da lui proposta, secondo cui solo i predicati attualmente radicati nel vocabolario scientifico sarebbero proiettabili, imporrebbe un profondo conservatorismo nelle scienze. E questo, credo, va esattamente nella direzione sbagliata. Il grado di supporto apportato dalle evidenze dipende dagli incrementi dell'integrazione esplicativa; ossia, in parole povere, se e fino a che grado le evidenze supportano un'affermazione dipende da se e quanto l'addizione di evidenza all'affermazione aumenta l'integrazione esplicativa dell'intero resoconto – o, in parole più povere, su quanto bene l'affermazione e l'evidenza si combinano in un resoconto esplicativo. E una spiegazione non è un concetto puramente logico. Il modello di spiegazione della legge di copertura[28] è troppo semplicistico; ma semplificava eccessivamente uno spunto genuino: la spiegazione è sempre, apertamente o segretamente, generale. La spiegazione è possibile solo dove vi sono tipi e leggi reali; e quindi richiede la classificazione delle cose in tipi reali e un vocabolario che corrisponda a quei tipi[29].

[24] Si veda HAACK 2003, capitolo 2 per un riassunto della storia dei modelli formali di scienza, e capitolo 7 per il mio argomento secondo cui i critici irrazionalisti della scienza condividono l'assunto che la razionalità debba essere spiegabile in termini logico-formali.

[25] Per la formulazione originaria del paradosso, si veda GOODMAN 1954.

[26] Goodman direbbe "confermata"; ma si veda HAACK 2003, 73-77, dove distinguo capacità di supporto, garanzia, giustificazione e conferma.

[27] HEMPEL 1965 [1964], 51 (corsivo mio). Molti anni più tardi, Hempel giunse alla conclusione che Kuhn aveva avuto ragione sin dall'inizio – che la verità non gioca alcun ruolo nella comprensione dell'impresa scientifica. Si veda HEMPEL 1990.

[28] HEMPEL 1945.

[29] In questo capoverso, ho attinto da HAACK 2003, 66 s., 84-86 e 129-135. Non intendo suggerire che – come sembrava fare Quine – la soluzione al paradosso del "blerde" è semplicemente che "blerde" non è un termine di

Questa dipendenza terminologica è una delle ragioni per cui la scienza non può essere compresa in termini esclusivamente logico-formali – non che la logica non svolga alcun ruolo, ma essa è tutt'al più solo una parte della storia[30]. Ciò suggerisce anche il motivo per cui gli scienziati mutano e adattano costantemente il linguaggio del proprio campo, introducendo nuova terminologia e/o adattando in modo sottile il significato di termini più vecchi: lavorano per ottenere un vocabolario che si allinei meglio ai tipi reali di enti o cose[31]. (Com'è ovvio, questi sforzi possono essere più o meno efficaci; come il progresso della scienza in generale, lo sviluppo di una buona terminologia scientifica è un processo discontinuo e irregolare).

*

Qualche esempio tratto dalla storia della biologia cellulare chiarirà il punto. La parola "proteina", che si riferisce a combinazioni complesse di acidi contenenti carbonio, idrogeno, azoto, ossigeno, solitamente solfuro, e qualche volta altri elementi, deriva dal greco "*protos*", che significa "primo"; ed è entrata a far parte del vocabolario scientifico intorno al 1844. Come suggerisce l'etimologia, si è ritenuto a lungo che le proteine avessero un'importanza biologica primaria.

Nel 1869 Friederich Mierscher scoprì nei nuclei delle cellule di pus una sostanza fino ad allora sconosciuta e che non era una proteina; la chiamò "nucleina". (Pensò che la sua funzione principale fosse immagazzinare fosforo.) Nel 1889 Richard Altmann purificò la nucleina delle proteine e suggerì un nuovo nome per questa cosa appena purificata, "acido nucleico", presumibilmente perché era stato trovato nel nucleo e perché, in ragione dei diversi gruppi fosfati che conteneva, era acida[32]. L'idea che l'acido nucleico fosse in qualche maniera coinvolto nell'ereditarietà si colloca anch'essa alla fine del diciannovesimo secolo, quando Miescher scoprì che lo sperma del salmone, Albert Kossel quello dell'aringa, e Albert P. Mathews quello del riccio di mare, contenevano tutti un sale di acido "nucleico"[33]. Questo "nucleico" o "acido nucleico" era la cosa che oggi conosciamo come "DNA".

Nel 1922 Hermann Staudinger propose il concetto di macromolecola, una molecola molto lunga tenuta insieme da legami bivalenti e compattamente ripiegata nelle cellule. Questo nuovo concetto era così controverso che, quando Staudinger lo presentò alla conferenza della Società Chimica di Zurigo, diversi eminenti componenti dell'uditorio cercarono di persuaderlo che fosse proprio una cattiva idea – tanto che verso la fine dell'incontro era così frustrato che si era ridotto a strillare «*Hier stehe ich, ich kann nicht anders*»[34]. Tuttavia, successivamente si scoprì che il concetto era indispensabile; e ora, ovviamente, noi sappiamo che il DNA è una molecola di questo tipo.

La parte "deossiribo" di quello che oggi chiamiamo "acido deossiribonucleico" o "DNA" indica che la cosa contiene ribosio ("ribo"), ma con uno dei gruppi idrossili sostituito da un idrogeno ("deossi"). Per un certo periodo, questa cosa era chiamata anche «acido deossipentoso nucleico», termine usato da Maurice Wilkins *et al.* nel loro articolo pubblicato su *Nature* nel 1953 insieme al ben più famoso articolo di James Watson e Francis Crick[35]. L'abbreviazione "DNA" risale al 1944[36]; fino ad allora, gli scienziati erano riusciti a distinguere il DNA-A, il DNA-B

genere naturale; dopotutto, non lo è nemmeno "verde". Si veda QUINE 1969. Piuttosto, il problema risiede nel falso assunto secondo cui l'unica evidenza che abbiamo del fatto che tutti gli smeraldi sono verdi è che tutti gli smeraldi osservati sinora sono stati verdi.

30 Si veda anche HAACK 2005b per la mia posizione rispetto ai limiti dei metodi formali in filosofia.

31 Mi sono occupata di questo tema in HAACK 2003, capitolo 5.

32 Sul punto, si vedano, ad esempio, LEVENE, BASS 1931, capitolo 8 e PORTUGAL, COHEN 1977, capitolo 1.

33 Questa storia è raccontata in TAYLOR 1965, 153.

34 OLBY 1974, 6-10, che a pagina 7 cita FREY-WYSSLING 1964, 5.

35 Mi riferisco più precisamente a WILKINS, STOKES,WILSON 1953 e WATSON, CRICK 1953.

36 Qui mi affido a un dizionario (MERRIAM-WEBSTER 1991, 370).

(una forma meno ordinata, paracristallina, con un maggior contenuto di acqua), e il DNA-Z (nel quale le eliche curvano a sinistra)[37].

Dopo la scoperta della struttura del DNA, ciò che in precedenza era stato chiamato "acido pentoso nucleico" venne conosciuto come "acido ribonucleico" o "RNA": introdotto nel 1948, il termine indica svariati acidi nucleici contenenti ribosio e uracile come componenti strutturali, associati al controllo delle attività cellulari. In precedenza, gli scienziati chiamavano il DNA "vero acido nucleico", e l'RNA "acido pseudo-nucleico"; era risaputo che l'RNA si potesse trovare nel citoplasma, mentre si credeva ancora, come suggerito dal nome, che l'acido nucleico si trovasse solo nel nucleo.

"Ribosoma", che si riferisce ai granuli di citoplasma ricchi di RNA che sono il sito della sintesi proteica, fu introdotto nel 1958; "RNA messaggero", per un RNA che trasporta il codice di una particolare proteina dal DNA nucleare a un ribosoma e agisce come un modello per la formazione della proteina, e "RNA trasferente" per un RNA relativamente piccolo che trasferisce un particolare amino acido a una catena polipeptidica in crescita, fu introdotto nel 1961.

Negli anni '60 gli scienziati mostrarono che i mitocondri[38] – organuli presenti nella cellula che convertono glucosio e altro cibo molecolare nel carburante che la fa funzionare, che ora è risaputo discendano da un batterio – hanno il proprio DNA, "DNA mitocondriale" o "mtDNA". Fino al 1962, l'attenzione si concentrò sul mtDNA di organismi semplici come il lievito; tra il 1963 e il 1968, venne scoperto l'mtDNA animale. Nel 1980, gli scienziati erano capaci di identificare i geni dell'mtDNA, e di comprendere i processi di replicazione e mutazione, trascrizione ecc.[39] (E oggi, se si cerca su Google "DNA mitocondriale", si possono trovare dozzine di articoli sull'uso di tecniche di identificazione dell'mtDNA in fisica antropologica, in ricerca ginecologica, nelle scienze forensi, e così via.)

Questa storia, per quanto abbreviata, suggerisce qualcosa sul processo con cui gli scienziati aggiustano e riaggiustano la propria terminologia e mutano e adattano i significati delle parole esistenti al fine di elaborare un vocabolario che rappresenti meglio i tipi reali di cose. La parola "proteina" ha perso ogni connotato di importanza primaria; ha cessato di essere analitica l'affermazione per cui gli acidi nucleici si trovano esclusivamente nei nuclei delle cellule; la vecchia parola "nucleina", tramite diversi passaggi, alla fine è stata sostituita da "DNA"; e lo stesso "DNA" ha acquistato nuove, complesse connotazioni, e ha prodotto nuovi ed elaborati discendenti terminologici; e così via. La definizione del dizionario di "DNA" conferma che, tramite un fenomeno di sedimentazione di conoscenza nel suo significato, questo termine ha effettivamente "acquisito informazioni", come detto da Peirce, «nell'uso e nell'esperienza»:

> «**DNA** [...] (acido deossiribonucleico): ognuno dei vari acidi nucleici che sono localizzati specialmente nel nucleo della cellula, sono le basi molecolari dell'eredità in diversi organismi, e sono costituiti da una doppia elica, tenuta insieme da legami di idrogeno tra le basi puriniche e pirimidiniche, orientata verso l'interno a partire da due catene contenenti sequenze alternate di deossiribosio e gruppi fosfati»[40].

Si potrebbe obiettare che così si ha una mescolanza del significato di "DNA" con ciò che è conosciuto sul DNA, e che prendere per buona questa definizione come semplice fonte del significato del termine comporta la erronea rappresentazione di importanti scoperte biologiche – il DNA è il materiale genetico, possiede una struttura a doppia elica ecc. – come mere verità

[37] Si veda, ad esempio, il resoconto di CRICK 1988, 75.

[38] Secondo l'Oxford English Dictionary online, la parola "*mitochondrion*" fu introdotta nel 1901, quando prese il posto del termine precedente "*Nebenkern*".

[39] Sul punto, si veda la ricostruzione di MOUNOLOU, LACROUTE 2005.

[40] Traduzione della definizione tratta dal dizionario di lingua inglese MERRIAM-WEBSTER 1991, 370.

analitiche. Ovviamente, non nego che queste siano state scoperte biologiche di grande rilievo; non nego neppure che, al tempo in cui furono scoperte, non era parte del significato di "DNA" che esso è il materiale genetico, che ha una doppia elica ecc. Tuttavia, l'obiezione non coglie nel segno. E ciò in quanto è parte della mia tesi che il significato cresce col crescere della nostra conoscenza, e che la crescita di significato può aiutare la crescita della conoscenza; e questo implica sia che la supposta distinzione tra "il significato di X" e "la nostra presunta conoscenza di X" è artificiale, sia che "analitico" dovrebbe essere inteso come l'ellissi di "analitico dato il significato delle parole *al tempo t*"[41]. (Quest'ultima riflessione non dovrebbe essere scioccante: "*a simple truth is silly sooth*" non ha senso nell'inglese moderno; ma era analitica ai tempi di Shakespeare, quando "*silly*" significava "*simple*" e "*sooth*" – come in "*soothsayer*" – significava "*truth*").

*

È un fatto notorio che la padronanza di un linguaggio si ottiene per gradi. Alcune persone sono bilingui; altre sono fluenti in due o più linguaggi; alcune sanno leggere lingue che non possono parlare, o che non sanno parlare bene; molti possono essere descritti nel miglior modo dicendo che sono in grado di "cavarsela" in una o più lingue diverse dalla loro. Poche persone eccellono nel proprio linguaggio natio; un numero superiore possiede un certo grado di abilità verbale, agilità, flessibilità e ritmo; e alcuni sono a malapena capaci di articolare le parole, o addirittura neanche quello. Inoltre, gli specialisti – dai biologi cellulari e teorici delle stringhe ai cuochi, compositori, cartografi e meccanici, giardinieri e grammatici ecc. – possiedono una comprensione più profonda dei sotto-vocabolari specialistici rilevanti del linguaggio di quanto il resto di noi abbia o abbia bisogno. In ogni linguaggio vi sarà una combinazione complessa di vocaboli centrali familiari a quasi tutte le persone che lo parlano, e vocaboli specializzati compresi bene da chi si dedica a questo o a quel commercio, o arte o campo di studi ecc., compreso in maniera meno ricca ma comunque fino a un certo punto da uno straniero, e magari totalmente opaco a qualcuno madrelingua. Non tutti quelli che usano il termine "DNA", nemmeno coloro che lo usano correttamente per tutti gli scopi della quotidianità, conoscono neppure quella minima parte della sua storia scientifica che è contenuta nella definizione del dizionario Webster; e ovviamente molte persone comuni comprendono il termine al massimo a metà.

I tre gradi di chiarezza di Peirce si possono vedere come collocati lungo un *continuum* di gradi di profondità della comprensione: dall'essere capace di usare la parola in maniera grossomodo corretta (il primo grado di chiarezza), a essere capace di dare una definizione verbale (il secondo grado), a essere capace di adoperare i termini nel corso della ricerca, di impiegarli con destrezza e adattarli quando serve (il terzo grado). Così, l'idea che Hilary Putnam chiama «divisione del lavoro linguistico»[42] ha un posto significativo nell'immagine che sto abbozzando. Forse, a differenza di Putnam, però, concepisco la divisione del lavoro come graduale, poiché la comprensione si raggiunge per gradi; e dinamica, dato che nel tempo cambia la comprensione della terminologia scientifica (ecc.) specialistica da parte di persone specializzate e non. E la mia rappresentazione è molto diversa da quella di Putnam da altri punti di vista.

Mutamenti e cambiamenti nel vocabolario delle scienze naturali contribuiscono al progresso nella misura in cui permettono una maggiore corrispondenza con i tipi reali di enti o cose nel mondo. Il riferimento è certamente importante. Tuttavia, poiché il tema di cui mi sto occupando consiste nella crescita e nel mutamento di significato dei termini scientifici al crescere

[41] Forse ho bisogno di aggiungere che il fatto che i significati dei termini scientifici cambino nel tempo non implica, come suggerito da Feyerabend, che le teorie asseritamente rivali non siano mai davvero incompatibili; ciò richiederebbe una premessa più forte: che nessuna frase in una teoria ha lo stesso significato di alcuna frase nell'altra. Si veda HAACK 1987, 291-295.

[42] L'idea è presentata in PUTNAM 1973.

della conoscenza, presuppongo che essi *abbiano* significati; e così, ovviamente, resisto all'assimilazione di termini di genere (*kind terms*) a designatori rigidi. Questo però non significa che io consideri i termini di genere come descrizioni definite mascherate; piuttosto, li concepisco primariamente e principalmente come nomi comuni. Neppure un'assimilazione dei termini di genere a designatori rigidi né un'assimilazione a descrizioni definite si amalgama bene con la storia raccontata sinora. Neppure, sebbene io accetti un tipo di realismo sui generi, assumo che ogni termine generale nel nostro linguaggio corrisponda a un genere reale nel mondo; *quali* generi sono reali è qualcosa che dev'essere scoperto, non qualcosa che può essere semplicemente estrapolato dal nostro vocabolario corrente (o da quello degli scienziati). Adesso, tuttavia, sto disquisendo di metafisica; proprio quando è ora di spostarmi verso il mio ultimo tema: la crescita di significato nel linguaggio giuridico.

3. *La crescita di significato e l'adattamento dei sistemi giuridici*

A differenza delle discipline scientifiche, un sistema giuridico non è impegnato primariamente nella ricerca su qualche aspetto del mondo[43]; la sua attività primaria è quella di trovare modi per risolvere le dispute che inevitabilmente sorgono nelle comunità umane. Piuttosto che crescere, come fanno i concetti scientifici, come parte del processo di adattamento del linguaggio volto a farlo corrispondere a generi reali di cose nel mondo, le categorie giuridiche mutano e si adattano nella ricerca di soluzioni accettabili per le dispute che sorgono in ambiti sociali in continuo mutamento. E le allusioni di Holmes alla crescita di significato nel diritto sono meno esplicite delle riflessioni di Peirce sulla crescita di significato nei concetti scientifici. Tuttavia, le idee articolate da Holmes in *The Common Law* e in *The Path of the Law* sono innegabilmente appropriate in questa sede.

Proprio all'inizio di *The Common Law*, Holmes spiega che per raggiungere il proprio obiettivo di «presentare una visione generale della *Common Law*» «sono necessari alcuni strumenti oltre la logica». «La vita del diritto non è stata la logica: è stata l'esperienza», continua; «le necessità percepite in un certo periodo storico, le teorie morali e politiche prevalenti, le intuizioni dell'azione pubblica, ammesse o inconsce, anche i pregiudizi che i giudici condividono con i loro consociati», sono molto più rilevanti delle regole del sillogismo. Quando il diritto evolve, «una vecchia forma riceve nuovo contenuto, e nel tempo anche la forma cambia per adattarsi al significato che ha ricevuto»[44].

Così, vediamo come un'idea che caratterizza le prime pagine di *The Path of the Law* si collega al mio tema. «Se non vuoi nient'altro che conoscere il diritto», scrive Holmes, dovresti pensare cosa le corti deciderebbero se una certa questione dovesse essere posta a loro[45]. Il parallelo con la Massima pragmatica[46] è ovvio; e, concentrando l'attenzione sul diritto come parzialmente costruito dalle decisioni giudiziali[47], l'idea della predizione contribuisce alla comprensione da parte di Holmes dell'evoluzione dei concetti giuridici. Il punto cruciale è che i giudici non si occupano semplicemente di sfornare algoritmi: tutte le disposizioni normative e i precedenti

[43] Il che ovviamente non nega che i procedimenti giuridici normalmente *comportano* ricerca sia fattuale sia giuridica.

[44] HOLMES 1881, 115, 119.

[45] HOLMES 1897, 391.

[46] In effetti, Max Fisch una volta suggerì che la "teoria predittiva" di Holmes possa essere stata ispirata dalla Massima pragmatica di Peirce, piuttosto che il contrario. Si veda FISCH 1942.

[47] Devo però dire che mentre l'idea del diritto-come-predizione suona ragionevolmente plausibile se si pensa ad un avvocato che consiglia un cliente rispetto alle conseguenze giuridiche di una certa condotta, suona invece meno plausibile se si pensa a un giudice che decide come il diritto esistente debba essere applicato in queste circostanze nuove. Si veda anche HAACK 2005a, 86 s.

lasceranno qualche spazio all'interpretazione; e nessun apparato logico-formale, per quanto potente[48], potrebbe dirci come interpretare o estrapolare al meglio queste disposizioni e precedenti al fine di gestire i nuovi tipi di dispute che sorgono in circostanze nuove, impreviste e forse imprevedibili.

Quando le corti devono decidere se il diritto alla privacy garantito dalla costituzione statunitense si estenda alle cabine telefoniche pubbliche[49] o al camerino di un centro commerciale[50], o come si debbano applicare le regole che governano la formazione dei contratti quando gli accordi sono conclusi elettronicamente[51], o le regole che governano i diritti d'autore nell'era del *file-sharing* elettronico[52] ecc., non stanno ricavando le logiche conseguenze del diritto esistente; ne stanno estrapolando il significato. E come il sistema giuridico si adatta ai cambiamenti di circostanze, ai cambiamenti della sensibilità morale, e ai cambiamenti della comprensione del mondo e del nostro posto in esso, così concetti giuridici inizialmente sottili e schematici acquisiscono nuovi significati e perdono vecchie connotazioni; nel diritto, come nella scienza, «uomini e parole si istruiscono a vicenda». (Non vi è alcuna garanzia, ovviamente, che questo adattamento graduale e questa evoluzione dei concetti giuridici avranno sempre e inevitabilmente successo nel raggiungere il proprio obiettivo, non più della garanzia che l'adattamento graduale e l'evoluzione dei concetti scientifici avranno sempre e inevitabilmente successo rispetto al proprio, molto diverso, obiettivo.)

La prospettiva seguita qui è molto vicina ad alcune idee sviluppate da Edward Levi nel suo *Introduction to Legal Reasoning* del 1949 – come il saggio di Rozeboom sui paradossi di Gettier, un'oasi di buon senso in un campo a volte demoralizzante. «I forum giuridici sono la più esplicita dimostrazione del meccanismo richiesto da un sistema mobile di classificazione», scrive Levi; «si presentano nuove situazioni (e) i desideri delle persone cambiano. Le categorie usate in ambito giuridico devono essere mantenute ambigue [...] per permettere l'infusione di nuove idee». Egli è poi piuttosto chiaro nell'affermare che mentre questo significa che le decisioni giuridiche non sono sempre certe e immutabili, né formalmente derivabili dalla legislazione o dai precedenti, non significa nemmeno che esse siano arbitrarie e capricciose[53].

Holmes illustra come i concetti giuridici mutano e cambiano, descrivendo vecchi concetti di chi o cosa potrebbe essere ritenuto legalmente responsabile per lesione o morte. Una volta, un animale o anche un oggetto inanimato poteva essere punito: l'*Esodo* prescrive che «se un bue incorna un uomo o una donna, che poi muoiono, allora il bue dev'essere certamente lapidato [...]»; Plutarco ci dice che «un cane che aveva morso un uomo doveva essere consegnato legato a un ceppo lungo quattro cubiti»; le *Leggi* di Platone prevedono che «(s)e uno schiavo ha ucciso un uomo, egli dev'essere consegnato ai familiari del deceduto», mentre «se una bestia ha ucciso un uomo essa dev'essere ammazzata e lanciata al di là delle mura della città», e un oggetto inanimato che abbia ucciso un uomo dev'essere lanciato fuori a sua volta; ancora nel secondo secolo dopo Cristo, alcune corti «continuavano a riunirsi per giudicare oggetti inanimati [...]». E addirittura molto tempo dopo, un animale o oggetto inanimato che avesse causato una lesione o la morte veniva legalmente confiscato: al tempo di Edoardo I, «se un uomo cadeva da un albero,

[48] Dico "per quanto potente" in quanto, come indicato dai suoi riferimenti a "il sillogismo", Holmes non era conscio dei progressi rivoluzionari compiuti da Frege e Peirce appena prima della pubblicazione di *The Common Law*. Si veda HAACK 2007b.

[49] In *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1952) la Corte suprema degli Stati uniti ha stabilito che il diritto alla privacy si estende alle cabine telefoniche pubbliche.

[50] In *State of Ohio v. McDaniel*, 44 Ohio App. 2d 163, 337 N.E.2d 173 (1975) la Corte suprema degli Stati uniti ha stabilito che l'imputata avesse aspettative ragionevoli di privacy nel camerino di un centro commerciale.

[51] Si vedano WATNICK 2006 e NORWOOD 2005-2006.

[52] Si vedano LITMAN 2001 e GINSBURG, LITMAN, KEVIN 2007.

[53] LEVI 1949, 4-5; la citazione è a p. 4. Non è forse così casuale che Levi citi due filosofi pragmatisti classici, John Dewey e George Herbert Mead.

l'albero era destinato a scopi benefici (confiscato), e se annegava in un pozzo, il pozzo doveva essere colmato»; e un libro del regno di Enrico VIII riporta che quando un uomo uccideva un altro uomo, la spada veniva confiscata[54]. In tempi più recenti, Levi fornisce una splendida storia dell'evoluzione del concetto giuridico di oggetto intrinsecamente pericoloso[55]. Anche il concetto giuridico di causalità – il quale sembra essere cresciuto gradualmente per comprendere non solo lunghe catene causali, ma anche complesse accozzaglie di fattori contribuenti interattivi, e addirittura situazioni dove le azioni del convenuto hanno reso la prova della causalità, nel senso più ordinario, indisponibile – fornirebbe una buona illustrazione[56].

*

Tuttavia in questa sede la mia illustrazione consisterà nell'abbozzare alcuni aspetti salienti della storia dell'*Establishment clause* del Primo emendamento alla Costituzione degli Stati uniti, che afferma: «il Congresso non emanerà leggi rispetto alla istituzione di una religione». Concepita per una nazione nuova in cui praticamente tutti i cittadini erano cristiani, ma di sette rivali – e molti dei quali erano venuti in America per scappare dalla persecuzione religiosa – l'*Establishment clause* era intesa a precludere, come minimo, l'affermarsi di una chiesa nazionale, ossia una chiesa consistente in un'articolazione statale come la Chiesa d'Inghilterra era (e rimane) in Inghilterra[57], ed era in Virginia fino a poco prima che il Primo emendamento fosse ratificato nel 1791. Ad oggi, tuttavia, la questione del rapporto tra chiesa e stato è divenuta un'idra dalle molte teste; e il significato dell'*Establishment clause* è stato stiracchiato e adattato per essere adoperato nelle dispute che sorgono in queste circostanze nuove. (Gli "originalisti" ritengono questi adattamenti falsi in base al principio secondo cui la Costituzione significa solo ciò che i suoi redattori ritennero esplicitamente che dovesse significare; ma Thomas Jefferson, è noto, era capace di guardare così in avanti da anticipare che la Costituzione dovesse essere flessibile, così da poter gestire cambiamenti imprevedibili per i fondatori.)[58]

La prima applicazione dell'*Establishment clause* agli stati avvenne, molto tempo dopo la sua ratificazione, nel 1947. Mentre nella nazione molto giovane del 1791 la maggior parte dei bambini era educata, fintanto che era educata, dalle rispettive famiglie o dalle scuole religiose, nel 1947 era operativo da decenni un sistema di scuole pubbliche; e la disputa in *Everson* riguardava bus scolastici. Il signor Everson sfidò la costituzionalità di uno *statute* del New Jersey che autorizzava il rimborso ai genitori del costo del trasporto dei loro figli per andare a scuola, a prescindere dal fatto che i figli frequentassero una scuola pubblica o una scuola parrocchiale (ossia cattolica); a suo dire, ciò violava l'*Establishment clause* in quanto imponeva ai contribuenti di supportare scuole in cui si insegnava la fede cattolica. Nello scrivere per la maggioranza della Corte suprema degli Stati uniti, il giudice Black spiegò che l'*Establishment clause* "significa almeno questo":

[54] HOLMES 1993 [1881], 118, 127.

[55] LEVI 1949, 9-27. Il problema insorse in casi riguardanti la responsabilità di un venditore di un articolo che aveva causato danni a qualcuno che, più in basso lungo la catena, lo aveva comprato da qualcun altro.

[56] Parte di questa storia è raccontata in FRIEDMAN 1973, 409 ss. La storia è riassunta in HAACK 2014.

[57] "Rimane" in una forma più che eziolata, tuttavia.

[58] Thomas Jefferson scrisse: «Di certo non sono un sostenitore di cambiamenti frequenti e non collaudati di leggi e costituzioni. [...] Ma so anche che leggi e istituzioni devono andare di pari passo con il progresso della mente umana. Quando [...] vi sono nuove scoperte, si svelano nuove verità, e modi e opinioni cambiano al cambiare delle circostanze, devono cambiare anche le istituzioni, e tenere il passo coi tempi. Oppure possiamo pretendere che un uomo continui a indossare il cappotto che gli calzava quando era ragazzo, che una società civilizzata rimanga sotto il giogo dei suoi barbari antenati» (JEFFERSON 1816).

> «Né uno stato né il Governo federale può costituire una chiesa. Né approvare leggi che aiutino una religione, tutte le religioni, o preferiscano una religione a un'altra. Né imporre o influenzare una persona ad andare in o tenersi alla larga da una chiesa contro la sua volontà o obbligarlo a proclamare di credere o non credere in qualsivoglia religione. Nessuna persona può essere punita per avere o professare credenze religiose, per andare o non andare in chiesa. Nessuna tassa [...], grande o piccola, può essere imposta per supportare qualsiasi attività o istituzione religiosa [...]»[59].

Come primo caso, questo era straordinariamente difficile (e se il rimborso fosse andato alle scuole piuttosto che ai genitori, il risultato avrebbe potuto essere diverso). Decidendo in favore dei convenuti, tuttavia, Black sostenne che lo *statute* del New Jersey fosse costituzionale in quanto i benefici erano semplicemente estesi a tutti i cittadini a prescindere dal credo religioso; la decisione fu sul fil di lana, ma lo *statute* si salvò[60].

Oggi, sessant'anni dopo *Everson*, gli Stati uniti sono significativamente differenti dagli Stati uniti del 1947; e, col passare dei decenni successivi, la frase "l'istituzione di una religione" è venuta gradualmente a contenere sempre di più. Fino ad ora, l'*Establishment clause* è stata ritenuta contraria, *inter alia*, alla richiesta che nelle scuole pubbliche ogni giornata cominci con una lettura della Bibbia[61]; alla proibizione dell'insegnamento dell'evoluzione in scuole o università[62]; alla corresponsione a scuole non pubbliche di un rimborso per salari, libri ecc., per scopi secolari[63]; alla richiesta che ogni libro di testo della scuola pubblica che offra una spiegazione dell'origine dell'uomo dica esplicitamente che è una teoria, non un fatto[64]; all'affissione di una copia dei Dieci comandamenti alla parete di un'aula di una scuola pubblica[65]; all'imposizione dello stesso numero di ore nelle classi di biologia delle scuole pubbliche per l'insegnamento dell'evoluzione e della scienza creazionista[66]; alla modifica di uno *statute* per imporre un minuto di "meditazione o preghiera" nell'orario delle scuole pubbliche[67]; alla proibizione dell'insegnamento dell'evoluzione a meno che non si insegni la scienza creazionista[68]; all'esposizione natalizia di un presepio circondato da vasi di stelle di natale sulle scale di un palazzo di giustizia[69]; a una preghiera non-settaria alla cerimonia del diploma in un liceo[70]; alla deliberata demarcazione di un distretto scolastico in modo da farlo coincidere con un'enclave religiosa[71]; alla lettura obbligatoria di un *disclamer* sull'evoluzione prima di una lezione di biologia in una scuola pubblica[72]; e alla lettura, a studenti di 13 anni, di un discorso di un minuto prima della lezione di biologia in cui si afferma che vi sono dei "buchi" nella teoria dell'evoluzione e che gli studenti potrebbero voler consultare il testo del Disegno intelligente, *Of Pandas and People*, che il consiglio scolastico di Dover, PA aveva reso disponibile[73].

In un'aspra opinione dissenziente in *Lee*, dove una preghiera non-settaria durante la cerimonia di diploma in un liceo era stata ritenuta incostituzionale in parte perché i diplomandi si sarebbero sentiti "coartati" a partecipare, il giudice Scalia si lamentò del fatto che la maggioran-

59 *Everson v. Board of Education of Ewing Tp.*, 330 U.S. 1 (1947), 15.
60 *Everson* (*supra*, nota 60), 16.
61 *School District of Abington Twp. v. Schemp*, 374 U.S. 203 (1963).
62 *Epperson v. Arkansas*, 373 U.S. 47 (1968).
63 *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).
64 *Daniel v. Waters*, 515 F.2d 485 (6th Cir. 1978).
65 *Stone v. Graham*, 440 U.S. 39 (1980).
66 *McLean v. Arkansas*, F29 F. Supp. 1255 (1982).
67 *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985) (la modifica consisteva nell'aggiunta delle parole "o preghiera").
68 *Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987).
69 *County of Allegheny v. American Civil Liberties Union*, 492 U.S. 573 (1989).
70 *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).
71 *Board of Education of Kyrias Joel v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994).
72 *Freiler v. Tangipahoa Board of Ed.*, 185 F.3d 337 (1999).
73 *Kitzmiller v. Dover Board of Ed.*, 400 F.Supp.2d 707 (2005).

za dei suoi colleghi della Corte suprema sembrasse aver trasmutato il significato tradizionale di "coercizione", che si riferisce all'imposizione di qualcosa tramite la forza del diritto e la minaccia di una punizione giuridica, in un surrogato inconsistente e degno di uno psicologo dilettante[74]. Nella sua non meno aspra opinione dissenziente in *Kyrias Joel*, in cui i confini di un distretto scolastico erano stati delineati in modo tale da includere solo i membri di una piccola e rigida setta ebraica, si lamentò del fatto che la maggioranza sembrasse immaginare che «i poteri forti, giù ad Albany, hanno cospirato per istituire un luogo di culto per la setta di Satmar Hasidim»; e che quello che loro stavano chiamando "istituzione" sarebbe stato descritto più propriamente come tolleranza[75]. Che questi casi siano stati decisi saggiamente, o, come creduto da Scalia, non saggiamente, egli aveva certamente ragione rispetto a una cosa: il significato giuridico di "istituzione di una religione" è certamente cresciuto, nel bene o nel male. Parimenti, il suo significato è cresciuto almeno in parte in risposta al fatto che, come detto da Levi, «(n)uove situazioni si presentano e le persone vogliono cambiare». Questo è mostrato con particolare chiarezza dal "test di sostegno" del giudice O'Connor, articolato per la prima volta nella sua opinione concorrente in un caso del 1984, in cui un'esposizione natalizia in un parco pubblico – contenente un presepio insieme a un Babbo Natale di plastica, renne di plastica, giganteschi bastoncini di zucchero e un pozzo dei desideri parlante – *non* fu considerato in violazione dell'*Establishment clause*[76]. Nel determinare se la pratica governativa viola questa disposizione, scrisse, le corti devono chiedersi se la pratica suggerisce a un osservatore ragionevole che il governo sostenga una religione rispetto alle altre, o la religione in generale rispetto alla mancanza di religione, rendendo così le credenze religiose di una persona, o la loro mancanza, rilevanti per il suo ruolo nella *polis*, per il suo status di cittadino[77].

Che il test di sostegno sia, o meno, saggio o praticabile, esso rappresenta chiaramente uno sforzo per venire a patti con il fatto che sebbene rimanga un paese con forti sentimenti religiosi, gli Stati Uniti non sono più una nazione uniformemente cristiana; tra i suoi cittadini vi sono devoti virtualmente di ogni religione che possa venire in mente[78], per non parlare dei numerosi atei evangelici. La possibilità che anglicanesimo o metodismo ecc. possano essere istituiti chiesa nazionale (o addirittura la possibilità che il mormonismo sia istituito chiesa statale in Utah) sembra remota; il pericolo da evitare oggi è, invece, che gli atei o i cattolici o gli ebrei o gli unitariani o gli anabattisti o i testimoni di Geova o gli avventisti del settimo giorno o i credenti nella scienza cristiana o i musulmani o gli indù o i praticanti della santeria o di questa o quella religione dei nativi americani [...] ecc. siano trattati in maniera inferiore a quella di cittadini pieni in ragione della loro religione o della mancanza di essa. E questa è l'idea fondamentale che, estrapolando il significato di "istituzione" fino a coprire *ogni* tipo di sostegno governativo della religione, O'Connor ha provato ad articolare.

Coloro che preferirebbero una più ampia deferenza da parte dello stato nei confronti della religione credono che le corti si siano spinte troppo oltre; coloro che preferirebbero uno stato più profondamente secolare credono che non si siano spinte abbastanza lontano. Ma non fa parte del mio argomento capire se l'attuale significato giuridico di "istituzione di una religione" sia ideale, o se il ragionamento delle corti in questa materia sia sempre cogente; ben lungi da esserlo. È tuttavia parte del mio argomento che la graduale, scostante, e a volte disordinata evoluzione del

[74] *Lee v. Weisman* (*supra*, nota 71), 631-646; la discussione su "coercizione" è alle pp. 640-641.

[75] *Kyrias Joel* (*supra*, nota 72), 732.

[76] *Lynch v. Donnelly*, 4675 U.S. 668 (1984).

[77] Sto paragrafando l'ampliamento da parte di O'Connor della giustificazione del suo "test di sostegno" nella sua opinione concorrente in *Allegheny v. ACLU* (*supra*, nota 70), in cui il giudice Blackmun adottò tale test nella propria decisione a nome della Corte.

[78] 20 anni fa, nel 1987, si stimava vi fossero 1.347 organizzazioni religiose negli Stati uniti. *Edwards v. Aguillard* (*supra*, nota 69), 608 n. 6 (giudice Powell, opinione concorrente). Per informazioni più aggiornate, si veda PEW FORUM ON RELIGIOUS AND PUBLIC LIFE 2008.

significato dell'*Establishment clause* – ora in direzione di una maggiore deferenza nei confronti della religione, ora in direzione di una minore commistione con la religione – è uno dei modi con cui il nostro sistema giuridico si adatta mentre prova ad affrontare i bisogni e le richieste di una società in continuo mutamento; e che questo processo di adattamento costante non è necessariamente un impedimento, ma può essere un contributo, alla razionalità.

*

La presente analisi si estende al linguaggio delle scienze sociali o dei sistemi di *civil law*? E al linguaggio della filosofia? Come si rapporta esattamente il riconoscimento di Peirce dell'importanza epistemologica della crescita di significato con la sua insistenza sull'importanza del bisogno per la filosofia di sviluppare un vocabolario preciso e "scientifico", governato dai principi della sua «etica della terminologia»?[79] Il significato cresce in tutto il linguaggio o, come suggerisce Strawson, primariamente nei sotto-vocabolari di questo o di quel campo specializzato? Cosa si può dire su quali tipi di crescita di significato sono benefici e quali neutrali o dannosi? L'approccio qui suggerito quanto radicalmente ci obbligherebbe a modificare la concezione del linguaggio che ha dominato la filosofia dai tempi di Frege? Tutte belle domande; ma che dovranno aspettare un'altra occasione[80].

[79] Si veda PEIRCE 1931-1958 [1903], 2.219-2.226, dove Peirce offre la propria "etica della terminologia"; 1905, 5.413-34, dove introduce "pragmaticismo"; e 1905, 5.502 , dove discute il significato di "è".

[80] Ringrazio Mark Migotti per gli utili commenti su una precedente stesura; David Wilson per l'aiuto sulla storia di "DNA" e la relativa terminologia; María-José Frápolli per le nostre discussioni su razionalità e flessibilità cognitiva; ed Edgardo Rotman per l'utile conversazione.

Riferimenti bibliografici

ABLEY M. 2007. *The Prodigal Tongue*, New York, Houghton Mifflin Harcourt.

AUSTIN J.L. 1956-1957. *A Plea for Excuses*, in «Proceedings and Addresses of the Aristotelian Society», New series, 57, 1957, 1 ss. (Ristampato in URMSON J.O., WARNOCK G.J. (eds.) 1961. *J. L. Austin: Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press.)

BARBER K. 2007. *A Future with Fewer Tongues*, in «U.S. News and World Report», 1° ottobre 2007, 33 ss.

CHANG K. 2006. *Dwarf Planet, Cause of Strife, Gains 'the Perfect Name'*, in «New York Times», 15 settembre 2006. Disponibile in: https://www.nytimes.com/2006/09/15/science/space/15xena.html (consultato il 17/05/2019).

CRICK F.H.C. 1988. *What Mad Pursuit: A Personal View of Scientific Discovery*, New York, Basic Books.

CRYSTAL D. 2007. *By Hook or by Crook*, Woodstock (NY), Overlook Press.

DAVIDSON D. 1978. *What Metaphors Mean*, in «Critical Inquiry», 5, 1978, 31 ss. (Ristampato in ID. 1984. *Inquiries into Truth and Interpretation*, Oxford, Clarendon Press, 245 ss.)

DAVIDSON D. 1986. *A Nice Derangement of Epitaphs*, in LEPORE E. (ed.), *Truth and Interpretation*, Oxford, Blackwell, 433 ss.

DEWEY J. 1938. *Logic: The Theory of Inquiry,* Boston, Henry Holt & Co.

FEYERABEND P. K. 1975. *Against Method: Outline of An Anarchistic Theory of Knowledge*, London, New Left Books.

FISCH M. 1942. *Justice Holmes, the Prediction Theory of the Law, and Pragmatism*, in «Journal of Philosophy», 39, 1942, 85 ss. (Ristampato in KETNER K.L., KLOESEL C.J.W. (eds.) 1986. *Peirce, Semeiotic, and Pragmatism: Essays by Max Fisch*, Bloomington (IN), Indian University Press, 6 ss.)

FREY-WYSSLING A.F. 1964. *Frühgeschichte und Ergebnisse de submikroskopischen morphologie*, in «Mikroskopie», 19, 1964, 2 ss.

FRIEDMAN L.M. 1973. *History of American Law*, New York, Simon and Schuster.

GETTIER E.L. 1963. *Is Justified True Belief Knowledge?*, in «Analysis», 23, 1963, 121 ss.

GINSBURG J.C., LITMAN J., M.L. KEVIN. 2007 [2004]. *Trademark and Unfair Competition Law: Cases and Materials*, New York, Foundation Press.

GOMES L. 2007. *Latin Isn't Dead: Online, It's Veni, Vidi, Vicipaedia*, in «Wall Street Journal», 29 settembre 2007. Disponibile in: https://www.wsj.com/articles/SB119103413731143589 (consultato il: 17/05/2019).

GOODMAN N. 1954. *The New Riddle of Induction*, in ID. 1965. *Fact, Fiction and Forecast*, Indianapolis (IN), Bobbs-Merrill, 59 ss.

HAACK S. 1987. '*Realism*', «Synthese», 73, 1987, 275 ss.

HAACK S. 1994. *Dry Truth and Real Knowledge: Epistemologies of Metaphor and Metaphors of Epistemology*, in HINTIKKA J. (ed.), *Aspects of Metaphor*, Dordrecht (the Netherlands), Kluwer, 1 ss. (Ristampato in HAACK S. 1998. *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays,* Chicago, University of Chicago Press, 69 ss.).

HAACK S. 1995. *Multiculturalism and Objectivity*, in «Partisan Review», 60, 1995, 397 ss. (Ristampato in ID. 1998. *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays,* Chicago, University of Chicago Press, 137 ss.).

HAACK S. 1998. *Manifesto of a Passionate Moderate: Unfashionable Essays*, Chicago, University of Chicago Press.

HAACK S. 2003. *Defending Science—Within Reason: Between Scientism and Cynicism*, Amherst (NY), Prometheus Books.

HAACK S. 2005a. *On Legal Pragmatism: Where Does 'The Path of the Law' Lead Us?*, in «American Journal of Jurisprudence», 50, 2005, 71 ss.

HAACK S. 2005b. *Formal Philosophy: A Plea for Pluralism*, in SYMONS J., HENDRICKS V.F. (eds.), *Formal Philosophy*, New York, VIP Press, 77 ss. (Ristampato in HAACK S. 2013 [2008]. *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture*, Amherst (NY), Prometheus Books, 235 ss.

HAACK S. 2006. *The Integrity of Science: What It Means, Why It Matters*, in *Ética e Investigacão nas Ciências da Vida, Actas do 10 Seminario de Conselho Nacional dec Ética para as Ciências da Vida*, 9 ss. (Ristampato in HAACK S. 2013 [2008]. *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture*, Amherst (NY), Prometheus Books, 121 ss.)

HAACK S. 2007a. *The Legitimacy of Metaphysics: Kant's Legacy to Peirce, and Peirce's to Philosophy Today*, in «Polish Journal of Philosophy», 1(1), 2007, 29 ss.

HAACK S. 2007b. *On Logic in the Law: Something, but Not All*, in «Ratio Juris», 20(1), 2007, 1 ss.

HAACK S. 2013 [2008]. *Putting Philosophy to Work: Inquiry and Its Place in Culture*, Amherst (NY), Prometheus Books.

HAACK S. 2009a. *The Growth of Meaning and the Limits of Formalism, in Science and Law*, in «Análisis Filosófico», 39, 2009, 5 ss.

HAACK S. 2009b. *'Know' is Just a Four-Letter Word*, in ID. 2009 [1993]. *Evidence and Inquiry*, 2nd ed., Oxford: Blackwell; 2nd ed., 2009, Amherst (NY), Prometheus Books, 301 ss. (Scritto nel 1983).

HAACK S. 2009c [1993]. *Evidence and Inquiry*, Oxford, Blackwell; 2nd ed., 2009, Amherst (NY), Prometheus Books.

HAACK S. 2014. *Risky Business: Statistical Proof of Specific Causation*, in ID. 2014. *Evidence Matters: Science, Proof, and Truth in the Law*, New York, Cambridge University Press, 264 ss. (Tradotto in italiano da F. Esposito come *Attività rischiose: la prova statistica della causalità specifica*, in HAACK S. 2015. *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, Università Bocconi Editore, 295 ss.)

HAACK S. 2015. *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, Università Bocconi Editore. (A cura di G. Tuzet e tradotto da F. Esposito).

HACKING I. 1986. *The Parody of Conversation*, in LEPORE E. (ed.), *Truth and Interpretation*, Oxford, Blackwell, 488 ss.

HEMPEL C.G. 1945. *Studies in the Logic of Scientific Explanation*, in «Mind», 54, 1945, 1 ss. e 97 ss. (Ristampato in ID. 1965. *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in Philosophy of Science*, New York, Free Press, 245 ss.).

HEMPEL C.G. 1964. *Postscript (1964) on Confirmation*, in ID. 1965. *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in Philosophy of Science*, New York, Free Press, 47 ss.

HEMPEL C.G. 1965. *Aspects of Scientific Explanation and Other Essays in Philosophy of Science*, New York, Free Press.

HEMPEL C.G. 1990. *The Irrelevance of the Concept of Truth for the Critical Appraisal of Scientific Theories*, originariamente pubblicato con il titolo *The Signification of the Concept of Truth for the Critical Appraisal of Scientific Theories*, in «Nuova Civiltà delle Macchine», VIII.4 (32), 1990, 109 ss. (Ristampato in SHEA W.R., SPADAFORA A. (eds.), 1992. *Interpreting the World*,

Canton (MA), Science History Publications, 121 ss. e in JEFFREY E. (ed.), 2000. *Selected Philosophical Essays [by] Carl G. Hempel*, Cambridge, Cambridge University Press, 75 ss.)

HOLMES O.W. 1881. *The Common Law*; ristampato in NOVICK S.M. (ed.) 1993. *Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Chicago, University of Chicago Press, 109 ss.

HOLMES O.W. 1897. *The Path of the Law*, in «Harvard Law Review», 10, 1897, 457 ss. (Ristampato in NOVICK S.M. (ed.) 1993. *Collected Works of Justice Holmes: Complete Public Writings and Selected Judicial Opinions of Oliver Wendell Holmes*, Chicago, University of Chicago Press, 391 ss.).

JAFFREY M. 1978. *An Invitation to Indian Cooking*, Harmondsworth (Middlesex, U.K.), Penguin Books, 391 ss.

JEFFERSON T. 1816. *Letter to Samuel Kercheval*. Disponibile in: https://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-samuel-kercheval/ (consultato il: 17/05/2019).

LEVI E. 1949. *An Introduction to Legal Reasoning*, Chicago, University of Chicago Press.

LEVENE P.A.T., BASS L.W. 1931. *Nucleic Acids*, New York, Chemical Catalog Company.

LITMAN J. 2001. *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet*, Amherst (NY), Prometheus Books.

MERRIAM-WEBSTER 1991. *Merriam-Webster's Ninth New Collegiate Dictionary*, Springfield (MA), Merriam-Webster Inc.

MILL J.S. 1970 [1843]. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive, Being a Connected View of the Principles of Evidence and the Methods of Scientific Investigation*, 8th ed., New York, Harper & Brothers.

MILLER M.W. 1994. *A Little Lithium may be Just What the Doctor Ordered*, in «Wall Street Journal», 23 settembre 1994. Disponibile in: http://customers.hbci.com/~wenonah/hydro/liwsj.htm (consultato il: 17/05/2019).

MOUNOLOU J.-C., LACROUTE F. 2005. *Mitochondrial DNA: An Advance in Eukaryotic Cell Biology in the 1960s*, «Biology of the Cell», 97, 2005, 743 ss.

NORWOOD J.M. 2005-2006. *A Summary of Statute and Case Law Associated with Transacting in the Electronic Universe*, «DePaul Business and Commercial Law Journal», 4, 2006, 415 ss.

OLBY R. 1974. *The Path to the Double Helix*, Seattle (WA), University of Washington Press.

PEIRCE C.S. 1931-1958. *Collected Papers*, Cambridge (MA), Harvard University Press. (A cura di Hartshorne C., Weiss P. e (voll. 7 e 8) Burks A.).

PEW FORUM ON RELIGIOUS AND SOCIAL LIFE. 2008. *U.S. Religious Landscape Survey*. Disponibile in: https://www.pewforum.org/2008/06/01/u-s-religious-landscape-survey-religious-beliefs-and-practices/ (consultato il: 17/05/2019).

PORTUGAL F.H., COHEN J.S. 1977. *A Century of DNA: A History of the Discovery of the Structure and Function of the Genetic Substance*, Cambridge (MA), MIT Press.

PUTNAM H. 1973. *Meaning and Reference*, in «Journal of Philosophy», 70, 1973, 699 ss. (Ristampato in MARTINICH A.P. 1985, 2nd ed. 1990. *Philosophy of Language*, New York, Oxford University Press, 308 ss.).

QUINE W.V. 1969. *Natural Kinds*, in ID. 1969. *Ontological Relativity and Other Essays*, New York, Columbia University Press, 69 ss.

RORTY R. 1982. *Consequences of Pragmatism*, Hassocks (Sussex, UK), Harvester Books.

RORTY R. 1988. *The Contingency of Language*, in ID. *Contingency, Irony and Solidarity*, Cambridge, Cambridge University Press, 3 ss.

RORTY R. 1989. *Philosophy as Science, as Metaphor, and as Politics*, in COHEN A., DASCAL M. (eds.), *The Institution of Philosophy*, La Salle (IL), Open Court, 13 ss. (Ristampato in RORTY R. 1991. *Essays on Heidegger and Others*, Cambridge, Cambridge University Press, 9 ss.).

RORTY R. 1991. *Essays on Heidegger and Others*, Cambridge, Cambridge University Press.

ROZEBOOM W. 1967. *Why I Know So Much More Than You Do*, in «American Philosophical Quarterly», 4, 1967, 280 ss. (Ristampato in POJMAN L.P. 1993, *Theory of Knowledge: Classical and Contemporary Readings*, Belmont (CA), Wadsworth, 175 ss.).

STRAWSON P.F. 1952. *Individuals: A Study in Descriptive Metaphysics*, London, Methuen & Co.

TAYLOR J.H. (ed.). 1965. *Selected Papers on Molecular Genetics*, New York, Academic Press.

WILKINS M.H.F., STOKES A.R., WILSON H.R. 1953. *Molecular Structure of Deoxyribose Nucleic Acid*, «Nature», 25 aprile 1953, 738 ss. (Ristampato in WATSON J.D. 1980 [1968]. *The Double Helix: A Personal Account of the Discovery of the Structure of DNA*, New York, W.W. Norton, 247 ss. (Edizione critica a cura di G. Stent.)).

WATNICK V.J. 2006. *The Electronic Formation of Contracts and the Common Law 'Mailbox Rule'*, in «Baylor Law Review», 56, 2006, 176 ss.

WATSON J.D., CRICK, F.H.C. 1953. *The Molecular Structure of Nucleic Acids*, «Nature», 25 aprile 1953, 737 ss. (Ristampato in WATSON J.D. 1980 [1968]. *The Double Helix: A Personal Account of the Discovery of the Structure of DNA*, New York, W. W. Norton, 247 ss. (Edizione critica a cura di G. Stent.)).

WIENER P.P. 1949. *Evolution and the Founders of Pragmatism*, Cambridge (MA), Harvard University Press; 2nd ed. 1972, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

IL PARADOSSO DI ALEXY

UNA CRITICA ALL'ARGOMENTO DELLA PRETESA DI CORRETTEZZA

FRANCESCA **POGGI**
ALESSIO **SARDO**

&dq

Il paradosso di Alexy
Una critica all'argomento della pretesa di correttezza

Alexy's Paradox
A Critique of the Claim to Correctness Argument

FRANCESCA POGGI

Professoressa associata di Filosofia del diritto, Dipartimento "Cesare Beccaria", Università degli Studi di Milano.
E-mail: francesca.poggi@unimi.it

ALESSIO SARDO

Von Humboldt Research Fellow, Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.
E-mail: alessiosardo@ymail.com

ABSTRACT

L'argomento della pretesa di correttezza, formulato da Robert Alexy, è spesso considerato come uno degli argomenti più forti avanzati a favore della tesi secondo cui esisterebbero connessioni necessarie tra diritto e morale. In questo saggio ci proponiamo di svolgere alcune riflessioni critiche su tale argomento. In particolare, analizzeremo la tesi secondo cui esiste una connessione qualificatoria necessaria tra singole norme e pretesa di correttezza: una connessione in forza della quale ogni atto linguistico che pone una norma solleva necessariamente una pretesa di correttezza, tanto che, se viene posta una norma e, contemporaneamente, se ne nega espressamente la correttezza, si produce una contraddizione performativa, che rende la norma stessa difettosa. In opposizione ad Alexy, sosterremo che in questo caso non si produce alcuna contraddizione performativa: la pretesa di correttezza non ha nulla a che fare con la versione normativa del paradosso di Moore. Infine, sosterremmo che le nostre conclusioni si applicano anche alle norme giuridiche.

The claim to correctness – an argument proposed by Robert Alexy – has often been considered as one of the strongest proofs for the thesis that there are necessary connections between law and morals. In the present essay, we endeavour to develop a critical analysis of this argument. More specifically, we shall explore the thesis that there is a necessary qualifying connection between every single norm and the claim to correctness: by means of this connection, every speech act that issues a norm necessarily raises a claim to correctness; accordingly, if we issue a norm and, at the same time, deny explicitly its correctness, we end up by producing a performative contradiction that makes the norm defective. Against Alexy's view we shall maintain that in this case there is not performative contradiction at all: that the claim to correctness has nothing to deal with the (normative version of) Moore's paradox. Finally, we will argue that our results apply also to legal norms.

KEYWORDS

pretesa di correttezza, Robert Alexy, non-positivismo inclusivo, paradosso di Moore, contraddizione performativa

claim to correctness, Robert Alexy, Inclusive non-positivism, Moore's paradox, performative contradiction

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 1 (giugno) | pp. 183-208

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Il paradosso di Alexy
Una critica all'argomento della pretesa di correttezza

FRANCESCA POGGI
ALESSIO SARDO

1. *Premessa* – 2. *La pretesa di correttezza nella filosofia di Robert Alexy* – 3. *La pretesa di correttezza: un'analisi ravvicinata* – 3.1. *L'ambito di applicazione della pretesa di correttezza* – 3.2. *La pretesa di correttezza e il paradosso di Moore* – 3.3. *Il paradosso di Alexy* – 4. *Sul rapporto tra emettere norme e pretendere che siano corrette* – 5. *Il paradosso di Alexy, le norme giuridiche e i sistemi normativi*.

1. *Premessa*

L'argomento della pretesa di correttezza, formulato da Robert Alexy, è spesso considerato come uno degli argomenti più forti avanzati a favore della tesi secondo cui esisterebbero connessioni necessarie tra diritto e morale. In questo saggio ci proponiamo di svolgere alcune riflessioni critiche su tale argomento. In particolare, analizzeremo la tesi secondo cui esiste una connessione qualificatoria necessaria tra singole norme e pretesa di correttezza: una connessione in forza della quale ogni norma (*rectius* ogni atto linguistico che pone una norma) solleva necessariamente una pretesa di correttezza, tanto che, se viene posta una norma e, contemporaneamente, se ne nega espressamente la correttezza, si produce una contraddizione performativa, che rende la norma stessa difettosa (*defective*).

La struttura di questo lavoro è la seguente. Dopo aver brevemente caratterizzato l'argomento della pretesa di correttezza e le giustificazioni che Alexy adduce a suo favore (§ 2), analizzeremo alcuni problemi interpretativi che tale argomento comporta, mettendo in luce l'ambiguità dei suoi termini chiave (§ 3.1) e la difficoltà di caratterizzare in modo sufficientemente preciso il rapporto tra atti linguistici normativi e pretesa di correttezza (attraverso un paragone tra l'argomento della pretesa di correttezza e il paradosso di Moore: §§ 3.2 e 3.3). Successivamente, sosterremo che la variante normativa del paradosso di Moore non ha nulla a che vedere con una supposta pretesa di correttezza (§ 4): ossia, che la contraddizione performativa su cui si fonda l'argomento di Alexy non è una contraddizione performativa affatto. Infine, sosterremmo che le nostre conclusioni si applicano o, almeno, si dovrebbero applicare, per coerenza, anche alle norme giuridiche: a tal fine, prenderemo in considerazione alcuni, sporadici, mutamente teorici di Alexy, mostrando come essi non siano coerenti con la sua argomentazione complessiva (§ 5).

2. *La pretesa di correttezza nella filosofia di Robert Alexy*

La pretesa di correttezza è uno degli argomenti fondamentali addotti da Robert Alexy a favore del suo non positivismo (*Nichtpositivismus*) inclusivo, e, soprattutto, della tesi secondo cui vi sono connessioni concettuali e normative necessarie tra diritto e morale ideale[1]. La pretesa di

* Ringraziamo Robert Alexy, Carsten Bäcker, Mauro Barberis, Wei Feng, Riccardo Guastini, Nicola Muffato, Stanley Paulson, Corrado Roversi e Marina Sbisà per le osservazioni e le critiche mosse a precedenti versioni di questo lavoro. Gli autori sono entrambi responsabili per le tesi qui sostenute; tuttavia, per ragioni esclusivamente concorsuali, indichiamo Francesca Poggi come autrice dei §§ 1, 3.2, 3.3 e 5; Alessio Sardo come autore dei §§ 1, 2, 3, 3.1 e 4.

[1] Cfr. ALEXY 2000a; ALEXY 2002a, 23 ss.; ALEXY 2002b; ALEXY 2010, 168-172; ALEXY 2013 (in particolare 225 ss.); ALEXY 2014, 8.

correttezza è *der archimedische Punkt* su cui si fonda tutto il non-positivismo inclusivo: se essa dovesse crollare, anche l'argomento della doppia natura dei principi (positiva e ideale) e l'idea che i diritti umani esistano indipendentemente dall'atto di promulgazione verrebbero meno.

Alexy distingue, da un lato, tra connessioni classificatorie e connessioni qualificatorie (o ideali) e, dall'altro, tra connessioni concettuali e connessioni normative. Si ha una connessione classificatoria quando una norma o un sistema di norme, non rispettando un certo criterio morale, non sono, per ragioni concettuali o normative, giuridici; si ha una connessione qualificatoria quando una norma o un sistema di norme, che non rispettano un certo criterio morale, continuano ad essere giuridici, ma, per ragioni concettuali o normative, sono giuridicamente difettosi (*legally defective*)[2]. Sia le connessioni classificatorie, sia quelle qualificatorie, possono essere, a loro volta, concettuali o normative: sono concettuali se, per l'appunto, attengono ai concetti (ai concetti di diritto e di norma giuridica); sono, invece, normative se attengono a una relazione di tipo mezzo-fine e, più esplicitamente, a ciò che deve essere per realizzare alcuni fini giudicati meritevoli attraverso un'argomentazione razionale[3].

Ebbene, secondo Alexy, tra diritto e morale ideale vi è sia una necessaria connessione classificatoria (*classifying*) sia concettuale, sia normativa: concettuale, in quanto una norma, che pur soddisfa i criteri formali di validità dell'ordinamento, perde il proprio carattere giuridico – non è diritto – qualora superi una certa soglia di ingiustizia[4]; normativa, in quanto, se si vogliono raggiungere certi scopi meritevoli, allora è necessario includere elementi morali nel concetto di diritto. Nella teoria di Alexy, la necessaria connessione classificatoria concettuale tra diritto e morale è riflessa e, allo stesso tempo, dimostrata proprio dall'argomento della pretesa di correttezza: se un sistema di norme non solleva, né esplicitamente né implicitamente, una pretesa di correttezza, allora, secondo Alexy, non è un sistema giuridico. A favore di tale tesi, Alexy propone il seguente esperimento mentale.

Immaginiamo che dei banditi armati (*armed desperados*) tiranneggino un gruppo di persone, emettendo ordini individuali contraddittori, mutevoli – qualche volta persino impossibili da realizzare – senza vietare alcun esercizio della forza fisica tra i soggetti, e senza che sia mai possibile individuare un qualche scopo o fine nell'insieme delle norme poste. Per Alexy un simile insieme insensato (*senseless*) di ordini, che chiaramente non solleva (né esplicitamente né implicitamente) alcuna pretesa di correttezza, non potrebbe mai essere considerato diritto.

Supponiamo, adesso, che questo gruppo di *desperados* si organizzi in una *gang* dotata di una struttura gerarchica interna, il cui unico scopo è uccidere regolarmente le persone loro soggette per venderne gli organi, e, a tal fine, in primo luogo, proibisca l'uso indiscriminato della forza e, in secondo luogo, emetta una serie di altri ordini e divieti (fumare, bere, ecc.), beninteso, al solo scopo di mantenere gli organi delle persone in buono stato. Ebbene, per ragioni concettuali, secondo Alexy, nemmeno questo sistema potrebbe mai essere classificato come giuridico[5].

[2] «A *classifying* connection is reflected in the claim that norms and systems of norms that do not meet a certain moral criterion are, for either conceptual or normative reasons, not legal norms or legal systems. A qualifying connection is reflected in the claim that norms or system of norms that do not meet a certain moral criterion can indeed be legal norms or legal systems, but, for either conceptual or normative reasons, are legally defective legal norms or legal systems» (ALEXY 2002a, 26).

[3] Cfr. ALEXY 2002a, 21. Come esempi di argomenti normativi, Alexy cita quello secondo cui solo la tesi della separazione tra diritto e morale conduce a una chiarezza linguistica o concettuale e/o assicura la certezza del diritto, e quello, di segno opposto, secondo cui solo la tesi della connessione tra diritto e morale è in grado di risolvere il problema dell'ingiustizia legale (ALEXY 2002a, 21 s.). Da questi esempi parrebbe, pertanto, che la nozione di argomento normativo richiami una relazione mezzi-fini, cioè, una necessità (*latu sensu*) modale: per una discussione sul tema della necessità normativa cfr. BULYGIN 1993 e BULYGIN 2000.

[4] Questa è evidentemente una rielaborazione della seconda formulazione della celeberrima formula di Radbruch, secondo cui le norme "estremamente" ingiuste non sono diritto. Cfr. RADBRUCH 1950.

[5] Cfr. ALEXY 2002a, 32 s.

Si immagini, ancora, che il sistema si evolva, non espliciti più che il suo unico scopo è la vendita degli organi, ma, al contrario, pretenda di legittimarsi come una pratica corretta, perché funzionale al raggiungimento di un fine ulteriore e più alto, quale, ad esempio, lo sviluppo delle persone. In tale scenario, gli atti di omicidio e vendita degli organi da parte dei banditi potrebbero addirittura continuare quantitativamente invariati, ma dovrebbero avvenire secondo certe forme (altrimenti dovrebbero essere puniti) e sarebbero pubblicamente giustificati appellandosi al più alto proposito: ebbene, in tal caso, secondo Alexy, noi potremmo correttamente parlare di sistema giuridico, per quanto si tratti di un sistema ingiusto e, per questo stesso, difettoso.

Alexy ritiene che questo esperimento mentale dimostri che un sistema di ordini che non solleva, né espressamente né implicitamente, alcuna pretesa di correttezza non può essere considerato giuridico e che un sistema di norme che avanza, ma non soddisfa, una pretesa di correttezza, è un sistema giuridico "difettoso"[6]. Insomma, tra il concetto di diritto e l'avanzare una pretesa di correttezza vi sarebbe una (necessaria) connessione classificatoria, mentre tra il concetto di diritto e il soddisfacimento di una pretesa di correttezza intercorrerebbe una (necessaria) connessione qualificatoria.

Per quanto riguarda, invece, le singole norme giuridiche e le singole decisioni giuridiche, queste «are legally defective if they do not make the claim to correctness or if they fail to satisfy it»[7]. Secondo Alexy, se una norma giuridica, o una decisione giuridica (vale a dire, una sentenza pronunciata dal giudice competente) non solleva una pretesa di correttezza o non la soddisfa, allora non perde per ciò stesso il suo carattere giuridico, ma, semplicemente, è giuridicamente difettosa. Insomma, a livello delle singole norme tra giuridicità e pretesa di correttezza vi sarebbe solo una relazione concettuale qualificatoria. Per corroborare questa tesi, Alexy formula due esperimenti mentali[8].

Il primo esperimento mentale ci chiede di immaginare la Costituzione di un ipotetico Stato *X* che contenga la seguente disposizione:

(a) *X* è uno Stato sovrano, federale e *ingiusto*

Secondo Alexy, una simile disposizione, che qualifica esplicitamente lo Stato *X* come ingiusto, sarebbe difettosa, ma non (o non solo) per ragioni tecniche (perché non dichiararlo sarebbe più prudente ed efficace per mantenere lo *status quo*) o per ragioni morali (perché è ingiusto che uno Stato sia ingiusto) o, ancora, per ragioni *stilistiche* (perché non è una buona redazione di una disposizione costituzionale): il difetto sarebbe, invece, concettuale, derivando dalla violazione di «rules that are constitutive for speech acts, that is, linguistic expressions qua actions»[9]. Secondo Alexy, infatti, nell'atto *collettivo* di adozione di una costituzione è insita una pretesa di correttezza: «[a] constitutional framer gives rise to a performative contradiction if the content of his act of framing a constitution negates the claim to justice»[10].

Il secondo esperimento mentale ci presenta un giudice che, in una sentenza, emetta un enunciato del tipo

[6] Così ALEXY 2002a, 36.

[7] ALEXY 2002a, 36. Tuttavia, se la norma non soddisfacesse la pretesa di correttezza al punto da integrare un'ingiustizia estrema, allora, secondo Alexy, perderebbe il suo carattere giuridico: ossia in tal caso la connessione sarebbe classificatoria, ma sussisterebbe non tra il concetto di norma giuridica e il soddisfacimento di una pretesa di correttezza, bensì tra il concetto di norma giuridica e l'esistenza di un'ingiustizia estrema.

[8] ALEXY 2002a, 35 ss.

[9] ALEXY 2002a, 37.

[10] ALEXY 2002a, 37 s.

(b) L'accusato è condannato all'ergastolo, e ciò è sbagliato

inteso però nel senso

(b[1]) L'accusato è condannato all'ergastolo e questa è un'interpretazione sbagliata del diritto vigente[11].

Anche in questo caso, secondo Alexy, non c'è solo la violazione di regole sociali e giuridiche:

> «[the] judge gives rise to a performative contradiction and, in this sense, a conceptual defect. [...] The very claim made in carrying out the institutional act of sentencing is contradicted by the content of the decision»[12].

In sintesi, per Alexy, le norme giuridiche e le sentenze giurisdizionali sollevano sempre una pretesa di correttezza e ciò, come si è visto, sarebbe provato dall'esistenza di una contraddizione performativa (*performativer Widerspruch*) tra l'enunciazione di una norma o di una sentenza e l'enunciazione della sua scorrettezza o ingiustizia – quella che potremmo anche chiamare "*pretesa di scorrettezza*" (*Anspruch auf Unrichtigkeit*)[13] – una contraddizione che, secondo Alexy, è simile a quella prodotta dall'asserzione

(c) il gatto è sul tappeto ma io non ci credo[14].

[11] ALEXY 2002a, 38 ss.

[12] ALEXY 2002a, 39.

[13] Qui Alexy presuppone una concezione degli atti di posizione di norme come enunciati performativi, ossia, enunciati che, per il solo fatto di essere pronunciati nel contesto e secondo le forme convenzionali appropriati, generano dei cambiamenti nella realtà istituzionale. L'enunciato "Io battezzo questa nave Queen Elizabeth", pronunciato dalla persona competente, nel contesto adeguato (poniamo, la cerimonia del varo di una nave) ha come effetto quello di ascrivere alla nave il nome "Queen Elizabeth". J.L. AUSTIN 1962, 14-16 elabora la prima analisi esaustiva dei performativi. I performativi hanno *condizioni di felicità*: se qualcosa va storto nella procedura di formazione dell'atto, non diremo che l'enunciato è falso; diremo piuttosto che l'enunciato è infelice (*unhappy*). Affinché un performativo sia felice (*happy*), secondo Austin, devono darsi le seguenti condizioni (AUSTIN 1962, 14 s.): A1. Deve esistere una procedura accettata convenzionalmente che collega determinati effetti al proferimento di certe parole da parte di un certo soggetto, data una serie di circostanze; A2. La persona e le circostanze devono essere appropriate (*appropriate*) per l'invocazione della procedura che il parlante intende impiegare; B1. La procedura dev'essere eseguita correttamente (*correctly*); B2. La procedura dev'essere compiuta in maniera completa (*completely*); C1. Se la procedura prevede che chi la intraprende debba avere certi pensieri, sentimenti, o intenzioni allora le persone che la intraprendono devono (*must*) tali pensieri, sentimenti, intenzioni; C2. Le persone che intraprendono la procedura devono comportarsi davvero in maniera congruente con essa. Senza tali condizioni l'atto è infelice (*unhappy*). Le conseguenze dell'infelicità variano secondo il tipo di condizione che non è stata soddisfatta. J.L. Austin distingue fra due principali forme di infelicità – o "maniere di essere infelice" (*ways of being unhappy*) – dei performativi: 1) i *colpi a vuoto* (*misfires*), che corrispondono ai casi *A e B*; 2) gli *abusi* (*abuses*), che corrispondono ai casi *C*. 1) Nel caso di un colpo a vuoto (*misfire*), l'atto o è preteso (*purported*), o potrebbe considerarsi come un tentativo (*attempt*), ma esso è "nullo o privo di effetti" (*void or without effect*); in altre parole, «*it is not successfully performed at all, or it does not come off, is not achieved*» (AUSTIN 1962, 16). Gli esempi addotti da Austin, in questo caso, sono due: quello del matrimonio tra persone già sposate; e quello del varo di una nave condotto non già dal capitano, ma dal mozzo. Nel caso di un abuso, invece, l'atto è professato (*professed*) – nel senso di preteso (*claimed*) – ma è vuoto (*empty*); esso, in alcune circostanze, può essere anche compiuto o raggiunto (*achieved*), ma costituisce un abuso della procedura. L'atto è – *in senso tecnico* – "insincero". Per esempio, se prometto di darti la luna, non sto facendo realmente una promessa; piuttosto, sto scherzando. Come vedremo meglio, in Alexy, non è del tutto chiaro quale sia il tipo d'infelicità che affligge una norma giuridica che non solleva la pretesa di correttezza: è un abuso, un *misfire*, o un caso d'insincerità?

[14] ALEXY 2002a, 38, nt. 66.

Nella filosofia di Alexy l'argomento della pretesa di correttezza opera in stretta congiunzione con altri due argomenti: l'argomento dell'ingiustizia (*the argument from injustice*) e l'argomento dei principi (*the argument from principles*)[15]. In breve, l'argomento dell'ingiustizia corrisponde alla nota formula di Radbruch[16] e sostiene che, se le norme giuridiche o i sistemi giuridici superano una certa soglia di ingiustizia, allora perdono il loro carattere giuridico; l'argomento dei principi sostiene, invece, che nei casi dubbi il giudice non decide sulla base di criteri extra-giuridici, in quanto egli è giuridicamente vincolato da principi che hanno una doppia natura, giuridica e morale[17]. In questo saggio non solo tralasceremo l'analisi di questi ulteriori due argomenti, ma ci concentreremo principalmente sulla connessione qualificatoria, che, a giudizio di Alexy, esisterebbe tra singole norme e pretesa di correttezza, salvo mostrare come la sua infondatezza infici anche l'esistenza di una connessione classificatoria tra diritto e morale (§ 5)[18].

3. *La pretesa di correttezza: un'analisi ravvicinata*

Che cosa intende esattamente Alexy quando sostiene che gli atti linguistici (*speech acts*) o istituzionali (*institutional acts*) che pongono norme sollevano una pretesa di correttezza? L'argomento della pretesa di correttezza solleva numerosi dubbi interpretativi: qui ne affronteremo quattro, di particolare rilevanza, relativi, rispettivamente, (i) all'individuazione e caratterizzazione degli atti che, a giudizio di Alexy, sollevano una pretesa di correttezza, (ii) al concetto di pretesa, (iii) al concetto di correttezza, e, infine, (iv) al tipo di anomalia (*performativer Widerspruch*, nel lessico di Alexy) che si produce allorché si pone una norma affermandone contemporaneamente la scorrettezza. È necessario offrire una panoramica dei problemi interpretativi che riguardano la nozione di pretesa di correttezza, effettuando anche una ricostruzione essenziale della vasta letteratura secondaria, per due ragioni: in primo luogo, tale panoramica permette di inquadrare meglio il concetto di pretesa di correttezza e, di conseguenza, la portata della nostra obiezione principale; in secondo luogo, essa consente di apprezzare lo stato dell'arte del dibattito in cui il presente contributo aspira a inserirsi.

3.1. *L'ambito di applicazione della pretesa di correttezza*

Il primo problema interpretativo con cui ci si deve confrontare riguarda l'individuazione degli atti linguistici che, a giudizio di Alexy, sollevano una pretesa di correttezza e consiste nello stabilire se si tratti di unici atti linguistici (o di una sequenza di atti), e quali atti linguistici siano (in particolare, se si tratti di atti linguistici peculiari del contesto istituzionale). Questo problema è particolarmente rilevante per determinare l'ambito di applicazione della teoria di Alexy: l'insieme di fenomeni rispetto ai quali egli avanza la sua tesi. Nella prospettiva di questo saggio, questo problema è altresì rilevante (per quanto non decisivo: cfr. § 5) per fondare la plausibilità di alcuni degli argomenti contro la pretesa di correttezza che saranno successivamente avanzati (§ 4), i quali, come vedremo, si fondano sull'assunzione che, per Alexy, la pretesa di correttezza sia sollevata da ogni atto linguistico normativo, vale a dire, da ogni atto

[15] ALEXY 2002, 40 ss.
[16] Cfr. RADBRUCH 1950.
[17] Cfr. ALEXY 2002a, 68 ss.
[18] Wei Feng ci ha fatto notare che gli allievi di Alexy sono divisi sul ruolo della pretesa di correttezza nella refutazione del giuspositivismo: alcuni ritengono che sia l'argomento centrale per provare la connessione fra diritto e morale (senza la pretesa di correttezza, tutto il non-positivismo inclusivo di Kiel cadrebbe); altri, invece, ritengono che l'argomento non svolga un ruolo così fondamentale nella disputa, perché il ruolo da protagonista spetta all'argomento dei principi. Non ci sembra però questa la sede più opportuna per affrontare tale disputa interna.

che pone norme (giuridiche o non). Occorre subito avvertire che non si tratta, però, di problemi in grado di ricevere una soluzione univoca, in quanto non sono mai chiariti né affrontati da Alexy, il quale non sviluppa alcuna teoria degli atti linguistici, né adotta o richiama teorie altrui, nonostante il suo argomento, come avremo modo di vedere, sembri fortemente ispirato da alcune tesi di Habermas e Apel sul linguaggio normativo.

Alexy, nella formulazione dei suoi esperimenti mentali, parla dell'atto collettivo di adottare una costituzione (*collective act of adopting a constitution*) e dell'atto istituzionale di emanare una sentenza (*institutional act of sentencing*), configurandoli, pertanto, come atti linguistici (*speech acts*) unici (e non come sequenze di più atti linguistici). Questa impostazione è particolarmente problematica per almeno due ragioni. In primo luogo, risulta difficile concepire come un unico, singolo, atto linguistico una procedura lunga e complessa che coinvolge molti soggetti differenti e si articola in numerosi e diversi atti giuridici (ad es. redigere, votare, promulgare, pubblicare una costituzione o deliberare, redigere, sottoscrivere, depositare una sentenza). In secondo luogo, la nozione di "*collective speech act*"[19] è, in sé, controversa. Nella teoria degli atti linguistici, questi sono generalmente configurati come imprese individuali, poiché parlare, eseguire un atto linguistico, è qualcosa che può essere fatto solo da un singolo parlante: come due persone diverse non possono sferrare lo stesso (nel senso di uno e un identico) pugno, così due soggetti diversi non possono eseguire lo stesso (nel senso di uno e un identico) atto linguistico. Per allontanarsi da questo presupposto è necessario o adottare un impegno metafisico forte verso nozioni altamente controverse, come quelle di atteggiamenti intenzionali o stati mentali collettivi, in modo da concepirli (non come la somma di singoli atteggiamenti intenzionali o stati mentali, ma) come entità *sui generis*, oppure assumere gli atti linguistici collettivi come finzioni, sviluppando una teoria in grado di giustificare e spiegare tale assunzione. Alexy non fa né l'una né l'altra cosa.

Assumiamo, per amor di discussione, che abbia senso parlare di emanare una sentenza o adottare una costituzione come unici atti linguistici collettivi: di quale tipo di atti linguistici si tratterebbe? Al riguardo, sembra difficile considerarli come autonome categorie di atti linguistici. Consideriamo l'atto di emanare una sentenza (*sentencing*): nella tassonomia di Searle esso sembra riducibile o alla categoria dei direttivi (*directive*), se ci si focalizza sulla norma individuale emessa dal giudice (es. "Tizio deve essere condannato alla pena della reclusione per anni 16"), o alla categoria dei dichiarativi, se ci si focalizza sulla qualificazione giuridica o sullo status attribuito (es. "colpevole/non colpevole", "legale/illegale")[20]. Analogamente nella tassonomia di J.L. Austin tale atto sembra riducibile a un verdittivo (ossia, a un atto di giudizio, come giudicare, stimare, valutare, calcolare), a un esercitivo (vale a dire, a un atto di esercizio di autorità, come nominare, licenziare, proibire, esortare), o a un ibrido tra i due[21]. Analoghe considerazioni valgono, *mutatis mutandis*, per l'ancora più problematico atto linguistico dell'adottare una Costituzione – atto che non è chiaro se Alexy identifichi con l'approvazione, la promulgazione o con una somma delle due.

Alexy non affronta espressamente tali questioni: la nostra tesi è che egli semplicemente assuma l'atto di emanare una sentenza e l'atto di adottare una Costituzione come esempi di atti linguistici normativi, ossia di atti linguistici che pongono norme giuridiche[22].

In senso contrario, alcuni autori sostengono, invece, che gli atti linguistici di emanare norme (*norm-enacting speech acts*) siano dichiarazioni (*declarations*) nel senso di Searle e Vanderveken[23]. Al riguardo, sono dichiarazioni quegli atti linguistici attraverso i quali «the speaker makes

[19] Per una definizione accurata cfr. HUGHES 1984; MIJERS 2007.
[20] Cfr. SEARLE 1979.
[21] Cfr. AUSTIN 1962, 150 ss.
[22] Ossia, atti coincidenti, all'incirca con i direttivi di Searle: atti con cui il parlante tenta di far fare qualcosa all'ascoltatore (cfr. SEARLE 1969, cap. 3; SEARLE 1979).
[23] Così RUITER 1993; ROTOLO, ROVERSI 2009.

something the case by declaring it to be the case»[24] . Ossia, «declarations bring about some alterations in the status or condition of the object or objects referred to solely in virtue of the fact that the declaration has been successfully performed»[25]. Questa interpretazione non ci sembra, però, condivisibile almeno per le seguenti ragioni.

In primo luogo, di essa non vi è traccia in Alexy: Alexy sostiene espressamente che tutte le norme giuridiche, di qualsiasi tipo, sollevino una pretesa di correttezza, che «participants in a legal system, necessarily, on all sort of levels, claim correctness»[26]. Insomma, non solo l'atto di emanare una sentenza o una costituzione solleverebbe una pretesa di correttezza, ma anche l'ordine di circolare del poliziotto municipale o l'ingiunzione di pagamento di una sanzione amministrativa: atti difficilmente assimilabili a dichiarazioni (a meno di non voler assorbire in queste ultime l'intera categoria dei direttivi). In secondo luogo, nella tassonomia di Searle e Vanderveken le dichiarazioni hanno come condizioni di sincerità il desiderio di porre in essere un certo stato di cose e la credenza che l'atto linguistico eseguito riuscirà a farlo[27]. Da ciò deriva che, secondo gli autori, si produce un paradosso tutte le volte in cui si pronuncia una dichiarazione, ma si nega di volere la produzione di un dato stato o di desiderare di ottenerlo: la pretesa nella correttezza dell'atto o del contenuto dell'atto compiuto o, a seconda delle prospettive, dello stato di cose che si vuole raggiungere è completamente estranea a questa impostazione.

Passando a un secondo problema interpretativo, non è del tutto chiaro che cosa Alexy intenda per "pretesa" (*claim*). Jan Sieckmann, ad esempio, sostiene che, per Alexy, la pretesa di correttezza sarebbe, al contempo, un'asserzione sulla giustificabilità morale, una garanzia di giustificabilità e un'aspettativa d'accettazione da parte dei destinatari[28]. Così, secondo Alexy,

> «[legal acts] are always connected to the non-institutional act of *asserting* that the legal act is substantially and procedurally correct [...] Correctness implies justifiability. Therefore, in raising a claim to correctness, law also raised one to justifiability [...] The claim to correctness therefore includes not only a mere assertion of correctness, but a *guarantee* of justifiability»[29].

Insomma, gli atti linguistici normativi sarebbero connessi ad un'asserzione di correttezza, la quale implicherebbe una garanzia di giustificabilità, in quanto, pare di capire, se si asserisce che una norma è corretta, allora ciò implica che la si possa giustificare, che si garantisca la sua giustificabilità. Alexy aggiunge che da ciò segue l'aspettativa che gli stessi destinatari accetteranno l'atto come corretto:

> «there is a third element besides assertion and guarantee. It is the *expectation* that all addressees of the claim will accept the legal act as correct as long as they take the standpoint of the respective legal system and so long as they are reasonable»[30].

In questa catena argomentativa, diversi sono gli anelli problematici: due in particolare.

In primo luogo, non si comprende come un atto linguistico normativo possa essere connesso (non con la verità di una qualche proposizione, non con qualche credenza o intenzione bensì) con un atto linguistico assertivo. Al riguardo, è certamente vero che nella filosofia del diritto (passata e attuale) si è talvolta sostenuto che gli atti linguistici normativi siano riducibili ad

[24] SEARLE, VANDERVEKEN 1985, 206.
[25] SEARLE 1979, 17.
[26] ALEXY 2002a, 39.
[27] Cfr. SEARLE, VANDERVEKEN 1985, 57 s.
[28] SIECKMANN 2007, 197. Cfr. anche ALEXY 2002a, 78.
[29] ALEXY 1998, 206.
[30] ALEXY 1998, 206.

asserzioni[31]: riducibili, non connessi. Per approfondire questo problema sarà indispensabile chiarire che tipo di contraddizione si produce tra un atto linguistico normativo e la contemporanea asserzione della sua scorrettezza.

In secondo luogo, non è chiaro perché, ammesso che gli atti linguistici normativi siano connessi ad asserzioni sulla loro correttezza e che questo implichi una garanzia di giustificabilità, ciò dovrebbe produrre l'aspettativa che gli stessi destinatari accettino gli atti in questione come corretti: se asserisco che la mia norma è corretta, perché aspettarmi che anche il destinatario la consideri tale? Questo problema rinvia palesemente al concetto di correttezza.

Il problema più complicato e più importante di tutto l'argomento in esame consiste probabilmente nello stabilire come Alexy intenda "correttezza": tale termine ha, infatti, diversi significati a seconda di come si costruisca il suo parametro di riferimento. In alcuni passi, Alexy precisa che il termine "correttezza" deve essere inteso come sinonimo di "giustizia", concetto che, a sua volta, definisce in termini di distribuzione e compensazione[32]. Alexy precisa che alla correttezza come giustizia (*first-order correctness*) deve sommarsi il valore della certezza del diritto (*second-order correctness*)[33]: «the claim to correctness necessarily connects both the principle of justice and the principle of legal certainty with the law»[34]. In questo senso, insomma, "correttezza" sta per giustizia (giustizia sostanziale) e abbraccia, per Alexy come per Radbruch, anche il principio della certezza del diritto, almeno fintanto che questa non produca un'ingiustizia estrema.

In Alexy è però presente anche un secondo, diverso, senso di correttezza: correttezza come giustificabilità razionale sulla base di un insieme di regole e principi morali universali e procedurali[35], ossia correttezza come giustizia procedurale[36]. Alexy ha sviluppato questo sistema di regole e principi nella sua *Theorie der juristischen Argumentation*[37]. Si tratta, in particolare, dell'insieme dei principi (e delle regole, che costituiscono una specificazione dei principi) di non contraddizione, efficienza, falsificabilità, congruenza, universalizzabilità, e sincerità[38]. Secondo questa interpretazione, una soluzione normativa è corretta se, e solo se, segue dai principi del discorso pratico universale e da una teoria dei diritti umani universali – entrambe le condizioni sono necessarie[39]. In sintesi, in questo senso "correttezza" è sinonimo di "accettabilità ideale giustificata" (*ideal gerechtfertige Akzeptabilität*)[40].

Per la verità, i due sensi sopra elencati di "correttezza" sono strettamente connessi tra loro, in quanto, per Alexy, la giustizia procedurale è garanzia di un minimo di giustizia sostanziale. La correttezza come minimo di giustizia sostanziale e, soprattutto, giustizia procedurale spiega perché, secondo Alexy, gli atti linguistici normativi siano connessi all'aspettativa che i destinatari accettino gli atti in questione come corretti. Tuttavia, contrariamente a quanto suggerisce Alexy, una simile connessione sembra verificarsi solo se si dà la seguente condizione:

[31] Sul punto cfr., di recente, SARDO 2017.

[32] Cfr. ALEXY 2010, 169.

[33] ALEXY 2010, 174: «First-order correctness refers only to the ideal dimension. It concerns justice as such. Second-order correctness is more comprehensive. It refers both to the ideal and to the real dimension. This means that it concerns justice as well as legal certainty (*Rechtssicherheit*) [...] In this way, the claim to correctness *qua* second-order claim, necessarily connects both the principle of justice and the principle of legal certainty with law».

[34] ALEXY 2013, 227.

[35] Cfr. ALEXY 2013, 236.

[36] In letteratura questa interpretazione è accolta, ad esempio, da ROTOLO, ROVERSI 2009 (cfr. soprattutto 478: «a claim to correctness does not strictly require a claim to justice»).

[37] ALEXY 1979.

[38] Sul punto cfr. MANIACI 2002, il quale argomenta che in Alexy, per ragioni di coerenza, l'universalizzabilità vada intesa in senso debole, ossia come sempre rivedibile: ciò in quanto l'individuazione di tutte le proprietà rilevanti (del caso da universalizzare) dipende da alcune assunzioni teoriche ed empiriche che sono o possono essere fallibili.

[39] ALEXY 1996, 221 ss.; ALEXY 2013, 236.

[40] Per ulteriori sensi di "correttezza" rinvenibili nella teoria di Alexy cfr. POGGI, SARDO 2016.

se la norma è davvero giusta, o, in altre parole, se davvero rispetta i principi del discorso pratico universale – insomma, non è sufficiente che l'atto normativo sollevi una pretesa di correttezza, ma è necessario che, almeno *prima facie*, la soddisfi – e se i destinatari stessi seguono i principi del discorso pratico universale e condividono i principi della giustizia sostanziale.

Quest'interpretazione è ulteriormente rafforzata da considerazioni contestuali intorno alla funzione della pretesa di correttezza nella polemica fra giuspositivismo e non-positivismo. Come rileva John Gardner, l'idea che il diritto sollevi necessariamente qualche tipo di pretesa è abbastanza diffusa in letteratura, ed è trasversale, essendo difesa, fra gli altri, da Drucilla Cornell, John Finnis, Joseph Raz, Jaques Derrida[41]. Tuttavia, se i giuspositivisti sostengono che il diritto solleva necessariamente una pretesa di *autorità legittima*, come fa Joseph Raz[42], il non-positivista Alexy, invece, afferma che il diritto solleva necessariamente una pretesa di correttezza morale e, in ultima analisi, di giustizia. Nel dibattito sul concetto di diritto, con speciale riguardo alle relazioni tra diritto e morale, l'argomento della pretesa di correttezza è chiaramente uno strumento atto a contrastare la tesi della separabilità, postulando la necessaria connessione fra norme giuridiche in senso proprio e *claim* della loro giustizia, per abbattere il muro che mantiene l'atto di posizione normativa separato dal discorso morale[43]. Tuttavia, la pretesa di correttezza, da sola, non basta a connettere il diritto alla morale critica, o ideale: una cosa è sollevare una pretesa, cosa ben diversa è soddisfarla; le pretese potrebbero essere anche insincere; inoltre, accanto alla morale critica, ci sono anche la morale convenzionale e le credenze morali puramente soggettive. Proprio per questo, nella refutazione del positivismo di Alexy, l'argomento della pretesa di correttezza opera in congiunzione con altri argomenti, *in primis* quello della doppia natura, morale e giuridica, dei principi.

3.2. *La pretesa di correttezza e il paradosso di Moore*

Come si è precedentemente evidenziato (§ 3.1), non è agevole comprendere in che modo un atto linguistico normativo sia connesso ad un'asserzione sulla sua correttezza: per indagare ulteriormente questo tema ed approfondire l'argomento di Alexy è utile esaminare nel dettaglio il tipo di anomalia che si produce quando si compie un atto linguistico normativo negandone al tempo stesso la correttezza. Infatti, come abbiamo detto, per Alexy, fra atti linguistici prescrittivi e pretesa di correttezza sembra sussistere una relazione concettuale necessaria qualificatoria, tale per cui la pretesa di correttezza è una condizione costitutiva di tutti gli atti normativi e vi è una contraddizione performativa tra compiere un atto linguistico normativo e sostenerne (contemporaneamente) la scorrettezza morale[44]. Alexy stesso, come anticipato, sostiene che una simile contraddizione sia simile a quella esemplificata da (c), che Alexy riprende da Austin[45], e che rappresenta un caso del noto paradosso di Moore, più comunemente istanziato da

(d) Piove ma non ci credo

Per sondare la fondatezza della pretesa di correttezza rispetto agli atti linguistici normativi può allora essere utile partire proprio da un confronto con il paradosso di Moore e più in generale con gli atti linguistici assertivi.

[41] GARDNER 2012, 29.
[42] Cfr. ad esempio RAZ 1975, 147 s.; RAZ 1985, 295.
[43] GARDNER 2012, 29 ss. Sul punto, cfr. anche PAVLAKOS 2012, 15 ss.
[44] Sul punto cfr., ad esempio, SCHIAVELLO 2010, 60 ss.
[45] Cfr. AUSTIN 1962; AUSTIN 1961.

In filosofia del linguaggio è assunzione condivisa che l'asserzione abbia una relazione interna con i concetti di *verità* e *credenza*: in particolare, è comune ritenere che, affinché una certa asserzione possa essere considerata come atto linguistico "ben formato", essa debba essere vera, giustificata e sincera[46]. Ebbene, parrebbe che, in modo analogo, per Alexy, una prescrizione possa essere considerata come atto linguistico "ben formato", quando sollevi una pretesa di correttezza, una garanzia di giustificabilità e sia, di fatto, corretta e giustificabile. In particolare, come l'asserzione sta alla credenza, così sembra che, per Alexy, la prescrizione stia alla pretesa di correttezza[47]. Al riguardo, proprio il paradosso di Moore mette in luce la peculiare relazione che sussiste tra asserire *p* e credere che *p* (sia vero). Le asserzioni della forma

(MP) *p*, ma non credo che *p*
(MP_1) *p*, ma credo che non *p*

integrano, rispettivamente, la c.d. variante omissiva e la c.d. variante commissiva del paradosso di Moore[48], in quanto non sembrano razionalmente asseribili, pur non essendo contraddittorie. Più precisamente, è possibile distinguere l'assurdità dal paradosso: è assurdo asserire (MP) e (MP_1); è paradossale che una simile assurdità non possa essere spiegata in termini di contraddizione semantica[49].

Al riguardo, l'assenza di contraddittorietà è provata dal fatto che è ben possibile che, in un dato istante, sia vero che *p* e, contemporaneamente, sia vero che non credo che *p* (oppure che credo che non *p*): così è possibile che, in un dato istante, un mio lontano parente sia vivo ed io non creda che egli sia vivo o che piova, ma io creda che non piove. Le condizioni di verità delle enunciazioni (MP) e (MP_1) sono pertanto chiare e scevre di problemi, ma, nonostante questo, non è possibile asserirle senza generare un senso di anomalia. L'assenza di contraddizione logica è resa anche evidente dal fatto che non si produce alcun senso di assurdità rispetto a forme analoghe a (MP) o (MP_1) che non impieghino, però, il tempo presente e la prima persona singolare: così non vi è nulla di paradossale nell'asserire "Piove, ma tu non ci credi" oppure "Pioveva, ma credevo che non piovesse" o, ancora, "Pioverà e Caio non ci crederà"[50].

[46] Cfr. almeno AUSTIN 1975, 132 ss. e WILLIAMSON 2002, cap. XI.

[47] ALEXY 2010, 170.

[48] Cfr. MOORE 1942. L'impiego della locuzione "paradosso di Moore" risale a WITTGENSTEIN 1953, parte II, § X. Per un'indagine sui precedenti storici di questo paradosso cfr. SORENSEN 2007. Rispetto alle due varianti, si discute sia sull'effettiva paradossalità della versione commissiva, sia sulla possibilità di una spiegazione unitaria: sul punto cfr., almeno, WILLIAMS 1979; SORENSEN 1988; MOORE 1993, 204; KOBES 1995.

[49] Così MOORE 1993, 209. Normalmente si ritiene che (MP) e (MP_1) siano assurde nel senso che "suonano" tali, che generano un'impressione di stranezza, anomalia. Una nozione più teorica di "assurdità" è, invece, proposta da GREEN 2007, secondo il quale l'assurdità consiste nella grave violazione di un sistema di norme (come il sistema della razionalità teorica o quello della razionalità pratica) che può essere inferita senza necessità di alcuna indagine empirica.

[50] Cfr. MOORE 1993. Inoltre l'anomalia delle asserzioni della forma (MP) o (MP_1) svanisce qualora esse siano incapsulate in enunciati più ampi (quali, ad esempio, "Supponiamo che piova ma io non ci creda"): come notato da molti, un simile fenomeno non fa che confermare l'assenza di contraddittorietà semantica di tali enunciazioni (cfr., ad esempio, ALBRITTON 1995; ROSENTHAL 1995). Certo, in alcuni contesti particolari, può non essere affatto anomalo emettere asserzioni della forma (MP) o (MP_1), ma si tratta sempre di casi in cui tali asserzioni costituiscono un modo improprio o ellittico di esprimersi. Così, ad esempio, se ho appena terminato una conversazione telefonica con la mia vecchia nonna che si trova in pieno deserto del Sahara e qualcuno mi chiede "Cosa ha ti detto?", posso ben rispondere "Piove, ma non ci credo" (o "Piove, ma credo che non piova") senza generare alcun senso di anomalia: ciò in quanto, in quel contesto, "Piove, ma non ci credo" costituisce un modo ellittico per esprimere quello che sarebbe più correttamente espresso dicendo "Mia nonna dice che piove, ma io non ci credo". Per alcuni esempi di contesti inusuali in cui non si produce alcun senso di assurdità cfr. WITTGENSTEIN 1980, §§ 485-487 e, di recente, GREEN 2007. Altri casi in cui non sembra anomalo emettere enunciazioni del tipo (MP) o (MP_1) sono quelli in cui si è coscienti di avere percezioni alterate (cfr. GRICE 1989, 44; KOBES 1995, 303).

Ebbene, come l'atto linguistico di asserire una proposizione è legato alla credenza in ciò che si asserisce, così parrebbe che, per Alexy, l'atto linguistico di emettere una norma sia legato alla (asserzione della) pretesa nella sua correttezza. Come (c), (d), (MP) e (MP_1) sono sì asserzioni (i.e. atti linguistici assertivi), ma asserzioni anomale, assurde, così, secondo Alexy, una prescrizione della forma

(e) Fai *p* e ciò non è corretto

oppure

(f) Devi fare *p* e ciò è ingiusto

è sì una prescrizione, ma una prescrizione strana, assurda.

In filosofia del linguaggio sono state fornite, però, numerose differenti analisi della connessione esistente tra asserzioni e credenze, che corrispondono ad altrettanti tentativi di chiarire ciò che vi è di assurdo nel paradosso di Moore. In particolare, si possono distinguere due tipi fondamentali di spiegazioni del paradosso di Moore: quelle che lo riducono a una contraddizione logica e quelle che lo riconducono a un fenomeno puramente pragmatico. Per il primo gruppo di spiegazioni, il paradosso è, in realtà, riconducibile alla semantica di quanto asserito, ossia a ciò che "*p*" e "Credo che *p*" significano o semanticamente implicano o presuppongono; per il secondo gruppo di spiegazioni, invece, il paradosso non ha nulla a che fare con la semantica dei termini coinvolti, ma, invece, si genera in forza di fattori puramente pragmatici e, in particolare, di ciò che si fa quando si asserisce.

Quali esempi di spiegazioni semantiche del paradosso di Moore, si possono ricordare quelle avanzate da Lakoff e, in un primo da tempo, da Wittgenstein.

Secondo Lakoff, asserire sinceramente "*p*" implica logicamente credere che *p*: l'implicazione logica dall'asserzione sincera "*p*" a "Credo che *p*" costituisce, infatti, un postulato di significato che definisce che cosa significhi asserire sinceramente[51]: il senso di assurdità generato dal proferimento di (MP) e (MP_1) deriverebbe, pertanto, dal fatto che tali enunciazioni non possono mai costituire asserzioni sincere[52].

Una spiegazione di stampo semantico è stata inizialmente fornita anche da Wittgenstein, il quale aveva sostenuto che asserire "*p*" equivalesse ad asserire "Credo che *p*": queste due enunciazioni avrebbero gli stessi usi e, quindi, lo stesso significato[53]. L'assurdità del paradosso di Moore consisterebbe, pertanto, nella presenza di una contraddizione: asserire (MP) o (MP_1) equivarrebbe, rispettivamente, ad asserire "Credo che piova, ma non credo che piova" e "Credo che piova, ma credo che non piova" (ovvero, in entrambi i casi, ad asserire "Piove, ma non piove")[54].

[51] Cfr. LAKOFF 1975, 264. Una diagnosi simile pare suggerita anche da Moore (MOORE 1942, 542 s.): non è però chiaro se Moore impieghi il verbo "to imply" per riferirsi ad un'implicazione logica in senso stretto.

[52] Questa spiegazione non è del tutto soddisfacente proprio nella misura in cui risolve l'assurdità in una mancanza di sincerità del parlante: (MP) e (MP_1) generano una sensazione di anomalia che non sembra interamente spiegabile col fatto che il parlante abbia mentito, rendendo palese che stava mentendo. Una simile sensazione, infatti, non sembra prodursi rispetto a enunciazioni quali "*p*, ma ti sto mentendo". Inoltre, se il postulato di Lakoff fosse valido, allora, dovrebbe valere anche per quelle forme equivalenti a (MP) o (MP_1) che non impieghino il tempo presente e la prima persona singolare, mentre così non è. Gazdar, dal canto suo, ritiene che la tesi di Lakoff non sia in grado di rendere conto dell'anomalia di "*p*, ma non so se *p*" posto che è sicuramente falso che valga il postulato di significato secondo cui asserire sinceramente che *p* implica sapere che *p* (GAZDAR 1979, 32).

[53] Cfr. WITTGENSTEIN 1953, II, § X; questo approccio è variamente sviluppato, tra gli altri, da LINVILLE, RING 1991; HEAL 1994; JACOBSEN 1996. Anche GARCÍA AMADO 2014, 10 ritiene che il paradosso di Moore, a differenza degli esempi proposti da Alexy, integri "una pura contraddición lógica", pur senza giustificare tale controversa tesi.

[54] Questa tesi è stata successivamente rigettata dallo stesso Wittgenstein (cfr. WITTGENSTEIN 1980, § 420), il quale ha ammesso che essa comporterebbe che due parlanti si contraddicano qualora l'uno asserisca "Credo che

Tra l'insieme delle spiegazioni di stampo pragmatico, la più diffusa è indubbiamente quella secondo cui l'origine del paradosso sarebbe da ravvisarsi nel fatto che ogni asserzione (ogni atto linguistico di asserire) esprime (ma non è semanticamente equivalente a) la credenza nella verità di ciò che è asserito. Così, ad esempio, secondo Rosenthal: «I cannot assertively produce the sentence "It's raining but I don't think it is" because asserting the first conjunct would express an intentional state that the second conjunct denies I am in»[55]. Per Rosenthal, infatti, ogni atto linguistico esprime uno stato intenzionale: quello stato intenzionale che, generalmente, costituisce uno dei motivi dell'atto linguistico in questione[56]. Posizioni simili, anche se non del tutto identiche, si rinvengono, tra gli altri, in Wolgast[57], Shoemaker[58], Kobes[59], Atlas[60], Adler e Armour-Garb[61]: pur nella diversità degli argomenti sviluppati, tutti questi autori incentrano la soluzione al paradosso di Moore sul fatto che le asserzioni esprimano credenze. Anche Searle, come noto, avanza una tesi analoga, sostenendo che

> «Quando nella condizione di sincerità è specificato uno stato psicologico, l'esecuzione dell'atto conta come un'espressione di quello stato psicologico [...] Così, asserire, affermare, dichiarare (che *p*) conta come un'espressione di credenza (che *p*)»[62].

Posto che, per Searle, la condizione di sincerità, al pari delle altre condizioni, è necessaria per l'esecuzione riuscita e non difettosa di un atto linguistico, l'anomalia di (MP) e (MP_1) consisterebbe nel fatto che si tratta di asserzioni difettose che si palesano come tali (asserzioni *self-defeating*):

> «non si può dire coerentemente "Piove, ma non ci credo" [...] La ragione di ciò è che eseguendo l'atto linguistico necessariamente si esprime la condizione di sincerità e, pertanto, unire l'esecuzione dell'atto linguistico con la negazione della condizione di sincerità equivale ad esprimere e negare la presenza dello stesso identico stato psicologico»[63].

piova" e l'altro asserisca "Non credo che piova": a rigore di logica, però, una simile contraddizione non sussiste, posto che entrambe le asserzioni possono essere contemporaneamente vere. Wittgenstein (WITTGENSTEIN 1980, § 472) sembra suggerire una differente relazione tra asserire e credere, sostenendo che con l'asserzione "It's going to rain" si esprima la credenza che stia per piovere, così come si esprime il desiderio di avere del vino, dicendo "Wine over here!": ossia, qui Wittgenstein sembrerebbe aderire ad un tipo di spiegazione di stampo pragmatico.

55 ROSENTHAL 1995, 322.

56 ROSENTHAL 1995, 324.

57 WOLGAST 1977, 118 ss.

58 SHOEMAKER 1988 e SHOEMAKER 1995.

59 KOBES 1995.

60 ATLAS 2005, 53 e *passim*.

61 ADLER, ARMOUR-GARB 2007.

62 SEARLE 1969, trad. it., 98. Sul punto cfr. anche SEARLE 1981; SEARLE 1983, 164 ss. Ciò non toglie che «It is always possible to express a psychological state that one does not have [...]. [...]. An insincere speech act is defective but not necessarily unsuccessful. A lie, for example, can be a successful assertion. Nevertheless, successful performances of illocutionary acts necessarily involve the expression of the psychological state specified by the sincerity conditions of the type of act» (SEARLE, VANDERVEKEN 1985, 18).

63 SEARLE, VANDERVEKEN 1985, 19 (traduzione nostra). Cfr. anche VANDERVEKEN 1980. In generale, la tesi secondo cui ogni asserzione esprime una credenza pone un problema delicato nell'ipotesi in cui il parlante stia mentendo (o, comunque, asserisca qualcosa che non crede vero). In particolare, se si ammette che anche chi proferisce qualcosa che crede falso (o che non crede vero) compia un'asserzione, non si potrà più sostenere che le asserzioni esprimano sempre una credenza, ma, solamente, che la esprimono per lo più, nella maggior parte dei casi, e, soprattutto, la spiegazione dell'assurdità di (MP) e (MP_1) non sarà applicabile nell'ipotesi di menzogna: *pace* Searle, chi proferisce "*p*" mentendo, non esprime davvero una credenza, sicché, in tal caso, non è configurabile alcun conflitto di credenze.

Una posizione non troppo dissimile da quella di Searle è sostenuta anche da Habermas, il quale denomina "contraddizione performativa" (*performativer Widerspruch*) la discrepanza che sussiste tra l'atto e il suo contenuto, tra la "*performance*" (i.e. l'atto di enunciare, asserire) e la proposizione espressa. In particolare, per Habermas, ricorre una contraddizione performativa quando ciò che si presuppone, ciò che l'atto presuppone, è antitetico a ciò che viene detto[64]. A suo giudizio le contraddizioni performative non sono false, bensì senza senso: inutili per la razionalità umana, perché la razionalità umana necessariamente presuppone non contraddizione. Pertanto, secondo l'approccio di Habermas, (MP) e (MP_1) integrano istanze di contraddizioni performative in cui ciò che è presupposto dall'atto di asserire (i.e. la credenza nella verità) è smentito dal contenuto.

Anche Dummett aderisce a una spiegazione del paradosso di Moore incentrata sulla relazione tra asserire ed esprimere credenze, ma configura questa relazione in modo peculiare, incentrandola sulla nozione di convenzione. Secondo Dummett, infatti, asserire «è un'attività convenzionale: il fatto che un enunciato esprima un atto di asserzione è una questione di convenzione linguistica»[65]. In particolare, secondo Dummett, certi tipi di enunciati (individuati in base alla loro forma linguistica) integrano un'asserzione in quanto sono retti dalla convenzione per cui sono emessi con l'intenzione di emettere enunciati veri: chi proferisce tali enunciati, pertanto, si presenta (indipendentemente dalle sue effettive intenzioni) come se avesse l'intenzione di dire qualcosa di vero (o, almeno, che crede vero), tanto che, se fosse evidente che una simile intenzione non sussiste, allora, in base alla convenzione di cui sopra, l'enunciato non integrerebbe, non sarebbe interpretabile come, un'asserzione[66]. Si noti che la tesi di Dummett è non che le convenzioni linguistiche siano sempre sufficienti a determinare la forza di un'enunciazione (i.e. a determinare quale sia l'atto linguistico compiuto), bensì che sapere che cosa sia asserire (ma anche comandare, domandare, ecc.) significhi padroneggiare un certo uso degli enunciati, un uso che è costituito da convenzioni, linguistiche e non, che fanno parte di una prassi comune che deve essere acquisita[67]. Nel caso delle asserzioni, una di queste convenzioni è, per l'appunto, quella di emettere solo asserzioni vere[68].

In una prospettiva dummettiana parrebbe allora che l'assurdità di (MP) e (MP_1) derivi dal fatto che, emettendo tali enunciati, il parlante viola apertamente la convenzione che regge l'asserzione, sicché le sue enunciazioni, pur presentandone la forma, non possono valere come asserzioni (né come altri usi, altri giochi, linguistici)[69].

[64] Cfr. HABERMAS 1985. Anche in Habermas, come in Searle, la contraddizione performativa sembra, però, legata ai profili intenzionali che definiscono un atto linguistico come tale: sul punto cfr. MATUSIK 1989, 146. Per una critica al concetto di contraddizione performativa in Habermas cfr. ABIGNENTE 2012.

[65] DUMMETT 1973, trad. it., 278.

[66] La maggior parte degli autori che si occupano del paradosso di Moore ritiene che le credenze rivestano un ruolo prioritario rispetto agli usi linguistici: ossia, si sostiene che la spiegazione del perché sia assurdo credere (MP) e (MP_1) faccia luce anche sul perché sia assurdo proferirli, mentre non sarebbe vero il contrario. La tesi di Dummett, secondo cui il giudizio rappresenta l'interiorizzazione di un'asserzione, spinge invece in tutt'altra direzione.

[67] Cfr. DUMMETT 1993, 216.

[68] Per Dummett, però, «l'idea che l'uso degli enunciati assertori possa essere spiegato semplicemente dicendo che tentiamo di obbedire alla regola di emettere solo enunciati veri è del tutto inadeguata [...]». Certo «le asserzioni si distinguono dagli altri tipi di emissioni per il fatto che sono tutte governate dalla convenzione per cui dovremmo tentare di emettere solo quelle il cui contenuto descrittivo è valido. Questa non è un'analisi completa della convenzione sotto cui vengono usate» (DUMMETT 1973, trad. it., 302).

[69] La posizione di Dummett è stata accesamente contestata da Davidson, secondo il quale «nel fare un'asserzione, chi asserisce deve intendere di fare un'asserzione e deve intendere che questa intenzione venga riconosciuta dagli ascoltatori» (DAVIDSON 1981, trad. it., 366): pertanto vi devono essere degli indizi adeguati per identificare un'enunciazione come asserzione. Tuttavia nel linguaggio non vi è, né può esservi, alcuna parola o segno o simbolo la cui funzione sia unicamente quella di indicare che si sta effettuando un'asserzione, poiché, se vi fosse, ogni attore o bugiardo, potrebbe sfruttarla, annullando così la sua funzione. «Ciò che viene compreso è il fatto che il parlante, avendo asserito qualcosa, ha rappresentato sé stesso come uno che vi credeva – quindi come uno che proferiva un enunciato che credeva vero. Ma questa non è una convenzione: è solo parte dell'analisi di ciò in cui consiste

Infine, occorre accennare a un'ultima analisi del paradosso di Moore, sotto molti aspetti eccentrica rispetto a quelle precedentemente esposte: quella fornita da Apel, un filosofo che ha avuto una grande influenza nella formazione del pensiero di Alexy e Habermas. Apel è stato, infatti, il primo autore a introdurre nella letteratura tedesca le nozioni di *aktuelle Selbstwiderspruch* (autocontraddizione attuale)[70] e di *pragmatische Selbstwiderspruch* (autocontraddizione performativa)[71]. Nella teoria di Apel queste nozioni costituiscono la fondazione ultima di un insieme di principi, che non possono essere logicamente inferiti, in quanto sono necessariamente presupposti da ogni dimostrazione logica. In breve, secondo Apel, se non è possibile negare qualcosa senza cadere in un'auto-contraddizione e se, contemporaneamente, ciò non può essere dimostrato deduttivamente, senza commettere una *petitio principii* di tipo logico-formale, allora si è davanti ad un presupposto logico-trascendentale dell'argomentazione[72]. L'auto-contraddizione, ossia, per Apel, la contraddizione performativa, è pertanto (insieme all'impossibilità di deduzione logica) una prova del carattere fondamentale e fondazionale di certi principi: di quei principi che, nei termini di Wittgenstein (citato dallo stesso Apel), sono condizioni costitutive dei nostri giochi linguistici, sicché ci è impossibile negarli all'interno di questi giochi, senza produrre un senso di assurdità. Si noti che in Apel la spiegazione del paradosso di Moore non è né semantica né pragmatica: a rigore, non vi è una spiegazione affatto, in quanto la contraddizione performativa in cui tale paradosso consiste è reputata auto-evidente e costituisce essa stessa un'indefinibile presupposizione logico-trascendentale. Insomma, come osserva correttamente Roversi, «the paradoxical nature of the performative contradiction is the only genuine presupposition of Apel's argument»[73].

3.3. *Il paradosso di Alexy*

Dal breve *excursus* precedente appare già evidente come quello che chiameremo "paradosso di Alexy", ossia il paradosso istanziato da (e) e (f), sia, sotto molti profili, eterogeneo rispetto al paradosso di Moore e come la spiegazione che Alexy ne fornisce sia molto meno chiara e teoricamente consistente di quelle diffuse in filosofia del linguaggio.

Quanto al primo aspetto, mentre il paradosso di Moore coinvolge un unico tipo di uso, di atto, linguistico, ossia l'asserzione, il paradosso di Alexy, come già evidenziato, ne coinvolge due, prescrizione e asserzione, e ciò rende le cose molto più complicate. Spiegare il paradosso di Moore significa spiegare perché l'asserzione di "*p*" e l'immediatamente successiva asserzione di "Credo che non *p*", da parte dello stesso soggetto, siano anomale e, come abbiamo visto, un modo per farlo è indagare la relazione tra asserzioni e credenze. Spiegare il paradosso di Alexy, invece, significa spiegare perché la prescrizione di "*p*" e l'immediatamente successiva asserzione di "Credo che *p* non sia corretto/giusto", da parte dello stesso soggetto, siano anomale: questa spiegazione non può essere spiegata semplicemente indagando le relazioni, che sicuramente sussistono, tra prescrivere (qualcosa) e credere (qualcos'altro), ma necessita anche che si approfondiscano i legami tra due atti linguistici diversi (prescrivere e asserire).

Quanto al secondo aspetto, è, innanzitutto, oscuro se Alexy aderisca a una spiegazione di tipo pragmatico o semantico. Quest'ultima spiegazione parrebbe da preferire in quanto, a giudizio di Alexy

un'asserzione. Asserire, fra l'altro, vuol dire rappresentare sé stessi come persone che credono quanto asseriscono. È chiaro che non può esservi alcun segno convenzionale che mostri che una persona crede a quanto sta dicendo; altrimenti ogni bugiardo lo userebbe [...] Non c'è una convenzione per la sincerità» (DAVIDSON 1981, trad. it., 367 s.). La posizione di Davidson non sarà compiutamente esaminata in questa sede.

[70] Cfr. APEL 1998, 31 ss.

[71] Cfr. APEL 1998, 195 ss.

[72] Sul punto cfr. ROVERSI 2010.

[73] ROVERSI 2010, 20.

> «the core of a performative contradiction is *contradiction in the classical sense*. The performative character results from the fact that only one part of the contradiction stems from what is explicitly stated by performing the legal act, whereas the other part is implicit in the claim necessarily connected with the performance of this act» (corsivo nostro)[74].

È, però, oscuro come possa esistere una contraddizione logica tra due atti linguistici diversi. Inoltre, anche se trascuriamo questo aspetto e adottiamo un'interpretazione caritativa del paradosso di Alexy, che lo avvicini maggiormente al paradosso di Moore, ossia un'interpretazione in forza della quale gli atti normativi sono connessi ad una credenza (e non, direttamente, ad un'asserzione) nella correttezza del loro contenuto, i problemi persistono. Non è chiaro, infatti, quale sia, per Alexy, la natura di tale connessione. Al riguardo, ad Alexy sembrano precluse sia quelle spiegazioni che s'incentrano sugli stati intenzionali effettivi del parlante (ossia sul fatto che i parlanti credono normalmente nella verità di ciò che asseriscono) sia quelle spiegazioni, *à la* Dumment, incentrate sull'esistenza di una convenzione: entrambe le impostazioni, infatti, renderebbero la connessione tra prescrizioni e correttezza meramente contingente. Certamente la posizione di Alexy assomiglia molto a quelle di Searle e di Habermas: Alexy, come Searle, ritiene che il paradosso segua dalla violazione di una regola costitutiva e, come Searle e Habermas, ritiene che esso dia luogo ad atti linguistici (normativi) difettosi o insensati. Tuttavia, Alexy non specifica quale sia la regola costitutiva violata e, in particolare, se si tratti (e in che senso) di una sorta di condizione di sincerità delle prescrizioni, né come la sua violazione sia riconducibile ad una contraddizione logica.

Probabilmente, l'autore con cui Alexy presenta maggiori affinità è Apel: in entrambi, l'argomento della contraddizione performativa sembra svolgere lo stesso ruolo, ossia quello di fornire una fondazione ultima a principi che non possono essere altrimenti giustificati. In sintesi, si potrebbe ritenere che, in Alexy come in Apel, la contraddizione performativa sia un'evidenza, un dato immediato e non altrimenti spiegabile, che mostra, ma non dimostra, perché una dimostrazione non è possibile, il carattere logico-trascendente della connessione tra prescrizioni e correttezza morale. Una simile lettura presenta numerosi vantaggi. In primo luogo, spiegherebbe perché in Alexy, come in Apel, un'articolata spiegazione teorica delle cause di tale contraddizione sia assente: come abbiamo visto, infatti, per Apel simile spiegazione non è possibile, perché riguarda una condizione costitutiva dei nostri giochi linguistici. In secondo luogo, priverebbe di efficacia quelle critiche secondo cui l'argomento di Alexy sarebbe viziato da circolarità, ossia sarebbe accettabile solo per quanti già concordino nell'adottare una prospettiva giusnaturalista[75]: Apel sostiene espressamente che i presupposti logico trascendentali della nostra esperienza non possano essere spiegati senza cadere in una *petitio principii*, essi possono essere solo mostrati mediante l'esistenza di una contraddizione performativa evidente, ma non ulteriormente spiegabile.

Questa lettura si scontra però con un problema: secondo Apel le contraddizioni performative sono e non possono essere considerate come contraddizioni logiche, perché non presuppongono il principio di auto-contraddizione[76]. Alexy dovrebbe quindi rinunciare a considerare la contraddi-

[74] ALEXY 2000a, 141.

[75] Cfr., ad esempio, GARCÍA AMADO 2014, 16, il quale osserva che «Alexy comienza por un concepto de derecho en el que se integran requisitos morales de validez y aplicabilidad de las normas jurídicas, luego insiste en que la esencia del derecho (y de los operadores jurídicos) consiste en pretender eso que él al derecho le metió, seguidamente proclama que se contradice el que no pretenda lo que cualquiera en su lugar pretendería si se diera cuenta de que en el derecho está la moral antes introducida, y, para acabar, la pretensión de corrección (que en términos lógicos es pura consecuencia de que Alexy ha sentado apodícticamente la tesis de la conexión entre derecho y moral) la trae como prueba de aquella conexión entre derecho y moral».

[76] Cfr. APEL 1998, soprattutto 182.

zione performativa come «[a] contradiction in the classical sense»[77], per limitarsi ad assumerla come un dato immediato e auto-evidente. Nel prossimo paragrafo tenteremo, però, di mostrare come anche ciò non sia fondato: come il paradosso di Alexy non sia affatto intuitivamente, evidentemente, anomalo e paradossale.

4. *Sul rapporto tra emettere norme e pretendere che siano corrette*

Davvero la pretesa di correttezza morale (di ciò che si prescrive) sta agli atti linguistici normativi come la credenza (nella verità di ciò che si asserisce) sta agli atti linguistici assertivi? Vi sono ragioni per dubitarne. Si considerino di nuovo le enunciazioni:

(e) Fai *p* e ciò non è corretto
(f) Devi fare *p* e ciò è ingiusto

Al riguardo, non solo è ben possibile che tu debba fare *p* ed io pensi che ciò sia scorretto e, perfino, che io ti dica, ti ordini, di fare *p* e pensi che ciò sia ingiusto ma – fatto che significativamente distingue questi casi dalle istanze del paradosso di Moore – è altresì possibile che io pensi che tu debba fare *p* e pensi, contemporaneamente, che fare *p* sia moralmente scorretto. Anzi, a ben vedere, non v'è proprio nulla di anomalo non solo nel pensarlo, nel crederlo, ma nemmeno nel dirlo.

Immaginiamo che un fratello maggiore, Alessandro, stia giocando con la sua bambola preferita e che il fratello minore, Leonardo, voglia giocare lui (e solo lui) con la bambola in questione e, difronte al rifiuto del fratello di dargliela, inizi a piangere, strillare, sbattere i piedi e la testa contro il pavimento, finché la madre, esasperata, interviene ordinando ad Alessandro di cedere la bambola a Leonardo. Alessandro obietta che questo non è giusto; al che la madre risponde "Fallo lo stesso", o, "Sì, devi farlo e ciò è ingiusto" - enunciazioni assolutamente equivalenti a (e) ed (f). In questi dialoghi non vi è proprio nulla di strano.

Insomma, non pare che, in nessun senso discernibile, gli atti linguistici normativi implichino o presuppongano o siano sempre (necessariamente) connessi a una pretesa di correttezza morale. Non solo molti precetti e molte norme sono assolutamente indifferenti dal punto di vista morale – non sono moralmente valutabili[78] – ma, in generale, non è necessario che gli atti normativi sollevino una pretesa di correttezza. La pretesa, l'asserzione, l'assunzione, la credenza, nella correttezza morale di ciò che si prescrive, non è una condizione di felicità (o una condizione costitutiva) dell'atto in questione: ben si può compiere quest'atto, ben quest'atto può riuscire, senza che tale pretesa sia avanzata e, anzi, può riuscire anche qualora essa sia espressamente smentita.

Lo scopo – o l'*Illocutionary point*, se vogliamo usare il lessico di Searle, o la convenzione base, secondo Dummett – di un'asserzione sembra quello di far credere al destinatario qualcosa o, a seconda delle teorie, di fargli credere che il parlante creda qualcosa. L'espressa asserzione del fatto che il parlante non creda a ciò che ha appena asserito genera un paradosso, perché frustra lo scopo della prima asserzione, anzi, di entrambe le asserzioni. Di fronte all'enunciazione

(c) il gatto è sul tappeto ma io non ci credo

[77] ALEXY 2000a, 141.
[78] Anche Alexy sembra concedere questo punto allorché, discutendo la possibilità di applicare la formula di Radbruch (non solo alle singole norme giuridiche, ma anche) all'ordinamento giuridico come tutto, invita ad immaginare un diritto in cui «20 per cent [of the legal norms] are neither unjust nor required by justice» (ALEXY 2002a, 67).

il destinatario non sa più a che cosa credere, ossia non sa a che cosa creda il parlante: questa enunciazione è anomala perché è priva di *point* – e, infatti, la reazione immediata di qualsiasi destinatario sarebbe replicare "Ma se non ci credi perché l'hai detto?".

Per contro, secondo l'indirizzo assolutamente dominante, lo scopo della prescrizione sembra quello di far compiere una certa azione a un certo destinatario o, alternativamente, di fare riconoscere a un certo destinatario l'intenzione, la volontà, del parlante che egli compia una certa azione. Emettere una prescrizione, asserendo, immediatamente dopo, che ciò che è prescritto non è corretto, non frustra il raggiungimento di questo scopo, in quanto la credenza nella correttezza morale di ciò che è prescritto non è l'unica ragione (o l'unico motivo) per emettere una prescrizione né è l'unico motivo (o ragione) per obbedirla.

Piuttosto, perché l'atto normativo sia felice, ben eseguito, sembra fondamentale che l'emittente voglia (o, almeno, sembri volere) il comportamento prescritto: al riguardo, molti autori hanno, infatti, sostenuto che tra asserire e credere esista una relazione analoga o identica a quella che esiste tra prescrivere e volere[79].

Insomma, non la pretesa di correttezza, ma la volontà sembra l'analogo della credenza per l'asserzione e, di conseguenza, l'analogo normativo del paradosso di Moore sembra qualcosa del tipo

(g) Fai x! Ma non voglio che tu lo faccia
(h) Metti il gatto sul tappeto, ma non voglio che tu lo faccia.

In (g) e in (h) lo scopo del prescrivere è frustrato perché il destinatario non sa, non può sapere, che cosa vuole il parlante – tanto che, di fronte, a tali enunciazioni la replica spontanea sarebbe "Ma se non lo vuoi, perché l'hai ordinato?". Per contro, in (e) e in (f) la prescrizione è una prescrizione tipica: il suo scopo non è necessariamente frustrato e, anzi, potrebbe ancora essere efficacemente raggiunto. Certo, il destinatario saprebbe che il parlante non ha prescritto ciò che ha prescritto perché lo ritiene corretto: tuttavia, sono immaginabili numerose altre ragioni o motivi per prescrivere qualcosa a qualcuno (ad esempio, per averne un vantaggio personale o, come nel nostro esempio, per puro quieto vivere). Inoltre, le norme emesse in (e) ed (f) potrebbero essere obbedite, in quanto, come ben noto, la credenza nella correttezza di ciò che è ordinato non è l'unica ragione né l'unico motivo per obbedire ad una norma. Così se la madre di Alessandro dicesse "Sì, lo so è ingiusto, ma se lo fai ti faccio un bel regalo" oppure "Sì, lo so, è ingiusto, ma se non lo fai ti metto in punizione" è verosimile che il suo ordine, pur dichiaratamente scorretto, sarebbe obbedito.

5. *Il paradosso di Alexy, le norme giuridiche e i sistemi normativi*

Nel paragrafo precedente, abbiamo tentato di mostrare come il paradosso di Alexy non sia un paradosso affatto e, pertanto, non possa essere assunto quale evidenza dell'esistenza di una connessione qualificatoria necessaria tra norme e correttezza morale. Un seguace di Alexy potrebbe, però, obiettare che le prescrizioni giuridiche (che avvengono in contesti istituzionalizzati) non funzionano come quelle comuni (proprie di contesti non istituzionalizzati): ossia che gli atti normativi giuridici sono atti linguistici del tutto peculiari, con regole costitutive ulteriori, di natura morale, riassumibili nella loro pretesa di correttezza. Del resto, come abbiamo visto, tutti gli esempi proposti da Alexy si riferiscono, non a norme del linguaggio ordinario, bensì ad atti giuridici, quali adottare una costituzione o emanare una sentenza.

[79] Cfr., ad esempio, LEONARD 1959; GRICE 1969; SEARLE 1969; SEARLE 1975; BACH, HARNISH 1979; VON WRIGHT 1983; CELANO 1990; CELANO 1999; MUFFATO 2007; BENTHAM 2010, 22.

A nostro giudizio, però, questa obiezione genererebbe un'incoerenza nella teoria di Alexy e, in particolare, un conflitto con quella che, per lui, è una tesi fondamentale del linguaggio normativo: la cosiddetta "tesi del caso speciale". Infatti, secondo Alexy, il discorso giuridico è un caso speciale del discorso pratico generale, che si differenzia da quest'ultimo soltanto sotto due profili: la maggiore importanza attribuita agli argomenti autoritativi e l'attività della cosiddetta dogmatica giuridica (che crea categorie concettuali atte a sistematizzare le norme prodotte dal legislatore). Per il resto, essi sarebbero del tutto identici, e ciò permette di accomunare il diritto con la razionalità pratica e, quindi, con la morale ideale. Orbene, a noi pare che, se le prescrizioni giuridiche avessero regole costitutive diverse e ulteriori, non sarebbe più possibile sostenere che, in buona sostanza, costituiscono parti di discorsi che hanno una struttura uniforme. Di conseguenza, la connessione tra diritto, razionalità pratica e morale ideale inizierebbe a vacillare.

Eppure l'obiezione di cui sopra sembra trovare un fondamento testuale anche nell'opera di Alexy e si collega al problema, fin qui non analizzato, della relazione tra connessione qualificatoria tra singole norme e pretesa di correttezza e connessione classificatoria tra sistema giuridico complessivo e pretesa di correttezza. Come abbiamo visto, infatti, secondo Alexy, mentre se una singola norma non avanza (o non soddisfa) una pretesa di correttezza, allora essa è difettosa, per contro se l'intero sistema normativo non avanza una pretesa di correttezza, allora esso non è diritto, non è un sistema giuridico. Tuttavia, come evidenziato da molti autori[80], non è affatto chiaro a che cosa si riferisca Alexy quando, attraverso l'uso di metafore ed espressioni figurate, parla di una pretesa di correttezza avanzata dal sistema giuridico nel suo complesso, né è chiaro come sia possibile che il non avanzare una pretesa di correttezza determini semplici difetti a livello delle singole norme, mentre infici la giuridicità se riferita al sistema nel suo complesso. Che cosa altro sono i sistemi giuridici se non insiemi di norme (e principi)? Al riguardo, per rispondere ad alcune specifiche obiezioni di Bulygin[81] sul punto, Alexy ha introdotto in due saggi la distinzione tra formulazione soggettiva e formulazione oggettiva (o istituzionale) della pretesa di correttezza[82]. Alexy, innanzitutto, concede che, in senso stretto, solo gli individui, in quanto capaci di atti linguistici, possono avanzare una pretesa di correttezza. A suo giudizio, però, quando giudici o legislatori contraddicono la pretesa di correttezza – quando avanzano una pretesa di scorrettezza formulando enunciazioni come (a) e (b) – lo fanno in un senso meramente soggettivo. Secondo Alexy, infatti, al loro ruolo istituzionale «the claim to correctness is necessarily connected – connected so long as the legal system as a whole raises this claim»[83]. In quanto attuano come giudici e legislatori,

[80] Cfr., ad esempio, BULYGIN 1993; CABRA APALATEGUI 2005; GARCÍA AMADO 2014.

[81] L'obiezione di Bulygin (BULYGIN 2000) riguarda il fatto che vi sia una contraddizione tra la tesi secondo cui le norme sollevano necessariamente una pretesa di correttezza e l'idea secondo cui, se non sollevano una pretesa di correttezza, allora sono difettose: «how can be something that necessarily raises a claim be in a position not to raise that claim» (ALEXY 2000a, 145). Per la verità, non si tratta di un'obiezione convincente, come mostra il parallelo con il paradosso di Moore: infatti, si potrebbe ugualmente sostenere che, se asserire è necessariamente (ossia, per definizione) esprimere una credenza, allora non è possibile che vi siano asserzioni difettose che non esprimono una credenza. Tuttavia, è evidente che nel paradosso di Moore non vi è alcuna asserzione che non esprime una credenza: al contrario vi sono due asserzioni ("Piove", "Ma non ci credo") che esprimono due credenze ("Credo che piova" e "Credo che non credo che piova") tra loro in qualche modo contrastanti e proprio da questo contrasto nasce l'assurdità del paradosso. Qualcosa di simile accade col paradosso di Alexy, dove, secondo l'autore, c'è una norma ("Fai p!") che esprime un'asserzione ("*p* è corretto"), la quale, però, è subito negata dall'asserzione successiva ("ma *p* non è corretto"). Anche nel paradosso di Alexy non v'è nessuna norma che non esprima una pretesa di correttezza: semmai l'assurdità, per l'autore, sembrava nascere proprio dal contrasto tra la pretesa di correttezza implicita nella norma e la pretesa di scorrettezza espressamente asserita.

[82] ALEXY 2000a, 145; ALEXY 2000b, 6.

[83] ALEXY 2000a, 145.

> «the claim to correctness is raised objectively or officially. There is inevitably a contradiction between the subjective or personal and the objective or official side. That is another way of expressing the theory of performative contradictions [...] The institutional character of law provides the possibility of a divergence of the objective or official and the subjective or personal dimension. This makes a parasitic denial of the claim to correctness possible. Such a parasitic denial is a fault»[84]

Insomma, parrebbe che al ruolo istituzionale di giudici e legislatori sia connessa una pretesa oggettiva di correttezza, che altro non è che la pretesa avanzata dal sistema in quanto tale, la quale occasionalmente è soggettivamente negata dai singoli autori degli atti linguistici giuridici, producendo così una contraddizione (tra pretesa di correttezza oggettiva e pretesa di scorrettezza soggettiva), che altro non è se non un'ipotesi di contraddizione performativa. In questa impostazione, il paradosso di Alexy genererebbe non, come suggerito in tutte le altre opere, dalla violazione di una regola costitutiva dell'atto linguistico, dal contrasto tra la pretesa di correttezza implicita nella prescrizione e l'espressa (immediata) negazione di tale correttezza, né consisterebbe in un difetto legato all'atto linguistico: qui il paradosso di Alexy è privo di qualsiasi fondamento linguistico, non ha più nulla in comune col paradosso di Moore, ma deriva, semmai, da un contrasto tra il ruolo istituzionale di giudici e legislatori, che in qualche modo li vincola alla pretesa di correttezza oggettiva del sistema giuridico, e quanto da loro asserito in singole occasioni. Si tratta, insomma, di un'inversione a 360 gradi. Un'inversione, peraltro, non priva di controindicazioni.

L'argomento di Alexy sembra, adesso, incorrere in una *petitio principii*. Esso, infatti, può essere ricostruito nei seguenti termini: (i) enunciazioni come (a) e (b) suonano strane; (ii) questa stranezza è dovuta all'esistenza di una contraddizione performativa tra una pretesa di correttezza oggettiva sollevata dal sistema giuridico nel suo complesso, cui giudici e legislatori sono vincolati dal loro ruolo istituzionale, e una pretesa di scorrettezza soggettiva, esplicitamente enunciata; (iii) giudici e legislatori sono vincolati dal loro ruolo istituzionale alla pretesa di correttezza oggettiva del sistema nel suo complesso se e solo se il sistema è un sistema giuridico (i.e. tutti i sistemi giuridici e solo i sistemi giuridici avanzano una pretesa di correttezza oggettiva e se un sistema non avanza alcuna pretesa di corretta oggettiva, allora non è giuridico); (iv) il fatto che i sistemi giuridici, e solo i sistemi giuridici, avanzino una pretesa di correttezza è provato dall'esistenza di una contraddizione performativa in enunciazione come (a) e (b). Ossia (ii) prova (iii), ma (ii) regge solo se si accettano, contemporaneamente, (i) e (iii)[85].

L'unico modo per evitare tale circolarità sembra quello di rinunciare ad attribuire una qualche rilevanza all'argomento della contraddizione performativa (a livello di singole norme) rispetto alla connessione classificatoria tra sistema giuridico complessivo e pretesa di correttezza. Non si tratta, però, di una mossa vincente: l'argomento della pretesa di correttezza se applicato a singole norme (giuridiche) ha una immediatezza, una parvenza di auto-evidenza, che sicuramente non ha rispetto al sistema giuridico complessivo. Così, per riprendere l'esempio riportato al § 2, il fatto che la banda di *desperados*, pur avendo una struttura gerarchica interna, uno scopo ben definito (uccidere regolarmente le persone loro soggette per venderne gli organi) e pur emettendo norme (tra cui la proibizione dell'uso indiscriminato della forza) dotate di coerenza

[84] ALEXY 2000a, 145.

[85] O, secondo una diversa, equivalente ricostruzione: (i) la contraddizione performativa è una contraddizione tra una pretesa di correttezza oggettiva sollevata dal sistema giuridico nel suo complesso e una pretesa di scorrettezza soggettiva; (ii) un sistema normativo avanza una pretesa di correttezza oggettiva se, e solo se, è un sistema giuridico (i.e. se un sistema non avanza alcuna pretesa di corretta oggettiva, allora non è giuridico); (iii) quindi, da (i) e da (ii) segue che solo in un sistema giuridico può darsi una contraddizione performativa; (iv) il fatto che un sistema giuridico avanzi una pretesa di correttezza oggettiva è provato dall'esistenza di una contraddizione performativa – ossia (ii) è provata da (i), ma (i) deriva da (ii).

non sia un sistema giuridico non è un argomento a favore della connessione concettuale necessaria tra diritto e morale, ma una sua (apodittica) riaffermazione[86].

Occorre, poi, domandarci se, davvero, il paradosso di Alexy si produca a livello delle norme giuridiche, ossia se davvero enunciazioni come (a) e (b) siano strane e se, davvero, tale stranezza possa trovare una spiegazione accettabile nella teoria di Alexy. Partiamo da

(b) L'accusato è condannato all'ergastolo, e ciò è sbagliato

Ebbene, esistono validi controesempi di giudici che affermano esplicitamente di applicare norme giuridiche ingiuste, senza che ciò sia percepito come un'assurdità all'interno dell'ordinamento giuridico di riferimento. Infatti, come dimostra uno studio di Robert Covert, molte volte giudici americani si sono trovati ad applicare un diritto che loro stessi ritenevano e, soprattutto, presentavano come ingiusto[87]. L'esempio più famoso è rappresentato da tutti quei giudici "legalisti" che nell'Ottocento applicavano i cosiddetti *Fugitive Slave Acts* (promulgati nel 1793 e 1850) per punire sia gli schiavi che fuggivano dal loro padrone, sia tutti coloro che li aiutavano in questa impresa, pur affermando, a chiare lettere, in sede di motivazione, che erano "obbligati" (*Forced*) dalla legge a decidere in favore della schiavitù, che loro stessi, come uomini e giudici, consideravano un'istituzione profondamente ingiusta. Nemmeno chi ha criticato quest'orientamento giurisprudenziale – ritenendo che gli *Statutes* dovessero essere interpretati come anti-costituzionali – ha negato che le decisioni dei giudici in questione costituissero dei genuini atti prescrittivi, espressivi di norme giuridiche, nonostante la loro pretesa di scorrettezza, ed esse inoltre risultano perfettamente comprensibili, per nulla strane[88].

Va detto che, in un passaggio molto oscuro, Alexy sembra affermare che la sua tesi non riguardi né i casi (come quelli sopra riportati) in cui i giudici applicano il diritto positivo sostenendo però che esso sia ingiusto, né i casi in cui i giudici infrangono il diritto positivo e sostengono che tale violazione è ingiusta. Insomma, parrebbe che

(b) L'accusato è condannato all'ergastolo, e ciò è sbagliato

non sia sinonimo né di

(b^1) L'accusato è condannato all'ergastolo in applicazione di un diritto che è ingiusto

né di

(b^2) L'accusato è condannato all'ergastolo e ciò costituisce un'ingiusta violazione del diritto.

Invece, secondo Alexy, (b) dovrebbe essere interpretato nel senso di

(b^3) L'accusato è condannato all'ergastolo e questo costituisce un'interpretazione sbagliata del diritto vigente[89].

Come evidente, è, però, problematico stabilire quale sia il significato di (b^3) e, soprattutto, è problematico attribuirgli un significato, coerente con la teoria di Alexy, con ciò che egli intende dimostrare, ed irriducibile a (b^1) o (b^2). Infatti, se interpretiamo la parola "sbagliato" in (b) in un

[86] Nello stesso senso cfr. GARCÍA AMADO 2014.
[87] COVERT 1975. Per approfondimenti sul punto rinviamo a POGGI, SARDO 2016.
[88] Cfr. SEBOK 1991; DWORKIN 1975; DWORKIN 1986, 411.
[89] ALEXY 2002a, nt. 1, 38 s.

senso che – come parrebbe in (b^3) – è totalmente irrelato rispetto all'idea di correttezza morale, allora l'argomento di Alexy diventerebbe vacuo: si limiterebbe a sostenere che le sentenze dei giudici avanzano una pretesa di correttezza semantica, interpretativa, che nulla ha a che fare con la loro correttezza morale e che è perfettamente spiegabile in una prospettiva giuspositivista[90]. In altri termini, il ruolo istituzionale dei giudici li vincola (almeno nei sistemi giuridici così come li conosciamo) a una fedeltà interpretativa nei confronti dei testi giuridici ma ciò, oltre ad essere forse contingente, non ha nulla a che fare con la correttezza morale. Anche i giudici che applicano le norme della banda di banditi potrebbero essere vincolati a tale fedeltà interpretativa: eppure, secondo Alexy, quello non è un sistema giuridico e, in esso, la contraddizione performativa non dovrebbe prodursi.

In termini più generali, il problema può rapportarsi alle complicate relazioni tra connessione qualificatoria tra singole norme e pretesa di correttezza e connessione classificatoria tra sistema giuridico complessivo e pretesa di correttezza. Se le singole norme sono irrilevanti rispetto alla pretesa oggettiva di correttezza, allora non si vede come affermarne la scorrettezza possa produrre un qualche conflitto con la pretesa di correttezza oggettiva del sistema; per contro se, come pare più plausibile, le pretese di scorrettezza soggettive incidono sulla pretesa di correttezza oggettiva, allora Alexy deve provare come ciò avvenga e, soprattutto, perché in un caso la connessione sia classificatoria e nell'altro meramente qualificatoria. Si noti che la soluzione non può essere meramente quantitativa: a riprova di ciò si consideri l'altro, famoso, esempio di Alexy

(a) *X* è uno Stato sovrano, federale e ingiusto

Sembra difficile ritenere che un ordinamento la cui Costituzione contenga una disposizione come (a) avanzi una pretesa oggettiva di correttezza: ma se l'ordinamento non avanza una pretesa oggettiva di correttezza, allora non è giuridico e (a) – contrariamente a quanto assunto da Alexy – non esprime alcuna contraddizione performativa. In altri termini, (a) esprime una contraddizione performativa solo se fa parte di un sistema giuridico (che avanza una pretesa oggettiva di correttezza), ma, se un sistema contiene (a), allora non avanza una pretesa oggettiva di correttezza e, quindi non è giuridico. Insomma, l'esempio (a) sembra inconcludente. Al riguardo, come sostenuto di recente da Porciello[91], (a) potrebbe suonare paradossale se, e solo se, riferita ad un ordinamento democratico e costituzionale: se la costituzione (rigida) di uno stato democratico di diritto contenesse (a), allora contraddirebbe se stessa, ma in quanto costituzione democratica, non in quanto diritto. Per contro, Porciello osserva come una simile contraddizione performativa non si produrrebbe qualora (a) fosse contenuta nella legge di un ordinamento dittatoriale[92]. Certo, Alexy potrebbe ribadire che, in un ordinamento dittatoriale, (a) non suonerebbe paradossale perché tale ordinamento non avanza alcuna pretesa di correttezza in quanto non è giuridico: tuttavia ciò non può essere argomentato facendo appello alla stranezza di (a). In altri termini, qui Alexy cade di nuovo in una *petitio principii*, in quanto sostiene che (a) esprima una contraddizione performativa se, e solo se, si assume che il sistema giuridico avanzi

[90] In senso analogo Cabra Apalategui (CABRA APALATEGUI 2005, 142) osserva come la «pretensión de corrección, entendida como pretensión de adecuación al derecho vigente, tiene un fundamento jurídico positivo, no lingüístico-conceptual [...] Aquí lo que hay es, simple y llanamente, una contravención del principio de legalidad».

[91] Cfr. PORCIELLO 2017a; PORCIELLO 2017b.

[92] Sul punto cfr. anche CABRA APALATEGUI 2005. Per ulteriori critiche all'esempio di Alexy cfr. BULYGIN 1993, 22. Secondo Bulygin la disposizione costituzionale (a) potrebbe essere intesa in tre sensi: come descrizione (vera o falsa), cosa che sarebbe anomala all'interno di una Costituzione; come prescrizione e in tal caso sarebbe senza senso, perché l'ingiustizia non è qualcosa che, secondo Bulygin, si possa prescrivere; come una dichiarazione politica e, in tal caso, sarebbe sì inadeguata, ma inadeguata sotto il profilo politico.

una pretesa oggettiva di correttezza e che (a) dimostri che i sistemi giuridici avanzano una pretesa oggettiva di correttezza.

In conclusione, se l'argomento della pretesa di correttezza è applicato alle norme, esso è infondato; se tale argomento è limitato alle norme giuridiche esso o cade in una circolarità o non svolge alcuna funzione argomentativa e, in entrambi i casi, risulta inconcludente.

Riferimenti bibliografici

ABIGNENTE A. 2012. *Argomentazione giuridica*, in POMARICI U. (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. 2, Torino, Giappichelli, 1 ss.

ADLER J.E., ARMOUR-GARB B. 2007. *Moore's Paradox and the Transparency of Belief*, in GREEN M.S., WILLIAMS J.N. (eds.), *Moore's Paradox*, Oxford, Clarendon Press, 146 ss.

ALBRITTON R. 1995. *Comments on "Moore's Paradox and Self-Knowledge"*, in «Philosophical Studies», 77, 1995, 229 ss.

ALEXY R. 1979. *Theorie der juristischen Argumentation*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp Verlag.

ALEXY R. 1996. *Discourse theory and human rights,* in «Ratio Juris», 9, 1996, 209 ss.

ALEXY R. 1998. *Law and Correctness*, in FREEDMAN M.D.A. (ed.), *Current Legal Problems*, Oxford, Oxford University Press, 205 ss.

ALEXY R. 2000a. *On the thesis of the necessary connection between Law and Morality: Bulygin's Critique*, in «Ratio Juris», 13, 2000, 138 ss.

ALEXY R. 2000b. *Recht und Richtigkeit*, in KRAWIETZ W., SUMMERS R.S., WEINBERGER O., VON WRIGHT G.H. (eds.), *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification. Festschrift for Aulis Aarnio*, Berlin, Duncker & Humblot, 3 ss.

ALEXY R. 2002a. *The argument from injustice*, Oxford, Clarendon Press.

ALEXY R. 2002b. *A theory of constitutional rights*, Oxford, Oxford University Press.

ALEXY R. 2010. *The Dual Nature of Law*, in «Ratio Juris», 23, 2010, 167 ss.

ALEXY R. 2013. *Between positivism and non-positivism? A third reply to Eugenio Bulygin*, in FERRER BELTRÁN J., MORESO J.J., PAPAYANNIS D. (eds.), *Neutrality and theory of law*, Dordrecht, Springer, 225 ss.

ALEXY R. 2014. *Constitutional Rights and Proportionality,* in «Revus», 22, 2014, 1 ss.

APEL K.O. 1998. *Auseinandersetzungen in Erprobung des transzendental-pragmatischen Ansatzes*, Frankfurt am Mein, Suhrkamp Verlag.

ATLAS J.D. 2005. *Logic, Meaning and Conversation*, Oxford, Oxford University Press.

AUSTIN J.L. 1961. *The meaning of a World*, in ID., *Philosophical Papers*, Oxford, Clarendon Press, 23 ss.

AUSTIN J.L. 1962. *How to Do Thing with Words*, Oxford, Clarendon Press.

AUSTIN J.L. 1975. *How to Do Things with Words,* Oxford, Clarendon Press (2a ed.).

BACH K., HARNISH R.M. 1979. *Linguistic Communication and Speech Acts*, Cambridge (Mass.)-London, MIT Press.

BENTHAM J. 2010. *Of the limits of the penal branch of jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press (ed. P. Schofield).

BULYGIN E. 1993. *Alexy und das Richtigkeitsargument*, in AARNIO A. (ed.), *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festsschrift für Werner Krawietz zum 60*, Berlin, Dunker & Humblot, 19 ss.

BULYGIN E. 2000. *Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality*, in «Ratio Juris», 13, 2000, 133 ss.

CABRA APALATEGUI J.M. 2005. *La concepción no positivista del Derecho de Robert Alexy*, in «Anuario de filosofia del derecho», 22, 2005, 131 ss.

CELANO B. 1990. *Dover essere e intenzionalità*, Torino, Giappichelli.

CELANO B. 1999. *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, Bologna, il Mulino.

COVERT R.M. 1975. *Justice Accused. Antislavery and the Judicial Process,* Boston (Mass.), Yale University Press.

DAVIDSON D. 1981. *Communication and Convention*, in D. Davidson, *Inquires into Truth and Interpretation*, Oxford, Oxford University Press, 1984, 265 ss. Trad. it. *Comunicazione e convenzione*, in D. Davidson, *Verità e interpretazione*, il Mulino, Bologna, 1994, 361-379.

DUMMETT M. 1973. *Frege: Philosophy of Language*, London, Duckworth (trad. it. parziale ID., *Filosofia del linguaggio. Saggio su Frege*, Casale Monferrato, Marietti, 1983).

DUMMETT M. 1993. *The Seas of Language*, Oxford, Clarendon Press.

DWORKIN R. 1975. *The Law of the Slave-Cathcers,* in «Times Literary Supplement», 5 Dic. 1975, 1437.

DWORKIN R. 1986. *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press.

GARCÍA AMADO J.A. 2014. *Sobre la idea de pretensión de correción del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas*, in «Eunomia», 7, 2014, 6 ss.

GARDNER J. 2012. *How Law Claims, What Law Claims*, in KLATT M. (ed.), *Institutionalized Reason. The Jurisprudence of Robert Alexy*, Oxford, Oxford University Press, 29 ss.

GAZDAR G. 1979. *Pragmatics, Implicature, Presupposition and Logical Form*, Orlando, London, Academic Press.

GREEN M.S. 2007. *Moorean Absurdity and Showing What's Within*, in GREEN M.S., WILLIAMS J.N. (eds.), *Moore's Paradox*, Oxford, Clarendon Press, 189 ss.

GRICE P.H. 1969. *Utterer's Meaning and Intentions*, in «Philosophical Review», 78, 1969, 147 ss.

GRICE P.H. 1989. *Studies in the Way of Words*, Cambridge, London, Harvard University Press.

HABERMAS J. 1985. *Der Philosophische Diskurs der Moderne: Zwölf Vorlesungen* (trad. en., *The Philosophical Discourse of Modernity: Twelve Lectures,* Cambridge (Mass.), MIT Press, 1990).

HEAL J. 1994. *Moore's Paradox: A Wittgensteinian Approach*, in «Mind», 103, 1994, 5 ss.

HUGHES J. 1984. *Group Speech Acts*, in «Linguistics and Philosophy», 7, 1984, 379 ss.

JACOBSEN R. 1996. *Wittgenstein on Self-Knowledge and Self-Expression*, in «Philosophical Quarterly», 46, 1996, 12 ss.

KOBES B.W. 1995. *Telic Higher-order Thoughts and Moore's Paradox*, in «Philosophical Perspectives», 9, 1995, 291 ss.

LAKOFF G. 1975. *Pragmatics in Natural Logic,* in KEENAN E.L. (ed.), *Formal Semantics of Natural Language*, Cambridge, Cambridge University Press, 253 ss.

LEONARD H.S. 1959. *Interrogatives, Imperatives, Truth, Falsity and Lies*, in «Philosophy of Science», 26, 1959, 172 ss.

LINVILLE K., RING M. 1991. *Moore's Paradox Revisited*, in «Synthese», 87, 1991, 295 ss.

MANIACI G. 2002. *Note sulla teoria del bilanciamento di Robert Alexy*, in «Diritto e questioni pubbliche», 2, 2002, 47 ss.

MATUSIK M.J. 1989. *Habermas on Communicative Reason and Performative Contradiction,* in «New German Critique», 47, 1989, 143 ss.

MIJERS A. 2007. *Collective Speech Acts,* in TSOHATZIDIS S.L. (ed.), *Intentional Acts and Institutional Facts*, Dordrecht, Springer, 93 ss.

MOORE G.E. 1942. *A Reply to my Critics*, in SCHILPP P.A. (ed.), *The philosophy of G.E. Moore*, New York, Tudor Publishing Company, 533 ss.

MOORE G.E. 1993. *Selected Writings*, London, Routledge (ed. T. Baldwin).

MUFFATO N. 2007. *La semantica delle norme*, Genova, ECIG.

PAVLAKOS G. 2012. *Cognitivism and the Claim to Correctness,* in «Ratio Juris», 24, 2012, 15 ss.

POGGI F., SARDO A. 2016. *Do the right thing! Robert Alexy and the Claim to Correctness*, in «Rechtstheorie», 47, 2016, 1 ss.

PORCIELLO A. 2017a. *L'idea del diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy*, in «Diritto e questioni pubbliche», 17, 2017, 329 ss.

PORCIELLO A. 2017b. *Robert Alexy's Ideal Dimension of Law: Descriptive Theory of the Constitutional Legal system or Normative Theory of the Concept of Law?*, in «Archiv fur Rechts und Sozialphilosophie», 103, 2017, 483 ss.

RADBRUCH G. 1950. *Legal Philosophy*, in PATTERSON E.W. (ed.), *The Legal Philosophy of Lask, Radbruch, and Dabin,* Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 43 ss.

RAZ J. 1975. *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press.

RAZ J. 1985. *Authority, Law, and Morality*, in «The Monist», 68, 1985, 295 ss.

ROSENTHAL D.M. 1995. *Moore's Paradox and Consciousness*, in «Philosophical Perspectives», 9, 1995, 313 ss.

ROTOLO A., ROVERSI C. 2009. *Norm Enactment and Performative Contradictions*, in «Ratio Juris», 22, 2009, 455 ss.

ROVERSI C. 2010. *Sulla Funzione Fondazionale della Contraddizione Performativa*, in PUPPO F. (ed.), *La Contraddizion che Nol Consente*, Milano, Franco Angeli, 223 ss.

RUITER D.W.P. 1993. *Institutional Legal Facts: Legal Powers and their Effects*, Dordrecht, Springer.

SARDO A. 2017. *The Dark Side of Imperatives*, in POGGI F., CAPONE A. (eds.), *Pragmatics and Law: Practical and Theoretical Perspectives*, Dordrecht, Springer, 243 ss.

SCHIAVELLO A. 2010. *Perché obbedire al diritto?,* Pisa, ETS.

SEARLE J.R. 1969. *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press (trad. it., *Atti linguistici*, Torino, Bollati Boringhieri, 1992).

SEARLE J.R. 1975. *Indirect Speech Acts*, in COLE P., MORGAN J.L. (eds.), *Syntax and Semantics – Speech Acts*, New York, London, Academic Press, 59 ss. (trad. it., *Atti linguistici indiretti*, in Sbisà M. (ed.), *Gli atti Linguistici*, Milano, Feltrinelli, 1987, 2a ed., 252 ss.).

SEARLE J.R. 1979. *A taxonomy of illocutory acts*, in ID. (ed.), *Expression and meaning*, Cambridge, Cambridge University Press, 1 ss.

SEARLE J.R. 1981. *Intentionality and Method*, in «The Journal of Philosophy», 78, 1981, 720 ss.

SEARLE J.R. 1983. *Intentionality*, Cambridge, Cambridge University Press.

SEARLE J.R., VANDERVEKEN D. 1985. *Foundation of Illocutionary Logic*, Cambridge, Cambridge University Press.

SEBOK A.J. 1991. *Judging the Fugitive Slaves Act,* in «Yale Law Journal», 100 (6), 1991, 1835 ss.

SHOEMAKER S. 1988. *On Knowing One's Own Mind*, in «Philosophical Perspectives», 2, 1988, 183 ss.

SHOEMAKER S. 1995. *Moore's Paradox and Self-Knowledge*, in «Philosophical Studies», 77, 1995, 211 ss.

SIECKMANN J. 2007. *Human Rights and the Claim to Correctness in the Theory of Robert Alexy*, in PAVLAKOS G. (ed.), *Law, Rights and Discourse. Themes from the Legal Philosophy of Robert Alexy*, Oxford, Hart Publishing, 189 ss.

SORENSEN R. 1988. *Blindspots*, Oxford, Oxford University Press.

SORENSEN R. 2007. *The All-Seeing Eye: A Blind Spot in the History of Ideas*, in GREEN M.S., WILLIAMS J.N. (eds.), *Moore's Paradox*, Oxford, Clarendon Press, 37 ss.

VANDERVEKEN D. 1980. *Illocutionary Logic and Self-Defeating Spheech Acts*, in BIERWISCH M., KIEFER F., SEARLE J.R. (eds.), *Speech Act Theory and Pragmatics*, Dordrecht, Boston, London, D. Reidel Publishing Company, 247 ss.

VON WRIGHT G.H. 1983. *Practical Reason*, Oxford, Blackwell.

WILLIAMS J.N. 1979. *Moore's Paradox: One or Two?*, in «Analysis», 39, 1979, 141 ss.

WILLIAMSON T. 2002. *Knowledge and its Limits*, Oxford, Oxford University Press.

WITTGENSTEIN L. 1953. *Philosophische Untersuchungen*, Oxford, Basil Blackwell.

WITTGENSTEIN L. 1980. *Remarks on the Philosophy of Psychology*, vol. I, Chicago, University of Chicago Press (eds. M.E. Anscombe, G.H. von Wright).

WOLGAST E. 1977. *Paradoxes of Knowledge*, Ithaca (NY), Cornell University Press.

L’ESPOSIZIONE ALL’AMIANTO CAUSA IL MESOTELIOMA?

DOMANDE SCIENTIFICHE E ANALISI FILOSOFICHE

FEDERICA **RUSSO**

&dq

L'esposizione all'amianto causa il mesotelioma? Domande scientifiche e analisi filosofiche

Does Exposure to Asbestos Cause Mesothelioma? Scientific Questions and Philosophical Analyses

FEDERICA RUSSO

Docente universitario in filosofia della scienza, Dipartimento di Filosofia, Università di Amsterdam.
E-mail: f.russo@uva.nl

ABSTRACT

L'esposizione all'amianto causa il mesotelioma? Questa domanda ha lungamente interessato epidemiologi e medici, e resta tutt'oggi di grande attualità. Domande come queste sono anche di grande interesse per la filosofia della scienza, in quanto questioni relative alla causalità sono centrali nella riflessione filosofica sul metodo scientifico. In questo contributo l'autrice propone di spiegare perché si può rispondere affermativamente alla domanda in esame. Porta a sostegno di questa tesi non solo una ricostruzione dei contributi scientifici dalla prima metà del Novecento ai giorni nostri, ma anche i recenti sviluppi in filosofia della causalità, e segnatamente l'approccio pluralista del "mosaico causale".

Does exposure to asbestos cause mesothelioma? This question has long occupied epidemiologists and physicians and is still nowadays timely. Questions like this are also of interest to philosophy of science, for causality is central to philosophical thinking about scientific method. In this paper, the author attempts to explain why the abovementioned question can be answer in the affirmative. To support this claim, she reconstructs the scientific production about asbestos and mesothelioma from the first half of the 20th Century to date, and invokes the most recent developments in the philosophy of causality, notably about the pluralistic approach called "causal mosaic".

KEYWORDS

causalità, mosaico causale, mesotelioma, epidemiologia, evidenza scientifica

causality, causal mosaic, mesothelioma, epidemiology, scientific evidence

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

L'esposizione all'amianto causa il mesotelioma? Domande scientifiche e analisi filosofiche

FEDERICA RUSSO

1. *Introduzione* – 2. *Esposizione all'amianto e mesotelioma: il punto di vista scientifico* – 2.1. *Ricostruzione storica degli studi scientifici* – 2.2. *La metodologia IARC e la formula di Berry* – 2.3. *Alcune controversie nel dibattito contemporaneo* – 3. *Esposizione all'amianto e mesotelioma: il punto di vista filosofico* – 3.1. *Specificare la domanda* – 3.2. *La riflessione filosofica sulla causalità: il "mosaico causale" come approccio pluralistico* – 3.2.1. *Cause necessarie e sufficienti* – 3.2.2. *Determinismo e causalità* – 3.2.3. *Leggi* vs *meccanismi* – 3.2.4. *Pluralismo dell'evidenza* – 3.2.5. *Causalità generale e causalità singolare* – 3.2.6 *Controfattuali* – 4. *Una risposta basata sul dibattito scientifico e su quello filosofico* – 4.1. *D1: Che tipo di "causa" è l'esposizione all'amianto?* – 4.2. *D2: Diminuendo l'esposizione all'amianto, diminuisce anche l'insorgere di mesotelioma?* – 4.3. *D3: Se Giovanni non fosse stato esposto all'amianto, avrebbe ugualmente sviluppato il mesotelioma?* – 4.4. *Attribuzione causale: come affrontare il problema della responsabilità penale* – 5. *Conclusione.*

1. *Introduzione*

Tra le domande principali della filosofia c'è il *che cos'è* – il *ti esti* dei Greci, fondatori del pensiero filosofico occidentale. Che cos'è la causalità? Che cos'è una causa? Domande tanto fondamentali quanto diffuse: nel quotidiano, nella scienza, nel diritto. A distinguere la filosofia da altre discipline è il carattere astratto dei suoi concetti. Non voglio solo sapere perché calciando la palla la faccio muovere, voglio sapere che cos'è questo *causare*, in questo ed altri casi. La grande capacità di astrazione di filosofi e filosofe ha però avuto anche la conseguenza di portarli lontani dai problemi che invece sono alla base di domande così fondamentali come "che cos'è la causalità?", "che cos'è la giustizia?", etc.

Cercherò, in questo contributo, di presentare l'approccio più recente alla causalità sviluppato in filosofia della scienza – il "*mosaico causale*" – partendo da una domanda molto concreta: l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma? La domanda è difficile, e per taluni controversa. Ma parto da una domanda concreta al fine di mostrare l'interesse e l'importanza di tornare all'astrazione della filosofia, alla sua capacità di generalizzare e di distinguere. Parto da una domanda concreta perché le *risposte* filosofiche possono essere astratte, ma le domande di partenza non lo sono. Provo a intrecciare la concretezza delle scienze all'astrazione della filosofia con la speranza di fornire un esempio di come si possa instaurare un fruttuoso dialogo interdisciplinare.

Inoltre, parto da una domanda concreta, posta almeno in due ambiti distinti: le scienze e il diritto penale. Proverò a far vedere come una domanda scientifica, anche se formulata con una apparente semplicità, celi grandi complessità che riguardano la metodologia scientifica, e come tali complessità si intreccino con le finezze del ragionamento giuridico. L'obiettivo è, tra gli altri, di presentare una filosofia della causalità che possa aiutare a dirimere queste matasse, almeno in parte. Vale la pena notare, inoltre, che anche se tutto il contributo si impernia sulla controversia relativa all'amianto e al mesotelioma, l'impianto concettuale proposto (segnatamente l'idea del mosaico causale) può essere usato in numerosi altri contesti, di chiaro interesse per il giurista. Basti pensare alle controversie relative alle esposizioni ad altri agenti chimici come pesticidi, scorie radioattive interrate, polveri provenienti da impianti siderurgici, etc. Altri casi potrebbero altresì essere sottoposti a simili analisi, ad esempio casi di omissione in ambito medico o incidenti sul lavoro.

In questo contributo però, mi concentrerò su un esempio, provando a stabilire una metodologia per il ragionamento causale basato sui risultati scientifici e sulla riflessione filosofica. Nel secondo paragrafo ricostruirò la controversia scientifica su amianto e mesotelioma, cercando di stabilire se, e in che misura, la comunità scientifica abbia una posizione di consenso al riguardo. Nel terzo paragrafo presenterò la letteratura filosofica contemporanea sulla causalità, dando particolare rilievo alla posizione pluralista del "mosaico causale". Infine, nel quarto paragrafo, mi avvarrò degli elementi presentati nei precedenti paragrafi al fine di sviluppare degli argomenti a favore di una risposta positiva: sì, l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma.

2. *Esposizione all'amianto e mesotelioma: il punto di vista scientifico*

2.1. *Ricostruzione storica degli studi scientifici*

Molte domande scientifiche hanno una formulazione semplice, almeno in apparenza. Per esempio: *l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma?* A tali domande vorremmo dare risposte altrettanto semplici: "sì, lo causa" oppure "no, non lo causa". Domande come queste, tuttavia, celano una grande complessità. Le risposte saranno pertanto anch'esse complesse. Ma ciò non vuol dire che non siano affrontabili. Comincerò con l'analizzare la formulazione della domanda e in seguito prenderò in esame una possibile risposta positiva alla luce di studi scientifici e ricostruzioni storiche della questione.

La nostra domanda parte dal presupposto che conosciamo un effetto – "il mesotelioma" – e ci interroghiamo sulle sue possibili cause. L'inferenza cui siamo interessati va quindi *dagli effetti alle cause* e non viceversa, o per essere più precisi, l'inferenza riguarda la ricostruzione di un eventuale nesso causale tra effetti noti e cause presunte. Che cos'è questo effetto? Il mesotelioma della pleura è un tumore maligno che ha origine nel tessuto che riveste la cavità toracica. Che cos'è questa presunta causa? L'amianto è un minerale naturale. Le sue fibre sono utilizzate in diversi settori, dall'edilizia e costruzione al settore tessile. Il suo vasto uso è dovuto a diverse caratteristiche che lo rendono un materiale versatile: elevata resistenza ad alte temperature, ad agenti chimici, alla trazione, etc. La *fibra* di amianto è però così sottile da essere inalata facilmente, sia nei luoghi di produzione sia dove l'amianto è usato. Sappiamo che la facilità con cui viene inalata non corrisponde ad una facilità di espulsione: la fibra di amianto rimane "intrappolata" nei polmoni. *Un* effetto dell'esposizione all'amianto era stato individuato e studiato prima che si mettessero in relazione mesotelioma della pleura e amianto: si tratta dell'asbestosi. L'asbestosi è una patologia la cui eziologia, oggi, è nota e non controversa. Un *altro* possibile effetto dell'esposizione all'amianto – il mesotelioma della pleura – è invece oggetto di una complessa controversia scientifica e legale.

Un testo utile a ricostruire la storia degli studi sulla presunta cancerogenicità dell'amianto è di Barry Castleman (CASTLEMAN 2005), consulente ambientale specializzato in questioni relative all'amianto. Si tratta di una ricostruzione fatta con dovizia di particolari, dando spazio *anche* a voci dissonanti. Da questa ricostruzione risulta che già negli anni '40-'50, e successivamente durante gli anni '60-'70, la comunità scientifica disponeva di molte prove a favore dell'ipotesi di cancerogenicità dell'amianto. La comunità scientifica aveva già allora raccolto molti *dati osservazionali*. Si trovarono forti correlazioni tra lavoratori esposti all'amianto e sviluppo di tumori polmonari e, in seguito, anche di mesotelioma. Le modalità e i tempi di insorgenza della malattia erano molto simili in tutti i siti di produzione, lavorazione e uso dell'amianto in diverse parti del mondo. La comunità scientifica aveva anche raccolto e analizzato *dati sperimentali*, lavorando su modelli animali già dagli anni '30 (si veda ad esempio GARDNER, CUMMINGS 1931). Questi studi, tuttavia, non furono largamente diffusi e Castleman documenta al riguardo problemi di conflitti d'interesse di importanti gruppi industriali. Già

all'epoca c'era anche una comprensione piuttosto inequivocabile dal punto di vista dell'anatomo-patologia, ovvero dal punto di vista dei possibili meccanismi d'azione dell'amianto.

Castleman conclude la sua dettagliata ricostruzione storica degli studi condotti durante due decadi (1940-1950) con le parole seguenti:

> «It remained for epidemiologists not to document the cancer risk but to quantify its extent in asbestos industry, to identify the numerous types of cancer caused by asbestos, and further track the danger across property lines into the community (using rare mesotheliomas as a marker)» (CASTLEMAN 2005, 113).

Quindi, secondo Castleman, già alla fine degli anni '50 la comunità scientifica era in grado di rispondere affermativamente alla domanda se l'amianto causi o meno il mesotelioma. Il rischio andava però quantificato e specificato. La comunità scientifica se ne occupa ancora oggigiorno. Prima di procedere con la discussione di studi recenti, vale la pena menzionare i seguenti lavori. Il primo, apparso nel 1955, a nome dell'eminente epidemiologo britannico Richard Doll (DOLL 1955), segnalava l'occorrenza di cancro polmonare tra i lavoratori della T&N di Rochdale. Uno dei motivi per cui questo studio è una pietra miliare è che mostra come uno studio di coorte condotto in modo rigoroso possa portare all'identificazione di cancerogeni e ad una precisa definizione di causalità (esploreremo nel § 3 la nozione di causalità come "*difference-making*"). Castleman, nel suo monumentale volume sull'amianto, discute a lungo la genesi di quell'articolo, facendo anche notare come le tesi ivi sostenute siano state ammorbidite per via di pressioni dell'industria. Va altresì notato che non si trattò di uno studio isolato. Gli studi sulla mortalità dei medici fumatori inglesi e sul cancro alla vescica negli operai della produzione dei coloranti contribuirono a stabilire una forte base metodologica per lo studio della cancerogenicità dell'amianto (si veda, per i primi: DOLL, BRADFORD HILL 1954 e successivamente DOLL, BRADFORD HILL 1964; DOLL, PETO 1976; per i secondi: CASE, PEARSON 1954; CASE et al. 1954). Altri due studi sono rilevanti per la nostra discussione: WAGNER et al. 1960 e SELIKOFF et al. 1964. Questi studi mettono in relazione il mesotelioma *direttamente* con l'esposizione all'amianto. In entrambi i casi si tratta di morti per malattie occupazionali, per le quali vennero disposte delle autopsie che comprovarono la presenza di tumori maligni della pleura. La precisa composizione della coorte lasciava poco spazio ad interpretazioni: i casi di mesotelioma provenivano dall'esposizione all'amianto in specifici luoghi di lavoro. Gli studi ora menzionati sono rappresentativi di una metodologia epidemiologica solida: una rigorosa analisi di una specifica coorte può portare ad identificare possibili cause. Tali conclusioni sono anche supportate da argomenti che chiamano in causa i meccanismi di azione. WAGNER et al. (1960), ad esempio, argomentano a favore della cancerogenicità dell'amianto basandosi su dettagliate descrizioni di risultati di esami istologici.

2.2. *La metodologia IARC e la formula di Berry*

Possiamo ora riprendere la discussione da dove l'avevamo lasciata: come si quantifica e specifica il rischio di sviluppare il mesotelioma una volta esposti all'amianto? La questione è innanzitutto metodologica. In ambito oncologico, le monografie pubblicate dall'*International Agency for Research on Cancer* (IARC) costituiscono la sistematizzazione più completa e aggiornata delle conoscenze in materia di cancerogenicità di varie sostanze. La metodologia usata per la preparazione di queste monografie è presentata nel "preambolo". Le monografie dello IARC sono preparate da un gruppo di esperti indipendenti che passano in rassegna la letteratura esistente al fine di categorizzare gli agenti: cancerogeni, potenzialmente tali, o non cancerogeni. I gruppi di esperti esaminano diversi tipi di studi:

a) evidenze per la cancerogenicità negli esseri umani;
b) evidenze per la cancerogenicità negli animali da laboratorio;
c) considerazioni meccanicistiche e altri dati rilevanti (esistenza di meccanismi bio-chimici e loro funzionamento).

Il preambolo dello IARC è accessibile *online* ed è periodicamente aggiornato. La metodologia dello IARC è largamente accettata all'interno della comunità scientifica, anche se alcune note critiche hanno animato il dibattito recente (si veda ad esempio BOFFETTA et al. 2008; BOFFETTA et al. 2009; BOFFETTA 2009; CLAPP, KRIEBEL 2009; COGLIANO, STRAIF 2010; CROSIGNANI 2009; MCLAUGHLIN et al. 2010; VINEIS 2009). Un punto cruciale emerso in questo dibattito è se, e in che misura, uno studio epidemiologico possa stabilire con (sufficiente) certezza la cancerogenicità di un dato agente. Limiterò la discussione ai suoi aspetti metodologici, lasciando invece da parte eventuali questioni socio-politiche relative, ad esempio, a conflitti d'interesse dell'una o dell'altra parte del dibattito.

Come accennato in precedenza, gli studi di Doll degli anni '50 hanno sancito l'inizio di una metodologia rigorosa nell'epidemiologia. Nel preambolo dello IARC, studi epidemiologici di questo tipo sono analizzati *anche* prendendo in esame studi sperimentali e studi sui meccanismi di azione di agenti bio-chimici. Nel § 3 introdurremo l'idea del "pluralismo dell'evidenza", una posizione filosofica secondo cui si può stabilire un nesso causale combinando evidenze statistiche *ed* evidenze dei meccanismi d'azione. Il pluralismo dell'evidenza è stato formulato originariamente dai filosofi della scienza Russo e Williamson (RUSSO, WILLIAMSON 2007), successivamente ampliato da Russo e Williamson (RUSSO, WILLIAMSON 2011) i quali hanno argomentato che il pluralismo dell'evidenza ben si accorda con le linee guida formulate da Sir Bradford Hill (BRADFORD HILL 1965): stabilire un nesso causale non è questione di trovare *la* causa adottando *un* metodo di analisi; si tratta invece di mettere insieme diversi elementi – le evidenze – prodotti dall'epidemiologia, biologia, e da qualunque altra disciplina si occupi di un dato problema medico (discuterò ulteriormente il punto di vista di Bradford Hill nel § 4). La metodologia IARC è stata analizzata in diversi studi filosofici come esempio virtuoso di metodologia scientifica solida. A sua volta, i metodologi dello IARC hanno aperto un dialogo con la comunità dei filosofi della scienza al fine di rafforzare e migliorare ulteriormente la loro metodologia, facendo tesoro anche della riflessione filosofica sulla causalità che presenteremo nel § 3.

Nel caso specifico qui in esame, la monografia 100C, pubblicata nel 2012, passa in rassegna gli studi esistenti riguardo diversi agenti chimici, tra cui la fibra di amianto (IARC 2012). Tutti i documenti sono accessibili *online*. Il gruppo di esperti conclude che l'amianto è cancerogeno per gli esseri umani. In particolare, l'amianto provoca i seguenti tipi di cancro: ai polmoni, mesotelioma, alle ovaie, al colon, alla laringe, alla faringe, allo stomaco.

Non ci è possibile, in questa sede, ripercorrere e analizzare tutti gli studi presi in considerazione dagli esperti dello IARC. Vale la pena però soffermarsi su alcuni studi, al fine di capire come si formi una valutazione epidemiologica globale dell'esposizione ad un agente.

In primo luogo servono *dati descrittivi*, raccolti soprattutto attraverso i registri nazionali dei tumori, istituiti in molti paesi. Per l'Italia, si veda il quinto rapporto del registro nazionale dei mesoteliomi, che discute in dettaglio i dati raccolti riguardo il mesotelioma e altri tumori professionali (MARINACCIO et al. 2015). Il rapporto è accessibile *online*. Alle pagine 21-24 si trova una sintesi e interpretazione dei dati raccolti riguardo l'esposizione all'amianto e il mesotelioma. È interessante la chiosa degli autori, che enfatizza l'importanza e il ruolo dell'epidemiologia nello stabilire nessi causali, nel fornire una "mappatura" dell'esposizione corrente e nell'anticiparne le tendenze:

> «Il bando dell'amianto risalente al 1992 e la lunga latenza della malattia inducono a ritenere che le conseguenze in termini di sanità pubblica del massiccio utilizzo del materiale nel nostro paese non

possano considerarsi esaurite. Tuttavia non può essere considerato scontato il ruolo della sorveglianza epidemiologica per la prevenzione primaria, che è in relazione con la possibilità di occasioni di esposizione ancora in atto. Oggi sono certamente cessate tutte le attività che comportano l'uso diretto (come materia prima) di amianto, ma rimane la presenza del materiale sia in ambiente di lavoro (soprattutto laddove è stato utilizzato per la coibentazione e non rimosso) sia in ambiente di vita (manufatti, rifiuti, edilizia residenziale). L'epidemiologia delle malattie asbesto-correlate (e in qualche caso l'attività dei registri dei mesoteliomi) ha portato alla luce situazioni di contaminazione che né le attività di censimento dei siti a rischio né il monitoraggio corrente degli eventi patologici, aveva evidenziato. Tali circostanze di esposizione sono state identificate in soggetti addetti ad attività economiche non tradizionalmente associate a questo materiale e comunque dove esso non risultava fra le materie prime d'uso, ma la sua presenza poteva (e può) essere misconosciuta».

Studi più specifici hanno investigato la *distribuzione spaziale* del mesotelioma (altresì menzionata nel Quinto Rapporto). Il dato rilevante è che questa *distribuzione* segue, di fatto, quella delle attività industriali: la grande maggioranza, se non quasi totalità, dei mesoteliomi si riscontra nei siti in cui viene utilizzato l'amianto (MARINACCIO et al. 2012; CORFIATI et al. 2015). La distribuzione, inoltre, non è solo spaziale, ma anche *temporale*. In altre parole, recrudescenze o diminuzioni di mesotelioma si riscontrano proprio in concomitanza dell'installazione o dello smantellamento di siti industriali che lavorano l'amianto (WEILL et al. 2004; MARINACCIO et al. 2005; JI et al. 2016; SOEBERG et al. 2016).

Questa "mappatura" del mesotelioma è fortemente corroborata da numerosi *studi analitici*. Tali studi esaminano in dettaglio i gruppi esposti a vari tipi di attività industriali oppure popolazioni con alti tassi di mesotelioma. Numerosi studi hanno esaminato la relazione tra esposizione all'amianto e mesotelioma da vari punti di vista. Per esempio, studiando separatamente lavoratori esposti all'amianto in settori industriali differenti o la popolazione residente in luoghi in cui erano sviluppate lavorazioni dell'amianto, in diversi paesi. Ad esempio, il rapporto della *Second Italian Consensus Conference on Malignant Mesothelioma* ha esaminato gli studi allora disponibili sulla relazione esposizione-risposta (PINTO et al. 2013). Da allora, ulteriori studi sono stati condotti.

La scienza contemporanea è caratterizzata da una iperspecializzazione (anche all'interno di una stessa disciplina, come ad esempio l'epidemiologia), dall'accesso a quantità sempre maggiore di dati, e da una produzione scientifica imponente. Ne segue la necessità di sistematizzare le conoscenze prodotte a un dato momento. La comunità scientifica si occupa anche di questo, al fine di offrire strumenti fruibili al fine di prendere decisioni in ambito clinico o di salute pubblica. Così, diversi documenti di sintesi sono stati prodotti. Ad esempio, per il governo inglese (DOLL, PETO 1985), per il Congresso USA (HEALTH EFFECTS INSTITUTE 1991), o per il senato francese (INSERM 1997). Documenti di consenso per la diagnosi e attribuzione sono stati anche elaborati alla Conferenza di Helsinki 1997 e 2014 (TOSSAVAINEN et al. 1997; WOLFF et al. 2015). In Italia, la II e III *Consensus Conference* sul mesotelioma della pleura hanno altresì svolto una importante attività di sintesi (si veda al riguardo PINTO et al. 2013; MAGNANI et al. 2013; MAGNANI et al. 2015).

La lunga produzione scientifica, cui abbiamo potuto solo accennare, punta nella direzione di una risposta affermativa alla domanda *l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma?* Non solo la risposta sembra essere affermativa, ma alcuni studi hanno proposto una precisa quantificazione della relazione tra esposizione all'amianto e mesotelioma. Si tratta della "formula di Berry", statistico statunitense di chiara fama. Si tratta di una formula che stabilisce una relazione quantitativa tra l'esposizione ad una sostanza e l'aumento del tasso di mortalità in un tempo anche molto lontano dall'esposizione (BERRY 2007). La formula, come lo stesso Berry spiega, si basa su dati di *popolazioni* e pertanto non è scontato applicare la formula nel caso di uno specifico individuo affetto da mesotelioma. Berry sostiene che l'unico modo per rendere il problema

trattabile (statisticamente) è di considerare un individuo come un "membro medio" del gruppo. Ritorneremo sulla sua interpretazione nel § 4.

Fino a questo momento abbiamo considerato principalmente studi epidemiologici e fatto riferimento ai meccanismi di azione solo occasionalmente. Andrebbe ricostruita, in modo parallelo, la storia degli studi sui meccanismi di azione, ma già a questo punto è facile immaginare che gli studi epidemiologici e biologici su amianto e mesotelioma si siano intrecciati più volte, e continuino a farlo. In questa sede menziono solo alcuni elementi sui meccanismi di azione, con una predilezione per la produzione scientifica più recente (BARRETT et al. 1989; SPUGNINI et al. 2006; QI et al. 2013; NAPOLITANO et al. 2016). Si tratta di un punto importante in quanto l'integrazione dei risultati di studi epidemiologici e sui meccanismi di azione sarà di rilievo nei seguenti paragrafi. Così come la correlazione tra esposizione ad amianto e mesotelioma ha diverse sfaccettature, che si riflettono nei diversi approcci epidemiologici (dati descrittivi, distribuzione spaziale, occupazionale, etc.), anche i meccanismi di azione necessitano di studi a diversi livelli e da diversi punti di vista. Capire *come* l'amianto induca lo sviluppo del mesotelioma richiede di individuare specifici processi biologici, chimici, genetici. A causare il mesotelioma non è semplicemente l'amianto ma *fibre* di amianto, di una certa dimensione, e che interagiscono con i tessuti in un certo modo e per un certo tempo, *etc*. In generale, in ambito medico la comprensione dei meccanismi di azione si è via via affinata includendo studi specifici a livello molecolare e genetico. Nel seguito dell'articolo, e ove opportuno, proverò anche a problematizzare quale livello di dettaglio del meccanismo d'azione si debba considerare, al fine di tirare delle conclusioni sull'eziologia del mesotelioma.

Per riassumere, anche da un esame piuttosto veloce della produzione scientifica dalle prime decadi del 1900 a oggi, sembra emergere un consenso della comunità scientifica riguardo la cancerogenicità dell'amianto. La storia della scienza, però, ci insegna che la conoscenza non è mai stabilita in blocco e che il dissenso è fondamentale per continuare ad alimentare la comprensione dei fenomeni cui ci interessiamo. Anche se, in retrospettiva, è ragionevole affermare che già alla metà del secolo scorso avevamo sufficienti elementi per rispondere positivamente alla domanda, esistevano delle voci *dissonanti*, che Castleman invero documenta, specialmente in relazione al miliare articolo di Doll del 1955. Così è anche oggi.

2.3. *Alcune controversie nel dibattito contemporaneo*

Menzioniamo alcune controversie su aspetti scientifici e che hanno particolare rilevanza in ambito legale.

Nei contributi di La Vecchia e Boffetta (LA VECCHIA, BOFFETTA 2012) e di Zocchetti (ZOCCHETTI 2013) non si mette in discussione in assoluto il nesso causale tra esposizione all'amianto e mesotelioma, ma alcuni aspetti molto specifici: il momento in cui l'esposizione è cominciata e il ruolo cumulativo dell'esposizione. Secondo questi contributi, non è per niente consolidato che l'esposizione cumulativa sia determinante. Invece, contano di più le prime esposizioni. Se ciò fosse vero, la conseguenza sul piano legale sarebbe ovvia. Supponiamo di interrogarci sulla storia di esposizione di Giorgio, esposto all'amianto in diversi momenti della sua vita lavorativa. I dirigenti di industrie in cui Giorgio ha lavorato, diciamo, trent'anni addietro potrebbero essere, in linea di principio, responsabili (ma prescritti per via del lasso di tempo trascorso) e i dirigenti di industrie in cui Giorgio ha lavorato successivamente potrebbero non essere responsabili, in quanto le esposizioni successive non sono rilevanti. La questione può essere affrontata guardando agli aspetti formali e metodologici alla base di questa congettura, oppure cercando di capire il consenso corrente riguardo il fenomeno di cancerogenesi.

In primo luogo, gli articoli a sostegno di questa congettura (contano solo le prime esposizioni, non l'esposizione cumulativa) sono stati criticati, ad esempio da TERRACINI et al. 2014, sostenendo che la selezione degli studi presi in considerazione era limitata e non teneva conto di

una considerevole letteratura esistente atta a mostrare che, invece, l'esposizione continuativa *ha* un effetto sul rischio di mesotelioma. In secondo luogo, documenti di sintesi hanno ripetutamente affermato il ruolo dell'esposizione cumulativa, ad esempio come stabilito dalla *Second Italian Consensus Conference* (Magnani et al. 2013) e dalla *Third Italian Consensus Conference* (Magnani et al. 2015) che peraltro conferma la validità dell'esposizione cumulativa come misura riassuntiva dell'esposizione all'asbesto.

Se l'esposizione cumulativa risulta globalmente confermata, un altro aspetto rimane controverso. Si tratta del cosiddetto "effetto acceleratore", menzionato non tanto nella produzione scientifica, quanto in quella legale. La domanda che ci si è posti in sede legale è se, posto che un evento abbia dato avvio al processo di cancerogenesi, esistano *altre* esposizioni successive che la "accelerino". La domanda, in altre parole, è se in *assenza* di specifiche esposizioni, il processo di cancerogenesi in un particolare individuo, diciamo Giorgio, avrebbe avuto un decorso molto più lento, o addirittura non avrebbe portato al sopravvenire del mesotelioma. Tornerò nel seguito del contributo (segnatamente nel § 4) sulla questione se e come si possano fare inferenze riguardo il singolo caso a partire da considerazioni di tipo epidemiologico. Mi soffermo invece qui sulla posizione dell'epidemiologia riguardo la presunta esistenza di un tale effetto detto "acceleratore".

L'idea che esista un effetto acceleratore sembra riposare sull'ipotesi che il processo di cancerogenesi sia semplice e lineare: individuata una causa e stabilito il suo ruolo iniziatore, il processo segue un percorso lineare e prevedibile per cui, potendo evitare delle tappe intermedie, se ne può rallentare il decorso globale. Questo ragionamento, tuttavia, male si accorda con la teoria multistadio della cancerogenesi, secondo cui lo sviluppo del tumore avviene sì per stadi cronologicamente successivi, ma il cui esatto ordine non può essere stabilito, né in generale, né nel singolo caso. Questo perché il fenomeno di cancerogenesi è altamente complesso e può variare sia a seconda del tipo di tumore sia a seconda dell'evoluzione individuale. Le ragioni per cui il tumore evolve con dei tempi e modi non fissi ha a che fare con la complessità di interazioni e processi a livello biologico, che possono avvenire anche a distanza di anni o decenni, e con la diversità e intensità di esposizioni cui un individuo è sottoposto. I meccanismi coinvolti sono molteplici e riguardano sia il permanere delle fibre di amianto nei tessuti per anni o perfino decenni sia la translocazione da un organo ad un altro. La congettura che esista un effetto acceleratore riposa inoltre sull'ipotesi che, una volta iniziato, il processo di cancerogenesi evolva in modo autonomo. Tuttavia, questa ipotesi male si accorda con i dati molto chiari che si hanno riguardo l'esposizione cumulativa: si è osservato empiricamente che il rischio di mesotelioma cresce all'aumentare dell'esposizione cumulativa all'amianto, senza un limite – un aspetto questo che sia la seconda sia la terza *Consensus Conference* hanno trattato con chiarezza (MAGNANI et al. 2013; MAGNANI et al. 2015).

La pretesa di poter individuare *un evento* iniziatore, così come successivi e presunti *specifici* eventi acceleratori, non fa parte dell'insieme di domande plausibili o legittime che l'epidemiologia, e probabilmente anche la biologia molecolare, si pone e sui cui basare degli interventi a livello di prevenzione e salute pubblica (si veda al riguardo VINEIS, WILD 2014, ad esempio). Un motivo ha a che fare con la complessità dei processi e meccanismi coinvolti. È indicativo, in questo senso, che oggi si cerchi di individuare delle *caratteristiche tipiche* dei vari processi di cancerogenesi, invece di descrivere un processo lineare. SMITH et al. 2015, ad esempio, riassume i risultati di gruppi di lavoro tenutisi allo IARC e in cui i ricercatori hanno passato in rassegna la letteratura che studia i meccanismi biologici di cancerogenesi. Un altro motivo ha a che fare con l'ambito di applicazione degli studi e risultati in ambito epidemiologico: l'interesse è comprendere delle tendenze e meccanismi *a livello della popolazione*. È chiaro che tali conoscenze di tipo generico informino la medicina che si occupa di curare *individui*. Tuttavia, pensare di poter tracciare a ritroso ogni meccanismo individuale che ha portato allo sviluppo del mesotelioma

esula dalle competenze e possibilità della scienza più avanzata. Come anticipato, torneremo sulla questione dell'inferenza al caso singolo nel § 4.

Un secondo esempio di controversia è stato generato dallo studio di FERRANTE et al. 2016a, cui sono seguite diverse risposte (BOFFETTA 2016; FERRANTE et al. 2016a; FERRANTE et al. 2016b; FERRANTE et al. 2017). I lavori di Ferrante et al. si inseriscono in una lunga serie di studi sull'esposizione all'amianto e mesotelioma. Questo studio caso-controllo mira a quantificare aspetti dell'esposizione all'amianto, e in particolare l'esposizione cumulativa, in contesti occupazionali, ambientali e domestici. Secondo gli autori, lo studio ottiene dei risultati utili a quantificare un maggiore rischio di mesotelioma anche in soggetti esposti per vie *non*-occupazionali. Inoltre, lo studio permette di identificare il rischio residuo in seguito alla cessazione dell'uso industriale dell'amianto. Questo studio è stato contestato su questioni metodologiche molto sottili, come ad esempio il fatto che non fossero stati forniti sufficienti dettagli riguardo i metodi di estimazione dell'esposizione, oppure la difficoltà nel riprodurre le analisi. Gli autori, a seguito di due tornate di critiche, hanno prodotto un'ulteriore analisi che ha confermato i risultati del lavoro originario. Controversie come queste ci mostrano come la metodologia delle scienze coinvolte (dall'epidemiologia alla biologia molecolare), nonostante aderisca ai capisaldi della scienza moderna, può essere oggetto di divergenze da parte degli stessi esponenti della comunità scientifica.

Che cosa possiamo imparare da questo tipo di controversie? Un elemento che sembra emergere da questi contributi è che non viene messo in discussione il nesso causale tra amianto e mesotelioma. Piuttosto, ad essere messi sotto inchiesta sono aspetti *molto specifici* di questo nesso. Ammesso che sia possibile dirimere certe questioni, l'utilità di tante specificazioni dipende dalla domanda *precisa* che viene posta. Se la domanda posta è "l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma?", anche contributi critici come quelli sopramenzionati non sembrano spostare l'ago della bilancia in modo significativo, o per lo meno non sembrano ribaltare il giudizio globale cui la maggior parte della comunità scientifica sembra convergere: *sì, l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma*.

Resta quindi da capire quale sia l'interesse di rispondere a delle domande ad un tale livello di dettaglio, per esempio: le prime esposizioni sono più o meno importanti dell'esposizione cumulativa? Oppure: sono le fibre di amianto sottili o quelle ultrasottili ad "intrappolarsi" nei polmoni? Da un punto di vista scientifico, queste domande continuano a contribuire alla nostra comprensione del fenomeno: come, quando, in che condizioni l'amianto causa il mesotelioma. È plausibile pensare che una migliore comprensione porti, in futuro, ad una migliore prevenzione. Da un punto di vista filosofico, aspetti così specifici altro non fanno che confermare ulteriormente la posizione pluralista della causalità, che esporremo nel prossimo paragrafo.

Vi è tuttavia almeno un altro punto di vista da considerare: quello della *responsabilità morale e/o penale* di aver esposto degli individui ad una sostanza pericolosa come l'amianto. Una discussione dettagliata e competente di quest'ultimo va ben al di là dagli scopi di questo lavoro. Ritorneremo però sulla questione nel seguito dell'articolo per provare a impostare un dialogo interdisciplinare per affrontare tale questione. In particolare, a conclusione del § 4, proverò a suggerire che alcune risposte poste dalla questione legale devono essere affrontate includendo in modo esplicito dei principi etici come il principio di precauzione.

3. *Esposizione all'amianto e mesotelioma: il punto di vista filosofico*

Cominceremo questa analisi filosofica cercando di dettagliare i diversi significati della nostra domanda di partenza. In seguito presenteremo in modo mirato il dibattito contemporaneo sulla causalità. Successivamente, nel § 4, proveremo a rispondere alla nostra domanda a partire dal dibattito scientifico e filosofico.

3.1. *Specificare la domanda*

Abbiamo aperto questo saggio chiedendoci se l'esposizione all'amianto causi il mesotelioma. Nel paragrafo precedente abbiamo passato in rassegna la risposta data dalla comunità scientifica: un accenno alla ricostruzione storica di Castelman, una breve rassegna di vari tipi di studi epidemiologici, e alcuni punti tuttora controversi nel dibattito.

Abbiamo precedentemente notato che la domanda scientifica è stata formulata come ricerca di cause presunte di un effetto noto, invece di ricerca di effetti possibili di cause note. È utile, per la nostra analisi filosofica, distinguere anche altri significati, sottintesi nella formulazione più generale della domanda di partenza:

- L'esposizione all'amianto è *causa necessaria e/o sufficiente* del mesotelioma? In altre parole: quale ruolo ha l'esposizione all'amianto per lo sviluppo successivo della malattia?
- La relazione (causale) tra esposizione all'amianto e mesotelioma ha lo stesso statuto di una legge fisica?
- La relazione causale tra esposizione all'amianto e mesotelioma vale per qualunque individuo esposto?
- È corretto inferire che se la popolazione non fosse stata esposta all'amianto i tassi di mesotelioma sarebbero inferiori? E, nel caso, ciò sarebbe vero per *ogni* individuo esposto?
- Qual è il meccanismo biologico per cui l'amianto causa il mesotelioma? È possibile intervenire su tale meccanismo? Come?

Queste domande, così come altre, sono implicitamente contenute nella domanda generale sulla cancerogenicità dell'amianto. Questa è un'osservazione importante in quanto indica che, scientificamente e filosoficamente, non stiamo lavorando con un'unica definizione di causalità, né con un insieme fisso di condizioni o requisiti per stabilire se C causi E. Questa complessità nel porre domande di tipo causale è stata rilevata nel dibattito filosofico degli ultimi quindici-venti anni. In seguito proveremo a presentare tale dibattito, in modo da poterne utilizzare gli strumenti concettuali al fine di completare la nostra analisi filosofica.

3.2. *La riflessione filosofica sulla causalità: il "mosaico causale" come approccio pluralistico*

La causalità costituisce uno dei grandi temi della filosofia, dal pensiero antico al contemporaneo, dal pensiero orientale a quello occidentale, dalla trattazione scientifica a quella più prettamente teoretica. Ripercorrerne le tracce in dettaglio è pertanto un'impresa concettuale che va ben di là degli scopi di questo contributo. Ci accontenteremo invece di tracciare gli sviluppi più recenti del dibattito, segnatamente la visione pluralista del "mosaico causale", e a ritroso, le trattazioni principali. Nel prossimo paragrafo, invece, ci soffermeremo sui concetti in gioco nell'ambito della discussione sul nesso causale tra esposizione all'amianto e mesotelioma.

Cominciamo dalla fine: ad oggi non c'è una trattazione della causalità che ne catturi tutti i significati, dal contesto del linguaggio ordinario ai contesti di specifiche discipline, e nemmeno all'interno di una stessa disciplina scientifica. Ciò che s'intende con causalità, o con l'enunciato "C causa E", dipende dal contesto, dall'apparato teorico o sperimentale usato, dai dati e modelli usati, etc. Non c'è, in altre parole, *una sola* teoria della causalità che riesca a rendere conto di proposizioni causali tanto diverse quanto, ad esempio:

(i) Se avessi sentito la sveglia non avrei perso il treno.
(ii) La mutazione del gene p53 è associata allo sviluppo del tumore.
(iii) Le disuguaglianze socio-economiche sono tra le cause dell'emarginazione sociale.

(iv) Appropriati interventi di salute pubblica ridurrebbero l'esposizione al fumo di sigaretta ed eviterebbero l'insorgere di malattie respiratorie e tumori.

Anche all'interno di uno stesso ambito, le domande causali possono essere molto diverse tra loro. Consideriamo il caso in esame, la presunta cancerogenicità dell'amianto:

(i) Se non avessi lavorato in quella fabbrica di amianto, non mi sarei ammalato di mesotelioma.
(ii) Il marcatore *hyperacetylated* HMGB1 è associato allo sviluppo del mesotelioma.
(iii) L'ambiente di lavoro e la vicinanza a siti industriali per la lavorazione dell'amianto fanno parte dell'esposizione all'amianto.
(iv) Appropriate protezioni sul posto di lavoro ridurrebbero l'esposizione all'amianto ed eviterebbero l'insorgere del mesotelioma.

Alla luce di tanta diversità, le filosofe della scienza Illari e Russo (ILLARI, RUSSO 2014) hanno proposto di adottare un approccio *pluralista* alla causalità. Vediamo in breve di che cosa si tratta.

L'idea è di abbandonare la ricerca di una definizione che, essa sola, restituisca un significato unico al concetto di causalità o causa. Questo implica cercare di capire quali rapporti vi siano tra i diversi concetti in gioco. Illari e Russo hanno inventariato, nel dibattito contemporaneo, una ventina di approcci, concetti, nozioni. Il problema che si pone, pertanto, è di trovare una logica, una *ratio*, per descrivere questi rapporti. Per esempio, che rapporto c'è tra causalità e spiegazione? O tra causalità e predizione? Vengono quindi distinte due classi di domande: da un lato le domande *filosofiche* riguardo la causalità e dall'altro le domande *scientifiche*. La distinzione è di ordine concettuale. Nella pratica scientifica, invece, queste domande sono costantemente intrecciate. È però un esercizio concettuale che può aiutare a fugare equivoci o, ancor peggio, errori di interpretazione, come proveremo a mostrare nel prossimo paragrafo.

Tra le domande filosofiche, Illari e Russo distinguono le seguenti:

- Metafisica e ontologia: Che tipo di relazione è la causalità? Che tipo di "oggetti" sono le cause e gli effetti?
- Epistemologia: Come si "costruisce" la conoscenza causale? Quali concetti guidano il ragionamento causale?
- Semantica: Che cosa significa l'enunciato "C causa E"? Il significato è costante o cambia secondo il contesto (scientifico e non)?
- Metodologia: Quali metodi (scientifici) ci permettono di fare inferenze causali affidabili? Esiste un metodo unico, oppure i metodi vanno adattati al contesto scientifico?
- Uso: Come si può (o deve), usare la conoscenza (o mancanza di conoscenza) in contesti decisionali o di "*policy-making*"?

Tra le domande scientifiche troviamo:

- Inferenza: C causa E? In che misura?
- Predizione: Che cosa ci si deve aspettare in caso C occorra? E se non occorre?
- Controllo: Quali fattori vanno controllati (statisticamente o sperimentalmente) per stabilire se C causa E? Intervenire su C produrrà un cambiamento su E? In che misura?
- Spiegazione: In che modo C causa o previene E?
- Ragionamento causale: Quali considerazioni, concetti, argomenti sono utilizzati per stabilire se, come, e in che misura C causa E?

Con questa premessa le filosofe presentano e discutono i vari approcci, indicando quali domande filosofiche e quali domande scientifiche siano affrontate, nella letteratura esistente, con più o

meno successo. Ne esce, secondo Illari e Russo, un *mosaico* in cui ogni concetto o nozione ha un ruolo specifico, proprio come un tassello da mettere al posto giusto. L'immagine – la teoria causale – risulta visibile, identificabile, solo quando tutti i tasselli (o la maggior parte di essi) sono correttamente posizionati. Questo approccio pluralista ha, in effetti, un forte sapore pragmatico; tuttavia, ad oggi, connessioni esplicite con il pragmatismo, ad esempio di John Dewey, non sono state ancora sviluppate. Il mosaico causale ha anche importanti punti di contatto con la teoria dell'evidenza come "cruciverba" sviluppata dalla filosofa Susan Haack (HAACK 2015), e ripresa nella letteratura giuridica italiana ad esempio da Gaetano Carlizzi (CARLIZZI 2016).

Così, per esempio, per dare conto di proposizioni causali come la (i), l'approccio controfattuale è senz'altro utile: per sapere se (i) è vero dobbiamo poter immaginare una situazione in cui l'unica cosa che cambia è che ho sentito la sveglia, o che non ho lavorato in un'industria di amianto. Se, quindi, in questo "mondo possibile" prendo il treno, allora posso affermare che il non aver sentito la sveglia ha, di fatto, causato la perdita del treno. La teoria controfattuale più famosa è quella del filosofo e logico David Lewis (LEWIS 1973; LEWIS 1983) che, nonostante le numerose obiezioni ricevute, rispecchia il ragionamento fatto in diversi ambiti, tanto scientifici quanto ordinari. Questo approccio, però, si basa su un'assunzione forte: che il fattore in questione sia l'unico rilevante. Sappiamo invece che, in molti contesti medici, la causalità è multifattoriale, non monofattoriale.

Proposizioni causali come la (ii) richiedono uso di diversi concetti, segnatamente di "associazione statistica" e di "meccanismo" (biologico). Proposizioni come la (ii) hanno infatti bisogno di supporto di prove (*evidence*) che vengono dall'epidemiologia e dalla bio-medicina. L'epidemiologia stabilisce tipicamente risultati statistici; ad esempio in una popolazione data, avere una mutazione di p53 aumenta la probabilità d'insorgenza del tumore. Si dice, in casi come questi, che p53 è un *difference-maker* – un differenziante. Tuttavia, per stabilire il carattere causale di (ii), abbiamo bisogno *anche* di prove che riguardino il meccanismo biologico per cui la mutazione di p53 porta al tumore; queste evidenze sono tipicamente ricercate in diverse branche della biologia. Dobbiamo, cioè, stabilire *che* una causa è un differenziante e spiegare *come* una certa causa *produca* l'effetto. La combinazione di tipi di prove (*evidence*) diverse fa parte di un approccio largamente accettato in bio-medicina ed epidemiologia: le *Hill's guidelines*, cui abbiamo già accennato (BRADFORD HILL 1965). Come già menzionato nel § 2, Russo e Williamson (RUSSO, WILLIAMSON 2011) hanno ripreso l'approccio di Bradford Hill mostrando come i sui nove punti di vista mirino a stabilire la componente "*difference-making*" oppure quelle della "produzione". Vale la pena notare che, per Bradford Hill, i nove punti non sono condizioni necessarie e/o sufficienti; si tratta invece di capire come combinare le evidenze che riguardano diversi punti. Questa è precisamente l'idea alla base del "pluralismo dell'evidenza", anch'esso menzionato precedentemente. Ritornerò sulla questione ulteriormente nel § 4.

Le proposizioni (iii) e (iv) non introducono nuove idee ma aggiungono complessità alla trattazione. Per esempio, come si fa ad identificare un meccanismo, sia esso bio-chimico o socio-economico? Eccezione fatta per la meccanica classica e qualche relazione particolarmente stabile nel mondo biologico, le scienze hanno abbandonato da lungo tempo la ricerca di leggi di natura universali e necessarie. Gran parte delle spiegazioni di fenomeni biologici o sociali si basa sul concetto di *meccanismo*, non di legge. Non è quindi sorprendente che una buona parte della riflessione filosofica si sia interessata al concetto di meccanismo e alla sua relazione con il concetto di causalità.

La proposizione (iv) riprende la difficoltà già emersa con la proposizione (i), ovvero: può l'*assenza* di qualcosa causare qualcosa d'altro? La questione può risultare spinosa dal punto di visto ontologico, se esigiamo che un processo causale abbia sempre una controparte "fisica". Ma la questione più interessante, soprattutto dal punto di vista giuridico, riguarda l'eventuale *responsabilità* nell'aver omesso di fare qualcosa, portando così ad un effetto avverso.

Ci sarebbero ancora molti esempi e teorie della causalità da prendere in esame, ed il lettore può consultare il testo di Illari e Russo (ILLARI, RUSSO 2014), che li discute con dovizia di particolari.

Proveremo a riassumere alcuni punti importanti emersi nel dibattito contemporaneo, e che saranno utili per la discussione del caso dell'esposizione all'amianto e mesotelioma nel § 4.

3.2.1. *Cause necessarie e sufficienti*

L'idea che le cause siano condizioni necessarie e/o sufficienti per l'occorrenza degli effetti ha dominato per lungo tempo la riflessione. Ma già Hume aveva rimesso in questione il carattere necessario del nesso causale, o meglio, la *nostra capacità* di stabilire la necessità di tale nesso. A ben guardare, tanto in contesti scientifici quanto in contesti quotidiani, ci sono davvero pochi esempi di cause necessarie e sufficienti. È senz'altro necessario introdurre le monete per acquistare uno *snack* da una macchinetta automatica, ma non sufficiente. Sentire la sveglia per tempo, invece, non è né necessario né sufficiente per riuscire a prendere il treno, in quanto mille cose potrebbero accadere e far sì che si prenda, o si perda, il treno. Soprattutto in ambito scientifico, la maggior parte dei fenomeni sono studiati usando gli strumenti della statistica e della teoria della probabilità. In medicina, in particolare, poche malattie hanno una causa necessaria (o sufficiente) chiaramente identificata. Il modello che, in ambito bio-medico, si è fatto strada è quello "multifattoriale", secondo cui le malattie sono il risultato di una *concomitanza* di fattori (ROTHMAN 1976; ROTHMAN et al. 2008). In particolare, per spiegare l'insorgere della malattia, si è cominciato a studiare l'*esposizione* nella sua totalità (WILD 2005; WILD 2012). Ed è l'esposizione all'ambiente a rendere possibile che si attivino i meccanismi di azione di agenti patogeni come un batterio o come la fibra di amianto.

3.2.2. *Determinismo e causalità*

La causalità non è più pensata esclusivamente in relazione al determinismo, un'idea chiaramente vicina alla concettualizzazione della causa come condizione necessaria e sufficiente. Il determinismo sostiene che, conoscendo le condizioni iniziali *e* le leggi (fisiche) che regolano un fenomeno, possiamo predire con accuratezza uno stato futuro del sistema. Ci sono senz'altro dei contesti (soprattutto fisici) in cui la disponibilità delle leggi permette previsioni sufficientemente accurate. Tuttavia, ciò spesso non vale in contesti medici o sociali. In molti ambiti scientifici, spiegazioni, predizioni, e altri tipi di inferenze si basano sull'uso di generalizzazioni statistiche e sul calcolo della probabilità. Come già accennato, parte del dibattito filosofico verte sulla questione come evidenze statistiche e probabilistiche (chiamate "difference-making") debbano essere ulteriormente sostenute con argomenti che coinvolgono meccanismi di tipo bio-chimico o psico-sociale, al fine di stabilire se C causi E. Ritorneremo su questo punto nel seguito del paragrafo.

3.2.3. *Leggi* vs *meccanismi*

Per determinare se C causi E, come accennato in precedenza, si fa sempre più appello ai meccanismi e sempre meno alle leggi di natura. Ciò accade per almeno due motivi. In primo luogo, la fisica costituisce più l'eccezione che la regola nell'ambito scientifico: la biologia, la sociologia, l'epidemiologia non stabiliscono leggi come quelle della meccanica classica. Tuttavia, il fatto di non stabilire leggi (nel senso della meccanica classica) non impedisce alle suddette discipline di spiegare o predire. In secondo luogo, le leggi hanno limitato potere esplicativo, che non va di là del modello "nomologico-deduttivo", proposto dal filosofo neo-positivista Carl Hempel (HEMPEL 1965). In questo modello, l'*explanans* è dedotto logicamente dalle condizioni

iniziali e dalle leggi (dette di copertura). Con questo modello possiamo facilmente spiegare fenomeni fisici che non richiedono grande complessità, come ad esempio perché un palloncino gonfiato di elio sale in aria o perché l'acqua, messa a riscaldare e raggiunti i 100ºC, fa le bolle. Questo modello si adatta bene a situazioni deterministiche, in cui possiamo definire con esattezza le condizioni a un tempo t_2, date le condizioni al tempo t_1 e le leggi di natura rilevanti. In seguito Hempel provò ad ampliare il modello anche a contesti statistici, sviluppando il modello "statistico-induttivo": un'inferenza induttiva dovrebbe garantire un'*alta probabilità* di occorrenza all'*explanans*. Il dibattito filosofico, in modo piuttosto unanime, ha identificato importanti limiti anche a questo approccio. Un importante limite è che, in termini probabilistici, potremmo essere interessati a spiegare l'occorrenza dell'*explanans*, sia che la sua probabilità sia alta sia che sia bassa.

Vale la pena notare due direzioni importanti nel dibattito in filosofia della scienza. La prima riguarda la discussione del ruolo di teorie e leggi in bio-medicina e la seconda lo sviluppo di un approccio alla spiegazione basato sul concetto di meccanismo. Per quanto riguarda la prima direzione: il testo di Schaffner (SCHAFFNER 1993) affrontava già allora la questione con grande lucidità. Secondo Schaffner, varie discipline in bio-medicina – dalla genetica molecolare all'immunologia e dalla fisiologia all'embriologia – differiscono dalla fisica e chimica in quanto le teorie ivi sviluppate sono del tipo "*middle-range*", ovvero intermedie tra le teorie universali della biochimica e i meccanismi universali dell'evoluzione neodarwiniana. Il punto chiave è capire il significato di *universale*. Schaffner sostiene che "universale" può riferirsi all'ambito di applicazione: una teoria è universale se si applica a *tutti* gli organismi disponibili sulla Terra. Oppure, "universale" può riferirsi al carattere causale della generalizzazione. Nella maggioranza delle teorie disponibili in bio-medicina, non abbiamo un'universalità di ambito, ma abbiamo senz'altro un'universalità che viene da una generalizzazione causale in grado di supportare il ragionamento controfattuale. Questo perché, nell'attribuire la stessa causa (o le stesse condizioni e meccanismi) siamo autorizzati a fare delle inferenze riguardo agli eventuali effetti. La forza controfattuale conferita da queste generalizzazioni causali non deve essere per forza di tipo deterministico, ma può essere di tipo probabilistico.

La posizione di Schaffner aiuta a superare una *impasse* già da lungo tempo registrato nel dibattito in filosofia della scienza, ovvero riguardo lo statuto della biologia e della medicina, data la palese mancanza di leggi nel senso della fisica. Shaffner discute con dovizia di particolari le posizioni di autori eminenti come Smart, Wymsatt, Kitcher e Roseberg (si veda in particolare SCHAFFNER 1993, cap. 3), le cui posizioni oscillano tra il dare alla bio-medicina uno statuto del tutto singolare alla richiesta ferma di abbandonare *in toto* le leggi e di analizzarne i meccanismi. Schaffner, nello sviluppare il concetto di "teorie di intermezzo" riesce a spiegare perché buona parte della bio-medicina, sebbene non cerchi e stabilisca leggi come quelle della termodinamica, produca ugualmente conoscenza degna di tale nome. Infatti, secondo Schaffner, gran parte teorie in bio-medicina, proprio come quelle della fisica e chimica, sono testabili, hanno contenuto empirico, sono sottoposte a cambiamenti e impiegano inferenze deduttive e induttive per stabilire le conoscenze.

Quanto alla seconda direzione, negli ultimi quindici-venti anni, un nuovo paradigma di spiegazione ha cominciato ad essere sviluppato. Si è via via abbandonata l'idea che la spiegazione sia un argomento (deduttivo o induttivo) e si è fatta strada l'idea che per *spiegare* un fenomeno dobbiamo poter indicare *come* esso occorra, ad esempio, quali reazioni bio-chimiche siano alla base dell'insorgenza di una malattia. Le leggi sono quindi quasi del tutto sparite, per lo meno in ambiti come le scienze sociali, della vita e della salute. Il recentissimo *Handbook* curato da Glennan and Illari (GLENNAN, ILLARI 2017) fornisce non soltanto una panoramica delle radici e degli sviluppi concettuali che hanno portato alla nascita di una vera e propria "filosofia dei meccanismi", ma sistematizza le questioni e i dibattiti nelle varie discipline scientifiche riguardo il concetto di meccanismo. In particolare, il capitolo dedicato alla bio-medicina (CLARKE, RUSSO 2017) spiega i vari vantaggi dell'utilizzare i meccanismi in diversi contesti,

dalla spiegazione alla scoperta, dalla diagnosi agli interventi di salute pubblica. Va altresì notato che questo capitolo parte da una visione abbastanza comprensiva della bio-medicina, che comprende studi epidemiologici, clinici, o di laboratorio (Clarke e Russo, invero, preferiscono usare "medicina" come termine che comprende varie discipline, dalla medicina clinica all'epidemiologia, dalla medicina *evidence-based* alla fisiologia). Il capitolo può pertanto essere considerato come una base concettuale per apprezzare l'importanza della spiegazione meccanicistica nel caso dell'amianto e mesotelioma, qui preso in esame, così come di altri casi in cui il diritto penale si scontra con importanti questioni di attribuzione causale. Vale la pena notare che, in questo filone filosofico, "meccanismo" non è usato metaforicamente ma fa riferimento a precise ricostruzioni di processi a livello biologico, fisico, sociale etc. e che servono a spiegare un dato fenomeno.

3.2.4. *Pluralismo dell'evidenza*

Nella pratica scientifica, e segnatamente in ambito bio-medico, stabilire un nesso causale non significa (sempre o esclusivamente) trovare una causa necessaria, né derivare un effetto da una legge generale, né ridurre la causalità a relazioni probabilistiche. Le scienze della salute dei nostri giorni adottano un approccio pluralista, secondo cui per stabilire un nesso causale si ha bisogno di evidenze scientifiche *che* C causa E e di evidenze scientifiche di *come* C causa E. Nel § 2 abbiamo presentato la metodologia dello IARC precisamente in questi termini. La questione ha portata sia metodologica sia concettuale. Dal punto di vista concettuale, ciò significa adottare un concetto di causalità che è esso stesso sfaccettato. "C causa E" significa che l'occorrenza di C *fa differenza* per l'occorrenza di E; cioè, C è un "*difference-maker*", un differenziante. Ma significa anche che l'occorrenza di C *produce* E, in qualche modo da stabilire. Questa concettualizzazione è coerente con le metodologie più solide ad oggi disponibili. Una correlazione statistica tra C ed E deve essere supportata da una spiegazione di *come* C causa E. Naturalmente non è detto che tutte le evidenze siano disponibili ad un dato momento, ed è proprio per questo che le scienze continuano a studiare, nel corso del tempo, una stessa relazione causale (proprio come quella tra mesotelioma e amianto) e che la comunità scientifica passa in rassegna periodicamente gli studi effettuati in un dato lasso di tempo.

3.2.5. *Causalità generale e causalità singolare*

Abbiamo fino ad ora parlato di causalità e abbiamo usato esempi di vario tipo, sorvolando però su una distinzione importante. Un nesso causale può essere *generale* oppure *singolare*. In filosofia, si parla di nesso causale generico quando esso è, almeno in linea di principio, ripetibile e valido per una data popolazione. Per esempio, "fumare causa il cancro" è senz'altro vero in molti casi di cancro e per molti fumatori. Il nesso causale si è ripetuto tanto da poterlo studiare statisticamente in modo dettagliato. Tuttavia, nessi causali generici, specialmente in ambito biomedico, non sono leggi cui *ogni* individuo obbedisce. Giovanni ha sviluppato un cancro, eppure non ha mai fumato (potrebbe però essere stato esposto al fumo passivo). Giorgio ha fumato una vita intera, eppure non ha sviluppato il cancro (potrebbe però aver sviluppato altre patologie legate al fumo). I nessi causali *singolari* riguardano l'individuo, non il gruppo, e sono, in un certo senso, unici. L'uso imponente di generalizzazioni statistiche nelle scienze sociali e nelle scienze della salute pone in primo piano la questione della causalità singolare. In un contesto scientifico in cui i nessi di causalità sono stabiliti prevalentemente a livello di popolazione, si deve poter spiegare come inferire un nesso causale nel singolo caso. Per esempio, se Marco ha lavorato venti anni in una fabbrica di amianto, come facciamo a stabilire che ciò gli ha causato il mesotelioma? Domande analoghe si possono porre riguardo al cancro al polmone e al ruolo causale del fumo di sigaretta, come anche indicato sopra. Il dibattito filosofico si è occupato anche di questioni come questa e vedremo, nel seguente paragrafo, come è possibile darvi una risposta.

La differenza tra causalità generale e singolare solleva interessanti questioni sia dal punto di vista epistemologico sia ontologico. Ontologico, in quanto è dibattuto se la causalità individuale sia prima rispetto alla causalità generale, o viceversa. Epistemologico, in quanto ci serve sapere come fare le inferenze: dal caso generale a quello individuale (ad esempio per deduzione o per sussunzione, ammesso di avere delle leggi) oppure da più casi individuali a quello generale, per induzione. Non si tratta di una disquisizione filosofica astratta; la questione è di ordine pratico e normativo. Ad esempio, le questioni di responsabilità, tipiche nel diritto penale, dipendono anche dal poter stabilire nessi causali individuali.

Abbiamo già trattato della questione delle leggi nel dibattito filosofico, ma vale la pena ritornarvici in quanto la distinzione tra causalità generale e singolare riapre la questione. Si consideri, in dottrina penalistica, il modello della "sussunzione sotto leggi scientifiche", come proposto da Stella (STELLA 2000). Il vantaggio che questo approccio potrebbe portare, soprattutto rispetto alla teoria condizionalistica, è che, per stabilire il nesso causale individuale, si fa riferimento a rapporti di successione regolare. Se è una legge che l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma, devo poter sussumere la corrispondente relazione individuale, ovvero che la *mia* esposizione ha causato il *mio* cancro – l'inferenza fatta è di tipo *deduttivo*. Anche se è generalmente accettato che un tale rapporto di successione regolare sia di tipo statistico e non universale, il modello della sussunzione sotto leggi, nella sua formulazione originaria, continua a scontrarsi con un problema già sollevato nel dibattito filosofico: possiamo sussumere sotto leggi (e per via deduttiva) una parte dei fenomeni della fisica (non tutti), in misura minore quelli biologici, e ancor inferiore quelli legati alla sfera biomedica. In questo senso, la sentenza c.d. "Franzese", i cui contenuti sono stati in qualche modo prefigurati nei contributi di Donini (DONINI 1999) e di Di Giovine (DI GIOVINE 2002), è riuscita a inserire nella prassi giurisprudenziale non solo l'utilizzo di leggi statistiche (che possono stabilire una connessione tra antecedenti e conseguenti anche con probabilità basse) ma soprattutto l'inclusione della ricostruzione dell'evento concreto ragionando anche sull'esclusione di fattori causali alternativi (per una discussione, si veda anche DI GIOVINE 2016). Ho precedentemente provato ad argomentare perché la filosofia della scienza ha sviluppato modelli di spiegazione alternativi alla sussunzione sotto leggi. Nel § 4 tornerò sulla questione dal punto di vista dell'attribuzione causale nel singolo caso, cercando di offrire una logica diversa per l'attribuzione causale e che sembra essere più in linea con l'approccio Franzese. In questo modo, il § 4 si propone come possibile epistemologia alternativa al modello di sussunzione sotto leggi *stricto sensu*.

3.2.6. *Controfattuali*

Un controfattuale stabilisce una relazione tra un antecedente e un conseguente. Si suppone che l'antecedente non sia occorso, e ci si chiede che cosa ne sarebbe stato del conseguente. Il ragionamento controfattuale è da sempre utilizzato in contesti scientifici, filosofici e nel quotidiano. In filosofia, una rigorosa analisi della sua logica si deve al filosofo e logico David Lewis negli anni '70 (già prima menzionato). È importante notare che lo scopo della teoria di Lewis è di dare delle regole di inferenza per stabilire la *verità* di enunciati controfattuali. Se proviamo ad applicare l'approccio di Lewis a controfattuali in ambito scientifico, ci scontriamo con almeno due difficoltà. La prima è che si basa sull'ipotesi che i mondi possibili esistano davvero, in senso forte. Molti scienziati (e filosofi) concorderebbero che questa sia un'assunzione troppo forte da poter accettare. Questo problema, però, può essere risolto trovando delle altre logiche più snelle e più vicine ad un realismo del senso comune. Il secondo limite è più importante: nella pratica scientifica non ci si interessa tanto alla *verità* di un enunciato, quanto alla sua validità all'interno di un contesto di modellizzazione dato. Per questo motivo il dibattito recente in filosofia della causalità ha cercato di spostare l'asse della discussione dalla logica alla prova (nel senso di *scientific evidence*). Pertanto si può riformulare la questione dei controfattuali come segue: che

tipi di evidenza scientifica supportano un condizionale controfattuale? (Invece di: Quali sono le condizioni di verità di un controfattuale?).

Va altresì notato che esistono diverse letterature parallele sul tema dei controfattuali. Esiste una letteratura in logica e filosofia del linguaggio, cui la teoria di Lewis menzionata in precedenza appartiene. Alcune teorie recenti hanno mostrato grandi miglioramenti rispetto alla "semantica a mondi possibili" di Lewis, usando logiche più vicine ad un effettivo uso del linguaggio ordinario. Tuttavia, a nostra conoscenza, questi studi rimangono molto astratti e non sono stati applicati a casi concreti come questi (esposizione all'amianto e mesotelioma). La letteratura in psicologia ha carattere empirico e prova a mostrare come *in pratica* le persone (adulti parlanti competenti o bambini in varie fasi dell'età evolutiva) usino il ragionamento controfattuale e lo applichino a situazioni ordinarie. Esiste anche una letteratura che, in qualche modo, discute l'applicazione dei controfattuali in ambito giuridico, anche se il problema della causalità non è sempre affrontato in modo esplicito o facendo uso dell'approccio pluralista (si veda al riguardo STAPLETON 2009; GOLDBERG 2011; LAGNADO, GERSTENBERG 2017), come invece qui proposto.

4. *Una risposta basata sul dibattito scientifico e su quello filosofico*

L'esposizione all'amianto causa il mesotelioma? Darò innanzitutto la risposta breve: *sì, lo causa*. Proverò ora ad argomentare la risposta breve sulla base degli elementi presentati nei precedenti paragrafi e riformulando la domanda generica in tre domande più specifiche: di che tipo di causa si tratta (D1), se una diminuzione dell'esposizione corrisponda a una diminuzione della malattia (D2), e di come stabilire un nesso causale nel caso singolo (D3). Infine, mi soffermerò sulla questione se il consenso scientifico attuale e la teoria pluralista della causalità siano sufficienti ad affrontare questioni di attribuzione causale in ambito legale.

4.1. *D1: Che tipo di "causa" è l'esposizione all'amianto?*

Come già accennato nel § 3, la concettualizzazione della causa come condizione necessaria è stata affiancata, negli ultimi anni, da altre concettualizzazioni. Le condizioni necessarie rimangono valide, per esempio, in ambito medico – e solo in alcuni casi – ma sicuramente non esauriscono i modi in cui si può intendere il concetto di causa. In particolare, il concetto di "*difference-maker*" torna qui molto utile. Gli studi epidemiologici menzionati nel § 2 stabiliscono una relazione di *difference-making* tra i due relata: l'esposizione all'amianto cambia la probabilità di sviluppare il mesotelioma, e in particolare, l'aumenta. Il concetto di *difference-making* è una generalizzazione del "*probability raising*", centrale nelle prime versioni delle teorie probabilistiche della causalità. In questo dibattito si fece – correttamente – notare che le cause possono aumentare oppure diminuire la probabilità dell'occorrenza di un evento, quindi è più importante lavorare con il concetto di "*probability-changing*" e di "*difference-making*", che semplicemente con il concetto di "*probability-raising*". In parte, si tratta di una reazione ai paradossi del modello statistico-induttivo di Hempel, che richiedeva un'*alta probabilità* dell'evento occorso. Invece, anche eventi con bassa probabilità occorrono e necessitano di spiegazione. Il punto è particolarmente rilevante perché il mesotelioma è un tumore raro rispetto alla popolazione generale ma si è scoperto molto – troppo – diffuso in coorti specifiche. Il concetto di *difference-making* ci permette quindi di stabilire che l'esposizione al mesotelioma è propriamente una causa (differenziante). Gli studi di coorte sui lavoratori esposti all'amianto in settori industriali differenti o sulla popolazione residente in luoghi in cui erano sviluppate lavorazioni dell'amianto, in diversi paesi, sono fondamentali proprio per stabilire questo aspetto del nesso causale.

Sebbene gli studi epidemiologici solitamente riportino i risultati di analisi statistiche, essi basano le proprie conclusioni *anche* sui risultati riportati in altre discipline come la biologia o l'epidemiologia e biologia molecolare, le quali prestano maggiore attenzione ai meccanismi di

azione. Nel caso del mesotelioma, già dagli anni '30, si è cominciato a raccogliere indizi sui meccanismi di azione, poi diventati studi sistematici di cancerogenicità negli animali da esperimento, in culture cellulari, etc. Per esempio, il patologo britannico S. Roodhouse Gloyne riportava, nel 1935, due casi di "carcinoma squamoso" (GLOYNE 1935). Questo studio è anche discusso da Castleman (CASTLEMAN 2005, 42 ss.). Le dettagliate descrizioni di Gloyne sono dei primi tentativi di stabilire una connessione tra l'esposizione all'amianto e il tumore al polmone. Una volta stabilita questa connessione, si può studiare quella tra amianto e mesotelioma. Si tratta di un argomento per analogia, come indicato nelle linee guida di Bradford Hill, e che necessita di ulteriori evidenze di "plausibilità biologica". Invero, queste evidenze sono state in seguito raccolte e ampiamente confermate. È altresì importante notare che, come per il "*difference-making*", anche le evidenze sperimentali non sono stabilite "in blocco". Il recente dibattito filosofico sui meccanismi spiega, tra le altre cose, che per rispondere a domande come D1 (o simili) si devono valutare *globalmente* le evidenze disponibili (si veda ad esempio (CLARKE et al. 2014; PARKKINEN et al. 2017). Se le descrizioni di Gloyne non potevano dare, *allora*, una prova schiacciante; *oggi*, però, insieme a tutti gli studi che ne sono seguiti, contribuiscono in modo significativo alla comprensione dei vari meccanismi per cui l'esposizione all'amianto causa il mesotelioma. Anche se i meccanismi di cancerogenesi non sono compresi completamente, ad oggi, essi sono compresi *sufficientemente* per stabilire che l'esposizione all'amianto è una causa *anche* nel senso che *produce* l'effetto "mesotelioma". In altre parole, l'amianto è all'inizio di una catena, di un complesso processo bio-chimico che porta a sviluppare il tumore maligno.

Riassumendo, l'amianto è una causa "difference-maker": la sua presenza fa differenza per la probabilità di sviluppare il mesotelioma. L'aspetto "*difference-maker*" dell'amianto è apprezzabile su scala popolazionale e alla luce dei dati dell'esposizione cumulativa. L'amianto è anche una causa produttiva: la sua presenza innesca dei complessi processi bio-chimici che portano allo sviluppo del tumore. Nonostante il meccanismo non sia descritto in modo completo, le evidenze riguardo gli aspetti meccanicistici sono più che sufficienti per apprezzare il suo ruolo produttivo dal punto di vista biologico.

4.2. *D2: Diminuendo l'esposizione all'amianto, diminuisce anche l'insorgere di mesotelioma?*

L'epidemiologia ha studiato il nesso tra amianto e mesotelioma anche tenendo conto delle cessazioni delle attività industriali in cui l'amianto era stato utilizzato. Menziono alcuni studi: WEILL et al. 2004 si occupano della situazione negli Stati Uniti, già dal 1973; JI et al. 2016 analizzano dati presi dal registro svedese sul cancro; SOEBERG et al. 2016 analizzano dati dall'Australia tra il 1982 e il 2009. Studi come questi permettono di fare delle proiezioni affidabili sui casi di cancro attesi, avendo stime attendibili degli individui esposti, della durata dell'esposizione e latenza, e della cessazione di eventuali attività industriali. Stabilire un nesso tra la diminuzione dell'esposizione e la diminuzione del mesotelioma è, in questo caso, plausibile *anche* perché il meccanismo di azione è molto specifico. Il mesotelioma della pleura, infatti, è messo in relazione quasi esclusivamente con l'esposizione all'amianto.

Per riassumere, sulla base di studi epidemiologici dedicati e tenendo conto della specificità del nesso causale, è plausibile affermare che, diminuendo l'esposizione all'amianto, l'insorgere di mesotelioma sarebbe (stato) inferiore.

4.3. *D3: Se Giovanni non fosse stato esposto all'amianto, avrebbe ugualmente sviluppato il mesotelioma?*

La formulazione di questa domanda rientra nella classe dei "controfattuali", che abbiamo sommariamente presentato alla fine del § 3.2. Questo tipo di controfattuale, in particolare, è di difficile trattazione. Cerchiamo intanto di capire il perché. La domanda può essere riformulata

come segue. Come possiamo decidere del nesso causale per Giulio o Giovanni dato che (i) la medicina e l'epidemiologia stabiliscono principalmente generalizzazioni valide per la popolazione e che (ii) tali generalizzazioni non sono "leggi" come quelle della meccanica classica? Proverò a rispondere a questa domanda in tre tempi. Innanzi tutto, cercherò di chiarire lo statuto delle generalizzazioni in epidemiologia e medicina. In seguito, tornerò sulla formula di Berry menzionata nel § 2, cercando di discutere più in dettaglio sua interpretazione. Infine, cercherò di integrare queste considerazioni con due approcci sviluppati in filosofia della causalità: la causalità probabilistica e il pluralismo dell'evidenza.

Il primo punto: che cosa stabilisce l'epidemiologia? Prendiamo in esame lavori di sintesi nel settore. Si consideri per esempio il rapporto della *III Consensus Conference* (MAGNANI et al. 2015). Questo contributo passa in rassegna la letteratura esistente riguardo i vari tipi di esposizione all'amianto. Testi come questo riassumono i risultati di studi descrittivi e predittivi, tenendo conto della conoscenza disponibile riguardo la latenza o l'esposizione cumulativa. In questo modo l'epidemiologia quantifica il nesso tra esposizione all'amianto e insorgenza del mesotelioma. Che valore hanno le formule trovate dagli epidemiologi? In primo luogo, tali formule hanno per lo più valore *descrittivo e predittivo* e non esplicativo. Ciò significa che, data la conoscenza disponibile sull'esposizione all'amianto e sui meccanismi di cancerogenesi (inclusa la latenza), ci si attende una certa incidenza di mesotelioma in regioni specificate e in un certo periodo. La *spiegazione* della relazione tra amianto e mesotelioma è data dai meccanismi bio-chimici d'inalazione, assorbimento, etc. Ritornerò in seguito sull'uso dei meccanismi. Che validità hanno queste formule? Se accettiamo la metodologia epidemiologica corrente, queste formule sono *valide*. Ma che cosa significa, esattamente? Sono certe, vere ed universali? No, non sono certe, vere ed universali, *in senso forte*. Ma è importante notare che nemmeno le leggi della fisica lo sono! In filosofia della fisica, i lavori di Nancy Cartwright, ed in particolare *How the laws of physics lie* – come mentono le leggi della fisica – ha fatto scuola (CARTWRIGHT 1983). L'argomento di Cartwright vuole mostrare che l'aspetto deterministico e universale delle leggi della fisica dipende comunque dall'applicazione di una clausola particolare: esse valgono *ceteris paribus*. In altre parole, anche in ambiti dove si è tipicamente pensato di poter raggiungere certezza ed universalità, queste sono sempre relative ad un dato quadro concettuale e sperimentale e ad un dato insieme di condizioni iniziali. In secondo luogo, queste formule riguardano la *popolazione* e non il singolo individuo. Quindi, in senso stretto, questi studi epidemiologici non ci dicono nulla di Giulio, Stefano, o Giovanni. Non dicono nulla *direttamente*. Non ci dicono se Giulio, Stefano, o Giovanni abbiano contratto il mesotelioma perché esposti alla sostanza trent'anni prima. E non ci direbbero nulla se le applicassimo ora, per prevedere se i suddetti individui svilupperebbero il mesotelioma di qui a trenta anni. Lavorando con queste formule, è possibile fare delle predizioni per un *individuo medio*, appartenente ad una classe di riferimento rilevante (si vedano al riguardo due lavori manoscritti del filosofo della scienza Paolo Garbolino (GARBOLINO [mns.a]; GARBOLINO [mns.b]) sull'inferenza probabilistica e incerta nel singolo caso).

Questo preambolo non intende affatto sostenere la tesi secondo cui non è possibile stabilire un nesso di causa per il singolo caso. Invece, vuole mostrare come si possa arrivare ad attribuire nessi causali nel caso singolo, a patto di adottare un approccio pluralista alla causalità. Approfondiremo quest'idea dopo aver analizzato la formula di Berry, ed una sua possibile espansione con il "principio di connessione".

La soluzione di Berry (si veda anche in precedenza il § 2) è di considerare l'individuo come un "individuo medio" su cui si possono fare delle inferenze probabilistiche, a partire dalle generalizzazioni epidemiologiche. Le riflessioni contenute nelle relazioni di Garbolino spiegano con chiarezza come si possano fare inferenze di questo tipo. Secondo Berry dovremmo trattare ogni individuo come un "caso medio". Un po' come l'*homme moyen* di Adolphe Quetelet in demografia. Ma davvero non ci resta null'altro se non un'inferenza probabilistica? Possiamo affrontare la questione provando ad integrare due approcci alla causalità probabilistica. Due

lavori, il primo di Russo (RUSSO 2009) in filosofia della scienza e il secondo di Kleinberg (KLEINBERG 2013) in informatica, hanno provato a proporre una riformulazione di un "principio di connessione" originariamente elaborato dal filosofo Elliott Sober (SOBER 1986). L'idea, nella sua semplicità, è comunque più raffinata della soluzione di Berry. I lavori di Russo e Kleinberg suggeriscono di usare una generalizzazione per inferire la verosimiglianza (*likelihood*) della corrispondente relazione singolare. Senza entrare in dettagli tecnici, il principio di connessione, stabilisce che, *ceteris paribus*, quanto più forte la relazione causale a livello di popolazione, tanto più *verosimile* è la corrispondente relazione nel caso singolo (il concetto di verosimiglianza fa riferimento alla probabilità di una data ipotesi date specifiche evidenze e non è equivalente alle probabilità a posteriori figuranti nel teorema di Bayes, si veda al riguardo Russo (2009, cap. 6)). In altre parole, se la relazione tra amianto e mesotelioma a livello di popolazione è molto forte, è anche *verosimile* che Giulio, esposto all'amianto, abbia *per questo* sviluppato il mesotelioma. Ci sono due differenze importanti rispetto all'approccio *à la* Berry.

La *prima* differenza è che non si fa un'inferenza per l'individuo medio ma si valuta la *verosimiglianza* del nesso causale individuale. Questa verosimiglianza dipende certamente dal corrispondente nesso a livello di popolazione, ma dipende *anche* dall'importante clausola *ceteris paribus*: a *parità di fattori causali noti*, tanto più la relazione è forte (o debole) per la popolazione, tanto più lo sarà nel caso singolo. È altresì importante notare che non stiamo nemmeno *deducendo* un caso particolare da una generalizzazione, come previsto dal modello di copertura di Hempel. Lavorare con la verosimiglianza (piuttosto che con un valore medio *à la* Berry), ci permette di ragionare su *vari* tipi di evidenze epidemiologiche raccolte. Qui si inserisce la *seconda* differenza con Berry: la clausola *ceteris paribus*. Questa, infatti, è fondamentale. Inferire un nesso causale nel singolo caso non è solo una questione d'inferenza statistica corretta. È *anche* una questione d'integrazione di evidenze e conoscenze di tipo diverso. Bradford Hill lo aveva spiegato chiaramente per i nessi causalità generale. Mi sono riferita in precedenza al suo contributo del 1965. Si tratta del suo discorso di apertura in qualità di presidente della *Royal Society of Medicine*. Bradford Hill elencò quelli che, a suo avviso, erano i nove principali elementi, o punti di vista, da considerare nello stabilire una relazione causale: forza dell'associazione (statistica), costanza cui questa associazione è osservata, la sua specificità, aspetti temporali, dose-risposta, plausibilità biologica, coerenza con le conoscenze disponibili, evidenze sperimentali, analogie. Non si tratta di un insieme di condizioni necessarie e sufficienti, né c'è una priorità di un elemento rispetto ad un altro. Bradford Hill voleva proporre degli strumenti per considerare ed analizzare le varie evidenze raccolte. Il principio di connessione e la clausola *ceteris paribus* ci mettono in grado di sviluppare un ragionamento analogo per i nessi causali singolari.

Abbiamo aperto il paragrafo con la domanda "Se Giovanni non fosse stato esposto all'amianto, avrebbe ugualmente sviluppato il mesotelioma?". Per Hempel non c'è bisogno di leggi di copertura per spiegare o per fare inferenze nel caso di Giovanni. Le formule predittive di Berry, e riprese dal rapporto della terza *Consensus Conference* (MAGNANI et al. 2015), ci forniscono dell'evidenza molto forte riguardo alla latenza e all'esposizione cumulativa al livello della *popolazione*. Per ogni singolo individuo si devono poi considerare le varie condizioni in cui l'esposizione all'amianto è occorsa. Le domande che riguardano il ruolo dell'esposizione non sono "dicotomiche", come suggerito per semplicità in D3. Le storie di esposizione tipicamente si estendono nel tempo, e quindi *nel corso del tempo* si deve capire quale peso abbia avuto l'esposizione. Per questo motivo non esiste un *experimentum crucis* che permetta di stabilire come l'esposizione all'amianto causi il mesotelioma. I vari modi in cui si è esposti hanno tutti un ruolo. Gli studi sui meccanismi sono, infatti, molteplici, non solo in numero ma anche in termini di approccio o di enfasi.

Disponiamo, ad esempio, di studi animali che investigano i meccanismi bio-chimici; di studi sociali, che studiano i meccanismi socio-psico-economici che favoriscono l'esposizione; disponiamo anche di analogie, che comparano studi effettuati in vari luoghi con forte esposizione all'amianto, *etc*. In altre parole, le relazioni di *difference-making* stabilite negli studi epidemiolo-

gici forniscono una base per inferire la verosimiglianza della relazione nel singolo caso e vanno integrate con varie considerazioni sui meccanismi di azione (bio-chimici o sociali). Abbiamo visto in precedenza, sia nel § 2 sia nella risposta a D1, che evidenze riguardo una "connessione fisica" tra amianto e tumore, anche se non complete, hanno cominciato a circolare già negli anni '30 e '40. La bio-medicina contemporanea ha fornito risposte più dettagliate sui meccanismi di azione che spiegano gli effetti cancerogeni dell'amianto. Testi di sintesi come il *Consensus* contengono e discutono, di fatto, queste evidenze supplementari. Questo testo, in particolare, si basa in larga parte sulle monografie dello IARC. Laddove lo IARC ha effettuato ampie analisi degli studi esistenti, indicazioni sui *meccanismi* di esposizione sono presupposte nel *Consensus*. Per studi più nuovi e *in itinere* (e.g. dai nano materiali), il *Consensus* dà esplicite indicazioni sui meccanismi. Si noti inoltre che il *Consensus* menziona esposizioni indirette, per esempio donne che vengono a contatto con i vestiti dei mariti che lavoravano in industrie edili aventi a che fare con l'amianto. Questi sono elementi fondamentali per la valutazione di casi singoli e sono racchiusi nella formula *ceteris paribus*. Per poter decidere in modo appropriato del controfattuale D3, dobbiamo esplicitare *quanto più possibile* le condizioni lasciate implicite nel *ceteris paribus*.

Anche se, ad oggi, non esiste un metodo omogeneo e perfettamente formalizzato per valutare controfattuali come quello in D3, le metodologie usate in epidemiologia e i recenti approcci sviluppati in filosofia della causalità permettono di fare inferenze sufficientemente solide. Pertanto, i controfattuali riguardanti Giulio, Stefano, o Giovanni non sono indecidibili: è possibile stabilire il ruolo causale dell'esposizione all'amianto nella catena eziologica che ha portato al mesotelioma. Ad oggi, le conoscenze disponibili in bio-medicina ed epidemiologia rendono l'inferenza nel singolo caso per il mesotelioma relativamente più semplice che per altri tipi di tumore, in quanto il meccanismo è abbastanza specifico. Le ricerche in ambito bio-medico, soprattutto a livello molecolare, stanno contribuendo in modo significativo a delucidare vari aspetti della relazione gene-ambiente. Possiamo ragionevolmente attenderci che una migliore comprensione dei vari meccanismi operanti porti anche ad una più accurata considerazione delle condizioni che, nel singolo caso, hanno contribuito allo sviluppo di una determinata patologia, nel caso specifico del mesotelioma della pleura.

Riassumendo: è possibile stabilire un nesso causale nel singolo caso usando metodi e risultati dell'epidemiologia e il ragionamento controfattuale, integrandoli con una dettagliata descrizione della clausola *ceteris paribus*, che include considerazioni sui meccanismi bio-chimici e/o sociali in cui avviene l'esposizione all'amianto.

4.4. *Attribuzione causale: come affrontare il problema della responsabilità penale*

Fino ad ora ho affrontato la possibilità di rispondere ad alcune domande riguardo alla relazione causale tra esposizione ad amianto e mesotelioma avvalendomi dei risultati dei dibattiti in ambito scientifico e filosofico. Proverò ora ad avventurarmi in un terreno a me più nuovo, ovvero quello del dibattito legale, provando ad offrire degli spunti da sviluppare in futuro.

Ho velocemente accennato al modello di sussunzione sotto leggi per attribuzione causale nel singolo caso, proposto da Stella. In giurisprudenza, tuttavia, esistono anche posizioni che hanno migliorato l'impianto fornito da Stella. In particolare, la sentenza Franzese può essere letta come un decisivo passo per superare l'uso di nessi generali universali, ammettendo giudizi probabilistici calibrati su aspetti specifici relativi al caso in esame. Assumendo che il lettore abbia già familiarità con questi temi, darò qui solo un rapido cenno a questi due contributi, lasciando eventuali approfondimenti per altre occasioni (per una discussione del contributo della sentenza Franzese si veda ad esempio (Viganò 2013).

Nella letteratura giuridica italiana, l'autore che ha divulgato il modello delle leggi di copertura è Federico Stella. Questo modello, sviluppato da Carl Hempel, ha dominato la filosofia della scienza del secondo Novecento. L'idea è che, per spiegare un fenomeno, dobbiamo costruire un

argomento (si legga: un argomento nel senso della logica formale) costituito da premesse e conclusioni. Nelle premesse troviamo delle note leggi di natura, poi le condizioni iniziali, e da queste due insieme possiamo, per via deduttiva, inferire perché l'evento che ci interessa è occorso. Si tratta di un modello semplice, che rende conto – e molto bene – di casi semplici della fisica, per esempio perché l'acqua portata a 100°C fa le bolle. Se le leggi sono di natura causale, spiegheremo causalmente l'occorrenza di un effetto a partire dalle leggi e dalle condizioni iniziali. Da subito la comunità filosofica ha notato alcune difficoltà, tra cui quella di formulare una spiegazione causale (asimmetrica), usando leggi della fisica che sono spesso simmetriche. Ad esempio, in questo modello possiamo dedurre la lunghezza di un'asta dalla lunghezza della sua ombra al suolo, o viceversa. Una seconda linea di critiche faceva notare che si doveva estendere il modello a contesti probabilistici, e così fu sviluppato il modello statistico-induttivo, che però, nella sua prima formulazione, richiedeva che l'evento occorso avesse un'alta probabilità, cosa non sempre vera.

Nonostante la filosofia della scienza abbia a più riprese rivisto, e infine abbandonato, le leggi di copertura, questo è rimasto un caposaldo per l'imputazione eziologica in ambito forense (per una eccellente ricostruzione della storia della spiegazione causale, si veda SALMON 1992, che però si ferma al 1987; come già discusso nel § 3, negli ultimi trent'anni il dibattito ha sviluppato nuovi strumenti di analisi per l'imputazione eziologica). Il motivo si può ben immaginare: è un modello forte, stabile, in cui l'inferenza deduttiva garantisce la certezza dell'imputazione causale. Ma con una grande limitazione: funziona in contesti molto specifici. Stella, già nell'edizione del 1975 di *Leggi scientifiche e spiegazione causale nel diritto penale* (STELLA 2000), si era reso conto di questa limitazione e discuteva la possibilità di snellire il modello in contesti epidemiologici e medici, richiedendo la disponibilità di una "legge" statistica. Di più, già allora Stella ammetteva la necessità di integrare le leggi statistiche con la conoscenza di meccanismi, e tuttavia chiosava che il giudice non può essere tenuto a spiegare *tutti* i dettagli del meccanismo del fenomeno. Tuttavia l'individuazione di alcuni di quei dettagli può essere l'unica strada da seguire per dimostrare l'esistenza del nesso causale. In altre parole, la spiegazione del meccanismo del fenomeno non è di per sé indispensabile ma può servire al giudice nell'ipotesi in cui non sia possibile rendere intelligibile l'evento per altra via. Come abbiamo visto in precedenza, nel dibattito contemporaneo sulla causalità, i meccanismi hanno un ruolo centrale, se non essenziale, nell'imputazione causale. E tuttavia, né la scienza né la filosofia pretendono la conoscenza completa del meccanismo di azione.

La sentenza Franzese parte da un caso di omissione in ambito medico. I casi di causalità per omissione sono un vero grattacapo filosofico, e ancor più giuridico. Vale la pena menzionare questa sentenza perché si va in una direzione diversa rispetto all'approccio di Stella, basato sulla sussunzione sotto leggi di copertura per via deduttiva: per determinare l'imputazione causale individuale, oltre a nessi causali generali rilevanti di natura probabilistica, è importante ragionare sul caso specifico, capire quali altri fattori abbiano potuto giocare un ruolo determinante, e quindi stabilire delle connessioni nel caso concreto in questione.

Alla luce della discussione nei paragrafi precedenti, si pone ora la seguente domanda: come si affronta l'imputazione causale senza leggi? Ho provato a suggerire nei precedenti paragrafi che esiste un modo per rispondere a delle domande riguardo la causalità generale e singolare, usando gli strumenti concettuali emersi in precedenza, e segnatamente: il pluralismo dell'evidenza, la conoscenza dei meccanismi e i controfattuali (strumenti che, nell'approccio pluralista del mosaico causale qui presentato, non sono indipendenti). Alcune domande restano però inevase. Alla fine del § 2, ho fatto notare che, per alcune controversie, non abbiamo una formulazione plausibile che giustifichi ulteriore ricerca in ambito scientifico. Ammesso che sia possibile ricostruire *esattamente* la storia individuale di sviluppo di un mesotelioma, non sembra legittimo chiedere ad un epidemiologo o a un biologo molecolare di dirigere le sue ricerche in quella direzione. Tuttavia, date le conoscenze disponibili e degli adeguati strumenti concettuali,

possiamo dare una risposta *verosimile*, anche se non certa. Resta legittima, però la richiesta del giurista di dover stabilire una responsabilità. Ma se la scienza e gli strumenti concettuali non ci permettono di dare una risposta certa a una tale domanda, che altri principi o metodi invocare?

Vorrei suggerire che la risposta a questa domanda deve includere elementi di tipo etico in modo essenziale. Per ogni frammento di esposizione ci si può porre la domanda se esista un obbligo morale di ridurre le esposizioni all'amianto e se tutti i mezzi conosciuti in un certo momento storico siano stati messi a disposizione. Si tratta di mettere in pratica un principio di precauzione basato su decenni di conoscenze accumulate riguardo alle esposizioni a fattori ambientali e a malattie sviluppate in determinati contesti lavorativi e industriali. Inserendo in modo fondamentale la valutazione etica, possiamo provare a ridimensionare la richiesta di una moviola scientifica – di per sé impossibile – che ci dica esattamente se sia stata l'esposizione in quei due anni di servizio in quella data industria ad avere un ruolo determinante. Lo stato dell'arte nel dibattito scientifico sembra convergere, a mio avviso, verso una riposta del tipo: *non è rilevante per l'esposizione cumulativa e comunque non abbiamo ad oggi i mezzi per stabilirlo*. Ma la riflessione etica, che andrebbe certamente sviluppata in maggiore dettaglio, ci permetterebbe invece di rispondere a una tale domanda. Si tratterebbe, in altri termini, di ribaltare l'onere della prova: non se *quella* esposizione sia stata determinante, ma se quella esposizione sia stata ridotta al minimo possibile. In altre parole, si dovrebbe riflettere su come integrare nei criteri probatori *anche* considerazioni di tipo etico e non solo le evidenze fornite dalle scienze. Si tratta, tuttavia, di un suggerimento che merita separata e debita riflessione integrando considerazioni di tipo etico-morale, giuridico, economico e scientifico, chiaramente non affrontabili in questa sede.

5. *Conclusione*

Nonostante le domande della scienza abbiano talvolta una formulazione semplice, si tratta chiaramente di un'apparenza. Più che la scienza, esistono *le* scienze o, meglio ancora, scienziati e scienziate che raccolgono tanti elementi che *insieme* contribuiscono a rispondere a tali domande. L'amianto causa il mesotelioma? La risposta si compone delle evidenze che, nel tempo, epidemiologi, biologi, patologi, genetisti hanno collezionato. In un certo senso la filosofia non è diversa. Che cos'è la causalità? La causalità non è una "cosa" sola. L'approccio pluralista – il mosaico causale – presentato in questo contributo è, credo, la risposta filosofica più fedele ad una domanda scientifica che è essa stessa sfaccettata, poliedrica.

Gli approcci pluralisti, va però notato, non sono di per sé una soluzione. Proprio perché offrono ventagli di soluzioni, opportunità, strumenti, bisogna saper scegliere. In casi come quello affrontato in questo contributo è essenziale instaurare tra scienza e filosofia – tra scienziati/e e filosofi/e – un dialogo. Solo attraverso questo dialogo possiamo prendere decisioni quali abbandonare il modello hempeliano della spiegazione a favore di un approccio basato sui meccanismi, oppure di favorire il pluralismo dell'evidenza a scapito delle condizioni necessarie/sufficienti.

In questo contributo, basato su lunghi scambi interdisciplinari tra scienza-filosofia, c'è un grande assente: il diritto. Il ragionamento nel diritto è chiaramente permeato di concetti causali: responsabilità, omissione, danno. Esula dalle mie competenze sviluppare un'analisi critica della letteratura giuridica che dà i fondamenti al ragionamento (causale), con le dovute differenze, sia al diritto penale sia al diritto civile. Tuttavia, ho provato a suggerire che là dove la scienza e la filosofia non riescono a fornire le risposte certe di cui il diritto penale ha bisogno, si dovrebbe provare un'altra strada, ovvero l'implementazione del principio di precauzione e di altre considerazioni di tipo etico-morale. L'insieme di queste considerazioni dovrebbe aiutare a determinare le responsabilità *morali* legate alle condizioni in cui l'esposizione ha avuto luogo, e non

solo quelle biologiche in cui il processo di cancerogenesi si è prodotto. Come già detto, si tratta di un'intuizione, e anzi ad un appello affinché giuristi e filosofi vi riflettano insieme.

Una certa filosofia della scienza contemporanea è riuscita ad instaurare un dialogo produttivo con la scienza. È mio auspicio, invero, che il presente contributo stimoli giuristi e filosofi a cercare un confronto. Abbiamo infatti bisogno di ricomporre i pezzi di un pensiero che si è frammentato in discipline, sottodiscipline, sotto-sottodiscipline perdendo il senso d'insieme che invece è spesso è necessario e che, credo, la filosofia, con la sua capacità di generalizzare e distinguere, può offrire.

Ringraziamenti

Questo articolo ha avuto una lunga gestazione, in parte dovuta alla difficoltà di trovare le giuste parole per parlare sia a giuristi sia ad epidemiologi interessati all'argomento. Sono estremamente grata a Gaetano Carlizzi e a Dario Mirabelli per i loro preziosi commenti e suggerimenti. I commenti di due revisori anonimi sono stati altresì d'aiuto nella stesura della versione finale. Alla base di questa riflessione ci sono anche numerose conversazioni con Paolo Vineis, sempre ricchissime di spunti. Resto naturalmente responsabile di eventuali errori o imprecisioni rimasti nel testo.

Riferimenti bibliografici

BARRETT J.C., LAMB P.W., WISEMAN R.W. 1989. *Multiple mechanisms for the carcinogenic effects of asbestos and other mineral fibers*, in «Environmental Health Perspectives», 81, 1989, 81 ss.

BERRY G. 2007. *Relative risk and acceleration in lung cancer*, in «Statistics in Medicine», 26, 2007, 3511 ss.

BOFFETTA P. 2009. *Response: Re: false-positive results in cancer epidemiology: a plea for epistemological modesty*, in «Journal of the National Cancer Institute», 101, 2009, 213 s.

BOFFETTA P. 2016. *Commentary: pleural mesothelioma, and occupational and non- occupational asbestos exposure: a case–control study with quantitative risk assessment*, in «Occupational & Environmental Medicine». Disponibile in: https://oem.bmj.com/content/73/10/712 (consultato il 3 maggio 2019).

BOFFETTA P., MCLAUGHLIN J.K., LA VECCHIA C., TARONE R.E., LIPWORTH L., BLOT W.J. 2008. *False-positive results in cancer epidemiology: a plea for epistemological modesty*, in «Journal of the National Cancer Institute», 100, 2008, 988 ss.

BOFFETTA P., MCLAUGHLIN J.K., LA VECCHIA C., TARONE R.E., LIPWORTH L., BLOT W.J. 2009. *A further plea for adherence to the principles underlying science in general and the epidemiological enterprise in particular*, in «International Journal of Epidemiology», 38, 2009, 678 s.

CARLIZZI G. 2016. *Testimonianza esperta, causalità penale e teoria della conoscenza: note di lettura su Susan Haack, Legalizzare l'epistemologia. Prova, probabilità e causa nel diritto*, in «Criminalia», 2016, 609 ss.

CARTWRIGHT N. 1983. *How the Laws of Physics Lie*, Oxford, Oxford University Press.

CASE R.A., HOSKER M.E., MCDONALD D.B., PEARSON J.T. 1954. *Tumours of the urinary bladder in workmen engaged in the manufacture and use of certain dyestuff intermediates in the British chemical industry. Part I. The role of aniline, benzidine, alpha-naphthylamine, and beta-naphthylamine*, in «British Journal of Industrial Medicine», 11, 1954, 75 ss.

CASE R.A., PEARSON J.T. 1954. *Tumours of the urinary bladder in workmen engaged in the manufacture and use of certain dyestuff intermediates in the British chemical industry: Part II. Further consideration of the role of aniline and the manufacture of auramine and magenta (fuchsine) as possible causative agents*, in «British Journal of Preventive and Social Medicine», 11, 1954, 213 ss.

CASTLEMAN B.I. 2005. *Asbestos: Medical and Legal Aspects*. 5th ed., New York, Aspen Publishers.

CLAPP R.W., KRIEBEL D. 2009. *Re: False-Positive Results in Cancer Epidemiology: A Plea for Epistemological Modesty*, in «Journal of the National Cancer Institute», 101, 2009, 211 s.

CLARKE B., DONALD GILLIES A., ILLARI P., RUSSO F., WILLIAMSON J. 2013. *The Evidence That Evidence-Based Medicine Omits*, in «Preventive Medicine», 57, 2013, 745 ss.

CLARKE B., DONALD GILLIES A., ILLARI P., RUSSO F., WILLIAMSON J. 2014. *Mechanisms and the Evidence Hierarchy*, in «Topoi (online first)». Disponibile in: https://doi.org/10.1007/s11245-013-9220-9 (consultato il 3 maggio 2019).

CLARKE B., RUSSO F. 2017. *Mechanisms and biomedicine*, in «The Routledge Handbook of Mechanisms and Mechanical Philosophy», 2017, 319 ss.

COGLIANO V., STRAIF K. 2010. *Re: false-positive results in cancer epidemiology: a plea for epistemological modesty*, in «Journal of the National Cancer Institute», 102, 2010, 134.

CORFIATI M., SCARSELLI A., BINAZZI A., DI MARZIO D., VERARDO M., MIRABELLI D., GENNARO V., MENSI C., SCHALLEMBERG G., MERLER E., NEGRO C., ROMANELLI A.,

CHELLINI E, SILVESTRI S., COCCHIONI M, PASCUCCI C., STRACCI F., ROMEO E., TRAFFICANTE L., ANGELILLO I., MENEGOZZO S., MUSTI M., CAVONE D., CAUZILLO G., TALLARIGO F., TUMINO R., MELIS M., IAVICOLI S., MARINACCIO A. 2015. *Epidemiological patterns of asbestos exposure and spatial clusters of incident cases of malignant mesothelioma from the Italian national registry*, in «BMC Cancer»,15, 2015, 286. Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1186/s12885-015-1301-2 (consultato il 3 maggio 2019).

CROSIGNANI P. 2009. *Re: false-positive results in cancer epidemiology: a plea for epistemological modesty*, in «Journal of the National Cancer Institute», 101, 2009, 212 s.

DI GIOVINE O. 2002. *La causalità omissiva in campo medico-chirurgico al vaglio delle Sezioni Unite*, in «Il Foro Italiano», 2, 2002, 608 ss.

DI GIOVINE O. 2016. *La causalità tra scienza e giurisprudenza*, in «Rivista Italiana Di Medicina Legale», 1, 2016, 29 ss.

DOLL R. 1955. *Mortality from lung cancer in asbestos workers*, in «British Journal of Industrial Medicine», 12, 1955, 81 ss.

DOLL R., BRADFORD HILL A. 1954. *The mortality of doctors in relation to their smoking habits*, in «British Medical Journal», 1, 1954, 1451 ss.

DOLL R., BRADFORD HILL A. 1964. *Mortality in relation to smoking: ten years' observations of British doctors*, in «British Medical Journal», 1, 1964, 1460 ss.

DOLL R., PETO R. 1976. *Mortality in relation to smoking: 20 years' observations on male British doctors*, in «British Medical Journal», 2, 1976, 1525 ss.

DOLL R., PETO R. 1985. *Asbestos. Effects on Health of Exposure to Asbestos*, London, HSE Books.

DONINI M. 1999. *La causalità omissiva e l'imputazione "per l'aumento del rischio". Significato teorico e pratico delle tendenze attuali in tema di accertamenti eziologici probabilistici e decorsi causali ipotetici*, in «Rivista Italiana di Diritto Processuale Penale», 1, 1999, 32 ss.

FERRANTE D., MIRABELLI D., TUNESI S., TERRACINI B., MAGNANI C. 2016a. *Pleural mesothelioma and occupational and non-occupational asbestos exposure: a case-control study with quantitative risk assessment*, in «Occupational & Environmental Medicine», 73, 2016, 147 ss. Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1136/oemed-2015-102803 (consultato il 3 maggio 2019).

FERRANTE D., MIRABELLI D., TUNESI S., TERRACINI B., MAGNANI C. 2016b. *Authors's response: pleural mesothelioma and occupational and non- occupational asbestos exposure: a case–control study with quantitative risk assessment*, in «Occupational & Environmental Medicine (*online first*). Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1136/oemed-2016-103851 (consultato il 3 maggio 2019).

FERRANTE D., MIRABELLI D., TUNESI S., TERRACINI B., MAGNANI C. 2017. *Pleural mesothelioma and asbestos exposure: a case–control study with quantitative risk assessment —response to Marsh and Benson's Letter*, in «Occupational & Environmental Medicine», 74, 2017, 157 ss. Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1136/oemed-2016-104091 (consultato il 3 maggio 2019).

GARBOLINO P. (mns.a). *Accelerazione della causa e equivalenza dei modelli statistici*, manoscritto non pubblicato.

GARBOLINO P. (mns.b). *I dati statistici e la probabilità del caso singolo*, manoscritto non pubblicato.

GARDNER L.U., CUMMINGS D.E. 1931. *Studies on experimental pneumokoniosis. VI. Inhalation of asbestos dust: its effects upon primary tubercolosis infection*, in «Journal of Industrial Hygiene», 13, 1931, 97 ss.

GLENNAN S., ILLARI P. (eds.) 2017. *The Routledge Handbook of Mechanisms and Mechanical Philosophy*, New York, Routledge.

GLOYNE S.R. 1935. *Two Cases of Squamous Carcinoma of the Lung Occurring in Asbestosis*, in «Tubercle», 17, 1935, 5 ss. Disponibile in: https://doi.org/10.1016/S0041-3879(35)80795-2 (consultato il 3 maggio 2019)

GOLDBERG R. (ed.) 2011. *Perspectives on Causation*, Oxford, Hart Publishing.

HAACK S. 2015. *Legalizzare l'epistemologia: prova, probabilità e causa nel diritto*, Milano, Università Bocconi Editore.

HEALTH EFFECTS INSTITUTE. 1991. *Asbestos in Public and Commercial Buildings*, in «Health Effects Institute – Asbestos Research». Disponibile in: https://www.healtheffects.org/publication/asbestos-public-and-commercial-buildings (consultato il 3 maggio 2019).

HEMPEL C.G. 1965. *Aspects of Scientific Explanation*. New York, Free Press.

HILL B.A. 1965. *The environment of disease: association or causation?*, in «*Proceedings of the Royal Society of Medicine*», 58, 1965, 295 ss.

IARC 2012. *A review of human carcinogens. Part C: arsenic, metals, bres, and dusts*, Geneva, WHO Press. Disponibile in: http://monographs.iarc.fr/ENG/Monographs/vol100C/mono100C.pdf (consultato il 3 maggio 2019).

ILLARI P., RUSSO F. 2014. *Causality: philosophical theory meets scientific practice*, Oxford, Oxford University Press.

INSERM 1997. *Effets sur la santé des principaux types d'exposition à l'amiante*. Disponibile in: http://www.ipubli.inserm.fr/handle/10608/20 (consultato il 3 maggio 2019).

JI J., SUNDQUIST J., SUNDQUIST K. 2016. *Incidence and familial risk of pleural mesothelioma in Sweden: a national cohort study*, in «European Respiratory Journal». Disponibile in: https://doi.org/DOI:10.1183/13993003.00091-2016 (consultato il 3 maggio 2019).

KLEINBERG S. 2013. *Causality, Probability, and Time*, New York, Cambridge University Press.

LAGNADO D.A., GERSTENBERG. 2017. *Causation in legal and moral reasoning*, in M.R. WALDMANN, *The Oxford Handbook of Causal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.

LA VECCHIA C., BOFFETTA P. 2012. *Role of Stopping Exposure and Recent Exposure to Asbestos in the Risk of Mesothelioma*, in «European Journal of Cancer Prevention», 21, 2012, 227 ss.

LEWIS D.K. 1973. *Counterfactuals*. Oxford, Blackwell.

LEWIS D.K. 1983. *Philosophical Papers*. Vol. 1, Oxford, Oxford University Press.

MAGNANI C., FUBINI B., MIRABELLI D., BERTAZZI P.A., BIANCHI C., CHELLLINI E., GENNARO V., MARINACCIO A., MENEGOZZO M., MERLER E., MERLETTI F., MUSTI M., PIRA E., ROMANELLI A., TERRACINI B., ZONA A. 2013. *Pleural mesothelioma: epidemiological and public health issues. Report from the Second Italian Consensus Conference on pleural mesothelioma*, in «*Medicina Del Lavoro*», 104, 2013, 191 ss.

MAGNANI C., BIANCHI C., CHELLLINI E., CONSONNI D., FUBINI B., GENNARO V., MARINACCIO A., MENEGOZZO M., MIRABELLI D., MERLER E., MERLETTI F., MUSTI M., ODDONE E., ROMANELLI A., TERRACINI B., ZONA A., ZOCCHETTI C., ALESSI M., BALDASSARRE A, DIANZANI I., MAULE M., MENSI C. SILVESTRI S. 2015. *III Italian Consensus Conference on malignant mesothelioma of the pleura. Epidemiology, public health and occupational medicine related issues*, in «Medicina del Lavoro», 106, 2015, 325 ss.

MARINACCIO A., MONTANARO F., MASTRANTONIO M., UCCELLI R., ALTAVISTA P., NESTI M., SENIORI COSTANTINI A., GORINI G. 2005. *Predictions of mortality from pleural mesothelioma in Italy: a model based on asbestos consumption figures supports results from age-period-cohort models*, in «International Journal of Cancer», 115, 2005, 142 ss.

MARINACCIO A., BINAZZI A., DI MARZIO D., SCARSELLI A., VERARDO M., MIRABELLI D., GENNARO V., MENSI C., RIBOLDI L., MERLER E., ZOTTI R.D., ROMANELLI A., CHELLINI E., SILVESTRI S., PASCUCCI C., ROMEO E., MENEGOZZO S., MUSTI M., CAVONE D., CAUZILLO G., TUMINO R., NICITA C., MELIS M., IACOVILI S. RENAM Working Group 2012. *Pleural malignant mesothelioma epidemic: incidence, modalities of asbestos exposure and occupations involved from the Italian National Register*, in «International Journal of Cancer», 130, 2012, 2146 ss.

MARINACCIO A., BINAZZI A., BONAFEDE M., BRANCHI C., CORFIATI M., DI MARZIO D., PIRINO F., SCARSELLI A., IAVICOLI S., VERARDO M., MIRABELLI D., GENNARO V., MENSI C., SCHALLENBERG G., MERLER E., NEGRO C, ROMANELLI A., CHELLINI E., COCCHIONI M., STRACCI F., FORASTIERE F., TRAFFICANTE L., ANGELILLO I., MUSTI M., CAUZILLO G., TALLARIGO F., TUMINO R., MELIS M., MAZZOLENI G., CARROZZA F, RENAM Working Group 2015. *Il Registro Nazionale Dei Mesoteliomi - V Rapporto*, Milano, Edizioni Inail. Disponibile in: https://www.inail.it/cs/internet/docs/allegato_renam_v_rapporto.pdf (consultato il 3 maggio 2019).

MCLAUGHLIN J.K., LA VECCHIA C., TARONE R.E., LIPWORTH L., BLOT W.J. 2010. *Response: Re: false-positive results in cancer epidemiology: a plea for epistemological modesty*, in «Journal of the National Cancer Institute», 102, 2010, 134 s.

NAPOLITANO A., ANTOINE D.J., PELLEGRINI L., BAUMANN F., PAGANO I., PASTORINO S., GOPARAJU C.M., PROKRYM K., CANINO C., PASS H., CARBONE M., YANG H. 2016. *HMGB1 and its hyperacetylated isoform are sensitive and specific serum biomarkers to detect Asbestos exposure and to identify mesothelioma patients*, in «Clinical Cancer Research», 22, 2016, 3087 ss.

PARKKINEN V.P, RUSSO F., WALLMANN C. 2017. *Scientific disagreement and evidential pluralism: lessons from the studies on hypercholesterolemia*, in «Humana.Mente Journal of Philosophical Studies», 32, 2017, 75 ss.

PINTO C., NOVELLO S., TORRI V., ARDIZZONI A., BETTA P.G., BERTAZZI P.A., CASALINI G.A., FAVA C., FUBINI B., MAGNANI C., MIRABELLI D., PAPOTTI M., RICARDI U., ROCCO G., PASTORINO U., TASSI G., TRODELLA L., ZOMPATORI M., SCAGLIOTTI G. 2013. *Second Italian Consensus Conference on malignant pleural mesothelioma: state of the art and recommendations*, in «Cancer Treatment Reviews», 39, 2013, 328 s.

QI F., OKIMOTO G., JUBE S., NAPOLITANO A., PASS H.I., LACZKO R., DEMAY R.M., KHAN G., TIIRKAINEN M., RINAUDO C., CROCE A., YANG H., GAUDINO G., CARBONE M. 2013. *Continuous exposure to chrysotile asbestos can cause transformation of human mesothelial cells via HMGB1 and TNF-A-signaling*, in «The American Journal of Pathology», 183, 2013, 1654 ss.

ROTHMAN K. J. 1976. *Causes*, in «American Journal of Epidemiology», 104, 1976, 587 ss.

ROTHMAN K.J., GREENLAND S., T.L. LASH. 2008. *Modern Epidemiology*, Philadelphia, Wolters Kluwer/Lippincott Williams and Wilkins.

RUSSO F. 2009. *Causality and Causal Modelling in the Social Sciences. Measuring Variations*, New York, Springer.

RUSSO F., WILLIAMSON J. 2007. *Interpreting causality in the health sciences*, in «International Studies in Philosophy of Science», 21, 2007, 157 ss.

RUSSO F., WILLIAMSON J. 2011. *Epistemic causality and evidence-based medicine*, in «History and Philosophy of the Life Sciences», 33, 2011, 563 ss.

SALMON W.C. 1992. *40 anni di spiegazione scientifica: scienza e filosofia: 1948-1987*. Padova, Muzzio.

SCHAFFNER K.F. 1993. *Discovery and explanation in biology and medicine*, Chicago, University of Chicago Press.

SELIKOFF I.J., CHRUG J., HAMMOND E.C. 1964. *Asbestos exposure and neoplasia*, in «Journal of American Medical Association»,188, 1964, 22 ss.

SMITH M.T., GUYTON K.Z., GIBBONS C.F., FRITZ J.M., PORTIER C.J., RUSYN I., DE MARINI D.M., CALDWELL J.C., KAVLOCK R.J., LAMBERT P.F., HECTH S.S., BUCHER J.R., STEWART B.W., BAAN R.A., COGLIANO V.J., STRAIF K. 2015. *Key characteristics of carcinogens as a basis for organizing data on mechanisms of carcinogenesis*, in «Environmental Health Perspectives», 124, 2015. Disponibile in: https://doi.org/10.1289/ehp.1509912 (consultato il 3 maggio 2019).

SOBER E. 1986. *Causal factors, causal inference, causal explanation*, in «Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes», 60, 1986, 97 ss.

SOEBERG M.J., LEIGH J., DRISCOLL T., ARMSTRONG B., YOUNG J.M., VAN ZANWIJK N. 2016. *Incidence and survival trends for malignant pleural and peritoneal mesothelioma, Australia, 1982–2009*, in «Occupational & Environmental Medicine», 73, 187 ss. Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1136/oemed-2015-103309 (consultato il 3 maggio 2019).

SPUGNINI E.P., BOSARI S., CITRO G., LORENZON I., COGNETTI F., BALDI A. 2006. *Human malignant mesothelioma: molecular mechanisms of pathogenesis and progression*, in «The International Journal of Biochemistry & Cell Biology», 38, 2006. Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1016/j.biocel.2006.07.002 (consultato il 30/05/2019).

STAPLETON J. 2009. *Causation in the Law*, in BEEBEE H., HITCHCOCK C., MENZIES P. (eds.), *The Oxford Handbook of Causation*, Oxford, Oxford University Press.

STELLA F. 2000. *Leggi Scientifiche e spiegazione casuale nel diritto penale*. II ed., Milano, Giuffrè.

TERRACINI B., MIRABELLI D., MAGNANI C., FERRANTE D., BARONE-ADESI F., BERTOLOTTI M. 2014. *A Critique to a review on the relationship between asbestos exposure and the risk of mesothelioma*, in «European Journal of Cancer Prevention», 23, 2014, 492 ss. Disponibile in: https://doi.org/10.1097/CEJ.0000000000000057 (consultato il 03/05/2019).

TOSSAVAINEN A. (Reporter) 1997. *Asbestos, asbestosis, and cancer: the Helsinki criteria for diagnosis and altribution*, in «Scandinavian Journal of Work, Environment & Health», 23, 1997, 311 ss.

VIGANÒ F. 2013. *Il Rapporto di causalità nella giurisprudenza penale a dieci anni dalla sentenza Franzese*, in «Diritto Penale Contemporaneo», 3, 2013, 380 ss.

VINEIS P. 2009. The skeptical epidemiologist, in «International Journal of Epidemiology», 38, 2009, 675 ss. Disponibile in: https://doi.org/doi:10.1093/ije/dyn361 (consultato il 3 maggio 2019).

VINEIS P., WILD C.P. 2014. Global cancer patterns: causes and prevention, in «The Lancet», 383, 2014, 549 ss. Disponibile in: https://doi.org/10.1016/S0140-6736(13)62224-2 (consultato il 3 maggio 2019).

WAGNER J.C., SLEGGS C.A., MARCHAND P. 1960. *Diffuse pleural mesothelioma and asbestos exposure in the North Western Cape Province*, in «British Journal of Industrial Medicine, 17, 1960, 260 ss.

WEILL H., HUGHES J.M., CHURG A.M. 2004. *Changing trends in US mesothelioma incidence*, in «Occupational & Environmental Medicine», 61, 2004, 438 ss.

WILD C.P. 2005. *Complementing the genome with an "Exposome": the outstanding challenge of environmental exposure measurement in molecular epidemiology*, in «Cancer Epidemiology, Biomarkers & Prevention», 14, 2005, 1847 ss.

WILD C.P. 2012. *The exposome: from concept to utility*, in «International Journal of Epidemiology», 41, 2004, 24 ss.

WOLFF H., VEHMAS T., OKSA P., RANTANEN J., VAINIO H. 2015. *Asbestos, Asbestosis, and cancer, the Helsinki criteria for diagnosis and attribution 2014: recommendations*, in «Scandinavian Journal

of Work, Environment & Health», 41, 2015, 5 ss. Disponibile in: https://doi.org/ doi:10.5271/sjweh.3462 (consultato il 3 maggio 2019).

ZOCCHETTI C. 2013. A proposito del "Rapporto della seconda conferenza di consenso italiana sul mesotelioma della pleura, in «Medicina Del Lavoro», 104, 2013, 476 ss.

LA FILOSOFIA E LE CHIAVI DELLA PRIGIONE

LIBERO ARBITRIO E IMPUTABILITÀ FRA NEUROSCIENZE E DIRITTO

LUCIANO **SESTA**

&dq

La filosofia e le chiavi della prigione.
Libero arbitrio e imputabilità fra neuroscienze e diritto

Philosophy and the Keys of the Prison
Free Will and Imputability Between Neursciences and Law

LUCIANO SESTA

Docente di Filosofia e Storia al liceo G.A. De Cosmi di Palermo; docente a contratto di Antropologia filosofica, Università degli Studi di Palermo.
E-mail: luciosesta@gmail.com

ABSTRACT

Grazie alle tecniche di *neuroimaging* possiamo oggi *vedere* il cervello in azione e siamo portati ad attribuire ai suoi meccanismi ciò che una lunga tradizione filosofica attribuisce invece alla libertà. Le neuroscienze possono "dimostrare" la colpevolezza o l'incapacità di un imputato solo a condizione che sia a sua volta dimostrata la tesi filosofica, e non scientifica, che "noi siamo il nostro cervello". Siamo corpi azionati da dispositivi cerebrali plasmati dall'ambiente o persone capaci di autodeterminazione?

Thanks to neuroimaging techniques, we can see the brain in action and we are led to attribute to its mechanisms what a long philosophical tradition attributed instead to freedom. However, neurosciences can "prove" the culpability or incapacity of a defendant only on the basis of the philosophical, not scientific, thesis "we are our brain". Are we bodies driven by brain devices shaped by the environment or people capable of self-determination?

KEYWORDS

imputabilità, libertà, pena, giustizia, neuroscienze

responsibility, freedom, penalty, justice, neuroscience

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La filosofia e le chiavi della prigione. Libero arbitrio e imputabilità fra neuroscienze e diritto

LUCIANO SESTA

1. *La filosofia e le chiavi della prigione* – 2. *Fra caso e necessità* – 3. *Libero arbitrio e imputabilità. Fra modello retributivo e modello consequenzialistico* – 4. *Le neuroscienze e…la realtà di un'illusione* – 5. *Ogni azione umana è "mista": il modello aristotelico* – 6. *Ultimate Responsibility.*

> Se nessuno ha mai una responsabilità giudicabile, allora le autorità che trattano coloro che sono accusati di crimini come persone responsabili per le loro azioni non sono responsabili delle loro proprie azioni, e quindi è sbagliato accusarle di agire in maniera scorretta. Naturalmente, sarebbe sbagliato anche da parte mia accusare i criminologi di agire in maniera sbagliata, poiché anche i criminologi non sono responsabili.
>
> (R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, 2011)

1. *La filosofia e le chiavi della prigione*

In uno scritto apparso nel 2001, dal titolo *Le droit de punir*, pur ammettendo l'intuitiva plausibilità del concetto giuridico di pena, Paul Ricœur ha provato a dar voce al disagio suscitato dall'idea di una "sofferenza inflitta" in nome della giustizia[1]. Tutto avviene come se la pena fosse *moralmente necessaria* – visto che non possiamo certo lasciare impunita l'ingiustizia – e al tempo stesso *necessariamente immorale* – visto che la punizione implica una scelta, deliberata, di *far* soffrire. Negli ultimi anni, questo imbarazzo morale nei confronti del concetto di "giusta pena" sembra aver trovato nelle neuroscienze un formidabile alleato. Il crescente utilizzo, in ambiti come il diritto penale, di tecniche di *neuroimaging* funzionale e di analisi genetica, consente infatti di ridurre o di escludere, con un grado di precisione e di oggettività scientifica ben superiore a quello consentito dalla tradizionale psicopatologia forense, la capacità di intendere e di volere dell'imputato, determinandone così la non punibilità[2].

Com'è noto, una lunga e consolidata tradizione, risalente al diritto greco-romano e alla quale non è estraneo l'influsso del cristianesimo, assume il libero arbitrio come presupposto della *responsabilità morale*, da un lato, e dell'*imputabilità giuridica*, dall'altro lato. Nessuno può essere moralmente biasimato, e legalmente condannato, per un'azione che non deriva dalla sua libera e consapevole decisione di compierla. Lo stesso diritto penale aderisce, da questo punto di vista, a una determinata antropologia, che è potenzialmente dualistica, nella misura in cui ammette, accanto alla natura istintiva del corpo e della psiche, anche un potere indipendente di autodeterminazione, filosoficamente espresso con il termine di "libero arbitrio" e tradotto, in termini giuridici, con la classica espressione «capacità di intendere e di volere»[3].

[1] P. RICŒUR 2001, 59-94.

[2] Sul più generale tema del libero arbitrio in rapporto alle nuove conquiste delle neuroscienze e della genetica, cfr. GAZZANIGA 2005.

[3] FIANDACA, MUSCO 1995, 267.

Oggi, grazie alle tecniche di *neuroimaging*, possiamo *vedere* il cervello che agisce in vivo, e siamo portati ad attribuire ai suoi meccanismi ciò che una lunga tradizione filosofica risalente a Platone attribuiva invece all'anima, ossia a una dimensione spirituale che rappresenta il nostro vero "io", e dunque il centro della nostra consapevolezza e delle nostre libere decisioni. Venuto meno questo polo di imputabilità – che sfugge ai metodi di accertamento delle scienze empiriche e che rappresenta un postulato irrinunciabile della nostra cultura giuridica – tende a venir meno anche la logica retributiva di colpa e pena su cui si fondano tutti i sistemi penali.

Alcuni studi, per fare solo qualche esempio, mostrano danni al lobo prefrontale in numerosi assassini, inducendo a ritenere che essi non avevano piena comprensione di ciò che stavano per fare né la libertà di non farlo. Dal punto di vista anatomico-funzionale, comportamenti violenti e asociali sembrano corrispondere a un aumento del volume della materia bianca del corpo calloso, a una riduzione della materia grigia della corteccia pre-frontale, del volume dell'ippocampo posteriore, del metabolismo nella corteccia frontale, oltre che «anormalità di attivazione della corteccia frontale durante compiti sperimentali di "inibizione della risposta" e durante compiti di "processamento di stimoli di carattere emotivo"»[4].

Su questa linea, negli Stati Uniti sono state numerose le diverse sentenze in cui si è fatto ricorso a risonanza magnetica funzionale (fMRI) o a tomografia a emissione di positroni (PET) per confermare l'ipotesi dell'incapacità di volere degli imputati. Le perizie neuro-scientifiche hanno avuto un peso anche nel celebre verdetto *Roper vs Simmons*, con cui la Corte Suprema, nel 2005, ha giudicato incostituzionale la pena di morte per i minorenni[5]. In uno dei pareri sottoposti ai giudici si legge che gli adolescenti non sono in grado di controllare pienamente i propri impulsi, dal momento che i neuroni della corteccia prefrontale, e alcune porzioni del sistema limbico, raggiungono il loro pieno sviluppo solo verso i vent'anni[6]. In questo caso, come si può notare, la riduzione della capacità di intendere e di volere, e dunque la condizione dell'imputabilità, non è riconducibile esclusivamente a caratteristiche *stricto sensu* patologiche, ma anche fisiologiche. Proprio questa osservazione, tuttavia, suggerisce che se il mancato sviluppo del cervello impedisce la padronanza delle proprie azioni, allora anche il suo pieno sviluppo potrebbe impedirlo, dal momento che a "scegliere" non sarebbe il soggetto, ma i fattori cerebrali che presiedono al suo comportamento. Una volta che si ammetta un rigido determinismo cerebrale, a essere privi di una reale capacità di volere, e dunque non imputabili, sarebbero in linea di principio tutti gli esseri umani, non soltanto coloro che, per immaturità fisiologica del loro cervello o per circostanze sfortunate, commettono dei reati[7].

Va in questa direzione la progressiva "de-medicalizzazione", in ambito penale, dell'incapacità di intendere e di volere. Tale incapacità può essere certamente dovuta a un'infermità mentale, temporanea o permanente, ma anche ai cosiddetti "disturbi della personalità", che, pur non essendo descrivibili tecnicamente come patologie, assumono, in ambito forense, "valore di malattia", potendo dunque incidere sull'imputabilità del reo allo stesso titolo in cui fa una patologia clinicamente accertata[8]. In tal senso, com'è stato osservato, «qualsiasi disturbo, a seconda dell'abilità del perito, del consulente, o delle variabili convinzioni del giudice, può divenire vizio di mente rilevante per l'imputabilità»[9].

Ora, è proprio il disagio nei confronti di questa variabilità, che sembra contrastare con l'aspirazione alla certezza propria del diritto, che induce alcuni a rifugiarsi nelle presunte evidenze offerte

[4] SAMMICHELI, SARTORI 2007, 335-357, in cui sono citati i relativi studi.

[5] *Roper vs Simmons*, 543, U.S. 551, 03.633.

[6] Anche nel nostro codice penale, com'è noto, per i minori di 14 anni c'è una presunzione di incapacità di intendere e di volere (art. 97).

[7] Che la sorte giochi un ruolo fondamentale al di là dell'alternativa fra determinismo e libertà, è la suggestiva tesi sostenuta in LEVY 2011. Si veda anche MILAZZO 2014, 794-858.

[8] Corte Suprema di Cassazione, SS. UU. Penali, Sentenza 8/03/2005, n. 9163.

[9] PONTI 1994, 10.

dalle neuroscienze. Tutto avviene come se, nella scienza del cervello, il diritto ritrovasse, in forma di dato oggettivo, ciò che nell'interpretazione di periti e giudici ha sempre l'aspetto, scomodo, di un'ipotesi fallibile. Quando all'imparzialità della giustizia, in breve, corrisponde la neutralità della scienza, il diritto penale sembra finalmente perdere quell'impressione di "ingiustizia" che ogni verdetto di condanna, o di assoluzione, lascia sempre in chi lo subisce.

Il connubio fra neuroscienze e diritto, in realtà, non ha gli aspetti trionfalistici appena delineati. E questo per due ragioni. La prima è che mentre forniscono preziosi elementi all'esame clinico o al colloquio psichiatrico, le tecniche di neuroimmagine possono integrare, ma non sostituire, il lavoro della psicopatologia forense. La loro precisione diagnostica, infatti, non è in grado di dimostrare l'elemento giudiziale decisivo, ossia il nesso di casualità fra l'incapacità diagnosticata e lo specifico reato commesso[10]. È possibile, peraltro, che un'anomalia cerebrale non incida sulla capacità di intendere e di volere, oppure incida solo sulla seconda e non sulla prima, come nei casi di compromissione delle aree orbitali e ventro-mediane della corteccia anteriore[11]. Stabilire il nesso di causalità fra diagnosi e reato è compito dell'intero processo, di cui il test scientifico è solo una parte, e nemmeno la più importante. A ciò bisognerebbe aggiungere che le neuroscienze possono "dimostrare" la colpevolezza o l'incapacità di un imputato solo a condizione che sia a sua volta dimostrata la tesi filosofica, e non scientifica, che «noi siamo il nostro cervello»[12]. Alla base dell'idea che le neuro-immagini possano rappresentare la prova processuale decisiva, in tal senso, c'è un *assunto filosofico implicito*, ossia che «tutto il nostro comportamento [sia] determinato al 100% dal funzionamento del cervello, che è a sua volta determinato dall'interazione tra geni ed esperienza»[13].

Da questo punto di vista si potrebbe dire, com'è stato fatto, che sia la filosofia a detenere le chiavi della prigione[14]. Il maggiore o minore peso attribuito alle neuroscienze in ambito penale, infatti, riflette sempre una più o meno consapevole immagine di ciò che siamo: corpi azionati da dispositivi cerebrali plasmati dall'ambiente o persone capaci di autodeterminazione? Dalla risposta a questa domanda dipende il modo in cui trattiamo i crimini e chi li ha commessi.

2. *Fra caso e necessità*

È significativo che già Platone abbia ambientato in una prigione, nel quadro del processo che porta alla condanna di Socrate, una delle sue più incisive riflessioni sui rapporti fra anima e corpo nella determinazione del nostro comportamento[15]. Il problema del libero arbitrio è inseparabile da quello mente-corpo: essere liberi, infatti, significa avere un *potere* di autodeterminazione indipendente dalla catena causale degli eventi fisici nella quale, pure, siamo pienamente inseriti tramite il nostro corpo. Dire che una persona è libera se può determinare le proprie azioni in modo indipendente da cause esterne[16], per esempio, significa fare implicito riferimento a una distinzione fra "esterno" e "interno" che è tipica del dualismo, benché il libero arbitrio sia condizionato anche da fattori *interni* come le emozioni, gli stati psicologici, i desideri ecc.[17].

[10] EASTMANN, CAMPBELL 2006, 311.
[11] SAPOLSKY 2004, 1787-1796.
[12] SWAAB 2014.
[13] FARAH, HEBERLEIN 2007, 37-48.
[14] LAVAZZA, SAMMICHELI 2010, 147-166.
[15] PLATONE 2000, 99a-b.
[16] CLARKE 2017.
[17] O, più sottilmente, si dovrebbe dire che i fattori esterni possono essere colti come tali, e cioè come "esterni", soltanto alla luce di un'interiorità che, in linea di principio, non è influenzata dalla loro azione, altrimenti non potremmo coglierli nella loro capacità di favorirla o inibirla.

Un'ipotesi oggi prevalente, tuttavia, è quella del fisicalismo, o monismo deterministico, che è per così dire l'immagine scientifica del mondo. Non c'è nulla che, verificandosi nello spazio e nel tempo, non abbia una causa che lo determini. Qualunque evento si inserisca nel mondo fisico – e le nostre scelte e azioni lo fanno quotidianamente – non potrà che essere un effetto di altri eventi che lo precedono nel tempo o che lo determinano nello spazio. Ciò implica che se io compio l'azione X ci sarà sempre un Y in base a cui l'ho compiuta e che, dunque, l'ha determinata. Diversamente, l'azione sarebbe compiuta a caso, e dunque senza un motivo. Insomma, gli uomini sarebbero in ultima analisi o burattini della *causalità*, o della *casualità*: o le azioni sono libere, ma allora sono immotivate, oppure sono motivate, ma allora non sono libere.

Certo, si potrebbe pensare che la causa dell'azione X, compiuta in base al motivo Y, sia non già il motivo Y, ma il nostro libero arbitrio. Il determinismo, però, lo esclude. Affinché si possa dire che io ho scelto X *liberamente*, infatti, non deve esserci nulla, oltre alla mia libertà, a causare X. Se è invece a motivo di Y che io faccio X, allora non si potrà dire che io sia stato libero di fare X, perché sono stato in realtà determinato da Y. A meno che il motivo Y consista nel compiere liberamente X. Anche in questo caso, tuttavia, l'azione X non sarebbe libera, perché risulterebbe *determinata* dal desiderio di compierla liberamente. In qualunque azione c'è sempre un motivo che *induce* a compierla, fosse anche il motivo di dimostrare che siamo liberi. Proprio questo, però, esclude che lo siamo realmente.

Di fronte al determinismo, suffragato dalla scienza moderna e, per ciò stesso, tendenzialmente immunizzato da ogni possibile contestazione, i filosofi si sono divisi. Da un lato troviamo gli "*incompatibilisti*", per i quali il determinismo esclude il libero arbitrio, e che a loro volta si dividono fra coloro che considerano il libero arbitrio un'illusione frutto della cosiddetta *folk psychology*[18] o, tutt'al più, un'utile finzione sociale, e coloro che, invece, lo considerano reale, accusando il determinismo di essere falso o, comunque, valido solo parzialmente. Dall'altro lato troviamo i "*compatibilisti*", i quali, invece, pur ammettendo il determinismo, ritengono che gli uomini siano liberi e, dunque, responsabili delle loro scelte e delle loro azioni. Per evitare di cadere in un'aperta forma di dualismo fra dimensione psichica e dimensione materiale – che porrebbe il difficile problema dell'interazione fra l'una e l'altra – quest'ultima posizione, in taluni casi, fa appello all'indeterminazione riscontrabile a livello fisico quantistico, che aprirebbe spazi di libertà altrimenti preclusi a livello macrofisico[19].

Nel dibattito in corso, per essere considerato responsabile delle proprie azioni, un soggetto deve essere "libero" in un duplice senso: 1) deve potersi determinare diversamente da come ha fatto (*Principle of Alternative Possibilities*); 2) dev'essere la causa consapevole delle proprie azioni (*Ultimate Responsibility*). Tralasciando il livello metafisico e concentrandomi sul livello etico-giuridico, sosterrò qui una tesi compatibilista che, facendo appello più all'*Ultimate Responsibility* che alle *Alternative Possibilities*, assume un modello aristotelico di azione. Quest'ultimo, a mio avviso, è il più idoneo a sostenere sia il confronto con le implicazioni etiche delle nuove scoperte scientifiche, sia a rendere ragione del concetto di imputabilità attualmente utilizzato nei procedimenti penali.

3. *Libero arbitrio e imputabilità. Fra modello retributivo e modello consequenzialistico*

Il modello di libero arbitrio prevalente nelle dispute odierne sul tema è quello kantiano, ben illustrato, nella sua valenza psicologica ed etico-giuridica, dalla seguente pagina della *Critica della ragion pratica*:

[18] SMILANSKY 2000.
[19] EKSTROM 2003, 153-180 e SEARLE 2005, 195-212.

> «Una persona può arzigogolare quanto vuole, per dipingersi un comportamento contro la legge, di cui si ricorda, come una svista involontaria, come una semplice mancanza di cautela, che mai si può evitare del tutto; e, quindi, come qualcosa in cui egli sarebbe stato trascinato dalla corrente della necessità naturale, in modo da dichiararsene incolpevole: tuttavia egli trova che l'avvocato che parla in suo favore non riesce in nessun modo a ridurre al silenzio l'accusatore che è in lui, se soltanto egli è consapevole di essere stato in senno, cioè in possesso della sua libertà, nel momento in cui commetteva l'ingiustizia; e se anche egli si spiega la sua mancanza come conseguenza di una certa cattiva abitudine, che egli, trascurando via via di badarvi, ha lasciato che si insinuasse in lui, fino al punto che il suo comportamento può considerarsene una conseguenza naturale, ciò tuttavia non lo mette al sicuro dal biasimo e dal richiamo che egli rivolge a se stesso. [...] Sotto questo riguardo, di qualsiasi sua azione contro la legge, per quanto sufficientemente determinata come fenomeno nel passato, e come tale inevitabilmente necessaria, un essere razionale può sempre dire, e a ragione, che avrebbe potuto non compierla [*dass er sie hätte unterlassen können*]»[20].

Anche se dal punto di vista naturale ogni nostra azione ha una causa, che può risiedere nel nostro stesso carattere frutto dell'educazione ricevuta e delle abitudini contratte, dal punto di vista morale colui che ha compiuto l'azione *sa* bene, secondo Kant, «che avrebbe potuto non compierla», e che, dunque, ciò che lo ha indotto ad agire non è una vera e propria *causa* (*Ursache*) ma un *movente* (*Triebfeder*), al quale soltanto la sua libertà ha prestato un peso capace di determinarla. I moventi, in tal senso, sono una condizione necessaria, ma non sufficiente, delle nostre azioni. Perché lo divengano, occorre una *nostra* libera scelta[21].

Un secolo di psicoanalisi e di scienze naturali applicate all'uomo sembra aver messo in crisi il paradigma kantiano. Sono in tanti, oggi, a ritenere che sia falso affermare, come fa Kant, che siamo noi stessi i responsabili di ciò che siamo. Ciò che siamo, infatti, dipende da una molteplicità di elementi che non possono esserci in alcun modo imputati. La nostra identità genetica e cerebrale, l'ambiente in cui nasciamo e cresciamo, il tipo di educazione che riceviamo, mentre definisce la nostra natura, sfugge al nostro deliberato controllo, impedendoci, per ciò stesso, di essere diversi da come siamo e, di conseguenza, di agire diversamente da come agiamo[22].

Ora, però, l'idea oggi prevalente di responsabilità morale e di imputabilità giuridica è legata a un'interpretazione kantiana del libero arbitrio, inteso appunto come "possibilità di fare altrimenti". Dal punto di vista penale, in effetti, c'è imputabilità dove si può accertare che chi ha commesso un reato *avrebbe potuto non commetterlo*. In caso contrario la pena può essere ridotta o annullata. Da qui la tendenza a considerare tutte le inibizioni di tale "capacità di fare altrimenti" come una dimostrazione di mancanza di libero arbitrio e, dunque, di imputabilità morale e giuridica. Esemplare, al riguardo, la sentenza della Corte d'Assise d'Appello di Trieste del 18 settembre 2009, che, nel caso di un giovane colpevole di omicidio, è stata la prima, in Europa, a riconoscere come parte delle attenuanti l'esito di tecniche di *neuroimaging* e di una valutazione del profilo cromosomico dell'imputato. Si trattava in quel caso di un polimorfismo che, unitamente a fattori psicologici e sociali, avrebbe favorito comportamenti aggressivi e impulsivi, rendendoli in parte inevitabili[23].

[20] KANT 2000, 207.

[21] A proposito del "potere" che le cose ricevono in prestito dalla libertà, è significativo anche quanto scrive Sartre: «[i]l coefficiente di avversità delle cose [...] non può essere un argomento contro la nostra libertà, perché è per mezzo nostro, cioè mediante la posizione preliminare di un fine, che nasce questo coefficiente di avversità. Una roccia che manifesti una resistenza enorme se voglio spostarla, sarà invece un aiuto prezioso se vorrò scalarla per contemplare il paesaggio» (SARTRE 1988, 583).

[22] Si vedano CASHMORE 2010, 4499-4504 e STRAWSON 1994, 5-24.

[23] Cit. in MACIOCE 2012, 223-243.

Rimane così aperto il quesito già incontrato: se è l'assetto cromosomico e cerebrale a indurre un determinato individuo a compiere un certo reato, cosa impedisce di pensare che anche tutti coloro che non compiono reati siano a loro volta determinati dai loro geni e dal loro cervello? Perché il determinismo cerebrale dovrebbe riguardare solo le azioni che consideriamo criminali – e che, se particolarmente efferate, ci inducono a considerare "patologica" o "disturbata" la personalità di chi le ha commesse – e non, invece, anche tutti i comportamenti che riteniamo socialmente accettabili o lodevoli? Ciò sembra confermato dalla scoperta che le aree cerebrali che corrispondono a comportamenti sociali totalmente opposti, come le reazioni aggressive e violente e i comportamenti solidali e compassionevoli, sono le stesse: l'amigdala e la corteccia orbito-frontale[24].

Insomma, se un insieme di fattori genetici, cerebrali e sociali può ridurre e persino annullare la libertà di un soggetto, deve poterlo fare non solo nel caso di soggetti che commettono reati, ma anche nel caso di soggetti che non li commettono. In caso contrario finiamo per attribuire l'onore (e l'onere) del libero arbitrio solo a chi ne fa un uso lecito, negandolo, invece, a chi ne fa un uso cattivo. Quasi vi fosse, in noi, l'inconscio rifiuto di ammettere che possiamo scegliere il male deliberatamente, salvo poi reintrodurre questa possibilità quando non siamo disposti a rinunciare alla sua più importante conseguenza, e cioè la responsabilità morale e l'imputabilità. Una volta che cominciamo a curiosare nel cervello altrui, come si può vedere, il caso particolare del reo illumina quello, più generale, di tutti noi, e siamo costretti a trovare una giustificazione del diritto/dovere di punire i criminali ben diversa da quella, tradizionale, che fa appello al loro, e al nostro, libero arbitrio.

Nell'attuale dibattito filosofico-giuridico, al riguardo, si fronteggiano un modello *retributivo*, fondato sulla convinzione che gli esseri umani, essendo dotati di libero arbitrio, sono suscettibili di quel biasimo che impone di retribuire le loro colpe con pene proporzionate, e un modello *consequenzialistico*, che negando invece una vera e propria libertà di scelta agli esseri umani, si concentra sulle conseguenze, in termini di utilità sociale, derivanti dall'azione di punirli o di assolverli. Se in effetti le nostre azioni non sono libere, ma determinate dal cervello, dalla disposizione genetica e dalle influenze sociali e ambientali, allora non ha alcun senso né la pena né la rieducazione, ma solo la "misura di sicurezza", e cioè mettere il reo in condizione di non nuocere. Alla categoria della "colpa" dovremmo sostituire quella della "pericolosità sociale" o dell'"inclinazione a delinquere"[25]. In quest'ottica la pena – considerata, sempre di più, come un «retaggio della vendetta»[26] – non è più la *giusta* retribuzione di una colpa commessa, ma un *utile* mezzo deterrente per prevenire altri reati, uno strumento di "igiene sociale"[27].

Una prima chiara formulazione del modello penale consequenzialistico può essere rinvenuta già nel *Protagora* di Platone, dove si legge:

> «[c]hi cerca di punire secondo ragione, non punisce a motivo del delitto trascorso – infatti non potrebbe certo ottenere che ciò che è stato fatto non sia avvenuto – ma in considerazione del futuro, affinché non commetta ingiustizia né quello stesso che viene punito, né altri che veda costui punito»[28].

Idea ripresa più compiutamente, benché collegata a un'antropologia ben diversa da quella platonica, dal filosofo illuminista P.H.Th. D'Holbach, il quale scrive:

> «[i]l merito o il demerito che attribuiamo a un'azione sono idee fondate sugli effetti favorevoli o perniciosi che ne risultano per quelli che li subiscono; e, anche quando si supponesse che l'agente era necessitato, la sua azione sarà comunque buona o cattiva, degna di stima o di disprezzo per tutti quelli che ne sentiranno

[24] Cfr. KING et al. 2006, 1069-1076.
[25] GREENE, COHEN 2004, 1775-1785.
[26] LAVAZZA 2013, 225-253.
[27] MACIOCE 2012.
[28] PLATONE 2001, 324.

> le influenze [...]. La sensazione penosa che produce in me la pietra che cade sul mio braccio non è meno una sensazione che mi dispiace, sebbene derivi da una causa priva di volontà e che agisce con la necessità della sua natura. [...]. Le leggi penali sono motivi che l'esperienza ci mostra capaci di contenere o di annientare gli impulsi che le passioni danno alla volontà degli uomini. [...]. Quale che sia la causa che fa agire gli uomini, si è in diritto di arrestare gli effetti delle loro azioni, allo stesso modo in cui il proprietario di un campo che potrebbe essere rovinato da un fiume ha il diritto di contenerne le acque con una diga o anche, se può, di allontanarne il corso»[29].

Come si può vedere, ciò che conta, qui, non è se gli esseri umani siano liberi o necessitati, ma se il loro comportamento sia socialmente dannoso e, soprattutto, psicologicamente *modificabile*. La funzione preventiva della pena, in tal senso, si fonda su un'antropologia deterministica: una passione, come quella che spinge a delinquere, non può essere vinta dalla ragione, ma solo da una passione più forte, come quella rappresentata dal timore della pena. Ogni essere umano, in quest'ottica, è un parallelogramma di forze, il cui comportamento è determinato, di volta in volta, dalla forza prevalente[30]. Lo stesso diritto di punire, in tal senso, non si fonda su un ideale di giustizia, rappresentando piuttosto una sorta di istinto di autoconservazione del corpo sociale nei confronti dei membri che ne minacciano la sopravvivenza.

È dunque vero che, se nessun uomo è libero, non avrebbe senso rimproverargli di aver compiuto azioni che egli non aveva la possibilità di *non* compiere, ma è altrettanto vero che affinché una pena sia giustificata non è necessario che colui che ha commesso un reato sia stato libero nel momento in cui lo ha commesso, essendo sufficiente, per punirlo, il danno che egli ha provocato alla società, e dunque agli altri. È questo danno, non il fatto che sia stato provocato liberamente, ad autorizzare la società a punire il reo al fine di impedirgli, in futuro, di ripeterlo[31]. La tutela delle vittime, già colpite o potenziali, è in tal senso più importante dell'esatta determinazione dell'effettivo grado di libertà del colpevole quando ha commesso il reato[32].

In un'ottica deterministica, come si può vedere, il modello consequenzialista sembra meno compromesso da presupposti filosoficamente impegnativi come quello che assume l'esistenza del libero arbitrio. Esso sembra inoltre meglio esprimere, rispetto al modello retributivo, il carattere sociale e oggettivo, piuttosto che individuale e soggettivo, del diritto. A differenza della morale, in effetti, il diritto si concentra, più che sull'intenzione del soggetto, sull'oggettività materiale dei suoi atti[33]. In tal senso l'imputabilità penale coincide con il semplice fatto che il soggetto sia stato la *causa* materiale dell'azione, anche se egli non l'ha voluta liberamente, nel senso che non aveva alcuna possibilità di agire altrimenti. Si evita così, peraltro, che la pena esprima un biasimo morale che, oggettivamente, nessuno può esprimere sul colpevole, di cui giudichiamo e condanniamo il comportamento ma non la persona. In un'ottica consequenzialistica, dunque, per quanto possa risultare contro-intuitivo, la colpevolezza è più una caratteristica oggettiva dell'azione compiuta che non una condizione soggettiva di chi l'ha compiuta[34]. Estremizzando, si potrebbe dire che, analogamente

[29] D'HOLBACH 1978, 220-223.

[30] «Essendo tutte le leggi fondate su ricompense e punizioni, si suppone come principio fondamentale che questi moventi abbiano un influsso regolare e uniforme sulla mente e che spingano alle azioni buone e prevengano le azioni cattive» (HUME 2008, 103). Lo stesso Cesare Beccaria si ispira implicitamente a questa antropologia, quando afferma la migliore efficacia deterrente della pena detentiva rispetto alla pena capitale. Cfr. BECCARIA 1982, par. XII.

[31] A chi dovesse obiettare che non sarebbe giusto punire un soggetto che, nel momento in cui ha commesso il reato, non aveva alcuna possibilità di agire diversamente, si può sempre replicare che se la credenza nel libero arbitrio contribuisce ad accettare le pene che la comunità infligge ai membri che ne minacciano la sicurezza, allora possiamo ben coltivare questa utile illusione.

[32] Un'efficace difesa di questa tesi è presentata in KELLY 2013, 254-276.

[33] Cfr. FERRAJOLI 1989, 491.

[34] Cfr. HONORÉ 1999.

al campo delle scienze naturali, anche in ambito etico-giuridico non c'è mai "qualcuno che agisce", ma sempre e soltanto "qualcosa che accade".

A un'analisi più attenta, tuttavia, una volta che il modello consequenzialistico si basi sulla negazione del libero arbitrio e sull'identificazione della colpevolezza con il danno oggettivamente provocato dall'azione, si finisce per ritornare a un'idea retributivistica di colpa e pena. Nella misura in cui deriva dalla struttura genetico-cerebrale dell'individuo, la colpevolezza torna a essere nuovamente intesa come una caratteristica intrinseca del soggetto, e con un tale grado di oggettività, da rendere difficile dissociarla dalla sua persona. L'eliminazione scientifica del libero arbitrio, considerato un concetto troppo metafisico, si paga sfociando nell'idea, altrettanto metafisica, della natura intrinsecamente criminale del reo[35]. Il tentativo di evitare una colpevolizzazione morale si traduce, paradossalmente, in una criminalizzazione ontologica[36]. Ne consegue, dal punto di vista penale, che dovremmo essere "tutti liberi" proprio perché, dal punto di vista scientifico, siamo "tutti determinati".

Per evitare questo esito non ci si può limitare a una semplice riabilitazione psicologica del libero arbitrio, né far notare che, se dal punto di vista filosofico e scientifico la libertà umana potrebbe essere un'illusione, dal punto di vista sociale, etico e giuridico, è necessario agire *come se* fosse reale, dal momento che, se non lo facessimo, non potremmo continuare a fare ciò che per noi è irrinunciabile, ossia lodare e biasimare i nostri simili e, soprattutto, punirli per i loro crimini. Si tratta, in entrambi i casi, di soluzioni insoddisfacenti, perché lasciano inalterato il presupposto che le mette in crisi: da un lato gli evidenti e innegabili condizionamenti che limitano la nostra libertà, dall'altro lato l'ipotesi, oggi sempre più accreditata, del suo carattere illusorio.

4. *Le neuroscienze e...la realtà di un'illusione*

Cosa significa dire che il libero arbitrio è un'illusione? Com'è possibile *sentirsi* liberi e, al tempo stesso, apprendere dalla scienza di essere *in realtà* determinati? A ben vedere, la riduzione o l'annullamento della nostra capacità di intendere e di volere la presuppone come un fatto altrettanto evidente dei condizionamenti che la limitano o la annullano. Dire che i meccanismi cerebrali inconsci riducono o annullano la nostra capacità di intendere e di volere, infatti, significa che quest'ultima *non si riduce* a quelli. Perché X (il cervello) determini Y (la nostra libertà), X non dev'essere lo *stesso* che Y. Per sperimentare come una costrizione l'impossibilità di fare altrimenti, insomma, dobbiamo conservare la capacità di fare altrimenti. Diversamente, l'impossibilità di fare altrimenti, non incontrando alcuna resistenza, sarebbe una libera spontaneità, non una costrizione.

Ciò vale anche nel caso del riduzionismo neuro-scientifico. Se a "decidere" è il mio cervello e io *sono* il mio cervello, allora sono comunque *io* che decido, visto che io e il mio cervello siamo la stessa cosa. Se invece a "decidere" è un cervello che io non sono ma che io *ho*, allora anche in questo caso sono io a decidere, benché il cervello possa condizionare, senza annullarla, la mia capacità di farlo. Sapere di essere determinati dal proprio cervello, infatti, è già una forma di libertà nei suoi confronti. Insomma: o non siamo liberi perché il cervello determina le nostre scelte, ma allora in noi

[35] L'antropologia deterministica veicolata dalle neuroscienze, da questo punto di vista, rappresenta «il risultato di una non felice mescolanza delle idee di Lombroso sul delinquente nato, di quelle di Spencer sulla società come organismo sociale e di quelle di Darwin sulla selezione e la lotta per l'esistenza che, applicate a tale organismo, lo legittimerebbero a difendersi dalle aggressioni esterne e interne, tramite pratiche di bonifica e profilassi sociale» (FERRAJOLI 1989, 255).

[36] Nella già citata sentenza della Corte d'Appello di Trieste, forse anche per evitare questo rischio "lombrosiano" – sempre in agguato quando è in gioco una perizia scientifica – i test cromosomici e di *neuroimmaging* sono stati utilizzati non per descrivere il carattere del reo (ex art. 133), ma solo ed esclusivamente per accertarne l'imputabilità (ex art. 89 c.p.).

c'è una mente che sceglie e che non si riduce al cervello, oppure il cervello che "sceglie" siamo noi stessi, e allora anche in questo caso siamo liberi. Come si può vedere, qui viene meno lo schema tradizionale, che associa il determinismo al monismo (siamo determinati perché solo corpo) e il libero arbitrio al dualismo (siamo liberi perché costituiti da anima e corpo).

Si può, da questo punto di vista, rileggere il celebre esperimento di Benjamin Libet, che, nonostante le numerose critiche ricevute, rimane il manifesto delle neuroscienze nell'ambito del dibattito giusfilosofico su libero arbitrio e imputabilità[37]. Al di là dei dettagli più tecnici, basti qui ricordare, sinteticamente, che l'esperimento ha dimostrato che l'attività cerebrale associata alle nostre decisioni comincia ben prima che queste divengano consapevoli[38]. Già Spinoza riteneva che gli uomini credono di essere liberi soltanto perché ignorano le vere cause delle loro azioni[39]. Le neuroscienze sembrano confermare questo assunto, quando ci dicono che dall'osservazione del nostro cervello possiamo prevedere quale sarà la nostra decisione. Alcuni hanno perciò visto negli esperimenti di Libet una conferma scientifica del determinismo, e, dunque, del carattere illusorio del libero arbitrio. Che per salvare l'imputabilità morale e penale si continui a credere nel libero arbitrio, in tal senso, dimostra solo che si tratta dell'illusione a noi più cara, che continuiamo a considerare vera per convenienza pratica, non certo per plausibilità teorica.

Ora, però, ci si potrebbe domandare se un'azione che comincia *prima* che si sia deciso di compierla possa ancora dirsi, in senso proprio, un'"azione". Se sì, com'è possibile avere, al contrario, la sensazione di essere *noi* a decidere liberamente di compierla? Se no, in che misura questa determinazione cerebrale inconscia può mettere in dubbio l'azione cosciente che, invece, comincia *dopo* di essa? Sapere che, prima di essere consapevoli della decisione che abbiamo preso, qualcosa ha già "deciso" per noi a livello inconscio, lungi dal negare la nostra libertà di scelta, si limita a illustrare ciò che a livello cerebrale la prepara. Anche dopo averlo saputo, infatti, continuiamo a scegliere, consapevoli di farlo liberamente. Sapere che una nostra determinata scelta è stata preceduta, e persino causata, dall'attivazione di specifiche aree cerebrali, non ci mette di fronte a un impedimento da cui, se fosse possibile, sarebbe preferibile liberarsi. Sapere delle cause cerebrali del nostro comportamento, in breve, non ci costringe a rileggere a posteriori come predeterminate scelte che, sul momento, abbiamo percepito come libere.

Un piccolo esperimento mentale può aiutare a comprendere quanto si è detto. Se qualcuno, trovandosi nel futuro, sapesse già quello che faremo domani, nella sua mente le nostre decisioni sarebbero già prese, anche se noi non lo sappiamo. Ipotizziamo di venire a sapere che, da qualche parte, ci sia davvero qualcuno che sa già ciò che faremo domani[40]. Ebbene, ciò non intaccherebbe in alcun modo la nostra libertà di scelta. Se infatti venissimo a sapere non soltanto *che* le nostre azioni sono scritte già da qualche parte, ma anche *quali* specifiche azioni compiremo, ciò non le renderebbe necessarie, visto che si tratterebbe delle medesime azioni che avremmo comunque scelto di compiere anche nel caso in cui non l'avessimo saputo. Che l'attivazione cerebrale preceda, coincida o segua la nostra deliberazione cosciente, insomma, *non cambia nulla*, confermando l'irriducibilità del mentale al cerebrale e, soprattutto, l'indipendenza delle nostre scelte (vissute in prima persona) dalle condizioni cerebrali del loro esercizio (osservabili in terza persona).

[37] Cfr. LIBET et al. 1983, 623-642.

[38] Nel 2008 gli esperimenti di Libet sono stati ripresi e sviluppati con nuove applicazioni da SOON et al. 2008, 543-545 e HAYNES 2010, 5-19.

[39] SPINOZA 2009, I, 32.

[40] Si pensi allo scenario, fantascientifico, del film *Minority Report*, in cui la possibilità di prevedere qualunque reato mette la società in condizione di prevenirlo tramite un sistema chiamato "*PreCrime*". Il paradosso del programma, ispirato alla stessa sicurezza sociale a cui mira il modello penale consequenzialistico, è che i potenziali criminali sarebbero puniti *prima* ancora di aver commesso il crimine.

5. *Ogni azione umana è "mista": il modello aristotelico*

Quanto si è appena detto sembra offrire una base ragionevole alla nostra mentalità retributiva, che è disposta ad accettare una riduzione o anche un annullamento della capacità di intendere e di volere, ma solo caso per caso e sempre nel quadro di un modello penale in cui il reo rappresenta una *persona*, e dunque un soggetto che, pur non avendo potuto fare altrimenti, non si identifica con ciò che ha fatto, lasciandoci così la possibilità di punirlo/rieducarlo[41].

È questa, com'è noto, la concezione retributiva della pena rivendicata dalla tradizione filosofica occidentale, che trova una prima embrionale formulazione nel *Gorgia* di Platone, per poi trovare compiuta espressione in Kant e in Hegel, per i quali non punire il colpevole significherebbe trattarlo come una cosa piuttosto che come una persona. Nella misura in cui presuppone la capacità di imparare dai propri errori e di ravvedersi, infatti, la pena ha una funzione più pedagogica che sanzionatoria. Punire il colpevole significa affermarne la dignità, e cioè il fatto che egli non è agito da forze naturali che non controlla, ma è capace di rispondere delle proprie azioni.

In quest'ottica l'aspetto morale della pena è ben più importante della sua funzione sociale: più che un deterrente esemplare o una misura di sicurezza, la pena è la *giusta* retribuzione per la colpa commessa. Secondo Kant esiste addirittura il dovere di punire anche nel caso in cui, per una qualsiasi circostanza, non vi fossero più motivazioni sociali della pena, quali la deterrenza o la sicurezza pubblica. Qualora invece punissimo perché soltanto così potremo tutelare la società, soddisfare i parenti delle vittime o scoraggiare altri dal commettere ulteriori reati, tratteremmo il reo come un oggetto piuttosto che come una persona. La pena, scrive perciò Kant, «non può mai venire decretata semplicemente come un mezzo per raggiungere un bene, sia a profitto del criminale stesso sia a profitto della società civile, ma deve sempre venirgli inflitta soltanto perché egli ha commesso un crimine»[42].

Senza dover giungere a un esito così estremo, un'adeguata teoria e una giusta pratica della pena dovrebbero esprimere una valorizzazione sia dell'aspetto oggettivo e sociale dell'*azione*, enfatizzato dal modello consequenzialistico, sia di quello soggettivo e morale dell'*intenzione*, sottolineato dal modello retributivo. E la prospettiva aristotelica, come si anticipava, sembra la più adatta a offrire una giustificazione teorica di questa duplice dimensione, in cui a essere giuridicamente determinante, più che la libertà di volere (e di fare) altrimenti (*alternative possibilities*), è l'essere (stati) causa consapevole di ciò che si è *fatto* (*ultimate responsibility*).

La stessa origine storica del concetto di "responsabilità", a ben vedere, ha natura giuridica prima ancora che schiettamente etica[43]. Con la sua dottrina dell'azione volontaria, infatti, Aristotele si distacca dal senso religioso della colpa tragica, offrendo una giustificazione filosofica del diritto attico, che già con Dracone, nel VII sec. a.C., si impernia sulla distinzione fra delitto volontario e delitto involontario[44]. Un'azione è volontaria, per Aristotele, quando ne è causa (*aitia*) il soggetto che l'ha compiuta, e non qualche evento esterno[45]. Anche le azioni cosiddette "miste", ossia indotte da una causa esterna – come per esempio quella del comandante della nave che, durante una tempesta, getta via il carico per non naufragare – sono da considerarsi volontarie, perché è il soggetto a compierle, benché non *liberamente*, visto che, in altre circostanze, non le avrebbe compiute.

Già qui troviamo spezzato il legame, che si presume scontato, fra imputabilità e libero arbitrio: affinché un'azione sia imputabile, infatti, non è necessario che colui che l'ha compiuta

[41] Sul tema cfr. PULITANÒ 2017, 14-25.
[42] KANT 1995, 164.
[43] HART 1981.
[44] CANTARELLA 1976.
[45] ARISTOTELE 1993, III, 1110a 17.

lo abbia fatto liberamente. Chi, durante una tempesta, getta via in mare un carico che non avrebbe gettato se non vi fosse stata una tempesta, compie un'azione *volontaria* ma non *libera*. Certo, costui avrebbe potuto fare altrimenti, avrebbe cioè potuto mantenere carica l'imbarcazione, e se, nonostante questa possibilità, egli ha deciso di gettare in mare il carico, si potrebbe dire che ha agito non solo volontariamente ma anche liberamente. Se Aristotele lo esclude è perché egli pensa alla scelta volontaria come a una scelta *razionale*, e dunque non come una scelta che realizza una qualsiasi possibilità, ma una scelta vincolata al potere di guida e di discernimento della ragione. Volontaria è un'azione compiuta *sapendo* qual è il suo scopo e *a causa di* tale scopo. Se per libertà intendiamo la possibilità di *non* compiere tale azione, e dunque la *possibilità di fare altrimenti* da quanto la ragione ci detta nella circostanza in cui ci troviamo, allora la libertà diventa la possibilità di fare ciò che si presenta ai nostri occhi come irrazionale, ossia svantaggioso, ingiusto, o, più genericamente, sbagliato. E chi mai direbbe di essere libero perché può pur sempre scegliere non solo ciò che, ai suoi occhi, è buono, desiderabile e vantaggioso, ma anche quanto gli appare sbagliato, dannoso e ingiusto? Da ciò che si presenta ai nostri occhi come ingiusto e svantaggioso, piuttosto, ci teniamo *volontariamente* lontani, avvertendo la possibilità di sceglierlo non già come un'opportunità che aumenta la nostra libertà, ma come un rischio che la minaccia. Nessuno di noi, in breve, pensa di essere libero perché può sempre agire diversamente da come di fatto *vuole* agire[46].

Qual è dunque, in quest'ottica, l'uso dell'aggettivo "libero" che possiamo associare all'atto volontario? In linea con la prospettiva aristotelica, un'ipotesi potrebbe essere la seguente: se un'azione volontaria, tale perché governata dalla ragione, è anche libera, ciò non avviene perché avremmo pur sempre potuto sceglierne un'altra, ma perché il motivo (aristotelicamente lo scopo) per cui la compiamo si pone, nella circostanza in cui ci troviamo, come la cosa più buona, più giusta o più conveniente per noi e, in molti casi, anche per gli altri. Se posso dire "voglio liberamente X", dunque, non è perché avrei potuto dire, allo stesso titolo, "voglio liberamente non-X", ma perché X mi appare talmente buono, giusto, piacevole ecc., che l'ipotesi di fare il contrario mi appare viceversa fuori discussione. Diciamolo pure: impossibile.

Siamo appena giunti a un esito paradossale. Da "possibilità di fare altrimenti", la libertà è diventata "impossibilità di fare altrimenti". Quando qualcosa ci attrae o ci convince talmente da indurci a escludere ogni alternativa, non ci sentiamo per questo meno liberi di farlo. Un esempio aiuta a chiarire il concetto. Alcuni donatori di organi, intervistati dopo aver compiuto il loro gesto nei confronti di un familiare, dichiarano di aver agito con assoluta spontaneità, in qualche caso addirittura negando che si sia trattato di una vera e propria scelta. Chi agisce di slancio, si potrebbe dire, in qualche modo non sceglie, nel senso che non si trova in una situazione di stallo che, dopo un calcolo dei pro e dei contro, sfocia finalmente in una decisione. D'altra parte non si può nemmeno dire che la spontaneità sia una "costrizione", e, dunque, che chi agisce di slancio non agisca liberamente. Al contrario: l'agire spontaneo, nella sua spedita disinvoltura, è spesso considerato il paradigma di un agire realmente libero, che non ha bisogno di tutti quei faticosi ragionamenti che, lungi dall'aumentare la nostra libertà, spesso paralizzano la nostra facoltà di scelta.

Ora, come ci ha insegnato proprio Aristotele, l'agire spontaneo è frutto non soltanto della nostra dotazione naturale, ma anche delle abitudini che abbiamo contratto. In tal senso si può dire che le azioni "miste", in cui troviamo una componente di volontarietà e una di involontarietà, sono non soltanto le azioni indotte da fattori *esterni* come le circostanze, ma anche le azioni indotte da fattori *interni* come le emozioni, le passioni e, non da ultimo, i vizi e le virtù. Al vizioso e al virtuoso, infatti, è difficile, se non impossibile, agire in modo contrario a quanto suggerito dalla loro rispettiva natura. Se, alla luce di una concezione di libertà come «possibilità

[46] Questa interpretazione si avvicina a quella oggi proposta da coloro che abbandonano l'idea di libero arbitrio come potere di fare altrimenti, sposando l'idea che la libertà consista nell'agire in base a ragioni consapevoli. Cfr. FISCHER, RAVIZZA 1999.

di fare altrimenti», tali azioni non sono *stricto sensu* libere, esse rimangono però volontarie, dal momento che, per Aristotele, il vizioso e il virtuoso sono in parte responsabili della stessa natura che li inclina a compierle: «all'ingiusto e all'intemperante in principio era lecito non divenir tali, perciò essi lo sono volontariamente; ma una volta che lo sono diventati, non è più possibile ad essi non esserlo»[47].

6. *Ultimate Responsibility*

Non poter fare altrimenti e, nonostante ciò, essere responsabili, è un assunto aristotelico presente negli stessi artt. 92-93 del Codice penale, in cui la responsabilità di ciò che facciamo è riconducibile alla responsabilità di ciò che siamo nel momento in cui compiamo l'azione. Qui, infatti, si chiarisce che il soggetto è imputabile anche dei reati che egli commette sotto l'effetto di ubriachezza o di sostanze stupefacenti. Anche se sul momento il soggetto non era capace di intendere e di volere, è comunque responsabile di essersi messo in una condizione di incapacità da cui sapeva sarebbero potuti scaturire dei danni a terzi. Certo, si potrebbe dire, in quest'ultimo caso, che il soggetto è considerato imputabile perché, nel momento in cui si è messo in una condizione di scarso controllo di sé, era pienamente libero di non farlo. Tuttavia, l'art. 90 del Codice ammette che anche «[g]li stati emotivi e passionali non escludono né diminuiscono l'imputabilità», lasciando intendere che anche aspetti della nostra personalità che non sono riconducibili a una scelta determinata, come la forza di uno stato emotivo, non ci tolgono la responsabilità delle azioni che compiamo sotto la loro pressione. Una conferma, quest'ultima, che la responsabilità morale, e dunque anche l'imputabilità giuridica, non dipende direttamente dal libero arbitrio inteso come "possibilità di fare altrimenti": siamo responsabili di tutte le nostre azioni e omissioni, anche di quelle che non derivano direttamente da una scelta deliberata, ma da un modo d'essere che, a rigor di termini, non abbiamo scelto[48].

Tornando alle neuroscienze, si può allora dire che il determinismo genetico-cerebrale colpisce più il modello kantiano di libero arbitrio che quello aristotelico, per il quale essere considerati responsabili di un'azione non richiede necessariamente la libertà di fare altrimenti. Le nostre azioni, infatti, non sono quasi mai il frutto di una scelta puntuale, tendenzialmente separabile dal modo in cui siamo fatti, dalle nostre preoccupazioni, dai nostri interessi e dalle nostre convinzioni. Ciò che facciamo, insomma, è sempre anche espressione di ciò che siamo. E ciò che siamo, come si è visto, non è semplicemente ciò che abbiamo deciso di essere, sfuggendo alla nostra piena capacità di controllo, senza che ciò annulli la volontarietà e la responsabilità delle nostre azioni. Nel modello aristotelico di azione volontaria, insomma, la libertà non si riduce né all'agire puntuale di una causa incausata, come avviene in Kant, né a un semplice rispecchiamento del nostro carattere, come per esempio in Hume. Collocandosi fra questi due estremi, la prospettiva aristotelica "salva i fenomeni", ossia le due evidenze che il dibattito in corso tende invece a contrapporre, e cioè da un lato gli innegabili limiti che condizionano la nostra libertà di agire, e, di conseguenza, la nostra piena imputabilità, dall'altro lato l'altrettanto innegabile dovere di far corrispondere, a un determinato reato, una giusta pena, fatte salve le eccezioni di dimostrata incapacità di intendere e di volere che, tuttavia, rimangono appunto delle eccezioni. Contro l'idea di libero arbitrio inteso come facoltà di dare inizio a un'azione indipendente da qualsiasi condizionamento e limitazione, si può dunque concludere che «[i]l genere di libero

[47] ARISTOTELE 1993, III, 1114a.

[48] Una prima celebre contestazione che l'idea di responsabilità morale non presupponga necessariamente il libero arbitrio come possibilità di fare altrimenti si trova in FRANKFURT 1969, 829-839. Idea poi ripresa, alla luce dei risultati delle neuroscienze, anche da SIE, WOUTERS 2010, 121-133.

arbitrio richiesto per la responsabilità morale [e l'imputabilità giuridica] è compatibile con la determinazione causale delle azioni da parte di fattori al di fuori del nostro controllo»[49].

Il senso comune, in fondo, conferma quanto si è appena detto. Anche quando siamo consapevoli di non aver potuto fare altrimenti, infatti, sappiamo di non poterci sottrarre alla nostra responsabilità. "L'ho voluto liberamente" e "sono stato io" non sono affermazioni sovrapponibili. Ciascuno di noi si avverte responsabile anche delle proprie azioni non pienamente deliberate. Posso non aver mai sperimentato come pienamente deliberata una determinata azione, e, ciononostante, sentirne la responsabilità. Frasi comuni come "non volevo che ciò accadesse, non me lo perdonerò mai", esprimono l'idea che il nostro senso di responsabilità, e dunque la nostra imputabilità, non richiede necessariamente il libero arbitrio. Per imputare un'azione a un soggetto, dunque, è sufficiente che egli si percepisca come causa principale o prossima, anche se non esclusiva, di una determinata azione. Anche dal punto di vista penale, il contenuto minimo dell'imputabilità potrebbe perciò essere la consapevolezza dell'azione, non la sua libertà. Non a caso il presupposto dell'imputabilità non fa riferimento alla libertà, ma alla capacità di "intendere" e di "volere", dove il "volere" potrebbe anche non essere del tutto libero.

Hume affermava che «non possiamo mai fare un passo oltre noi stessi»[50]. Il diritto penale dimostra che non è così. Non siamo chiusi nella nostra prospettiva soggettiva: siamo capaci di vederci non solo dall'*interno* come un "io", libero o necessitato, ma anche dall'*esterno* come "qualcuno" che può essere dannoso per gli altri, e, in questo, possiamo riconoscere di dover essere puniti per un'ingiustizia che, seppur non in piena libertà, siamo comunque *noi* ad aver commesso[51].

[49] PEREBOOM 2010, 127-155.

[50] HUME 1987.

[51] Esemplare, al riguardo, il caso di un tranquillo insegnante della Virginia, imputato per reati di pedofilia, che sembrava realmente aver perso la capacità di contrastare le proprie pulsioni, ma non quella di comprendere lucidamente di doverlo fare e di portare la piena responsabilità dei suoi sbagli. Cfr. BURNS, SWERDLOW 2003, 437-440.

Riferimenti bibliografici

ARISTOTELE 1993. *Etica Nicomachea*, Milano, Rusconi.

BECCARIA C. 1982. *Dei delitti e delle pene*, Milano, Mursia.

BURNS J.M., SWERDLOW R.H. 2003. *Right Orbitofrontal Tumor with Pedophilia Symptom and Constructional Apraxia Sign*, in «Archives of Neurology», 60, 2003, 437 ss.

CANTARELLA E. 1976. *Studi sull'omicidio in diritto greco e romano*, Milano, Giuffrè.

CASHMORE A.R. 2010. *The Lucretial Swerve: The Biological Basis of Human Behaviour and the Criminal Justice System*, in «Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America», 107, 2010, 4499 ss.

CLARKE R. 2017. *Incompatibilist (Nondeterministic) Theories of Free Will*, in ZALTA E.N. (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponibile in https://plato.stanford.edu/entries/incompatibilism-theories/.

EASTMANN N., CAMPBELL C. 2006. *Neuroscience and Legal Determination of Criminal Responsibility*, in «Nature Reviews Neuroscience», 7, 2006, 311 ss.

EKSTROM L.W. 2003. *Free Will, Chance and Mistery*, in «Philosophical Studies», 113, 2003, 153 ss.

FARAH M.J., HEBERLEIN A.S. 2007. *Personhood and Neuroscience: Naturalizing or Nihilitating?* in «American Journal of Bioethics», 7, 2007, 37 ss.

FERRAJOLI L. 1989. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza.

FIANDACA G., MUSCO E. 1995. *Diritto Penale*, Bologna, Zanichelli.

FISCHER J.M., RAVIZZA M.R. 1999. *Responsibility and Control: A Theory of Moral Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.

FRANKFURT H.G. 1969. *Alternate Possibilities and Moral Responsibility*, in «The Journal of Philosophy», 66, 1969, 829 ss.

GAZZANIGA M.S. 2005. *The Ethical Brain*, New York-Washington D.C., Dana Press.

GREENE J., COHEN J. 2004. *For the Law, Neuroscience Changes Nothing and Everything*, in «Philosophical Transactions of the Royal Society London», B 359, 2004, 1775 ss.

HART H.L.A. 1981. *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, Milano, Ed. Comunità.

HAYNES J.D. 2010. *Posso prevedere quello che farai*, in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, Codice Edizioni, 5 ss.

HOLBACH D' P.H.Th. 1978. *Il sistema della natura*, Torino, Utet (ed. or. *Système de la nature ou des lois du monde physique et du monde moral*, 1770).

HONORÉ T. 1999. *Responsibility and Fault*, Oxford, Hart.

HUME D. 1987. *Trattato sulla natura umana*, libro I, parte II, sez. 6, in ID., *Opere*, Roma-Bari, Laterza.

HUME D. 2008. *Ricerca sull'intelletto umano*, in ID., *Opere filosofiche*, Roma-Bari, Laterza.

KANT I. 1995. *Critica della ragion pura*, Milano, Adelphi.

KANT I. 2000. *Critica della ragion pratica*, Milano, Bompiani.

KELLY E.I. 2010. *Rinunciare all'idea di merito nel diritto penale*, in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Milano, Codice Edizioni, 254 ss.

KING J.A. BLAIR R.J., MITCHELL D.G., DOLAN R.J., BURGESS N. 2006. *Doing the Right Thing: A Common Neural Circuit for Appropriate Violent or Compassionate Behaviour*, in «Neuroimage», 30, 2006, 1069 ss.

LAVAZZA A. 2013. *Responsabilità sotto attacco e saggezza del diritto*, in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Torino, Codice Edizioni, 225 ss.

LAVAZZA A., SAMMICHELI L. 2010. *Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?* in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*, Torino, Codice Edizioni, 147 ss.

LEVY N. 2011. *Hard Luck: How Luck Undermines Free Will and Moral Responsibility*, Oxford, Oxford University Press.

LIBET B, GLEASON C.A., WRIGHT E.W., PEARL D.K. 1983. *Time of Conscious Intention to Act in Relation to Onset of Cerebral Activity (Readiness-Potential). The Unconscious Initiation of a Freely Voluntary Act*, in «Brain», 106, 1983, 623 ss.

MACIOCE F. 2012. *Le neuroscienze. Il diritto penale tra vecchi modelli teorici e innovazione tecnologica*, in GRION L. (ed.), *Chi dice io? Riflessioni sull'identità personale*, Brescia, La Scuola, 223 ss.

MILAZZO L. 2014. *La colpevolezza fra cause e caso*, in «Diritto e Questioni pubbliche», 14, 2014, 794 ss.

PEREBOOM D. 2013. *Lo scetticismo ottimistico su libertà e responsabilità*, in DE CARO M., LAVAZZA A., SARTORI G. (eds.), *Quanto siamo responsabili? Filosofia, neuroscienze e società*, Torino, Codice Edizioni, 127 ss.

PLATONE 2000. *Fedone*, Roma-Bari, Laterza.

PLATONE 2001. *Protagora*, Milano, Bompiani.

PONTI G. 1994. *Il dibattito sull'imputabilità*, in CERETTI A., MERZAGORA I. (eds.), *Questioni sull'imputabilità*, Padova, CEDAM, 10 ss.

PULITANÒ D. 2017. *Diritto penale*, Torino, Giappichelli (VII edizione).

RICŒUR P. 2001. *Le droit de punir*, in ALICI L. (ed.), *Il diritto di punire. Testi di Paul Ricœur*, Brescia, Morcelliana, 2012, 59 ss.

SAMMICHELI L., SARTORI G. 2007. *Neuroscienze e imputabilità*, in DE CATALDO NEUBURGER L. (eds.), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, CEDAM, 335 ss.

SAPOLSKY R.M. 2004. *The Frontal Cortex and the Criminal Justice System*, in «Philosophical Transactions of the Royal Society London», B 359, 2004, 1787 ss.

SARTRE J.-P. 1988. *L'essere e il nulla*, Milano, Il Saggiatore.

SEARLE J. 2005. *La mente*, Milano, Raffaello Cortina.

SIE M., WOUTERS A. 2010. *The BCN Challenge to Compatibilist Free Will and Personal Responsibility*, in «Neuroethics», 3, 2010, 121 ss.

SMILANSKY S. 2000. *Free Will and Illusion*, Oxford, Oxford University Press.

SOON C.S., BRASS M., HEINZE H.J., HAYNES J.D. 2008. *Unconscious Determinants of Free Decisions in the Human Brain*, in «Nature Neuroscience», 11, 2008, 543 ss.

SPINOZA B. 2009. *Etica*, Roma-Bari, Laterza.

STRAWSON G. 1994. *The Impossibility of Moral Responsibility*, in «Philosophical Studies», 75, 1994, 5 ss.

SWAAB D.F. 2014. *We Are Our Brains: A Neurobiography of the Brain, from the Womb to Alzheimer's*, New York, Hedley-Prole.

RECENSIONI E DISCUSSIONI

Discussione su When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and Conservation of the Environment
di Giulia Sajeva

DIRITTI E DOVERI. NUOVE E VECCHIE PROSPETTIVE NEL DIBATTITO SUI DIRITTI BIOCULTURALI

FRANCESCO **VIOLA**

&dq

Diritti e doveri. Nuove e vecchie prospettive nel dibattito sui diritti bioculturali

Rights and Duties: New and Old Perspectives in the Biocultural Rights Debate

FRANCESCO VIOLA

Professore Emerito di Filosofia del Diritto.
E-mail: francesco.viola@unipa.it

ABSTRACT

L'autore fornisce una recensione snella e nel complesso molto positiva del testo di Sajeva. Accanto all'apprezzamento dello stile e del rigore scientifico, l'autore sottolinea alcuni punti particolarmente rilevanti – tra cui la differenza tra popoli indigeni e comunità locali – e confronta i diritti bioculturali alla libertà religiosa, riflettendo sulla diversità tra il "dovere" liberamente percepito dal soggetto e il "dovere" imposto dallo Stato.

The author provides a smooth and overall very positive review of the Sajeva's book. He appreciates her *British style* and scientific approach and underlines some of the most relevant assertions of the book, including the difference between indigenous peoples and local communities. He also compares biocultural rights with religious freedom, noting how different the concept of "duty" may be, depending on whether it is freely perceived by the subject or whether it is imposed by the state.

KEYWORDS

diritti bioculturali, popoli indigeni, comunità locali, diritti umani, libertà religiosa

biocultural rights, indigenous peoples, local communities, human rights, religious freedom

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Diritti e doveri. Nuove e vecchie prospettive nel dibattito sui diritti bioculturali

FRANCESCO VIOLA

Sono molte le ragioni per cui sono particolarmente contento di presentare questo libro di Giulia Sajeva: la prima, quella fondamentale, è che si tratta di un bel libro per il contenuto e per la forma; la seconda è che si tratta della rielaborazione di una tesi discussa nell'ambito del nostro dottorato sui diritti umani[1] a cui sono molto affezionato; la terza è che il libro è stato pubblicato (e pertanto apprezzato) dalla casa editrice più prestigiosa sul piano internazionale; l'ultima, ma non la minore, che è stato scritto da Giulia e per il solo fatto di essere stato scritto da Giulia.

L'originalità del tema è il dato più macroscopico di apprezzamento di questa ricerca. Si tratta dei diritti bioculturali di cui prima della lettura di questo libro non sapevo nulla. L'inventività di nuovi diritti sembra non aver mai fine. A questo proposito ormai non mi stupisco più di nulla. Che poi tutti questi diritti siano rispettati è un'altra questione. Però propugnarli e proclamarli genera sempre una qualche soddisfazione.

È inutile dire che questi diritti bioculturali sono ancora *in statu nascenti*. Non hanno una vera e propria protezione giuridica. Sono semmai solo "diritti morali", che si affacciano timidamente nella storia dei diritti e sono ancora impliciti nelle pieghe di diritti più consolidati, anche se poco rispettati, quali sono i diritti dei popoli indigeni. I nuovi diritti sono spesso generati da altri diritti o comunque li presuppongono.

Cosa sono? Si tratta di riconoscere ai popoli indigeni diritti alla cura del loro ambiente di vita sulla base delle loro tradizioni e della loro cultura (SAJEVA 2018, 78). Questi diritti devono essere distinti da quelli che i popoli indigeni hanno, come tutti i popoli, all'autodeterminazione e al rispetto della loro identità culturale.

La differenza tra gli uni e gli altri è più evidente se si guarda alla loro giustificazione o al loro fondamento: i diritti dei popoli sono diritti collettivi di libertà, mentre i diritti bioculturali hanno un duplice fondamento: uno rivolto alle persone in quanto appartenenti ad un popolo e l'altro rivolto all'ambiente. Alle persone sono riconosciuti diritti di amministrare e custodire il loro ambiente di vita e nei confronti dell'ambiente si riconosce che esso possa essere meglio conservato se lo si affida alla cura di queste persone.

Se non c'è, o non è possibile, una convergenza fra questi due profili non ci sono propriamente diritti bioculturali, ma solo diritti umani da una parte e doveri nei confronti della natura dall'altra.

La diversità bio-culturale indica un inestricabile legame tra la diversità biologica e quella culturale (66). Ma proprio la convergenza fra questi due aspetti è il luogo della problematicità di questi diritti bioculturali.

Il libro mostra chiaramente che Giulia ne è pienamente consapevole e, infatti, l'atteggiamento generale è molto prudente, cauto e circospetto, anche se tendenzialmente favorevole ad una soluzione positiva. Questo conferisce alla ricerca una dimensione scientifica e per nulla ideologica, come invece è frequente nei sostenitori di nuovi diritti.

I punti caldi vengono individuati con precisione e ne vorrei in particolare segnalare due:

1) I diritti bioculturali sono ascrivibili all'orientamento antropocentrico in quanto rispondono agli interessi degli indigeni, o più in generale dell'umanità, alla conservazione della natura? Oppure sono non-antropocentrici in quanto si basano sul valore intrinseco della conservazione

[1] Dottorato su "Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti" del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo.

della natura, fino al punto da potersi configurare come diritti della natura? L'autrice non risolve questo ben conosciuto dilemma, accontentandosi di sottolineare che ciò che importa è che la conservazione della natura sia considerata come un valore in sé o un valore intrinseco (103).

2) Altra questione è come evitare due estremi opposti e entrambi inaccettabili: a) quello conservativo-paternalistico, che alla fin dei conti considera i popoli indigeni come parte della logica dei parchi nazionali (a questo proposito segnalo le ottime riflessioni dedicate al mito del buon selvaggio); b) quello evolutivo assimilazionistico, che è volto a tirar fuori questi popoli dalle loro "arretrate" tradizioni culturali per beneficarli con l'accesso al progresso tecnologico. La posizione dell'autrice è diretta a ribadire che i diritti bioculturali poggiano sulla constatazione che i popoli indigeni possono offrire alla difesa dell'ambiente un'alternativa più accettabile rispetto alle soluzioni tecnologiche di difesa della natura. Tuttavia, Giulia riconosce che questa prova è ben difficile da raggiungere, anche per il fatto che la crisi ecologica è prodotta da emissioni che avvengono ben lontano dal luogo in cui fanno sentire i loro effetti. Tutto ciò interferisce inevitabilmente con l'opera di custodia dell'ambiente affidata ai popoli indigeni.

In conclusione, vorrei sottolineare due aspetti problematici che ai miei occhi sono molto rilevanti e che debbono intendersi come un'umile richiesta di chiarimento rivolta all'autrice e non già come una velenosa osservazione:

1) Giulia sostiene che ai fini dei diritti bioculturali si dovrebbe distinguere i popoli indigeni dalle comunità locali e che è molto più appropriato riconoscere questi diritti a queste ultime. Le comunità locali – mi sembra di capire perché su questo l'autrice non si diffonde molto (e questo è un mio piccolo appunto) – si distinguono dai popoli indigeni in quanto l'aggregazione fra i loro membri è il portato di una cooperazione ai fini della sopravvivenza o della sussistenza e in relazione all'uso di risorse comuni piuttosto che sulla base di un'unità etnica o culturale, sicché la conservazione dell'ambiente è dovuta ad una collaborazione fra gruppi di diversa estrazione etnica e culturale. L'interesse della distinzione è dovuto al fatto che il rilievo delle comunità locali conduce ad accostare i diritti bioculturali alla problematica attuale dei "beni comuni", in cui s'è mostrato che un'adeguata organizzazione degli utenti effettivi conduce ad un'adeguata conservazione delle risorse comuni, evitando la ben nota tragedia dei *commons*. I diritti conferiti a queste comunità locali sarebbero certamente funzionali alla conservazione della natura come valore intrinseco, ma sarebbe certamente difficile considerarli come diritti bioculturali in quanto mancherebbe la stretta relazione tra aspetto biologico e aspetto culturale.

2) La seconda notazione riguarda lo status dei diritti bioculturali. Indubbiamente dal valore intrinseco della conservazione della natura scaturiscono dei doveri. Nel tentativo di inserire questi nuovi diritti nella incerta classificazione generale dei diritti bisogna ricordare che nella storia dei diritti umani è da tutti riconosciuto che i primi diritti delle Carte delle colonie americane sono stati quelli legati alla libertà religiosa. I coloni americani chiedevano che lo Stato non si intromettesse nelle loro scelte religiose, che nel loro caso erano intese nella logica del *calling*, cioè di una chiamata divina percepita come un dovere da cui non ci si può sottrarre pena la dannazione eterna. Quindi si tratta di diritti funzionali a poter fare il proprio dovere o ciò che si ritiene tale. Potrebbe sembrare che i diritti bioculturali siano qualche cosa di simile in quanto c'è il dovere della conservazione della natura. Ma certamente non è così, perché i diritti bioculturali sono legati a questo dovere in modo ben più stretto e decisivo, poiché i doveri religiosi non sono riconosciuti dallo Stato in quanto tali quando esso riconosce i diritti alla libertà religiosa. Che i doveri religiosi siano doveri è cosa che dipende dalle convinzioni soggettive. Lo Stato si limita a non ingerirsi in queste scelte personali. Al contrario il dovere della conservazione della natura è inteso come un dovere oggettivo e un valore intrinseco tanto da essere la ragione che giustifica l'attribuzione dei diritti bioculturali.

Infatti il diritto alla libertà religiosa ha aperto la strada a diritti che nulla hanno a che fare con i doveri religiosi o con i doveri in generale, tanto che oggi ci si lamenta che nell'epoca dei diritti ci sia l'oblio dei doveri. Allora c'è da chiedersi, con speranza per alcuni e preoccupazione per

altri, se i diritti bioculturali non possano aprire la strada ad un altro modo d'intendere i diritti umani o almeno alcuni di essi, cioè ad un modo che incorpora in essi i doveri e le responsabilità.

Di fronte a questa notevole massa di problemi sollevati dalla proposta di diritti bioculturali non resta che attendere i futuri commenti che riceverà, non senza aver reso un omaggio finale a questo testo esemplare per il suo *British style*, cosa che arricchisce la biodiversità delle nostre dissertazioni dottorali.

DIRITTI BIOCULTURALI: PERCORRENDO LA STRADA CHE SEPARA DIVERSE TRADIZIONI

GIANFRANCESCO **ZANETTI**

&dq

Diritti bioculturali: percorrendo la strada che separa diverse tradizioni

Biocultural Rights: Walking the Distance Between Traditions

GIANFRANCESCO ZANETTI

Professore Ordinario di Filosofia del Diritto, Università di Modena e Reggio Emilia.
E-mail: fzanetti@mac.com

ABSTRACT

L'autore ripercorre alcune delle questioni principali affrontate nel testo. I diritti bio-culturali sembrano rappresentare un'alternativa rispetto alla tradizionale riflessione occidentale in tema di conservazione dell'ambiente, ma d'altra parte ci risultano perfettamente comprensibili, perché in essi allignano elementi e temi ben noti in tale tradizione. Questa complessità comporta la necessità di un esame di come i diritti bioculturali possono influenzare le relazioni tra l'individuo e il gruppo, la cultura e le istituzioni, i diritti e i doveri.

The author engages with some of the main theses that Sajeva faces in her book. Bio-cultural rights seem to realize an alternative approach, different from the traditional and "Western" one, when environment conservation is at stake. On the other hand, they are also perfectly understandable, because they seem to revolve around some key notions which are well-known within Western culture. Such a complexity calls for a scrutiny of the possible impact that bio-cultural rights may have on the relationships between individuals and groups, culture ad institutions, rights and duties.

KEYWORDS

diritti bioculturali, *stewardship*, popoli indigeni, diritto di *entry*, cultura, natura

biocultural rights, stewardship, indigenous peoples, rights of entry, culture, nature

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Diritti bioculturali: percorrendo la strada che separa diverse tradizioni

GIANFRANCESCO ZANETTI

I nuovi diritti generano sempre sospetto: sono, quasi per definizione e fin dal principio, *controversi*. I diritti bioculturali non fanno eccezione, e uno dei meriti del testo di Sajeva è che il tema viene affrontato senza servo encomio o codardo oltraggio, ma al contrario con un maturo, e quasi meticoloso equilibrio espositivo: viene dato spazio sia alla novità, alla possibile efficacia argomentativa di tali diritti in alcuni contesti politici («i diritti bioculturali sono meno politicizzati dei diritti delle popolazioni indigene, e quindi la loro rivendicazione può generare meno tensione da parte delle autorità governative» (SAJEVA 2018, 139), sia ai possibili effetti negativi – si tratta in ogni caso di categorie da "maneggiare con cautela". Al termine della lettura si rimane intrigati e perplessi, desiderosi di saperne di più, di seguire il dibattito, e tuttavia in qualche modo sospettosi.

Proprio questa caratteristica fa di *When Rights Embrace Responsibilities* un testo di riferimento per chi voglia informarsi su questo dibattito: anche per via di caratteristiche estrinseche alle tesi ivi sostenute, come la brevità e l'agilità, la chiarezza, della scrittura – a volte lo stile si fa quasi didascalico, con la ripetizione deliberata dei concetti chiave. Dietro il testo si intravede sempre la figura di Sanjay Kabir Bavikatte, e del suo testo *Stewarding the Earth*[1]. Il termine *biocultural* si deve invece inizialmente a Darrel A. Posey (*biocultural diversity*).

In un guscio di noce, i diritti bioculturali sono un gruppo (indeterminato, perché varia a seconda delle circostanze) di diritti umani, diritti "collettivi" (*group rights*), che protegge e si fonda sul ruolo di *stewardship* che alcune comunità locali e alcuni gruppi indigeni hanno mantenuto nei confronti dell'ambiente (xviii).

Questi diritti bioculturali sono una nozione che agisce *bottom up*, sono cioè costellazioni di diritti a contenuto e struttura variabile, caso per caso, e che vengono tuttavia sussunti entro la categoria che li nomina in quanto "emergenti" (da una serie di documenti normativi e di pratiche). La protezione dell'ambiente con modalità *top down* è tipicamente quella del *centralized management*, della conservazione di un determinato territorio o ecosistema (a volte *no matter what*). Le pratiche che hanno di mira i diritti bioculturali, invece, sono il prodotto di stili di vita eterogenei, di sistemi di conoscenza e concezioni del mondo che risultano in una conservazione dell'ambiente effettiva, ma non imposta da autorità esterne.

Il genere prossimo che nomina tali *biocultural rights* è naturalmente tipicamente "occidentale": *rights*, i "diritti soggettivi", "diritti umani", "diritti collettivi". Uno dei problemi teorici che il testo affronta è che si tratta di una categoria solo parzialmente predisposta e adatta a "catturare" questa realtà normativa. Questo non costituisce nessuno scandalo: i fenomeni normativi non sono vincolati a un'armonia prestabilita. Nel caso dei diritti bioculturali quello che emerge è per forza più o meno "occidentale", emerge da documenti normativi, da testi perfettamente comprensibili e leggibili con le categorie tradizionali (dell'Occidente giuridico). Tuttavia quello

* Recensione a SAJEVA G. 2018. *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, New Delhi, Oxford University Press.

[1] BAVIKATTE S.K. 2014. *Stewarding the Earth. Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, New Delhi, Oxford University Press.

che emerge avrebbe l'ambizione di recepire, di catturare, qualcosa che tanto occidentale poi non è: la nozione (con implicazioni normative) di *stewardship* verso la terra, verso l'ambiente.

Va subito detto che la filosofia e, più in generale, la cultura occidentale classica conosce comunque molto bene (variamente declinati, s'intende) alcuni degli ingredienti, *disiecta membra*, del discorso sui diritti bioculturali.

Il rapporto, per esempio, fra identità, autodeterminazione, e natura (una natura fisica *del territorio* che viene sacralizzata con amore e venerazione), non è qualcosa di esotico e incomprensibile; non è qualcosa rinvenibile esclusivamente fra gli *iwi* della Nuova Zelanda, che «considerano il fiume [Whanganui] non solo una risorsa naturale, ma anche uno dei loro antenati, un essere vivente da proteggere e rispettare» (93). Si tratta di un genere di narrativa che allude a un approccio non individualistico, a un ideale di armonia con la natura, a un'inclusione degli interessi delle generazioni future (12).

Ora, l'idea del legato, che vincola e unisce generazioni diverse, costituente un'eredità che va tramandata e protetta, è ben presente nella cultura tradizionale occidentale, e anzi proprio in filosofia del diritto, per esempio in Edmund Burke. In Burke è pressoché assente il tema della conservazione della natura: quello che va conservato e tramandato integro sono piuttosto i *manners*, l'ethos normativo di un popolo. Burke, tuttavia, si era occupato anche di estetica, e segnatamente della nozione di sublime (categoria che deve la sua celebrità alla *Critica del Giudizio* di Kant): il sublime rimanda spesso a una nozione di natura "non disponibile", numinosa (e d'altra parte «notions of aesthetic value, the value of knowledge, and future generations extend the borders of environmental protection» (13), se pure con modalità ancora antropocentriche). Parallelamente vi è, in Burke, una compressione della nozione di individuo come unità atomica titolare di diritti universali, e una corrispondente espansione della rilevanza delle pratiche, delle istituzioni storicamente e geograficamente determinate, che i popoli devono ricevere, conservare e trasmettere in una specie di ecologia normativa – ecco una cerniera fra conservazione come *conservation of environment* e conservazione come conservatorismo normativo.

Un pezzo mancante, come si è notato, è invece la nozione di *stewardship* verso l'ambiente, un ambiente che tende a essere concepito come una rete di rapporti e relazioni, che a loro volta collegano il biotico e il non biotico (con buona pace di Jacques Monod) in un sistema armonioso. Questo elemento compare talvolta in alcune narrative – nella retorica – relativa, per così dire, al diritto di *entry*, un tema implicito nelle narrative dei difficili processi di integrazione di un individuo (occidentale e "civilizzato") in una cultura diversa (debitamente esotica e possibilmente indigena, con elementi di primitività ascritta). Solo gli individui si pongono il problema della *entry*: i gruppi non desiderano in primo luogo integrazione e assimilazione perché questo significherebbe che il gruppo cessa di esistere; la *entry* e la integrazione dell'individuo nel gruppo significa invece, per l'individuo, la possibilità della sopravvivenza e della fioritura.

Il cinema americano si è interessato a queste narrative, a volte fornendo versioni ingenue del mito del buon selvaggio: per esempio in *Avatar* di James Cameron (2009). Pandora è un mondo abitato da indigeni che nutrono un rispetto ancestrale per la loro natura, per l'ecologia senziente di un pianeta dove gli esseri sono fra loro collegati. Il protagonista, Jake Sully, lotta per un diritto di *entry*, per diventare, con l'ausilio di un corpo creato *ad hoc*, membro della tribù Na'vi (invero ben pericolosamente vicini all'*ecologically noble savage* assai opportunamente evocato da Sajeva (71-73)). Lo sfruttamento anti-ecologico dell'ambiente del pianeta verrà impedito dall'integrazione spirituale del protagonista straniero nella comunità indigena, una comunità che invece preserva e rispetta, cura e conserva, trasmette e tramanda attraverso le generazioni.

In altre parole, poiché determinati concetti sono trovati o attribuiti a gruppi indigeni diversi dall'"uomo bianco", quest'ultimo li mette a tema entro una narrativa relativa al diritto di *entry*, una storia cioè di fortunata e riuscita integrazione in una cultura indigena, che così permette (la storia) di mettere in scena una coscienza duplice: quella "nativa" che preserva e conserva l'ambiente con le sue pratiche di (dovere di) *stewardship*, e quella "bianca" del protagonista, che

si sovrappone allo spettatore col meccanismo dell'identificazione, e che è capace di concettualizzarle come tali, cioè in alternativa alle (in contrasto colle) pratiche di sfruttamento e di non-conservazione dell'ambiente delle quali è in teoria culturalmente latore.

Insomma, i diritti bioculturali ci sono comprensibili perché, in primo luogo, anche se ne sono titolari comunità locali e gruppi indigeni, emergono da documenti e pratiche riconoscibili come tali da criteri occidentali, e in secondo luogo perché alcuni degli ingredienti culturali che ne sostanziano il discorso (naturalmente ricollocati e modificati nel ruolo sintattico entro di esso) allignano in narrative perfettamente comprensibili entro la cultura "bianca" e "occidentale".

Detto questo, rimangono le difficoltà. Nel discorso dei diritti bioculturali la rivendicazione dei diritti, da parte delle popolazioni indigene e delle comunità locali, sulle terre e sulle risorse naturali è strettamente associato con il riconoscimento del loro ruolo come "conservatori" dei locali ecosistemi (78). Naturalmente si tratta di rivendicazioni e riconoscimenti rilevanti a livello globale ma radicati a livello locale (78): *think globally, act locally* è un grido di battaglia tipicamente ecologista, da Patrick Geddes a David Brower, il fondatore di *Friends of the Earth* (ma tra chi ne rivendicò la paternità c'è anche il teologo e storico delle istituzioni Jacques Ellul).

Quindi ci sono due rivendicazioni convergenti: il riconoscimento di diritti a comunità locali e popolazioni indigene e la fine di un uso insostenibile e distruttivo della biodiversità. Bavikatte offre un'utile immagine visuale: una ruota la circonferenza della quale è l'obiettivo della conservazione dell'ambiente nonché l'uso sostenibile della biodiversità, il perno centrale della quale è l'etica della *stewardship*, e i raggi della quale sono i differenti diritti bioculturali richiesti dalle comunità per proteggere il loro stile di vita (101). Non si tratta solo di diritti alla terra e alle risorse naturali, ma anche diritti di autodeterminazione e diritti all'identità culturale.

Ora, già questi ultimi diritti destano qualche problema. È certamente vero che: «una forte identità culturale conferisce un senso di orgoglio attraverso l'identificazione con un certo legato. Quando essa è forte e fiorente, l'identità culturale può implementare la conservazione delle pratiche culturali, dei saperi e dei linguaggi che regolano e mantengono l'uso sostenibile delle terre e delle risorse» (108, dove si rimanda agli studi di Maffi). In filosofia del diritto, si deve al magistero di Joseph Raz la consapevolezza dell'importanza dell'appartenenza a un *encompassing group* rispettato e fiorente per il *well-being* di un soggetto. Raz non si pone, in contesto, il problema della conservazione dell'ambiente, e non ne ha affatto bisogno per sostenere con efficacia la sua tesi; la correda però con un'enfasi sul diritto di *exit* dal "gruppo comprensivo" riservato al soggetto individuale. E si tratta di un punto importante. Perché l'integrità «dei valori e delle concezioni del mondo, delle pratiche e dei saperi dei popoli indigeni e delle comunità locali» (107) ricordata da Sajeva può declinarsi in modi infernali, comportare la sottomissione della donna, stratificazioni sociali inique, regimi castali, forme di crudeltà. Anche se gli Spartani ci avessero lasciato documenti, testimonianze e pratiche mirabili in tema di conservazione dell'ambiente, l'istituto lacedemone della *krypteia* sarebbe egualmente atroce. Preservare una competenza linguistica tradizionale è ottimo: ma rendere difficile l'apprendimento di lingue franche può significativamente comprimere le possibilità di autonoma determinazione di un piano di vita. Uno dei pregi di *When Rights Embrace Responsibilities* è proprio l'assenza di ogni romantica feticizzazione delle *local communities and indigenous popolations*; non solo si prende consapevolmente distanza dal mito pseudo-rousseauviano del buon selvaggio, ma si evita ogni rappresentazione *glamorous*, o ammiccante, dei titolari dei diritti bioculturali – la riflessione dell'autrice, in questi frangenti, ritorna sempre asciuttamente al documento, al materiale testuale normativo, o al caso concreto.

Con asciutta onestà intellettuale il testo di Sajeva mostra, senza riguardi, gli elementi ambigui della nozione in esame: come può un diritto umano essere collegato a un "dovere" – ancorché nobile come quello di *stewardship* verso l'ambiente? Da un punto di vista retorico, anche solo citare la circostanza sembra un passo falso: se una tale *local community* cessa di conservare l'ecosistema dovrebbe forse perdere dei diritti concettualizzati come diritti *umani*? In

effetti, «enfatizzare il ruolo delle popolazioni indigene e delle comunità locali nella protezione dell'ambiente presenta in effetti il rischio di subordinare i loro diritti a considerazioni ambientalistiche ed ecologiche» (121).

Qui si tratta di dipanare due problemi distinti. Un problema è quello teorico: il "duplice fondamento" dei diritti bioculturali ne fa un caso talmente *sui generis* di diritti umani da rendere legittima la domanda sulla correttezza di una concettualizzazione di tale fenomeno normativo emergente come "diritto umano". Un fondamento è la promozione e la conservazione della identità culturale e della autodeterminazione delle popolazioni indigene e delle comunità locali. Un secondo fondamento è la protezione dell'ambiente e dell'ecosistema, che determina l'etica dello *stewardship*. I diritti, in generale, non sono connessi a doveri e responsabilità di questo tipo.

Un problema diverso è quello pratico: basta un passo falso retorico, e l'argomentare in base ai diritti bioculturali potrebbe avere conseguenze regressive.

Qualunque sia la posizione che si voglia assumere sui diritti bioculturali, il testo di Giulia Sajeva ha due meriti fondamentali. In primo luogo, è uno strumento efficace per poter formarsi un'opinione sull'argomento, che viene illustrato e analizzato nelle sue luci e nelle sue ombre. In secondo luogo, rende consapevoli dell'esigenza di mettere in sintonia il discorso ecologico sulla conservazione degli ecosistemi e quello dei diritti umani. La crisi ecologica del cosiddetto Antropocene ha molti effetti, e uno di questi effetti è quello di mettere in pericolo l'oscillante e ambigua effettività (147) dei diritti umani; una riflessione su questi ultimi che non li ponga in sincrono con un discorso di conservazione dell'ambiente (insomma un'assenza di dialogo fra la riflessione critica sul diritto e le scienze naturali) può comportare inediti rischi, e non solo per le generazioni che verranno.

UN PASSO AVANTI E UN PASSO INDIETRO NELL'ANTROPOCENE: *RIGHTS FOR ECOSYSTEM SERVICES*, REDD E COMUNITÀ LOCALI

GIULIA **SAJEVA**

&dq

Un passo avanti e un passo indietro nell'Antropocene: *Rights for Ecosystem Services*, comunità locali e REDD

Tracing the Anthropocene Back and Forward: Rights for Ecosystem Services, Local Communities, and REDD

GIULIA SAJEVA

Dottore di ricerca in Diritti Umani, Università degli Studi di Palermo. Marie Curie Swid.
E-mail: giusajeva@gmail.com

ABSTRACT

L'autrice del libro *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and Conservation of the Environment* risponde ad alcune delle questioni sollevate da Francesco Viola e Gianfrancesco Zanetti nelle loro recensioni, pubblicate in questo numero della rivista. L'autrice si sofferma inoltre su alcuni temi discussi nel libro che richiedono ulteriori approfondimenti e su possibili sviluppi del concetto di diritti bioculturali.

The author of the book *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and Conservation of the Environment* replies to the comments raised by Francesco Viola and Gianfrancesco Zanetti in the present journal issue. She also dwells on some topics of her book which deserve further clarification and speculates on possible future developments of biocultural rights.

KEYWORDS

diritti bioculturali, REDD, popoli indigeni, comunità locali, antropocene, *rights for ecosystem services*

biocutural rights, REDD, indigenous peoples, local communities, anthropocene, rights for ecosystem services

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Un passo avanti e un passo indietro nell'Antropocene: *Rights for Ecosystem Services*, REDD e comunità locali

GIULIA SAJEVA

1. *Diritti (bioculturali) nell'antropocene* – 2. *Un passo avanti e un passo indietro* – 3. *Quali sono, veramente, le comunità locali* – 4. *Uno sguardo al REDD dal punto di vista dei diritti bioculturali*.

1. *Dirtti (bioculturali) nell'antropocene*

Il 21 Maggio 2019 *l'Anthropocene Working Group* della *Subcommission on Quaternary Stratigraphy*[1] ha risposto positivamente alle domande che gli erano state poste nel 2016 durante l'*International Geological Congress*, a Cape Town, e ha deliberato che: è corretto considerare l'Antropocene una epoca geologica a sé; l'ingresso in tale epoca sarebbe avvenuto a metà del XX secolo, più o meno in coincidenza con la *grande accelerazione*[2] della produzione industriale, il rapido aumento della popolazione umana e della globalizzazione, e i primi test di bombe nucleari[3] – questi ultimi, candidati al ruolo di *golden spike*[4]. La parola definitiva è ora rimessa agli altri organi della *International Union of Geological Sciences*[5].

L'ingresso in quello che è stato definito Antropocene – l'«intervallo temporale geologico, nel quale molte caratteristiche e processi della Terra sono profondamente alterati dall'azione umana»[6], è un evento – paradossalmente non ancora *avvenuto* con certezza – che non è passato inosservato. La crescente letteratura sul tema spazia dall'ambito della geologia a quello della politica, della filosofia e del diritto. Il dibattito di teoria del diritto e dei diritti, in particolare, se da un lato ricostruisce i progressi nelle decisioni delle Corti e nella formulazione delle Costituzioni[7],

[*] Risposta alle recensioni di Francesco Viola e Gianfrancesco Zanetti pubblicate in questo fascicolo di Diritto & Questioni pubbliche, in riferimento al testo SAJEVA G. 2018. *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment*, New Delhi, Oxford University Press.

[1] La *Subcommission on Quaternary Stratigraphy* è una delle commissioni della *International Commission on Stratigraphy*, che a sua volta è una delle organizzazioni scientifiche in seno alla *International Union of Geological Sciences*. Il suo compito principale è quello di stabilire le coordinate della scala stratigrafica – la datazione delle rocce – a livello globale. Il *Working Group* sull'Antropocene fu istituito nel 2009 con l'intento di stabilire se si potesse o meno affermare che la terra fosse entrata in una nuova era geologica.

[2] Il report fa esplicitamente riferimento alla *Great Acceleration*, nome che fu attribuito ad un gruppo di grafici pubblicati per la prima volta nel 2004 dall'*International Geosphere Biosphere Programme*, che mostrano come le modifiche apportate al Sistema Terra dall'azione umana siano drammaticamente più profonde a partire dal 1950 (STEFFEN et al. 2015). Il termine *Great Acceleration* fu scelto con l'intento di riecheggiare la *Great Transformation* di Karl Polanyi (POLANYI 1944). Al riguardo si veda anche MCNEILL, ENGELKE 2014.

[3] SUBCOMMISSION ON QUATERNARY STRATIGRAPHY 2019.

[4] I *golden spike* – nome colloquiale per indicare i *Global boundary Stratotype Section and Point* (GSSP) – sono i marcatori delle nuove epoche geologiche.

[5] SUBRAMANIAN 2019.

[6] SUBCOMMISSION ON QUATERNARY STRATIGRAPHY 2019, traduzione mia. La proposta di utilizzare il termine "antropocene" per descrivere la nuova epoca geologica è stata avanzata per la prima volta in CRUTZEN, STOERMER 2000; v. anche ZALASIEWICZ et al. 2017.

[7] Si veda il riconoscimento dei diritti della natura nelle Costituzioni dell'Ecuador e della Bolivia (KOTZÉ, VILLAVICENCIO CALZADILLA 2017; VILLAVICENCIO CALZADILLA, KOTZÉ 2018), così come il riconoscimento di diritti a fiumi, montagne e siti sacri naturali (STUDLEY, BLEISCH 2018; Te Awa Tupua – Whanganui River Claims Settlement – Bill del Parlamento della Aotearoa-Nuova Zelanda, 2017; e il caso *Mohd. Salim v. State of Utarakhand and Others*, 2017 della Utarakhand High Court, India), e l'ascrizione di diritti all'ambiente o la previsione di responsabilità ambientali nelle Costituzioni di 147 Stati (BOYD 2012, 47).

dall'altro stenta ad affrontare con convinzione la questione – quasi si fosse in attesa di (più o meno utopiche) soluzioni e trasformazioni radicali. Daniele Archibugi immagina un'Assemblea Parlamentare Mondiale in seno alle Nazioni Unite con il mandato di proporre politiche volte ad affrontare la crisi ambientale[8]; Stephen Turner prepara la bozza del trattato sul *Diritto globale ambientale*[9]; e il *Global Network for the Study of Human Rights and the Environment* adotta un'immaginaria *Dichiarazione sui diritti umani e il cambiamento climatico*[10]. Il dibattito sui diritti umani sfocia nell'auspicio di un cambio di paradigma, che incorpori – non è chiaro in che modo – la crisi ambientale nel concetto e nella realizzazione dei diritti – siano essi dei singoli o dei gruppi – per rispondere alla nuova realtà socio-ecologica[11]. I diritti umani sono stati, infatti, accusati non soltanto di essere inadeguati ad affrontare la crisi ambientale e incapaci di superarne le cause strutturali, ma, addirittura, di perpetuare le ingiustizie e i fenomeni oppressivi ad esse connessi[12]. Sono stati tacciati di essere eccessivamente legati alle libertà di stampo economico; di cadere nella trappola dell'imperialismo culturale in virtù della centralità attribuita all'individuo[13]; di avere una prospettiva completamente antropocentrica e di ignorare tanto le differenze tra Stati, quanto quelle tra specie[14]. Di essere, in altre parole, uno strumento del passato, prodotto di equilibri ambientali e politici di un'altra epoca, sia essa l'Olocene o la semplice età moderna.

L'idea di *diritti bioculturali* – il tema centrale del mio libro, discusso da Francesco Viola e Gianfrancesco Zanetti all'interno di questo numero della rivista *Diritto&Questioni pubbliche* –, si colloca pienamente all'interno del dibattito sui diritti umani e l'ambiente, proponendo il germe di un approccio potenzialmente diverso da quello tipico dei diritti umani di stampo tradizionale. È un germe non privo di complessità e tensioni, ma che può forse giustificare la promozione dell'idea dei diritti bioculturali nonostante la grande inflazione nella costruzione, rivendicazione e promozione di nuovi diritti, e in particolare di nuovi diritti umani, evidenziata da Viola.

All'origine dell'idea dei diritti bioculturali vi è il riconoscimento del fatto che, nonostante i diritti umani abbiano bisogno di un ambiente sano e fiorente per essere pienamente realizzati[15], la protezione dell'ambiente spesso mal si sposa con il rispetto dei diritti umani. In particolare, i diritti dei popoli indigeni e delle comunità locali sono stati – e sono tuttora – lesi da azioni tipiche degli approcci *classici* alla conservazione – comunemente denominati *fortress conservation approaches* – quali la creazione di aree protette, l'imposizione di moratorie sulla caccia e la raccolta, il divieto di accesso in determinate aree[16]. Fortunatamente, negli ultimi trent'anni, è andato emergendo un nuovo approccio alla conservazione dell'ambiente che ha aperto la strada ad alternative più rispettose dei diritti umani[17]. *Right-based approaches*, approcci fondati sui diritti, hanno preso piede e sono sempre più supportati dal diritto internazionale (dei diritti umani e dell'ambiente) e da politiche e programmi intergovernativi e non. Tali approcci si fondano sul riconoscimento del ruolo che popoli indigeni e comunità locali hanno come *steward*, custodi, dell'ambiente. Essi hanno condotto, secondo lo studioso Sanjay Kabir Bavikatte, ad un nuovo nucleo di diritti umani: i diritti bioculturali [18]. Secondo la ricostruzione di Bavikatte, i

[8] ARCHIBUGI 2019.
[9] TURNER 2014.
[10] DAVIES et al. 2017.
[11] KOTZÉ 2017, viii; VERMEYLEN 2017; TAYLOR 1998.
[12] Cfr, tra gli altri, GEARTY 2010; GREAR 2011.
[13] Cfr BOYD 2012, che ricostruisce alcune delle critiche sollevate ai diritti umani in relazione all'ambiente, e in particolare al diritto ad un ambiente sano (40-42).
[14] GEARTY 2009.
[15] KNOX 2017, 3 ss.
[16] ADAMS, MILLIGAN 2003; MACKANZIE 1988; WILSHUSEN et al. 2002; WILSON 2016; DOWIE 2009; SOBREVILA 2008; BRECHIN et al. 2002.
[17] KOTHARI et al. 2013; GAVIN et al. 2015.
[18] V. soprattutto BAVIKATTE 2014; BAVIKATTE, BENNETT 2015.

diritti bioculturali sono un gruppo di diritti umani collettivi, che stanno emergendo a livello internazionale e, in alcuni casi, regionale/nazionale[19]. Sono definiti come l'insieme dei diritti di cui i popoli indigeni e le comunità locali hanno bisogno per mantenere il proprio ruolo di custodi dell'ambiente che li circonda. A loro fondamento sta l'idea – che riecheggia il Principio 22 della Dichiarazione di Rio e l'articolo 8j della Convenzione sulla Biodiversità[20] – secondo la quale alcuni popoli indigeni e comunità locali hanno mantenuto stili di vita – più o meno tradizionali – vantaggiosi per la conservazione dell'ambiente dei luoghi dove vivono. Affinché popoli indigeni e comunità locali possano mantenere tale ruolo di *stewardship*, è necessario che vengano loro riconosciuti un insieme di diritti – diritti alla terra, alle risorse naturali, all'autogoverno, alla diversità culturale. Il riconoscimento di tali diritti, quindi, avrebbe al contempo due risultati virtuosi, la promozione di due nuclei di interessi: da un lato gli interessi dei popoli indigeni e delle comunità locali all'autogoverno e alla conservazione e promozione dei propri stili di vita, e, d'altro lato, l'interesse alla protezione dell'ambiente. Entrambi questi interessi costituiscono il *point*, il fondamento giustificativo, dei diritti bioculturali, che si profilano così come diritti umani a doppio fondamento, che promettono di realizzare un *win-win*, una armonizzazione e mutua incentivazione, tra due interessi rilevanti ma spesso confliggenti.

Il *win-win* promesso dai diritti bioculturali nasconde però un abbaglio, che deriva dal trascurare le insidie del mito del buon selvaggio, così ben ripreso da Gianfrancesco Zanetti nella sua analisi del film *Avatar*, dove viene descritto un mondo immaginario in cui gli indigeni, minacciati dalla conquista da parte di colonizzatori affamati di risorse naturali, vivono in pace e armonia con l'ambiente. Uno sguardo più approfondito al mito svela la natura *sui generis* dei diritti bioculturali e la loro problematicità in quanto diritti umani. Sono infatti diritti che si accompagnano a responsabilità – doveri – a carico dei loro stessi titolari – i popoli indigeni e le comunità locali. La responsabilità di essere e restare sostenibili dal punto di vista ambientale. Mentre un tale diritto-dovere può apparire – ed effettivamente appare, quando si guarda ad esperienze come quella delle ICCAs-territories of life[21] – pienamente in linea con le attitudini, il diritto consuetudinario, la spiritualità e le aspirazioni di popoli indigeni e comunità locali,

[19] Si veda, la Dichiarazione di Rio su Ambiente e Sviluppo, Agenda 21; la Convenzione sulla Biodiversità (in particolare l'articolo 8j) e il suo Protocollo di Nagoya sull'Accesso e la Ripartizione delle Risorse Genetiche e la giusta ed equa ripartizione dei benefici provenienti dal loro utilizzo; il Trattato FAO sulle risorse fitogenetiche per alimentazione e agricoltura; il caso della Commissione Africana sui Diritti Umani e dei Popoli Endorois Welfare Council v. Kenya; i casi della Corte Inter-Americana sui Diritti dell'Uomo Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Moiwana Village v. Suriname, e Saramaka People v. Suriname; il caso Niyamgiri della Corte Suprema Indiana (Orissa Mining Corporation Ltd. Versus Ministry of Environment & Forests & Others); l'adozione del Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Act in Nuova Zelanda.

[20] La Dichiarazione di Rio fu adottata durante la Conferenza sull'Ambiente e lo Sviluppo, organizzata nel 1992 a Rio De Janeiro, mentre la Convenzione sulla Biodiversità, il cui testo fu redatto durante la Conferenza, fu adottata nel 1993 e conta oggi 196 Paesi membri. Il Principio 22 afferma che «le popolazioni e comunità indigene e le altre collettività locali hanno un ruolo vitale nella gestione dell'ambiente e nello sviluppo grazie alle loro conoscenze e pratiche tradizionali. Gli Stati dovranno riconoscere la loro identità, la loro cultura ed i loro interessi ed accordare ad esse tutto il sostegno necessario a consentire la loro efficace partecipazione alla realizzazione di uno sviluppo sostenibile». L'articolo 8j della CBD richiede agli Stati membri di «rispettare, preservare e mantenere le conoscenze, le innovazioni e la prassi delle comunità indigene e locali che incarnano stili di vita tradizionali rilevanti per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica e di favorire la loro più ampia applicazione con l'approvazione ed il coinvolgimento dei detentori di tali conoscenze, innovazioni e prassi, incoraggiando un'equa ripartizione dei benefici derivanti dalla utilizzazione di tali conoscenze, innovazioni e prassi».

[21] Gli ICCA-territories of life sono aree governate, gestite e conservate da popoli indigeni e comunità locali. Essi agiscono come custodi grazie ai forti legami (storici, culturali, spirituali, sociali, identitari) mantenuti e sviluppati con le proprie terre. Tali popoli e comunità esercitano le proprie regole e decisioni sul territorio attraverso le proprie istituzioni di governo, così contribuendo non soltanto al proprio benessere ma anche alla conservazione e all'uso sostenibile dell'ambiente e delle risorse locali (FARVAR et al. 2018; si veda anche https://www.iccaconsortium.org/index.php/discover/).

evitare di cadere nel mito del buon selvaggio esige di non dare per presupposto che sia sempre così, e che, dunque, ogni popolo o comunità vivrà, in qualunque situazione, con piena soddisfazione il proprio diritto-dovere. Ciò vale soprattutto nel caso in cui il soggetto è un popolo indigeno, i cui "diritti-diritti", privi di oneri e doveri ambientali, sono riconosciuti a livello internazionale e spesso – anche se ancora non sempre – a livello nazionale.

In cosa sta, allora, a fronte di queste difficoltà, la potenzialità di rottura, di critica, di cambiamento (o almeno tentativo di cambiamento) di paradigma, sottesa ai diritti bioculturali?

I diritti umani sono comunemente costruiti attorno alla centralità della protezione degli interessi umani. L'idea di "umano" si è storicamente evoluta, espandendosi da una quasi identificazione con l'uomo-bianco fino ad includere donne, individui appartenenti a tutte le etnie e nazionalità, individui e gruppi particolarmente svantaggiati, e così via. I diritti umani nascono e si evolvono – come concetto e come strumento giuridico – con l'intento di proteggere l'uomo, inteso in senso ampio, dall'uomo, specialmente se detentore di poteri istituzionali. I diritti bioculturali emergono (o stanno emergendo) in un contesto diverso, non perché privo di ingiustizie perpetuate dall'uomo sull'uomo, ma perché accompagnato dal riconoscimento dei limiti delle risorse naturali e dell'impatto dell'azione umana sulla terra. Il loro doppio fondamento – da un lato l'interesse di una specifica collettività umana e dall'altro l'interesse per la protezione dell'ambiente (declinabile come interesse del genere umano nel suo complesso o come interesse della natura in quanto detentrice di valore sé[22]) – porta alla creazione di limiti interni ai diritti stessi, limiti che rendono i diritti bioculturali diritti umani "ecologici", ancor più, e in modo più pregnante, del diritto umano ad un ambiente sano[23], dei *greened human rights*[24] e di diritti ambientali procedurali[25]. Questi ultimi mantengono, infatti, l'uomo come unico titolare e portatore degli interessi protetti, e lasciano l'ambiente nel ruolo di elemento da proteggere al fine, e al solo fine, di proteggere interessi umani determinati. La protezione dell'ambiente resta, così, un'esigenza continuamente defettibile, e differibile, in caso di conflitto con interessi umani più immediati[26]. Non voglio con ciò dire che il potenziale conflitto tra conservazione dell'ambiente (e, dunque, conservazione del contesto necessario per la fioritura umana e la piena tutela dei diritti delle generazioni future, ma, ormai, non così future) e interessi umani più immediati, tutelati dai diritti umani tradizionali, non sia un conflitto drammatico, né che debba, sempre e necessariamente, essere risolto a favore della conservazione dell'ambiente. Non voglio nemmeno dire che il modo in cui i diritti bioculturali pretendono di risolvere il conflitto, assoggettando interessi importanti come il mantenimento del proprio stile di vita da parte di popoli

[22] Come nota Viola, il punto è volutamente lasciato indeterminato nel libro. Né dalla ricostruzione di BAVIKATTE (2014), né dai documenti normativi a cui essa fa riferimento, è possibile stabilire se l'interesse della conservazione dell'ambiente posto a fondamento dei diritti bioculturali vada declinato in chiave antropocentrica o non antropocentrica. Questa indeterminazione permette di sfruttare politicamente i diritti bioculturali in modo più "efficiente", declinandoli in senso antropocentrico o non antropocentrico a seconda del contesto, della Corte o dello Stato di riferimento. Questo atteggiamento strategico è in linea con la visione, abbracciata nel libro (SAJEVA 2018, cap. 2), dei diritti umani come *strumenti* particolarmente potenti, e tanto più potenti quanto più flessibili, volti alla protezione di soggetti (individuali o collettivi) bisognosi di protezione.

[23] Si veda, tra gli altri, BOYD 2012.

[24] È stato definita *greening* dei diritti umani la decisione da parte di Corti nazionali, regionali e internazionali di disporre la fine di attività che danneggiano l'ambiente in quanto lesive anche di diritti fondamentali, come il diritto alla salute e alla vita (TAYLOR 1998, 338 ss; ANTON, SHELTON 2011, 463).

[25] I diritti ambientali procedurali sono quell'insieme di diritti, come il diritto all'informazione, alla partecipazione, al consenso preventivo informato, che possono essere declinati in senso "ambientale" quando riguardano l'accesso ad informazioni, la consultazione, la possibilità di adire ad una Corte, per azioni che influenzano l'ambiente o il suo godimento (v., tra gli altri, KRAVCHENKO 2010). Un esempio sono i diritti riconosciuti dalla Convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione dei cittadini e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, entrata in vigore nel 2001 (v., tra gli altri, CRAMER 2009).

[26] LEWIS 2012, 45; TAYLOR 2008, 89; GEARTY 2010, 7.

indigeni e comunità locali ad un onere di sostenibilità ambientale, sia il modo più corretto, specialmente dal punto di vista della giustizia e dell'equa ripartizione delle responsabilità ambientali: perché mai i popoli indigeni e le comunità locali, i soggetti che meno tra tutti hanno contribuito alla crisi ambientale, e che da secoli subiscono le conseguenze negative della creazione di azioni volte alla protezione dell'ambiente, dovrebbero vedere i propri diritti limitati da esigenze di conservazione? Al contrario, ritengo che questa soluzione sia talmente problematica da richiedere, come suggerirò più avanti (§ 2), di rielaborare i diritti bioculturali assegnandogli lo status di diritti ordinari, e non quello, più oneroso e impegnativo, di diritti "umani" (con tutto quello che ne consegue, soprattutto in merito al dovere di, o comunque alla pressione verso, il loro riconoscimento da parte degli stati). Ma, nonostante tutto ciò, i diritti bioculturali segnano comunque, a me sembra, un importante punto di svolta.

Il punto di svolta consiste nel fraseggiare l'interesse alla conservazione dell'ambiente e la necessità della sua promozione come *parte* del fondamento di diritti soggettivi (in questo caso di diritti collettivi), parte delle ragioni che giustificano la loro istituzione. Da ciò deriva un'importante conseguenza. Una volta dissipato l'abbaglio proveniente dal mito del buon selvaggio in necessaria armonia con l'ambiente, risulta evidente che l'interesse alla conservazione dell'ambiente può confliggere con, e imporre limiti a, la soddisfazione dell'altro interesse posto a fondamento dei diritti bioculturali, l'interesse al mantenimento dei propri stili di vita. Questi limiti, però, si profilano diversamente rispetto ai limiti, esterni, imposti comunemente ai diritti umani da altri diritti umani e da interessi particolarmente importanti (compresa la protezione dell'ambiente). Sono, infatti, limiti "interni", scaturenti da un valore che ha un legame speciale con il diritto compresso, un valore che costituisce una delle ragioni per il suo riconoscimento.

Non voglio entrare adesso sulla questione, spinosa, se la differenza fra limiti "esterni" e "interni" sia un mero effetto di superficie, che svanisce nel momento in cui i diritti sono analizzati esplicitando le posizioni normative giuridiche/morali (pretese, doveri, libertà, non-pretese, etc) ad essi inerenti, o se, invece, la differenza non colga, sia pur in modo approssimativo e impressionistico, tratti più profondi della struttura dei diritti. Quale che sia la risposta, mi sembra che, a livello politico, retorico e argomentativo, il modo in cui un diritto, i suoi fondamenti e i suoi limiti sono descritti faccia una grande differenza. Fraseggiare un diritto come fondato su *due* interessi, potenzialmente confliggenti, ha enormi effetti sul modo in cui la relazione tra i due interessi viene percepita. Ciò che viene enfatizzato è molto più la loro potenziale concordanza, che il loro potenziale conflitto. Ciò che viene suggerito è che, almeno normalmente, i due interessi si compongono felicemente. Tutto questo può avere una grande influenza sulla disponibilità a riconoscere il diritto. Del resto, la relazione speciale tra i due fondamenti implica una serie di restrizioni nella attribuzione del diritto e nella selezione delle sue corrette specificazioni: tra i requisiti per detenere il diritto deve esservi la capacità di promuovere *entrambi* gli interessi/valori che stanno a suo fondamento; le specificazioni corrette del diritto sono quelle che assicurano la migliore promozione di *entrambi* gli interessi, e non la massima soddisfazione, o la minima violazione, di uno di essi (ad esempio, nel caso dei diritti bioculturali, tra una strategia di conservazione che, in una scala da 1 a 10, ottiene 10 ma è incompatibile con il mantenimento dello stile di vita tradizionale di una comunità indigena o locale, ed una strategia che ottiene 8, ma è compatibile, va preferita la seconda; per converso – ed è questo, come indicato, il punto più critico dei diritti bioculturali, l'autogoverno della comunità deve mantenersi nell'ambito di pratiche di promozione della conservazione).

È proprio negli effetti retorici di enfatizzazione del nesso speciale tra i suoi due fondamenti, e del carattere "interno" dei limiti che l'uno impone sull'altro, che risiede sia l'importanza che la problematicità, dei diritti bioculturali. I diritti bioculturali portano con sé l'idea che sia necessario tenere seriamente in conto la crisi ambientale, la scarsità delle risorse e l'impatto dell'uomo sulla terra finanche quando si prendono in considerazione interessi così importanti da assurgere al ruolo di diritti umani. L'elevazione dell'ambiente a interesse protetto dal diritto suggerisce un

modo diverso di considerare i diritti umani, un modo impregnato delle caratteristiche dell'Antropocene. «Un altro modo», come sottolinea Francesco VIOLA (2019), «d'intendere i diritti umani o almeno alcuni di essi, cioè ad un modo che incorpora in essi i doveri e le responsabilità». Ma il doppio fondamento è anche un cavallo di Troia, che permette l'ingresso di un penetrante limite ambientale su posizioni che, inquadrate come diritti indigeni, non erano soggette a questo limite e che probabilmente, tenendo conto delle reali responsabilità dell'attuale crisi ambientale, non dovrebbero esserlo.

2. *Un passo avanti e un passo indietro*

Il connotato da *cavallo di Troia* è ciò che ha portato l'idea di diritti bioculturali ad essere fortemente criticata dal fronte dei popoli indigeni – preoccupati di veder intaccati i propri diritti, conquistati con fatica – da considerazioni volte alla protezione dell'ambiente. Per questa ragione, che legittima, come nota ZANETTI (2019), «la domanda sulla correttezza di una concettualizzazione di tale fenomeno normativo emergente come "diritto umano"», lo sviluppo futuro dei diritti bioculturali, o almeno del nocciolo della loro idea, potrebbe trarre giovamento dall'abbandono del riferimento esplicito ai popoli indigeni e della dicitura di "diritti umani". In altre parole, sarebbe probabilmente più conveniente per i diritti bioculturali subire una trasformazione in meri diritti di comunità locali (che possono, quando necessario, includere anche un popolo indigeno[27]), ampliando la nozione in modo da ricomprendere anche comunità non tipicamente *tradizionali*, come per esempio piccoli agricoltori, pescatori artigianali, comunità religiose che proteggono luoghi naturali sacri, eco-villaggi[28], organizzazioni urbane mirate alla custodia di certi beni (come parchi, fiumi, zone boschive). I diritti bioculturali si allargherebbero, così, verso quelle comunità che hanno mantenuto o creato un legame speciale con un certo luogo o risorsa naturale tale da renderle capaci di agire da custodi di quel bene.

L'ampliamento potrebbe configurarsi come il passaggio da diritti bioculturali a *Rights for Ecosystem Services* (RES - Diritti per Servizi Ecosistemici), riecheggiando il complesso dibattito sui *Payments for Ecosystem Services* (PES - Pagamenti per Servizi Ecosistemici)[29], anch'esso bisognoso di una svolta. L'*Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* (IPBES)[30] ha, infatti, recentemente sottolineato l'importanza del legame esistente tra la protezione dell'ambiente e le tradizioni culturali e sociali di popoli indigeni e comunità locali, ed ha suggerito di superare l'arretrata nozione di PES, completamente incentrata sulla ripartizione di benefici economici, al fine di abbracciare approcci basati sui diritti e ispirati al pluralismo culturale[31]. I RES potrebbero essere proposti come alternativa – o come primo passo verso un'alternativa – ai PES, con l'intento di concentrare l'attenzione non su benefici economici

[27] Nel caso, per esempio, in cui uno Stato non riconosca i diritti indigeni di un popolo che vive nel suo territorio.

[28] Secondo la *Global Ecovillage Network* un ecovillaggio è «an intentional or traditional community that is consciously designed through locally owned, participatory processes to regenerate social and natural environments. The four dimensions of sustainability (ecology, economy, the social and the cultural) are all integrated into a holistic approach».

[29] I servizi ecosistemici sono l'insieme dei benefici che l'uomo trae da un determinato ecosistema – quali la pulizia dell'aria, l'acqua pulita, la tenuta del terreno, la possibilità di passare del tempo all'aria aperta, etc. I Pagamenti per Sevizi Ecosistemici sono sistemi di promozione della tutela dell'ambiente incentrati sul pagamento di somme di denaro ai soggetti che tutelano un determinato ecosistema al fine di "ricambiarli" per il lavoro di custodia (si veda CHOPARA et al. 2005).

[30] L'IPBES è l'organismo intergovernativo che si occupa di favorire il dialogo tra scienza e politica, con particolare riferimento a temi riguardanti i servizi ecosistemici, la conservazione della biodiversità e il benessere umano di lungo termine.

[31] DIAZ et al. 2008.

bensì su benefici in termini di diritti: diritti riconosciuti ad alcune comunità locali grazie al loro contributo alla protezione dell'ambiente di determinati ecosistemi e con il fine di promuovere, permettere e tutelare le loro azioni virtuose. Si tratterebbe di diritti concessi in cambio del mantenimento di servizi ecosistemici: diritti ad agire da custodi dell'ambiente. Le azioni richieste non dovranno né potranno essere azioni di conservazione dell'ambiente su larga scala: si tratterà, piuttosto, di micro-azioni come l'uso di sementi tradizionali, la rinunzia a certe attività inquinanti, la gestione di un parco urbano. I diritti concessi potranno essere, a seconda dei casi, diritti di proprietà (nella forma di *commons*, di usi civici, o di proprietà privata collettiva), diritti di proprietà intellettuale su risorse genetiche (privilegi degli agricoltori[32], diritti dei pastori, giusta ed equa ripartizione dei benefici[33]), diritti legati a piccole forme di autogoverno/autogestione. Ma si tratterà, in ogni caso, di diritti non fondamentali: non classificabili come inalienabili, imprescrittibili, inviolabili, non dotati di una speciale protezione nei confronti dei poteri pubblici, né di una speciale forza nel bilanciamento con altri diritti, interessi e valori.

Il fondamento dei RES sarebbe, come nel caso dei diritti bioculturali, doppio: da un lato la relazione speciale con un certo territorio, dall'altro la protezione dell'ambiente. Di conseguenza, proprio come i diritti bioculturali, i RES conferirebbero non soltanto un gruppo di diritti ma anche di doveri/responsabilità verso l'ambiente. Questi ultimi agirebbero, in un certo senso, da compensazione nei confronti del resto della popolazione a cui tali diritti non verranno riconosciuti. In questo modo, i RES diventerebbero uno strumento flessibile della politica territoriale degli Stati e di altri enti territoriali, che promuoverebbe la conservazione dell'ambiente attraverso la concessione di diritti speciali a chi ha un legame speciale con un certo territorio, ed è disposto ad addossarsi, nella sua interazione con quel territorio, speciali oneri di conservazione.

Questo è, ovviamente, soltanto uno schizzo. È necessario definire meglio la struttura e i meccanismi di attuazione dei RES; campionare e analizzare pratiche giuridiche affini; valutare la praticabilità e i benefici della loro introduzione. Ma ciò che è importante sottolineare è che i RES costituiscono al tempo stesso un passo avanti, e un passo indietro, nella direzione tracciata dai diritti bioculturali: un passo avanti, perché l'idea di diritti condizionati all'onere di adottare comportamenti utili in termini di promozione della conservazione troverebbe un'applicazione molto più vasta. Un passo indietro, perché questi oneri sarebbero svincolati dal loro inserimento nella cornice dei diritti umani o fondamentali, e dagli spinosi problemi etico-politici che questo inserimento comporta.

3. *Quali sono, veramente, le comunità locali?*

Una maggiore centralità dedicata alle comunità locali richiede una maggiore chiarezza nella loro definizione e identificazione. Come Francesco Viola rileva nel suo contributo, il mio libro dedica uno spazio molto, forse troppo, limitato allo sfuggente concetto di comunità locale.

Nella letteratura, principalmente antropologica e sociologica, gli studi sul concetto di comunità locale sono numerosissimi. Nel contesto dei diritti bioculturali, però, la declinazione rilevante parte dal, e ritorna sul, concetto di popolo indigeno[34]. In altre parole, le comunità locali sono rilevanti non in quanto comunità locali *per se* (che sarebbero difficilmente identificabili con chiarezza in mancanza di caratterizzazioni ulteriori), bensì in quanto comunità che si avvicinano ai popoli indigeni perché soddisfano la maggior parte delle caratteristiche tipicamen-

[32] Privilegi degli agricoltori, o *farmers' priviledges*, riconosciuti dal sistema dell'Unione internazionale for la protezione di nuove varietà di piante (International Union for the Protection of New Varieties of Plants – UPOV). Vedi CHANDRA 2016.

[33] MORGERA 2016.

[34] Ringrazio Marco Bassi per avermi fatto notare questa importante distinzione.

te possedute da questi ultimi, ma che non possono essere qualificate come tali per mancanza di una caratteristica essenziale, la "indigenità", e, di conseguenza, non hanno accesso ai diritti riconosciuti ai popoli indigeni dal diritto internazionale (e, in alcuni casi, nazionale).

Resta comunque necessario provare a dare una definizione in positivo, per quanto generica, delle comunità locali[35]. Esse possono essere definite come gruppi relativamente piccoli che si identificano come comunità e che condividono alcune peculiarità spaziali, socio-culturali ed economiche[36]. Dal punto di vista spaziale, una comunità è legata ad un determinato luogo (o insieme di luoghi) da una relazione di occupazione (che può essere permanente, stagionale o saltuaria), i suoi membri possiedono un senso di responsabilità e appartenenza collettiva verso quello specifico luogo e le sue risorse naturali, e vi impongono, in modo almeno in parte effettivo, il proprio sistema di gestione. I membri della comunità, inoltre, condividono elementi sociali e culturali, come per esempio storia, pratiche, istituzioni, lingua, valori, religione, che li distinguono da altri frammenti della società e conferiscono al gruppo un senso di coesione e identità comune. L'organizzazione economica riflette il loro rapporto con le risorse locali e con le necessità e peculiarità del luogo e della popolazione. Sono presenti istituzioni e ruoli di comando almeno in parte riconosciuti come legittimi dai membri della comunità, che sono capaci di imporre regole e di gestire l'insorgenza di conflitti, e che sono in grado di adattarsi ai mutamenti esterni ed interni.

Per quanto inesorabilmente generica e soggetta a problemi sia di sovra-inclusione che di sotto-inclusione, questa descrizione delle caratteristiche principali necessarie ad identificare una comunità locale può essere di aiuto nel comprendere come orientarsi nell'affrontare la differenza tra popoli indigeni e comunità locali nel contesto dei diritti bioculturali o dei *Rights for Ecosystem Services*.

4. *Uno sguardo al REDD dal punto di vista dei diritti bioculturali*

Il libro che Francesco Viola e Gianfrancesco Zanetti hanno avuto la pazienza di leggere e commentare presenta, come spesso accade, diverse lacune. L'analisi dell'emergenza dei diritti bioculturali a livello internazionale avrebbe tratto giovamento da uno sguardo più attento al programma delle Nazioni Unite soprannominato REDD: *Reducing Emissions from Deforestation and Forest Degradation*.

A partire dalla sua ideazione lo UN-REDD Programme – che si è unito al mercato delle emissioni (*carbon trading*) della Convenzione Quadro sul Cambiamento Climatico (*UN Framework Convention on Climate Change* – UNFCCC) ha subito numerosi rimodellamenti volti a prendere in considerazione i diritti di popoli indigeni e comunità locali. Non viene fatto, mai, esplicito riferimento ai diritti bioculturali, ma nei suoi sviluppi, nonostante i numerosi problemi che permangono, mostrano l'inclinazione sempre maggiore a collegare il riconoscimento di diritti alla capacità e volontà di promuovere la conservazione dell'ambiente.

Come sottolineato dallo stesso *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC)[37], è orami ampiamente riconosciuto il particolare ruolo che popoli indigeni e comunità locali possono avere nell'affrontare le questioni legate al cambiamento climatico. Se, da un lato, essi sono considerati tra i minori responsabili delle emissioni di gas serra nel mondo, dall'altro è ammessa la loro

[35] Si veda il lessico fornito in *Meanings and more... Policy Brief of the ICCA Consortium*, Issue no. 7, in fase di revisione interna.

[36] BORRINI-FEYERABEND 2019, comunicazione personale.

[37] INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE (2014, 758, 765 s.) è un organismo scientifico intergovernativo supportato dalle Nazioni Unite e composto da esperti sul cambiamento climatico. Il suo ruolo è quello di valutare e analizzare in modo sistematico i risultati della ricerca sul cambiamento climatico al fine di dare indicazioni sul suo sviluppo, le sue cause, l'impatto previsto, e le possibili strade per il suo rallentamento.

posizione di particolare vulnerabilità, dovuta allo stretto legame con la terra e le risorse naturali e al ritrovarsi spesso in luoghi di per sé estremi e marginali (isole, montagne, aree desertiche, etc.), ed accentuata dalle condizioni spesso precarie dovute a passate e presenti discriminazioni. Al contempo, è riconosciuta la loro capacità di adattamento, resilienza, dovuta ad una grande e spesso antica conoscenza dell'ambiente in cui vivono. Inoltre, le conoscenze e pratiche tradizionali[38] sono oggi considerate come un importante serbatoio di informazioni importanti per affrontare le modifiche ingenerate dai mutamenti climatici[39].

Durante i negoziati per la nascita e lo sviluppo dello UN-REDD Programme, però, l'atteggiamento nei confronti dei popoli indigeni non è stato sempre fedele a queste premesse. La capacità di resilienza è stata utilizzata come scusa per lasciare i popoli indigeni da parte, tralasciando le loro conquiste nel diritto internazionale stesso (dalla Convenzione 169 dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, alla Dichiarazione delle Nazioni Unite sui Diritti dei popoli indigeni, alle numerose sentenze di corti regionali sul riconoscimento di diritti indigeni).

Nel 2005, durante i lavori dell'XI Conferenza delle Parti della UN-FCCC, tra le attività volte a promuovere la mitigazione del cambiamento climatico[40], fu proposto di prestare attenzione alle emissioni di CO_2 provenienti dalla deforestazione e dalle attività di logoramento delle foreste – in particolare dovuti alla conversione in zone agricole e a fuochi antropogenici. Lo scopo centrale del programma era quello di «make forests more valuable standing than they would be cut down, by creating a financial value for the carbon stored in standing trees»[41]. In effetti, non esistevano, fino a quel momento, meccanismi volti alla promozione della riduzione della deforestazione: tutti gli strumenti del Protocollo di Kyoto (il primo protocollo di applicazione della UN-FCCC) erano concentrati sulla promozione della attività di riforestazione in paesi in via di sviluppo.

Nella sua prima formulazione, REDD si presentò come una riproduzione degli approcci classici alla conservazione dell'ambiente (*fortress conservation*), basati sull'idea secondo la quale, al fine di conservare l'ambiente, fosse necessario escludere l'uomo dal suo utilizzo. REDD prevedeva il pagamento di somme di denaro agli Stati in via di sviluppo che dimostrassero di ridurre il tasso della propria deforestazione nazionale, indipendentemente da chi, e per quali scopi, utilizzasse le foreste. Nel 2008, durante la XIV Conferenza delle Parti della UN-FCCC, fu coniato da numerosi rappresentati di popoli indigeni ed ONG impegnate nella promozione dei loro diritti, il detto "No Rights – No REDD"[42], al fine di sottolineare la mancata consultazione dei popoli indigeni e la conseguente inadeguatezza del sistema REDD ad affrontare le questioni legate ai diritti sulle terre e sulle risorse naturali e ai loro metodi di coltivazione. Il successo fu tale che al termine della Conferenza il *Subsidiary Body for Scientific and Technological Advice*[43] invitò Stati membri e osservatori a presentare le proprie opinioni sulle questioni legate ai popoli indigeni e alle comunità locali, al fine di sviluppare e dare applicazione a metodologie alternative. Le consultazioni sfociarono, nel 2010, nell'adozione del *Cancun Agreement*[44], il quale invita gli Stati a: rispettare le conoscenze e i diritti dei popoli indigeni e dei membri delle comunità locali, prendendo in considerazione gli obblighi internazionali, le circostanze e le leggi nazionali rilevanti e la Dichiarazione sui Diritti dei Popoli Indigeni; garantire la piena ed

[38] Le conoscenze tradizionali sono definite da BERKES (2012, 7) come: «a cumulative body of knowledge, practice and belief, evolving by adaptive processes and handed down through generations by cultural transmission about the relationship of living beings (including humans) with one another and with their environment».

[39] Si veda SAVARESI 2018.

[40] All'interno dei documenti sul cambiamento climatico, per "mitigazione" si intende, l'insieme delle politiche e dei programmi volti alla promozione della riduzione delle emissioni di CO_2.

[41] KATERERE 2010.

[42] REDD MONITOR 2008; si veda anche WALLBOTT 2014.

[43] INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT 2008, 6 s; UNFCCC 2008, 2.

[44] XVI Conferenza delle Parti, 2010, *Cancun Agreement*, Decisione 1/CP.16, Appendice I.

effettiva partecipazione di tutti i portatori di interesse, con particolare attenzione ai popoli indigeni e le comunità locali; agire affinché le azioni volte alla conservazione delle foreste e delle diversità biologica del sistema REDD siano poste in atto in modo da promuoverne i benefici sociali, prendendo in considerazione i bisogni di popoli indigeni e comunità locali con stili di vita sostenibili e dipendenti dalle foreste.

Purtroppo il *Cancun Agreement*, primo a riconoscere ufficialmente il legame tra il cambiamento climatico e i diritti umani, non è un accordo di natura vincolante. Vincolante (anche se privo di un sistema di esecuzione) è invece il più modesto, ma cionondimeno positivo, *Paris Agreement*[45], entrato in vigore nel 2016. Il suo articolo 7.5 richiede che le azioni di *adptation*[46] si fondino anche sulle conoscenze tradizionali e sui sistemi di conoscenza di popoli indigeni e comunità locali. Questo cambio di rotta fu ben rispecchiato durante la XXIII Conferenza delle Parti della UN-FCCC (tenutasi a Bonn nel 2017) che ha istituito la *Local Communities and Indigenous Peoples Platform* con l'obiettivo di «strengthen the knowledge, technologies, practices and efforts of local communities and indigenous peoples related to addressing and responding to climate change, to facilitate the exchange of experience and the sharing of best practices and lessons learned on mitigation and adaptation in a holistic and integrated manner and to enhance the engagement of local communities and indigenous peoples in the UNFCCC process»[47].

Nel corso degli anni REDD si è trasformato, grazie all'incessante pressione esercitata da rappresentati di popoli indigeni e Organizzazioni non Governative, in quello che viene oggi chiamato REDD+, dove la + indica l'ampiamento del programma verso il riconoscimento del ruolo e dei diritti di popoli indigeni e comunità locali.

L'attenzione contro l'abbaglio del *win-win* va però tenuta alta. REDD+ presenta ancora numerosi problemi, tra i quali la tendenza a finanziare mega-progetti – che mal si sposano con il reale e libero coinvolgimento di popoli indigeni e comunità locali –, la mancanza di linee guida capaci di dirimere casi di conflitto tra i diritti di proprietà degli Stati e dei privati e i diritti dei popoli indigeni sulle foreste e le loro risorse naturali, e la tendenza a trasformare il discorso relativo ai diritti in un discorso incentrato sulla ripartizione (per quanto teoricamente giusta e equa) dei benefici[48]. In particolare, dato che REDD fu inizialmente ideato come un'applicazione degli approcci di *Payment for Ecosystem Services* ai negoziati sul cambiamento climatico, tali benefici sono spesso configurati come benefici di stampo economico[49]. La strada per rendere REDD+ in linea con le rivendicazioni dei popoli indigeni e le richieste che provengono dalla giustizia ambientale[50] – adottando nuovi approcci, simili, per esempio, ai RES – è ancora lunga. Non per questo vanno però ignorati i passi avanti che sono stati timidamente compiuti dai negoziati per il clima verso il riconoscimento di diritti (o, in questo caso, principalmente benefici) legati al ruolo di custodi dell'ambiente di popoli indigeni e comunità locali.

Resta lunga anche la strada da percorrere per l'ideazione, il riconoscimento e l'attuazione di diritti (fondamentali o meno) capaci di rispettare i bisogni e le priorità di soggetti lontani dalle figure che appartengono tradizionalmente diritto (occidentale) – siano esse i popoli indigeni, l'ambiente, le generazioni future o gli animali. Proposte come i diritti bioculturali e i RES da un lato costitui-

[45] ADELMAN 2018.

[46] Per *adaptation* si intende, all'interno dei documenti sul cambiamento climatico, l'insieme di azioni da intraprendere per far fronte alle modifiche climatiche al fine di aumentare la capacità di resilienza; limitare la vulnerabilità dei soggetti più a rischio; sfruttare le opportunità che emergeranno (come per esempio l'allungamento della stagione produttiva).

[47] Decisione 2/CP.23, contenuta nel Report della Conferenza delle Parti – COP23, numero FCCC/CP/2017/11/Add.1. Disponibile in: http://unfccc.int/resource/docs/2017/cop23/eng/11a01.pdf#page=11, para. 5.

[48] BIRRELL, GODDEN 2018; DEHM 2016.

[49] WALLBOTT 2014.

[50] Si veda, tra gli altri BAXI 2016.

scono piccoli passi avanti verso la creazione dei nuovi strumenti per affrontare l'Antropocene nella speranza che, come nota ZANETTI (2019), la nozione, «che tanto occidentale non è», di *stewardship* verso la terra possa ottenere il «diritto di *entry*» nel diritto e nella cultura occidentale.

Riferimenti bibliografici

ADAMS W.M., MILLIGAN M. (eds.) 2003. *Decolonizing Nature. Strategies for Conservation in a Post-Colonial Era,* London, Sterling, VA, Earthscan.

ADELMAN S. 2018. *Human Rights in the Paris Agreement: Too Little, Too Late?*, in «Transnational Environmental Law», 7, 1, 2018, 17 ss.

ANTON D.K., SHELTON D.L. (eds.) 2011. *Enviromental Protection and Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press.

ARCHIBUGI D. 2019. *Can a World Parliament Save the Environment?*, in «Center for Humans and Nature». Disponibile online su https://www.humansandnature.org/democracy-daniele-archibugi?mc_cid=d99e9c439c&mc_eid=d492435fde (consultato il 6/06/2019).

BAVIKATTE S.K. 2014. *Stewarding the Earth. Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*, New Delhi, Oxford University Press.

BAVIKATTE S.K., BENNETT T. 2015. *Community Stewardship: The Foundation of Biocultural Rights*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 6, 1, 2015, 7 ss.

BAXI U. 2016. *Towards a Climate Change Justice Theory?*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 7, 1, 2016, 7 ss.

BERKES F. 2012. *Sacred Ecology*, Abingdon, Routledge.

BIRRELL K., GODDEN L. 2018. *Benefits and Sharing: Realizing Rights in REDD+*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 9, 1, 2018, 6 ss.

BORRINI-FEYERABEND G. 2019. *Comunicazione personale*.

BOYD D. 2012. *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, University of British Columbia Press.

BRECHIN S.R, WILSHUSEN P.R., FORTWANGLER C.L., WEST P.C. 2002. *Beyond the Square Wheel: Toward a More Comprehensive Understanding of Biodiversity Conservation as Social and Political Process*, in «Society and Natural Resources» 15, 1, 2002, 41 ss.

CHANDRA R. 2016. *The Cunning of Rights. Life, Law and Biocultures*, Oxford, Oxford University Press.

CHAPARA K., LEEMANS R., PUSHPAM K., HENK S. 2005. *Ecosystems and Human Well-Being: Policy Responses, Volume 3. Findings of the Responses Working Group of the Millennium Ecosystem Assessment*, Millennium Ecosystem Assessment (Island Press).

CRAMER B.W. 2009. *The Human Right to Information, the Environment and Information about the Environment: From the Universal Declaration to the Aarhus Convention*, in «Communication Law and Policy», 14, 1, 2009, 73 ss.

CRUTZEN P.J, STOERMER E.F. 2000. *The "Anthropocene"*, in «Global Change Newsletter», 41, 2000, 17 s.

DAVIES K., ADELMAN S., GREAR A., IORNS MAGALLANES C., KERNS T., RAJAN S.R. 2017. *The Declaration on Human Rights and Climate Change: A New Legal Tool for Global Policy Change,* in «Journal of Human Rights and the Environment», 8, 2, 2017, 217 ss.

DEHM J. 2016. *Indigenous Peoples and REDD+ Safeguards: Rights as Resistance or as Disciplinary Inclusion in the Green Economy?*, in «Journal of Human Rights and the Environment» 7, 2, 2016, 170 ss.

DÍAZ S., PASCUAL U., STENSEKE M., MARTÍN-LÓPEZ B., WATSON R.T., MOLNÁR Z., HILL R., et al. 2018. *Assessing Nature's Contributions to People: Recognizing Culture, and Diverse Sources of Knowledge, Can Improve Assessments*, in «Science», 359, 6373, 2018, 270 ss.

DOWIE M. 2009. *Conservation Refugees. The Hundred-Year Conflict Between Global Conservation and Native Peoples*, Cambridge (Mass.), The MIT Press.

FARVAR M.T., BORRINI-FEYERABEND G., CAMPESE J., JAEGER T., JONAS H., STEVENS S. 2018. *Whose 'Inclusive Conservation'?*, Policy Brief of the ICCA Consortium no. 5., Tehran, The ICCA Consortium and Cenesta.

GAVIN M.C., MCCARTER J., MEAD A., BERKES F., STEPP R.J., PETERSON D., TANG R. 2015. *Defining Biocultural Approaches to Conservation*, in «Trends in Ecology & Evolution», 30, 3, 2015, 140 ss.

GEARTY C. 2009. *Is the Idea of Human Rights Speciesist?*, in LINZEY A. (ed.), *The Link between Animal Abuse and Human Violence*, Brighton, Sussex Academic Press, cap. 15.

GEARTY C. 2010. *Do Human Rights Help or Hinder Environmental Protection?*, «Journal of Human Rights and the Environment», 1, 1, 2010, 7 ss.

GREAR A. 2011. *The Vulnerable Living Order: Human Rights and the Environment in a Critical and Philosophical Perspective*, in «Journal of Human Rights and the Environment» 2, 1, 2011, 23 ss.

INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE 2014. *Climate Change 2014: Impacts, Adaptation, and Vulnerability. Part A: Global and Sectoral Aspects. Contribution of Working Group II to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR SUSTAINABLE DEVELOPMENT 2008. *Summary of the Fourteenth Conference of Parties To the Un Framework Convention on Climate Change and Fourth Meeting of Parties To the Kyoto* Protocol: 1-12 Dember 2008, in «Earth Negotiations Bulletin», 12, 395, 2008, 1 ss.

KATERERE Y. 2010. *A Climate Change Solution*, in «World Finance Magazine», 2010, 104 ss.

KNOX J.H. 2017. *Report of the Special Rapporteur on the Issue of Human Rights Obligations Relating to the Enjoyment of a Safe, Clean, Healthy and Sustainable Environment*, United Nations Human Rights Council, A/HRC/34/49 Add. 1.

KOTHARI A., CAMILL P., BROWN J. 2013. *Conservation as If People Also Mattered: Policy and Practice of Community-Based Conservation*, in «Conservation and Society», 11, 1, 2013, 1 ss.

KOTZÉ L.J. (ed.) 2017. *Environmental Law and Governance for the Anthropocene*, Oxford and Portland, Hart Publishing.

KOTZÉ L.J. 2014. *Human Rights and the Environment in the Anthropocene*, «The Anthropocene Review», 1, 3, 2014, 252 ss.

KOTZÉ L.J., VILLAVICENCIO CALZADILLA P. 2017. *Somewhere between Rhetoric and Reality: Environmental Constitutionalism and the Rights of Nature in Ecuador*, in «Transnational Environmental Law», 2017, 1 ss.

KRAVCHENKO S. 2010. *Procedural Rights as a Crucial Tool to Combat Climate Change*, in «Georgia Journal of International & Comparative Law», 38, 2010, 613 ss.

LEWIS B. 2012. *Environmental Rights or a Right to the Environment? Exploring the Nexus Between Human Rights and Environmental Protection*, in «Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law», 8, 1, 2012, 36 ss.

MACKENZIE J.M. 1988. *The Empire of Nature: Hunting, Conservation and British Imperialism*, Manchester, Manchester University Press.

MCNEILL J.R., ENGELKE P. 2014. *The Great Acceleration: An Environmental History of the Anthropocene since 1945*, Cambridge (Mass.) - London, Harvard University Press.

PARLIAMENT OF AOTEAROA NEW ZEALAND 2017. *Te Awa Tupua (Whanganui River Claims Settlement) Bill*.

POLANYI K. 1944. *The Great Transformation*, New York, Farrar & Rinehart.

REDD MONITOR 2008. *"No Rights, no REDD": Indigenous Peoples protest in Poznan*. Disponibile in https://redd-monitor.org/2008/12/09/no-rights-no-redd-indigenous-peoples-protest-in-poznan/ (consultato il 18/06/2019).

SAVARESI A. 2018. *Traditional Knowledge and Climate Change: a new legal frontier?*, in «Journal of Human Rights and the Environment», 9, 1, 2018, 32 ss.

SOBREVILA C. 2008. *The Role of Indigenous Peoples in Biodiversity Conservation. The Natural but Often Forgotten Partners*, Washington DC, The International Bank for Reconstruction and Development.

STEFFEN W., BROADGATE W., DEUTSCH L., GAFFNEY O., LUDWIG C. 2015. *The Trajectory of the Anthropocene: The Great Acceleration*, in «Anthropocene Review», 2, 1, 2015, 81 ss.

STUDLEY J., BLEISCH W.V. 2018. *Juristic Personhood for Sacred Natural Sites: A Potential Means for Protecting Nature*', in «Parks Journal», 24, 2018, 81 ss.

SUBCOMMISSION ON QUATERNARY STRATIGRAPHY 2019. Working Group on the Anthropocene. Disponibile in http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/ (consultato il 10/06/2019).

SUBRAMANIAN M. 2019. *Anthropocene now: influential panel votes to recognize Earth's new epoch*, in «Nature». Disponibile in https://www.nature.com/articles/d41586-019-01641-5 (consultato il 10/06/2019).

TAYLOR P.E. 1998. *From Environmental to Ecological Human Rights: A New Dynamic in International Law*?, in «The Georgetown International Environmental Law Review», 10, 2, 1993, 309 ss.

TAYLOR P.E. 2008. *Ecological Integrity and Human Rights. Introducing the Rights Versus Responsabilities Debate*, in WESTRA L., BOSSELMANN K., WESTRA R. (eds.), *Reconciling Human Existence with Ecological Integrety*, London - Sterling (VA), Earthscan, 89 ss.

TURNER S.J. 2014. *A Global Environmental Right*, London - New York, Earthscan from Routledge.

UNITED NATIONS FRAMEWORK CONVENTION ON CLIMATE CHANGE – UNFCCC 2008. *Reducing emissions from deforestation in developing countries: approaches to stimulate action. Conclusions*, FCCC/SBSTA/2008/L.23. UNFCCC, Poznan, Poland. Disponibile in http://unfccc.int/resource/docs/2008/sbsta/eng/l23.pdf (consultato il 18/06/2019).

UTARAKHAND HIGH COURT 2017. *Mohd. Salim v State of Utarakhand and Others*, Writ Petition No. 210 of 2017 (M/S).

VERMEYLEN S. 2017. *Materiality and the Ontological Turn in the Anthropocene: Establishing a Dialogue between Law, Anthropology and Eco-Philosophy*, in KOTZÉ L.J. (ed.) *Environmental Law and Governance for the Anthropocene*, Oxford and Portland, Hart Publishing, cap. 7.

VILLAVICENCIO CALZADILLA P., KOTZÉ L.J. 2018. *Living in Harmony with Nature? A Critical Appraisal of the Rights of Mother Earth in Bolivia,* in «Transnational Environmental Law», 7, 3, 2018, 397 ss.

VIOLA F. 2019. *Recensione a* When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment *di Giulia Sajeva*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2019, 261 ss.

WALLBOTT L. 2014. *Indigenous Peoples in UN REDD+ Negotiations: "Importing Power" and Lobbying for Rights through Discursive Interplay Management*, in «Ecology and Society», 19, 1, 2014, 21 ss.

WILSHUSEN P.R., BRECHIN S.R., FORTWANGLER C.L, WEST P.C. 2002. *Reinventing a Square Wheel: Critique of a Resurgent "Protection Paradigm" in International Biodiversity Conservation*, in «Society & Natural Resources», 15,1, 2002, 17 ss.

WILSON E.O. 2016. *Half-Earth. Our Planet's Fight for Life*, New York, London, Liveright Publishing Corporation.

ZALASIEWICZ J., WATERS C., HEAD M.J 2017. *Anthropocene: Its Stratigraphic Basis*, in «Nature», 541, 2017, 289 ss.

ZANETTI G. 2019. *Recensione a* When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of Environment *di Giulia Sajeva*, in «Diritto & Questioni pubbliche», 1, 2019, 267 ss.

RECENSIONI

ANTIKELSENISMO ITALIANO

FRANCISCO JAVIER **ANSUÁTEGUI ROIG**

&dq

Antikelsenismo italiano

Italian Anti-kelsenism

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Professore di Filosofia del diritto, Universidad Carlos III (Madrid).
E-mail: fcojavier.ansuategui@uc3m.es

Traduzione di Giorgio Ridolfi

ABSTRACT

Viene presentata una recensione dell'opera di Francesco Riccobono sulla tradizione italiana anti-kelseniana, esaminando i contributi di Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni, Alessandro Giuliani e Luigi Ferrajoli.

The present paper is a review of Francesco Riccobono's academic production about the Italian Anti-kelsenism. The authors taken into consideration are Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni, Alessandro Giuliani e Luigi Ferrajoli.

KEYWORDS

Riccobono (Francesco), Kelsen (Hans), antikelsenismo italiano, teoria pura del diritto, costituzionalismo

Riccobono (Francesco), Kelsen (Hans), italian anti-kelsenism, pure theory of law, constitutionalism

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Antikelsenismo italiano

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Francesco Riccobono è uno dei maggiori conoscitori italiani del pensiero di Kelsen. All'analisi del pensiero kelseniano ha dedicato, nel tempo, importanti lavori, tra cui va segnalata la monografia *Interpretazioni kelseniane* (RICCOBONO 1989). Precedentemente aveva tradotto il saggio *Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischer Geschichtsauffassung* (KELSEN 1931), pubblicato con il titolo *La teoria generale del diritto e il materialismo storico* (KELSEN 1979). Nel 1983 aveva pubblicato *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica*, in appendice al volume, curato da Carlo Roehrssen, *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento* (RICCOBONO 1983). Negli ultimi anni ha pubblicato l'articolo *Kelsen e la religione* (RICCOBONO 2013) e il capitolo *La dottrina pura del diritto in Hans Kelsen*, nel volume collettaneo *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo* (RICCOBONO 2010). La conoscenza che Riccobono possiede degli studi italiani su Kelsen è stata messa in rilievo da un'autorità in questo campo come Mario G. Losano nel saggio *La fortuna italiana di Kelsen* (LOSANO 1979).

In *Antikelsenismo italiano* (RICCOBONO 2017), Francesco Riccobono raccoglie diversi lavori – la maggior parte dei quali già pubblicati – in cui vengono analizzati gli elementi della critica – che non è altro che una forma di ricezione – della teoria kelseniana nell'Italia del XX secolo. L'analisi esposta nei capitoli del libro può essere completata dal saggio *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?*, dedicato di recente da Riccobono alla critica che Luigi Ferrajoli ha rivolto a Kelsen in uno dei suoi ultimi libri, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen* (FERRAJOLI 2016).

Con l'espressione "antikelsenismo italiano" Riccobono intende una posizione critica e forse, in più di una sua manifestazione, anche ostile, che ha caratterizzato determinate correnti della filosofia del diritto italiana durante il secolo passato. Come ricorda Riccobono, questa ostilità è stata rilevata a suo tempo da raffinati conoscitori dell'opera di Kelsen del calibro di Norberto Bobbio e Vittorio Frosini. Kelsen è un autore cui è stata imputata – come è noto – la responsabilità di molti di quei mali, non comprimibili in verità in un ambito strettamente giuridico, che hanno caratterizzato i sistemi giuridico-politici del XX secolo, secondo quella linea, cui a suo tempo ha fatto cenno Norberto Bobbio, che fa confusione tra gli errori e gli orrori del positivismo. Tali atteggiamenti, sottolinea Riccobono, appaiono ingiustificati, se rapportati alle vicissitudini della vita del giurista viennese. In molte occasioni la critica, in verità, può essere interpretata solo come una strategia per affermare posizioni proprie, sotto il velo di un'analisi superficiale dell'opera di Kelsen. Ad ogni modo, i riferimenti a Kelsen, tanto in una luce favorevole quanto in una luce sfavorevole, hanno rappresentato una parte fondamentale dello sviluppo della teoria giuridica dell'ultimo secolo. O con Kelsen o contro Kelsen potrebbe essere il motto che riassume questa situazione.

Gli autori che Riccobono esamina nel suo libro non devono, però, essere identificati con questo tipo di critica faziosa e superficiale. Emilio Betti, Costantino Mortati, Bruno Leoni e Alessandro Giuliani – ai quali, come ho segnalato all'inizio, si potrebbe aggiungere Luigi Ferrajoli, sebbene a partire da coordinate intellettuali diverse – rappresentano un modo di

* Recensione dell'opera di Francesco Riccobono, *Antikelsenismo italiano,* Torino, Giappichelli, 2017. L'autore del presente contributo prende anche in considerazione un articolo di Francesco Riccobono dal titolo *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?* pubblicato nel volume a cura dello stesso Riccobono e di Francesco Romeo dal titolo *Dieci Obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2018. Tradotto dallo spagnolo da G. Ridolfi.

analizzare alcune dimensioni dell'opera di Kelsen che offre, al di là delle inflessioni critiche, anche interessanti chiavi di lettura della Dottrina pura del diritto. Potremmo affermare che sono autori i quali, trovandosi di fronte al frastuono antikelseniano, hanno preso Kelsen sul serio. Il fatto che ci troviamo al cospetto di autori che hanno difeso, rispettivamente, la validità dell'approccio ermeneutico, il concetto di Costituzione materiale, il liberalismo in ambito giuridico, lo storicismo e il costituzionalismo garantista dimostra la pluralità di prospettive a partire dalle quali sono state formulate critiche al pensiero kelseniano.

L'interesse dell'analisi delle critiche cui Francesco Riccobono si riferisce nel suo libro – e che l'autore non si limita a presentare, ma che esamina a sua volta criticamente – va al di là della conoscenza di una determinata corrente della filosofia giuridica italiana, con la quale d'altra parte la cultura giuridica spagnola, e in particolare la filosofia del diritto, hanno tanti elementi in comune e dalla quale hanno ricevuto influenze riconosciute. L'interesse, come ho detto, sta a mio parere nel fatto che, attraverso la lettura dei diversi capitoli, si incontrano le grandi questioni che caratterizzano il contributo kelseniano, molte delle quali hanno costituito temi centrali della discussione filosofico-giuridica degli ultimi cento anni, quantomeno nel nostro contesto culturale. Nel prosieguo indicherò alcuni di essi.

Francesco Riccobono si riferisce alla "malattia kelseniana" per alludere alle critiche mosse da Emilio Betti. In questo senso, ci sono due dimensioni che meritano di essere sottolineate. Da una parte, la relazione tra norma e sanzione. Secondo Betti, il fatto che Kelsen identifichi il comportamento dovuto come la condizione negativa dell'azione giuridica dimostra come rimanga vincolato a una visione primitiva del diritto, insensibile alla condizionatezza storico-fattuale delle categorie giuridiche. Dall'altra parte, le discrepanze tra Betti e Kelsen riguardo al ruolo del giudice – e alla sua posizione nello schema di produzione normativa – sono evidenti. Per Betti, il ruolo che Kelsen attribuisce all'interpretazione della norma compiuta dal giudice suppone il mancato riconoscimento della necessaria subordinazione dell'interprete alla norma, e converte il giudice in un autentico legislatore, del quale si può predicare l'assoluta discrezionalità. Kelsen non riconoscerebbe, in questo modo, la rilevanza della relazione di complementarità tra giurisprudenza e legislazione che esiste nel quadro di un diritto "vivo e vigente". Per Riccobono, ci troviamo di fronte a due concezioni dell'interpretazione giuridica tra le quali sussiste una distanza "veramente incolmabile"; distanza che, in realtà, è quella che sussiste tra due differenti visioni del diritto: quella che ritiene che la realtà giuridica sia composta da una pluralità di ordinamenti concorrenti, e quella che riconosce dignità di diritto solamente all'ordinamento giuridico dello Stato. Al fondo soggiace una critica al formalismo kelseniano e alla sua pretesa di purezza che, nell'opinione di Betti, disconosce la rilevanza che il "buon senso" del giurista – prodotto della sensibilità morale e dell'apertura all'evoluzione storica del diritto – ha nella comprensione di ciò che è giuridico.

Nella ricostruzione che Riccobono fa della critica che Costantino Mortati rivolge a Kelsen, si indovina l'ombra di Schmitt. Anche qui possiamo individuare il formalismo kelseniano come oggetto di analisi e di svalutazione. Mortati rivendica la rilevanza della dimensione psicologica come di una prospettiva più adeguata, rispetto alla proposta kelseniana, per spiegare il concetto di volontà. Antiformalista è anche la critica alla *Grundnorm*, considerata da Mortati come un'autentica tautologia che sorge dal disconoscimento della realtà sociale e del posto che occupano le relazioni di forza che si incontrano nella spiegazione della base della giuridicità. La proposta di Mortati è quella di una comprensione della *Grundnorm* attenta ai suoi contenuti e alla sua dimensione materiale.

Nel caso di Mortati, inoltre, Riccobono sottolinea pure il riconoscimento di ciò che, parafrasando l'Hart del contenuto minimo di diritto naturale, rappresenterebbe un "nucleo di buon senso" presente nella proposta kelsensiana, riferendosi in questa occasione alla spiegazione in termini giuridici – nel quadro di una visione gradualista – della Costituzione. Riconoscimento che si presenta compatibile con una proposta di trasformazione sostanzialista della norma

fondamentale, all'interno della quale si deve attribuire una "giuridicità intrinseca" all'esperienza e alla realtà sociale. Ci troviamo, a mio parere, di fronte a un'impostazione nella quale si può riconoscere una certa aria di famiglia con determinate interpretazioni della rimaterializzazione del diritto, che caratterizza il diritto del costituzionalismo.

Bruno Leoni è il terzo autore di cui si occupa Francesco Riccobono. In questo caso la critica antiformalista si incentra sulla denuncia del fatto che la *Reine Rechtslehre* si presenta come espressione di un falso oggettivismo e di un falso universalismo. All'atto pratico l'astrazione kelseniana finirebbe per favorire la posizione di coloro che detengono il potere. In una visione del diritto nella quale – come afferma Leoni – si pensa solamente al diritto statuale, si trascura la rilevanza che hanno i fatti sociali per la comprensione della realtà giuridica. Tale realtà non ha solamente a che vedere con ciò che Kelsen identifica con il diritto. Ha anche a che vedere con le "convinzioni degli individui", che svolgono un ruolo rilevante nella conformazione della giuridicità. Per Leoni, la responsabilità del positivismo kelseniano è quella di aver espulso queste convinzioni dall'ambito di ciò che è giuridico, eliminandole come oggetto di interesse della scienza giuridica. Per Riccobono ci troviamo, anche qui, di fronte a due posizioni, quella di Kelsen e quella di Leoni, inconciliabili.

Nel caso di Alessandro Giuliani, l'universalismo e l'oggettivismo kelseniani sono criticati da una diversa prospettiva: la rivendicazione dell'importanza della storia e dell'individualismo metodologico. Giuliani difende la rilevanza dei contributi individuali, della cooperazione e della collaborazione nella conformazione del diritto. Ciò conduce a negare che il diritto sia, in definitiva, una questione logica nella quale le finzioni e le astrazioni – e qui Giuliani si allinea al suo maestro Bruno Leoni – posseggono capacità esplicativa e operativa.

Come ho segnalato all'inizio di questa recensione, le critiche antikelseniane dei quattro autori trattati nel libro possono essere integrate con quelle di Luigi Ferrajoli, alle quali si è riferito Riccobono in un suo scritto di recentissima pubblicazione, *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?* (RICCOBONO 2018). Sono cosciente del fatto che ci stiamo riferendo a un autore, Luigi Ferrajoli, che appartiene a un ambiente culturale molto differente. Se considero utile fare questo riferimento allo scritto di Riccobono è per evidenziare che, forse, l'antikelsenismo italiano può essere considerato una posizione più trasversale di quanto possa apparire in un primo momento. Non tutte le critiche che ha ricevuto la Dottrina pura del diritto sono state elaborate a partire da posizioni antiformaliste e antipositiviste.

Lo scritto di Riccobono è incentrato sulla problematicità del considerare Kelsen come un autentico imperativista. Per Ferrajoli, l'imperativismo kelseniano ha per conseguenza, tra le altre cose, la difficoltà di spiegare quelle dimensioni del diritto caratterizzate dall'assenza di un sostegno sanzionatorio – si pensi ai principi che popolano il diritto del costituzionalismo. Qui verrebbe a prodursi, però, una confusione – questa è la tesi di Riccobono – tra il carattere imperativo della norma e il suo carattere sanzionatorio. Il fatto che la norma giuridica abbia una natura sanzionatoria non implica necessariamente l'affermazione del suo carattere imperativo. Non riconoscerlo porta a una "distorsione" del valore storico e teorico della proposta kelseniana che, lo si ricordi, parte da una critica alle posizioni imperativiste e non sanzionatorie che avevano caratterizzato la scienza giuridica. Kelsen propone una "inversione" della concezione della norma giuridica, che deve essere intesa in termini sanzionatori e non imperativisti. A partire da qui si propone una "decorporeizzazione" del diritto e una giuridificazione del potere politico. Il diritto non deve più essere compreso tramite un riferimento di ultima istanza a un soggetto, il sovrano, con tutte le conseguenze che da ciò derivano in relazione al superamento del quadro statuale come esclusivo quadro giuridico.

Uno delle circostanze che Francesco Riccobono mette in rilievo è che il pensiero kelseniano è un pensiero che conosce una profonda evoluzione interna. Il Maestro di Vienna sfuma e riformula aspetti essenziali del suo pensiero nel corso della sua opera. Questo fatto condiziona la validità di alcuni degli approcci analizzati nel libro e si estende alla discussione di Ferrajoli.

Esistono molti Kelsen, come hanno messo bene in rilievo le periodizzazioni del suo pensiero proposte, tra gli altri, da Carsten Heidemann e da Stanley Paulson. Il fatto che, in alcuni casi, si presenti come generale ciò che in realtà è una critica a un momento particolare del pensiero kelseniano è un fattore che relativizza la validità della critica, come Riccobono mette bene in rilievo. Il che, allo stesso tempo, è un elemento che contribuisce a sottolineare l'importanza dell'analisi diacronica nello studio del pensiero giuridico.

Da un altro punto di vista, dalla lettura del libro si può trarre un'altra conclusione, questa volta in riferimento alla centralità della proposta kelseniana nello sviluppo della filosofia del diritto dell'ultimo secolo. In effetti, al di là dell'accordo e del disaccordo con le tesi kelseniane, la loro centralità sta nel fatto che, da quando Kelsen ha proposto la sua teoria, non si può più fare filosofia del diritto ignorandola e sospendendo il giudizio su alcuni dei suoi aspetti di base. Aspetti che, d'altra parte, sono interconnessi e rappresentano un esempio di proposta unitaria. Pensiamo, ad esempio, al valore della sua proposta universalista e oggettivista, che implica non solo l'accettazione di un determinato concetto di diritto, ma anche una presa di posizione rispetto alla funzione e al modo più adeguato di fare filosofia del diritto. Da un altro punto di vista, l'ideale di purezza della *Reine Rechtslehre* implica un invito a interrogarsi sul posto che spetta alla scienza giuridica nel complesso dei saperi e sulla sua relazione, tra le altre cose, con l'etica, la politica e la sociologia. Questo, oltre a costituire una proposta riguardo allo statuto epistemologico della scienza giuridica, apre la possibilità di analizzare un modello di conoscenza giuridica in un contesto, come quello odierno, nel quale la liquidità, di cui ci ha parlato Zygmunt Bauman come condizione del nostro tempo, ha conseguenze anche rispetto alla parcellizzazione interna del sapere. Ciò pone l'esigenza di prendere posizione rispetto alla relazione forma-sostanza nel diritto e rispetto alla rilevanza teorica e funzionale della dimensione materiale del diritto come requisito di identificazione e di analisi di ciò che è giuridico. La relazione con la rimaterializzazione del diritto propria del costituzionalismo e con la questione dell'importanza del riferimento alla morale in vista dell'identificazione del diritto appare evidente. Quanto detto finora non vuol dire aver dimenticato l'importanza di una teoria della norma che, a suo tempo, esprimeva una contestazione nei confronti del regnante imperativismo e che rappresenta oggi una possibilità di contrastare teoricamente quelle proposte attuali, che convergono con forza verso ciò che potremmo chiamare "il dominio dei principi".

Il libro di Francesco Riccobono, di conseguenza, è molto più di un compendio di critiche antikelseniane. Oltre a offrire un'analisi critica delle critiche a Kelsen in un determinato contesto (secondo un esercizio che potrebbe essere considerato un esempio di "metacritica", una critica delle critiche), contiene a sua volta chiavi d'identificazione dei grandi temi della teoria kelseniana che hanno condizionato lo sviluppo successivo e attuale della filosofia del diritto.

Riferimenti bibliografici

FERRAJOLI L. 2016. *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen,* Roma-Bari, Laterza.

KELSEN H. 1931. *Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materialistischer Geschichtsauffassung,* Tubingen, Mohr.

KELSEN H. 1979. *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana.

LOSANO M.G. 1979. *La fortuna italiana di Kelsen*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 8, 1979, 465 ss.

RICCOBONO F. 1983. *Kelsen in Italia. Una ricerca bibliografica,* in ROEHRSSEN C. (ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del '900,* Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 199 ss.

RICCOBONO F. 1989. *Interpretazioni kelseniane,* Milano, Giuffrè.

RICCOBONO F. 2010. *La dottrina pura del diritto in Hans Kelsen*, in RIPEPE E. (ed.), *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo,* Torino, Giappichelli, 219 ss.

RICCOBONO F. 2013. *Kelsen e la religione,* in «Rivista di filosofia del diritto», n. speciale, 2013, 121 ss.

RICCOBONO F. 2017. *Antikelsenismo italiano,* Torino, Giappichelli.

RICCOBONO F. 2018. *Può essere imputata a Kelsen una concezione imperativistica del diritto?* in RICCOBONO F., ROMEO F. (eds.), *Dieci Obiezioni a Kelsen. Discutendo con Luigi Ferrajoli,* Napoli, Editoriale Scientifica, 25 ss.

DIRITTI AL CONFINE.

LA FIGURA DEL “RIFUGIATO” TRA PRESUPPOSTI TEORICI E MODELLI ISTITUZIONALI

FRANCESCO **DE VANNA**

&dq

Diritti al confine.
La figura del "rifugiato" tra presupposti teorici e modelli istituzionali

Rights at the border.
The Figure of the "Refugee" Between Theoretical Premises and Institutional Models

FRANCESCO DE VANNA

CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità. Università di Modena e Reggio Emilia.
E-mail: francesco.devanna@unimore.it

ABSTRACT

Il dibattito attorno ai temi del "rifugio" e dell'"asilo" si è sviluppato nella riflessione giuridica e filosofica subito dopo la Seconda Guerra Mondiale, con le fondamentali riflessioni di Hannah Arendt, ma vi ha fatto letteralmente irruzione solo negli ultimi anni con la "crisi dei rifugiati". Il volume di Francescomaria Tedesco è un contributo puntualmente documentato sul tema che, a partire dai dati normativi, nazionali e sovranazionali, sviluppa una riflessione teorica molto densa su uno dei temi centrali del diritto contemporaneo. La pressione "politica" esercitata dall'opinione pubblica sulle istituzioni (giudiziarie, legislative, amministrative) rischia di confondere i termini essenziali del problema migratorio, favorendone la strumentalizzazione e una narrazione in termini "emergenziali". Su questo terreno attecchiscono processi di "alterizzazione", intesi come discorsi performativi che mettono sotto pressione la tenuta di principi e istituti giuridici – come l'asilo – che hanno ascendenze storiche e filosofiche risalenti nel tempo e che, anche per questo, costituiscono baluardi della civiltà giuridica europea.

The debate around the themes of the "refuge" and the "asylum" developed in the legal and philosophical reflection immediately after the Second World War, with the fundamental reflections of Hannah Arendt, but it has only received more visibility in recent years with the "refugee crisis". The Francescomaria Tedesco's book is a punctually documented contribution on the subject which, starting from the national and supranational normative data, develops a very dense theoretical reflection on one of the central themes of contemporary law. The "political" pressure exerted by public opinion on institutions (judicial, legislative, administrative ones) risks confusing the essential terms of the migration problem, favoring its exploitation and a narrative in "emergency" terms. On this ground processes of "otherization" take root, understood as performative discourses that put pressure on legal principles and institutions - such as asylum - that have historical and philosophical origins dating back over time and which, also for this reason, constitute bulwarks of European legal civilization.

KEYWORDS

rifugiato, asilo, protezione internazionale, ricollocazione, identità

refugee, asylum, international protection, relocation, identity

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Diritti al confine.
La figura del "rifugiato" tra presupposti teorici e modelli istituzionali

FRANCESCO DE VANNA

1. *Introduzione* – 2. *La condizione giuridica del "rifugiato"* – 3. *La ricollocazione come problema europeo* – 4. *Il sistema amministrativo d'accoglienza nell'ordinamento italiano* – 5. *Modelli normativi e istituzionali in Europa* – 6. *Il fenomeno migratorio nello specchio dell'economia. A mo' di conclusione.*

1. *Introduzione*

Il tema dell'accoglienza dei rifugiati è sempre più rilevante nell'opinione pubblica e nel dibattito accademico: la "mobilità" massificata di persone migranti che fuggono da guerre, carestie e persecuzioni mette in questione la tradizionale visione "stanziale" della teoria del diritto. I rifugiati, infatti, collocati icasticamente sulla frontiera, mettono in questione lo Stato perché ne rendono porosi i confini: questo è lo "*skandalon*" che "minaccia" la sovranità, e con essa i postulati della 'cittadinanza', della 'nazione' e del 'contratto sociale', così come concepiti nell'età moderna.

Il dibattito attorno ai temi del "rifugio" e dell'"asilo" si è sviluppato nella riflessione giuridica e filosofica subito dopo la Seconda Guerra Mondiale, con le fondamentali riflessioni di Hannah Arendt[1], ma vi ha fatto letteralmente irruzione solo negli ultimi anni con la "crisi dei rifugiati", in parte seguita alle "primavere arabe" e ad alcuni sanguinosi conflitti, non da ultima la guerra civile in Siria, che hanno determinato esodi permanenti di dimensione globale[2].

Il volume di Francescomaria Tedesco è un contributo originale e puntualmente documentato sul tema, risultato di un progetto finalizzato a dare risposta ai bisogni formativi degli operatori di otto imprese sociali[3]. In particolare, oltre a fissare alcuni nodi paradigmatici del dibattito teorico inerente alla diversità culturale e all'eurocentrismo, offre un quadro sinottico degli istituti predisposti alla tutela del migrante (*asilo politico*, *protezione sussidiaria*, *protezione umanitaria*) e ne analizza comparativamente le declinazioni amministrative in Italia, Francia, Germania, Regno Unito e Svezia[4].

Dopo l'illustrazione sintetica della metodologia della ricerca, dell'impianto teorico e degli obiettivi, nel volume si apre una densa riflessione incentrata sui temi dell'eurocentrismo, dell'identità occidentale e delle sue radici culturali. In particolare, l'autore sottolinea come le

[*] Nota a TEDESCO F. 2016. *Modelli europei di accoglienza dei rifugiati e richiedenti asilo*, Roma, Aracne.

[1] ARENDT 1951; ARENDT 1943.

[2] FINE, YPI 2016; BALIBAR 2004; BENHABIB 2001; BENHABIB 2006; DE WENDEN 2013; GREBLO 2015; ROSSI et al. 2013; CORTESE, PELACANI 2017.

[3] Il progetto formativo pluriaziendale "ALI – Accoglienza, Lavoro, Integrazione", spiega Tedesco, è stato realizzato dal consorzio di cooperative sociali So. & Co. di Lucca in collaborazione con la cooperativa Saperi aperti ed il consorzio CO & SO Empoli grazie ad un finanziamento del fondo interprofessionale Fon.coop. Il progetto si propone di rispondere ai bisogni formativi degli operatori delle imprese sociali Odissea (Lucca), Arkè e Gruppo Incontro (Pistoia) e Pietra D'Angolo, Promocultura, Zefiro Info (Empoli).

[4] Il quadro normativo è ovviamente mutato in seguito all'approvazione del d.l. n. 113/2018, convertito con la l. 132/2018 (c.d. Decreto Salvini) che, tra le altre cose, ha soppresso la protezione umanitaria e, contestualmente, il permesso di soggiorno per motivi umanitari. Tale misura è stata anticipata da una circolare ministeriale con cui si è cercato di orientare in modo restrittivo l'attività delle commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale. Cfr., per tutti, BENVENUTI 2019.

scienze sociali (segnatamente antropologia ed etnologia) abbiano giocato un ruolo determinante nell'elaborazione del concetto di "cultura" assunta come un monolite, in modo chiaramente semplificante e, in definitiva, irrealistico. In questa prospettiva, il punto di vista del "colonizzatore" europeo ha concepito la civiltà come un universo antropologico concluso, dotato di un unico "centro" (l'Europa) e di una correlata periferia, soprassedendo sui molti "centri" e sulle molte "periferie" che caratterizzano i continenti, storicamente sedimentati su più livelli.

Questa pretesa di "omogeneità" è stata strategicamente funzionale all'affermarsi dell'etnocentrismo e dei discorsi di costruzione dell'*altro*, consolidando il binomio oppositivo "noi-loro" e l'idea della superiorità dell'identità occidentale, con tutto il corredo teorico che essa ha trascinato con sé di volta in volta: dal concetto di "storia" a quello di "cultura", da quello di "tradizione" fino a quello di "civiltà". I processi di "alterizzazione", infatti, sono sempre discorsi performativi per mezzo dei quali una determinata cultura egemone descrive un'*altra* cultura, e nel fare ciò la domina, rappresentandola come irrazionale, ferina, incapace di coscienza politica. Si tratta, dunque, di un processo reciprocamente costitutivo in base al quale le parole hanno giustificato la prassi, e viceversa, fondando le categorie dell'*occidentalismo* e dell'*orientalismo*, assunte come omogenee e private di qualsiasi articolazione interna. È così che si è affermata icasticamente l'idea di una contrapposizione tra l'Occidente civile, tecnologico, politicamente autonomo da un lato, e l'Oriente esotico, involuto e primitivo, ed è sempre sulla base di questi tropi che sono stati via via elaborati fenomeni ideologicamente orientati come il colonialismo, l'eurocentrismo e, in ultima analisi, le forme istituzionalizzate di razzismo e xenofobia.

Questi aspetti sono messi in luce dagli studi post-coloniali e delineati, in particolare, da Edward Said nel suo celebre "Orientalismo" (1978)[5]: egli ha messo in rilievo come, storicamente, le forme di produzione dell'alterità si fondano su rappresentazioni (politiche, culturali, e persino cartografiche) che giustificano ideologicamente i rapporti di asservimento, dai quali poi esse sono, a loro volta, trasformate. L'*altro* è inferiorizzato e "ridotto" a poche caratteristiche *essenziali*, ossia narrato con attitudini deprecabili; d'altronde fuori da questo "essenzialismo" non si potrebbe concepire l'*altro*, come un'entità granitica, al singolare, ma si dovrebbe parlare dei molti "altri", con le loro preminenti specificità e irrefutabili caratterizzazioni. Tale semplificazione – sostiene Tedesco – ignora le differenze (si pensi al "ceto" o al "genere") e le articolazioni interne che attraversano trasversalmente tutte le culture, frammentandole in molti "centri" e in tante "periferie".

La stessa cultura occidentale, rappresentata in modo essenzialistico, rischia di diventare un *non-sense*; su di essa, infatti, si attaglia la "provocazione" che tra l'altro ha dato il titolo ad un recente *pamphlet* del filosofo François Jullien: l'*identità culturale non esiste*[6]. Ciò è assai significativo se è vero che, specialmente in Europa, essa è la proiezione di un mosaico culturalmente composito, un'identità "dionisiaca", che si nutre di "migliaia di singole infedeltà"[7]. Nell'orizzonte europeo, quindi, "identità" è un termine declinabile solo al *plurale*: le identità, le culture.

Tedesco non tace sulla curiosa circostanza che le stesse teorie critiche, nel tentativo antiessenzialistico di eliminare questo scarto tra *noi* e *loro*, paradossalmente hanno tratteggiato sullo sfondo un "universalismo di secondo grado" (p. 29) che appiattisce le differenze sulla superficie levigata di un'umanità atomizzata e culturalmente disincarnata.

2. *La condizione giuridica del "rifugiato"*

Molte delle riflessioni sinteticamente richiamate, di là della mera dimensione filosofica, hanno implicazioni pratiche che quotidianamente mettono alla prova la "narrazione umanitaria delle

[5] Per una recente bibliografia in chiave giusfilosofica si veda VIDA 2017.
[6] JULLIEN 2018.
[7] PANNWITZ 2017.

politiche europee"[8]. La gestione del fenomeno migratorio, in particolare, rendendo ancora più visibile e "massificato" il rapporto con l'*altro*, rappresenta la cartina di tornasole della vocazione universale del costituzionalismo europeo.

L'opera di Tedesco, com'è evidente sin dal titolo, analizza quella faccia del "prisma migratorio" che annovera i rifugiati e i richiedenti asilo, lasciando fuori dall'indagine i migranti c.d. "economici" che fuggono dalla povertà.

Come è noto, il rifugiato, secondo la relativa *Convezione* che ne norma lo statuto (c.d. "di Ginevra") del 1951, è colui che

> «temendo a ragione di essere perseguitato per motivi di razza, religione, nazionalità, appartenenza ad un determinato gruppo sociale o per le sue opinioni politiche, si trova fuori del Paese di cui è cittadino e non può o non vuole, a causa di questo timore, avvalersi della protezione di questo Paese; oppure che, non avendo una cittadinanza e trovandosi fuori del Paese in cui aveva residenza abituale a seguito di siffatti avvenimenti, non può o non vuole tornarvi per il timore di cui sopra» (art. 1.A.2).

È utile osservare, anche alla luce del dibattito politico italiano, e in generale europeo, che si tratta della stessa Convenzione che, all'art. 33, statuisce l'obbligo di "non-respingimento" (*non-refoulement*), affermando:

> «Nessuno Stato contraente potrà espellere o respingere – in nessun modo – un rifugiato verso le frontiere dei luoghi ove la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a causa della sua razza, religione, nazionalità, appartenenza ad una determinata categoria sociale o delle sue opinioni politiche»[9].

Il rifugiato è, dunque, il titolare dei benefici connessi all'istituto dell'asilo politico[10]: per il riconoscimento di tale *status* occorre dare impulso ad una procedura amministrativa; pertanto è necessario che il migrante possa sostare – ancorché temporaneamente e con alcune restrizioni agli spostamenti – sul territorio dello Stato di primo approdo, sul quale grava – secondo le norme del Regolamento di Dublino – l'obbligo giuridico di accertare la sussistenza dei requisiti per il riconoscimento della protezione internazionale.

Sotto questo profilo emergono essenzialmente due orientamenti: in base al primo il principio del *non-refoulement* opera già alla frontiera, ovunque lo Stato eserciti la sua giurisdizione o un controllo effettivo[11], e garantisce l'ammissione del rifugiato nel proprio territorio oltre che l'accesso ad un'equa valutazione della domanda d'asilo[12]; in base al secondo, minoritario orientamento, esso opera invece solo dal momento in cui è avanzata domanda di protezione internazionale.

In ogni caso, tali disposizioni hanno un'ascendenza, per così dire, "filosofica": esse, infatti, evocano alcuni decisivi passi del saggio *Per la pace perpetua* (1795) in cui Kant teorizza il diritto (cosmopolitico) all'"ospitalità", ossia a non essere trattato in modo "ostile" (*feindselig*): in particolare il riferimento è al *Terzo articolo definitivo* in cui è sancita l'impossibilità di negare l'ingresso allo straniero là dove ciò possa causargli danno (*Untergang*) e metterne a repentaglio la vita[13]. Tale diritto – nella teoria kantiana – è precondizione per la pace[14].

8 SCIURBA 2017a.
9 Sulla rilevanza internazionalistica dell'obbligo del "non–respingimento" si veda ALLAIN 2001.
10 Si vedano, tra gli altri, MASTROMARTINO 2012; SCIURBA 2017b.
11 Ad esempio, anche in alto mare, cfr. sentenza *Hirsi Jamaa e altri v. Italia*, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.
12 SCIURBA 2018; GOODWIN-GILL 1996.
13 Cfr. DI CESARE 2017, 98 ss.

Gli elementi essenziali rilevanti ai fini della condizione giuridica di "rifugiato" sono, dunque: sul piano soggettivo, *i*) il timore fondato di essere perseguitato; sul piano oggettivo *ii*) i motivi della persecuzione (religione, razza, opinioni politiche, *etc.*); *iii*) la collocazione fisica fuori dello Stato di cui è cittadino e di cui rifiuta la protezione. La persecuzione deve estrinsecarsi in atti sufficientemente gravi da rappresentare una violazione dei diritti umani e/o fondamentali.

La *Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati* rappresenta la cornice giuridica fondamentale del diritto d'asilo che ha, poi, nella fase applicativa, una dinamica inevitabilmente "multilivello" generata dalla sovrapposizione dei riferimenti normativi[15]: da quelli di natura regionale (si pensi all'Unione europea e al Regolamento n. 604/2013 meglio noto come "Regolamento di Dublino III"[16]) a quelle enunciate nelle carte costituzionali.

La Costituzione italiana aderisce alla definizione internazionalistica dell'asilo politico ma ne estende la portata semantica; all'art. 10, comma 3, essa infatti stabilisce: «[l]o straniero, al quale sia impedito nel suo paese l'effettivo esercizio delle libertà democratiche garantite dalla Costituzione italiana, ha diritto d'asilo nel territorio della Repubblica, secondo le condizioni stabilite dalla legge».

Accanto al diritto d'asilo esiste, comunque, una seconda forma di protezione internazionale: si tratta di quella "sussidiaria" ed è concessa a chi, pur non rientrando nella definizione di "rifugiato" ai sensi dalla *Convenzione di Ginevra*, rischierebbe comunque un danno grave qualora facesse rientro nel Paese d'origine[17].

3. *La ricollocazione come problema europeo*

Nel 2015, nel mondo, 65,3 milioni di persone sono state costrette a spostarsi a causa di conflitti, violenze, carestie, violazioni sistematiche dei diritti umani. Di questi, la metà sono bambini, mentre 40,8 milioni sono "*internally displaced persons*" (IDP), cioè soggetti che fuggono dai loro luoghi d'origine senza tuttavia valicare i confini dello stato di appartenenza.

Questi dati messi in rilievo dall'autore (pp. 45-59), attinti dalle indagini condotte dall'UNHCR, mostrano come accanto alla dinamica migratoria *sud-nord*, ne esista un'altra molto più consistente tutta interna ai Paesi del sud: quest'ultima ha subito una significativa accelerazione a causa delle

[14] Occorre comunque osservare che, com'è noto, nel pensiero kantiano non c'è spazio per il diritto al "soggiorno", ossia ad una ospitalità permanente: partendo dalla nota distinzione tra "diritto di visita" (*Besuchsrecht*) e "diritto di accoglienza" (*Gastrecht*), Kant difende le ragioni del primo, negando allo straniero la possibilità di "risiedere".

[15] CALAMIA et al. 2012.

[16] Il c.d. Regolamento Dublino III (Regolamento (UE) n. 604/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giungo 2013), così denominato perché sostituisce il c.d. Regolamento Dublino II - Regolamento 343 del 2003 (che a sua volta prendeva il posto della Convenzione di Dublino del 1990) - contiene i criteri e i meccanismi per individuare lo Stato membro UE competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale presentata in uno degli Stati membri da un cittadino di un Paese terzo o apolide.
Il Regolamento Dublino è l'asse principale su cui si fonda il *Sistema europeo comune di asilo* (art. 78 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea, in seguito TFUE) finalizzato ad assicurare "common high standards and stronger co-operation to ensure that asylum seekers are treated equally in an and fair system – wherever they apply" (MEMO/13/862 della Commissione europea, "EU action in the fields of migration and asylum", 9 ottobre 2013). Il *Regolamento*, largamente discusso, è sicuramente il pezzo più problematico del *Sistema*, sia per le conseguenze negative sulla vita dei richiedenti asilo, sia per la scarsa efficienza del sistema medesimo.
Fin dalla "Convenzione Dublino", la politica di asilo dell'Unione europea si è retta sul presupposto che gli Stati membri siano da considerarsi reciprocamente Paesi "sicuri". Lo stesso Regolamento di Dublino III pone espressamente alla sua base il rispetto dei diritti fondamentali e, in particolare, l'applicazione della Convenzione di Ginevra relativa allo statuto dei rifugiati del 1951, così come integrato dal Protocollo di New York del 31 gennaio 1967, garantendo in tal modo che nessuno sia rinviato in un Paese nel quale rischia di essere perseguitato, in ottemperanza al principio (consuetudinario) di "non respingimento". Si veda in proposito AMADEO, SPITALERI 2015.

[17] Per una ricostruzione critica sull'evoluzione dell'interpretazione dell'art. 10, comma 3, della Costituzione cfr. BENVENUTI 2018.

crisi libica e del conflitto siriano, ed ha interessato, quali paesi d'ingresso, la Turchia (2,5 milioni), il Pakistan (1,6 milioni), il Libano (1,1), l'Iran (1 milione), l'Etiopia e la Giordania (meno di 1 milione ciascuno). A fronte di questi numeri, il dibattito pubblico europeo negli ultimi anni ha accreditato una retorica dell'"invasione" che ha impresso alle arene politiche nazionali una torsione difensiva e securitaria ed ha riscoperto il mito delle "radici" europee, in senso identitario ed escludente. Scrive a questo proposito Tedesco: «il discorso pubblico sulla natura dei profughi, sulla loro provenienza, vive di continui tentativi di avvelenamento dei pozzi» (p. 49), senza tuttavia sottostimare il fatto che la "Convenzione di Dublino", imponendo ai Paesi di primo ingresso la gestione delle domande di asilo, e l'accoglienza dei richiedenti per il tempo necessario alla procedura, impedisce una reale condivisione dell'emergenza e scarica sui paesi-frontiera, come l'Italia, il peso politico della gestione dei flussi. Se sul piano dei primi interventi i Paesi costieri sostengono la gran parte degli oneri, i rapporti di forza non cambiano significativamente nella fase di ricollocazione: sebbene questa coinvolga, nelle politiche dell'Unione europea, un numero decisamente modesto di soggetti (20 mila circa) alcuni Stati membri la boicottano opponendosi alla *relocation* entro i propri confini di soggetti internazionalmente protetti.

A questo proposito, il 16 maggio 2017 il Commissario europeo per la Migrazione e la cittadinanza, Dimitris Avramopoulos, ha dichiarato:

> «Sebbene la maggior parte degli Stati membri sia ormai attiva e assuma impegni e effettui ricollocazioni regolarmente, l'Ungheria, la Polonia e l'Austria rimangono gli unici Stati membri che non hanno ancora ricollocato nessuna persona, in violazione dei loro obblighi giuridici, degli impegni assunti verso la Grecia e l'Italia e del principio di equa ripartizione delle responsabilità»[18].

In tempi recenti è stata respinta, per opposizione dell'Italia e della Germania, una bozza di riforma della suddetta Convenzione, a riprova del fatto che la gestione dell'emergenza "profughi" è un banco di prova per il diritto sovranazionale tanto decisivo quanto problematico, dal momento che tende a irrigidire le *costituency* nazionali, le quali spesso si giustificano politicamente – e si sostengono elettoralmente – nella misura in cui immettono nelle sfere pubbliche discorsi e argomenti anti-cooperativi (e "sovranisti"[19]) per definizione.

4. *Il sistema amministrativo d'accoglienza nell'ordinamento italiano*

Entro lo scenario descritto, il caso dell'Italia risulta emblematico. Il sistema dell'accoglienza italiano, accuratamente descritto da Tedesco (pp. 61-80), è incentrato su una complessa macchina amministrativa in sintesi così organizzata: 1) "centri di accoglienza", a loro volta suddivisi in: *i*) centri di primo soccorso e accoglienza (CPSA), *ii*) centri di accoglienza per richiedenti asilo (CARA), *iii*) centri di accoglienza a breve termine (CDA); 2) sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati (SPRAR); 3) Centri di accoglienza straordinaria (CAS)[20]. Nell'anno 2015, rileva Tedesco, solo il 19,4% dei migranti era coinvolto nel sistema di protezione per richiedenti asilo, mentre la quota restante era distribuita nelle strutture temporanee. A queste

[18] "Ricollocazione e reinsediamento: la Commissione invita tutti gli Stati membri ad attivarsi e rispettare i propri obblighi", disponibile online: https://ec.europa.eu/italy/news/20170516_ricollocazione_migranti_it.

[19] Qui utilizzo l'espressione "sovranismo" per indicare quel movimento composito nel quale convergono tutti gli indirizzi e le correnti di pensiero che propugnano la difesa della sovranità nazionale, assunta come unica dimensione nella quale sia possibile il progresso dei diritti politici e sociali. Per una ricostruzione filosofica del concetto si veda DE GIOVANNI 2015

[20] Per una puntuale descrizione critica, da ultimo, si veda LOPRIENO 2018.

strutture si aggiungono gli *hotspot*, in cui si separa «chi ha il diritto di chiedere asilo o protezione da chi deve essere rimpatriato» (p. 74).

Questa articolazione di modelli amministrativi riflette una legislazione molto spesso scoordinata e frammentaria generata in prima battuta da una cornice normativa europea – in particolare con la Direttiva 2013/33/UE e la Direttiva 2013/32/UE sulle Norme e sulle Procedure comuni per il riconoscimento e la revoca dello *status* di protezione internazionale – e poi da una implementazione nazionale che è chiamata a dare risposte sotto la pressione di un'opinione pubblica ormai polarizzata e molto spesso anche risentita[21].

L'Italia, da questo punto di vista, essendo interessata da molti anni dal fenomeno degli sbarchi lungo la via del Mediterraneo centrale, rappresenta un contesto esemplificativo delle fragilità e delle criticità connesse alle politiche (emergenziali) di soccorso, accoglienza e smistamento dei migranti, oltre che delle reazioni pubbliche, sovente improntate a xenofobia e intolleranza. In un quadro siffatto, le autorità nazionali e sovranazionali provano a istituzionalizzare una linea di demarcazione tra i migranti che fuggono da contesti di guerra e che, pertanto, sono potenzialmente beneficiari dello *status* di "rifugiato politico", e i migranti c.d. "economici".

È stato osservato, però, che si tratta di:

«distinzioni sociologiche e giuridiche, utili solo alla burocrazia della classificazione. Numeri che nascondono piuttosto scarti, nuda vita ridotta ad eccezione, eccedenza (...) Il diritto internazionale e il diritto europeo hanno tentato a vari livelli di regolamentare l'asilo (...) Tuttavia i dispositivi giuridici, gli accordi e la creazione di nuovi organismi hanno portato al consolidamento delle uniche due idee regolative presenti sul mercato: la selezione differenziale e l'esternalizzazione dei confini»[22].

D'altra parte le stesse risposte europee – sia quelle approntate nelle direttive sia quelle delineate nell'*Agenda Europea sulla migrazione 2015* – sembrano finalizzate a disciplinare e rendere omogenei i percorsi di espulsione e rimpatrio, mentre lasciano significativamente scoperto il versante dell'accoglienza e dell'integrazione.

5. *Modelli normativi e istituzionali in Europa*

Nei capitoli 8, 9 e 10 è esaminata anche la legislazione di Germania, Regno Unito e Svezia ma, in questa sede, appare utile soffermarsi sulla disciplina francese.

La Francia, presa in esame nel capitolo 7, ha predisposto un quadro normativo complesso per la gestione del fenomeno migratorio, condensato essenzialmente nel *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* (CESEDA). Ciò non solo per la contiguità territoriale con l'Italia – che pure ha generato circostanze ad alto impatto simbolico, come l'emergenza a Ventimiglia e l'episodio di Bardonecchia[23] – ma anche per alcune affinità nella composizione demografica e nelle linee di tendenza dei flussi.

In Francia il fenomeno migratorio ha alcuni aspetti precipui: conosce, infatti, ormai da anni, una fascia consistente di migranti di "seconda generazione", quasi sempre di cittadinanza fran-

[21] Da questo punto di vista è significativo che in Italia sia ancora in vigore, tra le altre, quella disposizione della legge Bossi-Fini (2002) che impone allo straniero che abbia perso il lavoro di allontanarsi dal territorio italiano ove, nei successivi dodici mesi, non abbia trovato un altro impiego.

[22] Così ADORNI, CAPOCCETTI 2018, 43.

[23] Episodio accaduto il 31 marzo 2018, quando gli agenti di polizia della dogana francese hanno fatto irruzione nell'ambulatorio gestito da "Rainbow for Africa" nei locali della stazione di Bardonecchia: gli avvocati dell'Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione (ASGI), presenti al momento dell'irruzione, hanno parlato di "gravissime violazioni dei diritti fondamentali", in particolare nei confronti di minori stranieri non accompagnati e di alcune donne in stato di gravidanza. Si veda al riguardo la nota giuridica emessa dall'ASGI: https://www.osservatoriodiritti.it/wp-content/uploads/2018/04/bardonecchia-asgi.pdf.

cese, le cui famiglie d'origine si sono stabilite oltralpe nella fase post-coloniale. Notoriamente è in questo particolare segmento della popolazione – si ripete: ormai regolarmente *francese* – che perlopiù attecchiscono i fenomeni di radicalizzazione[24] che hanno colpito in questi anni i cittadini francesi, al punto da inasprire la legislazione emergenziale in base alla quale, oggi, il prefetto può emanare un decreto di espulsione (art. L521-I CESEDA) anche nei confronti di determinate "categorie protette".

Lo straniero destinatario di un provvedimento di allontanamento (obbligo di abbandono, divieto di ritorno, decreto di espulsione, interdizione dal territorio), là dove non sia in grado di lasciare la Francia, può essere destinato ad una residenza specifica ovvero essere assegnato ad un *Centre de rétention administrative*, nel quale può essere collocato per un tempo massimo di 45 giorni. Se il provvedimento di espulsione è connesso ad atti di terrorismo, la permanenza amministrativa può arrivare ad un massimo di sei mesi.

Il diritto d'asilo, in Francia, ha valore costituzionale in quanto citato all'art. 53-I – che a sua volta richiama il punto 4 del preambolo della Costituzione francese del 1946 – e ha lo stesso contenuto normativo della Convenzione di Ginevra del 1951. Nello specifico il rifugiato, là dove il Ministero dell'Interno gli riconosca tale qualità, sottoscrive un *contratto* c.d. "d'integrazione repubblicana" per mezzo del quale è approntato un percorso personalizzato per l'accesso al lavoro e alla casa che comprende formazione civica e linguistica. A questo punto il "diritto di visita" muta in un "diritto alla residenza" mediato da un *patto di cittadinanza a carattere contrattuale* e, dunque, per definizione, *volontaristico*. Anche qui sembra si possa individuare un fondamento filosofico: Kant che, come si è detto, difendeva il "diritto di visita", e non quello diverso "di residenza", è tuttavia disposto ad ammetterlo (temporaneamente) a patto che sia sancito da un "contratto" (*Vertrag*) che trasforma il *migrante* in abitante di una stessa casa – un "coinquilino" (*Hausgenosse*) – e l'ospitalità in coabitazione.

6. *Il fenomeno migratorio nello specchio dell'economia. A mo' di conclusione*

Un capitolo, il sesto, è dedicato ai riflessi economici dei fenomeni migratori, tra i quali emerge, macroscopicamente, il fatto che i salari d'ingresso nel mondo del lavoro dei richiedenti asilo sono, secondo il Fondo Monetario Internazionale, di gran lunga inferiori alla media, non solo a quella generale, ma anche a quella specifica dei migranti. Questi ultimi, in un Paese europeo come la Germania, guadagnano – in genere – il 20% in meno rispetto ai lavoratori locali (*native workers*): tale differenza tende ad assottigliarsi progressivamente ma non scompare mai del tutto, cristallizzandosi. Problemi linguistici, ostacoli amministrativi, difficoltà al riconoscimento dell'equipollenza dei titoli di studio, restrizioni alla possibilità di circolazione sono, in questo senso, cause determinanti.

Questi aspetti hanno riflessi problematici su due distinti livelli: sia sul piano della persona migrante, che non riesce a coltivare la strada dell'emancipazione materiale e del riscatto, sia sul piano sociale, dal momento che livelli discreti di disoccupazione ostacolano l'inclusione e mettono sotto pressione la convivenza e l'ordine sociale. D'altra parte i lavoratori locali percepiscono la disponibilità di questa manodopera come una minaccia ai loro *standard* salariali e, in generale, occupazionali. Secondo alcuni studi, recentemente messi in rilievo anche in dottrina, tali dinamiche sarebbero verificate e reali, ancorché in forme e dimensioni ancora non del tutto univoche; da ciò deriverebbe un vero e proprio "diritto" degli Stati (ossia delle loro popolazioni) alla limitazione degli accessi e dell'accoglienza[25]. Tuttavia – osserva Tedesco – il

[24] VALTOLINA 2017.

[25] Per un'analisi teorica di questo orientamento cfr. DICIOTTI 2016; DICIOTTI 2018.

FMI ha evidenziato come i rischi di natura occupazionale siano "limitati e temporanei" (p. 81); in ogni caso, ad un'analisi appena più approfondita, appare chiaro come essi siano generati solo mediatamente dai fenomeni migratori: le cause dirette, infatti, devono essere ricercate in un assetto economico strutturalmente e profondamente diseguale che genera forme di sfruttamento neo-schiavili e disumanizzanti[26].

Il problema, a questo punto, non investe più solo la dimensione "migratoria" delle politiche europee ma chiama in causa anche, se non soprattutto, la solidità del pilastro sociale europeo e la concezione, prima ancora che la tenuta, dei diritti posti alla base del disegno costituzionale europeo[27]. Disegno che avrebbe dovuto emancipare i meccanismi di promozione dei diritti umani e fondamentali dalla dimensione nazionale e dalle gabbie (epistemologiche, prima ancora che politiche) dei confini nazionali[28]. Al contrario, oggi appare evidente la resilienza della "statualità" – come *forma* per antonomasia del potere e dell'organizzazione politica – dei suoi confini, del suo territorio, abitato non più solo da cittadini ma da una consistente minoranza di residenti, esclusi, in parte o anche del tutto, dal novero dei diritti politici e sociali.

In particolare, il concetto di "cittadinanza", inteso come dispositivo inclusivo ed esclusivo che traccia la linea di confine tra il *dentro* e il *fuori*, rappresenta un crocevia semantico nel quale s'addensano varie problematiche, nodi concettuali, problemi di *policy*[29]. Se nell'antichità la distinzione tra cittadino e schiavo era cruciale, e nell'età moderna quella tra cittadino e suddito ha rappresentato l'obiettivo polemico delle rivoluzioni, nel linguaggio giuridico moderno la cittadinanza sembra rappresentare «l'ultimo relitto pre-moderno delle diseguaglianze personali»[30]: l'appartenenza che si vuole tutelare, infatti, sembra essere quella ad un determinato gruppo culturale e non quella ad un determinato ordinamento. Il diritto, in questa prospettiva, rischia di tornare ad essere un "filtro" che istituzionalizza le discriminazioni e che viola i diritti umani, piuttosto che uno strumento di emancipazione e di garanzia delle libertà. Gli eventi recenti mostrano, in concreto, questo tipo di profonda involuzione: che operatori sociali e cittadini ne siano consapevoli è il presupposto per provare a invertire questi processi.

[26] CASADEI 2016.
[27] CASSESE 2015.
[28] NINE 2012.
[29] RIGO, 2007; MINDUS 2014; BALIBAR 2012; FACCHI 2001; MORRONE 2015; KYMLICKA 1999.
[30] FERRAJOLI 1999, 288.

Riferimenti bibliografici

ADORNI M., CAPOCCETTI S. 2018. *Prigionieri del fuori. Ordine neoliberale e immigrazione*, Pisa, Bfs-Centro Studi Movimenti.

ALLAIN J. 2001. *The Jus Cogens Nature of non refoulement*, in «International Journal of Refugee Law», 4, 2001, 533 ss.

AMADEO S., SPITALERI F. (eds.) 2015. *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, Giappichelli.

ARENDT H. 1951. *Le origini del totalitarismo*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999 (trad. it. Di A. Guadagnin).

ARENDT H. 1943. *Noi profughi*, in *EAD.*, *Ebraismo e modernità*, Milano, Feltrinelli, 1986 (trad. it. e cura di G. Bettini).

BALIBAR È. 2001. *Noi cittadini d'Europa? Le frontiere, lo Stato, il popolo*, Roma, manifestolibri, 2004 (trad. it. di A. Simone, B. Foglio).

BALIBAR È. 2012. *Cittadinanza*, Torino, Bollati Boringhieri, Torino.

BENHABIB S. 2001. *Dismantling the Leviathan: Citizen and State in a Global World*, in «Responsive Community», 11, 2001, 14 ss.

BENHABIB S. 2006. *I diritti degli altri. Stranieri, residenti, cittadini*, Milano, Raffaello Cortina Editore.

BENVENUTI M. 2018. *La forma dell'acqua. Il diritto di asilo costituzionale tra attuazione, applicazione, attualità*, in «Questione Giustizia», 2, 2018. Disponibile in: http://questionegiustizia.it/rivista/2018/2/la-forma-dell-acqua-il-diritto-diasilo-costituzionale-traattuazione-applicazione-eattualita_531.php (consultato il 29.4.2019).

BENVENUTI M. 2019. *Il dito e la luna. La protezione delle esigenze di carattere umanitario degli stranieri prima e dopo il decreto Salvini*, in «Diritto, Immigrazione e Cittadinanza», 1, 2019. Disponibile in: https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2019-1/ 345-il-dito-e-la-luna-la-protezione-delle-esigenze-di-carattere-umanitario-degli-stranieri-prima-e-dopo-il-decreto-salvini (consultato il 29.4.2019).

CALAMIA A., DI FILIPPO M., GESTRI M. (eds.) 2012., *Immigrazione, diritto e diritti: profili internazionalistici ed europei*, Padova, Cedam.

CASADEI TH. 2016. *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, con un dialogo con Étienne Balibar, Roma, DeriveApprodi.

CASSESE S. 2015. *I diritti sociali degli "altri"*, in «Rivista del diritto della sicurezza sociale», 4, 2015, 677 ss.

CORTESE F., PELACANI G. (eds.) 2017. *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, Università degli Studi di Trento, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza, Napoli, Editoriale Scientifica.

DE GIOVANNI B. 2015. *Elogio della sovranità politica*, Napoli, Editoriale Scientifica.

DE WENDEN W. 2013. *Il diritto di migrare*, Roma, Ediesse, 2015 (trad. it. di E. Leoparco).

DI CESARE D. 2017. *Stranieri residenti. Una filosofia della migrazione*, Torino, Bollati Boringhieri.

DICIOTTI E. 2016. *L'immigrazione e lo stato: una questione morale*, in «Ragion pratica», 47, 2016, 577 ss.

DICIOTTI E. 2018. *Immigrazione, egualitarismo, protezionismo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2018, 141 ss.

FERRAJOLI L. 1999. *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in ZOLO D. (ed.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari, Laterza, 263 ss.

FACCHI A. 2001. *I diritti nell'Europa multiculturale. Pluralismo normativo e immigrazione*, Roma-Bari, Laterza.

FINE S., YPI L. (eds.) 2016. *Migration in Political Theory. The Ethics of Movement and Membership*, Oxford, Oxford University Press.

JULLIEN F. 2018. *L'identità culturale non esiste*, Torino, Einaudi.

GOODWIN-GILL G.S. 1996. *The refugee in international law*, Oxford, Oxford University Press.

GREBLO E. 2015. *Etica dell'immigrazione. Una introduzione*, Milano-Udine, Mimesis.

KYMLICKA W. 1999. *La cittadinanza multiculturale*, Bologna, il Mulino (trad. it. a cura di G. Gasperoni).

LOPRIENO D. 2018. *"Trattenere e punire". La detenzione amministrativa dello straniero*, Napoli, Editoriale Scientifica.

MASTROMARTINO F. 2012. *Il diritto di asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino, Giappichelli.

MINDUS P. 2014. *Cittadini e no. Forme e funzioni dell'inclusione e dell'esclusione*, Firenze, Firenze University Press.

MORRONE A., *Le forme di cittadinanza nel Terzo Millennio*, in «Quaderno costituzionali», 2, 2015, 303 ss.

NINE C. 2012. *Global Justice and Territory*, Oxford, Oxford University Press.

PANNWITZ R. 2017. *Die Krisis der europäischen Kultur*, Nürnberg, Hans Carl.

RIGO E. 2007. *Europa di confine. Trasformazioni della cittadinanza nell'unione allargata*, Roma, Meltemi.

ROSSI E., BIONDI DAL MONTE F., VRENNA M. (eds.) 2013. *La governance dell'immigrazione. Diritti, politiche e competenze*, Bologna, il Mulino.

SCIURBA A. 2017a. *Chi protegge il diritto d'asilo in Europa? Un confronto tra il recente orientamento giurisprudenziale della Corte di Strasburgo e la narrazione umanitaria delle politiche europee*, in ZAGATO L. (ed.), *Introduzione ai diritti di cittadinanza*, Venezia, Libreria Editrice Cafoscarina.

SCIURBA A. 2017b. *Misrecognizing Asylum: Causes, Modalities, and Consequences of the Crisis of a Fundamental Human Right*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2017, 141 ss.

SCIURBA A. 2018. *Al confine dei diritti. Richiedenti asilo tra normativa e prassi, dall'*hotspot *alla decisione della Commissione territoriale,* in «Questione Giustizia», 2, 2018.

TEDESCO F. 2016. *Modelli europei di accoglienza dei rifugiati e richiedenti asilo*, Roma, Aracne.

VALTOLINA G. 2017. *I processi di radicalizzazione religiosa nelle seconde generazioni*, Paper della Fondazione ISMU, Iniziative e Studi sulla Multietnicità. Disponibile in: http://www.ismu.org/wp-content/uploads/2017/07/Valtolina_Paper_radicalizzazione_luglio-2017.pdf (consultato il 28 aprile 2019).

VIDA S. 2017. *La critica al diritto (neo)coloniale: i Post-Colonial Studies*, in O. GIOLO, M.G. BERNARDINI (ed.), *Le teorie critiche del diritto*, Pisa, Pacini Giuridica, 79 ss.

FILOSOFIA E COSTITUZIONE NEL *MANIFESTO PER L'UGUAGLIANZA* DI LUIGI FERRAJOLI

CARLO **SCOGNAMIGLIO**

&dq

Filosofia e Costituzione nel *Manifesto per l'uguaglianza* di Luigi Ferrajoli

Philosophy and Constitution in *Manifesto per l'uguaglianza* by Luigi Ferrajoli

CARLO SCOGNAMIGLIO

Docente presso il Liceo Scientifico Cavour, Roma.
E-mail: carloscognamiglio@gmail.com

ABSTRACT

L'articolo recensisce il recente lavoro di Luigi Ferrajoli *Manifesto per l'uguaglianza*, edito da Laterza. Affrontando le questioni principali sollevate da Ferrajoli, dalla mancanza di partecipazione politica alla tecnocrazia, al potere politico del mercato, l'autore si concentra sul concetto di uguaglianza e sul come, ci si auspica, si possano superare le attuali difficoltà dello Stato moderno attraverso il miglioramento, o la creazione, di istituzioni globali.

The article reviews the recent book by Luigi Ferrajoli, *Manifesto per l'uguaglianza*, published with Laterza. The author deals with the main issues raised by Ferrajoli, ranging from the lack of political participation, to technocracy, and to the political power of the market. He dwells on the concept of equality and on how, it is hoped, the current difficulties of modern States may be overcome through the creation, or amelioration, of global institutions.

KEYWORDS

uguaglianza, partecipazione politica, istituzioni globali, democrazia

equality, political participation, global institutions, democracy

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Filosofia e Costituzione nel *Manifesto per l'uguaglianza* di Luigi Ferrajoli

CARLO SCOGNAMIGLIO

1. Il paradigma dell'uguaglianza si configura nel dibattito politico e culturale dei nostri tempi, come una drammaturgia incapace di trovare attori sociali degni di interpretarne lo svolgimento. Come un testo considerato ormai troppo difficile, inguaribilmente arretrato, astratto, incomprensibile al pubblico. Probabilmente misconosciuto. Luigi Ferrajoli, nel suo recente *Manifesto per l'uguaglianza*[1], rielabora e aggiorna il risultato di una vita di ricerche e approfondimenti sull'istanza egalitaria, proponendo al tempo stesso una diagnosi e una descrizione del fenomeno. Lo scenario in cui ci si muove, ormai fin troppo noto, è quello della profonda crisi delle strutture politiche (orientate alla tutela degli interessi generali) che per oltre due secoli hanno caratterizzato gli Stati moderni, prevaricate dal *mercato*, inteso come dimensione del conflitto tra gli interessi privati. Nella prefazione il noto filosofo del diritto italiano denuncia dunque il compimento di questa agonia della partecipazione democratica che, ponendo i cittadini in posizione passiva rispetto ai processi trasformativi, necessita di una nuova spinta propulsiva per emergere da una paludata condizione partecipativa, che alcune pagine dopo definirà efficacemente come "demo-patia" o "demo-astenia". In un recentissimo libro Ilvo Diamanti e Marc Lazar[2] tendono invece a ridimensionare la percezione dello sgretolamento dell'attivismo politico, individuandone alcune linee trasformative, che insieme alla crisi dei vecchi organismi di mediazione hanno assistito a nuove e vivaci forme di passione politica: sicuramente meno ponderate rispetto ai complessi meccanismi partitici, ma con cui è indispensabile misurarsi senza ripulsa, assumendo un atteggiamento più riflessivo, se comparato a quello che le *élite* intellettuali hanno prevalentemente scelto di adottare fino a oggi. Ci sono aspetti da precisare, tanto rispetto a quanto evidenziato da Ferrajoli, sia nel quadro dipinto da Diamanti e Lazar. La politica non è mai stata, in verità, una forma dello spirito naturalmente orientata all'interesse collettivo *tout court*. È del tutto evidente che ciascuna parte, specialmente nelle società capitalistiche, abbia assunto e interpretato il proprio compito politico come forma di tutela dei propri legittimi interessi, naturalmente inquadrando la lotta in un orizzonte di garanzia che definisse una coincidenza tra le proprie istanze e l'idea di una società dotata di un ragionevole senso di composizione. L'antagonismo tra politica ed economia, nell'esercizio del potere, non può essere riassunto come un braccio di ferro tra le istanze di tutela dell'interesse pubblico e del privato. Il potere dei soggetti economici e quello esercitato dai governi, che sono espressioni politiche delle diverse maggioranze, hanno reciprocamente bisogno l'uno dell'altro e si confondono con estrema facilità. Anche nella dimensione contemporanea di Diamanti e Lazar, il modo in cui agiscono i cittadini nel quadro politico contemporaneo è sovrapponibile alla condotta del consumatore nell'ambito dei propri interessi di fruizione di merci. Il problema non è – in sostanza – la sudditanza della politica nei confronti dell'economia, ma è la quasi totale assimilazione di tutti i processi della vita politica a quelli della dimensione di mercato.

Allora ha perfettamente ragione Ferrajoli quando scrive che la politica si è trasformata in tecnocrazia, cioè applicazione tecnica delle leggi dell'economia, e i poteri globali del capitalismo contemporaneo sono diventati talmente forti da poter piegare i sistemi di governo alle loro esi-

* Recensione a: FERRAJOLI L. 2018, *Manifesto per l'uguaglianza*, Laterza, Bari-Roma.

1 FERRAJOLI 2018.

2 DIAMANTI, LAZAR 2018.

genze. La politica, dunque, assimilando la forma ideologica della naturalizzazione dell'esistente, in base alla quale non esistono alternative al sistema capitalistico (che è invece un prodotto storico e, in quanto tale, superabile), si traduce in *governance*, amministrazione gestionale. Lo stesso riformismo non rinvia più – come concetto – all'idea di poter oltrepassare il sistema di oppressione capitalistico attraverso le istituzioni democratiche. Oggi il riformismo è l'amministrazione, finalizzata alla conservazione, dello sviluppo liberista, che solo in certe fasi è richiamato a correggere alcune sue storture. Ma il fine, e con esso il quadro assiologico che ne deriva, è tenuto vivo. Si ricorre al termine cambiamento e innovazione come se fossero dei valori in quanto tali, senza sospettare che possano dirigersi in direzioni politicamente ed eticamente disastrose. Questo perché nell'universo simbolico del mondo amministrato il rapporto con lo sviluppo è unilaterale, è concepito secondo l'idea della sua migliore interpretazione e gestione. Non ne è mai messa in discussione la direzione.

I concetti di *uguaglianza*, *diritti fondamentali*, *dignità della persona*, parrebbero naturalmente estranei al lessico e al pensiero economico. Il significato della prevaricazione dell'economico sul politico è sostanzialmente questo. Per cui, conclude Ferrajoli,

> «ne è seguita la crisi sia della *ragione politica*, consistente nella cura dell'interesse generale, che della *ragione giuridica*, consistente nel progetto costituzionale dell'uguaglianza, sostituite entrambe da una sola ragione, la *ragione economica*, il cui unico criterio di razionalità è l'efficienza nello sviluppo economico e nella crescita della ricchezza, ovviamente, di fatto, a vantaggio non di tutti ma di una piccola minoranza di ricchi»[3]

Ciò però dimostra anche la sostanziale impotenza, come avrebbe detto Hegel, del diritto astratto, per cui può accadere che sul testo costituzionale regni una visione egalitaria e rispettosa della dignità umana, mentre nella vita sociale si modifichino in tutta la loro violenza le prevaricazioni di classe. La possibilità del cambiamento, secondo Ferrajoli, va cercata non solo in una ritrovata passione civile – che però non è poi così semplice da favorire – ma nella ricostruzione di una piattaforma politica imperniata sul concetto di uguaglianza, così come definito in ambito costituzionale.

2. Nella sua prefazione, l'autore del libro definisce l'uguaglianza come il criterio che – ben espresso in molte costituzioni contemporanee, a partire da quella italiana – dovrebbe riuscire a divenire egemonico in tutti i processi di riforma, ma al tempo stesso ne ribadisce la natura di valore politico in sé, cioè costitutivo di ogni democrazia in cui si riconosca al popolo l'esclusività del potere sovrano, e l'eguale partizione di esso. Il problema analitico dipende dal fatto che l'uguaglianza è priva di un'esistenza effettuale, ma si tratta di un valore in forza del quale occorre governare il reale. I nudi fatti restituiscono circostanze di differenza e di disuguaglianza, ed è rispetto a questa molteplicità dell'essere che l'uguaglianza interviene come criterio regolativo. In relazione all'uguaglianza, infatti, si genera immediatamente una contrapposizione tra le differenze e le disuguaglianze, poiché le prime sono tutelate rispetto alla forza aggressiva delle seconde. Il riconoscimento della pluralità indeterminata di peculiarità, consuetudini e inclinazioni personali (differenze) significa individuazione di diritti fondamentali per la vita e la libertà dei singoli, che da questo punto di vista devono essere ugualmente protetti e garantiti. Al tempo stesso, le disuguaglianze sostanziali, intese come posizioni gerarchizzate nell'ambito della scala sociale in virtù del proprio potere economico, tendono a prevaricare le differenze, e dunque rischiano di ledere i diritti fondamentali. Al di là di questi, tuttavia, sussistono i diritti patrimoniali, o di proprietà, che consentono – nei vari ordinamenti costituzionali – l'esercizio

[3] FERRAJOLI 2018, 79.

della propria attività economica, reiterando o amplificando le disuguaglianze sostanziali. Tuttavia, segnala Ferrajoli, non hanno la stessa natura. I diritti fondamentali, infatti, sono strutturalmente universali, mentre quelli patrimoniali restano legati a una dimensione singolare. L'opposizione tra differenze e disuguaglianze, in tal senso, è ben semplificata dall'articolo 3 della Costituzione italiana, in cui viene in primo luogo riconosciuta e rispettata la distinzione «di sesso, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali», a fondamento della peculiarità di ciascuna esistenza. Ma al tempo stesso si considerano come rischi per la libertà e per «il pieno sviluppo della persona umana», tutti gli «ostacoli» di natura economica e sociale, con evidente riferimento alle gerarchie e gli squilibri di classe.

Qui occorre fare una breve digressione per meglio precisare la questione. Si potrebbe obiettare a Ferrajoli, alla maniera di John Locke, che il diritto patrimoniale in quanto tale, cioè il diritto ad esercitare diritti di proprietà, non è difforme, per universalità, dagli altri diritti fondamentali. In altri termini, il diritto di proprietà esercitato da un singolo su un bene immobile non è differente da un diritto di libertà posto in rapporto a un peculiare comportamento; e analogamente, il diritto ad avere delle proprietà, in generale, può essere considerato – per la sua universalità – non difforme dagli altri diritti fondamentali, a cominciare dai diritti sociali. Una precisazione, questa, che è ben nota allo stesso Ferrajoli. Lo spiega bene Dario Ippolito in un suo articolo di qualche anno fa[4]: nella prospettiva dell'autore del *Manifesto per l'uguaglianza*, dunque, la differenza dovrà collocarsi anche sul piano degli effetti; se i diritti fondamentali non determinano l'acquisizione di un potere (definito come possibilità di avere effetti giuridici nella sfera altrui), i diritti patrimoniali non solo hanno questo potere, ma sono la causa stessa delle disuguaglianze sociali. A rigore si potrebbe obiettare che la distinzione non è propriamente stringente, perché il potere non può essere rinchiuso nella sola dimensione dell'implicazione giuridica. Poniamo un esempio estremamente semplice. Un essere umano che voglia esercitare la propria libertà nell'esporre la propria figura umana in tutta la sua bellezza e capacità attrattiva, indubbiamente – come ben dimostra Hobbes nel decimo capitolo del *Leviathan* – eserciterà una forma di potere. Analogamente, chi – dotato di grande eloquenza – esprime liberamente le proprie opinioni in pubblico, gestisce un potere di persuasione su chi lo ascolta. Anche i diritti fondamentali stanno dentro la struttura ontologica del potere, perché quest'ultimo ha una natura non solo pre-giuridica, ma addirittura pre-politica. Probabilmente dovremmo accogliere l'idea di una naturale conflittualità tra i diritti fondamentali e il diritto alla proprietà, anch'esso in un certo senso "fondamentale", e decidere in nome di una volontà etico-politica, e non di una distinzione filosofica, la limitazione di un diritto a tutela di un altro diritto, poiché, come scrive lo stesso Ferrajoli, «mentre i diritti patrimoniali sono la base giuridica della disuguaglianza, i diritti fondamentali sono la base giuridica dell'uguaglianza»[5]. Il punto è questo. L'affermazione dei primi entra in inevitabile contraddizione con la tutela dei secondi. Non a caso, al di là delle singole spigolature storiche dei movimenti, dei partiti e delle esperienze di governo di ispirazione socialista, il filo rosso dell'istanza emancipatrice sta tutto nel tendenziale riallineamento di eguaglianza politica ed economica, superando le divisioni sociali e produttive che impediscono tale processo. Va da sé che questo slittamento dal pragmatismo politico all'ideale etico-sociale significa, e così è stato nella storia del movimento operaio, il sacrificio della piena libertà economica individuale, considerata elemento generatore di sudditanza e sfruttamento. Non esiste più alcuno spazio politico a sinistra se non si ricomincia a rimettere in discussione la libertà economica individuale. È necessario riconoscere il valore politico e morale della limitazione dei diritti di proprietà.

[4] IPPOLITO 2015.
[5] FERRAJOLI 2018, 6.

3. I diritti fondamentali, inoltre, secondo Ferrajoli, trovano fondamento nel concetto kantiano di dignità: «nel regno dei fini, tutto ha un prezzo o una dignità. Ciò che ha un prezzo può essere sostituito con qualcos'altro come *equivalente*. Ciò che invece non ha prezzo, e dunque non ammette alcun equivalente, ha una dignità»[6]. Ma anche qui, la distinzione tra ciò che ha prezzo e ciò che non lo ha, ricade dentro l'orizzonte di una scelta morale. Non a caso, la categoria della "dignità" per Kant non ha a che fare direttamente con la sfera del diritto, se non in seconda battuta, perché è, naturalmente, il risultato di un riconoscimento morale. Insisto molto su tale aspetto, poiché siamo sempre sul punto di rischiare una pretesa di definizione oggettiva e universalistica (in qualche modo discriminatoria rispetto ad altre culture) su concetti come dignità, libertà, e in fondo anche su quello di uguaglianza. Ferrajoli ne è consapevole, e infatti precisa con decisione che l'uguaglianza (1) non è un valore oggettivo, cioè non è universalmente condiviso, poiché molti popoli del passato e nel presente non lo hanno posto né lo prospettano al centro delle proprie organizzazioni sociali; (2) né si tratta di un valore auto-evidente. Anzi, occorre un grande sforzo per chiarirne l'esatta natura e sollecitarne il perseguimento. Esso è, secondo l'autore del *Manifesto per l'uguaglianza*, «una norma giuridica, che non implica né la prima tesi, né la seconda tesi, politicamente illiberale»[7]. Tuttavia, cosa vuol dire definire l'uguaglianza semplicemente come norma giuridica? E questa norma su cosa si fonda? Dobbiamo avere la prontezza di riconoscere che si tratta di una conquista storica che si erige su un sentimento morale divenuto maggioritario negli ultimi decenni in una parte del mondo, dopo secoli di travagliata gestazione e oscillazioni, e che probabilmente trova la sua origine più robusta nel cristianesimo.

Tuttavia, analizzando il messaggio evangelico, scopriamo una declinazione assai diversa – se non opposta – dell'uguaglianza, che non è intesa quale valore da perseguire a partire dalla fatticità delle diseguaglianze. Nel messaggio cristiano l'uguaglianza è intesa come stato di fatto, rispetto al quale tutte le altre differenze – e anche le disuguaglianze – sono circostanze accidentali e ininfluenti. Gli uomini, secondo Gesù di Nazareth, sono uguali, ma si illudono di poter costituire delle differenze e delle gerarchie. Nel ribaltamento moderno del principio di uguaglianza, gli uomini sono invece posti in condizioni eterogenee, ma poiché se ne riconosce idealmente la pari dignità, si ritiene che tali disparità dovrebbero essere in qualche modo temperate, se non eliminate. Nel quadro assiologico cristiano gli uomini sono e restano uguali, a prescindere da differenze del tutto secondarie rispetto alla loro essenza (cioè la condizione di essere figli del medesimo Dio). Nell'idea di uguaglianza che ritroviamo impressa nei criteri costituzionali, gli individui devono piuttosto essere ugualmente titolari della loro differenza e peculiarità.

Cogliere questa distinzione è importante. Nella prima declinazione del concetto di uguaglianza, nulla può intervenire ad alterare quella condizione ontologica. Nonostante i rapporti di dominio reali, gli uomini restano uguali di fronte a Dio. Può essere un assunto certamente consolatorio, ma politicamente inefficace, ed è probabilmente per questo che nei secoli il cristianesimo ha finito per legittimare anche politiche di abuso o di esclusione sociale. L'uguaglianza come norma, invece, lo spiega bene Ferrajoli, implica che quel principio «può essere violato e che esiste un divario, di cui la politica e la cultura giuridica devono farsi carico, tra la sua normatività e la sua effettività»[8].

Ciò non toglie valore universale al principio di uguaglianza, ma tale universalità, come scrive Ferrajoli, non ha a che fare con l'inevitabile condivisione del valore come tale, bensì con l'universale attribuzione dei diritti ispirati a quel criterio. Però forse anche questo aspetto merita un approfondimento ulteriore. Il valore dell'uguaglianza, come ogni valore morale, è soggettivamente oggettivo, cioè il soggetto che se ne fa veicolo di realizzazione deve essere consapevole

[6] KANT 1997.
[7] FERRAJOLI 2018, 4.
[8] FERRAJOLI 2018, 19.

della soggettività del proprio sguardo assiologico, ma anche prestare fede a esso come se fosse una evidenza oggettiva, senza esitare o oscillare; l'uguaglianza è come l'ideale pacifista: sappiamo che si tratta di un orizzonte mai completamente raggiungibile, né da tutti auspicato, ma abbiamo il dovere morale di agire come se fosse possibile conquistarlo nei fatti. È vero quel che scrive Ferrajoli quando segnala lo spirito illiberale di chi pretende di condurre altre soggettività (individuali o collettive) sulle proprie interpretazioni dei concetti di giustizia o di diritti fondamentali. Una prospettiva e un'intenzione morale non possono essere imposte. Ma se sono vissute da me come doveri stringenti, la mia battaglia è sempre, inevitabilmente, di tipo educativo e persuasivo: il diritto all'istruzione è fondamentale per ciascun bambino; non posso pretendere che il genitore inadempiente assuma la mia medesima prospettiva, se la sua cultura lo ha condizionato nel percepire diversamente il quadro assiologico. Posso però pretendere che si conformi, nella sua condotta, a una norma fondata su principi dalla ricaduta universalistica. Eppure, attraverso la norma, e attraverso il mio comportamento, io non rinuncio affatto a tentare un processo di conversione morale. Come scriveva Guido Calogero, in tal senso il diritto e la politica altro non sono che strumenti della pedagogia[9].

Il punto su cui forse bisognerebbe rafforzare l'indagine strutturale, concerne proprio il fondamento etico, che Ferrajoli riconduce a un'idea di laicità, appellandosi alla fiducia nella capacità delle persone di essere moralmente libere, cioè di autodeterminarsi in base alle proprie autonome decisioni. Tuttavia, come lo stesso Kant ha ripetutamente precisato, la libertà di autodeterminazione, mia o dell'altro, non è un dato scientifico né un'evidenza logica. Su un piano probativo la mia ragione girerebbe a vuoto, e in fatti in molti luoghi e tempi tale libertà non è riconosciuta, o non lo è per tutti gli esseri umani. La libertà è invece un postulato della ragione pratica, che come tale richiede una adesione morale. In altri termini, io devo volere la libertà altrui, ma non si tratta di un dato oggettivo in cui mi imbatto. Proporre un'etica laica significa tentare di rendere egemonica una scelta morale di riconoscimento rispetto alla complessa articolazione di altre possibili opzioni etico-religiose, e significa combattere una battaglia sul piano educativo e culturale, nella consapevolezza di essere una parte in campo, e non il campo.

4. Interessanti, ma di decifrazione non immediata, sono le pagine dedicate da Ferrajoli alle prospettive future. Secondo l'autore di questo *Manifesto*, «il progetto politico normativo dell'uguaglianza richiede oggi un'inversione di rotta delle attuali politiche economiche, sulla base di una riabilitazione del ruolo di governo della politica rispetto all'economia»[10]. Un esempio stringente sono le politiche del lavoro. Nella Costituzione italiana l'importanza attribuita al lavoro è addirittura rivoluzionaria, perché nella tradizione delle costituzioni liberali il lavoro, specialmente quello più umile, era indubbiamente svalutato. Alla fine del Settecento, infatti, prevaleva l'idea di una sovranità appannaggio dei cittadini attivi, cioè economicamente indipendenti. Erano considerati passivi, invece, non solo le donne, ma anche i domestici e i lavoratori salariati. Nell'articolo 1 della nostra Costituzione, al contrario, si individua nel lavoro l'orizzonte di dignità della persona, e nel suffragio universale il corollario di tale principio. Secondo la lettura offertane da Ferrajoli, la nostra Costituzione intenderebbe negare la natura di merce del lavoro e, in debito con Marx su questo punto, avrebbe riconosciuto l'indubbia dignità del lavoro. Tuttavia occorre muoversi con maggiore cautela. Nella società capitalista il lavoro è sempre una merce. L'articolo 1 della Costituzione è un particolare compromesso, perché la nostra legge fondamentale non esclude il sistema capitalistico, ma afferma che il salario deve consentire al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa. Termini che non sono interpretabili in modo univoco. Cosa vuol dire effettivamente? Che il lavoratore, come persona, ha una sua dignità e non ha un

[9] «Il diritto e la politica non sono che una parte dell'educazione, e più esattamente un suo strumento». CALOGERO 1956, 70.

[10] FERRAJOLI 2018, 95.

prezzo, ma il lavoro sì, e lo ha – come dice la stessa Costituzione – in base «alla sua quantità e qualità». Quindi il lavoratore non è una merce, ma il lavoro sì. La rivendicazione dei lavoratori, infatti, nel sistema capitalistico, non può essere quella della non mercificazione del lavoro, che implicherebbe, come conseguenza, incerte ricadute sulle politiche salariali. Il punto è sempre quello della definizione del giusto valore della merce-lavoro, almeno finché resta in vita questo sistema di produzione, che proprio nella contrattazione del giusto-valore può trovare il suo momento critico. D'altro canto, il principio costituzionale di riconoscimento di dignità del lavoratore è fondamentale per evitare eccessivi arretramenti in momenti storici in cui i rapporti di forza – come oggi accade – sono tutti a vantaggio dei datori di lavoro.

Ma se riconosciamo, come abbiamo fatto, l'assoluta prevaricazione delle soggettività dominanti del capitalismo globale, sui singoli governi, in che modo, secondo quale strategia, e con la partecipazione di quale soggetto politico, una trasformazione in senso egalitario delle società umane, dovrebbe concretizzarsi? Non sarà certo il mercato a restituire potere decisionale alle strutture politiche e a tirarle fuori dalla loro crisi. Né sarà l'attuale classe politica, sostanzialmente dipendente (materialmente e ideologicamente) dalla sfera economica, a condurre questa battaglia. Ferrajoli auspica un rafforzamento, negli ordinamenti statali, delle funzioni di garanzia dei diritti sociali, nell'ottica di un rinvigorirsi del riformismo costituzionalista. Tuttavia, poiché lo Stato moderno sta attraversando una fase di ineluttabile difficoltà, l'autore aggrega a quella necessità l'idea di fondazione, sul piano europeo, di un'istituzione dotata di poteri costituenti e capace di garantire una legittimazione democratica dell'Unione, ma anche preludere a un processo di perfezionamento di un costituzionalismo mondiale. Pare infatti sempre più urgente porre mano alla composizione di un nuovo ordine internazionale, attraverso una sintesi delle tante carte sovranazionali dei diritti. Non si tratterebbe di un velleitario governo mondiale, ma di definire meglio funzioni e istituzioni di garanzia. Certamente alcuni di questi strumenti esistono già dal secondo dopoguerra, e forse dovremmo indugiare un po' di più sull'analisi dei loro limiti reali; diversamente, sarà assai improbabile riuscire a guadagnare passaggi più avanzati.

Su un altro piano, non si può dimenticare l'individuazione del soggetto storico, quando si ipotizzano cambiamenti di tale portata. Secondo l'autore, sarebbe necessaria la costituzione di una soggettività politica nuova e più forte, con aspirazioni più elevate. Sono due i soggetti storici individuati da Ferrajoli, tra loro connessi. In primo luogo, è indicata come sempre più cruciale la costituzione di una sindacalizzazione sovranazionale ed efficace dei lavoratori. In secondo luogo, il popolo dei migranti parrebbe essere, per ragioni strutturali, l'unico possibile soggetto costituente di una democrazia sovranazionale cosmopolita, perché implicante in sé la doppia dimensione di essere testimoni viventi delle profondissime disuguaglianze determinatesi sul pianeta, ma pure portatori e portatrici di quell'incredibile bagaglio di differenze, che rendono fondamentale, per una reale convivenza, orizzonti costituzionali più ampi di quelli nazionali.

Riferimenti bibliografici

CALOGERO G. 1956. *La scuola dell'uomo, nuova edizione accresciuta di altri saggi e una postilla critica*, Firenze, Sansoni.

DIAMANTI I., LAZAR M. 2018. *Popolocrazia. La metamorfosi delle nostre democrazie*, Bari-Roma, Laterza.

FERRAJOLI L. 2018. *Manifesto per l'uguaglianza*, Bari-Roma, Laterza.

IPPOLITO D. 2015. *Libertà e proprietà nella teoria dei diritti di Luigi Ferrajoli*, in «Ragion pratica», 1, 2015, 130 ss.

KANT I. 1997. *Fondazione della metafisica dei costumi*, Bari-Roma, Laterza (ed. or. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, trad. it. di F. Gonnelli).

UNA DOPPIA CONNOTAZIONE DELLA RAZZA? TRA DISCRIMINAZIONI E RIVENDICAZIONI

ANTONIO **TUCCI**

&dq

Una doppia connotazione della razza? Tra discriminazioni e rivendicazioni

A Double Connotation of Race? Between Discriminations and Claims

ANTONIO TUCCI

Professore Associato di Filosofia del diritto, Università degli Studi di Salerno.
E-mail: a.tucci@unisa.it

ABSTRACT

Nella letteratura recente si assiste ad una *svolta critica* del tema della razza, che evidenzia la necessità di un'indagine che tenga insieme discriminazione e *empowerment*, oppressione e rivendicazione. A partire dalla presa d'atto di questa ambivalenza, il libro di Casadei (*Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*) propone una lettura politica e normativa che coinvolge concetti chiave del discorso giuridico, in primo luogo diritti, uguaglianza, democrazia.

The recent literature shows a *critical turn* in the issue of race, highlighting the need for an investigation which holds together discrimination and *empowerment*, oppression and claim. Starting from the awareness of this ambivalence, Casadei's book (*Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*) offers a political and normative perspective which involves key concepts of the juridical discourse, first of all rights, equality, democracy.

KEYWORDS

razza, discriminazione, rivendicazione, diritti, democrazia

race, discrimination, claim, rights, democracy

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 1 (giugno) | pp. 325-332

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

Una doppia connotazione della razza? Tra discriminazioni e rivendicazioni

ANTONIO TUCCI

1. Negli ultimi decenni il tema della razza si è riaffermato con rinnovato vigore e con modalità nuove all'attenzione della teoria giuridica e politica. Sono state infatti ripensate caratteristiche e termini di approccio alla questione, ma soprattutto è stata posta in evidenza la sua connotazione come dispositivo ambivalente di oppressione e sfruttamento e, allo stesso tempo, di rivendicazione e affermazione di diritti da parte di individui e gruppi storicamente discriminati. Si tratta, in altri termini, di un "capovolgimento critico" (sottolineato, seppur con intenzioni e presupposti differenti, soprattutto da Étienne Balibar e dai teorici della *Critical Race Theory*) che ha operato un rovesciamento di prospettiva ed ha messo in luce una *doppia connotazione* della razza: da un lato, tutta la dimensione discriminante e oggettivante dell'ascrizione alla razza, fondata su caratteri biologici e culturali, dall'altro, il "potenziale" di rivendicazione e di *empowerment* che la stessa ascrizione alla razza comporta.

Il libro di Thomas Casadei mantiene e sviluppa tutta questa ambivalenza. Un libro tanto agile nella lettura quanto densissimo per i temi presentati e per le argomentazioni teoriche condotte[1].

I tre capitoli, che scandiscono i termini del sottotitolo e il lungo e serrato dialogo con Balibar, posto in Appendice, in cui si articola il libro di Casadei mostrano al lettore quel non detto, quell'aspetto negato, occultato – appunto il *rovescio* – che un *approccio critico* non può non rendere palese, esplicitare, facendo assurgere l'oggetto dell'indagine a "problema" per la teoria e per la pratica politica. Ed è tema assolutamente caro all'autore, un sottofondo costante, quello di evidenziare un nesso costitutivo, tra teoria e pratica politica, un'irrinunciabile tensione tra fenomeni e pratiche sociali e culturali e il peso che questi assumono per la teoria; nel caso specifico, discriminazione e schiavitù stimolano un ripensamento delle nozioni, in primo luogo, di razza e poi di diritti, di cittadinanza e della loro connotazione politica in termini di democrazia e rappresentanza.

Ed è proprio in questa prospettiva, come appare con chiara evidenza nel testo, che l'autore afferma quanto segue:

> «Assumere l'angolo visuale della razza – in chiave critica – pare permettere una ricognizione sull'attuale conformazione della democrazia, sulle sue effettive (o carenti) capacità di inclusione o di organizzazione della convivenza di individui e gruppi portatori di specifiche differenze, ma anche di identificare le vie per generare nuove forme di mobilitazione contro i dispositivi del dominio e per la costruzione di spazi di partecipazione dal basso, innervati nel cuore della città e degli spazi urbani, di contro a una logica – tendenzialmente post-democratica – di governo dall'alto»[2].

* Nota a Thomas Casadei, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, Roma, DeriveApprodi, 2016.

[1] Significativo, a questo proposito, è anche il ricco apparato bibliografico che accompagna il testo: attento alla letteratura che ricostruisce il tema dal punto di vista teorico concettuale, l'autore fornisce un'immagine pressoché completa delle più recenti fonti della teoria politica e della filosofia del diritto, senza assolutamente tralasciare tutta una serie di riferimenti sociologici e antropologici, che come è ormai evidente, forniscono un indispensabile contributo alla riflessione politica e giuridica: praticamente un testo nel testo.

[2] CASADEI 2016a, 30.

Tornerò più avanti sul tema specifico della "democrazia dal basso" per provare a sottolineare tutta la forza insita nel progetto teorico-politico che segna il percorso del volume, un progetto che non si fa semplicemente enunciativo, ma che svela con chiarezza e senza remore tutte le implicazioni della sua ricaduta politica e normativa; allo stesso tempo proverò a far risaltare alcune tensioni inevitabili all'interno di un discorso complesso e dalle mille sfaccettature.

2. Procedendo per gradi, ciò che in primo luogo cattura l'attenzione del lettore è, come appena accennato, l'esplicita assunzione in chiave critica dell'angolo visuale della razza, uno "scarto decisivo", rispetto agli approcci *tradizionali*, operato in particolare all'interno degli studi che fanno riferimento alla *Critical Race Theory* (CRT).

Dunque vale la pena soffermarsi, come avviene nel primo capitolo, sul contributo della CRT. Questa, come è noto, opera una valorizzazione della differenza razziale (certo non in termini biologici, ma in quanto prodotto della costruzione sociale e giuridica) finalizzata al superamento delle politiche di discriminazione: le differenze, in altri termini, intese come lo strumento per la rivendicazione di diritti e opportunità. In sostanza «le categorie che furono usate per offendere e discriminare [...] sono le stesse che dovrebbero essere evocate per sanare situazioni insostenibili di diseguaglianza», come affermano con grande efficacia Kendall Thomas e Gianfrancesco Zanetti nella *Introduzione* alla preziosissima *Antologia* che ha rappresentato il primo fondamentale contributo alla letteratura italiana sulla CRT[3].

Ci troviamo, dunque, di fronte ad un pensiero, o meglio ad un programma di teoria politica e giuridica: un programma che si pone in modo risolutamente critico nei confronti della neutralizzazione della differenza razziale, della cecità nei confronti del colore che impronta la costituzione americana a partire, appunto, dalla neutralità dichiarata nel Quattordicesimo Emendamento che prende in considerazione «l'uomo in quanto uomo», indipendentemente dal proprio contesto, dal colore della pelle, dalla propria storia.

Questa impostazione reitererebbe secondo i teorici critici della razza forme di segregazione, di esclusione, di inferiorizzazione dal momento che ogni politica, ogni decisione giuridica discriminatoria sarebbe ridotta a puro *razzismo formale*, cioè a forme di razzismo sconnesse dalla vita sociale e politica. In termini concreti, l'affermazione del *color blindness*, giustificherebbe la derubricazione della questione razziale, in quanto non rilevante per il giuridico, in quanto cioè esterna all'ambito stesso del diritto.

L'esempio maggiormente dibattuto in relazione al tema della cecità rispetto al colore è, come è noto, la questione delle politiche di *affirmative action*. Per i sostenitori della neutralità e dell'universalità del diritto tali politiche andrebbero a ledere appunto l'istanza formalistica del giuridico – intesa come garanzia dell'uguaglianza nella sua accezione appunto formale – indipendentemente da razza, cultura, sesso: non considerando rilevanti le differenze ontologiche di fronte al diritto, l'azione affermativa diverrebbe uno strumento per affermare, piuttosto che combattere, le forme di discriminazione razziale.

La critica a queste posizioni avanzata dai teorici della *Critical Race Theory* a favore delle *affirmative actions* tende, invece, a sottolineare con grande enfasi proprio il nodo problematico della differenza, affermando una lettura *realistica*, *ontologica* delle differenze e la conseguente "sensibilità giuridica" nei confronti della razza. Il diritto, proprio mediante le politiche di *affirmative action*, avrebbe il compito di farsi carico della differenza, per contrastare l'impostazione discriminante della società assimilazionista – che al massimo si mostra tollerante nei confronti della razza *accettandola come male necessario* – e rimuovere le condizioni strutturali di

[3] THOMAS, ZANETTI 2005, XI. Per una lettura attenta alla "applicazione" delle tesi della CRT all'interno del contesto italiano ed europeo, si veda il libro collettaneo in due volumi, CASADEI, RE 2007.

discriminazioni in cui storicamente versano i gruppi "razzializzati" e perciò "inferiorizzati". A questo proposito Casadei ci ricorda che all'interno della stessa CRT, in particolare da parte di Cheryl Harris, è stato sottolineato come la schiavitù fosse giustificata nella storia americana mediante presupposti ideologici che si servivano di apparati giuridico-normativi, in primo luogo l'invenzione della «bianchezza come proprietà»[4]. L'importante riferimento ad Harris assume ancora maggiore efficacia, se si evidenzia come l'autrice sottolinei – nonostante l'acquisizione generica da parte delle norme sociali delle idee di equità e di non-discriminazione – la persistenza del privilegio della *bianchezza* e del rifiuto di principi contrari alla subordinazione legata alla *blackness*. Sostiene infatti Harris:

> «I bianchi sono giunti ad elaborare precise aspettative rispetto a questi benefici, e nel tempo queste aspettative sono state affermate, legittimate, e protette dalla legge. Anche se la legge non è sempre uniforme, e neppure sempre esplicita, nel proteggere le sedimentate aspettative basate sul privilegio bianco, il diritto americano ha riconosciuto un interesse nella bianchezza, un interesse che, anche se non viene universalmente riconosciuto, forma ormai lo sfondo sul quale le dispute giuridiche sono impostate e risolte»[5].

Tutto questo è indiscutibile, soprattutto perché fornisce ed evidenzia un aspetto emancipazionista ed egualitarista di non poco conto. Ed è anche vero che in qualche modo le *affirmative actions*, come sottolinea lo stesso Casadei, rielaborano e prefigurano una diversa modalità di concepire la categoria di eguaglianza e di cittadinanza democratica. Ma resta in qualche modo sostenibile dal mio punto di vista l'obiezione di quanti, come Iris Young[6], affermano che la *valorizzazione* di certe differenze sia all'origine di ulteriori discriminazioni che attraversano e segnano gli stessi gruppi discriminati e oppressi: l'accentuazione del colore non risolve, ma rischia di rendere più complesse le forme di discriminazione, *involontarie*, tra donne nere e donne nere lesbiche e donne nere lesbiche disoccupate e così via. L'esempio assume, tra l'altro, un particolare rilievo in relazione all'accostamento tra razza e genere sempre più frequente negli studi sulla discriminazione, come si sottolinea con efficacia nel secondo capitolo del volume[7].

Tra parentesi va detto che il contesto di riferimento della CRT, gli Stati Uniti, da sempre è un contesto strutturalmente differenziato e pertanto l'agenda politica e giuridica si trova a gestire per così dire un aspetto costitutivo, organico alle dinamiche di potere che hanno attraversato la storia americana. A differenza di quanto accade in Europa, dove la percezione dell'alterità è legata al fenomeno delle migrazioni che *attenterebbero* alla presunta omogeneità di assetti storico-sociali, un atteggiamento che evidentemente tende a negare l'effettiva e avanzata pluralizzazione sociale e culturale dei paesi europei e conseguentemente a rubricare la questione in termini di emergenza ed eccezione.

Va senza alcun dubbio riconosciuto alla CRT il merito, come fa Casadei, di «aver riabilitato la tradizione *radical* della *race consciousness* in chiave non repressiva, ma liberatoria»[8] o che il «fatto che la razza conta» ponga seri problemi a quello che l'autore definisce efficacemente «il velo del neutralismo e della imperturbabile "freddezza" degli ordinamenti»[9] secondo gli schemi solidi del positivismo giuridico.

[4] CASADEI 2016a, 77.
[5] HARRIS 2005, 85.
[6] YOUNG 1996.
[7] Sulla sovrapposizione di *blackness* e *womannness* resta imprescindibile il contributo "militante" della poetessa e scrittrice americana Audre Lorde (LORDE 2009).
[8] CASADEI 2016a, 28.
[9] CASADEI 2016a, 29.

3. Le argomentazioni condotte finora lasciano il dubbio che ad esse siano sottesi discorsi che riproducono un meccanismo di identificazione a sua volta essenzialistico e perciò in qualche modo affermativo di differenza, ma allo stesso tempo – in una sorta di eterogenesi dei fini – *autoinferiorizzante*[10]. E allora forse l'utilizzo che i postcoloniali, sulla scia di Fanon, fanno dell'appartenenza, di quella particolare declinazione della *cittadinanza postcoloniale*[11] come dispositivo di collocazione politica precaria, ogni volta rivedibile a seconda dei diversi contesti e strategie, potrebbe assumere a livello teorico una maggiore incisività ai fini di una ridefinizione – a partire dalle tesi di Foucault – della soggettivazione politica[12] e, conseguentemente, delle forme della partecipazione politica e della democrazia cui abbiamo accennato sopra. Si tratta di uno *scarto* rispetto alla *necessaria* formalizzazione e riduzione essenzialistica e identitaria con la quale ogni volta il discorso giuridico è costretto a fare i conti. Questo perché, è convinzione di chi scrive, una politica dal basso, una democrazia dal basso, è caratterizzata da una certa dose di spontaneismo, di *soggettivazioni* emergenti e precarie, che costituiscono di volta in volta l'agenda politica, piuttosto che essere precostituiti rispetto all'*agency*[13]. «Un piano di dialogo orizzontale», come lo definisce Casadei, in grado di «decostruire e scardinare, ovvero ribaltare e capovolgere, i dispositivi e le forme di gerarchizzazione verticale che tagliano e segmentano la società multiculturale e lo spazio della cittadinanza»[14]. Naturalmente credo che sia impossibile negare che le rivendicazioni dei diritti passino, come è evidente, attraverso le loro *infinite* declinazioni in termini identitari, ma neanche si può negare che razza, cultura, religione, genere assumano una connotazione strategica in base ai contesti e all'oggetto della rivendicazione stessa, e dunque ogni volta ritrattati, mediati, strategicamente *contrattati*.

Indipendentemente dal processo di culturalizzazione della razza[15], che di fatto si è tradotto in una ambigua commistione e sovrapposizione tra elementi biologici e cultura[16] – Balibar nell'intervista all'appendice del libro di Casadei sottolinea, con l'efficacia e la chiarezza che gli sono solite, come la nozione di etnia costituisca «il correlato antropologico della politica razziale e razzializzante»[17] – appare importante rilevare come sia sempre vivo il rischio che anche all'interno dei discorsi tesi alla tutela delle differenze si possano insinuare strategie e pratiche omologanti di esclusione, come tra l'altro mostrano le critiche alla stessa rubricazione del tema nei termini della questione multiculturalista. A questo proposito l'esempio, che ormai sempre più spesso viene addotto, delle rivolte nelle *banlieues* del 2005, appare particolarmente emblematico: la richiesta di riconoscimento di diritti di accesso è stata letta come la rivendicazione della comune identità islamica dei rivoltosi da parte di magrebini di terza generazione, dunque

[10] Cfr. FANON 1996 e 2000. Come è noto, Fanon evidenzia il processo di interiorizzazione che i colonizzati fanno dello sguardo oggettivante e delle categorie di inferiorizzazione ad essi imposti dai colonizzatori: la costruzione di una identità attraverso criteri esterni viene fatta propria e conseguentemente rivendicata. Nella sterminata letteratura su Fanon e sulla "dialettica" colonizzatori/colonizzati si cfr., in primo luogo, l'accurata biografia BULHAN 1985; sulla "psicologia coloniale" e la critica di Fanon, con particolare riferimento alla critica delle tesi di Mannoni, VERGÈS 1996 e GOZZI 2015, in particolare 59-64. Riprende per molti versi le posizioni fanoniane sulle implicazioni essenzialistiche dell'identità con il senso di colpa e di inferiorità, KILANI 1997. Sulla lettura fanoniana in relazione alla dimensione antagonista delle soggettivazioni politiche si cfr. LUCE 2018.

[11] MELLINO 2012. Sul punto particolarmente incisivi CHATTERJEE 2006 e ONG 2005.

[12] Cfr. BAZZICALUPO 2013; TUCCI 2008.

[13] Sul punto sia consentito rinviare a TUCCI 2017.

[14] CASADEI 2016a, 33.

[15] Balibar (BALIBAR 2007b) a questo proposito parla di "razzismo senza razza", "razzismo biologico" "razzismo differenzialista"; sul punto si veda anche BALIBAR 1991. Sul processo di "culturalizzazione" e "mentalizzazione" del discorso razziale, imprescindibile TAGUIEFF 1994.

[16] «L'identità politica deriva da una base biologica (razziale). Il paradosso di questo costrutto culturale è che esso *deve*, necessariamente, presentarsi come naturale, e quindi come stabile, fisso, rigido, e nello stesso tempo non può che essere specificamente culturale»: ZANETTI 2003, 439.

[17] CASADEI 2016a, 122.

francesi a tutti gli effetti e, a ben guardare, poco o per niente interessati al tema dell'identità etnico religiosa, tutt'al più si tratta di una collocazione identitaria indotta, ma fatta propria e utilizzata *strategicamente* dai giovani delle periferie.

Questo stimola una serie di considerazioni, ampiamente condivisibili, che trovano spazio adeguato nello svolgimento del libro che stiamo discutendo e che vanno assolutamente menzionate se pur in modo sintetico: in primo luogo la condivisione di Casadei con Balibar dell'idea – espressa più volte dal filosofo francese[18] e ripresa con forza nell'Appendice – della *doppia esclusione*, della sovrapposizione di rivendicazioni economiche e sociali e questione razziale, con particolare attenzione all'organizzazione degli spazi urbani espressione di una realtà politica e sociale che implica una seria presa in considerazione del tema della razza. Lo spazio urbano, la metropoli, come orizzonte di riferimento della politica contemporanea, assume tra l'altro nel caso specifico una particolare connotazione, se si pensa che esso rappresenta il contesto nel quale si assiste con sempre maggiore evidenza all'affermazione di dinamiche di trasposizione nella società occidentale dei dispositivi coloniali di inferiorizzazione[19].

Questo sembra confermare in qualche modo la connotazione del "musulmano" mediante lo stereotipo dell'estraneità e della pericolosità: «Una differenza radicale viene solidificata in precisi caratteri e connotati. Attraverso un complesso di idee, tesi, concetti viene costruita la categoria astorica, dunque "naturale" e dai caratteri caricaturali, del "musulmano" (emblema della più radicale e pervicace estraneità)»[20].

Per concludere, e per tracciare un'ideale direttrice nel percorso che abbiamo scelto all'interno delle argomentazioni addotte da Casadei, vanno senz'altro menzionati due fondamentali nuclei teorici, *normativi*, intorno ai quali ruota l'intero volume: la proposta di una politica dal basso e la critica alla neutralità del diritto.

Se il primo sembra raccogliere tutta una serie di istanze identitarie e allo stesso tempo antiuniversalistiche, tese a decostruire e rendere problematiche le categorie politiche tradizionali (nello specifico la connotazione della cittadinanza in termini inclusivi ed escludenti) per recuperare una dimensione *fattuale* e *concreta* della politica, il secondo punto – la critica alla neutralità del diritto – sembra subire una sorta di arresto di fronte alla rappresentazione da parte dell'autore di un "noi", di una forma di ricomposizione, certamente non identitaria, non essenzialistica, "non oppositiva", ma svuotata di ogni forma di contrapposizione, costruita "*in relazione*" agli altri, nel nome di una umanità intesa come "comunanza" globale. Una battuta d'arresto che sembra essere confermata dal riferimento al "patriottismo costituzionale" di Habermas che nonostante tutto, a nostro avviso, non elude il rischio di universalizzazione etnocentrica in cui sembrano ogni volta cadere i *progetti* multiculturalisti, in altri termini un'apertura all'altro che rischia di tradursi, direbbe Žižek, in un "vuoto universalismo"[21]. Ma immediatamente questo rischio viene fugato; facendo proprie le riflessioni di Balibar, l'autore ci consegna il suo progetto normativo: «una prospettiva cosmopolita di tipo nuovo, memore delle implicazioni imperialiste e oppressive di certo universalismo, radicata negli spazi di violazione dei diritti umani, tesa a spezzare le catene di ogni pratica di *razzizzazione*, *discriminazione*, *schiavitù*»[22]. In questo modo la normatività del progetto giuridico si ricolloca sulla stessa

[18] In modo esemplificativo l'efficace saggio, BALIBAR 2007a.

[19] Si tratta dell'idea della persistenza di pratiche di sfruttamento e oppressione coloniali, traslate dalle colonie agli assetti politici e sociali globali: le dinamiche di inferiorizzazione che avevano segnato la "dialettica" tra colonizzatore e colonizzato improntano, oggi, le relazioni di potere asimmetriche che attraversano le metropoli contemporanee. Pertanto, si definisce una sorta di "continuità" e "sovrapposizione" tra le nozioni di *postcoloniale*, *coloniale* e *neocoloniale*, piuttosto che una distinzione semantica precisa, si cfr. almeno HALL 1996 e MELLINO 2012 Sull'analisi del "fenomeno" in relazione alle rivolte nelle *banlieues* parigine: BLANCHARD et al. 2005; MELLINO 2007.

[20] CASADEI 2016a, 56.

[21] ŽIŽEK 2003, 272.

[22] CASADEI 2016a, 84.

direttrice di quello politico, dove ciò che conta non sono tanto le riduzioni formali e astratte delle singolarità plurali, quanto la loro relazionalità irriducibile a "forma". Una relazionalità, più o meno conflittuale, in cui si collocano con tutto il peso delle disuguaglianze quanti sono emarginati, discriminati, esclusi: *corps d'exceptions* e vite di scarto, in definitiva – come si illustra nel terzo e ultimo capitolo dell'opera – "nuovi schiavi"[23].

[23] Le tesi esposte nel terzo capitolo sono sviluppate in CASADEI 2016b. Si cfr., inoltre, il numero monografico a cura dello stesso Casadei (CASADEI 2016c) in cui «da diverse angolature prospettiche [...] si cerca di realizzare una sorta di mappatura delle molteplici forme di oppressione e dominio che possono essere comprese mediante il ricorso alla categoria di schiavitù» (dall'Editoriale).

Riferimenti bibliografici

BALIBAR É. 1991. *Racism and Nationalism*, in BALIBAR É., WALLERSTEIN I. (eds.), *Race, Nation, Class. Ambiguous Identities*, London, Verso, 37 ss.

BALIBAR É. 2007a. *Uprisings in the Banlieues*, in «Constellations», 14, 2007, 47 ss.

BALIBAR É. 2007b. *La costruzione del razzismo*, in CASADEI T., RE L. (eds.), *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Reggio Emilia, Diabasis, Volume Primo, 49 ss.

BAZZICALUPO L. 2013. *Dispositivi e soggettivazioni*, Milano, Mimesis.

BLANCHARD P., BANCEL N., LEMARIE S. (eds.) 2005. *La fracture coloniale. La société française au prisme de l'heritage colonial*, Paris, La Découverte.

BULHAN H.A. 1985. *Frantz Fanon and the Psychology of Oppression*, New York-London, Plenum Press.

CASADEI T. 2016a. *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, Roma, DeriveApprodi.

CASADEI T. 2016b. *"Human Wastes". Contemporary Forms of Slavery and New Abolitionism*, in «Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política», 2, 2016, 104 ss.

CASADEI T. (ed.) 2016c. *Schiavitù contemporanee*, in «Cosmopolis», 2, 2016. Disponibile in: https://www.cosmopolisonline.it/articolo.php?numero=XIII22016&id=10 (consultato il 28/03/2019).

CASADEI T., RE L. (eds.) 2007. *Differenza razziale, discriminazione e razzismo nelle società multiculturali*, Reggio Emilia, Diabasis.

CHATTERJEE P. 2006. *Oltre la cittadinanza. La politica dei governati*, Roma, Meltemi.

FANON F. 1996. *Pelle nera. Maschere bianche*, Milano, Marco Tropea.

FANON F. 2000. *I dannati della terra*, Torino, Einaudi.

GOZZI G. 2015. *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, "primavere arabe"*, Bologna, il Mulino.

HALL S. 1996. *Cultural Identity and Diaspora*, in MONGIA P. (ed.), *Contemporary Postcolonial Theory: A Reader*, London, Arnold, 110 ss.

HARRIS C.I. 2005. *La bianchezza come "proprietà"*, in THOMAS K., ZANETTI G. (eds.), *Legge, razza e diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, Diabasis, 153 ss.

KILANI M. 1997. *L'invenzione dell'altro. Saggi sul discorso antropologico*, Bari, Dedalo.

LUCE S. 2018. *Soggettivazioni antagoniste. Frantz Fanon e la critica postcoloniale*, Milano, Meltemi.

LORDE A. 2009. *I'm your sister. Collected and Unpublished Writings*, Oxford, Oxford University Press.

MELLINO M. 2007. *Da Dien Bien Phu a Clichy sous Bois. Le Banlieues francesi tra ghetti e postcolonie*, in CALLARI GALLI M. (ed.), *Mappe urbane. Per un'etnografia della città*, Rimini, Guaraldi, 193 ss.

MELLINO M. 2012. *Cittadinanze postcoloniali. Appartenenze, razza e razzismo in Europa e in Italia*, Roma, Carocci.

ONG A. 2005. *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America*, Milano, Raffaello Cortina Editore.

TAGUIEFF P.-A. 1994. *La forza del pregiudizio*, Bologna, il Mulino.

THOMAS K., ZANETTI G. (eds.) 2005. *Legge, razza e diritti. La* Critical Race Theory *negli Stati Uniti*, Reggio Emilia, Diabasis.

TUCCI A. 2008. *Dispositivi di esclusione e soggettivazioni politiche nello spazio urbano*, in «Filosofia politica», 3, 2008, 401 ss.

TUCCI A. 2017. *Posiciones políticas en el espacio urbano: entre adaptación y resistencia*, in «Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política», 1, 2017, 139 ss.

VERGÈS F. 1996. *To Cure and to Free: The Fanonian Project on "Decolonized Psychiatry"*, in GORDON L.R., SHARPLEY-WHITING T.D., WHITE R.T. (eds.), *Fanon: A Critical Reader*, Cambridge, Blackwell, 85 ss.

YOUNG I.M. 1996. *Le politiche della differenza*, Milano, Feltrinelli.

ZANETTI G. 2003. *La retorica della razza*, in «Filosofia politica», 17, 2003, 437 ss.

ŽIŽEK S. 2003. *Il soggetto scabroso. Trattato di ontologia politica*, Milano, Raffaello Cortina.

RATIO DECIDENDI

a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

LA RESPONSABILITÀ PENALE NELL'ESERCIZIO DELLA PROFESSIONE SANITARIA.

UN'ANALISI DELLA SENTENZA DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI UNITE PENALI, 22 FEBBRAIO 2018, N. 8770

ENRICO **DICIOTTI**

&dq

La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria. Un'analisi della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770

Criminal Liability in Healthcare Professions. An Analysis of the Judgment of the Corte di Cassazione, Sezioni Unite penali, 22 February 2018, n. 8770

ENRICO DICIOTTI

Professore Ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Siena.
E-mail: enrico.diciotti@unisi.it

ABSTRACT

L'art. 590-*sexies* del Codice penale dispone che agli esercenti la professione sanitaria non si applicano le pene previste per l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose ove ricorrano determinate circostanze. Ci sono disaccordi sull'interpretazione di questo articolo e, dunque, sulle circostanze che dovrebbero determinare l'esclusione della pena. La sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770 dà un'interpretazione restrittiva di questo articolo, respingendo due interpretazioni alternative precedentemente proposte. In queste pagine esamino la tesi interpretativa e l'argomentazione interpretativa avanzate dalla Corte, per poi delineare uno schema del ragionamento da essa eseguito.

The article 590-*sexies* of the Italian Penal Code establishes that, in some circumstances, the penalties for manslaughter and negligent personal injury shall not be applied to persons practicing healthcare professions. Some disagreements have arisen on the interpretation of that article and, consequently, on the circumstances in which the application of the penalties is to be excluded. The judgment of the Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 February 2018, n. 8770 gives a restrictive interpretation of the article and rejects two alternative interpretations previously proposed. Here I analyse the Court's interpretive thesis and argumentation, moving thereafter to a brief reconstruction of its reasoning.

KEYWORDS

argomentazione interpretativa, tesi interpretative, analisi argomentativa, responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria, sentenze della Corte di cassazione

interpretive argumentation, interpretive theses, argumentative analysis, criminal responsibility in healthcare professions, judgments of the Corte di cassazione

ALLEGATI

Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 8770/2018.

DIRITTO & QUESTIONI PUBBLICHE | XIX, 2019 / 1 (giugno) | pp. 337-351

© 2019, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo.
ISSN 1825-0173
Tutti i diritti sono riservati.

La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria
Un'analisi della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770

ENRICO DICIOTTI

1. *La sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770* – 2. *Intermezzo metodologico* – 3. *Le tesi interpretative finali della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770* – 4. *La tesi concernente la compatibilità con i principi costituzionali del rinvio, fatto dall'art. 590-*sexies *cod. pen., alle "linee guida"* – 5. *L'argomentazione della tesi concernente la norma da ricavare dall'art. 590-*sexies *cod. pen.* – 6. *La tesi della corretta individuazione e della erronea esecuzione delle linee guida come condizioni di esclusione della pena* – 7. *La tesi della colpa lieve come condizione di esclusione della pena* – 8. *Considerazioni conclusive*.

ALLEGATI: Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 8770/2018.

1. *La sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770*

L'art. 6, comma 1, della legge 8 marzo 2017, n. 24 (Disposizioni in materia di sicurezza delle cure della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie), nota come Legge Gelli-Bianco, dispone l'inserimento nel Codice penale dell'articolo 590-*sexies* (Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario):

> «Se i fatti di cui agli articoli 589 [Omicidio colposo] e 590 [Lesioni personali colpose] sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.
>
> Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto».

La sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770, nel pronunciarsi su un ricorso avverso una sentenza di condanna per lesioni personali colpose, affronta la questione del contenuto dell'art. 590-*sexies* cod. pen. Solo della parte della sentenza relativa a tale questione mi occuperò in queste pagine.

2. *Intermezzo metodologico*

Nell'intervento che ha inaugurato la presente sezione (*Ratio decidendi*) di *Diritto & questioni pubbliche*, Pierluigi Chiassoni ha delineato un modello di analisi dell'argomentazione inter-

[#] URL: http://www.dirittoequestionipubbliche.org/allegati/ Cass_SUP_sent_8770_18.pdf.

[*] Ringrazio Gaetano Carlizzi per le sue osservazioni, che mi hanno permesso di rendere più chiare (o almeno lo spero) alcune parti del testo.

pretativa, al quale mi atterrò nell'esaminare la sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite, 22 febbraio 2018, n. 8770. Credo però che un'integrazione di questo modello sia opportuna, in vista dell'esame che intendo eseguire.

Chiassoni distingue dieci tipi di tesi interpretative, in relazione al loro oggetto: tesi concernenti norme, tesi concernenti la qualificazione giuridica di comportamenti, tesi concernenti il valore ordinamentale di disposizioni o norme, tesi concernenti la sussistenza o insussistenza di lacune, tesi concernenti la sussistenza o insussistenza di antinomie, ecc. Secondo questa tipologia, le tesi interpretative concernenti norme sono di due specie: tesi concernenti «il corretto significato di una disposizione ([...] "La disposizione D_i, correttamente intesa, esprime la norma NE_i")» e tesi concernenti «l'identificazione di una o più norme implicite, integrative della disciplina esplicita di una certa materia ([...] "La disciplina positiva della materia M_k include la norma implicita N_o")»[1]. Possiamo dire, sebbene Chiassoni non si esprima così, che avanzare una tesi del primo tipo equivale a identificare (a pretendere di avere identificato) una *norma espressa* (ossia espressa da una determinata disposizione), mentre avanzare una tesi del secondo tipo equivale a identificare (a pretendere di avere identificato) una *norma inespressa* (ossia non espressa da alcuna disposizione)[2].

Tre osservazioni, riguardo a queste distinzioni, appaiono opportune.

La prima osservazione è che quasi tutte, se non tutte, le tesi interpretative non concernenti norme presuppongono tesi interpretative concernenti norme, cioè tesi interpretative che identificano norme espresse o inespresse. Una tesi concernente la qualificazione giuridica di comportamenti presuppone una tesi interpretativa concernente la norma che disciplina quei comportamenti; una tesi concernente la sussistenza o l'insussistenza di una lacuna presuppone tesi interpretative concernenti le norme che, nel disciplinare una certa materia, regolano o mancano di regolare determinati casi; una tesi concernente la sussistenza o l'insussistenza di un'antinomia presuppone tesi concernenti le norme che risultano o non risultano incompatibili; ecc. È peraltro possibile che le tesi interpretative presupposte siano esplicitate oppure non siano esplicitate.

La seconda osservazione è che in una stessa argomentazione possono comparire, in posizioni diverse, due o più delle tesi interpretative distinte da Chiassoni. È infatti possibile, e molto spesso accade, che in un'argomentazione possano essere individuate, oltre a *una tesi interpretativa finale*, che costituisce la conclusione dell'argomentazione, tesi interpretative che forniscono un sostegno alla tesi finale e che dunque costituiscono alcune delle premesse di tale argomentazione. Ad esempio, se la tesi finale è che la disciplina positiva di una certa materia è integrata da una norma inespressa N, è possibile che a sostegno di questa tesi siano avanzate una o più tesi relative al senso in cui devono essere intese determinate disposizioni, aventi ad oggetto quella materia, e dalle quali la norma N viene ricavata tramite un ragionamento analogico o *a contrario*. Oppure, se la tesi finale è che una disposizione D deve essere intesa nel senso in cui esprime la norma N_1, anziché nel senso in cui esprime la norma N_2, è possibile che a sostegno di questa tesi siano avanzate una tesi secondo cui N_2 è incompatibile con determinati principi o valori costituzionali e una tesi secondo cui N_1 è invece compatibile con quei principi o valori.

La terza osservazione è che la distinzione tra le norme espresse e le norme inespresse, ovvero tra le due specie di tesi interpretative concernenti norme, appare incerta in relazione ad alcuni casi e richiede pertanto, affinché i casi incerti risultino quanto più possibile circoscritti, chiarimenti e precisazioni che mancano nelle pagine di Chiassoni.

Talvolta, la domanda se una certa norma, individuata da un interprete, sia espressa o inespressa ha una risposta certa. Ad esempio, se l'interprete si limita ad argomentare che le parole

[1] CHIASSONI 2018, 404 s.

[2] *Norma espressa* e *norma inespressa* appartengono, com'è noto, al lessico della teoria dell'interpretazione di Riccardo Guastini (vedi GUASTINI 2011, 155-163).

di una disposizione D debbano essere intese in un determinato significato S (e se S appare effettivamente come un possibile significato delle parole che compongono D[3]), allora è indubbio che egli identifichi una norma espressa. Oppure, se l'interprete argomenta che a determinati casi C, non espressamente regolati da alcuna disposizione, spetti una determinata disciplina X in ragione del fatto che tale disciplina è stata espressamente prevista per casi simili, allora è indubbio che egli identifichi una norma inespressa (la norma inespressa "Se C, allora X").

Per contro, accade talvolta che la domanda se un interprete identifichi una norma espressa o una norma inespressa non abbia una risposta certa, fin quando i concetti di norma espressa e di norma inespressa non siano stati adeguatamente precisati. Ad esempio, se un interprete argomenta che dalla disposizione "Se A, allora X" deve essere ricavata (conformemente ai principi della costituzione o alla volontà del legislatore, o sulla base di qualsiasi altro elemento rilevante) la norma "Se A o B allora X", appaiono possibili almeno tre diverse assunzioni riguardo alla norma o alle norme identificate: l'assunzione che la norma identificata sia espressa (per l'interprete la disposizione "Se A, allora X" deve essere intesa nel senso che *se A o B, allora X*); l'assunzione che la norma identificata sia inespressa (a partire dalla disposizione "Se A, allora X", l'interprete identifica la norma "Se A o B, allora X", non espressa da alcuna disposizione); l'assunzione che le norme identificate siano due, una espressa ("Se A, allora X") e una inespressa ("Se B, allora X"). Oppure, se un interprete argomenta che dalla disposizione "Se A, allora X" deve essere ricavata la norma "Se A e C allora X", sembrano possibili almeno due diverse assunzioni riguardo alla norma identificata: l'assunzione che la norma identificata sia espressa (per l'interprete la disposizione "Se A, allora X" deve essere intesa nel senso di *se A e C, allora X*); l'assunzione che la norma identificata sia inespressa (a partire dalla disposizione "Se A, allora X", l'interprete identifica la norma "Se A e C, allora X", non espressa da alcuna disposizione).

Si può supporre che Chiassoni intenda includere le norme di questo genere tra le norme espresse. Però, quale che sia la classe in cui vengono incluse, le norme di questo genere presentano differenze che devono essere evidenziate sia con le norme che sono indubbiamente espresse sia con le norme che sono indubbiamente inespresse. Il contenuto di una norma indubbiamente espressa è interamente identificabile attribuendo un significato alle parole di una disposizione; il contenuto di una norma indubbiamente inespressa non è per nulla identificabile attribuendo un significato alle parole di una disposizione; il contenuto di una norma concepibile sia come espressa sia come inespressa è solo in parte identificabile attribuendo un significato alle parole di una disposizione.

Trattando delle tesi interpretative concernenti norme espresse, Chiassoni nota che queste tesi possono costituire il risultato di almeno quattro diverse forme di interpretazione: dichiarativa, estensiva, restrittiva, abrogante[4]. È estensiva, secondo la sua definizione, l'interpretazione «che rimedia a un difetto di sotto-inclusione, attribuendo alla disposizione un significato più ampio di quello letterale [...], o, ancora, che include nel significato della disposizione una classe di casi nella "zona di penombra" del suo significato letterale vago». È restrittiva, secondo la sua definizione, l'interpretazione «che rimedia a un difetto di sovra-inclusione, attribuendo alla disposizione un significato più ristretto di quello letterale [...], o, ancora, che esclude dal significato della disposizione una classe di casi nella "zona di penombra" del suo significato letterale vago»[5].

Ebbene, le norme concepibili sia come espresse sia come inespresse sono assimilabili, a seconda delle circostanze, o alle norme indubbiamente espresse che costituiscono il risultato di un'interpretazione estensiva o alle norme indubbiamente espresse che costituiscono il risultato

[3] Se S non appare come un possibile significato delle parole che compongono D, si potrebbe dire che l'interprete pretende di avere identificato una norma espressa, ma ha in effetti identificato una norma inespressa (cfr. il concetto di *interpretazione creativa* in GUASTINI 2011, 28-31, 59 s.).

[4] CHIASSONI 2018, 410.

[5] CHIASSONI 2018, 410, nota 11.

di un'interpretazione restrittiva. Anch'esse rimediano infatti, a giudizio dell'interprete, o a un difetto di sotto-inclusione o a un difetto di sovra-inclusione della disposizione interpretata. Per rimediare alla sotto-inclusione o alla sovra-inclusione di una disposizione D, l'interprete non si limita però ad attribuire un determinato significato, più esteso di quello letterale o meno esteso di quello letterale, alle parole di D, ma ricava da D una norma provvista di condizioni di applicazione almeno in parte diverse da quelle espressamente indicate da D.

L'introduzione di queste condizioni nella norma ricavata dalla disposizione D può avvenire in due modi: o tramite addizione, cioè con l'aggiunta di una o più condizioni di applicazione alle condizioni di applicazione espressamente indicate da D, oppure tramite sostituzione, cioè con la sostituzione di una o più condizioni di applicazione espressamente indicate da D con altre diverse condizioni di applicazione[6]. Data la disposizione D, "Se A, allora X", l'interprete rimedia alla sotto-inclusione di D tramite addizione se ricava da D la norma "Se A o B, allora X"; rimedia alla sotto-inclusione di D tramite sostituzione se ricava da D la norma "Se E, allora X", ove A costituisca una sottoclasse di E. Data la disposizione D, "Se A, allora X", l'interprete rimedia alla sovra-inclusione di D tramite addizione se ricava da D la norma "Se A e C, allora X"; rimedia alla sovra-inclusione di D tramite sostituzione se ricava da D la norma "Se R, allora X", ove R costituisca una sottoclasse di A.

Se una norma può essere ottenuta limitandosi ad attribuire un determinato significato alle parole di una disposizione, una soddisfacente argomentazione interpretativa relativa a quella norma può essere costituita esclusivamente da argomenti dell'interpretazione in senso stretto, cioè da argomenti relativi al significato da attribuire alle parole della disposizione. Se una norma può essere ottenuta solo eseguendo un'addizione o una sostituzione, una soddisfacente argomentazione interpretativa relativa a quella norma non può essere costituita esclusivamente da argomenti dell'interpretazione in senso stretto.

3. *Le tesi interpretative finali della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite penali, 22 febbraio 2018, n. 8770*

L'art. 590-*sexies* cod. pen. dispone un'eccezione a quanto stabilito dagli artt. 589 e 590 cod. pen. Esso dispone infatti che le pene stabilite da questi articoli per l'omicidio colposo e le lesioni personali colpose non si applicano ove si verifichino congiuntamente le seguenti condizioni: 1) l'evento, cioè la morte o le lesioni, sia cagionato da un esercente la professione sanitaria; 2) l'evento sia dovuto all'imperizia dell'esercente la professione sanitaria; 3) l'esercente la professione sanitaria abbia rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ove tali raccomandazioni siano adeguate alla specificità del caso concreto, oppure, in mancanza di tali raccomandazioni, abbia osservato le buone pratiche clinico-assistenziali.

Nella sentenza qui esaminata è possibile distinguere due tesi interpretative finali.

La prima tesi è che l'art. 590-*sexies*, nel fare rinvio alle raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, non viola principi costituzionali, e in particolare i seguenti: il principio di tassatività della norma penale, il principio della tutela della salute, il principio della dignità della professione sanitaria, il principio della libera valutazione del giudice.

La seconda tesi è che l'art. 590-*sexies* deve essere inteso nel senso in cui dispone che le pene previste dagli artt. 589 e 590 cod. pen. non si applicano ove si verifichino congiuntamente le seguenti condizioni: 1) l'evento sia cagionato da un esercente la professione sanitaria; 2a)

[6] Cfr. CHIASSONI 2007, 126-130 (tralascio, per brevità, la possibilità che le condizioni di applicazione siano alterate tramite elisioni).

l'evento sia dovuto all'imperizia dell'esercente la professione sanitaria; 2b) l'evento sia imputabile a *colpa lieve* dell'esercente la professione sanitaria; 3) l'esercente la professione sanitaria *abbia individuato con la dovuta perizia* le raccomandazioni, adeguate alla specificità del caso concreto, previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge oppure, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, ma *non abbia dato esecuzione con la dovuta perizia* a tali raccomandazioni o a tali buone pratiche clinico-assistenziali.

In altri termini, secondo questa tesi, «l'esercente la professione sanitaria risponde, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica», solo se l'evento si è verificato «a) [...] per colpa (anche "lieve") da negligenza o imprudenza»; oppure, «b) [...] per colpa (anche "lieve") da imperizia quando il caso concreto non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali»; oppure, «c) [...] per colpa (anche "lieve") da imperizia nella individuazione e nella scelta di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali non adeguate alla specificità del caso concreto»; oppure, «d) [...] per colpa "grave" da imperizia nell'esecuzione di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del grado di rischio da gestire e delle speciali difficoltà dell'atto medico».

Secondo questa tesi, dall'art. 590-*sexies* deve dunque essere ricavata, tramite una corretta interpretazione, una norma N_2 che appare diversa sotto due aspetti dalla norma N_1, espressa *prima facie* dall'art. 590-*sexies*. A) Alle tre condizioni che secondo N_1 devono congiuntamente verificarsi affinché l'omicidio colposo o le lesioni personali colpose non siano punibili si aggiunge in N_2 una quarta condizione, costituita dalla lievità della colpa. B) Una delle tre condizioni che secondo N_1 devono congiuntamente verificarsi affinché l'omicidio colposo o le lesioni personali colpose non siano punibili viene sostituita in N_2 da una diversa condizione: infatti, là dove N_1 dice che l'esercente la professione sanitaria (per non essere punito) *deve avere rispettato* le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, adeguate alla specificità del caso concreto o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, N_2 dice che l'esercente la professione sanitaria (per non essere punito) *deve avere correttamente individuato* le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, adeguate alla specificità del caso concreto o, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, *fallendo poi*, per imperizia, *nel dare ad esse una corretta esecuzione*.

La diversità di N_2 da N_1 è dunque il risultato di due operazioni: l'addizione di una condizione di applicazione alle condizioni stabilite da N_1; la sostituzione di una delle condizioni di applicazione stabilite da N_1 con una diversa condizione. Entrambe queste operazioni contribuiscono a rendere il campo di applicazione di N_2 meno esteso del campo di applicazione di N_1 e hanno dunque lo scopo di rimediare alla sovra-inclusione di N_1.

Nella tesi relativa alla norma che, tramite una corretta interpretazione, deve essere ricavata dall'art. 590-*sexies* è dunque possibile distinguere due diverse tesi: a) la tesi che una condizione di applicazione deve essere aggiunta a quelle espressamente stabilite dalla disposizione interpretata; b) la tesi che una delle condizioni di applicazione espressamente stabilite dalla disposizione interpretata deve essere sostituita da una diversa condizione di applicazione.

4. *La tesi concernente la compatibilità con i principi costituzionali del rinvio, fatto dall'art. 590-*sexies *cod. pen., alle "linee guida"*

La legge Gelli-Bianco, alla quale si deve l'introduzione nel Codice penale dell'art. 590-*sexies*, era stata preceduta dal cosiddetto "decreto Balduzzi", convertito dalla legge 8 novembre 2012, n. 189, che egualmente conteneva una disposizione relativa alla non punibilità, in determinate circostanze, degli esercenti le professioni sanitarie. L'art. 3 del "decreto Balduzzi" stabiliva infatti quanto segue: «L'esercente le professioni sanitarie che nello svolgimento della propria

attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde personalmente per colpa lieve [...]».

Il riferimento dell'art. 590-*sexies* cod. pen. alle raccomandazioni previste dalle linee guida e alle buone pratiche clinico-assistenziali ha dunque un precedente nell'art. 3 del "decreto Balduzzi". Tuttavia, è evidente che le *linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica*, di cui parla l'art. 3 del "decreto Balduzzi", non sono esattamente la stessa cosa delle *raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge* e delle *buone pratiche clinico-assistenziali*, di cui parla l'art. 590-*sexies* cod. pen.

In particolare, mentre il "decreto Balduzzi" si limitava a rinviare alle linee guida *accreditate dalla comunità scientifica*, la legge Gelli-Bianco disciplina l'individuazione delle linee guida e la loro pubblicazione, previo un loro controllo, da parte dell'Istituto superiore di sanità pubblica. Ed è indubbio che alle linee guida pubblicate dall'Istituto superiore di sanità pubblica faccia riferimento l'art. 590-*sexies* cod. pen., parlando di *raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*.

Ebbene, il fatto che l'art. 590-*sexies* cod. pen. escluda la punibilità degli esercenti le professioni sanitarie nel caso in cui essi rispettino linee guida predisposte da un organo della pubblica amministrazione ha suscitato dubbi sulla legittimità costituzionale di questo articolo. E questi dubbi vengono esplicitati nella richiesta, rivolta alla Corte di cassazione dal Pubblico Ministero, di sollevare la questione di legittimità costituzionale dell'art. 590-*sexies*. Secondo tale richiesta, questo articolo appare contrastante con una pluralità di principi costituzionali, e tra questi, per il rinvio che contiene alle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, con i seguenti: col principio di tassatività della norma penale, in quanto fa dipendere una condizione di non punibilità dal rispetto di linee guida indicate da una fonte normativa secondaria; col principio della tutela della salute, in quanto richiede all'esercente la professione sanitaria di dare applicazione a protocolli non chiaramente calibrati sul caso concreto del paziente; col principio della dignità della professione sanitaria, in quanto obbliga gli esercenti tale professione a seguire linee guida rigidamente predisposte; col principio della libera valutazione del giudice, in quanto obbliga il giudice ad avvalersi del criterio di giudizio non flessibile costituito dal rispetto delle linee guida.

A questi dubbi la Corte risponde sostenendo la tesi secondo cui non sussiste alcuna antinomia tra l'art. 590-*sexies*, correttamente inteso, e i principi costituzionali.

Questa tesi, evidentemente, ne presuppone altre, relative al contenuto di questo articolo e al contenuto dei principi costituzionali pertinenti. La sentenza, però, non dice alcunché riguardo al preciso contenuto di questi principi e si sofferma unicamente sul senso in cui l'art. 590-*sexies* richiede che siano *rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge*.

Secondo la Corte, le linee guida definite e pubblicate ai sensi di legge, cui fa riferimento l'art. 590-*sexies*, costituiscono un utile punto di riferimento per gli esercenti le professioni sanitarie ed eventualmente per i giudici, ma non possono essere concepite come "regole vincolanti". Più precisamente, sebbene l'operatore sanitario abbia in generale la legittima aspettativa di vedere giudicato il proprio operato sulla base di tali linee guida, queste non sono da ritenere veri e propri precetti «capaci di generare [...], in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto». E si deve inoltre negare che l'esclusione della punibilità, in quanto viene fatta dipendere dal rispetto delle linee guida, «possa ritenersi agganciat[a] ad automatismi».

Questo modo di intendere le linee guida sembra fondamentalmente basarsi sul fatto che l'art. 590-*sexies*, nel disporre la non punibilità dell'esercente la professione sanitaria ove siano rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida ecc., stabilisce che queste raccomandazioni devono però risultare «*adeguate alle specificità del caso concreto*». Considerando questa clausola, la Corte afferma che le linee guida non forniscono «uno "scudo" contro ogni ipotesi di

responsabilità, essendo la loro efficacia e forza precettiva comunque dipendenti dalla dimostrata "adeguatezza" alle specificità del caso concreto». Dichiara inoltre che la valutazione dell'adeguatezza delle linee guida al caso concreto costituisce «per il sanitario, il mezzo attraverso il quale recuperare l'autonomia nell'espletare il proprio talento professionale e, per la collettività, quello per vedere dissolto il rischio di appiattimenti burocratici». E, in definitiva, sostiene che tali linee guida non consistono in «norme regolamentari che specificano quelle ordinarie senza potervi derogare», ma devono essere intese come «regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per la specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene».

5. *L'argomentazione della tesi concernente la norma da ricavare dall'art. 590-*sexies *cod. pen.*

È opportuno dire che, prima della sentenza qui analizzata, altre due sentenze della Corte di cassazione (entrambe della Quarta Sezione) si erano occupate del contenuto dell'art. 590-*sexies*, pervenendo a conclusioni contrastanti: la sentenza n. 28187, 20 aprile 2017, nota col nome di sentenza Tarabori, e la sentenza n. 50078, 19 ottobre 2017, nota col nome di sentenza Cavazza. Il contenuto di queste due sentenze viene riassunto, discusso e costantemente tenuto presente nella sentenza qui esaminata, in cui si dichiara di volere operare una sintesi di quanto viene in esse sostenuto, ovvero di individuare una via intermedia tra quelle in esse tracciate.

La sentenza Tarabori perviene a un'interpretazione abrogante dell'art. 590-*sexies* cod. pen. Questo articolo dice che la punibilità dell'esercente la professione sanitaria è esclusa se l'evento si è verificato *a causa di imperizia* e se sono state «rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto». Però, nel caso in cui siano state rispettate le raccomandazioni (previste dalle linee guida ecc.) adeguate alla specificità del caso concreto, non si può affermare che vi sia stata imperizia, né ritenere che sull'esercente la professione sanitaria ricada la responsabilità della morte o delle lesioni del paziente: nessuna colpa può cioè essergli imputata. Questo articolo, pertanto, o è privo di contenuto normativo, oppure ripete ciò che è ovvio, e cioè che l'esercente la professione sanitaria, come ogni altro soggetto, può essere considerato colpevole, per la morte o le lesioni sofferte da un paziente, solo nel caso in cui abbia agito, per negligenza, imprudenza o imperizia (art. 43 cod. pen.), *diversamente da come avrebbe dovuto agire*.

Questa interpretazione abrogante, secondo la sentenza Tarabori, è la sola consentita dalla Costituzione. Infatti, l'art. 590-*sexies*, se rendesse non punibili comportamenti colposi che fossero causa di morte o di lesioni personali, si porrebbe in conflitto col diritto alla salute sancito dall'art. 32 Cost. e col principio di eguaglianza, poiché stabilirebbe per gli esercenti le professioni sanitarie condizioni più vantaggiose, in materia di punibilità dei loro comportamenti, delle condizioni stabilite per altre professioni altrettanto rischiose e difficili.

La sentenza Cavazza si oppone a questa linea interpretativa. Secondo le sue conclusioni, infatti, l'art. 590-*sexies* stabilisce che gli esercenti le professioni sanitarie non sono punibili per omicidio colposo o lesioni personali colpose nel caso in cui il loro comportamento sia dovuto a imperizia nel dare esecuzione alle linee guida adeguate al caso concreto del paziente o alle buone pratiche clinico-assistenziali (e non sia invece dovuto a imperizia nell'individuazione di tali linee guida o buone pratiche).

Nella sentenza qui esaminata, la tesi finale relativa alla norma da ricavare dall'art. 590-*sexies* viene giustificata tramite un'argomentazione divisa in due parti: una parte volta a confutare quanto sostenuto nella sentenza Tarabori e una parte volta a confutare quanto sostenuto nella sentenza Cavazza.

La parte volta a confutare quanto sostenuto nella sentenza Tarabori può essere sintetizzata così: 1) il legislatore ha voluto escludere la punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari; 2) l'interpretazione della sentenza Tarabori è un'interpretazione possibile dell'art. 590-*sexies*, ma è incompatibile con la volontà del legislatore di escludere la punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari; 3) l'esclusione della punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari, voluta dal legislatore, ha lo scopo di limitare il ricorso alla cosiddetta "medicina difensiva"; 4) limitare il ricorso alla "medicina difensiva" è funzionale a una migliore tutela del diritto alla salute; 5) diversamente da quanto sostenuto dalla sentenza Tarabori, un bilanciamento ragionevole dei principi o valori in gioco consente qualche forma di esclusione della punibilità di comportamenti colposi degli operatori sanitari; 6) è possibile intendere l'art. 590-*sexies* coerentemente con la volontà del legislatore di escludere la punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari, ritenendo (come fa la sentenza Cavazza) che tale articolo disponga la non punibilità degli esercenti le professioni sanitarie nel caso in cui il loro comportamento sia dovuto a imperizia nell'esecuzione (ma non nell'individuazione) delle linee guida adeguate al paziente o delle buone pratiche clinico-assistenziali.

La parte volta a confutare quanto sostenuto nella sentenza Cavazza può essere sintetizzata così: 7) la norma ricavata nella sentenza Cavazza dall'art. 590-*sexies*, secondo la quale gli esercenti le professioni sanitarie non sono punibili nel caso in cui il loro comportamento sia dovuto a imperizia nell'esecuzione (ma non nell'individuazione) delle linee guida adeguate al paziente o delle buone pratiche clinico-assistenziali, può essere considerata come costituzionalmente illegittima per l'eccessiva estensione dei casi di non punibilità degli operatori sanitari che prevede; 8) dall'art. 590-*sexies* è però possibile ricavare una norma meno estesa, secondo cui i casi di non punibilità degli esercenti le professioni sanitarie sono solo quelli in cui la colpa dovuta a imperizia, nell'esecuzione delle linee guida adeguate al paziente o delle buone pratiche clinico-assistenziali, è qualificabile come lieve; 9) tale norma è compatibile con i principi o valori costituzionali in gioco.

La tesi finale è già stata chiarita nel terzo paragrafo. Secondo questa tesi, dall'art. 590-*sexies* deve essere ricavata la norma indicata al punto 8), cioè la norma secondo cui le pene previste dagli artt. 589 e 590 cod. pen. non si applicano ove si verifichino congiuntamente le seguenti condizioni: l'evento sia cagionato da un esercente la professione sanitaria; l'evento sia dovuto all'imperizia dell'esercente la professione sanitaria; l'evento sia imputabile a *colpa lieve* dell'esercente la professione sanitaria; l'esercente la professione sanitaria *abbia individuato con la dovuta perizia* le raccomandazioni previste da linee guida, adeguate alla specificità del caso concreto, come definite e pubblicate ai sensi di legge, oppure, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, ma *non abbia dato esecuzione con la dovuta perizia* a tali raccomandazioni o a tali buone pratiche clinico-assistenziali.

Come ho detto nel terzo paragrafo, in questa tesi sono distinguibili due tesi più specifiche: a) la tesi secondo cui alle tre condizioni di non punibilità dell'omicidio colposo e delle lesioni personali colpose espressamente indicate dall'art. 590-*sexies* deve essere aggiunta, nella norma da ricavare da questo articolo, un'altra condizione, costituita dalla lievità della colpa; b) la tesi secondo cui una delle tre condizioni della non punibilità dell'omicidio colposo e delle lesioni personali colpose espressamente indicate dall'art. 590-*sexies* deve essere sostituita, nella norma da ricavare da questo articolo, da una diversa condizione: là dove l'art. 590-*sexies* dice che l'esercente la professione sanitaria (per non essere punito) *deve avere rispettato* le raccomandazioni previste dalle linee guida ecc., la norma da ricavare da questa disposizione dice che l'esercente la professione sanitaria (per non essere punito) *deve avere correttamente individuato* le raccomandazioni previste dalle linee guida ecc., *fallendo poi*, per imperizia, *nel dare ad esse una corretta esecuzione*. Adesso si può rilevare che nella parte dell'argomentazione avanzata in contrasto con la sentenza Tarabori vengono esposte ragioni a sostegno della tesi b), mentre nella

parte dell'argomentazione avanzata in contrasto con la sentenza Cavazza vengono esposte ragioni a sostegno della tesi a).

Nei due paragrafi seguenti esporrò più dettagliatamente le due parti dell'argomentazione che ho adesso distinto.

6. *La tesi della corretta individuazione e della erronea esecuzione delle linee guida come condizioni dell'esclusione della pena*

La parte dell'argomentazione volta a confutare quanto sostenuto nella sentenza Tarabori è articolata in sei punti.

1) *Il legislatore, nell'art. 590-*sexies*, manifesta espressamente la volontà di escludere la punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari.* Questa affermazione, che dipende dall'applicazione di una regola d'interpretazione intenzionale, appare irrefutabile: poiché il comma 2 dell'art. 590-*sexies* indica casi in cui «la punibilità è esclusa», l'autore della disposizione intendeva escludere la punibilità in alcuni casi.

2) *L'interpretazione dell'art. 590-*sexies *che viene eseguita nella sentenza Tarabori, sebbene appaia come una possibile interpretazione di questo articolo, risulta incompatibile con la volontà del legislatore di escludere la punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari.* Questa affermazione, ove si accetti l'affermazione precedente relativa alla volontà del legislatore, non è opinabile.

3) *L'esclusione, voluta dal legislatore, della punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari ha lo scopo di restituire a costoro una certa serenità nello svolgimento delle loro attività e porre un freno alla cosiddetta "medicina difensiva".* Questa affermazione, che dipende dall'applicazione di una regola d'interpretazione teleologica, appare come difficilmente contestabile. Appare infatti pacifico che la legge Gelli-Bianco, così come il precedente "decreto Balduzzi", abbia tra i suoi scopi quello di limitare la "medicina difensiva", cioè, principalmente, il ricorso del medico a esami diagnostici non necessari, al fine di evitare azioni legali, e l'astensione del medico da interventi molto rischiosi, al fine di evitare esiti negativi a lui imputabili.

4) *Limitare il ricorso alla "medicina difensiva" è necessario per meglio tutelare il diritto alla salute.* Questa affermazione consiste in una proposizione anankastica, secondo cui è necessario limitare la "medicina difensiva" per ottenere una maggiore tutela del diritto alla salute, ma presuppone una tesi interpretativa relativa alla configurazione del diritto costituzionale alla salute. Sebbene manchi questa configurazione, tale affermazione può apparire come accettabile, considerando il fatto che la "medicina difensiva" assorbe, secondo alcuni calcoli, circa il 10% delle risorse destinate alla tutela della salute, inoltre porta all'esecuzione di esami clinici i cui effetti dannosi non sono compensati da un'effettiva utilità per il paziente e induce i medici a evitare interventi rischiosi, per non correre il rischio di imputazioni penali.

5) *Diversamente da quanto sostenuto nella sentenza Tarabori, la non punibilità degli operatori sanitari in alcune limitate circostanze appare come un esito accettabile di un bilanciamento ragionevole dei principi o valori in gioco.* Questa generica affermazione può ovviamente essere condivisa o non condivisa, a seconda delle convinzioni che si hanno riguardo ai principi o valori in gioco, alla loro configurazione e al loro peso. Nella sentenza in esame sono brevemente discusse alcune delle presunte incompatibilità tra una norma che preveda in alcune limitate circostanze la non punibilità degli operatori sanitari e i principi costituzionali (sulla scorta di quanto sostenuto dal Pubblico ministero, che ravvisa l'incompatibilità tra la norma espressa dall'art. 590-*sexies* e gli artt. 2, 3, 24, 25, 27, 32, 33, 101, 102 e 111 Cost.), ma nessun argomento irrefutabile è ovviamente avanzato a sostegno di tale affermazione.

6) *È possibile intendere l'art. 590-*sexies *coerentemente con la volontà del legislatore di escludere la punibilità di alcuni comportamenti colposi degli operatori sanitari, ritenendo (come fa la sentenza Cavazza) che esso disponga la non punibilità degli esercenti le professioni sanitarie nel caso in cui il loro comportamento sia dovuto a imperizia nell'esecuzione (ma non nell'individuazione) delle linee guida adeguate al paziente o*

delle buone pratiche clinico-assistenziali. Con questa affermazione viene avanzata la tesi interpretativa secondo cui dall'art. 590-*sexies* è possibile ricavare, coerentemente con la volontà del legislatore, una norma che (là dove l'art. 590-*sexies* esclude la punibilità dell'esercente la professione sanitaria nel caso in cui egli *abbia rispettato* le raccomandazioni delle linee guida) esclude la punibilità dell'esercente la professione sanitaria nel caso in cui *egli abbia correttamente individuato* le raccomandazioni previste da linee guida, *fallendo poi*, per imperizia, *nel dare ad esse una corretta esecuzione*.

Le ragioni addotte a sostegno di questa tesi interpretativa ricadono sotto una regola d'interpretazione linguistica, poiché viene argomentato che il sintagma «rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida» è ambiguo, potendo essere inteso in due diversi significati, uno coerente e l'altro incoerente con la volontà del legislatore. Non sembra però che la semplice applicazione di regole linguistiche consenta di intendere *il rispetto delle raccomandazioni* delle linee guida, di cui parla l'art. 590-*sexies*, nel significato in cui designa *il mancato rispetto di tali raccomandazioni* nel momento della loro esecuzione. Ad ogni modo, l'argomentazione si articola nel modo seguente.

Il *rispetto delle raccomandazioni previste dalle linee guida*, di cui parla l'art. 590-*sexies*, viene inteso come assoluto nella sentenza Tarabori, ma può essere inteso anche diversamente, e cioè come un rispetto non assoluto. Infatti, non è improprio affermare che l'esercente una professione sanitaria *ha rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida* se ha nel complesso correttamente osservato tali raccomandazioni, ma non è riuscito ad osservarle in un momento particolare o sotto un particolare aspetto. Come dice la sentenza,

> «le fasi della individuazione, selezione ed esecuzione delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono [...] articolate al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con l'eventuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e/o 590 cod. pen.».

Per essere compatibile con l'affermazione che le raccomandazioni previste dalle linee guida sono state nel loro complesso osservate, l'errore commesso dall'esercente la professione sanitaria non può però essere stato commesso nella fase dell'individuazione e della selezione delle linee guida rilevanti. Infatti, se l'errore fosse stato commesso in questa fase, sarebbe improprio affermare che l'esercente la professione sanitaria *ha rispettato le raccomandazioni previste dalle linee guida*. Come dice la sentenza,

> «l'errore non punibile non può [...] riguardare – data la chiarezza dell'articolo al riguardo – la fase della selezione delle linee-guida perché, dipendendo il "rispetto" di esse dalla scelta di quelle "adeguate", qualsiasi errore sul punto [...] porta a negare l'integrazione del requisito del "rispetto"».

Pertanto, per essere compatibile con l'affermazione che le raccomandazioni previste dalle linee guida sono state nel loro complesso osservate, l'errore dell'esercente la professione sanitaria deve essere stato commesso nel momento dell'attuazione di linee-guida correttamente individuate. Come dice la sentenza, «la sola possibilità interpretativa residua non può che indirizzarsi sulla fase attuativa delle linee-guida».

7. *La tesi della colpa lieve come condizione di esclusione della pena*

La parte dell'argomentazione volta a confutare quanto sostenuto nella sentenza Cavazza è articolata in tre punti.

7) *La norma ricavata nella sentenza Cavazza dall'art. 590-*sexies, *secondo la quale gli esercenti le professioni sanitarie non sono punibili nel caso in cui il loro comportamento sia dovuto a imperizia nell'esecuzione (ma non nell'individuazione) delle linee guida adeguate al paziente o delle buone pratiche clinico-assistenzialiche, può essere considerata come costituzionalmente illegittima, data l'eccessiva estensione dei casi di non punibilità degli operatori sanitari da essa previsti, per la violazione del principio di eguaglianza, ovvero «del divieto costituzionale di disparità ingiustificata di trattamento» degli operatori sanitari «rispetto ad altre categorie di professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica».* Con questa affermazione viene avanzata una tesi interpretativa relativa alla (probabile) sussistenza di un'antinomia tra una certa norma ricavabile dall'art. 590-*sexies* e il principio di eguaglianza che si ritiene espresso dall'art. 3 Cost. Questa tesi presuppone una tesi relativa alla irragionevolezza del diverso trattamento di due insiemi di individui (gli operatori sanitari e altri professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica) e può evidentemente essere accettata o non accettata a seconda che sia accettata o non accettata quest'ultima tesi.

8) *Dall'art. 590-*sexies *è possibile ricavare una norma meno estesa di quella che da questo stesso articolo viene ricavata dalla sentenza Cavazza, ossia una norma secondo cui i casi di non punibilità degli esercenti le professioni sanitarie sono solo quelli in cui la colpa dovuta a imperizia, nell'esecuzione delle linee guida adeguate al paziente o delle buone pratiche clinico-assistenziali, è qualificabile come lieve.* Con questa affermazione viene avanzata la tesi interpretativa secondo cui dall'art. 590-*sexies* è possibile ricavare una norma che, alle condizioni espressamente indicate dell'art. 590-*sexies* per la non punibilità dell'esercente la professione sanitaria, aggiunge la condizione della non gravità della colpa.

Le ragioni addotte a sostegno di questa tesi interpretativa ricadono sotto diverse regole d'interpretazione: intenzionali, sistematiche, autoritative. L'argomentazione può essere riassunta nel modo seguente.

Sebbene l'art. 43 cod. pen., nel distinguere delitti dolosi, preterintenzionali e colposi, non distingua specie diverse di colpa (ovvero colpa lieve e colpa grave), è possibile ritenere che il concetto di colpa lieve non sia estraneo alla nostra legge penale e che dall'art. 590-*sexies* sia ricavabile una norma che lo contenga.

In primo luogo, «l'articolazione colpa grave/altre tipologie di condotte rimproverabili [...] è presente nelle valutazioni giurisprudenziali sui limiti della responsabilità penale del sanitario che, sotto diversi profili, hanno valorizzato nel tempo i principi e la *ratio*» dell'art. 2236 cod. civ. Questa disposizione, «plasmata [...] nell'ambito civilistico del riconoscimento del danno derivante da prestazioni che implichino soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà», limita infatti tale riconoscimento «al caso di dolo o colpa grave». Anche le Sezioni penali della Corte di cassazione hanno più volte riconosciuto «all'art. 2236 la valenza di principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi sopra evocati ovvero qualora si versi in una situazione di emergenza». Va poi ricordato come, in passato, sulla base di tale precetto, «si fosse accreditato, anche in ambito penalistico, il principio secondo cui [...] l'eventuale addebito di colpa [del terapeuta] era destinato a venire meno nella gestione di un elevato rischio senza errori rimproverabili connotati da gravità». Infine,

> «non è marginale [...] l'avallo dato a tale interpretazione da parte della Corte costituzionale, con sentenza n. 166 del 1973, per taluni aspetti ribadita dalla ordinanza n. 295 del 2013. [...] La prima pronuncia del Giudice delle leggi aveva, infatti, ammesso che gli artt. 589 e 42 cod. pen. potessero essere integrati dall'art. 2236 cod. civ., così da ricavarsene il principio, costituzionalmente compatibile, della gradualità della colpa da "imperizia" del sanitario impegnato nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà e il riconoscimento della possibilità di esenzione di una parte di essa dal rilievo penalistico».

In secondo luogo, nel 2012 il "decreto Balduzzi" aveva «espressamente utilizzato e disciplinato l'ipotesi della "colpa lieve" del sanitario come quella da sottrarre, a condizioni date, alla responsabilità penale». Ciò aveva dato origine «ad una cospicua elaborazione giurisprudenziale volta a fissare i criteri utili per individuare preventivamente e, quindi, in sede giudiziaria riconoscere il grado lieve della colpa, del quale [...] non sembra ragionevole negarsi la idoneità alla convivenza con i principi generali dettati dall'art. 43 cod. pen.».

In terzo luogo, la limitazione della non punibilità ai soli casi di colpa lieve è giustificata per il fatto che «estendere il riconoscimento della esenzione da pena anche a comportamenti del sanitario connotati da "colpa grave" per imperizia» avrebbe tali conseguenze: «evocherebbe [...] immediati sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza»; «determinerebbe [...] un evidente sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi», poiché, per porre un freno alla "medicina difensiva", si giungerebbe al punto di rendere l'ordinamento penale indifferente nei confronti di «gravi infedeltà alle *leges artis*» e di derogare «ai principi generali in tema di responsabilità per comportamento colposo, riscontrabile per tutte le altre categorie di soggetti a rischio professionale»; «determinerebbe [...] ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile a una professione sanitaria», considerando il fatto che l'art. 7, comma 3, della legge Gelli-Bianco stabilisce «una correlazione con i profili di responsabilità ravvisabili *ex* art. 590-*sexies* cod. pen.»[7].

In quarto luogo, l'introduzione del concetto di colpa lieve nella norma ricavata dall'art. 590-*sexies* appare legittima quando si consideri «l'evoluzione dei lavori parlamentari». Infatti, nell'originario testo della legge approvato alla Camera, la colpa grave "da imperizia" era distinta dalla colpa non grave "da imperizia": la prima comportava un'esenzione della responsabilità solo nel caso in cui fossero state rispettate le linee-guida; la seconda comportava un'esenzione della responsabilità in ogni caso. La scomparsa della distinzione dal testo definitivo fu dovuta non a un ripudio della distinzione in sé, ma al fatto che quella disciplina si poneva «fortemente a rischio di censura per incostituzionalità, perché garantiva una tutela eccessivamente e irragionevolmente estesa alla colpa tecnica del sanitario in tutte le sue espressioni».

La Corte aggiunge che la valutazione della gravità della colpa non può essere effettuata che «"in concreto", tenendo conto del parametro dell'*homo eiusdem professionis et condicionis*, che è quello del modello dell'agente operante in concreto, nelle specifiche condizioni concretizzatesi». Tuttavia, si può affermare che la colpa è «destinata ad assumere connotati di grave entità [...] quando l'approccio terapeutico risulti marcatamente distante dalle necessità dell'adeguamento alle peculiarità della malattia, al suo sviluppo, alle condizioni del paziente». Inoltre, si deve ritenere che «la misurazione della colpa» debba essere fatta tenendo conto della «misura del rimprovero personale sulla base delle specifiche condizioni dell'agente e del suo grado di specializzazione», della «problematicità o equivocità della vicenda», della «difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato», della «difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche», del «grado di tipicità e novità della situazione», della «motivazione della condotta», della «consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa».

9) *Una norma che escluda la punibilità dell'esercente la professione sanitaria nel solo caso di colpa lieve (dovuta a imperizia nel momento dell'esecuzione di linee guida correttamente individuate) appare ragionevole e compatibile con i principi o valori costituzionali in gioco.* Con quest'ultima affermazione viene avanzata una tesi interpretativa relativa alla insussistenza di un'antinomia tra la norma

[7] Così recita l'art. 7, comma 3, della legge Gelli-Bianco: «L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'art. 2043 del codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente. Il giudice, nella determinazione del risarcimento del danno, tiene conto della condotta dell'esercente la professione sanitaria ai sensi dell'art. 5 della presente legge e dell'art. 590-*sexies* del codice penale, introdotto dall'art. 6 della presente legge».

individuata al punto 8) e i principi costituzionali. Questa tesi è suffragata da alcune delle considerazioni svolte al punto 8), ma può evidentemente essere accettata o non accettata a seconda delle convinzioni che si hanno riguardo ai principi costituzionali in gioco, alla loro configurazione e al loro peso.

8. *Considerazioni conclusive*

Nella sentenza qui esaminata, la norma ricavata dall'art. 590-*sexies* cod. pen. viene giustificata prendendo in considerazione tre possibili interpretazioni di questo articolo. La prima interpretazione, quella proposta dalla sentenza Tarabori, viene scartata per il fatto che consiste in un'interpretazione abrogante, il cui risultato non è costituito da una norma applicabile che stabilisca, coerentemente con la volontà del legislatore, una particolare disciplina per alcuni comportamenti degli esercenti le professioni sanitarie. La seconda interpretazione, quella proposta dalla sentenza Cavazza, viene scartata per il fatto che il suo risultato è costituito da una norma che tiene sì conto della volontà del legislatore di stabilire una particolare disciplina per alcuni comportamenti degli esercenti le professioni sanitarie, ma appare contrastante con alcuni principi costituzionali. La terza interpretazione, proposta dalla sentenza esaminata, viene presentata come quella corretta, per il fatto che il suo risultato è costituito da una norma (anzi, dalla sola norma ricavabile dall'art. 590-*sexies* cod. pen.) che tiene conto della volontà del legislatore di stabilire una particolare disciplina per alcuni comportamenti degli esercenti le professioni sanitarie e appare conforme ai principi costituzionali.

Si può ritenere che la regola metodologica (cioè la regola da cui dipende la scelta dei canoni interpretativi) osservata in questa sentenza sia la regola di scopo secondo cui le disposizioni devono essere interpretate, per mezzo dei canoni interpretativi utilizzabili nell'ambito della nostra cultura giuridica, in modo tale da ottenere norme applicabili che, coerentemente con la volontà del legislatore, stabiliscano una particolare disciplina per alcuni casi e siano conformi ai principi costituzionali.

Sulla base di questa regola di scopo, il ragionamento eseguito per giustificare la tesi relativa alla norma da ricavare dall'art. 590-*sexies* cod. pen. può essere sintetizzato nel modo seguente:

1) Da ogni disposizione deve essere ricavata, per mezzo dei canoni interpretativi utilizzabili nella nostra cultura giuridica, una norma applicabile che, coerentemente con lo scopo per cui è stata prodotta, stabilisca una particolare disciplina per alcuni casi e sia conforme ai principi costituzionali.

2) L'art. 590-*sexies* cod. pen. può essere inteso (per mezzo dei canoni interpretativi utilizzabili nella nostra cultura giuridica) nel significato S, in cui esprime l'ovvia idea che nessuna colpa può essere imputata a chi abbia agito nel modo in cui era tenuto ad agire. Dall'art. 590-*sexies* è inoltre possibile ricavare (per mezzo dei canoni interpretativi ecc.) la norma N_1, secondo cui l'esercente la professione sanitaria non è punibile per omicidio colposo o per lesioni personali colpose se, avendo correttamente individuato le linee guida da osservare nella propria attività, ha fallito per imperizia nel dare ad esse esecuzione. Dall'art. 590-*sexies* cod. pen. è infine possibile ricavare (per mezzo dei canoni interpretativi ecc.) la norma N_2, secondo cui l'esercente la professione sanitaria non è punibile per omicidio colposo o per lesioni personali colpose se, avendo correttamente individuato le linee guida da osservare nella propria attività, ha fallito per imperizia nel dare ad esse esecuzione e se in tale fallimento è ravvisabile una colpa lieve.

3) Se l'art. 590-*sexies* cod. pen. viene inteso nel significato S, da esso non viene ricavata una norma applicabile che, coerentemente con lo scopo per cui è stata prodotta, stabilisca una particolare disciplina per alcuni casi. Se dall'art. 590-*sexies* cod. pen. viene ricavata la norma N_1, da esso viene ricavata una norma applicabile che, coerentemente con lo scopo per cui è stata prodotta, stabilisce una particolare disciplina per alcuni casi, ma non una norma conforme ai

principi costituzionali. Se dall'art. 590-*sexies* cod. pen. viene ricavata la norma N_2, da esso viene ricavata una norma applicabile che, coerentemente con lo scopo per cui è stata prodotta, stabilisce una particolare disciplina per alcuni casi ed è conforme ai principi costituzionali.

4) Pertanto, dall'art. 590-*sexies* cod. pen. deve essere ricavata la norma N_2.

Questo ragionamento può, evidentemente, non essere accettato da chi non accetti la regola di scopo che sta a suo fondamento e da chi, pur accettando tale regola, respinga le altre premesse di cui si compone. In particolare, questo ragionamento può non essere accettato da chi non ritenga che i canoni interpretativi utilizzati dall'interprete consentano effettivamente di ricavare dall'art. 590-*sexies* la norma N_2; da chi ritenga che anche altre norme, oltre a N_1 e N_2, possano essere ricavate dall'art. 590-*sexies*; da chi ritenga che la norma N_1 non sia incompatibile con i principi costituzionali; da chi ritenga che la norma N_2 sia incompatibile con i principi costituzionali.

Riferimenti bibliografici

CHIASSONI P. 2007. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Bologna, il Mulino.

CHIASSONI P. 2018. *Suicidio terapeutico e diritto penale. Un esercizio di analisi interpretativa*, in «Diritto & Questioni pubbliche», XVIII, 1, 403 ss.

GUASTINI R. 2011. *Interpretare e argomentare*, Milano, Giuffrè.

indice

MONOGRAFICA
La scienza giuridica oggi: un confronto multidisciplinare
a cura di GIORGIO PINO

GIORGIO PINO
Presentazione 7-8

ANTONIO CARRATTA
La scienza del processo civile in Italia all'inizio del XXI secolo 9-35

AURELIO GENTILI
La scienza giuridica dei civilisti contemporanei 37-49

ROBERTO PARDOLESI
Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi 51-60

STUDI

MARCO BRIGAGLIA
Foucault naturalizzato: soggetto, assoggettamento, libertà 63-90

OMBRETTA DI GIOVINE
Dal «diritto della paura» al «diritto alla paura» 91-113

DIEGO DEI VECCHI
Disputas del subsuelo. J.J. Moreso sobre desacuerdos interpretativos
profundos y presuposiciones 115-124

ALESSANDRO DI ROSA
Autonomous driving: tra evoluzione tecnologica e questioni giuridiche 125-158

SUSAN HAACK
Ripensare la razionalità. La crescita di significato e i limiti del formalismo 159-179

FRANCESCA POGGI, ALESSIO SARDO
Il paradosso di Alexy. Una critica all'argomento della pretesa di correttezza 181-208

FEDERICA RUSSO
L'esposizione all'amianto causa il mesotelioma? Domande scientifiche e analisi filosofiche 209-239

LUCIANO SESTA
La filosofia e le chiavi della prigione. Libero arbitrio e imputabilità fra neuroscienze e diritto 241-257

RECENSIONI E DISCUSSIONI

Discussione su *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and Conservation of the Environment* di Giulia Sajeva

FRANCESCO VIOLA
Diritti e doveri. Nuove e vecchie prospettive nel dibattito sui diritti bioculturali 261-265

GIANFRANCESCO ZANETTI
Diritti bioculturali: percorrendo la strada che separa diverse tradizioni 267-272

GIULIA SAJEVA
Un passo avanti e un passo indietro nell'Antropocene:
Rights for Ecosystem Services, REDD e comunità locali 273-289

Recensioni

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Antikelsenismo italiano 293-299

FRANCESCO DE VANNA
Diritti al confine. La figura del "rifugiato" tra presupposti teorici e modelli istituzionali 301-312

CARLO SCOGNAMIGLIO
Filosofia e Costituzione nel Manifesto per l'uguaglianza di Luigi Ferrajoli 313-321

ANTONIO TUCCI
Una doppia connotazione della razza? Tra discriminazioni e rivendicazioni 323-332

RATIO DECIDENDI
a cura di GAETANO CARLIZZI e GIORGIO PINO

ENRICO DICIOTTI
La responsabilità penale nell'esercizio della professione sanitaria. Un'analisi della sentenza della Corte di cassazione, Sezioni Unite Penali, 22 febbraio 2018, n. 8770 335-351

[ALLEGATI]
Corte di Cassazione, Sezioni Unite Penali, sentenza n. 8770/2018

Realizzato da rospeinfrantumi
per conto di Diritto & Questioni pubbliche (PA)
nel giugno 2019